

琉球大学学術リポジトリ

刑法における反差別原則：
反差別を主張する犯罪論のために

メタデータ	言語: 出版者: 琉球大学法文学部 公開日: 2007-09-14 キーワード (Ja): キーワード (En): 作成者: 森川, 恭剛, Morikawa, Yasutaka メールアドレス: 所属:
URL	http://hdl.handle.net/20.500.12000/1804

刑法における反差別原則

——反差別を主張する犯罪論のために——

森川 恭剛

目次

- 一 初めに
 - 一 反差別原則の問題提起
 - 二 女性の視点のための反差別の観点
 - 三 構成
 - 二 スーザン・エストリッチにおける法の支配の擁護の意味
 - 一 強姦罪におけるセクシズム
 - 二 被害者の検討
 - 三 「リアル・レイプ」を補う
 - 四 「女性の自己防衛」の評価
 - 五 平等・反差別の声の（不）合理性
- 三 批判的人種理論に学ぶ
 - 一 批判的人種理論

11 Looking to the Bottom

三 妊娠中の薬物使用の刑事規制の是非

四 終わりに

一 初めに

一 反差別原則の問題提起 文化的抗弁をめぐる多文化主義とフェミニズムの緊張関係について紹介して若干の論評を付け加えた前稿で、「反差別（従属）原則（ant/subordination principle）」（以下、単に反差別原則）を為の違法性を評価する際に考慮することの重要性を指摘した。これは憲法一四条一項の内容を犯罪論において積極的に利用していこうとする発想に支えられた一つの試みである。この試みの特徴は平等権の意味を単に不平等な法的取扱いに対してその回復を要求することのできる個々人の権利と理解するのみでなく、集合的に、つまりある集団構成員と別の集団構成員との関係において、という社会的な次元で成立すべき法的価値と捉えて、犯罪論の中でもこの法的価値の側面を重視していくことを主張する点である。犯罪論的には、違法阻却論の中に平等・反差別という憲法的価値に基づく違法性の阻却・減輕という考え方を新しくカテゴライズすることを模索する見方である¹⁾。

この考えによると、昭和四八年の尊属殺重罰規定違憲判決は、単に尊属殺人に対する法定刑が死刑と無期懲役刑であったことは普通殺人のそれと比較して合理性を持たないとのみ述べたものでなく、事件の背後に、「家父長の権威を強く認める反面で女子の人權に対する配慮がな（い）」²⁾ため、「一部の父親にその犯罪性を感じなくさせている³⁾、という社会の差別的な仕組みがあることを認識した上で、これを捉えて被告人には酌量すべき情状があると

判断した、と読まれることになる。しかしながら、被告人の行為には情状酌量の余地があると認識するか、行為は正当化（超法規的違法阻却・減軽）の余地があると考ええるかは大きな違いであり、したがって本稿の考える枠組では、上告趣旨で弁護人が（被告人は）「十数年に及ぶ奴隷的な忍従生活から脱却しようとした」と述べた部分に反差別的の観点を読みとり、差別的な環境から脱却しようとした被告人の反差別的な行為は憲法一四条一項に照らして少なくとも部分的に正当性を有するものであると論じる余地を積極的に残していく、ということになる。

同様に、部落解放同盟役員による糾弾行為を前にして、「差別というものに対する法的救済には一定の限界があり、その範囲が狭く、多くの場合泣きね入りとなっている現状に照らすと、差別に対する糾弾ということも、その手段、方法が相当と認められる程度をこえないものである限り、社会的に認められて然るべきものと考え」た、大阪地判昭五〇・六・三（判時七八二・二三）は、「いささか行き過ぎでないかと認められる点がないではな（かつた）」が、「従来部落民が受けてきた差別による苦痛の深さ大きさ」を想像して、被告人らの監禁行為の違法性を阻却したものであり、本稿が参考にしたい一例である。同判決に言及して前田雅英は、午前一時から翌日午前三時までにはわたる一二時間以上の監禁行為の違法性を阻却するためには、「被告人の目的の正当性の強調だけでは不十分で、特に監禁を継続しなければならない必要性・緊急性の厳格な認定が必要だったように思われる」と述べており、また生田勝義は「権利論をより深く精緻にすることによって、当該場合に果たして『法益衝突』が存在したのか、存在したとすればどのような形で存在したのか、ということを実際にもとづいてありのまま確定する作業こそ」が必要であったとして同判決の問題点を指摘している。糾弾行為のように、反差別を主張する行為のその具体的な方法における違法性の程度に関する審査基準については、稿を改めて検討する予定であるが、さしあたり明記しておきたいのは、「被告人の目的の正当性の強調」あるいは「被告人の行為の権利性への着目」と述べるときに、私

たちは被告人の行為における反差別の観点が憲法一四条一項に根拠を持つべきものであること、そしてその正当性は必ずしも個人的な権利性の次元で十分に説明されるものではないことを、理解していなければならぬことである。

また本稿は、目を閉じて横たわる内縁の夫を殺害した妻の行為について、「堰が切れたかのように被害者を殺害してでも生命侵害の危機から脱出しようと思いつめるに至ったことはよくよくのこと」と理解を示し、被告人に対し過剰防衛の成立を認め刑を免除した名古屋地判平七・七・一一（判時一五三九・一四三）をドメスティック・バイオレンスの背後にある差別的な構造に認識を示したものととして肯定的に受けとめる必要があると考えている。そして改正刑法草案一四条三項は、過剰防衛について現行と同様の規定（同二項）の他に、「その行為が恐怖、驚がく、興奮、又はろうばいのあまり行われたもので、行為者を非難することができないときは、これを罰しない」と新しく規定して責任阻却の方法を指向している。また大阪高判昭五四・九・二〇（判時九五三・一三六）は、「被害者である夫からの」長年に及ぶ左眼失明をもきたしたような激しい暴行を伴う虐待にも耐え、生活苦の中に子供二人の養育と家庭の維持に努めてきた」被告人による夫の殺害行為について、「（被告人の行為時の）死の恐怖による極度の興奮、狼狽の心理状態」等を考慮して、被告人の刑を免除した第一審判決を支持している。これらの事例において提起されている問題は、本稿の枠組では、反差別原則に従う被告人の反差別的な行為の正当性を考える場合に他の違法阻却事由や責任阻却事由との相互補完的關係について考慮が必要となる、ということである。

他方で本稿は、被告人のフラッグ・バーニングは象徴的表現行為であるとする弁護人の主張を斥けた福岡高那覇支判平七・一〇・二六（判タ九〇一・二六六）とその第一審那覇地判平五・三・二三（判タ八一五・一一四）を日丸旗焼失行為の意味を汲み取り損なつたものとして批判的に検討しなければならぬと考えている。石田雄は同

事件に触れつつ、「沖縄の場合は、「琉球処分」以来「同化」政策の対象となり差別されてきた歴史に、沖縄戦で本土決戦のための「捨て石」とされ、軍人以上の数の市民の犠牲者を出した経験が重なる」と指摘した後、現在の日本政府と沖縄との関係について、「その上戦後も米軍の直接統治下に軍事基地化が進められ、今日に至るまで全土の基地の七五%が集中する状態が続いて」おり、「しかも基地の集中に伴う犠牲も、「安保体制」の必要上という中央の論理にしたがって正当化されようとしている」と分析して、同事件の被告人の行為が大きな意味で反差別的な性格の意思表示の行為であったことを示唆している。右の福岡高裁那覇支判は、被告人は読谷村実行委員会所有の日の丸旗等の有する経済的価値を侵害したものであり、これに器物損壊罪を適用することは「表現の抑圧とは無関係」であり、「被告人の表現行為を不当に規制することにはならない」と判断したが、同事案において比較衡量すべき対抗的利益が右の経済的価値と被告人の表明する反差別の価値であるならば、本稿は後者を重視すべきであったと考えるのである。

(1) 垣花豊順先生はご著書「個の尊厳について」（東京布井出版、一九九八年）の中で戦後制定された刑事訴訟法は憲法一三条の定める「個の尊厳」を教えるための教材であると指摘して、刑事訴訟法の解釈の指針を明確に打ち出されている。価値観の多様化が進む中で真に個人が尊重される社会の法とはどのようなものであるべきかを考えることが本稿を含む私の大きな問題関心であり、この一連の研究の糸口は垣花先生のお教えを受けることがなければ与えられることのなかったものである。垣花先生への心からの感謝の意をこめて本稿を書き進めたい。

(2) 森川「多文化主義とフェミニズムの対立?—犯罪論で差別を問題にする方法—」琉法六一号一頁以下（以下、森川「多文化主義」として引用）。なお、アメリカの文化的抗弁の議論を取り上げる最近の文献に奈良俊夫「刑事責任論の断面——外国人の違法性の意識——」（『西原春夫古稀祝賀第二巻』所収二六三頁以下、一九九八年）があるが、同稿は

副題が示すように文化的抗弁の議論を我が国の錯誤論へ持ち込もうとするものであり、右の拙稿とは問題関心が異なっている。

(3) 引用は平川宗信「刑法各論」(一九九五年)二八〇頁から。「その犯罪性を感じなくさせている」と指摘されている。「その犯罪性」とは最判昭四八・四・四(刑集二七・三・二六五)の事案では父娘姦、その結果である娘の妊娠継続あるいは妊娠中絶、そして一〇余年間の夫婦同様の生活等の事実関係を指す、と考えている。

(4) 大阪高判昭六三・三・二九(判時一三〇九・四三)は、糾弾行為は「憲法一四条の平等の原理を実質的に実効あらしめる一種の自救行為として是認できる余地がある」と述べている(「八鹿高校等事件」控訴審判決)。

(5) 前田雅英「可罰的違法性論の研究」(一九八二年)四三五、五五二頁。

(6) 生田勝義「可罰的違法性と社会的相当性」(現代刑法講座第二巻「所収、一九七九年」)五〇頁。

(7) 石田雄「同化」政策と創られた観念としての「日本」(上)(下)「思想八九二号七二頁以下、同八九三号一七二頁以下。

(8) 福岡高那覇支判平七・一〇・二六は、器物損壊罪の適用による表現行為の制約の可否については「オブライエン・テスト(規制する側の利益と規制される側の不利益との利益較量)により判断する」として、次のように述べている。「本件行為は、前記のとおり、整然と行われている本件競技会の開始式の最中に、本件スコアボード屋上に侵入し、諸旗掲揚台に掲揚されている日の丸旗を引き降ろし、これを焼き捨て、競技会の進行を妨害するなどというものであり、これにより、読谷村実行委員会所有の日の丸旗等の財産権、B村長による本件スコアボード屋上の平穏な管理、日体協、文部省、沖縄県及び読谷村が主催し、日ソ協が主管する本件競技会の安全な運営がそれぞれ侵害されたものである」。ここから日の丸旗の国民統合の象徴としての法的価値は比較衡量の対象とされていないことを読みとることができる。なお次注(9)を参照。

(9) 那覇地判平五・三・二三では、弁護人による、被告人が毀損した日の丸旗は「客観的にも主観的にも無価値に等しい」とする器物損壊罪に関する可罰的違法性の不存在の主張につき、「本件の客体である日の丸旗及びロープは前記認定のとおりいずれもその本来の効用に従って現に使用されていたものであるから、保護に値する価値を有するもの」であり、

それらを損壊した行為は「実質的にも違法性があるといえる」、と判断されている。「本来の効用に従って」とは、日の丸旗について言えば、ここでは国民統合の象徴として（あるいは国旗として）、という意味である。したがって同判決では日の丸旗は単なるある経済的価値をもつ「布切れ」として毀損されたのではないと考えられているといえる。しかし、個人所有の日の丸旗が使用者により主観的に国旗として掲揚され、これが毀損された場合に、その器物損壊行為の侵害法益として、右の日の丸旗がもちうる国民統合の象徴としての「客観的な」意味での法的価値（例えば非戦平和・戦争責任の象徴としての価値）が含まれるかについては検討が必要であると思われる（なお、武藤眞朗「国旗焼却と表現の自由」（『鈴木義男古稀祝賀・アメリカ刑事法の諸相』所収一三九頁参照、一九九六年）。ただ同事案の被告人は「客観的に無価値な」という意味で「客観的な」国旗としての（その法的根拠についてはともかくとして）日の丸旗を焼却したものであると考えられるので、そこで回答の求められている法的判断は、被告人における反差別その他の価値を上回る何らかの国旗としての価値を日の丸旗が有していたかということであると思われる。

二 女性の視点のための反差別の観点 本稿は右の発想に支えられた違法阻却論を具体的に展開するための準備の考察であり、アメリカの議論を参考にして反差別原則に立脚する犯罪論の必要性と意義を考えてみようとするものである。

ところで、右の平等・反差別の観点は、強姦罪を考える場合にも有益であることを付け加えておかなければならない。強姦罪が現在でも基本的に男性的な視点で解釈され運用されていることは、例えば、「和姦であるとの被告人の弁解を排斥できない」とした東京地判平六・一二・一六（判時一五六二・一四一）における、被害者証言の信用性の判断方法をみれば、疑いの余地はないと思われる。しかし、なぜ同判決は、被害者の貞操観念に疑問を付し、その証言には虚偽・誇張が含まれていると疑うべき兆候がある」と考えて、「このような点を念頭に置きなが

ら、「強姦であるという」被害状況に関する被害者証言を子細に検討」して、「不自然、不合理な点」を見出していくのであろうか。強姦罪の要証事実に関して被告人と被害者の間に証言の食い違いがある場合に、往々にして被害者証言の信用性の分析に判決文の多くが割かれるが、これはそれぞれの証言の信用性が同じ判断枠組で評価されるべきである、と考えられているためであろう。⁽¹⁾しかしながら、それが合理的でありうるのは男性的な観点からであることが十分に気付かれていないのであり、ここでは判断枠組の柔軟な変更が平等・反差別の観点からすれば合理的である、と考える余地さえも現在は排除されているようである。強姦罪・準強姦罪の規定によると、男性は女性性と性行為をするとき、暴行・脅迫を用いてはならず、また相手方の抗拒不能の状態を利用してもならない。これは、「たとえ女性が思慮を欠いた振る舞いをしたとしても」女性の身体は使っていないものだと決めてかかっているのではない⁽²⁾、ということを意味していると思われる。少なくとも男性は性行為に際して相手方女性の意思の如何を代わって判断してはならないのである。⁽³⁾ そのように行爲することは、女性であるがゆえに被害者を尊重しえないということであり、その性的自由を侵害すると同時に女性としての被害者を貶めることである。刑法一七七条は行爲規範として特に男性を対象としてこの一般予防を目的としているのであり、特に男性が対象であるというその主旨はその法適用に際して考慮を必要とすると考えられるのである。⁽⁴⁾

このような考え方は、刑法一七七条の違憲審査の議論としては、現行規定の行爲客体の性別に特定のな取扱いの合理性を説明するものであるといえる。しかしながら、強調されるべき要点は、それは平等論者のこれまでは主張するところではなかったにもかかわらず、憲法一四条一項の主旨はむしろこのように新しく用いられるべきである、と述べているところにある。つまり、男性のための女性の貞操を保護する罪として、はじめから男性的な観点で書かれた強姦罪を女性の視点で反性差別・平等を目的とするものとして読み返しうることが指摘されているのである。

現在のところ日本の強姦論には必ずしもこの反差別の観点を敷衍する意識は十分に見られない。逆に、強姦罪規定に関する平等論者の主張は、行為客体の性別の特定性が「二重基準の性モラルを固定化する」というものであった。しかし、金城清子は同時に女性に対する性的暴力を禁止するこれまでの法（強姦罪に限らない）が、「男性的な価値観で構成され」ていたことを指摘している。そして、問題解決の方向を「女性の性的自由の保障」という女性の視点の導入に求めたのである。^⑤

女性の視点から女性に対する性的暴力を禁止する法を再構成することが、「女性の性的自由」の現在よりも大きな保障を導くことは異論を差し挟み得ない。しかし、強姦罪や強制わいせつ罪から「男性的な価値観」を払拭すれば女性の性的自由をより大きく保障することになるが、女性の性的自由を保障しようとすれば「男性的な価値観」が必ず払拭されるというものではないので、^⑥なぜ、女性の視点の導入が必要であるかは、補っておく必要があったのである。

強姦罪・強制わいせつ罪が女性の性的自由を保護するものでなければならぬことは疑いを差し挟み得ない。しかし性的自由とは何であり、女性の性的自由は男性のそれとどのように異なるのか、あるいは同じなのか、また性的自由に対する罪としての強姦罪は自由に対する罪の一つとして理解すべきなのか、それとも性的自由とは性的行為に関する単なる作為不作為の自由あるいはその選択の自由を意味しないかというべきなのか——このような点は未だに十分に議論されているとは言えないのである。^⑦それゆえ、女性の視点でそれらの罪が再構成されるべきことは、反性差別の観点から「男性の価値観」を払拭する必要があるからである、と説明されるしかないように思われるのである。

