

Title	言葉/意味/権力：トランプの場合、天皇の場合
Sub Title	Word/meaning /power : in the case of president Trump and the emperor
Author	駒村, 圭吾(Komamura, Keigo)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	2018
Jtitle	法學研究：法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.91, No.1 (2018. 1) ,p.21- 48
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	大沢秀介教授退職記念号
Genre	Journal Article
URL	<a href="https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-20180128-0021">https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-20180128-0021</a>

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the KeiO Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

# 言葉／意味／権力

——トランプの場合、天皇の場合——

駒  
村  
圭  
吾

- I. 言葉／意味／権力の磁場
- II. ドナルド・トランプ
- III. 天皇
- IV. ふたたびバトラーの所説をめぐって

## I. 言葉／意味／権力の磁場

### 1. 意味の秩序と権力

文化人類学者であるクリフォード・ギアーツはかつて次のように説いた。<sup>(1)</sup>

私が採用する文化の概念……は本質的に記号論的なものである。マックス・ウエーバーと同様に、人間は自分自身ははりめぐらした意味の網の中にかかっている動物であると私は考え、文化をこの網として捉える……。

自由な社会にも秩序が必要である。自由な社会の秩序とは、自由を支え、かつ、制限するためのものであり、すぐに思いつくのは、①身分の秩序、②権利義務の秩序、のふたつである。①は、国籍をはじめとする法的身分の設定・承認によって自由の可能性を束ね、それを権利利益の請求資格等に接合する器として機能する実定法秩序であり、また、②は、放任できない加害行為に対処するために、事態を権利と義務の連関に翻訳して実施される実定法的規制体系を指すものであることは明らかであろう。しかし、われわれの自由を規律しているものは①②だけではない。ある意味で、①②以上に日常のかつ強固に影響力を持ち、実定法によらずとも各人に内面化され規範化された秩序がある。それは、③意味の秩序であり、ギアーツが上に指摘した「意味の網 (webs of significance)」<sup>(2)</sup>がまさにそれに当たる。かかる視点から、ギアーツは意味の秩序を、実証科学ではなく、法学にも馴染み深い解釈科学の対象とおいたのである。

しかし、意味の秩序は法制度が所管する領域ではない。少なくとも従来の憲法学はそうのように考えてきた。上記引用において、ギアーツは「意味の網」を「文化」とおいたが、文化こそは国家ないし法制度から距離をおく自律領域と想定されてきた。

が、同時に、国家ないし法制度が文化にただならぬ関心を抱いてきたこともまた事実である。その核心的な理由は、文化が意味秩序である以上、<sup>(3)</sup>文化を掌握すれば意味秩序を操作することが可能になり、国民をその内面において支配することができるようになるからである。文化≠意味秩序は法制度から距離をおくべきであるという前提があるからこそ、それとない方法を用いて文化を管理・支配することが、制度的諸条件を気にせずに、効率的かつ有効な統治の技法となり得ることを国家はよく知っているのである。なるほど、国家が「文化国家 (Kulturstaat)」を標榜するのは、文化が名声や富、果てには自己顕示にも直結するからであるが、それ以上に、

統治の技法としての文化支配がとて魅力的であるからである。しかし、他方で同時に、国家は、文化≠意味秩序が人々の想念や行動に対して有する訴求性や浸潤性を羨みかつ恐れる。国家は、革命による政府転覆と同様に、急進化や退廃による既存の意味秩序の崩壊・空洞化を常に恐れてきたのである。国家ないし法が意味秩序に対して抱くこのような「愛憎」は、必然的に、「権力」と「意味」の関係性を主題化させずにはおかない。

## 2. 「行為体」としての言葉——ジュディス・バトラの所説——

「意味」の意味には諸説がある。意味は、それが指示する対象存在であるかもしれないし、それが喚起する心象（イメージ）であるかもしれないし、さらには、人間の頭の中で構築される概念なのかもしれない。あるいは、意味は言葉と行動を媒介する何らかの項で代置されるものではなく、ただ単にその「使用」が言語ゲームの成立をもつて確認できるだけのものかもしれない。言語哲学の到達地平を論ずることはここでは置いておこう。いずれにしても、とりあえず意味は「言葉」によつてもたらされるものであると理解しておいて間違いはなからう。<sup>(5)</sup> だとすれば、意味の秩序は言葉によつて構築され、また更新されるといふことになる。

意味が秩序を成すということを本稿は前提にしている。意味が言葉によつて構築されるとするならば、意味が秩序を成す以上、言葉には秩序を構築する力があることになる。<sup>(6)</sup> そして、時に言葉は、「たかが言葉（Only Words）」では済まされない暴力性すら持ち得ると夙に指摘されてきた。<sup>(7)</sup> 哲学者のジュディス・バトラは、オースティンの言語行為論に依拠しつつ、言葉を「行為体（agency）」つまり一定の現実的効果をもたらす力ないし作用そのもの、と見た。<sup>(7)</sup> 言葉そのものが行為体である以上、発話内行為であろうが発話媒介行為であろうが、一定の力を持つのであつて、発話の帰結や波及効果ではなく、平手打ち同様、発話それ自体が加害力を持つことになるのである（“Words that Wound”）。<sup>(8)</sup>

では、行為体としての言葉がもたらす力を何に帰責・還元すればよいのか。それは発話の主体に帰責されると見るのが常識的な回答であり、またそれは法的思考も共有するところであろう。帰責についてのかかる常識的な対応にならうと、例えば、問題となる言葉が憎悪表現の場合、多くの規制立法がそうであるように、発話の主体にその種の言葉の使用を禁止・封印・制限する解決策がもたられることになる。しかし、この点、バトラーは、かかるアプローチは、発話の主体を「発話の起源」と見るものであって、それは言葉の行為体としての性格を見誤るものであるとする<sup>(9)</sup>。

言葉が行為体である以上、憎悪表現を批判する言説、それを禁止し制裁するための法的言説もまた、憎悪表現の行為遂行性の再演となる<sup>(10)</sup>。法的な対応や措置を議論する過程において、「不適切な言葉づかいがつねに増殖している」のであるが、「皮肉なことには、発言と文脈を直接結びつけようとする明確に法的で政治的な議論のなかでは、この種の発言がその議論においてさえ引用性をもつこと、したがって当初の発言の文脈から離れて、意図しなかった新しい文脈をもつ可能性があることに、気づくことはできない」とバトラーは言う<sup>(11)</sup>。

だとすると、言葉が行為体として力や効果を持つのは、多様な状況においてその言葉の「引用」を可能にする「慣習」の存在を前提とすることになる。言葉は、時の経過の中で反復され、発話されるたびに慣習を再びよみがえらせる、ある種の儀式性を帯びたものとしてある。それ故、言葉は、発話の瞬間（ならびに発話の主体）に還元ないし限定することのできない作動領域を持つため、その行為遂行性にかかる射程で捉えられなければならない。バトラーはこれらをまとめて次のように言う<sup>(12)</sup>。

