

本論文は、1990年代初頭からアメリカの社会学分野で「文化戦争」culture wars と呼ばれるようになった政治社会現象が、憲法状況にどのような影響を及ぼしているかを考察することと、この問題を憲法理論において扱う可能性を模索することを、課題としている。

最初に、本書の大まかな構成について述べる。本書は、総論部（方法論）と各論部（具体的問題の考察）に大別される。

総論部では、問題の提示と、アプローチ法の模索——この論題を「憲法問題」として構成する試み——が行われる。「文化戦争」とは、価値観をめぐる争いが政治争点化し、これへの関心が、それまでの経済的争点に代わって、アメリカの政治選択において主要な分岐点となっている状況である。ここで争われている「価値」に関して、現代アメリカでは、人種とジェンダー・セクシュアリティと宗教が主たる論題となっているが、これは経験的なものであって、「文化戦争」が生じる論争領域をあらかじめ理論的に定めることはできない。筆者は「文化戦争」を、潜在的にはあらゆる論題に付随して起きる可能性をもった現象であって、論題は可能性としてはきわめて広い領域にまたがりうるととらえている。このような問題関心を扱うためには、個々具体的な諸問題に共通する「方法論」を模索することが不可欠の作業となる。そのため、本書は、序章から第4章までが、方法論の模索に当てられている。

次に各論部において、より具体的な問題の考察が提示されるが、ここでは、「文化戦争」とされる諸問題を網羅するという姿勢ではなく、いくつかの問題領域を選択して論じるという姿勢がとられる。ここで筆者が選択している代表的な問題領域は、「性の領域」と「刑事司法の領域」、そしてこれらが「表現の自由」の領域でも問題化してくる「ヘイト・スピーチ規制とポルノグラフィ規制の問題」の領域である。

以下、総論部の概要を章ごとに述べる。

序章においては、本書の着眼点と問題設定を以下のように提示した。今日、アメリカの政治領域において、「文化戦争」と呼ばれる価値観の対立状況が見られる。これらの「価値」をめぐる諸問題は、私的領域において個人の自由にゆだねられるべき問題と考えられるは

ずだが、しかし今日のアメリカ政治過程で顕著に観察されるのは、これらの問題が公的領域で（たとえば大統領選挙戦における公約事項として）政治争点化している、という状況である。こうした政治・文化状況には、看過できない憲法問題性が含まれている、というのが本論文の基本的な問題提起である。その憲法問題性とは、「ここで主張される政策がその実現に下位集団の従属化を伴う」こと、それにもかかわらず、問題が「文化戦争」（価値観の争い）として語られることによって、一方では従属的地位に置かれることになる少数者側の問題が不可視化・些事化・滑稽化されていく危険が生じ、一方では「社会的衝突を悪化させる危険がある」という理由でこの問題の解決が司法の手を離れ、立憲的な歯止めなしのポピュリズムにゆだねられてしまう、という危険が生じていること、である。

そして、このような「人権保障および民主過程の空洞化」の危険に対して、憲法理論は何を言えるのかを探ることが、本論文全体に通じる課題となる。以下、この課題設定に沿って、各章の考察が続く。

第1章では、方法論に関する整理と概観を行った。まず議論の端緒として、1986年から2003年までの間に連邦最高裁判所が扱った一連の「同性愛者訴訟」を「文化戦争」問題の典型的ケースとして選択し、続いて、これらの諸判決に言及している憲法学領域の論者のうち、「文化戦争」問題への取り組みを積極的に示していると考えられる論者を、本論文の主要な参照論者として選択した。ここで選択した憲法論者は、「文化戦争」問題を「民主主義」理解の視角から扱うバルキン (Balkin, J.M.)、この問題を「排除の政治」の分析と平等なシティズンシップを志向する憲法論の観点から扱うカースト (Karst, K.L.)、この問題を社会文化の中に織り込まれた「構造的不正義」に対する「公権力の責任」の問題として構成するリチャーズ (Richards, D.A.J.)、の三者である。

この三者の議論を参照した上で、「文化戦争」の憲法問題性を、次のような要素ないし特徴へと整理した。(1) 問題の現実性（「害」の存在）と「害」の性質、(2) 「価値観の対立」が「アイデンティティの衝突」へ、さらに「特定アイデンティティに対する排除または従属化要求」へと転じること、(3) 利害関係の存在と、その特殊性（利害が不可視化されやすいことや、この利害をめぐる闘争がゼロサム的性格を本質とすること）、(4) 闘争の結果としてスティグマ問題が発生すること、(5) 「憎悪」と「偏見」の位置づけ（ここでは偏見が本質的問題であって、敵意や憎悪は問題性の有無を画する決定的な要素ではないとの見解がとられている）、(6) 法と「道徳の言説」の関係の問題、といった要素である。総じて、ここでの「憲法問題性」は、価値観・世界観の対立に法（司法）が介入して何らかの決着をつけるべきであるという関心のもとではなく、そこに「価値観・世界観の問題」にはとどまらない現実的利害が存在する、との関心のもとに構成される。