- (1) 「和姦の論理」ともいうべきある前提が機能して、和姦であると被告人が主張する場合、被害者は「和姦でない」ことを多くの言葉を費やして説明することを求められるが、それは論理的にも困難であり、また経験的にも前後に矛盾が生じることが多いのである。右の前提について、私たちは反省的になる必要があるであろう。
- (2) スーザン・エストリッチは次のように述べている。「性行為が特別視されるのは、財布や自動車や家具は実際にそれを手放さない限りその人のものであると考えられているのに対して、女性の身体は使っていないものだと思われている、ということではないか。つまり、女性が思慮を欠いて行為するとき、彼女は身体の完全性の権利を放棄しており、これに対して愚かな家主や自動車の所有者は依然として彼らの所有権を有している、と考えられているのである。」(Susan Estrich, *Palm Beach Stories, 11 Law and Philosophy*, 1992, p.10 [hereafter *Estrich, Palm Beach*].)
- (3) 森川「強姦罪の問題点」法セミN0528, 三〇頁参照。
- (4) 共謀・実行共同正犯あるいは男性を道目的に使用する間接正犯として女性が強姦罪の主体となりうるかについて議論があるが、前者はともかくとして、後者の単独正犯については判断を留保したい。しかし何れにせよ男性の何らかの関与なくして強姦行為は既遂に達し得ないというのが解釈であるので、本文のように述べることに支障はないと考えている。
- (5) 金城清子「法女性学」二六九頁以下(第二版、一九九六年)。森本益之「女性の人権」の視点と刑事司法」(「中山研一古稀祝賀第四巻」一九九七年所収)一〇四頁以下も同趣旨である。
- (6) エストリッチが次のように述べている(参考例として)。「本来は、女性の貞節さを真に賛美し、裁判官が是認している法体系は、合意したという確固たる証拠がない場合、弱い立場にある性や不合意であると推定される事態にたいしてもっと寛大になるべきなのである。」(エストリッチ「リアル・レイプ」中岡典子訳、一九九〇年、六二頁)
- (7) See Nicola Lacey, *Unspeaking Subjects, Impossible Rights: Sexuality, Integrity and Criminal Law*, in *do.*, *Unspeaking Subjects*, Hart Publishing Oxford, 1998: 98-124. ニコラ・レイシーの性的自由 (sexual autonomy) 概念の再検討は次のようなものである。性的自由とは自己の身体への他者からの性的接触を排除するものと

である、という現在の共有された理解からすると、強姦罪の本質的要件は性的行為に対する不同意である。これの前提にある考え方は、自己の意思が身体を支配管理している、ということであり、したがって強姦行為は身体なる物を奪うことであり、また意思を侵害することであり、結局、両者の中間にある何かであると理解される。しかし、そうすると精神的であり身体的であり両者の不可分の融合した次元で経験される侵害性を捉えることはできない（ちなみにこの点は強姦罪における被害者の同意は如何なる法益を処分するものか、という問いの奇妙さからも首肯することができるようと思われる）。そこでレイシーは、被害者が「同意する」という発想の中にすでにイニシアティブは一方にあり他方にはないという性的関係における力の非対称性の追認があると指摘し、これに対し彼女は、性的自由はその内的条件（外的条件ではない）として他者への精神的・身体的依存という関係性を要求しているのではないかと考えて、その実質的な内容は、その関係性において精神的・身体的経験をインテグレートする個人の能力に尊敬が払われていることであるという。それゆえ強姦行為は基本的にこの尊敬し合う性的関係性を破壊するものであるが、この認識を踏まえて被害者の不同意を強調することから離れて、性的行為が行われる状況により着目した要件化が必要となるのではないかと論じている。

三 構成 反差別原則の観点を意識的に排除して、女性の視点で強姦罪を論じることにより、女性の性的自由を保護する強姦論へ向けて大きく寄与したのはスーザン・エストリッチ (Susan Estrich) の研究である。反差別原則に導かれた犯罪論の必要性とその基本的な考え方を示そうとしている本稿は、まず、エストリッチが最近の著書『殺人罪を免れる方法——どのように政治力学が刑事司法を破壊しているか』¹⁾で説いている議論を取り上げ、これが反差別を主張する犯罪論と相容れないものであることを示したい。しかしながら、強姦論へのエストリッチの貢献を否定することがその目的ではなく、逆にそれを補う必要性を考えているので、はじめに彼女の強姦論に即して

強姦罪を考え直すために——すなわちその構造と機能を転換するために——反差別原則の観点が必要となることを説明していききたい(第二節)。しかし以上は強姦罪に関する積極的な議論を含んでいない。エストリッチの見解を批判的に検討していくことは、反差別原則に従い憲法一四条一項を用いて違法阻却論を構想するという私たちの現在の関心からすると、その方法論上の一つの特徴、すなわちニュートラルな法律解釈論を指向しないことを明確にするためである。本稿の中心部分は第三節である。そこで批判的人種理論(Critical Race Theory)の具体的な法律論への二つの展開例が紹介される。一つはマリ・マツダ(Mari J. Matsuda)の研究であり、もう一つはドロシー・ロバーツ(Dorothy E. Roberts)の研究である。前者では右の特徴を有する方法論の有効性が説明され、後者でその方法論が刑法学へ適用されて、私たちが習いたいと考える反差別原則の一つの用い方が例示される。本稿の目的は差異に意識的であり平等を尊い価値であると考ええる犯罪論が前提にすべき基本的な構えの明確化であり、それゆえマツダやロバーツその他の論者の考え方をそれぞれの問題に応じて子細に検討して擁護しようという意図はない。

- (1) Susan Estrich, *Getting Away With Murder: How Politics is Destroying the Criminal Justice System*, Harvard University Press, 1998 [hereafter Estrich, *Getting Away*].
- (2) Mari J. Matsuda, *Looking to the Bottom: Critical Legal Studies and Reparations*, 22 *Harv. Civil Rights-Civil Liberties Law Rev.* (1987): 323-99 [hereafter Matsuda, *Looking to the Bottom*].
- (3) Dorothy E. Roberts, *Punishing Drug Addicts Who Have Babies: Women of Color, Equality, and the Right of Privacy*, 104 *Harv. L. Rev.* (1991): 1419-82 [hereafter Roberts, *Punishing Drug Addicts*]. ☆
おフランシス・オルセン「フェミニスト法理論」(紙谷雅子訳) *アメリカ法*1998, no.1, p.12; ロバーツの論考への言

及がある。

二 スーザン・エストリッチにおける法の支配の擁護の意味

一 強姦罪におけるセクシズム エストリッチが強姦罪について論じはじめのは一九八〇年代の半ばからであり、アメリカではすでにその頃までにラディカル・フェミニストの反レイプ運動とそれに引き続く強姦罪の法改正が各州で一通り終了している。したがってエストリッチの問題関心が、法改正の運動のもたらした成果と残された問題点を検討して、さらに強姦罪をどのように考えていくか、という点にあることは十分に確認されなければならない。これは二つの意味で重要である。まず、ミシガン州の改正法をはじめとする一九七〇年代中期から八〇年頃にかけてのアメリカにおける強姦罪の改正の動向が日本へ紹介されはじめたのは、一九八〇年代の終わり頃からであり、九〇年にはエストリッチの「リアル・レイプ」が翻訳されている（中岡典子訳、JICC出版局、一九九〇年）¹⁾。こうして、日本でも女性の性的自由の保障を目的として強姦罪を考え直そうと主張されるようになるが、そのため、法改正のモデルと女性の視点で強姦罪を捉え直すための法律理論（エストリッチの強姦論）との間にある齟齬について十分に論及する時間が与えられなかったのである。次に、エストリッチの強姦論は、訳者である中岡典子が指摘しているように、「レイプ問題について極端な主張を展開しているフェミニズム（女性解放運動）とも一線を画している（た）」²⁾ことである。エストリッチの著書が私たちに与えた影響は大きく、そのため、アメリカの法改正を準備したラディカル・フェミニズムの一九七〇年代初期の強姦論、および七〇年代中・後期のそれ、そして八〇年代のそれは、日本の強姦罪を改正する目的で必ずしも理論的に十分に追求されなかったのである。七〇年

代初期のリブと九〇年代の日本の強姦論との思想的連続性を私たちが辿り難いのは恐らくそのためであろう。以上の二点は別の機会に詳細に整理されなければならないが、エストリッチの強姦論を補う必要があるというのは、後者の点に関わることである。

さて、エストリッチの一九八六年の論考によれば、「近年、レイプは、一般的な定期刊行物と学術研究誌の双方からうかがえるように、フェミニストの間で大きな関心を集めて、ますます調査研究の必要な領域として理解されるようになっていくが、フェミニストによって書かれたものの多くは強姦罪 (law of rape) の分析を行っておらず、またそこに焦点を合わせた幾つかの研究も必ずしも刑法学の議論をしつかりと踏まえていない」であった。そこで彼女はまず、フェミニストがこれまで殆ど行っていない方法、つまり強姦罪を他の犯罪と比較するという方法をとるが、こうすることによってのみ、強姦罪の特殊性つまり強姦罪においてセクシズム(男性的な価値観)が支配していることを明らかにしうるのであった。この作業は二つの方向をとった。一つは、「強姦罪の特別な取り扱いを止めさせる」という方向である。ここから例えば同意の抗弁を反証するために被害者の身体的な抵抗が要求されているのは強姦罪だけである、この抵抗を裏付けるために補強証拠が要求されるのが強姦罪の特徴である、という指摘がでてる。もう一つは、「強姦罪を他の犯罪とまさに同様に扱うこと」によって、刑事司法制度はコンローの伝統のもつとも抑圧的な側面を日々巧みに再生している」という認識である。「リアル・レイプ」ではエストリッチの友人の検察官が、「どの犯罪についても同じ要因を考慮して」、シンプル・レイプを起訴しなかったという話で紹介されている。しかし強姦罪では、「被害者と被告人の以前の関係や両者がどのように出会ったかという情況に依拠して、これを事件処理の方法を決定する大きな要因とすることは、まさに男性らしい振舞いと女性の落ち度という観念を正統化してしまう」のである。エストリッチがこの両方向の分析を必要に応じて使い分けてい

るのは、強姦罪における被害者（エストリッチにおいては女性）の弱い立場を可能な限り具体的に明示するためである。つまりセクシズムの所在を明らかにして、これを克服するための準備作業としたのである。¹⁰⁾

しかし次に、「刑法におけるセクシズムの例証としての強姦罪の研究は、ジェンダーの観点および男性と女性の異なる背景や視点が、刑法の中でどのように取り扱われるべきか、というより大きな問題を提起する」のであった。¹¹⁾ エストリッチは強姦罪が「性的に中立な犯罪ではありえない」こと、「男性がレイプするのであって、女性がレイプしているのではない」という現実を十分に注視するのであって、問題はこの現実における非対称を刑法がどう受けとめるかである。これはエストリッチにおいては、刑事責任の基準は「合理的な男性」でなく「合理的な女性」なのか「合理的な人間」なのか、という問いであり、¹²⁾ 彼女がこの一般的な問いに回答を与えるのは後の著作においてである。しかし、「強姦罪では男性の基準が男性を裁くだけでなく、女性被害者の行為を裁くためにも用いられる」ことが、彼女の問題視している強姦罪におけるセクシズムであるから、¹³⁾ エストリッチがこのギャップを理論的にどのように埋めていくか、つまり何を根拠に彼女が女性の視点を強姦罪に取り込んでいくかは、強姦罪に即してやはり問われなければならないのである。

さて、エストリッチは翌年に出版された「リアル・レイプ」において、「伝統的な」「リアルな」レイプに「非伝統的な」レイプ、すなわちシンプル・レイプを対置することによって右の課題（セクシズムの克服）に取り組むのであった。シンプル・レイプとは、「加害者が一人で、そして被害者を知っていて、しかも彼女を殴打したり、武器で脅したりしないケース」、言い換えれば「男性が性的な関係を持つても不自然でない状況にある」場合のレイプである。¹⁴⁾ エストリッチによれば、一九八五年のアメリカで、見知らぬ男性が武器を女性に突き付けて性行為をする伝統的なレイプが起訴され、有罪判決を受ける可能性は非常に高い。しかし、シンプル・レイプが犯罪であり、

他ならぬレイプであるともみなされ、有罪判決を受ける可能性は依然として極めて低いのであった。⁽¹⁶⁾ エストリッチが同書の全編を通して強姦罪は変わるべきであり、シンプル・レイプこそがリアルなレイプであると理解すべきである、と述べているのは、これを妨げているのがセクシズムであり、右のように認識を新しくすることがそれを克服する道であると考えているからである。

そしてシンプル・レイプに有罪判決を与えるために、エストリッチが「新しい解答」として好意的に受け入れたのは過失強姦罪 (negligent rape) であった。⁽¹⁷⁾ 彼女によれば、アメリカの裁判所がアンフェアな有罪判決から男性を保護しようとして過失の強姦罪について考えることを回避してきたことは、「考え得る最悪の事態」、つまり「被告人は有罪か(彼はレイピストか?)ではなく、被害者は有罪か(彼女は本当にレイプされたか? 彼女は同意したか?)を問う」事態を招いたのであった。もちろん、被害者の同意を誤信した被告人の過失の合理性の判断基準が「ノーはイエスを意味する」という哲学であれば、「被害者が身体的な抵抗というリスクある行為に敢えてでることができないほどに恐れて、あるいは怖じ気づき、あるいは率直に言えば、それをしないほどに賢い」場合に、つまりシンプル・レイプに該当するような場合に、被告人の誤信の合理性が肯定されてセクシズムが却って擁護されてしまうだけである。しかし、アメリカでは右の場合にそれに加えて被告人のメンズ・レアではなく被害者の心理状態を取り上げ、抵抗の要件を満たさないで被害者は不同意ではない、として被害者に有罪判決を下してきたのである。しかし、エストリッチの考えでは、「過失強姦者」は処罰されるべきである。⁽¹⁸⁾ なぜなら、「第一に、彼は処罰されるべきことに対して十分に非難に値するのであり、第二に、彼が与えた侵害は法が禁止するに値する十分に重大なことである」からである。それゆえ、エストリッチは、「男性の中には、ある異なった性的関係の現実を純粹に信じている者が社会におり、また多くの男性が純粹にその種の状況を女性とは異なる観点から見ていることを

理解しているが、しかし、まさに男性と女性がその状況を異なつて捉えているからこそ、そして女性に対する侵害が、男性の観点から生じており、それが深刻でありうるからこそ、法律が男性に理性的に行爲するように義務を課すこと、そして男性がその義務に違反した場合に処罰することは、必要であり、適切である」と述べているのである。¹⁸⁾これは過失強姦罪の必要性やその期待される機能を指摘した部分であるが、この過失強姦罪の正当性あるいは根拠についてエストリッチが述べているのは、「一九八〇年代の分別のある男性に求められていることは、「ノーはノーを意味する」ことを理解することである」ということである。¹⁹⁾

しかし、この解決策は、第一に、エストリッチも自覚しているように、女性のノーを意味する沈黙あるいは曖昧なイエスをイエスであると受けとめる男性の誤信を不合理であるとする論理ではないので、彼女と同様にシンブル・レイプの違法性を認識することが強姦罪の改革の鍵であると考えざるを得ない。そして第二に、エストリッチにとつても、それは必ずしも彼女が克服したいと考えている強姦罪におけるセクシズムを取り除く有効な手段とはいえないのである。第一に、エストリッチの過失強姦罪の理論とラディカル・フェミニストの（無）過失強姦罪の議論の前提との違いを認識しておくことが重要である。後者によれば、エストリッチも指摘している性的関係に関する両性の間での認識の差異があり、男性のそれを合理的であるとするにより女性の性的自由が侵害されている現状を前提とすれば、女性の認識に従うのでなければ、平等を一つの法益とする強姦罪はその目的を達成することができないのであった。²⁰⁾なぜなら強姦罪の被害者は大きな精神的外傷を受けることがあるとしても、あるいはそれを振り払うことができるとしても、その被害の内容に「女であるがゆえに」という認識と一体となった屈辱の要素が大きくあるのであれば、これは強姦罪に本質的な要素であり、男性を被害者とする姦淫類似的強制わいせつ行爲と女性を被害者とする強姦行爲ではしたがって被害の内容と行爲の意味が異なり、そしてこ

れは女性の声を聞くのでなければ気付くことのできないことであるからである。したがって、ラディカル・フェミニストは、女性が不同意であったと述べる限り、あるいは見かけの同意が強いられたものである限り、たとえ彼女が沈黙しておりあるいは曖昧にイエスと述べたとしても、それは十分に理論的にもシンブル・レイプであり得る、と考えるのである。しかし、エストリッチはこのような見解を違法な性行為と合法的なそれとの線引きを放棄するものであるとして斥けて、「ノーはノーを意味する」という基準を選択したのであった。しかしその理由は、私たちが女性の言葉をその通りに尊重すべきである、という（理想の一步手前の）性規範の地点にいるべきであると彼女が考えたからであり、それ以上ではなかったのである。^(註)つまりエストリッチは過失強姦罪を使ってセクシズム（男性的な価値観）を排除して代わりに女性の視点を導入しようとしたが、それが女性の視点の導入としても不徹底であると思われるのは、その論拠が十分ではないからなのである。

第二に、エストリッチが過失強姦罪に期待を寄せたのは、それによって女性のノーの言葉を尊重すべきであるという観点が刑法に取り込まれ、その限りでセクシズムが後退して、ノーと述べた女性に対するシンブル・レイプに有罪判決を下すことが可能となるからであった。仮に、エストリッチが述べるように、一九八〇年代の法の目的としてこれが十分に正当であったとして、さらに彼女の理論の有効性が次に問われねばならない。「ノーはイエスを意味する」のではなく、「ノーはノーを意味する」と考えることが強姦罪におけるセクシズムを後退させるとは、次の二つのことを意味していた。エストリッチの理解では、