発話内行為は、発言の瞬間に行為をおこなうが、その瞬間が儀式的であるかぎり、それがおこなわれるのはけっして語られる瞬間だけではない。儀式における「瞬間」は、凝縮された歴史性である。それは過去や未来へと拡大し、発話

のまえやあとを呼びおこす効果をもち、したがって発話の瞬間を構築すると同時に、その瞬間から逃げ去りもする。

憎悪表現の発話主体は行為体としての言葉を放つが、その主体もまた過去の行為体の反復の連鎖の中で成立している慣習的引用によってその言葉を反復しているにすぎない。憎悪表現の責任は、発話の起源にではなく、発話の反復（発話の瞬間を超えた反復の凝集）に求められるべきものである。<sup>(13)</sup>

では、どうすればいいのか。バトラーは、言論規制とはむしろ正反対の方策、すなわち、行為体としての言葉の可能性を積極的に開くことを提案する。反復の凝集である言葉は、まさにその性質故に可変性を潜在させているのであって、反復を強制終了させるのではなく、むしろ言葉の反復を活性化させ（つまり、行為体の行為遂行性を開放させ）、そのことによって憎悪表現によって封じられんとする「対抗的発話」（つまり、発話を返すこと）を誘発し、言葉の中傷力から分離して別の文脈へと再定位すべきである、と彼女は主張する。<sup>(14)</sup>

### 3. 発話主体への帰責

反復の凝集である言葉は、反復によってその加害力を高めると同時に失う可能性も秘めている。そこに着目したバトラーは、憎悪表現を例にとり、その法的規制（発話の主体に言語による加害を帰責し、憎悪表現と指定された言葉の使用を禁止することを通じて行為体を封印する方法）とは別の方策、つまり、対抗的発話を返すことにより反復を活性化させ、反復の凝集を解きほぐし、言葉の意味を変化させる途を示した。この考え方が、憲法学の領域ではなじみのある、「思想の自由市場」を念頭に置いた対抗言論の思考方法と相同するものであることは明らかであろう。筆者の用語で言えば、意味の秩序の構築・解体は思想の自由市場における発話の反復に委ねようことになる。

しかし、バトラーの所説の含意は思想の自由市場の単なる尊重にとどまらない。彼女の主張は、言葉の加害力は、対抗的な言葉の投げ返し、つまり「反復」によってしか、根源的に相対化できない、というものである。換言すれば、言葉の力の問題性は、言葉それ自体に帰責しない限り、解消されないということであろう。だが、この点、加害力や影響力は、言葉を行為体と見る以上、それは今現実に発生しているものである。その解決を、挙げて、反復の歴史性に委ねるではすまないだろう。法なし法学が発話の主体に帰責する方向をとるのにはそのような理由がある。

1 で述べたように、権力は意味の秩序を操作するインセンティブを強力に持つ。権力とりわけ公権力の上層に座する者の発話が有する行為体の威力は大きい。その威力の帰責は、まずは発話の主体に向けられると考えるのが通例であろう。が、発話主体への帰責はそう容易ではない。その一因は公私二分論にある。とりわけ「権力」が発話主体である場合、公私の別が、帰責を左右するだけでなく、発話の内容つまり言葉の意味それ自体を变质させてしまう可能性がある。以下では、意味の秩序に対する「権力」の関与が問題となった近時の例をふたつ取り上げて考察することにした。

## II. ドナルド・トランプ

### 1. Travel ban か、Muslim ban か

ドナルド・トランプ合衆国大統領は、二〇一七年一月二七日、「外国人テロリストの合衆国への入国から国家を守る」と題する大統領命令第一三七六九号<sup>(15)</sup>を発出した。いわゆる渡航禁止令 (Travel Ban) と通称されるこの命令は、イラン、イラク、リビア、ソマリア、スーダン、シリア、イエメンの七か国の国民の米国への入国を、

移民・非移民を問わず、九〇日間停止すると同時に、難民受け入れプログラムを一二〇日間停止し、加えて、すべてのシリア難民の受け入れを無期限で凍結することを骨子とするものであった。なお、「迫害を受けた宗教的少数派」は受け入れ制限の例外とされ、事実上、キリスト教徒を優遇する方向が示唆されていた。

本大統領命令は、発出されて間もなく、その合法性を確信できないと発言した司法長官代行が解任されたり、国土安全保障省が執行方法を急きょ変更するなど、執行部内の合法性・政策的合理性の摺合せも不十分のまま、当初から波乱含みであった。案の定、国内外からの反発は強く、違憲・違法の本命令を差し止めるための訴訟が提起された。論点は多岐にわたるが、原告適格、司法判断適合性などの手続的問題を別にすれば、大要、入国制限のデュー・プロセス違反の有無、イスラム教徒に対する偏見・憎悪ないしキリスト教徒の優先等の宗教差別ないし政教分離原則違反の有無、平等保護違反の有無、等である。二〇一七年二月三日、ワシントン州（後にミネソタ州参加）が提訴したState of Washington v. Trump 事件に対し、連邦地方裁判所（ワシントン州西部地区）は、予備的差止の審理に入るまえに、現状を維持するための暫定的制限命令（temporary restraining order）を求める原告州の請求を認めた。これに対して大統領は地裁命令の執行停止を求める申し立て（motion for stay）を行ったが、二月九日、連邦控訴裁（第九巡回区）は申し立てを棄却する決定を下した。<sup>(18)</sup>

この事案をここで取り上げるのは、次に述べる点で本件が、言葉／意味／権力の磁場における発話と主体の関係性につき、興味深い示唆を提供してくれるからである。トランプ大統領は、本件大統領命令の立法目的として、テロリストから国家を守るという、それ自体は正当である安全保障上の必要を挙げている。他方、トランプは大統領候補および当選者であったころからツイッター、インタビュウ等で、過激な煽動的言動を放ち続けていた。その中にはイスラム教徒に対する偏見や憎悪に溢れた言説も含まれている。そうになると、最高権力者たる大統領としてトランプは、その公的発言あるいは制度化された言説において、正当かつ中立的な政策目的を掲げつつも、

他方、私人としての彼は、その自由な言論の発露として、偏見・憎悪に彩られた本音を吐露し続けることができるようになる。そして、公私の区別がトランプの status を転換するとともに、その発話に対する帰責もその status に応じて配分される。こうして、いわば「二枚舌」が可能になり、本音部分の偏見や憎悪が、制度的言説を隠れ蓑として、平然と実行されることになる。法制度の言説としては正常であっても、当該制度の含意として異常な偏見を読み取るべきことが、意味の秩序上の約束として成立してしまえば、偏見や憎悪は制度的に保証されることになりかねない。本件大統領命令が、travel ban ではなく、Muslim ban と呼ばれるゆえんである。

