

批判的人種理論 (Critical Race Theory) の現在

松 垣 伸 次

はじめに

第1章 批判的人種理論の歴史

第1節 批判的人種理論の理論的起源

一 公民権運動

二 批判的法学研究

三 フェミニズム

第2節 批判的人種理論の生成・発展

一 一九八九年以前

二 一九八九年以降

三 近年の動向

第2章 理論の展開

第1節 これまでの理論

- 一 リベラリズム批判
- 二 ナラティブの手法
- 三 「差別的意図の要求」批判
- 四 批判的白人研究

第2節 二〇〇一年以降の理論動向

- 一 議論の発端——Lawrence論文に対する批判——
- 二 観念主義的アプローチと物質主義的アプローチとの接合の可能性

第3節 批判的人種リアリズム

むすび

はじめに

本稿は、批判的人種理論 (Critical Race Theory) に⁽¹⁾つき、特に二〇〇一年以降の動向を概観するものである。

批判的人種理論とは、「人種と法と権力とのあいだの関係を改変することを目的とした根本的な法学運動」⁽¹⁾、あるいは「法制度は人種のマイノリティから力を奪うとの信条を持つ、法律の専門集団——特に学問の世界——における改革運動」⁽²⁾と定義される。批判的人種理論の主要な目的は、マイノリティや他の社会的に従属させられている集団の解放であ

る。^③そのため、批判的人種理論は、レイシズムと闘うための様々な方法論を主張する。また、批判的人種理論には、行動主義的な側面があり、理論だけではなく、実践も必要とする。すなわち、批判的人種理論は、社会状況を理解することだけではなく、それを変革することも試みるのである。^④批判的人種理論は、「アメリカの歴史を通して、黒人の地位を決定してきた法が果たしてきた役割」に着目し、既存の法秩序に対し、人種を基にした観点から、自覚的に批判的な立場をとる。^⑥

Derrick Bell が指摘するように、レイシズムは、「この社会の、一体をなす、永久不変の構成要素」である。^⑦すなわち、レイシズムは、「いつか治せる心得違い」ではない。^⑧黒人にとって、人種の平等という目標は、「現実というよりは、むしろ錯覚である」。^⑨しかしながら、レイシズムの本質を理解し、それと闘うこと自体に意味がある。そうであるならば、アフアーマティヴ・アクションのような「一時しのぎの (band-aid) アプローチ」ではなく、外科的あるいは科学的、放射線療法のような、「根本的な社会経済的な変革をもたらすような包括的なアプローチ」が必要とされる。^⑩そのような認識の下で、「合衆国における自由の伝統の根幹にある個人主義」^⑪の修正を迫る批判的人種理論が主張されてきた。

日本では、一九九〇年代後半に木下教授、大沢教授らにより、批判的人種理論が紹介されたが、それ以降は、同理論を包括的に紹介するものは見られない。^⑫ヘイト・スピーチ規制論の文脈で批判的人種理論を紹介するものは多くあるが、そこではあくまでもヘイト・スピーチ規制論の一つとして紹介されており、批判的人種理論が、「思想の自由市場論や、従来の表現の自由論が前提とする個人観・国家観」を「鋭く批判」するものであることは、必ずしも十分に留意されていない。^⑭しかしながら、批判的人種理論が、従来の個人観・国家観を「根本から」変革させようとするものであり、ヘイト・スピーチ規制論においても、「表現の自由理論そのものの問い直しを要求する」^⑮ものである点に留意しなければ、批判的人種理論が主張するヘイト・スピーチ規制論の本質を捉えることはできない。そこで、批判的人種理論を概観す

ることにより、同理論の特徴を理解し、その主張を真剣に検討することにより、ヘイト・スピーチ規制をめぐる議論を、表現の自由の原理論から問い直す必要がある⁽¹⁶⁾。

このように、批判的人種理論は、アメリカの法理論の根本を問い直すものであり、アメリカの法理論を、「より正確に把握するためには、避けては通れない課題を提起している」⁽¹⁷⁾。また、二〇〇九年に二〇周年を迎えた批判的人種理論は、新しい世代が出現し、新展開を見せている。そこで、本稿は、批判的人種理論を、その出現から現在に至るまでの歴史を概観し、二〇〇一年以降の、内部対立を中心とした理論動向を概観する。そして、レイシズムの本質を理解するにあたり、批判的人種理論が果たしうる役割について検討する。

第1章 批判的人種理論の歴史

第1節 批判的人種理論の理論的起源

批判的人種理論の理論的起源として、公民権運動、批判的法学研究 (Critical Legal Studies)、フェミニズムが挙げられる⁽¹⁸⁾。

一 公民権運動

一九七〇年代には、多くの弁護士、法学者が、一九六〇年代の公民権運動が失速し、様々な面において後退したとの認識を有していた⁽¹⁹⁾。Alan Freeman は、公民権法につき、形式上の変化は生じたが、実質的な変化はほんの僅かであったと指摘し、その結果に照らす限り、公民権法の試みは失敗であったと断じている⁽²⁰⁾。また、FBI は、公民権運動は、人

種的なバランスを達成するための学校の統合を、その計画が、子供が享受する教育を改善するか否かよりも重要視するものであると批判した²¹⁾。Bellは後にも、公民権運動の戦略は「時代遅れ (obsolete)」であり、黒人の犯罪や、崩壊した家庭、荒廃した地域、アルコールや薬物の濫用、婚姻外の出産、文盲、失業、福祉への依存といった問題を防ぐことができていないどころか、それらに寄与してきたかもしれないとも指摘する²²⁾。すなわち、Bellによると、公民権運動は、一般の黒人が求めているものと合致していないのである。

当時の主な論者としては、Bell, Freeman, Richard Delgadoらが挙げられる。彼らは、人種が、生物学的現実に基づくものではなく、社会的に構築されたものであると主張する²³⁾。そして、アメリカ社会において、レイシズムは異常なものではなく、通常のものとなっており、その結果、黒人と白人とを同等に扱うように要求する通常の平等や法的ルールでは、有色人種を標的とする日常的な差別ではなく、特異なものしか救済できないと主張する²⁴⁾。そのような状況下において、amicus briefを提出することや、行進、新たな訴訟戦略を作り出すことなどといった古いアプローチから得られるものはますます少なくなり、新たなアプローチが必要とされた²⁵⁾。

二 批判的法学研究²⁶⁾

批判的法学研究は、当初、一九七〇年代は基本的には白人の、また大部分は男性の学術的な学派であったが、一九八〇年代半ばには、その中に、有色人種の学者からなる小さな学派ができた²⁷⁾。批判的法学研究は、リアリズム法学の系譜を継ぐ一方、マルクス主義の影響の下、西欧の最近の哲学・言語学・科学史学などの展開を受けて、法の客観性、中立性、非政治性に対し、疑義を唱え、伝統的なりべラリズム法学を批判した²⁸⁾⁽²⁹⁾。批判的法学研究は、「様々な論者の様々な主張が入り乱れ交錯する、複雑かつダイナミックな知的運動体として存在」するため、その統一的な綱領や思想を探る

のは困難であると指摘される⁽³⁰⁾。しかし、David Kayesによると、批判的法学研究は、(1) 司法過程に対する理想化されたモデルと、独特の法的な推論の形態や分析方法が法過程を特徴づけているのだという観念の存在自体を否定している、すなわち、「特定の正しい結論に到達させるような法学方法論やプロセスという意味における法的推論」というものは存在せず、事案の実態、当事者、事件の起こった文脈に関する社会的政治的判断こそが裁判所の選択を導いていると考える、(2) 民主主義に根本的な重要性を認め、公的／私的という区別は、イデオロギーとして、私的な、主として企業の支配を正統化し、本当の参加や民主主義の欠如を隠蔽し、それが生み出す無力感を個人レベルに歪小化すると指摘し、公／私の区分を批判する、(3) 法と国家を中立的で価値自由的な仲裁者であり、社会的経済的関係、政治権力、文化的現象から独立し、影響を受けないものだと描くような特徴付けを拒否する、(4) 法における法理、合理化、結論、社会的役割の理解にとって決定的に重要であるとして、法の正統化機能を重要視する、という四つの基本的な要素を含んでいる⁽³¹⁾。

その名が示唆するように、批判的人種理論と批判的法学研究は、関連性を有する。後にみるように、批判的人種理論の初期の論者の多くは、批判的法学研究に所属していたが、批判的法学研究に不満を覚え、批判的法学研究から分枝した。しかしながら、彼らは、批判的法学研究の方法論を完全に否定したのではなく、論者によって様々ではあるが、批判的法学研究の方法論を一定程度取り入れるという姿勢がうかがわれる⁽³²⁾。

三 フェミニズム

批判的人種理論は、フェミニズムから、本質主義⁽³³⁾ (essentialism) と、家父長制⁽³⁴⁾ (patriarchy) を取り込んだ⁽³⁵⁾。このフェミニズムの問題提起は、「従来の男性中心的な人権観念と人権論を根底から揺さぶ」るものである⁽³⁶⁾。批判的人種理

論は、このようなフェミニズムの問題提起を、人種問題にも応用しようとする。すなわち、批判的人種理論は、権力と社会的役割との関係に関するフェミニズムの洞察に基づいている⁽³⁷⁾。また、批判的人種理論の論者がしばしば用いる法的物語 (legal storytelling) の手法につき、フェミニズム法学との結びつきが指摘される⁽³⁸⁾。

第2節 批判的人種理論の生成・発展

批判的人種理論の生成には、複次的な要因がある。また、批判的人種理論は、漸進的に展開してきており、いつ生まれたのかは明確ではない⁽³⁹⁾。そこで、本節では、批判的人種理論の展開を、「批判的人種理論」という名称が正式に用いられる一九八九年以前、一九八九年以後、また近年の展開に分けて概説する。

一 一九八九年以前

(1) 公民権運動に対する失望

前節で述べたとおり、公民権運動の失速に直面し、古いアプローチでは不十分であるとの認識から、巧妙で、無意識的な、あるいは制度的なレイシズムに打ち勝つためには、新たな、より微妙なアプローチが必要とされた⁽⁴⁰⁾。そのような状況下において、たとえば、Bellは、利益合致原理 (interest convergence principle) を主張し、Brown判決を批判した⁽⁴¹⁾。これは、人種の平等を達成するという黒人の利益は、それが白人の利益と合致したときのみ達成されるであろうというものである⁽⁴²⁾。ここでは、Bellは、Brown判決は最高裁の良心によるものではなく、物的条件と社会政治学的条件との偶然的合致によるもの、すなわち、マジヨリテイの利益——ここでは、冷戦期における、第三世界を巡る、対ソヴィエト連邦についての戦略上の必要性等——と合致したことによるものであったと指摘する⁽⁴⁴⁾。Bellの主張する利益合

致原理は批判的人種理論の主要なテーマの一つとなった。ただし、彼らは、公民権運動自体を批判したのではなく、また公民権運動の重要性を減じようとするものではなく、伝統的な公民権の言説や訴訟中心の戦略に対して異を唱えたのであった。⁽⁴⁵⁾ たとえば、Bellは、公民権運動の弁護士たちは、子どもが受ける教育を改善するか否かよりも統合の理想を優先していると批判している。⁽⁴⁶⁾

(2) 批判的法学研究に対する不満

また、同じく一九八〇年代には、批判的法学研究に対する批判が噴出していった。批判的人種理論は、伝統的法学では人種差別問題を解決するのに不十分であるという認識を有する。⁽⁴⁷⁾ 伝統的法学に対する批判という点では、批判的法学研究と軌を一にする。しかしながら、批判的法学研究が、人種力学 (racial power) への批判を分析や実践に組み入れてこなかったため、人種に関する政治運動や理論が不十分であり、また彼らが批判する支配的な制度と区別できないと批判する。⁽⁴⁸⁾

批判的人種理論は、批判的法学研究の法的権利の不確実性という観念は支持するが、それゆえに法的権利は重要ではないという主張は断固として拒絶する。⁽⁴⁹⁾ 批判的法学研究の権利批判に対し、批判的人種理論はアフリカ系アメリカ人の経験という視点を用的批判的に検討・挑戦した。⁽⁵⁰⁾ この批判は、批判的法学研究による敵対的な抵抗と大混乱を引き起こし、それにより、批判的法学研究から離れていった。⁽⁵¹⁾ また、マイノリティの学者たちの集団が、「マイノリティによる批判的法学研究批判 (Minority Critiques of the Critical Legal Studies Movement)」という名のシンポジウムを開催し、批判的法学研究の権利の観念に異議を唱えた。⁽⁵²⁾ ここでは、マイノリティの見解と利益の排除が、権利がマイノリティのために演じている決定的な役割を、批判的法学研究が無視することを可能にしようとして批判された。⁽⁵³⁾ このシンポジウ

ムには、Harlon Dalton, Mari Matsuda, Patricia Williams⁵⁴、批判的人種理論の創世記の世代の学者も参加している。彼らは、基本的には批判的法学研究の法的推論批判には好意的だが、少なくとも、レイシズムはアメリカの法を理解するための中心的なカテゴリーである点や、レイシズムを理解することは、法を通じた州の強制を人種的正義に不可欠のものとする点につき、批判的法学研究と袂を分かつ⁵⁵。このシンポジウムのパネリストは、Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review に論文を公表することになった⁵⁶。これらの論文が、後述の一九八九年の批判的人種理論の最初の研究集会の基礎となる、批判的人種理論における重要な文書となった⁵⁷。

また、批判的人種理論は、批判的法学研究の白人性 (whiteness) を問題視し、批判的法学研究者の白人性が、有色人種にとつての法や権利の言説の価値を彼らが認識することを妨げていると主張する⁵⁸。法は、不完全であるといえども、有色人種にとつては、未だに正義を要求し、また人種の従属の様々な害悪を示すための手段である⁵⁹。それゆえ、従属させられた人の経験は、法や法制度に対する尊敬と軽蔑という、同時に発生する二重の意識を反映する⁶⁰。

このように、批判的法学研究が人種を意義のあるものとして考慮に入れなかったことから、批判的人種理論は生まれていった。

(3) 大学における多様な教授団をめぐる争い

Kimberle Crenshaw は、一九八〇年代にハーヴァード・ロー・スクールで創設された、卒業単位に算入されない、学生が創設したクラスが、批判的人種理論の最初の組織化された現れであると指摘する⁶¹。その経緯は以下の通りである⁶²。