「法律が『ノーはイエスを意味する』という哲学を作りだしたのではない。男性だけでなく女性も、男性は攻撃的であることが好ましく、力ずくのセックスを愛の表現と見なしてきたのである。男性だけでなく女性も、もし女性が男性を『その気にさせ』たのなら、男性は性的満足を得ることができると教えられてきたし、

そう信じてきたのである。」⁽²¹⁾

「私たちの社会の中で男性と女性の両方が、男性は攻撃的であり、女性は受動的であるという、強姦罪の狭い理解を導く、規範を長らく受け入れてきたのである。」⁽²²⁾

「ノーはノーを意味する」とは、したがって、まず、女性はその受動性を放棄してノーと言うことができる時代を迎えたということであり、次に、男性は、「女性がノーと口に出したとき、それは彼女が自らの考えを述べたものに他ならないと考える」べく理性を働かせ、その攻撃性を放棄するように、ということである。⁽²³⁾ つまりエストリッチは、一般にセクシズムを克服しようとしている時代の傾向を読みとり、法律を使ってそれを一歩前に押し進めようとするのであるが、しかし、これはもちろん、「シンプル・レイプの有罪宣告」という実体法のメッセージであり、シンプル・レイプが古い哲学の妨げを受けずに有罪判決に導かれることを何ら約束するものではないのである。しかし、エストリッチが「リアル・レイプ」で述べているのは、実体法が右のメッセージを発することの重要性とともに、あるいはそれ以上に、強姦罪の定義が依然として「力を行使して同意なくセックスをする」ことであるならこれの解釈と運用を変更することが重要であるという点であり、そのためには、シンプル・レイプのケースで、女性は受動的であるとする古い考え方を抜け出て「自分をレイプの被害者だと認め、告訴する決心をした」女性の証言が信用されないという、より巧妙なセクシズム（女性不信）を克服せねばならないのである、という点である。⁽²⁴⁾ それゆえ、エストリッチは一九九二年の論考で被害者証言の信用性の問題に取り組むことになる。

(1) 一九八八年の上村貞美「人権としての性的自由と強姦罪」香川七巻三・四号一三九頁以下、一九九〇年の金城清子「性的自由の保障と強姦罪」法セミ四三三〇号三二頁以下など。エストリッチの著書の紹介として林美月子（アメリカ法）988

- no.1, pp.54-61)と角田由紀子(法セミ四二六号一四一頁)によるものがある。
- (2) 東京・強姦救援センター編「レイプ・クライシス」(一九九〇年)、金城・前掲論文を含む特集「強姦と法」法セミ四三〇号(一九九〇年)、角田由紀子「性の法律学」(一九九二年)七頁以下、金城「法女性学」(一九九一年)二六九頁以下。
 - (3) 順に次のような代表的研究がある。①Kate Millet, *Sexual Politics*, 1970. ②Susan Brownmuller, *Against Our Will: Men, Women, and Rape*, 1975; Diana F.H. Russell, *The Politics of Rape: The Victim's Perspective*, 1975. ③Catharine A. Mackinnon, *Feminism Unmodified: Discourses on Life and Law*, 1987; *idem*, *Toward a Feminist Theory of the State*, 1989.
 - (4) Estrich, *Rape*, 95 *Yale L. J.* 1986, p.1090 [hereafter Estrich, *Rape*].
 - (5) Estrich, *Teaching Rape Law*, 102 *Yale L. J.* 1992, p.512 [hereafter Estrich, *Teaching Rape Law*]. エストリッチは次のように述べている。「[この]数年の間、私がそのために闘ってきたものは、…強姦罪の特別な取り扱いを止めさせるということである。つまり、法律の文言が規定する犯罪の成立範囲をはるかに狭めてきたところの、また起訴の負担と障碍を独特に増大させていたところの、ルールと偏見を排除することである。」(id.) See also Keith Burgess-Jackson, *Rape: A Philosophical Investigation*, Dartmouth, 1996, p.80.
 - (6) エストリッチ「リアル・レイプ」七六頁以下、八一頁以下。
 - (7) Estrich, *Rape*, at 1162.
 - (8) エストリッチ「リアル・レイプ」四三頁。
 - (9) Estrich, *Rape*, at 1162.
 - (10) エストリッチは強姦罪における力の行使の程度について、「他の犯罪と同じように」という命題から次の結論を引き出している。「金銭を取得するために私たちが禁止している欺罔と同じ程度の欺罔をセックスにおいて禁止し、また金銭を取得するために私たちが禁止している強要行為と同じ程度の強要行為をセックスにおいて禁止する」というものであ

- ※ (Estrich, Rape, at 1120.)°
- (11) Estrich, Rape, at 1091.
 - (12) エストリッチ「リアル・レイプ」一五三頁。See also Estrich, Rape, at 1148-50.
 - (13) Estrich, Rape, at 1091 n.7.
 - (14) Id. at 1091.
 - (15) エストリッチ「リアル・レイプ」一五、一三五頁。
 - (16) 同書第一章。
 - (17) 同書第六章。
 - (18) Estrich, Rape, at 1096-104.
 - (19) エストリッチ「リアル・レイプ」一八二頁。
 - (20) Estrich, Rape, at 1182.
 - (21) See Burgess-Jackson, supra n.5 in this sec. at 53-8 and 145-7.
 - (22) Estrich, Rape, at 1093 and 1181-3. (エストリッチ「リアル・レイプ」一八八頁)
 - (23) Id. at 1093. (エストリッチ「リアル・レイプ」一八六頁)
 - (24) Id. at 1180.
 - (25) エストリッチ「リアル・レイプ」一八九―九頁。
 - (26) Estrich, Rape, at 1104.
 - (27) エストリッチ「リアル・レイプ」一九二頁。
 - (28) 同書一一頁、二四頁、五八頁、一七〇頁参照。

二 被害者の検討 一九九〇年代に入ると、エストリッチが強姦罪を論じる前提は、「ノーはイエスを意味する」という哲学はすでに十分に過去のものになっており、「ノーはノーを意味する」ことも世間は十分に理解してきている、というものに変わってきている。しかし裁判所の中では、「強姦罪は訴えやすく、防衛し難い」と述べた、マシュー・ヘイル卿に三百年を遡りうる女性被害者に対する懐疑、つまり「女は嘘をつく」という神話が依然として支配しており、「デイト・レイブはレイブであるが、女性被害者の証言は、(同じ加害者による——引用者)別の被害者の女性が彼女をサポートする証言をしなければ信用されない可能性がある」。しかしそれでは最初の被害者を哀れまねばならないし、多くの被害者がいたとしても裁判所がその証言を許容しなければ強姦罪は成立しないことになる。それゆえエストリッチは、「被害者である女性はどうのうなときに信用されるのか——私たちは彼女を信用するか否かを決する前に彼女について何を知る必要があるか」を考える必要があると論じてるのである¹⁾。

エストリッチのそのための検討は、被害者の精神状態と性的経験を知らうとすることの必要性の有無に関する部分とその証言の信用性の判断基準に関する部分に分けられている。第一に、被害者が精神鑑定を要するのは、被害者が「極限的で追いつまされた情況」にあつたために精神的・心理的に同意能力を欠如していたことを示す必要がある場合である (State v. Rhone, 566 So.2d 1367 (Fla. 4th Dist.Ct.App. 1990))。しかし、エストリッチが問題であると考えるのは被告側弁護人が右の「極限的情況」の要件に該当するとして被害者の精神状態を追求しようとする、右と逆の場合である。もし被害者が事件前に精神科医の治療を受けていたとすれば、あるいは事件後にそうした種類の何らかの治療やカウンセリングを必要としたとすれば、被害者は「極限的情況」にあつたと言えるのではなからうか、と問われ、これが肯定されると、被害者の精神治療等の記録が法廷へ持ち込まれ、あるいは被害

者の精神鑑定が要求されるのである。こうして被害者の精神状態を問題にして、被害者は「混乱しており」「不安定である」としてその証言の信用性に疑いを差し挟むか、さもなければ被害者が事件後レイプ・トラウマ・シンドロームの症状を見せないことを被害者に不利な事情として用いるか、被告側弁護士は何れかの方法を選択しうるのである。エストリッチは被害者があたかもレイプ・シールド法の取り払われた状態に置かれているとしてこのような状況を問題視している²。

次に、被害者の以前の性的経験がレイプ・シールド法による保護の例外として同意の存否の認定に影響を与える場合が検討されている。エストリッチが問題を見出したのは以前の性的経験を見ることにより、被害者の「ある行動のパターン」が、その同意の有無に関連するものとして、引き出されうる場合である。例えばフロリダ州では、「そのパターンは、告訴人が問題の行為に同意していたこと、あるいは被告人をして告訴人は同意していると合理的に信じさせるように行っていたことを証明しうる程度に、特徴的なものであり、かつ被告人の当該ケースに非常に類似している必要がある」(Kaplan v. State, 451 So.2d 1386, 1386 (Fla. 4th Dist. Ct. App. 1190))と考えられており、このパターンが認められる場合は、被告人以外の者との被害者の以前の性的経験に関する証言は排除されないのである。エストリッチがこの問題を取り上げるのは、もはや「ノーガイエスを意味する」時代ではないので、その「行動のパターン」は、彼女は同意していたのであり（イエスであり）、嘘をついていることを示すものとして証拠価値をもつからに他ならない。しかし、エストリッチは被害者の以前の性的経験に証拠能力が認められる右の「パターン」の定義が全く不明確であるとしながらも、このパターンによる例外について必ずしも否定的ではないのである。その理由は、女性の経験とともに男性の過去の性的虐待の行為についても証拠能力が認められる、という対称性を重視するからである。そしてなぜ男性の経験を導入する必要があるかといふと、もち

ろんそれは過去の行為のゆえに彼を処罰するためではなく、被害者の証言をサポートする別の証言を得るためである。しかしながら、エストリッチは多くの女性が——男性と同様に——過去に性的経験を有していることは当然であるが、これに対して性的虐待行為の過去は通常のものとは言えない、という両者の差異を認識している。それゆえエストリッチは、検察側と被告側の双方が相手方の過去の行為に関する証拠を導入しあう、という対称性に譲歩をせまり、被告人が認識していない被害者と第三者との性的経験については、これを排除すべきであると主張するのである。エストリッチはこのような「対称性の議論が危険である」ことを自覚している。しかし、「まやかしの対称性」は、知人によるレイプ (acquaintance rape) に関する私たちの見解が固まっていないために生じると述べるにとどまり、これをどのように排除するかについては証拠法に固有の問題ではないとして議論を停止したのである。⁽³⁾

エストリッチは「リアル・レイプ」で男性は性行為をするときに目を見開き頭を使い女性の言葉を尊重すべきであると述べていた。⁽⁴⁾しかしここでは、「被告人が彼女の性的経験について認識しているのであれば、このことは行為時の被告人の心理状態に影響することがありうる、と主張することは十分に可能である」と述べている。⁽⁵⁾これは「女性のノーがノーを意味する」時代に男性がそのノーを尊重しないことが合理的でありうることを容認する議論である。過失強姦罪の議論は、女性と男性の間で性的関係に関する認識のギャップがあり、当該ケースにおける被害者と被告人の間においてもそのようなギャップが存在していたとみなして、しかしはたしてそれは合理的にそうであったと言えるのかを問うものであるが、アメリカの理論は、「女性のノーを尊重しなかったのであれば」、「女性がイエスの態度表明をしなければ」(すなわち沈黙はイエスではない)、「女性がイエスと言葉で言わなければ」(すなわち曖昧なイエスはイエスとは限らない)、男性の同意に関する誤信の合理性を否定する方向へ、すなわち誤

信の合理性の抗弁の成立範囲を次第に狭めていく方向へ理論化を行っている。⁶⁾これは右のギャップを埋めるという目的に導かれたものである。その中でエストリッチは右の方向を指向せず、証拠法の領域でも右のギャップを埋める理論を展開していないのである。つまり少なくとも実体法のメッセージが証拠法の領域には届いていないということができるように思われるのである。この点はそれを自覚的に行っている次項のアヴァイヴァ・オレンスタインの議論と比較すると明瞭である。

さて、続いてエストリッチは被害者証言の信用性の判断基準を検討している。エストリッチによれば一般に「伝統的な」レイプでは被害者証言により被告人を同定しうるかが争点となるが、知人によるレイプでは——それがレイプであるかが争われるため——合理的な疑いを超える程度の有罪の立証のための最重要の拠り所は被害者証言であることが多く、正確に何が起きたのかに関する彼女の説明が最大の関心事となる。そのため、陪審は注意深くそれを聞き、被告側弁護人は厳格な一貫性をそこに要求するが、これは被害者にとつてなしうる範囲を超えている場合が多いのである。なぜなら、エストリッチによれば、第一に、被害者がその経験を忘れることは恐らくないが、幾つかの細部についてはほとんど確実に記憶に混乱が生じ、そのために証言が断片的になり、また必ずしも首尾一貫した内容を構成しないからである。第二に、強姦罪の事例では加害者だけでなく被害者にも若干の嘘をつく傾向を否定しえないからである。例えばノーを意味する叫び声は法的には大小を問わないが、被害者は事実より大きく叫んだと証言するかもしれないのである。そこでエストリッチは、被告側弁護人が被害者証言の変遷あるいは一貫性の欠如を攻撃することの当否については判断を留保して、強姦罪の被害者の証言がこのような性格を有することを認識した上で、経験のある検察官が、被害者の証言にあたって十分にこれを補助すること、また陪審に対して事件が被害者の立場からどのように見えるかを十分に認識するように理解を促すことが重要である、と述べるの

である。⁽²⁾

エストリッチの議論は以上であり、セクシズム(女性不信)を取り除くための理論化が深められているとは思われないのである。エストリッチが強姦罪の被害者の証言に正確性と一貫性を要求し、それらを信用性の判断基準とすることに反対していること、また被害者は精神的に信用性の高い証言をなしえないと攻撃するためにその精神状態を私たちが知ろうとすることに懐疑的であること、あるいは被告人の認識しない被害者の以前の性的関係について私たちが知る必要はないと考えていることは、このように整理する限りで、支持しえないものではない。しかしエストリッチの結語は、「ノーはノーを意味する」ことを理解した私たちの次の課題は、どのような条件で被害者の証言を信用するかを決定することであり、検察官と裁判官は私たちのその決定に従うであろう、というものである。⁽³⁾ 強姦罪の認定手続を支配する女性不信というセクシズムをいかに克服するかという彼女の問題に照らすと、この結論は極めて楽観的であると言いうことができるように思われるのである。強姦罪において被害者証言をより真摯に受けとめるために、いまどのような理論に基づき改革が行われる必要があるか、という点についてエストリッチは述べないのである。

(1) *Estrich, Palm Beach*, at 7-14.

(2) *Id.* at 14-20.

(3) *Id.* at 21-7. なお、一九九四年に修正された連邦証拠法四一三条は、性的暴行の罪で起訴されている被告人については以前の同種の行為に関する証拠が許容される、としてゐる (*Fed. R. Evid.* 413(a)).

(4) エストリッチ「リアル・レイプ」一八二頁。

- (5) *Estrich, Palm Beach*, at 26.
- (6) 森川「強姦罪について考えるために」*琉法六〇号六三―七二頁*。
- (7) *Estrich, Palm Beach*, at 27-32.
- (8) *Id.* at 32-3.