果たして、放言や暴論によって意味秩序を劇的に変えておいて、制度の論理だけをかかせる意味秩序から自律させることはできるのだろうか。トランプの私人あるいは非権力としての発話を、大統領トランプに帰責することはできるだろうか。

## 2. 文面上の理由と真の動機

この問題について重要な示唆を与えるのは、アメリカ憲法判例でたびたび言及される「動機審査 (motive review)」である<sup>(19)</sup>。

上述の State of Washington v. Trump 事件控訴審において、ワシントン州およびミネソタ州は、大統領が提出した緊急執行停止の申立に対する応答の中で、本稿の問題関心に関わる次のような主張を行った。①トランプ大統領は、《外国人を退去処分にするためには文面上正当な理由 (a facially legitimate reason) があればよく、その背後を探索する必要はない》と主張するが、その論拠となった連邦最高裁先例はいずれも不法入国者を念頭においており、そもそもこの国に在留する権利がない人を対象にしていた<sup>(20)</sup>、②強力な少数意見の中には、非在留外国人の場合であっても、対象が十分な特定性を持ち、その悪意を立証できれば、強制退去処分に出た表向きの動

機 (the stated motives) の「背後を見るべき」(should look behind) を示唆するものがあり、従って、執行部の真の動機 (true motives) を裁判所が審査することは妨げられない<sup>(22)</sup>、③本件大統領命令はムスリムに対する差別的な嫌悪感を動機とするものであつて平等保護に違反するから、トランプ大統領は本案で勝訴できる見込みはない<sup>(23)</sup>。

これに対して、先述した二月九日の連邦控訴審の決定は、政府が事後では回復し難い損害を立証していないこと、憲法上の争点に関して本案で勝訴し得る十分な証拠を示していないことを理由に、大統領命令の暫定的停止を維持した。その際、「論点が国教樹立禁止条項や平等保護条項に関わる場合は、係争法令の文面を超えた目的に関する証拠が検証されるべきことは確立された考え方である」と述べ、動機審査の可能性を示唆している<sup>(24)</sup>。しかし、決定は憲法違反を明言せず、緊急手続であるから、本件についてのより詳細な書面提出があるまで憲法判断を留保するとした。

この点、三月六日に、イラクを対象国から除外し、事実上のキリスト教徒優遇条項を削除した修正大統領命令<sup>(25)</sup>が発出されたが、これに対してもふたつの連邦地裁で差止めが命じられている。これらの決定も動機審査を行っているが、連邦控訴裁決定と比較するとやや立ち入った審査になっている。例えば、三月一五日に下された *State of Hawaii v. Trump* 事件連邦地裁 (ハワイ地区) 決定は、政府が大統領命令の制定経緯というコンテクストではなく、文面上の中立性のみこだわらるわけは、提出された記録が「宗教的敵意を示す重要かつ反論のしようがない証拠」になっているからだと述べて、二〇一六年三月九日の CNN インタビュー、同年七月二四日の NBC インタビュー、同年一〇月九日の討論会、二〇一七年一月二八日の Fox News におけるルディー・ジュリアーニ氏の発言<sup>(26)</sup>、等を引用し、これら大統領の直接・間接の発言は、大統領命令の文面上の中立的な目的を裏切るものである、としている<sup>(27)</sup>。

### 3. 動機審査の問題性

平等保護や精神的自由権の問題領域でしばしば適用が見られる動機審査は、厳格審査の一環として理解されてきた。動機審査は文面上の立法目的の背後に隠蔽された不当な動機 (illicit motives, impermissible motives) をあぶりだす (smoke out) ものであるが、筆者の見るところ、それには二種のアプローチがある。第一に、差別が疑われるある法令につき、それが特に強い禁止が求められる特定の差別事由に出たものである場合、厳格審査が發動されて、表向き中立な立法目的を掲げていたとしても偏見や敵意に基づくものであることがカテゴリーカルに疑われることとなり、合憲性の立証責任を政府側に転換させるなどして立法目的の正当性を厳格に問い続け、重要かつ正当な目的が発見できなければ不当な動機に基づくものとみなされる、というアプローチがある。これは法令解釈に照準したアプローチと言えよう。第二に、立法や政策の策定に関わった者たちの言説を掘り出して、その中に不当な動機の痕跡を発見するアプローチがある。<sup>(30)</sup> これは事実問題に傾斜したアプローチである。

もとより両者は一体的に併用されるものであるが、先述の連邦裁判所の諸決定は、トランプ大統領の発言を彼の言説履歴の中から掘り起こす方法を採用しており、特に三月一五日連邦地裁 (ハワイ地区) 決定は、トランプ大統領が大統領に就任する以前の、候補者としての発言あるいは大統領当選者としての発言に主に依拠している。この点、同日に下されたもうひとつの連邦地裁 (メリーランド地区) 決定は次のように言う。<sup>(31)</sup>

本件で争われている公的発言 (public statements) のすべては、修正大統領命令を策定する政府の決定権者であるトランプ大統領に著実に帰責できる (fairly attributable to)。なぜなら、それらの発言は、選挙期間中のものであるが大統領としてのものであるが、トランプ大統領本人によって、あるいは、ホワイトハウスのスタッフ、さらには、大

統領との会話に依拠して行動する近しい選挙顧問らによってなされたものであるからである。

「公的発言」というくくりはあるものの、トランプ大統領本人に帰責される言説は、彼自身のなしたもののみならず、身辺の関係者にまで及び、その範囲は広い。

かかる連邦裁判所のアプローチに対して、ユダヤ人公法学者のユージン・コントロヴィッチは強く異を唱える。<sup>(32)</sup> 彼の批判は多岐にわたるが、整理すると以下の諸点になる。まず第一に、そもそも判例は、政治家の発言を探索するとしても、立法経緯や行政過程におけるそれを念頭においてきたのであって、公職に就任する以前の発言は埒外だ<sup>(33)</sup>。また、第二に、連邦裁判所はトランプ大統領の選挙期間中の発言を証拠として挙げているが、それらの証拠能力を認容すれば、選挙期間中の討議を萎縮させ、民主政を後退させてしまう。なぜなら、選挙公約は「政策的アウトプット」を目標とするものではなく、「当選」を目指してなされるものにすぎないからである。さらに、第三に、問題とされたトランプ大統領の発言は、主に「私人 (private citizen)」の時になされたものである。憲法上の権限も責務も有さない一私人のときの言説が動機審査の対象になるのであれば、公職者の全人生 (the entire lives of political officials) にわたって審査が行われることになりかねない。大統領職を引き受ける明確なカットオフで動機審査の対象を区切るべきである。合衆国憲法第二条第一節第八項が要求する就任宣誓 (oath)こそはそのようなカットオフに当たる。