一九八一年、Bell がオレゴン・ロー・スクールのデイーンになるために、ハーヴァード・ロー・スクールを去った後、主として有色人種の学生が、後任に有色人種の学者を招聘し、憲法とマイノリティ問題に関する Bell のコースを担当

させるように求め、抗議、示威運動、集会、座り込みなどを行った。しかしながら、ハーヴァード・ロー・スクールのデインは、ハーヴァード・ロー・スクールに雇われる資格を持った有色人種はこの国に存在しないと述べ、結局、後任として、白人の優れた公民権の学者である Jack Greenberg と Julius Chambers を採用し、公民権問題に関する三週間のミニコースを担当させた。この際に、学生の要求に対応したりべラルな白人の大学当局は、自らを人種に関して啓蒙されている——すなわち、リベラルで、人種差別に反対している——と認識していた。しかしながら、大学当局は、人種問題に取り組むコースの教育的な価値に懐疑的であった。大学当局の対応は、批判的人種理論が異を唱える、人種に関するリベラルな言説に依拠するものだった。そのため、黒人学生は、当該コースをボイコットした。そして、彼らは、ハーヴァード・ロー・スクールの Charles Ogletree の後援の下、代わりにコースを創設し、数人の講師を招聘した。このコースに招聘された Delgado, Linda Green, Neil Gotanda, Charles Lawrence などの講師や、主催者の一人であった、当時ハーヴァードの学生の Grenshaw⁶⁵ 参加者であった、当時ロー・スクールの学生の Matsuda など一部の学生が、後に、批判的人種理論にとって重要な人物となった。彼らの知的な軌跡は、ハーヴァード・ロー・スクール当局が示したような、人種に関する、リベラルの主流の言説に対する不満と抵抗に根ざしている。⁶⁶

また、ハーヴァード・ロー・スクールの騒動の少し後、カリフォルニア大学バークレイ校においても同様の事件が起こった。同大学ロー・スクール (Boalt Hall) の有色人種や同性愛者や女性の教員を採用するペースが遅いことに失望し、学生たち——多様な教授団のためのボールド・ホール連合 (Boalt Hall Coalition for a Diverse Faculty) 以下 Coalition とする) を組織していた——が集会を開き、声を上げ、また、多様性の必要性に関する講演を開催したりより多くのマインリテイを雇用するように大学の教授を説得する論文を出すために、有色人種の講師——ハーヴァードに招聘された講師と同一人物も含んでいた——を招聘した。⁶⁷ 学生たちの要求に対するバークレイの教授団の反応が鈍かったため、学

生たちは多様性を求める全国的なストライキを導き、それは多くの大学に広がった。⁽⁶⁵⁾ その標的となった大学のうち、ストライキを受けてすぐに多様な教員を雇用了た大学はほとんどなかったが、Coalitionの努力は著書や多くのロー・レビューとなり、またそのメンバーの中から、法学の教授や批判的人種理論の論者になろうとする者もいた。⁽⁶⁶⁾

二 一九八九年以降

批判的人種理論は、一九八九年にウイスコンシン州マディソンで開催された、「人種の生の現実を明確にし、詳細に述べることに関心を持ち、また理論を發展させる願望をもっている」二〇人以上の学者たちによる最初の研究会において、Grenshawによって、その名が与えられた。同理論は、「伝統的な公民権理論や批判的法学研究に対する批判を提示する」⁽⁶⁸⁾。主な論者としては、Bellら⁽⁶⁹⁾の他、Angela Harris, Dalton, Matsuda, Williamsらが挙げられる。

批判的人種理論が、法学者らに与えた影響は非常に大きかったといわれる。その一つは、学者が、経験等の物語を、どのように法条件に反映させ、また変化させるために用いることができるかを示したことにある。⁽⁶⁸⁾ また、最初の集会の参加者は、アメリカや世界の有色人種にとっての人種、レイシズム、法の意義に言及する批判的な学問に言及し、従事することのできる空間を作ることにより、法学の世界における人種についての沈黙の空虚を埋めたといわれる。⁽⁷⁰⁾ 批判的人種理論のバイオニア達は、教育から刑事手続、移民、国際人権、税法といった、法学のすべての領域に挑んだ。⁽⁷¹⁾ そして、批判的人種理論の多くの学者が円熟するに従い、論文から、一般公衆がより利用可能な著書となり、多くの著書が、Delgadoが総編集を務める、New York University PressのCritical Americaシリーズとして出版された。⁽⁷²⁾

三 近年の動向

批判的人種理論の名を冠した最初の研究集会が一九八九年に開催されて以降、批判的人種理論の研究集会は一九九七年まで毎年開催された。ここでは、全国的な研究集会が開催されなくなつて以降の動向を概観する。

一九九七年には、イエール・ロースクールにおいて一〇周年を祝う集会が開催され、そこでの報告の多くが、Francisco Valdes, Jerome McCristal, Angela P. Harris など「新しい世代」によつて編集された「Crossroads, DIRECTIONS, AND A NEW CRITICAL RACE THEORY」(以下「Crossroads」とする)に収録された。Crossroads は、各方面からの様々な批判にさらされたが、同書を最も批判したのが、批判的人種理論の中心的な論者の一人である Delgado である。⁽⁷⁶⁾ Delgado は、同書の書評において、「新しい世代」の学問的方向性を疑問視している。Delgado は、初期の批判的人種理論は Bell の利益合致原理に代表されるように、人種的リアリストが主流だったのに対し、近年の批判的人種理論は観念主義的 (idealist) アプローチや言説分析 (discourse analysis) が前面に出ていると指摘する。⁽⁷⁶⁾ Delgado は、観念主義者は、人種と差別は、大部分は態度の作用や社会の構成であると主張すると指摘する。⁽⁷⁷⁾ 彼らにとつて、人種は言葉、象徴、ステレオタイプ、分類によつて作り出された社会的構築物である。それに対し、リアリストは、テキストや態度、意図は、人種ヒエラルキーの制度において重要な役割を果たすかもしれないが、利益や労働市場のような「物質的要素」がより決定的な役割を果たすと主張する。⁽⁷⁹⁾ そして、リアリストにとつてレイシズムは、制度が特権や地位、財を配分する手段であるとする。⁽⁸⁰⁾ そして、Delgado は、批判的人種理論は、現在、ほとんどがテキストや言説、思考様式の分析により占められていると指摘する。⁽⁸¹⁾ また、「新しい世代」による Crossroad は、言説分析に好意的であり、また、批判的人種理論の創設者たちの物質的／リアリストアプローチと対立するものであると批判する。⁽⁸²⁾

これに対し、Kevin R. Johnson は、「ジェネレーションギャップ」を指摘し、批判的人種理論の新しい方向性を擁護

する⁽⁸³⁾。Johnsonは、Delgadoは、観念と物質との差異を過大評価していると指摘する⁽⁸⁴⁾。Johnsonによると、そもそも人種の従属に関する観念主義的、物質的な分析は、分かち難く結びついている⁽⁸⁵⁾。実際に、Delgadoも言説分析の重要性を否定しておらず、ナラティヴ、思考様式、マイノリティのステレオタイプ、「傷つける言葉 (word that wound)」のインパクトを分析している⁽⁸⁶⁾。また、Crossroadsの論者にも力の格差につき言及している者もいる。すなわち、Johnsonによると、Delgadoは、少なくとも近年において、批判的人種理論は、人種と公民権の研究のために、「ありとあらゆる種類を受け入れる (big tent)」アプローチを採用しているため、一冊にまとめることが困難であるということを示し、評価できていないのである⁽⁸⁷⁾。Crossroadsで示されている新しい方向性は、批判的人種理論の進歩的な始まりを反映し、人種と法の包括的な考察へのコミットメントを強調すると指摘される⁽⁸⁸⁾。

また、近年の動向として、批判的人種理論の内部対立が注目される。批判的人種理論の内部からの批判としては、批判的人種理論が、ジェンダー、セクシュアリティ、階層を分析から省き、それにより、有色人種の女性や、有色人種のゲイ、レズビアン、バイセクシュアルを排除することにより有色人種の本質を示したという主張が挙げられる⁽⁸⁹⁾。また、批判的人種理論は、ネイティヴ・アメリカン、アジア系アメリカ人、ラテン系を除外して、黒人／白人の人種問題に主として焦点を当てていると批判する者もいる⁽⁹⁰⁾。すなわち、かつては、「人種」とはアフリカ系アメリカ人を意味し、他の集団は、それらの経験や扱いが、黒人のそれと類比される限りにおいてのみの存在であった⁽⁹¹⁾。このような、黒人／白人二分論に対し、以下のような批判がある。一つめは、二分論により人々が複雑な現実を単純化して理解し、そのため、アメリカにおける優越的な社会の人種概念に適合していない、非黒人のマイノリティ集団が周縁に追いやられてしまう危険性があるとの批判である⁽⁹²⁾。二つめは、二分論は、人種問題に関する進歩と後退の格子縞模様 (checkerboard) を隠匿し、また、優越的な社会が、しばしばマイノリティ集団を、双方にとって互いに害をなすものとするやり方を覆

い隠すことを可能にするとの批判である⁽⁹³⁾。三つ目は、二分論は、他の集団を犠牲にして、白人の誇張された同一化を引き起すとの批判である⁽⁹⁴⁾。四つ目は、マイノリティ集団が、白人が特定の集団——たいていは小さく、脅威的でない集団である——を象徴としてあるいは他のマイノリティ集団の監視役として選び出すという、繰り返し行われてきた策略に沿うことを引き起す⁽⁹⁵⁾。最後に、二分論は、集団の連携する能力を損なうとの批判である⁽⁹⁶⁾。

このような内部批判の発端は、一九九二年の研究集会において、非黒人の有色人種が、当該研究集会がアフリカ系アメリカ人の歴史と現状に排他的に焦点を当て、非黒人の有色人種の現状を除外したことに異議を唱えたことである⁽⁹⁷⁾。批判的人種理論は、批判的法学研究がアフリカ系アメリカ人に対して行ったことを、非黒人の有色人種に対して行ったと受け取る者もいた⁽⁹⁸⁾。このような批判により、批判的人種理論は、アジア系アメリカ人法学 (Asian American Legal Scholarship) ⁽⁹⁹⁾、批判的人種フェミニズム (Critical Race Feminism) ⁽¹⁰⁰⁾、ラテン系批判学派 (Latino and Latina Critical Schools (LatCrit)) ⁽¹⁰¹⁾、同性愛批判利益集団 (Queer-crit interest group) ⁽¹⁰²⁾などに分裂した⁽⁹⁸⁾。これらの集団は、批判的人種理論の傘の下での比較的良好な関係を主張し、定期的な集会を開催し、体系を発展させてきた⁽¹⁰³⁾。このような分裂は、多くの重要で必要な知的洞察を促進し、またそれらに寄与しただけでなく、批判的人種理論の分析枠組を、他の人種化されたあるいは抑圧された集団の経験へと拡大した⁽¹⁰⁴⁾。また、批判的人種理論の黒人や他の抑圧された有色人種の解放へのコミットメントを、すべての抑圧され、従属させられた人々の解放へのコミットメントを含むように拡大した⁽¹⁰⁵⁾。

また、近年では、批判的人種理論は、アメリカだけでなく、世界中に広まりつつある⁽¹⁰⁶⁾。たとえば、Mark Levin は、批判的人種理論が日本法を理解するのに有用であることを証明することにより、「批判的人種理論の普遍性」を示そうとしている⁽¹⁰⁷⁾。このように、近年の現象として、批判的人種理論のグローバル化も指摘できる。

これまで述べてきたように、批判的人種理論は、世代対立や路線対立により、さらなる展開を見せてきた。次章では、

特に「新しい世代」の理論に着目して具体的な理論の展開について検討する。⁽¹⁶⁾

第2章 理論の展開

第1節 これまでの理論

批判的人種理論は、批判的法学研究と同様に、一つの統一した方法論を有しないといわれる。⁽¹⁶⁾ たしかに、批判的人種理論が扱うテーマは多岐にわたる。Delgado は一九九五年、批判的人種理論に関する論文を集めた著書において、批判的人種理論のテーマとして、①リベラリズム批判、②法的物語、反法的物語、「自身の現実の命名」、③歴史と公民権についての修正主義者の解釈、④人種とレイシズムを支える社会科学の批判的な理解、⑤構造的決定主義、⑥人種、性、階級とそれらの交差、⑦本質主義、反本質主義、⑧文化的ナショナリズムと分離主義、⑨法制度、批判的教育学、法におけるマイノリティ、⑩批判と自己分析、⑪批判的人種フェミニズム、⑫批判的白人研究を挙げている。⁽¹⁷⁾ また、二〇〇〇年の同書の第二版において、上記のテーマに加え、⑬犯罪、⑭ゲイ／レズビアン、同性愛問題、⑮黒人／白人二分論を超えて、⑯集団間の関係、⑰批判的人種プラクシスを加えている（番号は引用者）⁽¹⁸⁾。これをみても、第一章第二節で述べたように、批判的人種理論の射程が広がっていることがうかがわれる。多岐にわたる、批判的人種理論の扱うテーマを網羅的に概観することは困難である。

本節では、近年の理論の展開を見る前に、中心的なテーマである、リベラリズム批判、ナラティヴの手法、「差別意図の要求」批判、批判的白人研究（Critical White Studies）に絞って、これまでの理論を概観する。

一 リベラリズム批判

批判的人種理論は、法理論に対する懐疑主義や、法と政治の分離は不可能であるという確信、ポスト構造主義への好意といった様々な点を、批判的法学研究から継受する。⁽¹⁰⁾ そのうち一つが、リベラリズム批判である。前述のように、批判的法学研究は、既存のリベラリズム法学そのものを批判し、法の客観性、中立性、確定性に疑義を唱え、また、法の構造が、不正なヒエラルキーをどのように維持あるいは促進させるかを、脱構築の手法を用いて明らかにした。⁽¹¹⁾ 批判的人種理論も同様に、リベラリズム法学という前提を拒絶する。⁽¹²⁾ 批判的人種理論は、人種と法の問題において、リベラル派も保守派も、同じ分析枠組——すなわち、法の合理性は、社会の意思決定における人種を意識した偏見を識別し、根絶できるという考え方——によるものであり、両者はレイシズムを同じやり方で定義し、構成すると主張する。⁽¹³⁾