三 「リアル・レイプ」を補う 右にみた通りエストリッチの強姦論にはセクシズムを克服するための有効な論理が十分に組み込まれていない。被告人の防御権保障とのバランスをとる必要のある証拠法の領域では、実体法のメッセージを敷衍することは困難であるとエストリッチは考えているようである。¹⁾しかし、アヴァイヴァ・オレンスタイン (*Aviva Orenstein*) は、証拠法のいわゆる中立的なルールの女性に対する差別的な機能をフェミニストの方法によって克服することができる²⁾と論じており、エストリッチと好対照をなしているので、これを紹介してきた。³⁾

オレンスタインの目的は、伝聞証拠排除法則の例外として法定されている「興奮した発言」(*excited utterance exception*)の前提にある考え方が、中立性あるいは客観性を命題として掲げながら、強姦行為をはじめとする性的暴力行為の被害者の声にマッチしない男性的な観点を敷衍したものであり、そうして女性の供述を信用することは困難であるという伝統的なイメージを固定化する、差別的なものであること、この点を指摘して、これを打開する一つの提案を行うことである。⁴⁾興奮した発言とは、「供述者が、ある劇的な出来事や状況 (*startling event or condition*) に起因する興奮状態のストレスのもとにある間になされた、その出来事や状況に関する」法廷外での供述をいう (*Fed. R. Evid.* 803(2))。この伝聞例外の根拠は、ジョン・ヘンリー・ウイゲモアによれば次の「経

験的事実」であり、現在もその彼の説明が基本的に支持されているという。¹⁾

「ある種の身体的なショックという外的な条件のもとで、ある神経性の興奮状態のストレスがもたらされ、これが反省的な精神機能を停止させてその制御能力を排除する。そのため、そのときになされる証言は、その外的ショックによって引き起こされた現実の知覚と認識に対する自発的で偽りのない反応である。」

それゆえこの伝聞例外が認められるための条件は、第一に事件後直ちに供述が行われることであり（「直ちに」は解釈の余地を残すが）、第二にその事件が供述者をして興奮状態のストレス下におくようなものであることであり、第三にその供述者が実際に興奮状態のストレス下にあることである。⁵⁾ そうすると、強姦罪がこの第二条件を満たすのであれば、強姦罪の被害者がこの伝聞例外の適用を受けるためには、被害後に「直ちに供述すること」と被害者が「危機的な精神状態にあることの可視的な徴証」が要求される。しかし、そうなるとこの伝聞例外は、「興奮状態であろうとなかろうと、事件後直ちに供述するにはあまりにも戸惑いが大きく、意欲がなく、怯えており、あるいは恥じている被害者」が、「正しく、完全に、そして自らの言葉で、事件について供述する機会を奪う」、ということができる。⁶⁾ オレンスタインは、差異派フェミニズムとラディカル・フェミニズムの理論を参考にして、この問題を解決するための方法をそこから引き出すのである。

まず、差異派フェミニズムの基本的な考え方は、「女性は、その割り当てられた社会的な役割のために、あるいは（この点は議論の余地があるが）その自然的な性向の帰結として、男性とは異なる方法で、世界を知覚しました。思惟する」、⁷⁾ というものである。男性と異なる女性の方法は「思慮深さの倫理 (ethic of care)」として特徴づけられる。例えば男性同士の関係はヒエラルキーとステイタスが支配するが、女性は「網の目のような互いの結び合わせ (webs of interconnectedness)」を作ってこれに依存しようとする。もちろんこのような本質主義的なアプロー

チは、「養い育むことや感情移入の価値を強調するため、ともすると両性を対極にあるものと位置づけ、女性の抑圧を正当化するために用いられる考え方を強化してしまう」という危険を有している。しかし、オレンスタインが差異派フェミニズムを評価するのは、それが「法律論や法文化に思慮深さの倫理に内在する諸価値を持ち込んだ主要な勢力」であるからである。⁷つまり、証拠法の分野に即して言えば、

「歴史的に女性は政治的な情報や新聞のニュースから遠ざけられ、あるいは読み書きの能力さえ奪われているのであり、その代わりに、彼女らの世界を知るために、うわさ話や口伝えというはるかにインフォーマルな方法を発達させた。生活のために、女性たちはまわりの人々の気持ちやその込められている意味について鋭い感受性を発達させて、彼女たちなりの間接的な方法で出来事を読みとる必要があったのである。しかし、そのような解釈の道具は、法廷のフォーマルな空気の中では使用に耐えない。なぜならそこでは伝聞が極力排除されるからである」⁸。

それゆえ、「インフォーマルな法廷外での供述が、男性とは異なる女性に固有の声としてより典型的である」とたしかに言えるのである。⁹。

このような結論、すなわち伝聞証拠の排除法則の前提が決して中立的であるとはいえず、その排除するものが聞くに値するものであることを導き出しうるので、オレンスタインは差異派フェミニズムの理論に言及したのであった。次に、ラディカル・フェミニズムは、「女性と男性の力関係のアンバランス」に注目して、「社会における女性の地位について、とりわけセックスやセクシュアリティに焦点をあわせて、男性による女性の従属化があるのではないかと分析する」考え方である。これによれば女性の従属化は、単に女性の役割や視点が社会的に軽視されているとして説明し尽くすことはできないのであり、それは女性の安全性や身体的完全性に対して脅威を与えるものとし

て捉え返されねばならない。つまり、女性が異なるとされるところの規準は、男性の権力が男性的な原型として定立したものであり、それゆえ差異派のいう女性的な特徴は決して社会的に好ましいものと考えてはならないのである。むしろ、「育て養う女性の役割は、社会的に強いられたものであり、男性を助けるように、また男性に付き従うように、そして性的に従うように訓練された上でのものである」。ラディカル・フェミニズムによれば、「女性の声は異なっているのではなく、従属下でささやき合うように、沈黙させられているのである」¹⁰⁾。オレンスタインが差異派との間の相違にもかかわらずラディカル・フェミニズムの理論に言及するのは、女性が社会的におかれたその固有の状況について、それは男性的な観点からのみ合理的なものであり、したがって回復の必要なものであると、それが捉え返すからである。つまり、法廷外の供述が女性にとって典型的であるという差異派の分析が、これによると、「いかに法は女性を抑えつけ、沈黙させているか」という観点から捉え直され、伝聞例外がどのようなものとして構想されねばならないかということの指針、すなわち女性の法廷外供述を伝聞例外とする判断基準を女性の観点から見て合理的なものへ改革すべきであることの論拠がそれにより提供されるからである。——要約すると、「証拠法は中立的な法則と客観的な真理が存在し、それらは感情その他の理性を曇らせるものを無視する合理的な理論家にとって接近可能である、という暗黙の前提に依拠している」¹¹⁾。しかし、差異派フェミニズムによれば、これは必ずしも「根拠がない」のであり、ラディカル・フェミニズムによれば、それは「不可避的に両性間の力関係の不均衡を反映した」ものであり、何れにせよ「女性の抑圧を覆い隠している」前提である¹²⁾。

オレンスタインはこのような理論的背景をもって、現在の興奮した発言の伝聞例外に対する批判を行う。第一に、それは決して「普遍的な経験的事実」に裏打ちされたものではなく、その想定する人間像は、レイプ・トラウマ・シンドロームとして記述されるところの、レイプ・サバイバーの現実の経験と矛盾する。性的犯罪の被害者は事件

後他者とのコミュニケーションを保つことが困難な場合があり、そこからの回復はゆっくりとした過程であり、そしてその後になされる供述は「興奮なく」「反省的」であり、信用性が高いのである。¹⁴⁾ 第二に、それにもかかわらず、この伝聞例外が興奮状態のストレス下で直ちに被害供述をすることを重んじるのは、それが被害者の行動として相応しいと期待されているからである。そしてこの期待に背く女性は社会から嘘つきとして片付けられてしまうのである。¹⁵⁾ 第三に、被害者の声はアメリカ社会の負の側面を映し出すものであり、聞くことが苦しい内容であるから、これを嘘あるいは誇張であるとして否定してしまうことが社会にとって快適であることである。しかし、これは男性にとっては女性に対する暴力行為の追認であり、女性にとっては自らの被害者性から目を閉ざすことに他ならない。¹⁶⁾ では、第四に、なぜこのようなことになるか、その理由は、ラディカル・フェミニズムの分析に依拠すれば、女性と男性の間に権力関係の不均衡があるからである。つまり、レイプ・サバイバーの被害供述の遅れは、精神的外傷・自己非難の他に、彼女らの無力さ（powerlessness）とその供述が信用されることは難しいという自覚に由来するのである。これは言い換えれば、「興奮した発言の伝聞例外は、直ちに叫び声を上げてても十分に安全であり、またその叫び声が真剣に取り上げられると十分に自覚している者にとってのみ意味がある」、ということである。¹⁷⁾ それゆえ、オレンスタインはレイプ・トラウマ・シンドロームの経験（すなわち女性の声）と興奮した伝聞例外の現在の構造との間にあるずれを修正する法が構想されねばならないと考えるのである。¹⁸⁾

そして提案されているのは、現在の興奮した発言の伝聞例外がそうであるように公判廷での宣誓証言の可否に関わりのない伝聞例外事由を定めた連邦証拠法八〇三条とその不可能性が条件となって例外が認められる場合を定めた同八〇四条にまたがる修正案であり、¹⁹⁾ その基本的な考え方は、まず、被告人の対審権を尊重しつつ、次に、「興奮した発言」（a）から派生した別個の事由として「性的暴力犯罪のサバイバーの供述」（b）を伝聞例外とすると

いうものである。後者から説明すると、(a)と(b)を分けることにより、「サバイバーの供述」は「直ちに」なされねばならないものではなくなり、必ずしも「興奮状態のストレス下」でなくとも精神的外傷が癒えた後で供述可能であり、そしてサバイバーの経験が「興奮的」であるか否かを一つひとつ判断することは不要となる⁽²⁰⁾。しかし次に、この「サバイバーの供述」は「興奮した発言」とともに右の現行規定八〇四条(a)の列挙する事由に該当するでなければ伝聞例外として認められない。これは被害者に対する被告人の反対尋問の機会を優先的に保障するためである⁽²¹⁾。同じ理由により、「サバイバーの供述」はそれを信用すべき状況の下にされたものである必要がある。オレンスタインは、ここに至ってはじめて、「サバイバーの供述の理由について、すなわちレイプやその他の性的暴力犯罪のサバイバーが必ずしも信用性の高い証人の文化的モデルに従った行動をするのではないことについて、裁判官を教育することが重要な課題となる」と指摘する⁽²²⁾。私たちはこれとエストリッチの議論との違いを認識することが重要である。エストリッチではレイプ・トラウマ・シンドロームは、被害者は混乱しておりその証言は信用できないと攻撃されるか、それがなければ被害の存在が疑われるという危険を有する両刃の剣であったが、オレンスタインの枠組では、それは、そのために公判廷で証言ができない場合にはその供述内容の信用性を保証するものとしてあり、また、それにもかかわらず、あるいはその回復後に、公判廷での証言が可能である場合は、「混乱しており」「不安定である」とする被害者への攻撃は、予め(証言可能であるから)排除されることになる、と思われるのである。

(1) Esrich, Teaching Rape Law, at 515 and 517-9.

(20) Aviva Orenstein, "MY GOD!": A Feminist Critique of the Excited Utterance Exception to the Hearsay

- Rule, 85 Cal L. Rev. (1997): 161-223, at 162 [hereafter Orenstein, MY GOD!]. なおホルセン「前掲論文」p.14 以下同論考への言及がある。
- (3) Id. at 162-3.
- (4) Id. at 169-173; citing 6 John Henry Wigmore, Evidence in Trials at the Common Law §1747, at 195 (James H. Chadbourn ed., 1978).
- (5) Id. at 175-7.
- (6) Id. at 162-3.
- (7) Id. at 184-7. なお“ethic of care”（思いやりの倫理）については、キャロル・キリガン「もうひとつの声」（岩男寿美子監訳、川島書店、一九八六年）、特に第二章参照。
- (8) Id. at 195.
- (9) Id.
- (10) Id. at 187-8.
- (11) Id. at 188.
- (12) Id. at 189-90.
- (13) Id. at 189.
- (14) Id. at 198-203.
- (15) Id. at 203-5.
- (16) Id. at 205-8.
- (17) Id. at 208-10.
- (18) Id. at 211.
- (19) Id. at 212.

(20) *Id.* at 215-6.

(21) *Id.* at 213-4. オレンスタインはこの対審権保障によって被害者が不利となるのではないかというあり得る批判に対し、「多くのサバイバーの供述が現在の興奮した発言の伝聞例外には該当しないので、多くの女性は何も失わない」、現実的に考えても、公判廷で証言可能なサバイバーが召喚されないことは殆どあり得ないのであり、また現在の興奮した発言に該当した供述は概してサバイバーの公判廷での証言を補うために導入されている、と反論している (*Id.* at 220)。なお、日本では被害者の供述調書は刑訴法三二二条一項の「精神若しくは身体の故障」に基づき証拠能力を認められているという。

(22) *Id.* at 217.

四 「女性の自己防衛」の評価 右にみたようにエストリッチの強姦論には反差別・平等の観点は希薄であり、それが彼女の理論の一貫性を損なっているようである。彼女によれば、「ノーはノーを意味する」という承認が得られたのはフェミニズムの政治的運動がもたらした成果であり、必ずしもフェミニストの理論的裏付けを必要とはしていなかったのである。むしろ反差別の観点を鮮明に打ち出す法理論をそのために援用することは、政治力学による法の支配の破壊であるとして、否定されるべきなのである。この彼女の基本姿勢について説明を聞くことにしよう。

まず、「女性の自己防衛」が認められた最初期の代表的事例であるワンロー・ケース (*State v. Wanrow*, 88 Wash. 2d 221, 559 P.2d 548 (1977)) の評価から見よう。事案は、身長五フィート四インチで足にギプスをはめて松葉杖を使っているネイティブ・アメリカンの女性である被告人が、立ち寄っていた友人宅に突然立ち入ってきた見知らない、身長六フィート二インチの明らかに酔っている、しかし武器を持たない男性——そして被告

人の聞いていたところでは子どもに対して性的いたずらをする者——を射殺したというものである。第一審では自己防衛と挑発の抗弁が斥けられ被告人は第二級謀殺罪で有罪となったが、上訴審でこれが破棄されている。ワシントン州最高裁の判断は次の通りである。

「被告人は、被告人自らの情況の認識に照らしてその行為の評価を陪審員から受ける権利を有している。その中には、我が国の「長く不幸なセクシズムの歴史」(Frontiero v. Richardson, 411 U.S. 677, 684 (1973))の産物というべき認識も含まれる。そのような歴史の影響が消し去られる時代まで、自己防衛に関する説示は、女性に対して、セクシズムの産物であるところの一人一人の物理的ハンディキャップに照らしてその行為が判断される、という権利を与えるものであるように、これが保障されるべく配慮されねばならない。この点で説示に不足がある場合、男性被告人に適用されるものと同じルールによつて審理を受ける女性は権利を否定される。：：(第一審裁判官の説示は)「合理性」の客観的基準を創造することによつて我々の法を誤つて述べたものである。さらにそれは、被告人の行為は同じ情況におかれた合理的な男性の行為に照らして判断されるべきである、という主旨のことを述べて、その誤りを増幅している。」

この州最高裁の判断について、前稿で紹介したように、ホリー・マガイガン(Holly Maguigan)は、被告側へ提出する文化的証拠の意義を認めず、もっぱら「女性の自己防衛」の側面を強調するものであることを批判的に論じたのであった。被告人の行為の文化的背景を説明する文化的証拠は、被告人の情況認識の合理性について陪審員に理解をうながすために、自己防衛の主張と交差するものとして提出された。マガイガンによれば、「被告人の性の観点を彼女の文化の観点から孤立させうるかのように、一つの視点からのみ事案を理解しようとした裁判官の傾向は、根本的に問題」であり、文化的に多元的な社会が同事案を評価する方法として適当ではないのであった。な

せなら、フェミニズムと多文化主義はともに社会的なマジョリティに対し正義の再解釈を要求しているからである。

他方でエストリッチは、第一審で被告人が故殺罪ではなく、第二級謀殺罪で有罪判決を受けたのは裁判官の説示が性差別的であったからであろうかと反問して、「ろくでなし (SOB) を妻が殺すべきだと考えない性差別主義的な男性をみつけることはできないであろう」と述べて、その判決の理由を次のように説明するのである。被告人が事件後の警察への電話で「二回撃ちました、二五口径の小銃で撃ちました」と報告した録音テープが証拠として採用されたため、陪審員は被告人が恐れているいは驚いて撃つたとは考えなかったであろう、と。つまりエストリッチの考えでは、これは決してハード・ケース——法適用におけるセクシズムを「女性の自己防衛」で克服する必要があるような——ではなく、弁護人が右の証拠を排除することに成功しておれば、子どもの性的虐待者を殺害する母親というところに共感が寄せられ、また加害者と被害者の身体の大きさや力の強さの違いが考慮されて、伝統的な合理性の基準に従って故殺罪にしか該当しないと解決されたはずなのである。⁽³⁾

問題となるのは、ワンロ・ケースを右のように先例に従って判断することが、エストリッチにとって、法の支配を意味し、また、伝統的な「合理性」基準においてセクシズムが存在することを承認した同ケースに難色を示すこととは、「被告人が差別の被害者であっても刑事責任の基準を変更すべきでない」と考えることを意味することである。⁽⁴⁾ 本稿ではアメリカの現在の法理論で法の支配がどのように理解されているかを問題にしない。⁽⁵⁾ そうではなく論点はエストリッチが法の支配を擁護するときの右のような含意であり、そしてそれがマガイガンの考えと、あるいはオレンスタインの考えと対照的であることである。

オレンスタインの理解では、「興奮した発言の伝聞例外は支配的な文化が力の弱い文化を誤解しあるいは無視する一例」であった。したがって、「興奮した伝聞例外に関するフェミニズムの批判的分析は、論理的に考えて、他

の被抑圧集団、例えば人種的マイノリティやホモセクシュアルや貧困者についてあてはまるのである。なぜなら、彼らの異なる声が一方で抑圧され、他方で異なる方向に洗練されていったという歴史は、証拠法上の信用性の高い話者の範型に収まるための彼らの能力に影響を及ぼすからである⁽⁵⁾。オレンスタインはこのように述べて「反性差別」を「反差別」の観点へ上げようとするのに対して、エストリッチは「差別」の観点と「反差別」の観点をともに合理性の基準を脅かすものであるとして混同してしまうのである。

- (1) See Estrich, *Getting Away*, at 38. エストリッチは「殴打された女性の抗弁」について論じて、「何れにせよ多くの殴打された女性にとって特殊な法的ルールは不要であり、レノア・ウォーカーは必要とはされないのである。殴打された女性が提出する証拠が広範に受け入れられるのは、それを支持する政治的な運動の力が強いからに他ならない」と述べている。
- (2) 森川「多文化主義と」三六、四六頁参照。See Holly Maguigan, *Cultural Evidence and Male Violence: Are Feminist and Multiculturalist Reformers on a Collision Course in Criminal Courts?*, 70 N. Y. U. L. Rev. 1995, pp. 79-82.
- (3) Estrich, *Getting Away*, at 38-40.
- (4) See *Id.* at 25. エストリッチはワンロー判決を引いた後、「女性は女性であるからという理由で自己防衛に関して独自の説示を受ける権利を有するだろうか。刑事責任の基準は女性が差別の被害者であるなら変更されるべきであろうか」と疑問を表明している。
- (5) さしあたり那須耕介「法の支配」に対する懐疑と信念」（日本法哲学会編『多文化時代と法秩序』一九九七年所収）一九七頁以下、井上達夫「法の支配」（井上他編『法の臨界Ⅰ法の思考の再定位』一九九九年所収）二〇七頁以下など。
- (6) Orenstein, *MY GOD!*, at 211.