#### 4. 錯綜する公私の分岐と、発話の帰責のゆくえ

就任宣誓をもって発話主体の性質が転轍され、発話の帰責を一身に背負うようになる、とするコントロヴィッチの見解は切れ味がよく、魅力的である。しかし、就任時点をさかいに、公権力担当者が行った私的な発話も動

機審査の対象となるのだとしたら、それは発話主体の表現の自由をかなり萎縮させることになるだろう。動機審査の「恐ろしいところ」は、本人にとってさえ不確かで流動的である「本心」を裁判官が言説の断片を拾い出して認定してしまう点である。また、賠償責任等と異なり、憲法違反認定に関わる動機審査の場合、帰責の矛先は発話主体を通じて、国家行為（立法や執行）それ自体の違憲無効に及ぶ。うつろいやすい人間の本心のあり方が制度を根本から覆すための指標として果たしてふさわしいのかどうか。

とは言うものの、トランプ大統領の入国制限命令の事案は、就任宣誓前の *private citizen* によるものと割り切っているのかどうか。公権力者ではないにせよ、大統領候補に躍り出たあたりから、ツイッター等の SNS を駆使し、アメリカの意味秩序に絶大な影響力を行使し、偏見と敵意の率直な発露を身をもって実践し、ポリティカル・コレクティブに傾く意味秩序を劇的に変質させた人物である。時をおかず、大統領となり命令を定めたのだから、今回の入国制限措置の意味は、かかる意味秩序の改変に寄与した私人トランプの発話との連動で解されるのは必至であろう。しかしながら、私人の頃の発話に不当な動機に当たるものが発見されれば、公人になつてから打ち出すすべての政策に差別が疑われることになるのだろうか。トランプ大統領はもはや大統領命令を修正したとしても、動機が不純であるとしてことごとく違憲の疑いがかけられるのだろうか。この点、憲法学者のマイケル・ドーフは、刑事法でおなじみの「毒樹果実の理論 (*Fruit of the Poisonous tree*)」を用いて解決しようとしているのが興味深い<sup>(34)</sup>。

動機審査の導入によって、発話を主体に帰責するにしても、公私の適切な切り分けを工夫する必要がある。

### Ⅲ．天皇

## 1. 「象徴」における公と私

二〇一六年八月八日、天皇は「象徴としてのお勤めについて」と題するお言葉を公にし、いわゆる生前譲位を強く示唆したことは周知の通りである。本稿の関心に照らして目を引くのは次の一節である。

本日は、社会の高齢化が進む中、天皇もまた高齢となった場合、どのような在り方が望ましいか、天皇という立場上、現行の皇室制度に具体的に触れることは控えながら、私が個人として、これまでに考えて来たことを話したいと思いません。

天皇のあり方という疑いもない公的問題に対して、「私」は、一定の語りたい内容を持っているが、「天皇という立場」からは「制度」の側面に具体的に言及をすることはできないので、「私」が「個人として」考えてきたことを披瀝する……。かかる論理がここでは述べられている。要するに、天皇は天皇制という公的問題にその公的地位において自己言及することができない。天皇が制度問題という第一級の公的問題に言及するには、「個人」という「私的立場」に立つ必要があるということになる。

しかし、天皇の場合、「天皇」という地位を一旦離れて、「個人」として行動すれば、それで直ちに私的立場に立ち得るのかというと、そうではないからややこしい。

天皇の象徴性を、「代表」ではなく、「表彰」の訳語をもって理解されるべき representation と捉えようとしたのは伊藤博文であったが、この言葉 (Repräsentation) の含意について、和仁陽は次のように述べている。<sup>(35)</sup>

この概念の核心には、ペルソーン＝公人＝役柄による何らかのアイデア＝理想像の具体的現出という観念が存在し、

従って、公共／公衆／観衆 (Öffentlichkeit, Publikum) を前にして行うこと＝公共性 (Öffentlichkeit, Publizität) と、それに結びついた (やはり多義的な概念である) 可視性 (Sichtbarkeit) と密接な関係にある。

これに倣えば、象徴≠representation とは、《公共の前で理念の可視化を演じること》と言えよう。日本国憲法第一条に規定された象徴天皇制についてこれを見ると、天皇は、「日本国」と「日本国民統合」という理念の可視化を公共の面前で演じ続けることにより、「象徴」としての務めを果たすことになる。いずれにしても、「象徴」はその本質上公共的たらざるを得ない。このように象徴は公共的であることから逃れられないのであるが、とりわけ我が国の天皇はそうである。天皇制において象徴の機能を担うものは、王座でも王冠でもなく、三種の神器でもない。諱で呼ばれる「一個の人間」である。象徴天皇制こそは、一個の人間が制度そのものと化すプロジェクトであり、一個の人間の「生」それ自体が「日本国」・「日本国民統合」という理念を可視化するものとして公共の前に差し出されることによって成立するプロジェクトなのである。

そうであれば、天皇に「私的立場」などないことになろう。皇室の内奥に残された親密圏に退却することによってかろうじて「私的立場」に立ち戻ることができる、そう考えることも難しい。なぜなら婚姻をはじめとする親密圏の形成自体が皇室典範に則って行われる国家的行事だからである。

先に、天皇が制度問題という第一級の公的問題に言及するには、「天皇」という立場ではなく、「個人」という「私的立場」に立つ必要があったのではないかと述べていたが、それは誤りである。自己の生を公共化させ、理念の可視化を常に演じきらなければならない天皇には公私の別は存在しない。徹底して公共的存在なのである。では、前述の「お言葉」における「私」にはどのような意味があったのか。そこでの「私」は公私区分論を用いて、公的な存在が私的な個人に切り替わるために用いられたのではない。天皇たる「私」にはふたつの次元があ

る。すわなち、(その政治的権能の行使が憲法問題を惹起するおそれのある)制度的ステータスである「天皇という立場」と、本来かかる制度的ステータスと一体化しているはずの「一個の人間」としての次元に立つ「個人」のふたつである。「私」はこれらふたつの立場ないし次元に切り分けられ、今回は、後者の「一個の人間」のステータスに立つて発言することを宣言し、もって制度への言及を可能にしたのである。お言葉の特徴のひとつは、天皇という制度から、それを担っている人間を切り出した点にある。