批判的人種理論の既存の法に対する批判は、主として、「肌の色を考慮しないこと」(color blindness)と「法の中立性」に向けられる。多くのリベラル派は、憲法の、「肌の色を考慮しないこと」や「中立原則」を信じていると言われる。⁽¹⁴⁾ これに対し、Darren Hutchinson は、「肌の色を考慮しないこと」は人種差別が法や政策により公然と行われてきた時代に意義のあるものであり、既存の平等法理は、(1)レイシズムによる物質的な害悪を扱わず、(2)巧妙なあるいは無意識のレイシズムを抑えることができず、(3)抑圧された集団に否定的な衝撃を与える法を、立法者の意図にかかわらず許容できないものとして扱わず、また、(4)人種を、明白な、あるいは救済的のものとして用いることを、疑わしいものとして扱うため、限定的な効用しかないと指摘する。⁽¹⁵⁾ すなわち、人種差別が公然と行われてきた時代とは異なり、人種差別が、巧妙な、制度的なものとなっている現在においては、「肌の色を考慮しないこと」は、極めて著しい人種的危害しか救済しないものとなっている。⁽¹⁶⁾

このように、批判的人種理論は、既存の法学では、巧妙なレイシズムには対応できないとし、根本的な変革を主張す

る。⁽¹⁶⁾

二 ナラティヴの手法

批判的人種理論は、文脈や歴史への特別の焦点を含む、いくつかの統一した命題を有しており、そこから新たな方法論を展開する。⁽¹⁷⁾

Orenshawらは、批判的人種理論の論者は、二つの共通する利益を有すると指摘する。一つは、「白人優越主義の支配体制や、有色人種の従属が、アメリカにおいてどのようにして造られ、維持されてきたかを理解すること、特に、「社会構造と、『法の支配』や『平等保護』のような公然の規範との間の関係を考察すること」である。⁽¹⁸⁾ もう一つは、「法と人種力学との間のやっかいなつながりを理解することだけでなく、それを変化させようとする願望」である。⁽¹⁹⁾

批判的人種理論は、準則や原理は、異なる文脈や異なる時代において、異なることを意味すると主張する。それゆえ、彼らは、特定の概念や実践の意味を理解するため、また、特定の立場を評価するため、そして、更なる情報や考えを示すために、文脈の特異性に特別の配慮を払う。⁽²⁰⁾ さらに、批判的人種理論の論者は、周辺に追いやられ抑圧された人々の声、理解、経験⁽²¹⁾を聞き、それらを精査する。⁽²²⁾

このような命題から、批判的人種理論はいくつかの方法論を用いる。その一つが、ナラティヴあるいは法的物語の手法である。これは、自身の経験や、フィクションなどを論文中に挿入し、それにより、自身の主張を述べるものである。このような、自らの経験を伝えることのできるナラティヴは、「市民としてのしるし」であり、その権利が顧みられない社会は、「言葉が聞こえない沈黙の社会」である。⁽²³⁾

批判的人種理論における、ナラティヴあるいは法的物語の手法の生みの親は、Bellである。⁽²⁴⁾ Bellは、一九八五年に、

架空の人物である Geneva Crenshaw という黒人の女性を登場させ、彼女との対話という形式の論文を公表している⁽¹⁵⁾。Bell は、法的物語の手法につき、「人種的正義を求める我々の戦いにおける新しい方向性の永続的な探求において、法的先例よりも有用な手段となる」と述べる⁽¹⁶⁾。また、Delgado は、「物語を用いることは、訴訟や弁論趣意書を書くことより強力であり、また法の改革には必要である」あるいは、「物語、寓話、年代記、ナラティブは思考様式を破壊するための強力な手段である」などと述べ、法的物語の手法の有用性を主張した。Delgado 自身、Rodrigo という架空の人物を登場させ、彼との対話という形式の論文を公表している⁽¹⁷⁾。

また、批判的人種理論は、マイノリティの学者を雇用することや、マイノリティの学者の業績をより参照すべきであることなどを主張する。たとえば、Bell は、オレゴン大学において、アジア系アメリカ人の女性を雇用するように求め、また、ハーヴァードでは、有色人種の女性に終身在職権を与えるように求めて無給の休職期間に入り、その結果両大学を去ることになっている⁽¹⁸⁾。また、Delgado は、一九八四年の論稿において、公民権の学問領域において、白人が優越的な地位を占め、マイノリティが除外されると主張した⁽¹⁹⁾。Delgado は、Paul Brest、Laurence Tribe、Owen Fiss、Bruce Ackerman、Frank Michelman、Kenneth Karst らを挙げ、白人男性は、お互いの見解に対し、コメントし、礼儀正しく異議を唱え、賞揚し、批判し、そしてその見解を發展させ、マイノリティの権利を強力に擁護するが、ここでは、マイノリティの学者はほとんど引用されないと指摘する⁽²⁰⁾。これに対し、Delgado は、B という集団の構成員が、A という集団について論じる際、A に属する人の権利や利益を効果的に主張できないだろうと主張する⁽²¹⁾。なぜなら、B の構成員は、情報を欠くだけでなく、情熱を欠くか、あるいは情熱が誤った方向に向くだろうからである⁽²²⁾。ここでの Delgado の議論は、法的認識は、マイノリティの学者の排除によって歪められるということである⁽²³⁾。このような歪曲の一例として、前述の批判的法学研究の権利批判が挙げられる。すなわち、マイノリティの観点と利益の排除が、批判的

法学研究の学者がマイノリティにとって権利が果たす決定的な役割を見逃すことを可能にしているのである。⁽¹⁵⁾ マイノリティの人種的立場は、特定の集団は、他者が持つていない抑圧についての理解を持つゆえに、その観点が特別視される犠牲者として識別されるという認識論とつながる。⁽¹⁶⁾

このように、批判的人種理論は、マイノリティの視点、経験を伝える方法論を展開する。この点、Oliver W. Holmes 裁判官の、「法の生命は論理ではなく、経験である」という有名な言説の影響がうかがわれる。⁽¹⁷⁾

これらの手法は、様々な批判に曝された。法的物語の手法に反対する者は、このアプローチを、法的ではなく、知的な精密さを欠いており、主観的で、過度に感情的であると批判する。⁽¹⁸⁾ Randall Kennedy は、マイノリティの学者の業績が引用されないのは、単に引用するだけの価値がないからであると主張する。⁽¹⁹⁾ また、マイノリティの学者が採用されないのも、エリート・ロー・スクールにふさわしい資格を持った学者が存在しないからであると批判した。⁽²⁰⁾ Daniel Farber と Suzanna Sherry は、Bell や Delgado, Matsuda らを批判し、批判的人種理論の論者は反ユダヤ系、反アジア系であると指摘する。⁽²¹⁾ すなわち、ユダヤ系やアジア系は、今までの基準のもとで成功しており、批判的人種理論が主張するように、これらの基準が不公平で偏見のあるものならば、ユダヤ系やアジア系の成功を説明するには、彼らが詐欺師であるとか、不正なアドバンテージを得ているとか、あるいは想像力のない模倣者やのらくら者であるなど、ユダヤ系やアジア系に好意的ではない説明しかあり得ないことになる。⁽²²⁾ また、マイノリティは、この問題に近すぎるため、客観的に論じることができないという批判もある。⁽²³⁾ あるいは、法的物語は、論者が、その背景ゆえに、その問題を理解するにあたり優越的な地位を占めるべきであると主張することにより、議論を抑制するとの批判や、批判的人種理論が客観的の真実に対して無頓着であるとの批判もある。⁽²⁴⁾ Farber らは、このような反客観主義は、ホロコーストの否定のために悪用されかねないと批判する。⁽²⁵⁾

このような批判に対し、Kennedy は近年の右傾化した最高裁の多数派のアプローチを繰り返しているだけであると
の反論⁽⁴⁷⁾や、Kennedy はそもそも批判的人種理論が批判する現状の合理性と妥当性を当然のものとしているため、
Kennedy の批判は失当であるとの反論⁽⁴⁸⁾がある。また、批判的人種理論の強みは、マイノリティの経験の共通性の同一
化であるから、確かに個人的な相違は存在するが、それがマイノリティの共有する相違点であることを思い起こす前に
個人に焦点を当てることは、マジヨリティによって認められておらず、解読できない、また制圧された声の不協和音と
なってしまうとの反論⁽⁴⁹⁾がある。Farberらの批判に対しては、彼らは基準に対する批判と、その基準のもとで成功した
個人への批判を混同するものであるとの反論⁽⁵⁰⁾がある。また、反客観主義との批判に対しては、Farberらは、客観主義
や西洋の基準の最も熱烈な採用者には、単に昔に起こった出来事であるとの理由で、奴隷制やメキシコ征服、ネイティ
ヴ・アメリカンの大虐殺、日系アメリカ人の強制収容を過小評価することに躊躇しない者がいることを見過⁽⁵¹⁾してい
ると指摘する。そもそも、批判的人種理論にとつては、客観的真実は、少なくとも社会科学や政治学においては存在しな
いものであり、これらの領域では、真実は、優越的な集団の目的追求のために作られた社会構造である。また、分析的
な推論は社会的、歴史的、政治的文脈においてなされるものであるため、真実は本質的ではなく、つかみどころのない
概念⁽⁵²⁾である。

批判的人種理論は、外部からの批判に対し、このように反論し、マイノリティ独自の視点、経験の存在を主張した。

三 「差別的意図の要求」批判

批判的人種理論の主張の一つに、Washington v. Davis⁽⁵³⁾で示された「差別的意図の要求」に対する批判がある。その
発端は、一九八七年の Charles Lawrence の論文 (以下、Lawrence 論文とする)⁽⁵⁴⁾ である。

従来、Davis 判決は様々な批判に曝されてきた。Lawrence は、Davis 判決批判には、主として、二つの議論があると指摘する。一つが人種差別の動機中心法理は、非常に重い、そしてしばしば不可能なほどの立証責任を課してしまうという批判である。⁽¹⁶⁾ もう一つは、人種的不平等による傷は、立法者の動機には関係なく存在するという、より根源的な批判である。⁽¹⁷⁾ すなわち、人種的不平等という事実が真の問題であり、人種的不均衡の害悪は、動機を考慮することなしに高められた司法審査の引き金を引くべきであるという批判である。⁽¹⁸⁾ それに対し、Davis 判決を擁護する者は主として、以下の四点を主張した。⁽¹⁹⁾ 一点目は、人種的不均衡の影響 (racially disproportionate impact) をもたらすすべての政府行為を厳格審査に服させる基準は、あまりにコストがかかり過ぎるというものである。二点目に、不均衡の影響の基準は、無実の人々に対し、彼らとは無関係な害悪の救済のコストを強いるというものである。三点目に、司法の意思決定者は明示的に人種を考慮しなければならないため、影響の基準は平等保護の価値と矛盾するというものである。そして四点目は、司法部が、他の正当な社会利益を犠牲にして、他の点では中立的な政府行為の人種的不均衡の影響を矯正することを選ぶことは不適当であるというものである。

Lawrence は、Davis 判決に対する批判に共感を覚えながらも、意図／影響の議論に加わるのではなく、人種差別に関して考察するための他の方途——レイシズムの起源と、それが引き起こす傷の性質をより正確に描写する方途——を提唱する。⁽²⁰⁾ Lawrence は、アメリカ人が、レイシズムが主要な役割を演じてきた、また未だに演じている共通の歴史的・文化的遺産を共有すると指摘し、この共有される経験ゆえに、アメリカ人は、個人の人種に重要性を付与し、非白人に関する否定的な感情や意見を引き起こす多くの思想、態度、そして信条を共有すると主張する。⁽²¹⁾ そして、このような文化的信条の体系がすべての人に影響を与えている限り、「我々はすべてレイシストである」と同時に、「ほとんどの者は、自身のレイシズムに気付いていない」と指摘する。⁽²²⁾ そして、文化的経験が人種に関する信条に影響を及ぼしてきたこと

や、これらの信条が自身の行動に影響を及ぼすことを認識していない、すなわち、人種差別を生みだす態度の大部分は、「無意識の人種的動機」に影響されていると指摘する⁽¹⁶⁾。

そして、Lawrence は、人種差別的信条や思想の無意識の性質の説明として、二点挙げている。一点目は Freud の理論を用い、個人の経験が、レイシズムの思想と、その思想を非難する社会的倫理との間で対立するとき、精神は、彼あるいは彼女の意識からレイシズムを排除するというものである⁽¹⁶⁾。二点目は、文化は特定の信条や選好を伝播するものであり、これらの信条は文化の一部分であるため、明確な教訓として経験されない、それゆえ、レイシズムは我々の文化に深く染み込んでいるため、暗黙の理解により伝播されるというものである⁽¹⁶⁾。これらの暗黙の理解は、明確に表現されないため、意識のレベルにおいて経験されることはあまりない⁽¹⁶⁾。

Lawrence は、以上のように述べ、「差別的意図の要求」を批判する。そして、平等保護原理は、無意識のレイシズムに真剣に向き合う方途を探さなければならずと主張する⁽¹⁶⁾。そして、そのために、「文化的意味 (cultural meaning)」の基準——我々が直接観測することのできない集合的な無意識をもつともよく類推でき、またその証拠となる、人種差別的であるとされる行為の「文化的意味」に着目する基準——を提唱する⁽¹⁶⁾。この基準は、無意識のレイシズムと、人種の意味をもった既存の文化的象徴との間に関連を持たせるものであり、政府の行為を、それが象徴的メッセージを、文化が人種的重要性を付与するのに伝達するか否かを決定するために評価する基準である⁽¹⁶⁾。この基準により、Lawrence は、行為者は、自身が文化の一部であり、たとえ自身のレイシズム的信条に無自覚であっても、人種の考慮による影響を受けることなしに行為することはできないであろうから、裁判所は厳格な審査を適用すべきであると主張する⁽¹⁶⁾。

Lawrence 論文の公表後二〇年が経過した二〇〇七年には、コネティカット・ロー・レビューが「大きな影響を及ぼ

したLawrence論文後の無意識の偏見とアメリカの法制度の議論を中心に回顧する」シンポジウムを主催した。⁽¹⁷⁾ このシンポジウムにおいて、Lawrenceは、人種的文脈の文化的意味が、自身の一九八七年の論文の中心で、最も重要な観念であったと述べている。⁽¹⁸⁾ すなわち、Lawrenceは、特定の無意識の理論を説明し、促進しようとしたのではなく、白人の優越性が、強制的な力の意図的な展開を通してのみならず、人種的文脈の創造、解釈、同化も通じて、どのように維持されてきたかを探ろうとしたのであった。⁽¹⁹⁾ この点、Lawrence論文以後の論考は、Lawrence論文の趣旨を捉え損なっており、また、それらの論考の、個人の精神の働きへの認識心理学の焦点は、我々がレイシズムを私的な関心として考えてしまうことの原因となってしまうと批判する。⁽²⁰⁾ そこで、Lawrenceは、「社会的な疾病 (disease) としてのレイシズムの理解を促進し、また、憲法は、その治療への我々の集団の責任を命ずる」ことを主張する。⁽²¹⁾