五 平等・反差別の声の(不)合理性 エストリッチにとってワンロー・ケースは「合理的な人間 (reasonable man)」に対する「政治的な攻撃 (political assault)」として最初のものでは⁽¹⁾。エストリッチによれば、合理性の基準は、「法とは合理的な人間がするところのものである」というほどに、コモンローの伝統において刑事責任の有無、あるいは謀殺罪か故殺罪かといった罪種の決定において非常に重要な機能を有している。しかしながら、他方でそれは「終わりのない適応力」がその最大の魅力であり、政治力学の影響を受けてその内容が変化しうるものであり、裏を返せば、「合理的な人間が、社会に対して、それがそうすべきであるように、自らで基準を設定することを許している」のである⁽²⁾。したがって、エストリッチは——O・J・シンプソンのケースにおいて——「最悪の形態のバルカン化した政治力学が刑事司法制度を急襲した」後の「刑事責任のバルカン化」の中で、「合理的な人間とは何者か？」をいま改めて問いたいのである。

エストリッチの問題は、「合理的な人間」が人種差別主義者であり性差別主義者であり、そして西洋人であり白人であるとき、「白人男性が殺人罪を免れるならば、なぜ他の者がそうしてはいけないのか?」、と疑問に思つてよいか否かである⁽³⁾。エストリッチは、まず、現代の「合理的な人間」が政治的に支持できない結論を導いていることを十分に認識している。例えば、シンプソンのケースとの類似性のゆえに注目を集めたメリーランド州のピーコック・ケース (State v. Peacock, Md. Cir. Ct. Oct. 17, # 94-CR-0943 (1994)) では、長距離トラックの運転手である被告人が帰宅すると、その妻とある男性がベッドで就寝しており、被告人はその男性を立ち去らせた後、妻と口論するなどしてから彼女を射殺している。つまり被告人には十分に冷静になりうる時間があつたが、伝統的な「嫉妬する夫の抗弁 (the jealous-husband defense)」が機能して、謀殺ではなく故殺の有罪答弁が行われ、被告人は一八ヶ月の刑期を言い渡された。エストリッチの考えでは、シンプソンのケースにおいても、彼が著名人とな

くまた被害者が黒人であれば、同様の抗弁を主張しえた可能性を否定できないのである。また、人種差別主義的であるので政治的に支持できないのはゲッツ・ケース (People v. Goetz, 73 N.Y.2d 751, 536 N.Y.S.2d 45 (1988)) であった。白人男性である被告人は土曜日の午後の地下鉄内で四人の黒人青年に対して殺意をもって五発の銃弾を発射し、そのうち三名を傷害している。自己防衛の要件を満たす客観的な状況は証拠上認められず、またニュー・ヨーク州最高裁の「自己防衛の必要性の認識の合理性」に関する次の判断、すなわち、それは「被告人の直面する『情況』(circumstances) あるいは彼の『状況』(situation)」に基づき判断される」という主観説の排除にもかかわらず (People v. Goetz, 68 N.Y.2d 96, 497 N.E.2d 41 (1986))、陪審は謀殺未遂について被告人を無罪にしたのであった。エストリッチによれば、このような判決がラディカル・フェミニニストや批判的人種理論の論者に「合理的な人間を攻撃する飛道具を与えている」のである¹⁵⁾。

したがって、次に、エストリッチは、白人男性を謀殺罪から免れさせる右の二つの結論が政治的に支持できないのであれば、同じように、被告人が社会的な次元で差別の被害者である場合においても、人種や性別といった集団に基づく抗弁を主張することは、あえて必要でなからう、と論じているのである。ワンロー・ケースはその一例示であった。さらにエストリッチは「殴打された女性の抗弁 (battered women's defense)」を合理性の基準に対する「ジェンダーの攻撃」であるとして、また「文化的抗弁 (cultural defense)」を「文化的な攻撃」であるとして検討を加えている。後者は前者を模倣したものであり、両者の問題性は同種のものであると述べられているので¹⁶⁾、ここでは前者を取り上げて、エストリッチがどのように反差別の声が法に対してマイナスの影響を与えている、と論難しているかをみてみよう。

エストリッチの整理によれば、殴打された女性の抗弁はドメスティック・バイオレンスを継続的に受ける女性が

被殴打女性症候群 (battered women syndrome) におちいり、虐待者を殺害する等の防衛行為を行った場合に、その被殴打女性症候群を根拠として主張される、特別な自己防衛の抗弁である。被殴打女性症候群の理論は心理学者レノア・ウォーカーの提唱によるものであり(一九七九年)、したがって、被告人の行為が同症候群の影響のもとにあったことは、心理学等の専門証人によって説明される必要がある。そして同症候群は、被告人が就寝中の虐待者を殺害した場合に、自己防衛の急迫性の要件を、あるいはヒットマンを雇い殺害教唆をした場合に、その必要性の要件を修正するもの等であることが期待されている。これらは、結局、エストリッチによれば、「合理的な人間 (the reasonable woman) とはその殴打された女性のことか?」を問うことであり、ウォーカーらの積極的な論者は、殴打された女性をその人以外の他の合理的な人間を基準にして評価すべきでないと考えるのである⁷⁾。

ところで殴打された女性の自己防衛の抗弁と被殴打女性症候群の関係については議論があり、前者が後者によって必ず理論的に説明されねばならないとは考えられていないようである。その一つの理由は同症候群には少なくとも現在のところ十分な臨床的な裏付けがないという点であり、もう一つはそれは殴打された女性の心理的・精神的な機能障害を示すものであるから、当該状況における被告人の行為の是非を考える正当化の抗弁ではなく免責の抗弁との関連において考慮されるべきではないかと解されるからである⁸⁾。それゆえ、ロバート・シヨップ (Robert F. Schopp) は右の被害者の就寝中等の非対抗状況 (nonconfrontational situation) における殴打された女性の殺害行為について、殴打・虐待行為のパターンの正確な認識——これはその防衛行為の必要性に関して被告人と同じ判断を陪審に可能にするためである——に基づいて、それを回避する法的な代替手段 (保護命令や被害者の刑事訴追等) がない必要な (「やむを得ない」) 自己防衛として正当化するか、もしくは右の法的手段の存在に関する不合理な (それゆえ正当化の余地はないが) 理解可能な誤信のゆえに免責する方法を構想している。しかしこれ

は何れにせよエストリッチの方法ではなく、彼女は被殴打女性症候群による合理性の基準の修正を責任無能力の抗弁 (insanity defense) の議論に引きつけて問題であるとしている。

エストリッチの観察によれば、被殴打女性症候群と同様に専門証人の学問的な証言が重要な意義をもつ責任無能力の抗弁の主張においてみられる特徴は、その基準がマクノートン・ルールであれダーラム・ルールであれ、あるいは模範刑法典の「実質的な弁識・制御能力」であれ、有罪率に大きな変化はない、ということである。これは刑事責任の限界がそもそも科学的な基準にしたがい精神科医によつて決定されるものでなく、陪審が代表するところの社会が行う政治的妥協に左右されるものであることを示すという。例えば、ロナルド・レーガン大統領の暗殺未遂事件で被告人が模範刑法典と同じ基準により無罪となつた後、責任無能力あるいは限定責任能力の抗弁を斥ける傾向が強くなり、「責任無能力だが有罪である」という判決を可能にした数州がでてきた。そしてエストリッチによれば、「現在の明らかな傾向は、その心神の状態がいかなるものであれ、自らの行為に対して責任をとつてもらう」というものである。¹⁹したがつて、この傾向に反して、殴打された女性が被殴打女性症候群によつて殺人罪を免れうるとすれば、その理由は、被殴打女性症候群が個人責任を集団化し、政治化したところにある、とエストリッチは考へる。これは内的な責任の基準にしたがえば「気が変である (insane)」と解されるものを外的な基準によつて「合理的である」と判断することに他ならない。しかし、この考へ方を押し進めれば、殺人罪で有罪となるのはヒットマンだけになるのではなからうか。現実的には、白人男性だけが、差別集団に属するため政治的な責任の外的基準が適用されえず、殺人罪を免れえない、ということになるのではなからうか。²⁰

このようにエストリッチは考へて、白人であれ黒人であれ人種を問わず、また男性であれ女性であれ性別を問わず、合理性の基準をフェアに適用することが刑事責任の限界を定める、と議論を展開する。——エストリッチの

論拠となるのは、就寝中の父親を殺害したダットン兄弟とその両親を殺害したメネンデツ兄弟との比較である。両ケースはともにエストリッチの分類によれば被殴打児童症候群 (battered child syndrome) を理由として責任の政治化をすることのできた事例であるが、前者は責任を不問に付す方向で解決がはかられたのに対し、後者は第一級謀殺罪で有罪となった。この結論の差異を導いたのは、人種ではなく、また専門証人の証言内容でもなく、ダットン兄弟は共感に値し刑罰に値しないとみなした、コミュニティ全体のコモンセンスであった。ダットン兄弟は一人が猟銃を構えてもう一人が引金を引いてソファで就寝中の父親を殺害したが、この父親は妻や彼ら子どもを長期間にわたり虐待し続けたのであり、ダットン兄弟はその妹へのさらなる虐待を回避しようとして行為に及んだのであった。そしてこの行為について、ダットン氏の父親も姉も親類も誰一人としてその正当性を疑わなかった¹⁵⁾。

エストリッチは、合理性の基準は白人男性の意思を反映してきたのであり女性やマイノリティ集団の声を排除してきたのである、という認識が正当であることを否定しない。しかし彼女は、白人男性が一つの集団として見えるのは外部からだけであり、その不実な妻を合理的に殺害し得ても、不実な婚約者を殺害することは不合理であったのであるから、またダットン兄弟とメネンデツ兄弟が異なって判断されたのであるから、合理性の限界線は、殴打された女性の幾人かは合理的であり幾人かは不合理である、というように引かれる以外にないのである、と考えるのである。つまり、「差別の不在は、殴打された女性が勝つことを保証しない」¹⁶⁾のである。——このようにエストリッチはまるで自らが反差別の観点を法に組み込んだかのように述べるが、もちろんそうではない。——彼女の反差別を主張する声に対する基本姿勢は、「あなたに為しうる最善のことを為すことが、必ずしも私たちにとって十分によいことであるとは限らない。私たちが誠実に判断するのであれば、私たちには右の判断を示す権利がある」、というものである。これが文化的に多元的なアメリカ社会で各人各様に、つまり集団別に基準を立てるので

なく、他者を信頼して「合理的な人間」を模索すべきであると考えるエストリッチの結論である。そして殴打された女性の自己防衛のケースについて、上訴審の判決を網羅的に検討したホリー・マガイガンを用いて、彼女らには就寝中の虐待者を殺害してはならず、彼と闘争中にそうするのであるから、被殴打女性症候群によってその合理性を説明することが必要なのではなく、ルールをフェアに適用することが要求されているのである、と述べるのである。¹⁷⁾

以上がエストリッチの議論である。彼女の論理は、合理性の判断基準に反差別の観点を持ち込むと「基準が過剰になり」、「合理性が不合理性の基準になる」¹⁸⁾、というものである。しかし、これは反差別の諸々の声が一つの実質的平等の主張であることを見ていないものであると言うことができると思われるのである。エストリッチはこの反差別・平等の声をどのように合理性の判断基準、言い換えれば法に組み込むかをやはり理論的に追求していないのであり、この意味で彼女がマガイガンに言及したのは誤解を含んでいると言わなければならない。¹⁹⁾ この点を最後に確認しておきたい。

エストリッチが参照しているマガイガンの研究は「殴打された女性と自己防衛——最近の法改革案における神話と誤った概念化——」と題する一九九一年の論考である。²⁰⁾ そこにおいてマガイガンは、たしかにエストリッチが述べる通り、殴打された女性の自己防衛に関する上訴審の判決を網羅的に検討して少なくともその四分の三の事案で「対抗状況」があったと報告している。²¹⁾ 対抗状況とは、「大半の法域で自己防衛の説示の資格を被告人に与えらる」とされているある一定の事実関係」の意味であり、その対抗状況における殴打された女性による虐待者殺害の事案とは、「①過去において被害者が被告人を虐待しており、②殺人のときに被害者が、被告人の供述によれば、彼女に対して死あるいは重大な身体的傷害を加える急迫の脅威を与える、と彼女が解釈するように行動しており、③

被告人が違法な行為によって被害者の行動を挑発したのではなく、また被告人が先制攻撃者ではなく、④被告人が撤退の義務に違反しておらず、⑤被告人の行使した有形力が彼女の認識した脅威と均衡している」という事実関係が少なくとも証拠によって法廷に持ち込まれ審理される事案のことである、と定義されている。⁽²²⁾ それゆえマガイガンは、エストリッチと同様に、殴打された女性の自己防衛の多くの事案がこのようなものであれば、就寝中の虐待者の殺害や第三者への殺害の依頼の事案を代表的なものであると想定して、自己防衛の解釈論の再構成を提案することは不必要であると述べるのである。⁽²³⁾ なぜなら右の彼女の調査結果と定義から、殴打された女性に対する有罪判決の多くは「その殺害の情況が伝統的な自己防衛の定義からはみ出しているという事実からの結論ではない」と言うことができるからである。

しかし、私たちはマガイガンが次のように述べていることに注意しなければならない。「フェアな審理とは、被告人が、自らの行為の社会的コンテキストに関する証拠、及びそのコンテキストと自己防衛の主張との関係に関する法的説明の双方を、「陪審につかませる」ために、自らの事案を事実認定者の前に十分に呈示することができる審理のことである、と定義されるべきである」と。⁽²⁴⁾ つまり彼女の考えでは、現在の自己防衛の解釈論は、殴打された女性の行為の社会的コンテキスト、言い換えればその経験を考慮することを必ずしも拒否するものではないので、そこに改革が必要であると敢えて言う必要はないのであった。しかし彼女は、殴打された女性が被告人となる事例で上訴審における破棄判決の割合が四〇％の高率であることから（平均の約四倍）、⁽²⁵⁾ 彼女らに対するアンフェアな審理による多くの有罪判決があると考えて、その原因は事実審裁判官の法適用のあり方にあると指摘するのである。そしてその幾つかある問題点のうちこれまで見過ごされてきた点として彼女がもつとも重視したのは、事実審裁判官による自己防衛に関する証拠の信用性の評価であり、説示に先立ちこれが否定されるため陪審が被告人の行為は

自己防衛であるか否かを判断する機会を失う事例が多くあるのであった。それゆえマガイガンはその証拠価値がいかに弱くとも、その判断は陪審に属すべきであると考えるのである。このマガイガンの分析の是非はここでの問題ではないが、エストリッチの議論と異なり、マガイガンの殴打された女性の自己防衛を考える枠組が平等・反差別の声に理論的に開かれていることを私たちは見ておかなければならないであろう。

- (1) *Estrich, Getting Away, at 23.*
- (2) *Id. at 13-4 and 37.*
- (3) *Id. at 5 and 37.*
- (4) *Id. at 23.*
- (5) *Id. at 19-23.* ゲッツ・ケースについてはジョージ・フレッチャー『正当防衛』（渡辺修、佐藤雅美訳、成文堂、一九九一年）参照、本文との関係では特に第三章。
- (6) *Id. at 32-3.*
- (7) *Id. at 26-7.* 被殴打女性症候群と自己防衛の抗弁の積極的な関係について、岡田久美子「日常的被虐待者による殺人と正当防衛」一橋論叢一一八巻一号一七七頁以下、同「ドメスティック・バイオレンスに関する刑事法的問題」アディクシオンと家族一五巻三号二六八―七〇頁が論じている。
- (8) Robert F. Schopp, *Justification Defenses and Just Convictions*, Cambridge University Press, 1998, pp. 94-8.
- (9) *Id. at 116-20.*
- (10) *Id. at 111.*
- (11) *Id. at 131-3.* ちなみにショップの考えでは、自己防衛の要件について、「不正の侵害に対して直ちに必要である場合」

と考えるか、「急迫不正の侵害に対して必要な場合」と考えるか、この二つの方法があり、後者が一般的な理解であるが、前者を選択すべきであるという。これは急迫性の要件は必要性の要件の必要条件ではないという認識に基づくが、この理論的根拠については稿を改めて検討したいと考えている (See *id.* at 101-2.)。