また、「私が個人として」と述べられたときの、「個人」は、憲法第一三条において国民に認められたステータスである「個人」とは似て非なるものである。憲法第一三条の「個人」は公共的なるものと対峙する個人であるが、お言葉の「個人」は、もとより公共的であることが宿命づけられている「個人」である。「個人」というステータスは、天皇という、憲法が直接規律するステータスから、本来それを化体しているはずの「一個の人間」が飛び出すための契機として用いられている。要するに、ここでの「個人」は「一個の人間」という意味において理解されるべきであろう。同一人物であるにもかかわらず、天皇としては語れないことを個人<sup>非</sup>一個の人間として語ったのが今般のお言葉である。天皇という役割から一時的に「一個の人間」に立ち戻ることによって、《天皇自身が天皇を語る》という自己言及に陥る方向を避け、《天皇の職務を担当する人間が天皇を語る》という極めて複雑なアレンジが成立したのである。

## 2. 意味権力?

どのような構成をとっても、天皇が私的個人になれるわけではなく、お言葉の発言は依然として公共性を担い続けることになる。それでは、このような発言をどのように受け止めるべきなのだろうか。

今回のお言葉を政治に対する介入・関与と見て憲法上の問題性を指摘する見解もあるが、しかしそれは憲法第

四条が禁ずるような「国政に関する権能」の行使ではない。トランプ大統領のような権力でないことも明白である。が、このような権力概念とは別の権力として天皇は存在する余地がある。

天皇は、「日本国」・「日本国民統合」の象徴として、これらの理念の可視化を公共の前で演じ続けなければならないことは既に述べた。それは、「日本国」・「日本国民統合」をめぐる意味の秩序の構築・維持に天皇が関与することを企図するものである。意味の秩序の構築・維持は、社会・歴史・文化の自律領域に委ねられ、公権力の介入を許さないものはずである。しかし、象徴は、本質的に意味の秩序との接触が宿命づけられており、日本国憲法は、「日本国」・「日本国民統合」の意味秩序の構築・維持については敢えてそれを自律領域から憲法領域に取り込み、そこへの関与を象徴天皇制に担わせている。天皇は、意味構築ゲームのプレイヤーの中でも、憲法によって特権的な地位を与えられたプレイヤーであり、広義の統治上の装置である。憲法によって制度化された象徴は、このような意味において、「意味権力」と言つてよいかもしくない。

日本国憲法は、旧憲法下の天皇から、統治権の総攬者等の地位を奪ったが、意味権力としてのそれは継承した。憲法をも破壊するやもしれないその強大な意味権力を、立憲体制から解放するのではなく、むしろ憲法上の装置として内部に取り込む途を選んだ。現行憲法下の天皇はそのような観点から憲法に半ば封印されて存在している。日本国と日本国民統合を象徴することを通じて、意味秩序に関与するその仕方も憲法に規整される。間違つても国政に関する権能は行使してはならない。あくまでも象徴として関与するにすぎない。

では、天皇という立場から分離された「一個人」としての天皇、つまり「個人として」語る天皇の言説はどのように捉えるべきか。既に触れたように、これを《天皇自身が天皇を語る》という自己言及を回避するために、《天皇の職務を担当する人間が天皇を語る》局面と見るのであれば、「個人として」語るのもあつても、それは徹底して一種の政府言論 (government speech) として捉えるべきであろう。いささか荒っぽい言い方になる

が、一般の生前讓位のお言葉は、天皇の制度についての政府の考えを、その担当職位にある人物（現存する担当者は今上天皇以外に存在しない）が語った政府言論ということになる。お言葉の発表をめぐっては、政府部内、つまり内閣と宮内庁の間に不協和音が聴かれたと言われているが、それは政府部内の調整が不十分であったということであり、天皇の政治的発言の問題として天皇に帰責すべきものではない。政府言論と捉える立場からは、政府言論発出プロセスにおける民主的コントロールの失敗と理解すべきであろう。

### 3. 憲法の破壊者と擁護者

権力者は憲法を擁護も破壊もできる。後者が発生した場合、権力者は、違憲審査制、弾劾、総辞職、あるいは議会解散などによって法的な制裁を受けることになる。安倍首相やトランプ大統領とは異なり、国政に関する権能を行使できない天皇は、彼らと同じレベルでの憲法破壊も憲法擁護もなし得ない。なし得るとすれば、意味権力<sup>①</sup>として、意味の秩序への関与の仕方においてであろう。そのような観点から、天皇の言説は細心の注意をもって取り扱う必要がある。

例えば、安倍首相が「日本を、取り戻す」と言おうが、トランプ大統領が“Make America Great Again”<sup>②</sup>と言おうが、その内実は別にしても、特段奇異な感じはしないだろう。彼らにとって日本ないしアメリカは、奪還ないし再生すべき客体であり、他者であるからである。しかしながら、天皇が「日本を、取り戻す」と語ったとしたら、それは「日本国」の象徴の発言である以上、日本国自体による露骨な自己言及に等しい。「朕は国家なり」という絶対王制を彷彿とさせる言説は、現行憲法の所期する天皇制とは正反対のものである。日本国そのものと言い得る存在がこの種の自己言及を開始しないように、<sup>③</sup>意味権力<sup>④</sup>の慎重な運用に留意すべきである。

先に述べたように、日本国憲法は、<sup>⑤</sup>意味権力<sup>⑥</sup>としての象徴天皇を取って憲法内に取り込んだ。これ自体、

実は *risky project* なのであるが、かつて猛威を振った国家的ナラティヴの源泉を憲法によって封じ込めている姿を国民に提示することそのものが一定の憲法保障的な機能を果たしていると理解することも可能であろう。これこそが、象徴天皇制というプロジェクトの核心であろう。

言うまでもなく、憲法前文には天皇への言及がない。むしろ、前文に掲げられた国民主権・自由主義・平和主義が、解釈指針として、第一章・天皇条項を規律することになる。また、憲法第九九条は天皇にも憲法尊重擁護義務を課している。加えて、憲法第九六条によって天皇の憲法改正への実質的コミットも否定された。さらに、天皇が「日本国」および「日本国民統合」を象徴すると言うとき、それは、それらの理念的イメージにすぎず、それらに実体を充填することではない。憲法第一条の国民主権原理からすれば、それらの理念の本来の実相を構築すべき責務は挙げて日本国民にあるということになる。平成元年八月四日、即位に当たった記者会見で今上天皇は次のように述べていた。<sup>37)</sup>

憲法は、国の最高法規ですので、国民と共に憲法を守ることに努めていきたいと思っております。

主権原理をわきまえた発言である。そして、今般のお言葉も、内閣や国会に対する言及はなく、一貫して国民に語りかける形式が採用されている。皇位が主権の存する国民の総意に存する以上、讓位に関わる事柄を語りかける客体、換言すれば、讓位に対する理解を求める先は、国民以外にあり得ないのである。

意味秩序に作用することを宿命づけられている天皇が、*「意味権力」*として果たすべき役割も憲法に枠づけられる。天皇は、万々が日本国そのものに自己言及を行う場合があるとしても、憲法ならびに国民とともにあることをシグナルし続け、国民にむかって語る話法を取り続けなければならない。であるとすれば、日本国の最高