Lawrenceの理論に対しては、なぜ、「無実の」白人が、自身には責任のない、人種差別を救済するためのコストを払わなければならないのかという疑問があるだろうし、Davis判決においても、実際に同様の主張がなされた。⁽²²⁾ Davis判決は、この主張を認めた——すなわち、意図的なレイシストのみが人種的平等という憲法上の価値を侵害すると判断された。⁽²³⁾ さらに、最高裁は、たとえ劇的な人種的不平等が証明されたとしても、被告は意図的なレイシストではないため、憲法違反は起こっていないと判示したが、Lawrenceは、この理論によると、不平等な結果を計画した意図的なレイシストがいけないとの理由で、我々すべては、社会の制度化された、構造的なレイシズムのいかなる責任からも逃れることになってしまい、また、我々の誰もが非難されない一方で、他方では黒人は、不平等状態を被り続けることになってしまおうと批判する。⁽²⁴⁾ この点、Lawrenceは、最高裁が、悪しき動機の争点と、憲法上・道徳上の傷の争点を混同してしまっただけの問題があるため、両者を切り離すべきであると主張する。⁽²⁵⁾

また、Lawrenceが個人的な行為者の無意識よりも「集合的な無意識」に言及した理由は、害悪は白人優越主義とい

う広く共有された信条の継続した存在にあるという確信にあった。⁽⁸⁶⁾このように、Lawrence は、「レイシズムの証拠としてレイシズムの効果を置くことにより、また、これらの効果を生み出す集合的な無意識の実践の役割を説明することにより」、人々から潔白であることを剥奪した。⁽⁸⁷⁾すなわち、Lawrence は、「われわれが日常的に見ないことを選んで見るものを見えるようにした」のである。⁽⁸⁸⁾

四 批判的白人研究

批判的人種理論の洞察は、「白人であるということとは、何を意味するのか」に向けられた。⁽⁸⁹⁾ある者が「白人」であるか否かという問いは、決して容易な問いではない。⁽⁹⁰⁾批判的人種理論は、この問いに関し、「白人」を定義するにあたり、法が大きな役割を果たしていることを指摘し、また、白人の特権と法との関連性を指摘する。⁽⁹¹⁾すなわち、「人種」は、マジヨリテイの特権を作り、維持するために考案されたものだという主張である。Delgado と Jean Stefancic が編集した「批判的白人研究」という論文集において、①白人が自分自身をどのように見ているか、②白人が他者をどのように見ているか、③白人性 (whiteness) における歴史の役割、④白人性における法の役割、⑤白人性における文化の役割、⑥白人の特権、⑦白人性の社会階層、⑧色の障壁、⑨生物学と疑似科学、⑩白人の意識、白人の力、⑪我々は何をすべきか、というテーマを扱っている。⁽⁹²⁾

ここで主張されるのは、「白人性」は、他の人種が従わされる「規範」となっているという点である。⁽⁹³⁾そして、そのような状況下において、白人であることは、特権を伴うという点である。しかしながら、白人が享受している特権は、必ずしも自覚されてはいない。なぜならば、「白人であることは、そのことを考えないこと」⁽⁹⁴⁾であり、多くの白人にとって、人種について考えることは、有色人種について考えること、あるいは、有色人種との関係において自らを考え

ることにはすぎないからである⁽¹⁸⁾。人種は、有色人種にとつては、それを通して世界を見るフィルターとなつては、白人にとつてはそうではない⁽¹⁹⁾。それゆえ、一度白人と「認定」されたら、他の白人にとつて、人種がない (raceless) 状態となる⁽²⁰⁾。

そのため、批判的人種理論の論者は、白人が自らの「白人性」を理解することが必要であると主張する。そのために用いられるのが、「無自覚性 (transparency)」あるいは「人種的忘却性 (race obliviousness)」という概念である⁽²¹⁾。これらの概念は、社会が、その白い肌の色を理由に賦与する特権を認識し損なうことを意味する。この「無自覚性」現象は、マジヨリテイの特権の永続化に寄与するとされる⁽²²⁾。批判的人種理論の論者は、「無自覚性」に鑑み、人種中立的な意思決定という概念に疑問を呈する⁽²³⁾。少なくとも、表面上は中立的に見える基準を額面通りに受け入れるべきではないと主張する⁽²⁴⁾。なぜならば、多くの白人は、周囲がほとんど白人という状況で生活しており、それゆえ、白人の意思決定者により用いられる基準となる規範の枠組みを作る白人の概念に依拠してしまうからである⁽²⁵⁾。すなわち、白人の意思決定者は、実際には白人性に密接に関係する個人的な特徴、習性、態度を、誤って人種中立的なものとして認識してしまふのである⁽²⁶⁾。そして、白人による「無自覚」な意思決定は、人種的な利益や不利益を組織的に作り出し、あるいは永続させる制度的な実践——制度的レイシズム——であると主張する⁽²⁷⁾。

Barbara Flagg は、明確な形態ではない制度的レイシズムを包含するには、既存の法の人種差別の概念は狭すぎるため、既存の法は、このような「無自覚性」現象に対して鈍感であると指摘する⁽²⁸⁾。すなわち、Flagg によると、既存の人種差別法は、白人の「無自覚」な意思決定の形態をとる差別に対して、救済を与えることはなく、むしろ既存の法自体が制度的レイシズムの一形態である⁽²⁹⁾。

批判的人種理論の論者は、この「無自覚性」に鑑み、法だけでなく、白人の人種意識の変化も必要であると主張する。

すなわち、人種中立に対し、懐疑主義をもって対応することにより、「透明性 (transparency) ・筆者注」という枠組を破壊⁽²⁰⁾しなければならぬと主張する。そのためには、ここでもマジョリティの視点からマイノリティの視点へと転換⁽²⁰⁾することが必要とされる。

第2節 二〇〇一年以降の理論動向

前節までに概観したように、批判的人種理論は、外部からだけではなく、内部からの批判を受け、それに対する反論を行いながら、さらなる発展を遂げてきた。本節では、前章で述べた Delgado の問題提起を中心とする二〇〇一年以降の内部対立——観念主義的アプローチと物質主義的アプローチ——を概観して、批判的人種理論の方向性を探る。

一 議論の発端——Lawrence 論文に対する批判——

二〇〇一年以降の、観念主義的アプローチと、物質主義的アプローチとの対立の発端は、Lawrence 論文に対する、Delgado の批判である。

前述の通り、Lawrence は、一九八七年の論文で、Freud の精神分析の手法を用い、「無意識の差別」という概念に着目し、Davis 判決で示された「差別的意図の要求」を批判している。Lawrence 論文は近年で最も引用された論文の一つとされる。⁽²¹⁾ Lawrence 論文は、学者がレイシズムの本質を再検討することを促し、また、学者以外の者が自分たちの行動が、どのように無意識に人種的マイノリティを害しているのかを思い起こすことを促し、また、いくつかの連邦反差別法において、差別的意図の要求を排除あるいは緩和するのに一定の役割を果たした。⁽²²⁾ さらには、無意識の差別の観念は、ジェンダーや障害による偏見を含む、法の他の領域にも適用されてきた。⁽²³⁾

しかし、Delgado は、Lawrence の論文は、人種とレイシズムに関する真実の一部分しか捉えていない、すなわち、観念的な (ideal) 要素——思考、言説、感情、精神的な範疇——は、人種とレイシズムがどのように機能するのかにつき、部分的にしか説明できないと指摘する。²⁰⁾ それに対し、物質的な (material) 要素——社会経済的競争、移民の圧迫、利益追求、労働人口 (labor pool) における変化、排外主義——はより重大な要素であり、今日の状況においては、精神分析的な人種の理解に焦点を当て続けることは、分析的な明瞭さと戦略的な正確さの双方を犠牲にすると主張する。²¹⁾ すなわち、Delgado は、Lawrence のような観念主義的アプローチは、人種問題を論じるには不完全なものであり、物質主義的アプローチを採用すべきであると主張する。

ここでいう「観念主義者」は、レイシズムや差別は思考、態度、範疇化、そして言説の問題であると捉え、そのシステムの根底にある、特定の人々は他者よりも価値が劣っていて、より徳が低く、よりアメリカ人ではないというメッセージと伝達するイメージ、言葉、態度、台本を取り除くことで、差別を消すことができると主張する。²²⁾ それに対し、「人種的リアリスト」あるいは「経済的決定論者」は、態度や言葉は重要ではあるが、レイシズムは、他の集団の構成員に向けられた好意的でない態度をとること以上のものであり、物質的な要素が人種差別の分析には必要であると主張する。²³⁾ リアリスト (物質主義者) にとって、レイシズムは、社会が特権や地位、福祉を割り当てる手段である。すなわち、人種的ヒエラルキーは、最高の仕事、最高の学校、自宅のパーティーへの招待を含む具体的な利益をだれが受けるのかを決定する。物質主義者は、国の征服は、その対象から搾取することを合理化するために、概して、それらを悪しきものとして描写すると主張する。²⁴⁾

前章で述べたとおり、Delgado は、近年、多くの人種理論家が、ほとんど思考と言説の領域において活動している、すなわち、観念主義的アプローチをとっていると指摘している。そして、その原因として、Lawrence 論文や、ヨーロ

ツバの哲学者——official knowledgeの構築におけるテキストや社会的な力の役割を強調するDerridaやFoucault——の影響を指摘する⁽⁴²⁾。このような潮流に対し、Delgadoは、レイシズムは、我々がそれについて考えることを止めれば存在しなくなるものではなく、Derridaが言うように、我々の知るすべてはテキストではあるが、出来事はそれら独自のロジックでもあると批判する⁽⁴³⁾。

さらに、Delgadoは、以下のように述べ、Lawrenceを批判する⁽⁴⁴⁾。

人種的マイノリティ集団の描写の歴史は、黒人のメディアイメージが社会的必要性によって変化することを示す。ある時代においては、一方では、幸福な黒人との混血児は、黒人たちは幸せであると主流のアメリカ社会を安心させるが、他方では、黒人男性の誇張された恐ろしいイメージ——しばしば、白人女性に下心を抱いているというもの——は、抑圧を正当化する。このことは、他のマイノリティ集団にもあてはまる。人種間の対立の時代には、ネイティヴ・アメリカンは邪悪で残忍であるとされるが、他の時代においては、自然を愛する高貴な者であるとされる。これらのイメージは、言葉のみを通しては変化させることはできない。物質的な状態が変化を要求しているときに、次の段階へと進むのである。我々の無意識の内容は、しばしば、そして突然に変化するため、無意識の力やフロイトの欲求の見地から、これらすべてを説明することは非論理的である。さらには、社会は、ある集団に対しては激しいレイシストであると同時に、他の集団は心から歓迎することもある。もしレイシズムが主として兄弟間の競争やエディプスコンプレックスのような、無意識の悪意であるならば、どうして時代やマイノリティ集団によって変化するのだろうか。また、どうしてある時代においてはある集団に好意的であるのに、短時間の後にはその集団を冷遇するのだろうか。

Delgado はこのように述べ、Lawrence 論文は、「言説分析の論理的な最終段階であり、このアプローチの限界を示している」と批判する⁽²⁵⁾。なぜなら、言説と物質的狀態、思考と経済的強制、ステレオタイプと人種的従属は、言説分析が理解しているものよりも複雑であり、また、物質的変化は、人種的意識に先に立ち、またそれを促進するものだからである⁽²⁶⁾。そして、「Lawrence は、『レイシズムは疾病である』と言うが、確かにそうであるが、しかし、レイシズムはまた熱病 (fever) でもある」と指摘し、レイシズムの症状を、レイシズムを生み出し維持する力——経済的抑圧——に留意することなく扱うことは、レイシズムを理解することを妨げ、また、それに抵抗する効果的な戦略を發展させることを先延ばしにすることになると指摘する⁽²⁷⁾。

二 観念主義的アプローチと物質主義的アプローチとの接合の可能性

前述のように、Delgado は、観念主義的アプローチでは不十分であるとして、物質主義的アプローチの必要性を主張した。しかし、Delgado も観念主義的アプローチが不要であるとは主張していない。また、Johnson は、観念主義の言説は、社会がどのように、力の不均衡が生み出す人種的従属を合理化するのか、また、優越的集団がどのように近年の不平等状態を正当化し、改革の要求を妨げるかを理解する助けになると指摘する⁽²⁸⁾。そのうえで、Johnson は、人種的従属に関する観念主義的、物質主義的な分析は、分かち難く結びついていると主張する⁽²⁹⁾。

また、Catherine Smith が、無意識の偏見と、Bell の「利益合致原理」とを用いた主張をしていることが注目される。Smith は、アウトサイダー間の無意識の偏見が、アウトサイダー間の連携を阻んでいるが、それにより、一部のパワーエリートが利益を得ていることを指摘する。それゆえ、マイノリティの権利の獲得は、マジョリティの利益と合致している範囲においてのみ達成されるとする Bell の利益合致原理とは異なり、Smith は、互いに無関心あるいは敵対的で

あった「アウトサイダー」同士が利益を合致させることにより、連携すべきであると説く。Smithはここで、無意識の偏見の克服を目指すLawrenceの議論が、Bellの利益合致原理を再構成するのに有用であると説くのである。すなわち、マジヨリテイのマイノリティに対する無意識の偏見に着目するLawrenceとは異なり、Smithは、マイノリティ同士の無意識の偏見に着目し、その克服のためにマイノリティ同士の利益を合致させ、マイノリティ同士が連携することにより、一部のパワーエリートが維持してきた力や特権を明らかにし、それに対し異議を唱えることができると主張する。

Smithは、多くの無意識の偏見の研究が、マジヨリテイがマイノリティ集団を抑圧する際に、偏見がどのように機能するかに着目してきており、周辺のな地位に追いやられている集団の、「他のアウトサイダー」に対する無関心あるいは敵意に着目していない点を指摘する⁽²⁰⁾。そこで、Smithは、無意識の偏見が、周辺に追いやられた集団が、他の集団と意味のある連携を築くことから妨げていることを指摘し、抑圧されている集団間の偏見を克服することが、これらの集団の相互の周縁化がどのように少数のパワーエリートの特権を支えているかを暴くための方途を示すことを主張する⁽²¹⁾。