- (12) *Id.* at 124-6 and 129-31.
- (13) *Estrich, Getting Away*, at 30.
- (14) *Id.* at 31 and 33.
- (15) *Id.* at 34-6 and 120. エストリッチによる両ケースの比較については事案の詳細が不明であるのでその当否の判断はできないが、エストリッチ自身がメネンテツ兄弟が身体的に虐待を受けていた事実疑問を表明しており、ただ陪審員の多くがそのように認めたので、議論の便宜のために、ダットン兄弟の事案と同類とするのでであると述べている (*Id.* at 35.)。
- (16) *Id.* at 36-8.
- (17) *Id.* at 37-8. エストリッチの同書第二章 (pp. 41-64) は陪審による法の無視 (*jury nullification*) と人種差別主義の関係を取り上げているが、そこでの彼女の目的は、前者を人種差別の社会に抗議するための手段 (黒人にとっての唯一の手段) と位置づける理解を批判することであり、その批判の根拠がやはりそうした考え方は刑事司法制度に不信の種を撒くということである。彼女は歴史的に刑事司法制度が人種差別的であつたことを否定しないが、黒人の人口に占める割合に対してその受刑者数に占める割合が三倍以上である等の統計は、犯罪者数に占めるその割合を反映したものと理解すべきであり、法適用の差別性を示すものではないと論じている。
- (18) *Id.* at 6 and 37. エストリッチは「バルカン化した政治体制はたしかに無責任という悪平等を要求する。これがシンドローム・デフェンシスの激増の教訓である。目には目をが私たち全員の目を閉じてしまうのである」、とも述べている (*Id.* at 58)。
- (19) 佐伯仁志も同様であると思われる (佐伯「アメリカの正当防衛法」ジュリスト一〇三三号五三頁、五五頁。)

- (20) H. Maguigan, *Battered Women and Self-Defense: Myths and Misconceptions in Current Reform Proposals*, 140 U. Pa. L. Rev. (1991): 379-486.
- (21) *Id.* at 385. なお「非対抗状況」に分類されるのは二〇%であり、そのうち八%で就寝中の男性が殺害されており、四%で被告人が第三者に殺害を依頼しており、残りの八%で被告人から先制攻撃している明らかな証拠がある、ということである (*Id.* n.12)。ちなみに、検討の対象が上訴審の諸判決であるので、事実審で被告人が無罪となった場合を含まないが、それらに占める「対抗状況」の事案は七五%以上であると考えられると指摘されている (*Id.* at 385-6.)。
- (22) *Id.* at 392-3.
- (23) *Id.* at 382.
- (24) *Id.* at 385.
- (25) *Id.* at 383.
- (26) *Id.* at 432-3.
- (27) *Id.* at 439-42.

三 批判的人種理論に学ぶ

一 批判的人種理論 私たちが考えている反差別・平等の観点は、批判的人種理論によって積極的に法律論において展開されているものである。この批判的人種理論については憲法学の領域で我が国へも紹介されているので、まずそれらの先行研究に拠りながら簡単にこれを説明することにした¹⁾。

批判的人種理論は一九八〇年代後半に批判的法学研究 (Critical Legal Studies) から枝分かれする形で形成さ

れた法理論の潮流である。そこには特定の教義的な定説あるいは方法論が存在するのではないが、次の二つの目的が共有されているという。第一に、「どのようにしてアメリカで白人支配と有色人種の従属化の体制が形成され維持されているかを理解して、とりわけ「法の支配」や「平等保護」という公言された理想と社会構造との関係を検討すること」であり、第二に、「法と人種の権力との苛立たしい結合関係を理解するだけでなく、それを変えていくこととする意欲」を有していることである。この意味で批判的人種理論は「人間解放への倫理的なコミットメント」であるということができ、この強い倫理的色彩は、それがアメリカ社会の人種的な権力関係の動態の中で人種に関する法律論を——リベラリズムの法理論のように——「中立的に」あるいは「客観的に」展開する「出口はない」と考え、法理論の不可避的な政治性を強調するところに顕著に表現されているという。

批判的人種理論の母体は批判的法学研究と七〇年代後半に終焉をみたところの立法改革により人種の正義を達成しようとした公民権論である。簡単に言えばそれは「人種の理論の中に左翼の観点が入り込み、そして左翼の理論の中に人種の観点が入り込んだ形態」のものである。³⁾ 批判的人種理論と批判的法学研究の共通点は、右の法理論の非政治性・中立性の否定という点であり、両者はオーソドックスな法意識がアメリカの社会的な権力関係を正統化すべく機能していることを認識してこれに挑戦するのである。批判的人種理論はこれに人種の観点を導入し、「人種と人種差別主義もまた支配的権力の中心的な柱石となって機能している」と論じるのである。⁴⁾ そしてこの点が批判的人種理論と右の立法改革主義的な公民権論との決定的な違いとなっており、後者では人種に意識的であること (color conscious) と人種差別主義 (racism) が混同されて、それらがともに人種に中立的 (color blind) な見地から斥けられてしまうのである。⁵⁾ 次に批判的人種理論と批判的法学研究の大きな差異は、第一に前者が権利論の積極的な意義を承認する点である。批判的人種理論によれば、批判的法学研究が人種的マイノリティ (people of

John) の生きた経験を組み込んだ理論構築に失敗していることはその権利論に対する批判的姿勢に表れているという。前者によれば、人種的な従属関係という社会的コンテキストの中で、従属化された者が権利を行使するという考え方が公民権運動において黒人解放という地平を切り開いたのであり、権利論のこうした社会転換的な価値は十分に認識されねばならないのである。⁽⁶⁾ 第二に、右の「人種に意識的であること」の意義を十分に理解しうるか否かが両者の別れ目となっている。批判的人種理論は人種決定論 (racialism) —— 人種的マイノリティに対立する法的・政治的決定は白人支配という人種の権力構造の単なる反映であると考える —— を斥け、法の構成的な力、すなわち法それ自体が人種の権力関係の舞台であり、まさに法が社会的な人種の権力構造を作り出すことを認めるが、これはマルクス主義法学における法の道具主義的な見方を批判した批判的法学研究の分析に倣ったものである。しかし、後者は「人種のカテゴリー」は「現実的」あるいは「自然的」でなく社会的に作られたものであるから、人種を分析概念としてまた政治的行為の基礎として中心化するのは、理論的にまた政治的に筋が通らない」と論じたのであった。これに対して批判的人種理論は、その考えは「俗流反本質主義」であるとみなして、「人種は、同じ言葉を使うなら、社会的に作られたものであるが（生物学的な人種の観念は「誤り」である）、しかし、人種は、アメリカ社会における「人種づけられた」経験なるものに実質的な次元があり、また重みがあるという意味で、つまり法によって決して無視しえない形で生み出され支えられている実質があるという意味で、「現実的」である」と反論して、「人種づけられた国家における社会的な利害関係の特別に人種的な性格」を直視すること、つまり「人種に意識的であること」の必要性と正当性を主張するのである。⁽⁷⁾

二〇世紀の終わりは、「政府は人種的不正義の所在を突きとめ、これを消し去る積極的な役割を担うことができるのであり、またそれだけでなく、そうしなければならぬのである」という考えの「拒絶の時代」である。⁽⁸⁾ この

ような認識に促されて、批判的人種理論は、人種づけられた社会で人種に意識的であることよって人種的マイノリティの声を法理論の中に組み込み法の構造と機能を転換して人種的正義を実現しようとする、このようなものであると言ふことができよう。批判的人種理論は、このようなものとして、社会的に構造化された差別的環境から脱却ないしそれを転換するために行われる構成要件に該当する反差別的行為の違法性を阻却・減輕する理論を考えようとする、あるいは歴史的な経験知というべき「沖繩職体験」に根ざした「沖繩県民、とりわけ読谷村民の・・・強い拒否的感情」に反してその掲揚を迫られた日の丸旗を焼却した行為の意味を正しく評価しようとする、私たちの参考にしたいものとして射程に入ってくるのである。大沢秀介は批判的人種理論に排他テーゼと人種的特殊性テーゼがあると紹介して、多文化社会の中では後者の重要性が増すと指摘している。ここにおける人種的特殊性テーゼとは、「①マイノリティの研究者がアメリカにおけるその他の全ての人種的マイノリティと同様に人種の抑圧を経験してきたおり、②この経験を通してマイノリティ研究者は白人の同僚とは異なる観点から世界を見るようになり、③この異なる観点がマイノリティ研究者の研究の中に貴重な形で表現されている、という見方」である。これは批判的人種理論の法学研究者集団への影響力の如何という観点から定式化されたテーゼであるが、同じく排他テーゼとは、オーソドックスな法理論あるいは白人のそれにおける人種的不正義への加担ということに関する無自覚な研究のあり方に向けられたマイノリティ研究者による告発のことである、と理解して、私たちの理論的関心からひとまず除外することが許されるとすれば、他方の人種的特殊性テーゼの具体的な法律論における展開例を次に見て、右の差異と平等に意識的であることによる法の構造と機能の転換について理解することしよう。

(一) 木下智史「批判的人種理論 (Critical Race Theory)』に関する覚書」神戸学院法学二六卷一号一九九頁以下、大沢

秀介「批判的人種理論」ジュリスト一〇八九号八九頁以下、同「批判的人種理論に関する一考察」法研六九卷一二号六七頁以下（以下「一考察」）、植木淳「人種平等と批判的人種理論（Critical Race Theory）」六甲台四四卷三号一九頁以下。See also Kimberle Crenshaw et al. ed., *Critical Race Theory: The Key Writings That Formed the Movement*, The New Press, 1995, xii-xxxii [hereafter *Critical Race Theory*]; M. Matsuda et al., *Words That Wound: Critical Race Theory, Assaultive Speech, and the First Amendment*, Westview Press, 1993, pp.3-7. なお、批判的人種理論を代表する論者の著作の邦訳としてデリック・ベル「人種主義の深い淵」（中村輝子訳、朝日選書、一九九五年）、ダンカン・ケネディ「ヒエラルヒーのための訓練としての法学教育」（デヴィド・ケアリス編「政治としての法」松浦好治・松井茂記編訳、一九九一年所収）がある。

(2) *Critical Race Theory* at xiii.

(3) *Id.* at xix.

(4) *Id.* at xxii.

(5) *Id.* at xv.

(6) *Id.* at xxiii-xxiv. 木下・前掲論文二〇二一三頁参照。

(7) *Id.* at xxv-xxvi.

(8) *Id.* at xxxii.

(9) この点を簡単に素描したものととして森川「沖繩における刑法の問題」沖繩法政学会会報第一〇号八頁以下。括弧内の引用は福岡高那覇支判平七・一〇・二六より。

(10) 大沢・前掲「一考察」七四頁以下、八〇頁以下。

(11) Randall Kennedy, *Racial Critiques of Legal Academia*, 102 Harv. L. Rev. 1989, p.1746（大沢「一考察」七五頁参照）。このランダル・ケネディの論考は、右の注（一）に掲げた大沢らの三研究により、人種のマイノリティに属する研究者からの批判的人種理論に対する厳しい反論の展開として重要視されている文献である。しかし、彼のマツ

ダに対する、「研究者をステレオタイプ化する」議論であるという批判からも理解できるように (i.d. at 1787), 必ずしもそれは私たちが評価しようとしているマツダや批判的人種理論の方法論への反論とはなっていない (see Victor F. Caldwell, *Review of Critical Race Theory*, 96 *Colum. J. Rev.* 1996, pp. 1372-3).

二 Looking to the Bottom 大沢が注目したのは戦時中の日系アメリカ人の立ち退きと抑留施設への収容に関する戦後補償問題を取り上げたマリ・マツダの研究である。マツダの「底辺を見る——批判的法学研究と慣い——」と題された一九八七年の論考は批判的人種理論の最初期の代表的研究であり、彼女はそこで法的に解決すべき価値の衝突がある場合に底辺の声を聞くことが解答をもたらす、とする法学方法論を提起したのである。マツダの言葉を引くと、「差別を経験してきた者は私たちが耳を傾けるべき特別の声で語る」のであり、「正と不正あるいは正義と不正義の観念が抽象的な見地からでなく、歴史的に犠牲を強いられてきた集団の見地から省みられるとき、道徳的相対主義が後退し、確定可能な規範的な優先権が見えてくる」のである。「法的な理念を求めて底辺を見る」ことが、法哲学者たちによってこれまで看過されてきた価値ある源泉の所在を合図してくれる」のである。マツダは、「人種に意識的であること」の意義を「底辺を見る」方法論によって説明するのである。

マツダはこの方法論の有効性を批判的法学研究に向けられた批判に応えて前者をさらに人種的マイノリティの見地から理論的に深化させる形で説明しているの、それを整理すると次のようである。批判には、①批判的法学研究は法の形式性・安定性を否定する、②エリート主義的で排他的であり、③批判に終始して理論的展望に欠ける、④悪びれており軽々しく冷笑的であり、反法律的な運動である、⑤価値決定をなしえない、以上の五つがある。マツダはこれらに対して、①人種のマイノリティが法に対する幻滅と期待という不協和音の中にあり、この意識の二

重性——理論的な不安定性——が人種差別的な抑圧に抗議して法的な不安定性の彼方の憲法的価値の支配する世界を希求するバネとなつてゐることをまず指摘する。例えば、アメリカ憲法は奴隷制を是認する腐敗した文書であるとしたギャリソン主義的奴隷制廃止論と袂を分かち、奴隷制は憲法に違反してゐるとして政治的テキストを読み換えたフレデリック・ダグラスのように。また、戦時中の抑留生活において憲法の庇護の外におかれた日系アメリカ人の中に憲法的価値を確信する多くの志願兵がおり、そしてその抑圧の記憶を持つ彼らがテヘランのアメリカ大使館占拠事件の最中のイラン人に対する迫害に抗議し、あるいはホームランドであるビッグマウンテンを追われようとしているネイティブ・アメリカンを支援してゐるよう^①に。このような二重の意識を持つ人種的マイノリティの経験においては法の構造転換とその妥当性の承認とは矛盾しないのである。^②エリート主義的であるという批判に對しては、フェミニズムや人種の問題に取り組む法学研究者集団は稀少であり、そのことをもって批判的法学研究を排他的であると言ふことはできないとした上で、人種的マイノリティとの対話を増やし、公民権運動の訴訟事件の摘要書、あるいはM・L・キング牧師やW・E・B・デュボイスの演説集や著作、またその芸術や文学を見ることにより、白人研究者の想像力の限界を克服する豊富な知識の世界が開かれるとする。^③理論的展望の点については、ロー・スクールの教室や図書館からユートピアを描き出すことができないのであれば、恐らくそれを求めるところが誤つてゐるのであり、抑圧を受けてきた者がより善い世界について雄弁に語りうるのは、法律学の外の世界での経験に基づくと考へるのである。ダグラスの例を引くならば、彼はエイブラハム・リンカーンの中道路線に幾らかの人種差別主義が残存してゐるのを知つていたが、黒人解放を実現することの最も速い候補者であると正しく認識してゐた、このプラグマティズムは、ドグマティズムから最も速い奴隷として過ごした彼の経験がもたらしたものであつた。私たちが抑圧のないより善い社会を求めるのであれば、このような人種的マイノリティの声

を導きの糸として、批判的研究者は理論的なその共謀者となり、絶望ではなく希望をもって研究に従事することができるという。^④異なる声は、悪びれており軽々しく極端である、たしかにそのようなものであるかもしれないが、しかしキング牧師が「人種的正義への道は一つしかないと思っている者は交通渋滞を引き起こし却って道のりを遠くする」と述べたように、目的が一つであることは理論と方法の反目を許さない訳ではないのである。アメリカの反人種差別の闘いの歴史はそのような分裂を経験し、その中で新たな権利の概念の意味づけがなされたように、異なる声聞きこれに應える形で理論構築を行う過程が反法律的であるとは言えないのである。^⑤価値決定の点については、解放の神学は抑圧された者の側に神がいると述べている。そのように言わないまでも、フェミニストが示した方法、つまり、人種差別の生きた経験を共有すること (consciousness-raising) によって、例えば、私たちは一九五五年にモントゴメリーの一台のバスの中で座り続けたローザ・パークスの側にいるから正しいのであると判断することができるのである。^⑥——マツダは以上のように回答しているが、「底辺を見る」方法論が右において十分に根拠づけられたとして、マツダが強調したいと考えているのは、それによって憲法的価値の捉え直しあるいは新たな意義づけが行われ、同時にリベラリズムの法理論の限界が乗り越えられることである。^⑦

マツダは二つの「償い」の問題に即して右の方法論を具体化している。一つの問題は大沢が言及していた日系アメリカ人の賠償請求であり、もう一つはネイティブ・ハワイアンの一九世紀末のハワイ王朝の転覆 (一八九三年) とアメリカへの併合 (一八九八年) に関する謝罪と補償の要求である。^⑧「償い (reparations)」とは、マツダによれば、学問的抽象の産物ではなく、経験つまり「底辺から生み出された一つの法的概念」であり、その解釈論の要点は、①加害者と被害者をそれぞれどのように同定するか、また両者の関係をどのように理解するか、②過去の不正に対する法的救済をどのように可能にするか、③どのような法的救済措置が可能か、という三点において底辺の