権力者が憲法の破壊者として立ち現れるとき、天皇が憲法の擁護者あるいは憲法保障機関として国民の眼に映るのは、ある意味当然の成り行きなのである。

#### IV. ふたたびバトラーの所説をめぐって

ここで、バトラーの所説に戻ってみたい。

彼女は、トランプ当選が決まった直後に、Mediapartの取材を受けている。取材の冒頭、聞き手の「過去の二〇年間のあなたの分析にとってトランプは格好の題材ではないか」との問いに対して、「トランプが自分の研究にとって良い対象かどうかは分からない」と応えている。<sup>(38)</sup>バトラーは、トランプの言説そのものよりも、その言説のもたらす帰結、つまり、それを受け止める公衆の反応にむしろ関心を持っていると言っているのである。

デモクラシーの機能不全や参加に対する幻滅が広がる中、トランプの自己破壊的にも見える行いが、かえって有権者にはスリリングに映る。トランプは憲法を読んだことすらないと思われるくらい憲法に配慮しないが、この憲法に対する傲慢な無関心 (arrogant indifference) が彼を魅力的に見せている、と彼女は分析する。

インタヴューの聞き手が、トランプの常套手段である「排除に基づく『ブランディング』 (‘branding’, based on exclusion)」についての意見を求めると、バトラーは、トランプは文化的エリート (cultural elite) を攻撃することにより、彼らが奉じてきたフェミニズムや公民権運動や宗教的寛容を攻撃し、彼の言動に対する制限的要素を次々に取り払ってきたと応じ、次のように述べている。

ですから、トランプは、レイシズムを非難する社会運動や公的討論から憎悪を「解放」しているわけです。トランプ

のおかげで、人々は憎悪する「自由」を得ました。彼のレイシズムやセクシズムに対する公的非難を承知で敢えてそれを進んで招き入れ、そしてそれから生き残らなければならぬ立場に自分自身を追い込んでいます。彼の支持者たちも同様に、恥も外聞もなくレイシストになろうとしています。選挙の直後、憎悪犯罪の数が路上や公共交通機関で突然増加したのはそのためです。人々は、思い通りにレイシズムを発散できるように「解放された (liberated)」のです。では、私たちはいかにして「解放者 (the liberator)」トランプから私たち自身を解放したらいいのでしょうか。

半分皮肉であろうと思われるが、バトラーはトランプを「憎悪する自由」の解放者であると見ているし、彼を支持する有権者たちもそう見ているのだろう。だとすれば、トランプの言語行為は、バトラーの所説にとつて重要な意味を持つ事案ではないだろうか。

I で見たように、バトラーの戦略とは次のようなものであった。言葉が行為体として力を持つのは、多様な状況においてその言葉の「引用」を可能にする「慣習」の存在を前提とする。言葉は、時の経過の中で反復され、発話されるたびに慣習を再びよみがえらせる。憎悪表現の発話主体もまた過去の行為体の反復の中で憎悪を再演する主体となったにすぎない。したがって、憎悪表現の責任は、発話の起源や主体ではなく、発話の反復（「発話の瞬間を超えた反復の凝集」）そのものに向けられなければならない意味がない。したがって、採用されるべき方策は、言論規制ではなく、むしろ正反対の方策、すなわち、行為体としての言葉の可能性を積極的に開くことである。反復の凝集である言葉は、まさにその性質故に可変性を潜在させているのであって、反復を強制終了させるのではなく、むしろ言葉の反復を活性化させ、そのことによって憎悪表現によって封じられんとする「対抗発話」（つまり、発話を返すこと）を誘発して、「反復の凝集」を解きほぐすことによってしか、その加害力は相対化できない……。これが彼女の回答であった。

発話の主体や言葉の起源に加害性を帰責せず、言語行為の行為遂行性を直かに問題にするというのがバトラー

の所説の核心である。彼女は次のように言う。<sup>(39)</sup>

行為遂行性を、明確な起源や帰結をもたず、そのつど新しく再生するものと考えることによって、発話が、特定の発話者やそれを生みだした最初の文脈に縛られることはなくなるだろう。そのような発話は、社会的文脈によって定義されるだけでなく、文脈を断ち切る能力を備えている。

「文脈を断ち切る能力を備えている」発話行為の応酬によって、では、具体的にはどのような動態をバトラーの戦略は想定するのであろうか。彼女によれば、「近代の政治言説についていえば、その基本的な言葉はすべて汚染されており、そういった言葉の使用は、これまで使われてきた抑圧の文脈をふたたび引き合いに出すこと」となる。彼女の所説に従えば確かにそうなるだろう。例えば、「普遍性といった言葉は、女や有色人の排除を前提にきており、階級の境界を定めたり、強力な植民地主義の利益になるように作用してきた」のである。では、どうするかというと、バトラーは「そのような排除に抗する闘争は結局のところ、これまでとべつの未来を形成するために、近代からそれらの言葉を再流用することに尽きる」<sup>(40)</sup>（強調原訳文）と述べている。汚染された政治言説も、再流用され、それが慣習とともに引用される旧来の文脈と異なる文脈におかれることによって、違った意味を持ち得るようになるというのである。彼女は次のように断言する。<sup>(41)</sup>

そういった再流用が示しているのは、汚された言葉が、これまで予測しえなかったような無害なものになりえるということがある。

しかしながら、汚された言葉が「無害なもの」になり得る可能性は何が保証しているのだろうか。汚された言葉を、その起源と発話主体から切り離し、対抗的発話との応酬を活性化することによって、言葉を別の文脈へと置きなおして、その加害性を相対化・無化する、という結末は、果たして確実なものだろうか。言語使用に関する旧弊な慣習に従って無数に繰り返された「反復の凝集」を解きほぐすと言っても、それが都合よくリベラルな価値に沿った解体となる保証はない。バトラーの戦略では、汚れた言葉の再流用と反復が動的に展開されるのみであって、その結末は予定調和的に決まっているわけではない。だからこそ、先に引用したインタヴューにおいて、バトラーは、トランプを憎悪表現の「解放者」と見て、彼からの「解放」をいかにして達成するかと問題提起したのである。

要するに、トランプこそは、バトラーの戦略の実践者であったと言える。長きにわたる苦闘の末、汚れた言葉の加害性を解消し、意味の凝集体をリベラルに解きほぐしてきた「文化エリート」たちのレガシーを、それこそ政治的発話の応酬によって失地回復を果たした者、その人物こそトランプであったのである。無害化された言葉は、ふたたび汚され、これまで予期し得なかつたほどの有害性を帯びることとなったのである。

理論と政治は、正反対にうごく場合が多い。理論的立場はいつも、その理論の戦略的な側面をおもてに出す政治的文脈に取り込まれ、利用される<sup>(42)</sup>。