Smithはまず、社会的アイデンティティ理論は、無意識の偏見は、個人の認識の過程を通してのみならず、その集団のアイデンティティにより影響されて機能すると指摘する⁽²²⁾。そして、個人は互いを内部集団と外部集団とに分け、肯定的な価値が内部集団にあるものとし、否定的価値が外部集団にあるものとすることを指摘し、このような抑圧された集団間の偏見が、抑圧された集団間の連携への重大な障壁となり、また現状を維持するために利用されていると主張する⁽²³⁾。Smithは、このような状況を打開するには、人種間の協力が必要であり、アウトサイダーは、これらの集団の、しばしば異なるが共通の周縁化の原因を暴くための道具として、彼らの利益がどのように合致するかを探求しなければならないと主張する⁽²⁴⁾。すなわち、意識的あるいは無意識的な偏見を克服するためには、抑圧された集団が共同して、彼らの利益がどのように合致するのか——資源を配分し、パワーエリートの力と特権を維持するための方途としての、人種、

ジェンダー、性的指向、他の範疇を用いた社会的、政治的、法的パラダイムへの挑戦における共通の利益をどのように持っているのか——を探求しなければならない。⁽²⁶⁾

Smithは、このような「アウトサイダー」間の利益合致理論は、以下の利点を有していると主張する。一点目として、問題の焦点を、抑圧された集団を他の集団と闘わせることから、抑圧された集団が、集団がその利益を関係ないあるいは競合関係にあるとみるときはしばしば覆い隠される、文化的規範に基づいて周縁化される方途への共同の非難へと移すことができることが挙げられる。⁽²⁶⁾ 二点目として、アウトサイダー間の利益の合致は、抑圧された集団に、より大きい社会的正義の枠組を構築する作用を与えること、すなわち、その利益がどれだけ白人の利益と一致するかを明らかにする代わりに、白人の価値と規範が、たとえそれが基礎をなす目的あるいは支配的な法や政策の客観性と関係ないとしても、どのように資源を配分する評価基準として機能するかに着目するようにすることが挙げられる。⁽²⁷⁾ 三点目として、アウトサイダー間の利益の合致は、いかなる抑圧された集団の構成員も、それらの利益がどのように合致するのかを探求するために合意することや、黒人／白人パラダイムを超えて進むための門戸を開くことを可能にすることが挙げられる。⁽²⁸⁾ 四点目として、この理論は、人種、ラダイムを超えて、LGBT (lesbian, gay, bisexual, transgender)、「障害のある人、移民、経済的不正の標的とされた人々など、他の抑圧された集団が席に着く余地を許容する点が挙げられる。⁽²⁸⁾ すなわち、この理論は、我々が、人種やジェンダー、性的指向、能力、障害、または他の範疇がどのように、他の者の特権的地位を維持するためにある集団を抑圧するために用いられるのかを評価することを可能にする。⁽²⁹⁾ 五点目として、連携の基礎の拡大に関連し、アウトサイダー間の利益の合致をめぐる議論を再構築するに際し、有色人種だけでなく、多くの白人——例えば白人の貧民層、白人のゲイやレズビアン、白人の女性——もまた、少数のパワーエリートの要求を満たすために抑圧されているという点を知ることができるという点である。⁽²¹⁾

以上述べてきたように、Smith は、Lawrence の議論を踏まえたくうえで、Bell の理論を応用する。このように、観念主義的アプローチと物質主義的アプローチとを接合させるアプローチは、今後の批判的人種理論のあるべき方向を示しているのではないだろうか。この点、Rebecca Tsosie は、批判的人種理論が、人種の正義のために機能する全体論的な構想を発展させるには、物質主義的な観点と観念主義的な観点の双方が重要であると主張する⁽²⁴⁾。また、Jennifer Hochschild は、批判的人種理論の新しい世代が、政治科学者に比べ、物質的な側面にあまり注意を払っていないと指摘し、物質的側面の重要性を主張しつつも、物質的観点と観念的観点の結合の必要性を説く⁽²⁵⁾。言説分析に過度に着目することを批判する Athena Mutua も、観念主義的アプローチを否定せず、物質的アプローチによる補完の必要性を主張する⁽²⁶⁾。これらの論者が主張するように、観念主義的アプローチと物質主義的アプローチのどちらかではなく、両者は密接に関連しているのであり、両者のアプローチを適切に用いることで、「レイシズムの決定的な役割につき、現実的な (realistic) 評価をすることができ、また、それによりレイシズムの正確な性質を理解することで、その無数の害悪を切り抜けるための身支度をする」⁽²⁶⁾ことが、ある程度はできるのではないだろうか。

第3節 批判的人種リアリズム

最後に、本節では、「批判的人種リアリズム」と呼ばれる「新しい潮流」⁽²⁶⁾を概観する。批判的人種リアリズムとは、批判的人種理論とリアリズム法学とを融合させたものであり、法の制定において、法が行われるあるいは法が適用されるべき社会的事実を、より体系的に考慮できるよう、またそうさせるようにするものである⁽²⁷⁾。批判的人種理論との共通点として、無意識のレイシズムや制度的なレイシズムを理解しようとする点や、差別分析の焦点を、行為者の意図から、「犠牲者の階層」の物質的、イデオロギー的状况に転換する点⁽²⁸⁾などが挙げられる。

批判的人種リアリズムは、(1) 法や法制度の体系的な、人種に基づく評価や批判という脱構築的要素と、(2) 人種的進歩的なアジェンダという構築的要素の二つの要素から構成されており、両要素は経験的社会科学に依拠している。ここでの社会科学のリサーチは、脳において偏見が機能する方途についての新しい理解を特に強調する。批判的人種リアリズムは、経験的社会科学を用いることにより、(1) そこにあるであろうレイシズムをさらし、(2) その個人や制度への効果を明らかにし、(3) 幾分の公共政策の議論を通じ、レイシズムに対する一斉の攻撃を行う。このように、批判的人種リアリズムは、批判的人種理論と社会科学とを架橋する理論である。⁽²⁴⁾ 批判的人種理論と社会科学を総合する利点として、Gregory Parks は以下の点を挙げる。一点目は、経験的な法学の手法は、個人の偏見から比較的自由な、合理的で客観的な知識をもたらすという点である。二点目は、経験的な法学の手法は、批判的人種理論にとって価値があるということは長い間指摘されてきたという点である。たとえば、Brennan は、経験主義は、人種リアリズムの重要な側面をなすと指摘する。この手法は、伝統的な事例分析と比較して、法の適用における人種的不均衡を強調するにあたり、より有用な道具となりうる。また、この手法は、批判的人種理論が、批判的人種理論の中心的な主義——アメリカにおいて、有色人種は抑圧されている——を受け入れようとしない個人に範囲を広げることを許容する。これは、アメリカにおいては、露骨なレイシズムはほとんどなくなったが、無意識のレイシズムは存在し、未だアフリカ系アメリカ人やほかの有色人種の生活に影響を与えているということを明らかにすることによりなされた。三点目として、手段—結果の法への関係に関する点があげられる。すなわち、法学は、公共政策を具体化する可能性があるものであり、その文脈において、批判的人種理論が社会科学を採用する利点は、社会科学が裁判所、立法府、行政府の政策決定の具体化を助けるものであるという点である。

しかし、このような手法自体は、新しいものではなく。Holmes 裁判官、Louis Brandeis 裁判官、Benjamin Cardozo

裁判官、Roscoe Poundらがアメリカの法学に社会科学を受容する途を作り、また、Charles Houstonの業績やBrown判決の努力が、法への学際的なアプローチを作り出した⁽²⁶⁾。また、近年ではBellやEmily Houghが、リアリズム法学を取り入れる見解を提起している⁽²⁷⁾。しかしながら、批判的人種リアリズムは、それらの歴史や同時代の動向を前提として、批判的人種理論がさらに法のアクターや法制度における人種やレイシズムの理解に関する経験的社会科学を受け入れることを主張する⁽²⁸⁾。また、近年の批判的人種リアリズムが言及するリアリズム法学は、経験主義的な学者が作り上げようとしている新リアリズム法学と呼ばれるもので、(1) ボトムアップアプローチとトップダウンアプローチの双方を採用する、(2) 法と社会科学との間の翻訳を促進する、(3) 研究者の潜在的な主観性に関する問題を調整しようとする、(4) その視野を広げ、また、国内問題と同様に国際問題にも着目する、(5) 経験的な研究を法理論に組み込むだけでなく、政策問題も扱う、という五点がその特徴であり、これらにより、単なる批判の手法ではなく、「肯定的な社会変化」への途を示すものである⁽²⁹⁾。また、新しいリアリズム法学に加え、行動リアリズム (behavioral realism) にも依拠する。行動リアリズムは、法における、人間の決定過程に関連する見えない過程や仮定を明らかにしようとし、また、精神科学による人間の態度に関する新しい科学的理解を評価しようとするものであり、無意識の人の態度の基準として、暗黙の関連テストを採用する⁽³⁰⁾。これらの点において、批判的人種リアリズムは新しい潮流であるといえる。Parksは、このような批判的人種リアリズムは、批判的人種理論の議論を大いに強化し、また、批判的人種理論の目標を促進するものであると主張する⁽³¹⁾。

むすび

これまで述べてきたように、批判的人種理論は、外部批判、内部批判に対応しながら発展してきた。批判的人種理論は、レイシズムと闘うために主張されるものであるが、そのためには、何よりもまず、*Ball*の主張するように、レイシズムの本質を理解することが必要であろう。その本質を理解することなく、レイシズムと闘うことはできない。批判的人種理論は、そのための様々な方法論を展開してきた。

これらの主張に共通するのは、*Freeman*が主張する、「行為者の視点」から、「被害者の視点」に転換することである。⁽²¹⁾ 批判的人種理論は、視点の転換を正当化するものであり、また、どの程度・どういう手法で「被害者の視点」を取り入れるかにつき、示唆に富んでいる。レイシズムは、「言説や観念においても、物質的な社会システムにおいても」存在する。⁽²²⁾ そこで、本稿では、観念主義的アプローチと物質主義的アプローチとを接合させるアプローチが、レイシズムの本質を理解するためには必要であると指摘した。また、批判的人種リアリズムの主張する学際的アプローチも有用であろう。レイシズムの本質を理解するためには、*Lawrence*の主張する無意識のレイシズムの観念や、*Delgado*の主張する物質的アプローチ、社会科学等の知見の適切な導入等は、特に考慮すべきであろう。たとえば、ヘイト・スピーチの害悪を分析するにあたり、これらの手法は有用である。

このような、レイシズムの本質に関する批判的人種理論の洞察は、特殊アメリカ的なものではなく、*Levin*が主張するように、日本においても応用可能である。*Levin*は、「日本ではしばしば見られる、国際法やいわゆる『外圧』にたよった改革のメカニズムを説明するのに利益合致原理は適格的である」、あるいは、*Freeman*の主張する「人種の恒常性原理——支配的人種マジョリティはマイノリティからの圧力をガス抜きするのに必要な限りで改革を進めるにすぎない

とするもの——」は、「改革の唱導者たちに対して課題を突きつけ警告する」と指摘する。⁽⁸⁾

このように、批判的人種理論は普遍的なものであり、批判的人種理論の主張を真剣に検討し、レイシズムの観念主義の側面、物質主義的側面に着目しなければ、レイシズムの本質を見誤ってしまふことになるだろう。レイシズムの本質を理解するにあたり、批判的人種理論の果たす役割は大きい。

- (1) RICHARD DELGADO & JEAN STEFANIC, UNDERSTAN DING WORDS THAT WOUND 230 (Westview Press 2004).
- (2) BLACK'S LAW DICTIONARY 432 (9th ed. 2009).
- (3) Athena D. Mutua, *The Rise, Development and Future Directions of Critical Race Theory and Related Scholarship*, 84 DENV. U. L. REV. 329, 336 (2006).
- (4) RICHARD DELGADO & JEAN STEFANIC, CRITICAL RACE THEORY: AN INTRODUCTION 3 (New York University Press 2001).
- (5) Thurgood Marshall *Reflections on the Bicentennial of the United States Constitution*, 101 HARV. L. REV. 1, 5 (1987); Thurgood Marshall, *We the People: A Celebration of the Bicentennial of the United States Constitution: The Constitution: A Living Document*, 1987 HOW. L. J. 623, 627 (1987); Thurgood Marshall は、憲法制定二〇〇年にあたり、憲法制定当時「我々人民 (We, the People)」に黒人は含まれていなかったと云う、憲法の「欠陥」を指摘し、また、南北戦争以後、黒人が教育や住居、雇用、投票に関する権利を享有するまでには、南北戦争から一世紀近くも経つてのことだったと指摘する。そして、その中で黒人の地位の決定に法が果たしてきた役割を指摘する。すなわち、Marshall によれば、黒人は、「法により奴隷にされ、法により解放され、法により公民権を奪われ、分離され、そしてついには、法により平等を勝ち取るようになってくる」のである。批判的人種理論は、「このような視点から、法を、有色人種の生活を改善するため、積極的に道具として活用しようとする」⁽⁹⁾ Dorothy A. Brown, *Introduction to Critical Race Theory, in CRITICAL RACE THEORY: CASES, MATERIALS, AND PROBLEMS 1* (DOROTHY A. BROWN ED., THOMSON WEST 2003).
- (6) Roy L. Brooks, *Conley and Tumblby: A Critical Race Theory Perspective*, 52 HOW. L. J. 31, 32 (2008).
- (7) DERRICK BEIL, *FACES AT THE BOTTOM OF THE WELL: THE PERMANENCE OF RACISM IX* (BasicBooks 1992).

(8) Bellは「少し前にはそう(レイシズムはいつか治せるものであると：引用者注)信じたこともあったのだが」と述べている。しかしながら、Bellはその認識を改めなければならなくなった。デリック・ベル(中村輝子訳)『人種主義の深い闇…黒いアメリカ・白いアメリカ』(朝日新聞社、一九九五年)六頁。なお、同書はBell, *supra* note 7の訳書であるが、引用部分は筆者が手にした原著には掲載されていない。

(9) Bell, *supra* note 7 at 13; Bellはたゞ「NAACPのLegal Defense and Educational Fundで、人種主義的な法や分離教育を廃止するために法的な戦術を考案する役割を担っていた。Bellは「John Marshallと共に働き、また、三〇〇件以上の分離教育に関する事件を担当している。それにもかかわらず、Bellは「このようにレイシズムに悲観的な態度を取り、さらには、後に述べるように、公民権運動を批判している。

また、Bellは前述のMarshallらとは異なり、法の役割についても悲観的である。Bellは、かつては、権利を守るためには、法に依拠すればよいと思っていたが、現在では、レイシズムは永遠にアメリカの一部分であり、レイシズムは、強力な公民権法の制定やその精力的な執行により克服する「*it is not going to go away. It is here. It is here.*」(Bell, *supra* note 7 at 92).