第2章では、第1章で示された整理のうちの(2)の問題を考察する。「価値観の対立」が「アイデンティティの衝突」へ、さらに「特定アイデンティティに対する排除または従属化要求」へと転じるとき、ここでどのような憲法論を組むことが可能か、という問題である。筆者はこの章で、「アイデンティティ」という用語には憲法的観点から見て看過しえない両義性があることに着眼した。それは、「アイデンティティ」というものは、保護や獲得の対象として語られる側面と、そこからの解放が課題となるという意味で乗り越えるべきものとして語られる側面との二面を持っている、という問題である。憲法理論は、一般的には、自己決定権の問題領域では「アイデンティティ」を「自己定義の自由」という関心において前者の肯定的視点でとらえ、「平等」の問題領域では後者の視点でとらえる傾向にある。

この整理をふまえてアメリカの論者の議論を参照すると、たとえばルーベンフェルド(Rubinfeld, Jed)は、自己決定権の理論においても後者の問題を重く見るがゆえに「アイデンティティ」によって理論構成を行うことを明確に斥ける。また、トーマス(Thomas, Kendall)は、社会的・外的事実として特定のアイデンティティが権利保障拒否や暴力の対象となっている、という問題のみを憲法問題としてのアイデンティティ問題とすべきである、と論じる。一方、カーストは、「平等な市民的地位」の議論において、市民の帰属感覚を選択的に公定したり拒絶したりすることで特定市民の「自尊的アイデンティティ感覚」を損なうような政府言論を、違憲と見る。この理論においては、社会から押し付けられた「負のアイデンティティ」からの自由の問題と同時に、「アイデンティティ」の保護すべき「善」としての一面が、平等論の中に位置づけられていることになる。次に、リチャーズの議論は、「アイデンティティ」のこの二面性をさらに明確に意識した構成になっている。ここでは、偏見の対象となるような「負のアイデンティティ」を固定する社会構造が「構造的不正義」として構成された上で主として平等保護の問題とされ、一方、こうした文化的不正義からの自由を志向する人間の精神活動が、「道徳的自律」と「アイデンティティの再創造」の問題として構成された上で、憲法理論上は各人の「良心の自由」の保障の問題とされる。筆者は、「アイデンティティ」の両義性問題に関するかぎり、このリチャーズの議論が現在のところもっとも精錬された議論ではないか、と考えている。

なお、これらの論者には共通して、社会学領域における「社会構築主義」の影響が見られる。すなわち、「アイデンティティ」というものは生物学的自然によって「ある」ものではなく、社会的言説の蓄積によって形成される「社会的意味づけ」の結果の産物である、との理解(社会構築主義的観点)が、これらの論者の憲法論の中に取り込まれている。ジェンダー・アイデンティティ(男性・女性、異性愛者・同性愛者)のみならず、「人種」と

いうアイデンティティもまたこうした理解においてとらえなおすべきであるとするバルキンやリチャーズの議論は、憲法理論の重要な部分に一定の見直しを迫る結果ともなりうる。

コーネル(Cornell, D.) の議論をまじえるなら、これらの議論は、いかにして権力による「アイデンティティの裁定」に陥ることなく脱偏向的な「理論」たりうるかが問われている。この課題は、本論文の第4章に引き継がれる。

第3章では、「文化戦争」に対する憲法問題設定のもうひとつの可能性として、民主主義論からの理論構成の可能性を考察する。

政治過程すなわち民主過程において、「アメリカの価値」をめぐる諸問題が政治争点化している状況は序章において見たとおりだが、バルキンによれば、こうした場面で衝突が起きること自体は、民主主義につねに伴う現象である。この衝突を、社会文化的「ステイタス」の固定化によって解決する道は、合衆国憲法制定時に、身分制の廃止や国教樹立禁止樹立禁止によって拒否された解決方法であるから、「文化戦争」と呼ばれる現象が「偏見」や「道徳の言説」を媒介としてこの「ステイタス」を樹立しようとする動きである場合、憲法（司法）は、この動きに加担することがあってはならず、むしろこの動きによって生じているステイタス固定状態（「偏見」による優位と従属の関係）を解体することを任務としなければならない。このバルキンの議論では、民主主義とは政治決定の手續に関する制度のことではなく、平等など一定の実体的内実を志向する社会様式のことを指すと理解されており、ここでの議論も、いわゆる「手続的民主過程補完論」の立場ではなく、「実体的な民主主義補完論」とも言うべき立場から論じられている。このバルキンの議論と、インフォーマルな社会過程を実体論の内部に取り込んだ上で「民主過程論ではなく実体論が必要」とするカーストの議論は、その内容において非常に接近したものとなっている。すなわち、「インフォーマルな社会過程」の重要性を認識する議論が、「民主主義」を起点とする議論と「権利」を起点とする実体論との両方にまたがって存在しており、こうした「インフォーマルな社会過程」をどこに位置づけるかが重要な理論的課題のひとつとなっていることに、筆者は着眼している。しかし、理論の起点を「民主過程ないし社会過程」に置くか諸個人の「普遍的権利」に置くかの問題自体は、この「重なり」に解消されるべき問題ではなく、それとして別途論じられるべき根本的な憲法思想の問題であるから、この章で扱った議論によってこの問題に結論を与えることはしていない。