声を組み込んだものとなっていることである。これはそれぞれ次のような意味である。——①原告と被告はそれぞれ被害者と近接的違法行為の実行者という個人対個人の関係ではなく、被害者集団構成員と違法行為者の子孫および過去の不正の現在の受益者という集団間の関係となる。後者の特徴は、集団内の関係がそれぞれ必ずしも水平でないことである。キャンペーンに収容された日系アメリカ人の中には収容経験により深い精神的傷痕を負った古参者もおれば、裕福な実業家であり回復の早かった者、あるいは反アメリカ主義的な姿勢の者がおり、他方で賠償金を支払うべき納税者の中には違法行為者の直系卑属もおれば、過去においてその尊属が被害者集団に差別・偏見を示さなかつた労働者階級に属する白人もいる。しかし、一つ一つの抑圧行為によって白人が支配し非白人を差別化する白人マジヨリテイと人種のマイノリティのヒエラルキーの関係は強固にされるのであり、このため被害者は自らを一つの集団として見なさざるを得ないのである。ネイティブ・ハワイアンにおいて現在でも新生児平均体重が低く、その死亡率が高く、一般に罹病率・文盲率・自殺率・ホームレスとなる割合等が高いのは、過去の違法行為による損害の影響が現在まで集団の次元で及んでいるということに他ならないのである。そしてこれと裏返しのこととが被告の集団に関して言えるのであり、ハワイアンが土地を失わず底辺に追いやられていないのであれば非ネイティブが土地と権力と影響力のある地位を得ることはないものであり、つまり過去の違法行為と被害者集団を劣等視することから支配的クラスの構成員は恩恵を享受し続けているのである。このように事柄を歴史的に見れば、原告と被告はともに集合的な取扱いをうけるべき集団をそれぞれ構成しているものであり、私たちはこの現実を直視して従来の個人主義的な訴訟構造を交換することができるのである。¹⁵⁾——②違法行為がある程度速い過去に行われている場合に、出訴期間の制限を緩和し、また因果関係をどのように認定するかが問題となる。前者についてマツダは、「償い」が必要とされるのは底辺にある者への歴史的な違法行為を国家が認識するのにかくも長くの時間を要した

というところに理由があるとして、違法行為が実質的に継続していることを指摘する。後者については、近接原因の要件をどのように満たすかが問題であった上で、その分析が重大事件では政治的な要素に左右されると主流の法律家によっても認められていくとする。すなわち、原告に何らの過失もないこと（人種差別の被害者に非難の余地はない）、被害の予見可能性があること（ハワイアンが国家と土地を失い、あるいは日系アメリカ人が住居を追われ抑留施設へ収容されればどのような被害を受けるかということの予見は必ずしも困難でない）、抑止と応報の効果が期待されること（「償い」は人種差別を繰り返さないためであり、またそれに対する深い悔恨と謙虚な反省の行為である）等の条件が満たされているので、近接原因性を肯定することができるというのである。——③

賠償金の公正な算定が不可能であるというのが予想される反論であるが、まずプライバシー・名譽・精神的平穩等について可能であるならば人種的不正義に対する金銭補償の定式化も可能であるとして、次に信託法において可及的近似則（*cy pres*）の考え方があられるならば仮に一定の不当割当の可能性があっても正義の否定ではなくラフな正義を追求すべきであるとする。そして誰に救済の資格があり、支払いの最適形態はどのようなものであるかについては集団構成員自らが確定すべきであるという。

マツダにとって「償い」の解釈論とは、「常に被害者を導きの糸とした、歴史的な不正の公式の確認であり、継続する侵害行為の認識であり、不正の除去への関与である」¹⁶。つまりそれは「被害者の人間性を承認する」¹⁷ために必要であり、この意味で憲法的価値を豊かにするものである。そしてそれはリベラリズムの法理論の中立性・個人主義・不確定性といった落とし穴を回避するものである。「なぜなら、第一に、『言論の自由』や『デュー・プロセス』と異なり、過去の不正に対する賠償は一方向の価値を有しているからである。すなわち、底辺にある者——マイノリティ集団の構成員、政治的アウトサイダー、被搾取者——が償いを受け取るからである」¹⁸。第二に、それ

は「個人的権利ではなく集团的権利を支持する」からである。最後に、それによって「権利論が息を吹き返し、積極的な、理想的な魅力を帯びはじめ」からである。¹⁸ このようにマツダは「償い」の解釈論を位置づけて、私たちはこの法の構造転換を選択すべきであると論じているのである。

さて、マツダの議論を紹介したのは、日本国憲法一四条一項を根拠にして反差別的な行為に関する違法阻却論を構想する可能性を考えていたからであった。そのためにはまず同条項の意義を捉え直し、それに新しい機能を付与する必要があるのであった。私たちは、マツダの「償い」の理論において人種的マイノリティの声が組み込まれて法が構造転換を迫られ、人種的差別を除去してマイノリティの権利を回復する役割を与えられているのを理解することができると。「償い」の解釈論が一層の理論的洗練を必要としていることはここでの問題点ではなく、¹⁹ マツダが「底辺を見る」方法論によつて法の構造と機能の転換の合理性を説明していることが重要である。エストリツクの強姦論に補う必要があるのはこの種の理論化の作業であった。そして私たちは反差別原則を導きの糸として憲法一四条一項の再解釈を行い刑法上の違法阻却論に新たな構造と機能を埋め込もうとしているのであるが、マツダと私たちの間に発想の隔たりはないことを確認しておきたい。次項で本稿が紹介するのは、批判的人種理論が刑法学において繰り広げられた一つの研究である。それは直接にアメリカ憲法修正一四条の平等保護条項に訴えて妊娠中の薬物使用者の刑事訴追の違法性を主張するものであり、反差別原則を刑法学に適用する方向性が謙抑性の原則を補整する趣旨であるところが私たちの現在の関心と同一である。このドロシー・ロバーツの研究を通して、反差別原則に導かれた違法阻却論を構想することの意義が承認されるのではないかと考えている。

(一) 大沢・前掲「一考察」八五頁以下。本文とは直接に関わらないが、この補償問題に関する最近の邦語文献として、竹沢

寮子「日系アメリカ人のエスニシティ」(一九九四年、第二章が補償運動の展開過程を整理している)、池本真紀「日系アメリカ人強制立ち退き・収容政策の再評価」(一)広島二巻四号一五九頁以下などがある。

- (2) Matsuda, *Looking to the Bottom*, at 324-6.
- (3) *Id.* at 332-42.
- (4) *Id.* at 342-5.
- (5) *Id.* at 345-9.
- (6) *Id.* at 350-8.
- (7) *Id.* at 358-62.
- (8) *Id.* at 389-92.
- (9) *Id.* at 392-4.
- (10) *Id.* at 363-68.
- (11) *Id.* at 368-73.
- (12) *Id.* at 362.
- (13) *Id.* at 374-80.
- (14) *Id.* at 380-5.
- (15) *Id.* at 385-8.
- (16) *Id.* at 397.
- (17) *Id.* at 390. マツダは、「償い」は被害者の人間性を承認する。人種差別行為という不正の除去の法的な懈怠は、しばしその行為自体より重大な侵害行為である。なぜならそれは被害者の人間性の政治的な否定を意味するからである。「償い」を認めることは次のように宣言することである。「あなたは存在する。あなたの権利剥奪の経験は現実的である。あなたはその権利剥奪に対して補償を受ける権利がある。この国と法はあなたを承認する」と記している (*Id.*)。

(18) Id. at 393-4.

(19) 大沢「一考察」八六頁参照。なお我が国の戦後補償に関する法律論では人種的正義ないし社会的な次元における平等の権利という構成は前面に出てきていないが、従軍慰安婦制度について、それは「徹底した女性差別、民族的差別思想の現れであり、女性の人格の尊厳を根底から侵し、民族の誇りを踏みにじるものであって、しかも、決して過去の問題ではなく、現在においても克服すべき根源的人権問題である」と述べた山口地裁下関支判平一〇・四・二七（判時一六四二・二二四）は注目に値するものである。同判決はさらに述べている。「特に個人の尊重、人格に根幹的価値をおき、かつ、帝国日本の軍国主義等に関して否定的認識と反省を有する日本国憲法制定後は、ますますその義務が重くなり、被害者に対する何らかの損害回復措置を採らなければならないはずである。しかるに、被告は、当然従軍慰安婦制度の存在を知っていたはずであるのに、日本国憲法制定後も多年にわたって右作為義務を尽くさず、同女らを放置したままあえてその苦しみを倍加させたのであり、この不作為は、それ自体がまた同女らの人格の尊厳を傷つける新たな侵害行為となるといふべきである。」

三 妊娠中の薬物使用の刑事規制の是非 ドロシー・ロバーツの主張は、妊娠中の薬物使用に対する胎児の保護を理由とした刑事規制はアメリカ憲法修正一四条の平等保護条項に反する、というものである。より正確には、彼女が右の刑事規制を違憲であるとする根拠は人種の平等とプライバシーの権利の二つであり、貧困な黒人女性の子ども持とうとする決心に対する、それは不当な介入である、という論理である。つまり、ここでも——「償い」の理論と同様に——人種的正義の観点からプライバシー権の再構成という法の構造と機能の転換がはかられているのである。すなわち子どもを持つか否かに関するプライバシーの権利の理論は、「国家の不介入から人間性と自律性の積極的な保障へ」と論点を移動させなければならない。なぜなら政府は処罰をしてはならないだけでなく、貧

困る黒人女性の薬物依存の治療や出生前のケアを保障しなければ、人種的正義が実現されないからである¹⁾。しかも興味深いことに、ロバーツは「性的および人種的な従属化を除去する闘いにおいてライバシーの理論の用い方を再評価する」ことを説いており²⁾、リベラルなライバシー論（国家の不介入）を批判するラディカルな白人フェミニストのそれをも修正しているのである。彼女らにとって、「家庭という私的な領域は暴力と従属化の制度」であつて、政府の不介入³⁾女性のライバシーの権利は、「女性の集合的な要求を男性支配という至上命令のもとに従属させる手段」（キャサリン・マッキノン）であるが、「黒人女性は、しかし、しばしば家庭を慰めと人種的抑圧に対する抵抗の場所として経験する」と³⁾。つまりロバーツはここでは punitive statist ではないのである。

さて、私たちの関心はロバーツがどのように平等条項を根拠にして妊娠中の薬物使用に対する刑事制裁に反対しているかである。アメリカのこの薬物規制の問題については罪刑法定主義の観点から門田成人が検討を加えているので、まずそれらの研究に拠りながら問題状況を把握しておきたい。

クラック・コカインがアメリカで使用されはじめるのは一九八〇年代の初期であり、その後インナーシティ（スラム地区）の女性の間に急速に拡まり（使用者の半数は女性であるとされている）、一九九〇年頃には妊娠中に違法薬物が使用されるのはその全体の一一％（幾つかの病院では一五ないし二〇％）となり、薬物の影響を受けて出生する子どもの数は年間三七、五〇〇〇人と推計されている。このように、クラックを吸引する女性の多くが出産年齢にあり、実際にその多くが妊娠することがアメリカの直面する薬物問題の決して軽視できない一面となつている。この薬物使用が胎児・新生児にとつて早産や低体重、あるいは出生後の禁断症状候群や突然死症候群等の様々な悪い影響を与えていることは——もちろんコカイン以外の危険ファクターの影響、例えばたばこやアルコールの影響あるいは出生前ケアの不足等が同時に考慮されないのであれば正確でないが——ここでは議論の前提であ

る。またこの薬物に晒された新生児をケアするための費用が膨大であり、この点も妊娠中の薬物使用を規制する理由とされている。⁵⁾

この問題に直面して、とりうる方法は大きく分けて二つである。一つは治療アプローチであり、薬物依存者の健康を回復・管理しようとする試みである。もう一つは、制裁アプローチであり、これが圧倒的な支持を受けている。⁶⁾ 後者にはさらに三つの方法があり、第一に子どもの監護権を剥奪することであり、第二に他の犯罪で有罪答弁を行った者に「保護的な」拘禁刑を言い渡すことであり、第三に胎児を薬物の危険に晒したことを理由として出産後に起訴することである。⁷⁾ 制裁アプローチという場合にも念頭におかれているのはこの第三の方法であり、ロバーツにおいても同様である。しかし、現在のところ、治療と制裁の二つのアプローチに問題があると指摘されている。

まず前者は、多くの治療施設が対象としているのは男性の薬物依存者であり、必ずしも妊娠中の者のニーズに応えるプログラムは用意されていないというハード面での問題点があり、⁸⁾ また治療の質の上でも人種的不正義や性的抑圧の構造化された社会で支配的な規範に妊娠中の依存者を順応させる方向で立ち直りが支援されている、という悪循環がみられるという。⁹⁾ それゆえ治療アプローチは「意識の共有の対話 (consciousness-raising talk)」の方向へ、つまり社会的な不正義の鞅寄せを受ける者を「自らの足で立たせよう」とするのでなく、それらの者が互いの対話を通して自らのおかれた社会的環境を理解してこれを集合的に転換していくための過程として位置づけられねばならない、と考えられている。¹⁰⁾ 次に、制裁アプローチの問題点は少なくとも三つの観点から指摘されている。一つは門田が問題視している刑罰法規の厳格解釈の原則との抵触であり、妊娠中の薬物使用により胎児あるいは新生児を害することを禁止する明文の規定は存在しないが、児童虐待・不保護あるいは児童への薬物譲渡等として刑事訴追が行われていることである。¹¹⁾ 一例を上げると一九八九年にアメリカで妊娠中に胎児を薬物の危険に晒したとする最

初の有罪判決が出たのは、出生後、へその緒が切られるまでの六二秒間、そのへその緒を通して新生児にコカインの代謝物質が渡った、と犯罪事実が構成されたからであった。¹²へその緒を通しての薬物の「譲渡」という解釈に問題があるのは明らかであろう。次にロバーツの見解である。彼女によれば、まず、制裁と治療のアプローチが両立しない性格のものであることが問題である。治療を求める者が政府機関への報告を危惧しては治療を受け得ないのであり、また制裁アプローチへの依存はあるべき治療アプローチの模索を妨げるのである。¹³そして制裁アプローチは、第三に、「黒人女性を母親としては相応しくない存在として、蔑む、歴史的な見方を引きずる」ものであるとして、斥けられねばならない。¹⁴つまりロバーツは、制裁アプローチの対象となる多くの女性が貧困な黒人であることに問題の本質を見いだすのである。もう一度彼女の論理を確認すると、「妊娠の継続を選択した薬物依存者に制裁を科すことは、子どもを持つか否かに関する自律性の権利に重荷を負わせるものとなっており、貧困な黒人女性の右の権利を侵害することはアメリカ社会の人種差別的なヒエラルキーを永続させることに役だっている。それゆえ、この刑事訴追は、平等とプライバシーの両方の原則に違背するある種の母親性の押しつけである」、¹⁵と
いうことである。以下では、このロバーツの見解を辿るが、彼女の分析は次の四段階の展開を見せている。

①まず、この問題に対する制裁アプローチが、貧困な黒人女性に対して差別的に機能していることが説明される。ロバーツが強調することは、貧困な黒人女性が制裁アプローチの矢面に立たされるのは彼女らがより多く胎児に対して有害な行為を行っているからではなく、彼女らがまさに貧困であり、黒人であるからである、ということである。貧困であるから、より多く行政機関との接点があり、そのため薬物使用に関しても捜査の対象となりやすいのである。また黒人であるから、病院などのヘルス・ケアの職員の人種的偏見のために、より多くその個人情報が行政機関に報告され、またより多く胎児の毒性検査の実施対象となるのである。さらに、胎児に対してもよくない妊

娠中の行動が数ある中でクラック・コカインの使用を標的とする制裁アプローチは、その依存者の数の多さからも胎児への有害性の観点からも正当化できないという。なぜなら、妊娠中のアルコールの摂取やマリファナやその他の物質の使用もかなり高率であり、それらが胎児に対しても同じく有害であることは示されているからである。異なるのはどの社会階層の、あるいはどの人種層の、誰がそれを使用しているかであり、クラック・コカインはインナーシティの黒人コミュニティで最も多用されているから、したがってそれが標的となっている、としか説明できないのである。この差別的なアプローチは、胎児に対して有害であるという医学的な説明では正当化できないのである。⁽¹⁸⁾

②次に、この差別的な制裁アプローチが黒人女性の母親性を蔑む歴史的な態度に根拠を持っていることが説明される。伝統的に黒人女性が蔑まれている、というのは次のことである。第一に、奴隷制時代に一方で奴隷主は黒人女性の生殖の自由を否定して次世代の奴隷の再生産のためにこれを暴力的に支配するとともに、他方で黒人女性を白人女性のイメージからかけ離れた重労働に従事させ、その子どもを奴隷主自らが所有して、黒人女性を母親としては考えなかった、という点である。第二に、現在も、子どもの福祉の観点から子どもを奴隷主自らが所有して、黒人女性を母親として、黒人に不均衡に多いという点である。これは、部分的には、政府の福祉政策の保護を受けている黒人の家族が多いことに起因するが、他方で、ある種の家族形態を念頭においた福祉政策のために、黒人家庭の子どもの養育能力が正当に評価されないためであるという。ここに奴隷制時代の「注意のない母親」のイメージが重ねられる。その当時の黒人の新生児死亡率の高さは、現在ではその原因が妊娠中の重労働や栄養不足にあったと考えられるが、かつては育児に必要な注意力が黒人女性に欠けているからであると説明されていた。同じように現在も黒人家庭の問題はその母親の責任であるとされ、黒人女性の母親としての資格が疑われているのである。第三に、一九七〇年代