(10) Adrian K. Wing, *Space Traders for the Twenty-First Century*, 11 BERKELEY J. AFR.-AM. L. & POLY 49, 51-52 (2009).

(11) 阪口正二郎「差別的表現規制が迫る『選択』——合衆国における議論を読む——」法と民主主義二八九号(一九九四年)四二頁。

(12) 大沢秀介「批判的人種理論」ジュリスト一〇八九号(一九九六年)八九頁、同「批判的人種理論に関する一考察」法学研究六九巻一二号(一九九六年)六七頁、木下智史「『批判的人種理論』(Critical Race Theory)」に関する覚書「神戸学院法学二六巻一号(一九九六年)一九九頁、植木淳「人種平等と批判的人種理論(Critical Race Theory)」六甲台論集四四巻三三(一九九八年)一九頁。

(13) ヘイト・スピーチ規制論の文脈において、批判的人種理論の論者の主張に言及するものとして、市川正人『表現の自由の法理』(日本評論社、二〇〇三年)、内野正幸『差別的表現』(有斐閣、一九九〇年)、大沢秀介『差別的表現』法学教室一七八号(一九九五年)五五頁以下、梶原健佑「ヘイト・スピーチと『表現』の境界」九大法学九四号(二〇〇七年)四九頁以下、紙谷雅子「憎悪と敵意に満ちた言論の規制 R.A.V. v. City of St. Paul, Minnesota, 507 U.S. 377 (1992)」岩部信喜編『アメリカ憲法判例』(有斐閣、一九九八年)六三頁以下、小谷順子「アメリカ合衆国憲法修正一条下における十字架を燃やす行為の規制についてのRAW判決後の一考察」法学政治学論究三三三(一九九七年)五七一頁以下、小谷順子「合衆国憲法修正一条と大学における表現の自由——RAW判決以降のヘイトスピーチの規制の問題に関する一考察——」法学政治学論究四〇号(一九九九年)二六三頁以下、小谷順子「十字架を燃やす行為の規制についての一考察——Virginia v. Black, 123 S. Ct. 1536 (2003)——」宮崎大学教育学部紀要(社会科学)九号(二〇〇三年)一頁以下、小谷順子「米国における表現の自由とヘイトスピーチ規制——Virginia v. Black, 123 S. Ct. 1536 (2003)判決を踏まえた検討——」日本法政学会法政論叢四〇巻二二(二〇〇四年)一四九頁以下、志田陽子『文化戦争と憲法理論——アイデンティティの

- 相剋と模索」(法律文化社、二〇〇六年)、長峯信彦「憎悪と差別の表現——第一修正法理の新奇な展開——」大須賀明編『社会国家の憲法理論』(敬文堂、一九九五年) 四七七頁以下、長峯信彦「人種差別的ヘイト・スピーチ——表現の自由のディレンマ——」(一)早稲田法学七二巻二号(一九九七年)一七七頁以下、長峯信彦「アメリカにおける人種差別的ヘイトスピーチ——調整主義の提案——」憲法理論研究会編『憲法基礎理論の再検討』(敬文堂、二〇〇〇年) 一一九頁以下、奈須祐治「ヘイト・スピーチ規制と表現の自由——『内容中立原則 (content neutrality principle)』の射程」関西大学法学論集五〇巻二号(二〇〇一年) 二四三頁以下、奈須祐治「ヘイト・スピーチの害悪と規制の可能性(一)」(二・完)——アメリカの諸学説の検討——」関西大学法学論集五三巻二号(二〇〇四年) 五三頁以下、同五四巻二号(二〇〇四年) 一六一頁以下、安西文雄「ヘイト・スピーチ規制と表現の自由——立教法学五九号(二〇〇一年) 一頁以下、若林翼「言葉の力——差別的表現・法理論(一)、(二・完)——批判的人種理論・フェミニズム法理論と法実践」阪大法学五二巻二号(二〇〇三年) 一八一頁以下、同五三巻二号(二〇〇三年) 三八一頁以下等がある。
- (14) 市川正人「表現の自由論の五〇年」公法研究五九号(一九九七年) 二六〇—二六一頁。阪口・前掲注(11)・四四頁も同旨。
- (15) 市川・前掲注(14)・二六一頁。
- (16) 阪口教授、奈須准教授は、このような原理的なレベルでの問いをふまえたうえで、自覚的にヘイトスピーチ規制に慎重な立場をとっている。阪口・前掲注(11)・四四頁、奈須・前掲注(13)「ヘイト・スピーチの害悪と規制の可能性(二・完)」二〇〇頁。
- (17) 木下・前掲注(12)・二二八頁。
- (18) Mutua, *supra* note 3 at 340-341. ある論者は、批判的人種理論の理論的起源として、リアリズム法学も挙げる。そして、少なくとも、リアリズム法学の二つの特徴——伝統的な法学の言説に対するファイカルな懐疑主義や、そのような言説への内在的な批判を、外在的なものにとって代えようとする願望——は、批判的人種理論の重要な基礎をなすと指摘する。Berta Hernandez-Trujol & Angela Harris & Francisco Valdes, *LatCrit X: Critical Approach To Economic Injustice: Afterward: Beyond the First Decade: A Forward-Looking History of LatCrit Theory, Community and Praxis*, 17 BERKELEY LA RAZA L.J. 169, 172 (2006); しかしながら、後にみるように、この中で挙げられたリアリズム法学の特徴は、批判的法学研究が継受しているため、本稿ではリアリズム法学については、独立して扱わない。リアリズム法学につき、藤倉皓一郎「リアリズムの法理論」八木鉄男編『現代の法哲学理論』(世界思想社、一九七一年) 二二五頁、丸田隆「リアリズム法学の生成と機能に関する一考察——現代アメリカ法社会学との接点を中心に——」法と政治二九巻二号(一九七八年) 一二七頁、常本照樹「司法審査とリーガルプロセス——アメリカでの司法の機能に関する理論的發展——」北大法学論集三二巻二号(一九八〇年) 七〇一頁、岡崎修「リアリズム法学の出現とその背景」明治大学大学院紀要一法学篇第一八集(一九八一年) 二九頁、高瀬暢彦「事実懐疑主義(一)——リーガルリアリズムの法知識論的再評価——」法学紀要四六巻(二

〇〇五年) 二四三頁、徳永賢治「リアリズム法学の二考察」沖繩法字三六号(二〇〇七年) 九五頁等参照。リアリズム法学と批判的法学研究との関係『Law? See Note, *Round and Round the Bramble Bush: From Legal Realism To Critical Legal Scholarship*, 95 *Haw. L. Rev.* 1669 (1982) . 岡憲修「アメリカ法思想の二断面——批判法学とリアリズム法学」明治大学大学院紀要「法学篇第二四集(一九八一年) 二九頁等参照。

(19) Delgado & Stefancic, *supra* note 4 at 4.

(20) アラン・D・フリーマン(松井茂記訳)「差別禁止法——批判的考察」デヴィット・ケアリス編(松浦好治・松井茂記編訳)『政治としての法——批判的法学入門』(風行社、一九九一年) 一三九頁。

(21) Derrick A. Bell, *Serving Two Masters: Integration Ideals and Client Interests in School Desegregation Litigation*, 85 *Yale L. J.* 471 (1976).

(22) Bell, *supra* note 7 at 59.

(23) Richard Delgado, *Si Se Puede, But Who Gets the Gravy?*, 11 *Mich. J. Race & L.* 9, 12 (2005).

(24) Richard Delgado, *Liberal MacCarthyism and the Origins of Critical Race Theory*, 94 *Iowa L. Rev.* 1505, 1511 (2009).

(25) CRITICAL RACE THEORY: THE CUTTING EDGE xiii (Richard Delgado ed., Temple University Press 1995).

(26) 批判的法学研究については、松井茂記「批判的法学研究の意義と課題——アメリカ憲法法学の新しい潮流(一)(二・完)法律時報五八巻九号(一九八六年) 一二頁、同五八巻二〇号(一九八六年) 七八頁、ケアリス編・前掲注(20)、中原拓也「批判的法学研究の八〇年代」明治大学大学院紀要第二九集(一九九三年) 一七九頁、中原拓也「構造主義意向の法哲学としての『批判的法学研究』」法哲学年報(一九九三)(一九九四年) 一八六頁、中山竜一『二十世紀の法思想』(岩波書店、二〇〇〇年) 一三五頁以下、小泉良幸「リベラルな共同体——ドゥオーキンの政治・道徳理論(勁草書房、二〇〇二年) 六一頁以下、棚瀬孝雄「批判法学と脱構築」法学教室二二八号(二〇〇三年) 七三頁、早川のぞみ「ドゥオーキンの法理論における原理の役割と機能——批判的法学研究との対比を手掛かりに——」桃山法学一五巻(二〇一〇年) 三三九頁等参照。また、批判的法学研究の代表的な論者であるTushnetにつき、大河内美紀「マーク・タシュネット 批判法学最後の雄?」駒村圭吾・山本龍彦・大林啓吾編『アメリカ憲法の群像』(尚学社、二〇一〇年) 一七九頁以下を参照。

なお、「批判法学」と呼称する論者もいるが、本稿では「批判的法学研究」とする。

(27) CRITICAL RACE THEORY: THE KEY WRITINGS THAT FORMED THE MOVEMENT xxii (Kimberle Crenshaw et. al. eds., The New Press 1995).

(28) 松井茂記「批判的法学研究の意義と課題」ケアリス編・前掲注(20)・二七八頁、Katys は、伝統的法学『Law?』の歴史的・社会的文脈や機能から法を取り除き、また、法を客観的、ほとんど不変の科学であると描写する。David Katys, *Book Review: Law and the Rise of*

Capitalism, 126 U. Pa. L. Rev. 980 (1978).

(29) 批判的法学研究は、方法論——歴史の転覆させる役割の認識や、法学的な現象を説明しようとする概念論に関する懐疑論——においては、リアリズム法学を直接継受するが、その依って立つ政治的伝統——批判的法学研究は、社会学や自由主義的な改革を拒絶し、その政治的ワイジョンにつき、参加民主主義、市民的共和主義、非中央集権型社会主義を基礎とする——においてリアリズム法学と袂を分かつ。Note, *supra* note 18 at 1682; また、松浦教授は、リアリズム法学は、単に学者を中心とした知的学問的運動ではなく、リアリストと呼ばれた人々の中で、ニュー・デールの推進に直接かかわった人が少なくない点を指摘し、この点は、リアリズムの一つの特徴として、批判的法学研究とはある程度区別しておく必要があると指摘する。松浦好治「ニュー・デールとリーガル・リアリズム」アメリカ法「一九九七—二〇〇二」一四二頁。

(30) 中山・前掲注(26)・一三五頁。

(31) ケアリス・前掲注(20)・viii-xiv頁。

(32) See Mari J. Matsuda et al., *Word That Wound: Critical Race Theory, Assaultive Speech, and the First Amendment* 6 (Westview Press 1993); 木下教授は、特に Matsuda は、比較的、批判的法学研究とのより積極的な協働を志向していると指摘する。木下・前掲注(12)・二〇三—二〇五頁。批判的人種理論は、伝統的なリベラリズム法学に対する批判という点で、批判的法学研究と軌を一にする。たとえば、批判的人種理論は、批判的法学研究同様、法が客観的で価値中立的であると、この観念を否定する。Roy L. Brooks, *Critical Race Theory: A Proposed Structure and Application to Federal Pleading*, 11 HARV. BLACKLETTER L.J. 85, 96 (1994); また、法理論論に対する懐疑主義や、法と政治の分離は不可能であると、この確信、ポスト構造主義への好意といった点を、批判的法学研究から継受する。Tryon & Harris & Valdes, *supra* note 18 at 178.

(33) 「文化的な条件付けをこえて、それ以前、女性特有の本質があるという信念」と定義される。リタサトル(渡辺和子監訳)『フェミニズム事典(明石書店 一九九一年) 一一〇頁。Catharine MacKinnon は、フェミニストは本質主義者であるという主張は誤りであるとし、「歴史的に、性あるいは人種に関して本質主義者であることは、生物学的決定論者であることを意味しつめた」と指摘する。Catharine A. MacKinnon, *Keeping It Real: On Anti-"Essentialism"*, in CROSSROADS, DIRECTIONS, AND A NEW CRITICAL RACE THEORY 72 (Francisco Valdes et al. eds., Temple University Press 2002); 同様の批判に対するフェミニストの反論につき、中山・前掲注(26)・二〇三—二〇五頁参照。Angela Harris は、本質主義という観念を人種問題に用いた人種本質主義を、「均質で強固な『黒人の経験』あるいは『メキシコ系アメリカ人の経験』が存在するとする信条」と定義し、この観念は、様々な形態の抑圧を経験する人々の人生を更なる問題に至らせるべく指摘する。Angela P. Harris, *Race and Essentialism in Feminist Legal Theory*, 42 STAN. L. REV. 581, 588 (1990).