第4章では、この問題領域における「マイノリティ」の構成について考察する。まず、「文化戦争」と呼ばれる領域で権利主張の主体として現れてくるのは、一定の不利な状況に置かれたアイデンティティを共有する集団すなわち「マイノリティ」なのか、それとも普遍的な「権利」を平等に享受すべき「個人」なのか、という問いから出発する。そして、

この領域で権利主張主体（法的救済の対象）としての「マイノリティ」がどのように構成されてきたかを、第2章・第3章の議論をふまえながら、主としてリチャーズとバルキン  
の議論に依拠して考察する。そして、これらの論者が、近時の有力説である「政治的無力  
性」および「変更不能性」による「マイノリティ」理解を斥け、それぞれに独自の観点か  
ら憲法訴訟における「厳格審査」を要求する議論を行っていることを見る。

この章は、これまでの章で考察した内容を憲法解釈論に生かす道を模索することを課題  
としている。その一環として、「文化戦争」の領域においては憲法理論上の平等保護・国教  
樹立禁止・プライバシーの問題が同時に重なって現れてくることを検討する。また、厳格  
審査を要求すべき「マイノリティ」構成の有力な論拠として、近年有力になってきている  
「法の表現理論」型の発想が見られることも、このことと関連して検討する。

次に、本論文の各論部の概要を、章ごとに述べる。

各論においては「性の領域」、「刑事司法の領域」、「表現規制問題の領域」を「文化戦争」  
の典型領域として選択し、それぞれの領域ごとに考察を行った。

第5章「文化戦争と性の領域」では、総論の冒頭でも考察の端緒として触れた一連の同  
性愛者訴訟について、判例・学説に関するより詳細な検討を行う。ここでは、問題系を《性  
の自律モデル(プライバシーないし自己決定論)》、《アイデンティティモデル(平等保護論)》、  
《文化戦争モデル》の3系列に整理した上で、一連の最高裁判決が各事例をどの問題系に  
おいて扱おうとしたのかを考察する。また、学説についても、各事例をどのような観点か  
ら扱うべきだったかについてさまざまな議論が提示されてきたことを考察しつつ、これら  
一連の同性愛者訴訟が「プライバシー権理論」の批判的精練を促し、また「プライバシー  
権」と「平等保護」との理論的關係に関する考察を進展させる役割を果たしたことを見る。  
そして、章の最後では、ある特定アイデンティティにだけ私生活のプライバシーが保障さ  
れない状況を作り出す刑法（いわゆるソドミー法）は平等保護を定めた合衆国憲法に反す  
る、という、本来当然に出されて良いはずの判決が、なぜ、これほどの長い期間にわたっ  
て出されずにきたのか、そこには司法への「文化戦争」の反立憲主義的な方向での影響が  
あったのではないか、との疑問とともに、この状況を打開した 2003 年判決の意義を確認  
する。

第6章は、同じ具体事例を、「文化戦争と刑事司法」という観点から考察した章である。  
第5章で問題となった諸事例は、刑法による強制がかかわっていた、という共通項を持っ  
ていたからである。本章では、刑法の特殊性に照らした問題領域設定が必要であること  
の議論から始め、アメリカで「刑法の実体的限界の問題を憲法論として論じる」という試み

が活発に行われた 1960 年代から 70 年代の議論を参照する。ここで取り上げるのは、刑事司法の憲法的限界を論じたパッカー（Packer, H.L.）の実体的デュー・プロセス論、プライバシー権論を中核に据えながら刑事制裁の実体的限界を論じたリチャーズ、刑事司法の適正性を要求する第 4 修正型プライバシーの発想を自己決定型プライバシー論の一内容として堅持するトライブ（Tribe, L.）の議論である。そして、刑法が、党派的道德価値観強制（今日の用語で言う「文化戦争」）の効果的な道具として使用されやすい傾向を持っていること、このことをより明確に警戒する憲法理論が必要とされること、上の論者の議論の中にはそうした問題認識がすでに現れていたことを考察する。