これは当のバトラーによる発言である。まさにこの言説の通り、トランプはバトラー理論の忠実な実践者として、理論の戦略的側面を利用した。このような結末を理由に、憎悪表現規制を喧伝したり、あるいは、バトラー戦略の危険性を指摘する向きもあるだろう。しかし、憲法学が伝統的に支援してきた「思想の自由市場」とは、

元来、通時的にも共時的にも勝者・敗者が固定化しない、不安定なものなのである。真理を容易には手にできない人間が織り成す言論空間とはそういう宿命を負っているのである。

さて、そうなると、汚れた言説の不安定かつ流動的な応酬の中で、安定した意味の秩序を提供するものは果たしてあるのか、が問題になる。本稿で検討した「意味権力」としての象徴天皇こそは、そのような意味の安定的基盤を支える役割を担っている可能性がある。もちろん、「意味権力」としての象徴天皇が発散する「意味」も、再流用と反復にさらされるおそれはある。この点、象徴天皇制が政治と距離を置く仕組みであることが重要になってくるだろう。が、しかし、国民とともに憲法を守ることをかたくに演じ続けるのが「意味権力」としての天皇の使命のひとつであるなら、政治と距離をおきつつも、それに肉薄する冒険をしなければ、使命は全うできない。バトラーの戦略もまた賭けであったが、象徴天皇も言論空間の「ぎりぎりのところ」<sup>(43)</sup>を歩まなければならないだろう。

### 【謝辞】

※長きにわたり、田口精一先生が孤独に守られてきた慶應義塾の憲法学は、数々の困難を乗り越えて、今日があるわけであるが、大沢秀介先生こそは、ある意味で最も困難な時期を支えてこられたのではないかと推測する。本当にありがとうございます。

※本稿は、二〇一七年五月に法律時報誌に公表した拙稿「言葉／意味／権力」法律時報八八巻五号五頁以下を大幅に加筆したものである。基本的な主張や構成は同稿と同じであるが、最終章であるⅣは今回書き下ろしたものである。先行する拙稿の利用をお認めいただいた法律時報編集部と企画者である蟻川恒正教授に感謝申し上げます。

(1) クリフォード・ギアーツ（吉田禎吾他訳）『文化の解釈学Ⅰ』（一九八七年、岩波書店）六頁（一部略・改訳）。

Clifford Geertz, *The Interpretation of Culture* 5 (1973).

- (2) 意味の秩序に触れた筆者の論稿としては、駒村圭吾「国家と文化」ジュリスト第一四〇五号(二〇一〇年)一三四頁以下、同「意味の秩序」と自由」曾我部真裕・赤坂幸一編『大石眞先生還暦記念・憲法改革の理念と展開(下)』一七二頁以下(二〇一二年、信山社)、同「意味の秩序」と平等」憲法理論研究会編『危機的状況と憲法』一二九頁以下(二〇一二年、敬文堂)。
- (3) 意味の秩序も多様であるから、あらゆる意味の秩序が文化を構成するわけではない。文化は、多様な意味秩序が束となって一定の体系を形成し、それを再生産する一群の人々が存在するに至ったものであり、単なる意味秩序とは区別されよう。
- (4) この点、分析哲学を概説する文脈で言語哲学の動向を概観するものとして、青山拓央『分析哲学講義』(二〇一二年、筑摩書房)が便利である。
- (5) 本稿では「言葉」と「言語」*yo*には「言論(speech)」を特に区別しないで互換的に用いる。
- (6) See, e.g. Catharine MacKinnon, *Only Words* (1996).
- (7) ジュディス・バトラー(竹村和子訳)『触発する言葉―言語・権力・行為体』(二〇一五年、岩波書店)の序章参照。
- (8) Mari Matsuda, et al., *Words that Wound: Critical Race Theory, Assaultive Speech, and the First Amendment* 68 (1993).
- (9) バトラー・前掲注(7)六一頁、一二二―一二六頁。
- (10) バトラー・前掲注(7)二三頁。
- (11) 同上。また、バトラーはこのことを不快な表現をめぐるリベラルな対応一般に敷衍して次のように指摘する。「単に言及しているだけでその言葉を使用しているわけではないといったふうに、その種の言葉を引用するリベラルな立場は、その種の言葉の有害な流通を許して、『自分には責任なし』という構造を支えてしまう。言葉は発せられ、発せられた瞬間に否定されるが、その言葉を批判する言説が、まさにその言葉を永続化させる道具となるのである」(バトラー・前掲注(7)五九頁)。

- (12) バトラー・前掲注(7) 六頁。
- (13) バトラー・前掲注(7) 六一頁、二四頁。
- (14) バトラー・前掲注(7) 二二二―二二五頁。バトラーによれば、「言葉を言わずにおくこと」と「言えないものにしておく」こともまた、その言葉をその場所に固定して、その中傷力を温存し、その文脈や目的を転換させる再加工の可能性を阻止するものとなる」(同五九頁)。
- (15) Exec. Order 13769 (“Protecting the Nation From Foreign Terrorist Entry Into the United States”), 82 Fed. Reg. 8,977 (Jan. 27, 2017).
- (16) ふむゆるサリー・イエーン (Sally Yates) 解任事件である。Michael D. Shear, et al., *Trump Fires Acting Attorney General Who Defied Him*, N.Y. Times, Jan. 30, 2017 ([https://www.nytimes.com/2017/01/30/us/politics/trump-immigration-ban-memo.html?\\_r=0](https://www.nytimes.com/2017/01/30/us/politics/trump-immigration-ban-memo.html?_r=0)(last visited on 2017/03/10).
- (17) State of Washington v. Trump, Case No. C17-014JLR, 2017 WL 462040 (W.D. Wash. Feb. 3, 2017).
- (18) State of Washington v. Trump, No. 17-35105 (9th Cir. Feb. 9, 2017) (<https://cdn.ca9.uscourts.gov/datastore/opinions/2017/02/09/17-35105.pdf>(last visited 2017/03/04).
- (19) 動機審査の詳細については、中曾久雄「平等保護における動機審査の意義」阪大法学第五九巻第一号(二〇〇九年)一五三頁以下、同「憲法一四条と動機審査」愛媛大学教育学部紀要第五九号(二〇一二年)以下、黒澤修一郎「合衆国判例における『動機審査』・覚書」憲法理論研究会編『危機的状況と憲法』(二〇一二年、敬文堂)一七七頁以下、大林啓吾「表現の自由と動機審査」千葉大学法学論集第三〇巻第三号(二〇一五年)一五八頁以下、参照。
- (20) State of Washington v. Trump, States’ Response to Emergency Motion under Circuit Rule 27-3 for Administrative Stay and Motion for Stay Pending Appeal at 10 (Feb. 6, 2017) (<http://cdn.ca9.uscourts.gov/datastore/general/2017/02/06/17-35105%20Washington%20Opposition.pdf> (last visited 2017/3/3)) (hereinafter cited as *States’ Response*). 論拠に挙げられた先例とは、Kleinclausen v. Mandel, 408 U.S. 735 (1972); Kerry v. Din, 135 S. Ct. 2128 (2015) である。