- (34) 家父長制の定義は論者によって様々であるが、ここでは、「女性を犠牲にして男性に特権を与える普遍的な社会構造」と定義しておく。サトル・前掲注 (33)・二八五頁。
- (35) Delgado, *supra* note 23 at 12.
- (36) 愛敬敬二「近代人権論と現代人権論——『人権の主体』という観点から」愛敬敬二編『人権の主体』(法律文化社、二〇一〇年)五頁。
- (37) Delgado & STEFANIG, *supra* note 4 at 5.
- (38) 大沢・前掲注 (12)「批判的人種理論に関する一考察」・九四頁(脚注六)。
- (39) MATSUDA, *supra* note 32 at 3.
- (40) Delgado, *supra* note 24 at 1510-1511.
- (41) Brown v. Board of Education, 347 U.S. 483 (1954).
- (42) See Derrick A. Bell Jr., *Brown v. Board of Education and the Interest-Convergence Dilemma*, 93 HARV. L. REV. 518 (1980).
- (43) *Id.* at 523.
- (44) *Id.* at 524-526; 444 Bell の推測は、後述 Dudziak による証明された。Delgado *supra* note 24 at 1507; See MARY L. DUDZIAK, COLD WAR CIVIL RIGHTS: RACE AND THE IMAGE OF AMERICAN DEMOCRACY (Princeton University Press 2000); Bell 自身が Bell の点について司法省より提出された amicus brief や、当時の国務長官のレポートなどを引用して証明している。また、合衆国最高裁も、合衆国の安全を守る必要性に気付いていないわけではなく、その点を指摘した。Derrick A. Bell, *Brown v. Board of Education: Forty-Five Years After the Fact*, 26 OHIO N. U. L. REV. 171, 179-180 (2000).
- (45) *supra* note 27 at xiv.
- (46) See Bell, *supra* note 21.
- (47) Richard Delgado, *Recasting the American Race Problem*, 79 CALIF. L. REV. 1393 (1991).
- (48) *supra* note 27 at xxii-xxiii.
- (49) Wing, *supra* note 10 at 51.
- (50) Muta, *supra* note 3 at 348.
- (51) *Id.*
- (52) Robert S. Chang, *Richard Delgado and the Politics of Citation*, 11 BERKELEY J. Afr.-Am. L. & Pol'y 28, 30 (2009); 木下・前掲注 (12)・二〇二一

一〇七頁。

- (52) Chang, *supra* note 52 at 30-31.
- (53) Trujol & Harris & Valdes, *supra* note 18 at 178.
- (54) *Id.*
- (55) See *Symposium: Minority Critique of the Critical Legal Studies Movement*, 22 Harv. C.R.-C.L. L. Rev. 297 (1987).
- (56) Delgado, *supra* note 24 at 1514.
- (57) Darren L. Hutchinson, *Critical Race Theory: History, Evolution, and New Frontiers*. Foreword. *Critical Race Histories: In and Out*, 53 Am. U. L. Rev. 1187, 1192 (2004).
- (58) *Id.*
- (59) *Id.* at 1192-1193.
- (60) *supra* note 27 at xxi.
- (61) See Delgado, *supra* note 24 at 1511-1512; Mutua, *supra* note 3 at 346-347; *supra* note 27 at xx-xxii.
- (62) *supra* note 27 at xxii.
- (63) Delgado, *supra* note 24 at 1513.
- (64) *Id.*
- (65) *Id.* at 1514.
- (66) Argeela Onwuachi-Willig, *Celebrating Critical Race Theory at 20*, 94 Iowa L. Rev. 1497 (2009).
- (67) Kimberle Crenshaw, *The First Decade: Critical Reflections, or "a Foot in the Closing Door"*, *in supra* note 33 at 19.
- (68) Onwuachi-Willig, *supra* note 67 at 1498.
- (69) *Id.* at 1501.
- (70) *Id.* at 1502.
- (71) Wings, *supra* note 49 at 51.
- (72) 一九八七年のシンポジウムを起算点としているものと思われ、二〇〇九年に開催された二〇周年を祝うシンポジウムとは起算点異なる。この点

部でのネイティヴ・アメリカンの反乱を鎮圧するために、新しく自由人となったかつての奴隷をリクルートした。また、近年では、カリフォルニアの Proposition187(キャンペーンに際し、反移民を主張する側は、メキシコ人の移民を、黒人の職の競争相手として描写することにより、黒人票を得ようとした。)*Id.* at 71-72.

- (94) たとえば、アメリカの歴史の初期段階では、アジア系は白人であると宣言されることが求められ、そのため、黒人専用学校に通う必要がなく、白人専用学校に通うことができた。*Id.* at 72.

- (95) このため、白人が、自分たちはレイニストではないと述べることを可能にする。*Id.* at 73.

- (96) たゞせば、*Korematsu* 判決 (*Korematsu v. United States*, 323 U.S. 214 (1944)) において、NAACPや、他の有力なアフリカ系アメリカ人の組織は、日系人の収容に異議を唱える *amicus brief* を提出することはなかった。*Id.* at 73.

- (97) *Mutua*, *supra* note 3 at 350.

- (98) *Id.*

- (99) *DEIGADO & STEFANIG*, *supra* note 4 at 6.

- (100) *Id.*

- (101) *Mutua*, *supra* note 3 at 351-352.

- (102) *Id.*

- (103) *David Gilborn, Forward to Kevin Hiron, 'Race' and Sport: Critical Race Theory* vii-xiii (Routledge 2009).

- (104) マーク・レヴィン (尾崎一郎訳) 「批判的人種理論と日本法——和人の人種的特権について」法律時報八〇巻二号 (二〇〇八年) 八〇頁。本論文において、Levin は、日本の、いわゆる単一民族神話を批判し、日本におけるマジョリティである「和人」とアメリカにおけるマジョリティである白人との共通点——マイノリティの人種的従属——を指摘する。そして、アメリカにおけるホワイトネスについての批判的人種理論の研究は、「人種的従属とそれに対応する和人の特権が意味するものを理解する助け」となると主張する。すなわち、「和人」は、日本におけるマイノリティ——アイヌ民族、部落民、在日コリアン、琉球・沖縄人、日本における日系人コミュニティやアジア人コミュニティ、ポニン／小笠原諸島に住む多人種／多民族からなる人々のより小さなコミュニティなど——の経験を認識し、また自らの人種の和人性を理解し、そのうえで、「透明性」——特権集団が自らの人種的人格「自らの人種がもたらす特権」についての意識を欠いていること——を克服してはじめて、人種的な和解と正義が実現されると主張する。このように、Levin は、「批判的人種理論を日本法に応用することで、日本法のありように人種が及ぼしている影響と、日本社会にお

る人種ないし民族（エスニック）関係のありように法が及ぼしている影響とを、よりよく理解することができる」と主張する。なお、「透明性」については、拙稿「ノイト・スビーチ規制と批判的人種理論」同志社法学三四〇号（二〇一〇年）二五八頁以下参照。

- (105) 批判的人種理論の論者を三世代に分類する者もいる。それによると、第一世代はBDIのように、批判的人種理論という公式の名称が与えられる以前から、人種、法、社会、権力の間の交差を批判的に分析していた者を指す。また、二〇〇九年に開催された批判的人種理論の二〇周年を祝う集会（CRT 20: Honoring Our Past, Charting Our Future）を企画した、Angela Onwuchik-Willingを中心とする比較的若い学者らを第三世代と分類する。
See Onwuchik-Willing *supra* note 67 at 1500-1501.

- (106) Cheryl I. Harris, *Critical Race Studies: An Introduction*, 49 UCLA L. Rev. 1215, 1218 (2002).
(107) *supra* note 25; 木下・前掲注(92)・二〇一〇頁以下参照。
(108) CRITICAL RACE THEORY: THE CUTTING EDGE (Richard Delgado & Jean Stefancic eds., Temple University Press 2d ed. 2000).
(109) Truyol & Harris & Valdes, *supra* note 18 at 178.
(110) Wing, *supra* note 10 at 50.
(111) Francisco Valdes & Jerome MacCristal Culp & Angela Harris, *Battles Waged, Won, and Lost: Critical Race Theory at the Turn of the Millennium*, *in supra* note 33 at 1.
(112) *supra* note 27 at xvii.
(113) Delgado & Stefancic, *supra* note 4 at 21.
(114) Hutchinson, *supra* note 58 at 1194.
(115) Delgado & Stefancic, *supra* note 4 at 22.
(116) Roy L. Brooks & Mary Jo Newborn, *Critical Race Theory and Classical Civil Rights Scholarship: A Distinction Without a Difference?*, 82 CALIF. L. REV. 787, 800 (1994).
(117) Mutha, *supra* note 3 at 355.
(118) *supra* note 27 at xiii.
(119) *Id.*
(120) Mutha, *supra* note 3 at 355.

- (11) *Id.*
- (12) *Id.*; See Mari J. Matsuda, *Public Response to Racist Speech: Considering the Victim's Story*, in Matsuda, *supra* note 32.
- (13) ホノ・K・バーバ (磯前順一) ニエール・ガリオア訳 『ナラナイウの権利 ―戸惑いの生へ向けへ―』(みよす書房、二〇〇九年) 七頁。
- (14) Monica Bell, *The Obligation Thesis: Understanding the Persistent "Black Voice" in Modern Legal Scholarship*, 68 U. Pitt. L. Rev. 634, 657 (2008).
- (15) See Derrick Bell, *Foreword: The Civil Rights Chronicles*, 99 Harv. L. Rev. 4 (1985); Bellが「リビ」黒人の「女性」を登場させた「リビ」は注目に値する。すなわち、Bellは「人種に基づく抑圧だけではなく、性別に基づく抑圧」もまたはなれらの二重の抑圧にも関心を持っており、この二重の抑圧が「リビ」がうかがわれど。See Derrick Bell, *Foreword to the First Edition of CRITICAL RACE FEMINISM: A READER xvii-xx* (Adrien K. Wing ed., New York University Press 2d ed. 2003).
- 44号「Bellと法的物語の手法を用いた『書』」について、See DERRICK BELL, AND WE ARE NOT SAVED: THE ELUSIVE QUEST FOR RACIAL JUSTICE (BasicBooks 1987); BELL, *supra* note 7; DERRICK BELL, GOSPEL CHORUS: PSALMS OF SURVIVAL IN AN ALIEN LAND CALLED HOME (BasicBooks 1996); DERRICK BELL, AFROLANTICA LEGACIES (Third World Pr. 1997).
- (16) Bell, *supra* note 7 at ix.
- (17) Richard Delgado and Jean Stefancic, *Derrick Bell's Chronicle of the Space Trader: Would the U.S. Sacrifice People of Color If the Price Were Right?*, 62 Colo. L. Rev. 321, 328 (1991).
- (18) Richard Delgado, *Storytelling for Oppressionists and Others: A Plea for Narrative*, 87 Mich. L. Rev. 2411, 2413 (1989).
- (19) See, e.g., Richard Delgado, *Rodrigo's Chronicle*, 101 Yale L. J. 1357 (1992); Richard Delgado, *Rodrigo's Second Chronicle: The Economics and Politics of Race*, 91 Mich. L. Rev. 1183 (1993); Richard Delgado, *Rodrigo's Third Chronicle: Care, Competition, and the Redemptive Tragedy of Race*, 81 Cal. L. Rev. 387 (1993); Richard Delgado, *Rodrigo's Fourth Chronicle: Neutrality and Stasis in Antidiscrimination Law*, 45 Stan. L. Rev. 1133 (1993); Richard Delgado, *Rodrigo's Fifth Chronicle: Civitas, Civil Wrongs, and the Politics of Denial*, 45 Stan. L. Rev. 1581 (1993); Richard Delgado, *Rodrigo's Sixth Chronicle: Intersections, Essences, and the Dilemma of Social Reform*, 68 N. Y. U. L. Rev. 639 (1993); Richard Delgado, *Rodrigo's Seventh Chronicle: Race, Democracy, and the State*, 41 UCLA L. Rev. 721 (1994); Richard Delgado, *Rodrigo's Eighth Chronicle: Black Crime, White Fears-On the Social Construction of Threat*, 80 Va. L. Rev. 503 (1994); Richard Delgado,

- Rodrigo's *Ninth Chronicle: Race Legal Instrumentalism, and the Rule of Law*, 143 U. Pa. L. Rev. 379 (1994); Richard Delgado, *Rodrigo's Tenth Chronicle: Merit and Affirmative Action*, 83 Geo. L. J. 1711 (1995); Richard Delgado, *Rodrigo's Eleventh Chronicle: Empathy and False Empathy*, 84 Cal. L. Rev. 61 (1996); Richard Delgado, *Rodrigo's Twelfth Chronicle: The Problem of the Shamly*, 85 Geo. L. J. 667 (1997); Richard Delgado, *Rodrigo's Thirteenth Chronicle: The Problem of the Shamly*, 85 Geo. L. J. 667 (1997); Richard Delgado, *Rodrigo's Fourteenth Chronicle: American Apocalypse*, 32 Haw. C.R.-C.I. L. Rev. 275 (1997); Richard Delgado, *Rodrigo's Fifteenth Chronicle: Racial Mixture, Latino-Critical Scholarship, and the Black-White Binary*, 75 Tex. L. Rev. 1181 (1997); Richard Delgado, *Rodrigo's Corrido: Race, Postcolonial Theory, and U.S. Civil Rights*, 60 Vand. L. Rev. 1691 (2007); Richard Delgado, *Rodrigo's Portent: California and the Coming Neocolonial Order*, 87 Wash. U. L. Rev. 1293 (2010).
- (10) See DERRICK BEIL, *CONFRONTING AUTHORITY: REFLECTIONS OF AN ARDENT PROTESTER* (Beacon Press 1994).
- (11) Richard Delgado, *The Imperial Scholar: Reflections on a Review of Civil Rights Literature*, 132 U. Pa. L. Rev. 561 (1984).
- (12) *Id.* at 563.
- (13) *Id.* at 567.
- (14) *Id.*
- (15) Chang, *supra* note 52 at 30.
- (16) *Id.* at 30-31.
- (17) *Id.* at 31.
- (18) OLIVER W. HOLMES, JR., *THE COMMON LAW* 1 (Little, Brown and Company 1881).
- (19) Wing, *supra* note 10 at 55. 特別に、マイリカ系アメリカ人とロマンティックに属しながら、マイノリティが持つ同一問題意識を持つべきであるという一種の「ロマンティック化」がロマンティック・Kennedy の批判が有るべきである。 Randall L. Kennedy, *Racial Critiques of Legal Academia*, 102 Haw. L. Rev. 1745, 1782-1785 (1989); #447 トレーノリティー独自の視点の存在を疑問視するものとして See Daniel A. Farber & Suzanna Sherry, *Telling Stories Out of School: An Essay on Legal Narratives*, 45 Stan. L. Rev. 814 (1993).
- (10) Kennedy, *supra* note 139 at 1771-1772.
- (11) *Id.* at 1762.