こうした考察を踏まえて、この章の後半ではより今日的な問題の考察を試みる。ここでは、今日のアメリカで試みられている「ヘイト・クライム」立法の問題を視野に入れる。

「偏見」を動機とした犯罪行為を刑法によってとくに抑制しようとする動きは、「文化戦争」を解決・抑制する手段として採用された立法政策と言ってよいことになる。が、この章で筆者は、トーマス、カースト、リチャーズの議論を参照しつつ、これらの政策は「それ以前に解決しておかなければならないこと」を敢えて看過した上での政策であり、本質的解決に結びつかない、との見解を採る。なぜなら、ここで参照される論者が共通して指摘するところによれば、「アイデンティティに対する暴力」として理解できる「ヘイト・クライム」は、ソドミー法のような公権力による「憎悪の許可」によって助長される社会現象であり、個々の現象にかかわった諸個人を処罰する前に、そのような効果を生んでしまう法の存在や政府言論のほうを問題としなければならないからである。筆者は、ここで「法表現の権力性」という観点があらためて議論の要となっていることに着眼する。刑法理論においては、刑法が（警察による執行をまたずとも）法文として存在すること自体において犯罪抑止効果を発揮している、とされる。この抑止効果の理論は、「法表現の権力性」を言い表したものにほかならない。したがって、この理論を刑法の存在根拠の一つとして認めるならば、諸刃の剣の一面として、刑法が「文化戦争」の道具として使用される危険（その害悪性）を法理論の視野に入れ、この危険な方向にたいして立憲的な限界設定を行う理論作業が必要となることが了解されるはずである。

第 7 章は、ヘイト・スピーチ規制とポルノグラフィ規制の議論に含まれる「文化戦争」問題について考察した章である。政治的弱者の側の「表現の自由」の傷つきやすさに照らして弱者侮蔑的な言論を規制すべきだとする議論、これらの言論は「思想の自由市場」にとってむしろ阻害要因であるとする議論など、一定の言論の「害」に着目してその規制を求める議論の中には、「偏見」による優位・劣位関係の固定をどう打開するかという、「文化戦争」問題と共通の問題認識があることが観察される。そして、R.ドゥオーキン、A.ア

ドラーといった規制反対論者の議論には、「これらの規制を求める論者は『文化戦争』の一当事者として発言しているのであって、その主張は法理論たりえない」との見解が含まれている、と筆者は見る。では、これらの論争の根底に「文化戦争」が存在するとして、その問題を組み込んだ議論を憲法論として組み立てることは可能か、という関心から、筆者は主としてアドラーとリチャーズの議論を参照しつつ、考察を継続する。そして、リチャーズが「これらの言論規制の議論は、文化システムの不正性の問題を明確にした点で価値をもつ」としつつ、この関心を十分に共有してもなお言論規制に反対する議論を堅持する点に着眼し、ここにこの議論の今日的な意義を見出すべきであると考え。ここでは、憲法原理にてらした規制の正統性と、規制の有効性（マイノリティ自身にとって状況改善に役立つ方法か）という問題を順次考察する。結論として筆者は、この種の言論規制がアメリカで広く採用された場合、「文化戦争」問題は未解決のまま、あるいはより悪化した形で残ることになる可能性のほうが高い、(そしてこうした法政策はそこから生じる害悪性を凌駕するだけの益を認められない以上、表現の自由の保障の優越的価値性に照らして憲法上正当化しえない)、とする諸見解に賛同する。

終章では、ここまで行われてきた考察のまとめとして、全体に通じる問題関心をあらためて述べる。まず、「文化戦争」によって憲法的救済の対象となる「害」が発生しているとき、これは政治過程ないし社会過程への「害」として構成されるのか、それとも諸個人の普遍的な諸権利への「害」として構成されるのか、という問題がある。本論文は、可能なアプローチを模索し提示することを主要な課題とし、その中のどの線をとることがもっとも説得的か・整合的か、といった問題への結論を出すことを、論文内における達成課題とはしてない。したがって本論文は、この問題につき、議論の根底部に残された問題としてこれを自覚することをもって、論述を終える。

また、この終章では、「文化戦争」という現象の根底に近代人の「自己感の不安」が存在することを、あらためて確認する。「文化戦争」を憲法理論においてどのように見るか、という問題は、その内奥において、この「不安」の解消という課題を公権力がなんらかの形で引き受けるのか、それともこれは近代以降の人間が支払うべき「近代の代償」ないし「自由の代償」であって、各人の内面において引き受けるべき問題なのか（リベラリズムの堅持）、という問いをつねに伴うことになる。本論文は、課題の根底部分にこうした「近代」をめぐる問いが存在することの指摘をもって、考察を終える。

以上