以降の調査が明らかにしたところでは、有色人種の女性が白人女性と比較すると不均衡に多く不妊の措置を受けているという点である。不妊の措置を強いられるのは、「その女性は母親たるに値しないのだ」という社会の見方」があつてのことである。それが強いられるというのは、例えば黒人女性が出産や中絶をするときに不妊の措置に同意することが条件となる、あるいは福祉政策を受けるためにはそれに同意しなければならぬ、という仕組みになつてきていることである。ロバーツによれば、このような背景があつて、同時に妊娠中のクラック依存者に対する制裁アプローチがあるのである。言い換えれば、黒人女性に対する制裁アプローチは、母親たるに値しないと社会がみなしてきたところの女性をまさに蔑むためにあるのである。こうして、常に根底にあるのは、黒人女性は母親として不適格であるというイメージである、というのである¹⁷⁾。

③したがって次にロバーツの論理は、妊娠中の薬物依存者を訴追することは、本質的に、黒人女性が子供を持つこととすることに對する制裁である、と展開される。つまり、どのように考えても、制裁アプローチの目的が薬物依存者をして妊娠中絶を選択せしめることであるとは言えないのであり、また、薬物使用の違法性を理由として黒人女性が刑事責任を追及されているのではないのであるから、結局、それは、出産することを選択した黒人女性を標的とした制裁的な措置である、と考えられるのである¹⁸⁾。

制裁アプローチの目的は胎児の保護であるとする正当化に對するロバーツの考えは、「歴史的に圧倒的に國家は黒人の子どもたちを無視してきていること」との整合性がないことを指摘せざるをえないものである。行政機関は、全米で黒人の新生児死亡率が白人のその二倍以上の高率であり、ニューヨーク市ではハーレムの黒人コミュニティのそれが中上流階級の居住区のその三倍以上であることに對して何ら有効なサポートを行っていないのである。また一九八六年の統計では全米で妊娠した黒人女性の半数が適切な出生前のケアを受けていないのであ

り、そして——前述の通り——薬物依存者に対する治療サービスは妊娠中の女性のためのものとはなっていないのである。ロバーツの考えでは、妊娠とは、女性の薬物依存者にとつて、もつとも治療を必要とする時期となりうるものであり、またそれまでのライフスタイルを変える強い動機となりうる一つの転換期である。彼女らがこれを上手く乗り越えることが子どものためになるのであり、したがって政府はそのため治療プログラムを充実させねばならないのである。⁽¹⁹⁾ 子どものために母親を処罰するのは本末転倒であり、ロバーツが論文の結語の部分で書いている印象的な一文を引用すると、「母親の人間性を否定してその胎児を保護しようとする政策は必然的に失敗せざるをえない」のである。⁽²⁰⁾

④したがって、この制裁アプローチは黒人女性に対する差別的な、プライバシーの権利の侵害である。それは二重の意味で憲法違反であるということができるのである。

では、如何なる意味で平等保護条項に反するのか、という点が残された問題である。ロバーツによれば、平等保護条項は平等の意味を定義しておらず、解釈の方法としては「反区別（antidiscrimination）原則」からと「反差別（antisubordination）原則」からの二つのアプローチが可能である。「反区別」の意味は社会の全ての構成員を人種に中立的に取り扱うということであり、これが連邦最高裁の現在の立場である。最高裁によれば、黒人をその人種のゆえに「区別」する国家行為は、その違法である「区別」の結果を目的として為されたものであるときにはじめてそのような評価を受ける。しかしこの「目的」については一応有利な（prima facie）推定を受けることができることとされているので、妊娠中に胎児を薬物の危険に晒したとして起訴された黒人女性は、不均衡に多くの黒人女性が同様に起訴されていることを示すことによつて、右の「目的」の一応の推定を得ることができる。例えば妊娠中の薬物使用者の二六％が黒人であるに過ぎないのに、そのうち起訴される者の九〇％以上が黒人女性である、

といった統計（フロリダ州——一九九〇年の研究から）を用いてである。しかしこれに対して檢察官は右の推定を覆すためにその人種的な偏りを何らかの理由で正当化することになる。⁽²⁾

しかし、もう一つの反差別原則によれば、黒人被告人が右の「目的」を立証する必要はない。「反差別」の意味で理解される平等保護条項の関心は、「社会的な不利益者の実質的な条件に対して及ぼすところの政府の政策の具体的な結果」である。その目的は、「全ての社会構成員が人間として平等な尊敬を受ける社会の実現」であり、その機能は、「黒人の従属的な地位を効果的に持続させようとする国家の作為あるいは不作為を排除することによって人種的なヒエラルキーを解体すること」である。ロバーツの考えでは、貧困な黒人女性を標的とする制裁アプローチは、「白人社会により有形無形に享受されてきた諸利益から黒人女性を二〇〇年にわたって組織的に排除してきたことの一つの帰結」であり、個々の訴追行為の差別的な「目的」——意識的にせよ無意識的にせよ——によって決して十分に説明されうるものではなかった。つまり右の訴追行為の違法性は、反差別原則の観点から、人種的不正義を維持する制度的なメカニズムの一端を担うものとして、すなわち「黒人女性を刑罰の対象として選び出すことにより、黒人女性は母親たるに値しないという神話を強固にする」ものとして理解されるとき、十分に説明されるのである。このことは「反「区別」の観点から制裁アプローチを見ること」が「現実からかけ離れていること」、それどころか却って「黒人女性の従属性を正統化する」ことを意味している。したがって、平等保護条項は「貧困な黒人の母親の声を聞くべき」であり、そうして制裁アプローチの違法性を明らかにして、「彼女らの従属の経歴を終わらせようとすべき」なのである。⁽³⁾

以上のように論じたあと、ロバーツは制裁アプローチに反対する「人種に意識的な」自らの方法論の特徴を、女性の生殖の権利への国家的な介入に反対する他の三つの批判的見解との比較において整理しているので、最後にそ

れをみておきたい。まず彼女の論理は、(a) 女性の意思に反して母体に譲歩を迫り、胎児を国家が医療的に管理することに反対する、という形態をとっていない。女性の身体的自律性と完全性を論拠とするこの議論は、女性の健康や宗教的良心を犠牲にして高度な医療技術により胎児が管理される状況を前にして、母体は胎児の単なる容器ではない、と論じるところに意義が認められる。制裁アプローチが「母親の人間性を否定して胎児を保護しようとする」ものである限りで、この議論はここでも有効である。しかし、ロバーツが指摘するのは貧困な黒人女性の多くが満足な出生前ケアを受けていないことである。彼女の方法論の特徴は、貧困な黒人女性は単なる母体であることさえも制裁アプローチによって否定される、という視点から出発していることである。第二に彼女の論理は、(b) 妊娠中の医療あるいはライフスタイルに関する女性の選択の自由に訴える形態のものではない。妊娠中であるか否かにかかわらず、クラックの吸引は問題視されるのであり、それゆえ彼女の議論は決して妊娠中の薬物使用を是認すべきであると主張しているのではない。ロバーツは、子どもを持つとうという薬物依存者の決心が必ずしも自動的に彼女が胎児を大切にすることを約束しないことを承認して、国家の判断が本人のそれに代替すべき場合がありうることを否定しないのである。しかし、ロバーツが強調するのは、国家が誰が母親たる資格を有するかを決定することは許されていない、という点である。第三にロバーツの論理は、(c) 中絶の権利を主張してはいない。彼女によれば、白人中流階級の女性にとって中絶を困難にする法律は自らの選択の幅を狭めるものであって反対すべきものである。しかし、貧困な有色人種の女性にとって、生殖に関する自由は安全な中絶への道が閉ざされることによつてだけでなく、妊娠を継続するための適切な条件の整備の欠如によつて大きく制約を受けている。それゆえロバーツは生殖の権利の議論の中心テーマを中絶の権利要求へと狭めることには同意しえないのである。

右のロバーツの議論は、胎児の利益に関わる解決の困難な領域に属する問題を取り扱いながら、母親のプライバ

シーの権利を前面に押し出して、胎児の保護を目的とする刑事規制を否定するという注目すべき議論である。そしてそれを可能にしているのが人種的正義の観点であり、ここでは非常に効果的に反差別原則が用いられていると言える。しかしこのように言うことは、もちろん、ロバーツの方法が反差別原則を刑法学に適用する典型ということではないのであり、私たちがマツダとロバーツの議論から学びたいのは次のことである。まず、被差別の歴史的経験に根ざす行為や差別的環境から脱却するための行為を評価する場合には、被告人は、私たちが耳を傾けるに値する特別な声で語り、法的に尊重すべき価値を主張しているということであり、次に、その声は法的には反差別原則に導かれた憲法一四条一項に根拠を有するものであり、右の行為の無条件の違法性を肯定する判断に対してその不当性を明らかにする、つまり犯罪論的には同行為の違法阻却・減輕の効果をもたらすものとして機能せざるをえないということである。

- (1) Roberts, Punishing Drug Addicts, p.1479.
- (2) *Id.* at 1463.
- (3) *Id.* at 1470-1. なお、キャサリン・マッキノン「フェミニズムと表現の自由」(奥田暁子他訳、一九九三年)一五七—八頁、一六五頁参照。
- (4) 門田成人「アメリカ合衆国における刑事規制の憲法上の限界について」(一)「島根三八卷三三九五頁以下、同「妊娠中の違法薬物の濫用に対する刑事規制に関する文献紹介」島根四一巻三三九頁以下、同「妊娠中の女性による違法薬物の濫用の刑事規制と刑罰法規厳格解釈の原則」島根四一巻四号一—三頁以下(以下、門田「厳格解釈」)。
- (5) Roberts, Punishing Drug Addicts, pp.1428-30. 門田「厳格解釈」一一三四頁。なお一九九〇年頃のアメリカの薬物規制の実態については、ジェローム・H・スコールニク(村上眞維訳)「警察官の意識と行動」再訪(一)(二)。

完」警察研究六一巻九号一五頁以下、同一〇号二三頁以下参照。

- (6) Iris Marion Young, Punishment, Treatment, Empowerment: Three Approaches to Policy for Pregnant Addicts, in *do.*, *Intersecting Voices*, Princeton University Press, 1997, pp.75-6.
- (7) Roberts, Punishing Drug Addicts, pp.1430-2.
- (8) *Id.* at 1448-9.
- (9) Young, *supra* n.6 in this sec. at 86-7.
- (10) *Id.* at 91.
- (11) 門田「厳格解釈」一一六頁以下。
- (12) Roberts, Punishing Drug Addicts, p.1420. 但しフロリダ州最高裁が有罪判決を覆しており (Johnson v. State, 602 So.2d 1288 (Fla. 1992))、門田「厳格解釈」一一三—四頁がそれを紹介している。
- (13) Roberts, Punishing Drug Addicts, p.1422.
- (14) *Id.* at 1423.
- (15) *Id.* at 1425.
- (16) *Id.* at 1432-5. ちなみにエストリッチはクラック・コカインとパウダード・コカインを比較して、前者がより厳しい刑事規制の対象となっていることを人種差別とは関係なく説明可能であるとして、クラックの販売人と使用者はより重大な犯罪歴を有しており、また武器を携帯している」などが多くと述べている (Estrich, *Getting Away*, at 47)。
- (17) *Id.* at 1436-44.
- (18) *Id.* at 1445.
- (19) *Id.* at 1446-50.
- (20) *Id.* at 1481. ロバーツは本文引用に続けて次のように述べている。「私たちはそのような政策が胎児の尊厳を引き合いに出すときの真の関心を疑わねばならない。ちょうど奴隷主が妊娠した母親をむち打つ一方でその出生前の奴隷たるべ

子どもを保護していた、その動機を疑うのと同様に。奴隷主は商業的な利益を考えて母親と胎児を区別して考えていたが、その二人の運命は絡み合っていて解けないのである。クラック・ベイビーの悲劇はクラック中毒の母親の悲劇からはじまる。二つの悲劇は無数の尊厳の否定を耐えているコミュニティのより大きな悲劇の一部であり、そのコミュニティの女性が子どもを持つと決心したことに平等な敬意が払われないことは、その無数の尊厳の否定の重要な一面である。(Id.)

- (21) Id. at 1451-3. なお東京高判昭五二・六・一四(判時八五三・三)は、公訴権の濫用にあたる起訴処分における主観的要素について、「背景となる客観的事実の集積から、これを推認する以外にはなく、かかる客観的的事実の照らし、公訴提起の偏頗性が合理的裁量基準を超え、しかもその程度が、憲法上の平等の原則に抵触する程度に達していると判断される場合には、事実上の推定に基づき、検察官の故意又は重大なる過失の存在が証明されたといつて妨げない」と述べている(川本事件控訴審判決)。

- (22) Id. at 1453-6.
 (23) Id. at 1457-9.
 (24) Id. at 1459-60.
 (25) Id. at 1460-2.

四 終わりに

スーザン・エストリッチの『リアル・レイプ』は強姦罪について考えるための必読の文献であり、シンプル・レイプあるいは知り合いによる強姦が違法な実質を有していることはもはや疑うべきこととは考えられていないであろう。しかし、その同じエストリッチが『殺人罪を免れる方法』で述べている人種に関する議論には違和感を抱か

ざるを得なかつたのであり、彼女の強姦論への寄与を正しく認識するためにも、それがどのような理由によるものであるかを知る必要があると考えたのである。その結論を確認すると、エストリッチには反差別の観点が希薄であるということであるが、そのために彼女の強姦論は女性の視点を十分に組み込むものとなりえていないのであつた。また、文化的抗弁や殴打された女性の抗弁に言及する右の彼女の著書は、マイノリティ集団の構成員や殴打された女性が被告人となる事案では反差別原則の観点を組み込んでその行為を評価することが重要となりうると考える本稿の立場と対照的な見解を説くものであり、それゆえそれを彼女の強姦論の延長線上に位置づけて、その問題点を指摘しておかなければならないと考えたのである。

アメリカではO・J・シンプソンのケースに対する三つの評価があるとされていて、一つは、捜査官の人種差別主義と陪審の人種構成が無罪判決を導いたとするものであり、もう一つは、検察官の有罪の立証が合理的な疑いを残すものであつたと考える方法であり、そして三つ目は、「白人たちは幾世紀の間黒人を殺害して罪を免れてきたのであるから、いま一人の黒人男性が殺人罪を免れただけで、なぜかくも多くの人が腹立たしく思うのだろうか」⁽¹⁾、という感じ方である。エストリッチは、批判的人種理論は右の第三の見方をとるものであるとしてこれを攻撃するのであるが、マツダやロバーツの議論をみると、私たちがエストリッチに同調する必要があることが理解できさるであろう。私たちにとつてむしろ意義深いのは、アメリカにおける刑法の議論が人種の観点を不可避的に要求していることをここから知りうることである。「刑事司法の過程は、それ自体においてまたそれ自体から、それが解決するよりも多くの問題を作り出し続けている人間疎外の社会的に不安定な権力の機能である」と述べられてい⁽²⁾る。アメリカではこれが同時に人種的不正義であり、ロバーツの意欲的な研究はこのような刑法の問題状況を前にして、憲法の平等保護条項が意味する（と捉え返された）反差別の観点を持ち込んで、刑法学から人種的正義を追

求するものであったのである。しかし私たちは、ロバーツが妊娠中のクラックの吸引を訴追する行為の差別性を指摘するのを読むとき、「公害のいわば加害者側と被害者側」という「今日の社会における宿命的矛盾」を「立体的、巨視的な観点に立つて」注視して、前者に属するチツソの従業員に対する、後者に属する被告人の暴行行為を、「水俣病に苦しむ多くの患者とりわけ物言わぬあるいは物言えぬ患者の抗議である」とみなし、その訴追行為を公訴権の濫用であるとした川本事件控訴審判決（東京高判昭五二・六・一四判時八五三・三三）を思い起こすのである。同判決に対しては、「何らかの実体法的判断の上で行為の当罰性を否定しておきながら、その内容を明示しないまま、検察官の訴追裁量批判と言う形で手続的解決に逃避している感は拭い難く残る」という指摘がある。本稿が意図したのは、マツダやロバーツの方法に倣い、右の川本事件控訴審判決におけるように、現在のところ明言されえていない論理を、反差別の違法阻却論として組立てることの意義を承認しようということである。

- (1) Estrich, *Getting Away*, at 4.
- (2) Jerome G. Miller, *Search and Destroy: African-American Males in the Criminal Justice System*, Cambridge University Press, 1986, xii.
- (3) 宗岡嗣郎・梅崎進哉・吉弘光男「違法判断の実践性と法的価値発見——川本事件における実質的違法性——」法の理論一四号三一—二頁。同判決は、検察官の当該起訴処分は憲法一四条一項の平等保護条項に反する「違法で違憲な差別起訴として公訴権の濫用となる」としているが、この差別性と本稿が問題としている差別性との異同に関する混乱を避けるため本文ではこの点には触れていない。

(一九九九年六月三〇日)