- (42) DANIEL A. FABER & SUZANNA SHERRY, BEYOND ALL REASON: THE RADICAL ASSAULT ON TRUTH IN AMERICAN LAW 52-71 (Oxford University Press 1997).
- (43) *Id.*; DELGADO, *supra* note 4 at 90.
- (44) Steven G. Gey, *The Case Against Postmodern Censorship Theory*, 145 U. PA. L. REV. 225 (1996).
- (45) DELGADO, *supra* note 4 at 91-92.
- (46) FABER & SHERRY, *supra* note 142 at 109.
- (47) Robin D. Barnes, *Race Consciousness: The Thematic Content of Racial Distinctiveness in Critical Race Scholarship*, 103 HARV. L. REV. 1864, 1870 (1990).
- (48) Leslie G. Espinoza, *Masks and Other Disguises: Exposing Legal Academia*, 103 HARV. L. REV. 1878, 1879 (1990).
- (49) *Id.* at 1885-1886.
- (50) DELGADO, *supra* note 4 at 90.
- (51) Richard Delgado, *Chronicle: Rodrigo's Book of Manners: How to Conduct a Conversation on Race—Standing, Imperial Scholarship, and Beyond: Beyond All Reason: The Radical Assault on Truth in American Law*. By Daniel A. Faber and Suzanna Sherry, 86 GEO. L. J. 1051, 1072 (1998).
- (52) DELGADO, *supra* note 4 at 92.
- (53) Hutchinson, *supra* note 58 at 1209.
- (54) Washington v. Davis, 426 U.S. 229 (1976); ロンドン・マ特別区の警察官採用試験において、不当に多くの黒人が落とされたため、本試験が人種に基づき黒人を差別するものであり、修正五条のデュー・プロセス条項における権利を侵害するものであるとして、提訴された事件。法廷意見を執筆した White 裁判官は、人種的不均衡の影響だけではなく、差別的な目的あるいは意図がなければ違憲とならず、本試験はそのような目的あるいは意図はなすと判断した⁹。
- (55) Charles R. Lawrence III, *The Id, the Ego, and Equal Protection: Reckoning with Unconscious Racism*, 39 STAN. L. REV. 317 (1987).
- (56) *Id.* at 319 (citing Larry G. Simon, *Racially Prejudiced Governmental Actions: A Motivation Theory of the Constitutional Ban Against Racial Discrimination*, 15 SAN DIEGO L. REV. 1041, 1097-1107 (1978); John H. Ely, *The Centrality and Limits of Motivation Analysis*, 15 SAN DIEGO L. REV. 1155, 1160 (1978); Kenneth L. Karst, *The Costs of Motive-Centered Inquiry*, 15 SAN DIEGO L. REV. 1163, 1165 (1978)).

- (157) Lawrence, *supra* note 155 at 319.
- (158) *Id.* at 319-320 (citing Paul Brest, *Foreword: In Defense of the Anti-discrimination Principle*, 90 *HAW. L. REV.* 1, 43 (1976); Theodore Eisenberg, *Disproportionate Impact and Illicit Motive: Theories of Constitutional Adjudication*, 52 *N.Y.U. L. REV.* 36, 57 (1977)).
- (159) Lawrence, *supra* note 155 at 320-321.
- (160) *Id.* at 321.
- (161) *Id.* at 322.
- (162) *Id.*
- (163) *Id.*
- (164) *Id.* at 322-323; フロイトは「Freud の理論とは、人間の精神は、個人が良いあるいは正しいと学んできたものと対立する思想、願望、信条を認識するのを否定あるいは拒絶する」ことにより、「罪悪の不安から自身を守る」というものである。
- (165) *Id.* at 323.
- (166) *Id.*; Lawrence は「その例として、たとえ子どもが黒人の劣等性を説かれることがなくとも、彼は他者の態度を観察することにより、それを学んで、その例を挙げている。」
- (167) *Id.*
- (168) *Id.* at 355-356.
- (169) *Id.* at 324.
- (170) *Id.*
- (171) Kelly Gashen & Tejal K. Patel, *Symposium Introduction*, 40 *CONN. L. REV.* 927 (2008).
- (172) 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, 938-939 (2008).
- (173) *Id.* at 939.
- (174) *Id.* at 942.
- (175) *Id.*

- (16) *Id.* at 944-946.
- (17) *Id.* at 946.
- (18) *Id.* at 946-947.
- (19) *Id.* at 947; Lawrence は「最高裁の視点は、Freeman のいう「行為者の視点」であり、この見解は、反差別法の目的を、個人の差別の実例を根絶するものとして捉えており、歴史的现实を否定する。それに対し「犠牲者の視点」は、我々の特定の差別の歴史に関連する社会的、経済的狀態に照応するものである」と指摘する。*Id.* (fn. 46) (citing Alan Freeman, *Antidiscrimination Law from 1954 to 1989: Uncertainty, Contradiction, Rationalization, Denial*, in *The Politics of Law* 285-311 (David Kayes ed., Basic Books 3d ed. 1998)); Freeman は「Lawrence と同様、差別が「個人」の行為として扱われるべきを批判している。フリーマン、前掲注 (20) 参照」。
- (20) Lawrence, *supra* note 172 at 951.
- (21) Mari J. Matsuda, *Are We Dead Yet? The Lies We Tell to Keep Moving Forward Without Feeling*, 40 *CONN. L. REV.* 1035, 1040 (2008).
- (22) *Id.*
- (23) Richard Delgado & Jean Stefancic, *Introduction to CRITICAL WHITE STUDIES: LOOKING BEHIND THE MIRROR* xvii (Richard Delgado & Jean Stefancic eds., Temple University Press 1997).
- (24) Ian F. Haney Lopez, *White by Law*, *in supra* note 108 at 626.
- (25) *Id.*; なお「人種」は「自明なものである」と不安定なカテゴリーである。*IAN F. HANEY LOPEZ, WHITE BY LAW: THE LEGAL CONSTRUCTION OF RACE* xiv (New York University Press 1996).
- (26) *supra* note 183.
- (27) *Id.* at 1.
- (28) Barbara J. Flagg, “Was Blind, But Now I See”: *White Race Consciousness and the Requirement of Discriminatory Intent*, 91 *MICH. L. REV.* 955, 969 (1993).
- (29) BARBARA J. FLAGG, *Was Blind, But Now I See: White Race Consciousness & The Law I* (New York University Press 1998).
- (30) Trina Grillo & Stephanie M. Wildman, *Obscuring the Importance of Race: The Implication of Making Comparisons Between Racism and Sexism (or Other-isms)*, *in supra* note 108 at 648, 649.

- (161) Flagg, *supra* note 189 at 2.
- (162) Transparency は「透明性」と訳すものではあるが、そのように訳すと言語の意図が伝わりにくいため、本稿では「無自覚性」という言葉を用いる。拙稿・前掲注(10)・二八二頁(脚注二三三)参照。
- (163) HAMILTON L. DALTON, RACIAL HEALING: CONFRONTING THE FEAR BETWEEN BLACKS & WHITES 110 (Anchor Books 1995); Amy DeVautreuil, *Review Essay: Silence at the California Law Review: Silence at Bohl Hall: The Dismantling of Affirmative Action By Andrea Guerrero*, 91 CALIF. L. REV. 1183, 1205 (2003); Melissa Hart, *Subjective Decisionmaking and Unconscious Discrimination*, 56 ALA. L. REV. 741, 749 (2005).
- (164) Stephanie M. Wildman, *The Persistence of White Privilege*, 18 WASH. U. J. L. & POL'Y 248 (2005).
- (165) Flagg, *supra* note 189 at 4.
- (166) *Id.*
- (167) *Id.*
- (168) *Id.*
- (169) *Id.* at 8; 制度的レイシズムについては、M・ヴィヴィオルカ(森千香子訳)『レイシズムの変貌』(明石書店、二〇〇七年)三七七―三八頁参照。
- (170) FLAGG, *supra* note 189 at 9.
- (171) *Id.*
- (172) レヴィン・前掲注(104)・八七頁。
- (173) レヴィン・前掲注(104)・八七頁。
- (174) Richard Delgado, *Two Ways to Think About Race: Reflection on the Id, the Ego, and Other Reformist Theories of Equal Protection*, 89 GEO. L. J. 2279, 2280 (2001) (citing Fred Shapiro, *The Most-Cited Law Review Articles Revisited*, 71 CH.-KENT L. REV. 751, 775 (1996)); 54 頁 二〇一年十二月の時点における Lawrence 論文のサイテーションを LEXIS で検索したところ、一五六二件ヒットした。
- (175) *Id.* at 2280; 他に、Brennan 裁判官や Blackmun 裁判官が、McCluskey v. Kemp の反対意見において、引用しているなど、Lawrence 論文は様々な影響を与えたと考えられる。
- (176) Glashien & Patel, *supra* note 171 at 927.
- (177) Delgado, *supra* note 204 at 2280.

- (208) *Id.* at 2280-2281.
- (209) *Id.* at 2282.
- (210) *Id.* at 2283.
- (211) たぐえは、カリフォルニアや西部の白人系の人種者は、彼らがメキシコの土地や鉱山採掘権を切望するときにのみ、メキシコ系の劣等性という観念を流布した。*Id.*
- (212) *Id.* at 2284.
- (213) *Id.*
- (214) *Id.* at 2285-2286.
- (215) *Id.* at 2286.
- (216) *Id.* at 2287.
- (217) *Id.* at 2288.
- (218) Johnson, *supra* note 75 at 720.
- (219) *Id.*
- (220) Catherine Smith, *Unconscious Bias and "Outsider" Interest Convergence*, 40 CONN. L. REV. 1077, 1079 (2008); たぐえは、Smith は、「なぜより多くのアフリカ系アメリカ人は、アラブ系の人種的プロファイリングや反移民政策に反対しないのか」「同性愛の権利を擁護するアフリカ系アメリカ人やアジア系アメリカ人やラテン系の構成員がどこにいるのか」、「なぜ大部分は白人の同性愛の権利集団や女性の集団は、人種によるファーマティヴ・アクションの計画をより熱心に擁護しないのか」といった指摘をしている。
- (221) *Id.* at 1080.
- (222) *Id.* at 1084.
- (223) *Id.* at 1084-1087.
- (224) *Id.* at 1087-1089.
- (225) *Id.* at 1089-1090.
- (226) *Id.* at 1092.

- (227) *Id.*
- (228) *Id.*
- (229) *Id.* at 1092-1093.
- (230) *Id.*
- (231) *Id.*
- (232) See Rebecca Tsosie, *Engaging the Spirit of Racial Healing Within Critical Race Theory: An Exercise in Transformative Thought*, 11 MICH. J. RACE & L. 21 (2005).
- (233) See Jennifer Hochschild, *Race and Class in Political Science*, 11 MICH. J. RACE & L. 99 (2005).
- (234) *Mitua* は、観念主義的アプロウチへの傾倒につき、ポスト構造主義やモダニズムの影響を指摘する。しかし、それらに過度に着目することは、ポスト構造主義の物質性に関する洞察——たとえば、人間を、物質的存在、物質的世界に具現化したものと理解する——を排除するものであると批判する。すなわち、ポスト構造主義の言説分析は、法の言説を中心に置くことを促すが、それ自体は、人種の構成における重大な特徴や階層の地位の重要な決定因子としての経済的構造や関係に着目することを排除するものではない。そして、*Mitua* は、白人の文化的支配を克服し、黒人や他の有色人種の啓発を促進することを意図する戦術が持続する一方、他方でこれらの努力は、抑圧を作り出した物質的な階層化された、経済的な構造や資源配分へ異議を唱えるための、人種間や抑圧の類型の間の連携によって補完されるべきだと主張する。 *Mitua*, *supra* note 3 at 383-394.
- (235) Bell, *supra* note 7 at 92.
- (236) Thistin K. Green, *Book Review: Critical Race Realism: Intersections of Psychology, Race, and Law*, 44 LAW & SOC'Y REV. 187 (2010).
- (237) Gregory S. Parks & Shayne E. Jones, *Criminal Law: "Nigger": A Critical Race Realist Analysis of the N-Word within Hate Crime Laws*, 98 J. CRIM. L. & CRIMINOLOGY 1305, 1307-1310 (2008).
- (238) Richard Delgado, *Forward to CRITICAL RACE REALISM: INTERSECTIONS OF PSYCHOLOGY, RACE, AND LAW* xi (Gregory S. Parks et. al. eds., The New Press 2008).
- (239) Emily M.S. Houb, *Critical Race Realism: Re-Claiming the Antidiscrimination Principle Through the Doctrine of Good Faith in Contract Law*, 66 U. PITT. L. REV. 455, 491 (2005).
- (240) Gregory S. Parks, *Toward a Critical Race Realism*, *in supra* note 238 at 1.

- (241) Howard S. Ehringer, *Book Note: Law and Race*, 34 *LAW & SOC. INQUIRY* 516, 517 (2009); Harvey Gee, *Review Essay: Cross-Racial Eigenness Identification, Jury Instruction, and Justice: Let's Get Free: A Hip-Hop Theory of Justice*, 11 *RUTGERS RACE & L. REV.* 70, 96 (2009).
- (242) Parks, *supra* note 240 at 7.
- (243) Rachel F. Moran, *What Counts As Knowledge? A Reflection on Race, Social Science, and the Law*, 44 *LAW & SOC'Y REV.* 515, 546 (2010).
- (244) Parks, *supra* note 240 at 5-6.
- (245) *supra* note 238 xv; Parks, *supra* note 240 at 1.
- (246) Parks & Jones, *supra* note 237 at 1306 (citing Derrick Bell, *Racial Realism*, 24 *CONN. L. REV.* 363, 363-364 (1992)); Houn, *supra* note 239 at 457); Bell は、人種リアリズムは、「黒人が、彼らの声や憤激が聞かれないようにするためにあてにできる法的・社会的仕組み」であると主張する。また、先例、権利論、客観性は、目的を転嫁することによって仕える単なる形式的なルールであるという、形式主義者に対するリアリストの批判は、「リベラルな市民権理論」にも向けられる主張する。Derrick Bell, *Racial Realism*, in DERRICK BELL, READER 73, 76 (Richard Delgado & Jean Stefancic eds., New York University Press 2005).
- (247) Parks, *supra* note 240 at 4, 7.
- (248) *Id.* at 3. 新リアリズム法学につき、スチュアート・マコーレー(山口裕博訳)「新リーガルリアリズム対旧リーガルリアリズム(一)」、(二・完) 桐蔭法学一三巻一号(二〇〇六年)五九頁、同一三巻二号(二〇〇七年)一六七頁参照。
- (249) Parks, *supra* note 240 at 3.
- (250) *Id.* at 7.
- (251) フリーマン・前掲注(20)参照。
- (252) レヴィン・前掲注(104)・八二頁。
- (253) レヴィン・前掲注(104)・八〇、八八頁。