- (21) *States' Response*, supra note 20, at 10. See also Kerry v. Din, 135 S.Ct. at 2141 (Kennedy, J., concurring in judgement).
- (22) *States' Response*, supra note 20, at 9.
- (23) *Id.* at 20-21.
- (24) *State of Washington*, supra note 17, at 25. 判例上の根拠として、宗教を狙い撃ちにする国家行為は文面上の中立性を維持できるだけではない正当化であるとした。Church of LukumiBabalu Aye, Inc. v. City of Hialeah, 508 U.S. 520, 534 (1992)。文面上中立な法律でも、立法経緯に照らして宗教上の少数派だけを狙い撃ちする意図を持つ場合は国教樹立禁止条項に違反するとして、Larson v. Valente, 456 U.S. 228, 254-55 (1982)。国家行為が差別的目的に動機づけられているか否かは、意図の状況証拠をもつて検証されることだ。Village of Arlington Heights v. Metro. Housing Dev. Corp., 429 U.S. 252, 266-68 (1977) が挙げられる。
- (25) Exec. Order 13780 ("Protecting the Nation From Foreign Terrorist Entry Into the United States"), 82 Fed. Reg. 13,209 (Mar. 6, 2017).
- (26) トランプ大統領の顧問であった彼は、大統領本人から Muslim ban を合法化する方策を尋ねられたことがあると発言した。Amy B. Wang, *Trump Asked for 'Muslim Ban,' Giuliani Says -And Ordered a Commission to Do It 'legally'*, N.Y. Times, Jan. 29, 2017 ([https://www.washingtonpost.com/news/the-fix/wp/2017/01/29/trump-asked-for-a-muslim-ban-giuliani-says-and-ordered-a-commission-to-do-it-legally/?utm\\_term=.eb2c231d56e5](https://www.washingtonpost.com/news/the-fix/wp/2017/01/29/trump-asked-for-a-muslim-ban-giuliani-says-and-ordered-a-commission-to-do-it-legally/?utm_term=.eb2c231d56e5)) (last visited 2017/02/15).
- (27) *State of Hawaii v. Trump*, CV. NO. 17-00050, at 31-36, 35 n.14 (D. Haw. Mar. 15, 2017) (<http://www.hid.uscourts.gov/files/announcement142/CV17-50%20219%20doc.pdf>) (last visited 2017/03/17).
- (28) *City of Richmond v. Croson*, 488 U.S. 469, 493 (1989).
- (29) *Village of Arlington Heights*, supra note 24, at 270 n.21
- (30) *Id.* at 268. 同判決は、動機審査に当たり、立法や行政の経緯に関する探索が行われ、とりわけ意思決定機関のメンバーの発言、会議の議事録、報告書の審査が重要となる、と述べている。また、かかるメンバーたちの法廷での証言も重要になってくるが、特権によって拒絶されることが通例である、とも述べている。

- (31) International Refugee Assistance Project v. Trump, No. TDC-17-0361 at 33 (D. Md. Mar.15, 2017) (<http://www.mdd.uscourts.gov/sites/mdd/files/TDC-17-0361-Opinion-03162017.pdf>) (last visited 2017/03/13).
- (32) Eugene Kontorovich, The 9<sup>th</sup> Circuit's Dangerous and Unprecedented Use of Campaign Statements to Block Presidential Policy, Wash. Post, Feb.9, 2017 ([https://www.washingtonpost.com/news/volokh-conspiracy/wp/2017/02/09/the-9th-circuits-dangerous-and-unprecedented-use-of-campaign-statements-to-block-presidential-policy/?utm\\_term=.01305b7e0a06](https://www.washingtonpost.com/news/volokh-conspiracy/wp/2017/02/09/the-9th-circuits-dangerous-and-unprecedented-use-of-campaign-statements-to-block-presidential-policy/?utm_term=.01305b7e0a06)) (last visited 2017/03/11).
- (33) この点、ロントロウィッチは、彼が批判対象とする連邦控訴裁（第九巡回区）自体が先例で「決定過程そのもの」に関係のない決定権者の発言」は差別的動機の証明にならなると判示していたことを指摘する（McGinest v. GTE Serv. Corp., F. 3d 1103, 1138 (9th Cir. 2004)）。なお、既に注（30）で触れたが、動機審査の一定の到達点を示したとされる連邦最高裁判決においても、立法過程や行政過程で行われた決定機関のメンバーの発言、会議の議事録、報告書などを動機審査の主な証拠として想定している（*Village of Arlington Heights*, 429 U.S. at 268）。
- (34) ドーフは、時間的接近性（temporal proximity）‘介入的要因の存在（the presence of intervening factors）’、職務反行為の重大性（Aggrancy of the official misconduct）が勘案されるべきであると主張するが、今回のトランプの発言と大統領命令はこれらを充足すると言べ。Michael C. Dorf, Did Trump's "Muslim Ban" Talk Permanently Taint His Immigration Policy?, Verdict, Feb. 20, 2017 (<https://verdictjustia.com/2017/02/20/trumps-muslim-ban-talk-permanently-taint-immigration-policy/>) (last visited 2017/03/15).
- (35) 瀧井一博「象徴としての天皇―明治憲法下での議論」国際研究会報告書第四四集（国際日本文化研究センター、二〇一三年）二四〇頁。
- (36) 和仁陽『教会・公法学・国家』（一九九〇年、東京大学出版会）一七一―一七三頁。
- (37) 宮内庁ホームページ（<http://www.kunaicho.go.jp/okotoba/01/kaiken/kaiken-h01-gosokui.html>）46。
- (38) Christian Salmon, Trump, Fascism, and the Construction of "People": An Interview with Judith Butler (Dec. 29, 2016) (<https://www.versobooks.com/blogs/3025-trump-fascism-and-the-construction-of-the-people-an-interview-with-judith-butler>) (last visited 2017/11/1).

- (39) バトラー・前掲注(7) 六三頁。
- (40) 以上、バトラー・前掲注(7) 二四八頁。
- (41) バトラー・前掲注(7) 二四八―二四九頁。
- (42) バトラー・前掲注(7) 三三二頁。
- (43) これは、島蘭進の次の発言から取ったものである。「あくまで人間として他者のために祈るといふ天皇のあり方が、ぎりぎりのところで、成立が難しくなってきた民主主義を支えつつ、神聖国家への回帰を防ぐ防波堤の役割を果たしているのです」(片山杜秀・島蘭進『近代天皇論』(二〇一七年、講談社) 二二五頁)。