慶應義塾大学学術情報リポジトリ
Keio Associated Repository of Academic resouces

Title	「意味の秩序」の位相
Sub Title	On some aspects of the "order of meaning"
Author	菅谷, 麻衣(Sugaya, Mai) 駒村, 圭吾(Komamura, Keigo)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	2026
Jtitle	法学研究 : 法律・ 政治・ 社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.99, No.3 (2026. 3) ,p.157- 197
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	駒村圭吾教授退職記念号 対話篇
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-20260328-0157

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.

「意味の秩序」の位相

菅谷麻衣
駒村圭吾

【提題】
一　はじめに
二　駒村教授による「意味の秩序」論
三　おわりに
【対話】
一　「意味の秩序」への接近――アメリカにおける「社会的意味」論との関係で
二　日吉の憲法講義において
三　「意味の秩序」と平等
四　エンドースメント・テストをめぐって
五　「意味の剝奪」の内面化にいかに対処すべきか

【提題】

菅谷麻衣

一　はじめに

旧く一九世紀からアメリカ憲法学は「意味」[1]の問題と格闘してきた。悪名高い一八五七年の Dred Scott v. Sandford 事件合衆国最高裁判決[2]はアメリカ合衆国の権利や自由の前提となる「市民（citizen）」[3]から黒人を排除することを宣言したが[4]、南北戦争修正条項によって、奴隷制は廃止され（修正一三条）、合衆国で生まれ、または帰化したすべての人が「市民権（citizenship）」を獲得するに至った（同一四条一節）。これにより、本来であれば、人種と市民権の結合が解消され、黒人も白人同様に均質で平等な市民の身分を構成するはずであった。しかし、修正一四条の批准後も南部諸州では黒人分離政策が推進され、一八九六年の Plessy v. Ferguson 事件合衆国最高裁判決[5]では黒人専用車両を設けても、それが白人専用車両と同等の設備であれば〝分離すれども平等〟とされた。つまり、黒人は形式的に「市民」に該当するに過ぎず、公共空間で交流すべき共同体の一員であるとみなされなかったのである。社会に根強く残る「身分の不平等（status inequality）」[6]の解消のためには、法的身分の平準化〈法的平等〉だけでなく、白人と黒人の身分階層を構築する意味体系（白人の優越性と黒人の劣等性）の解体〈意味の平等〉まで視野に入れる必要があったのである。実は、Plessy 事件でもこの点は意識されており、ハーラン裁判官（John M. Harlan）の筆になる反対意見は、人種に基づく車両区分の社会的位置づけを検討した上で、当該区分を命じる州法は、法の下に平等である同朋市民の黒人に「実際上、隷属と格下げの烙印を押す

(practically, puts the brand of servitude and degradation)」[7]と指摘している（が、対する法廷意見は、かかる烙印は州法ではなく、黒人自身の解釈によるものに過ぎないと切り捨てた[8]）。合衆国最高裁の多数派が人種差別をめぐる「意味」の問題と正面から向き合ったのは、一九五四年の Brown v. Board of Education of Topeka 事件合衆国最高裁判決[9]である。同判決はアメリカ判例史上、銘記すべき判例のひとつであるが、Plessy 判決の〝分離すれども平等〟から転換し、人種別学制を違憲へと導いたのが、立法事実における社会的意味への着眼――もっとも、Brown 判決は社会的意味の解体や再配分〈意味の平等〉まで全面的に踏み込んではいない[10]――である（なお、これにはブラック（Charles L. Black, Jr.）という傑出した法律家が深く関わっている）。

このように、アメリカ憲法学は「意味」の問題と向き合うことで、建国から続く奴隷制・人種差別という宿痾を乗り越えようとしてきた（し、今もその努力は継続している）。さらに一九八〇年代後半以降には、ポルノグラフィー（が含有する意味）がジェンダー不平等の社会階層を構築・維持し、女性を「二級身分（second-class status）」[11]化している、というフェミニストの言説に代表されるように、女性差別の文脈でも「意味」の問題が意識されるようになった。続く二〇〇〇年代には、同性婚をめぐる事件[12]で同性カップルにも「婚姻（marriage）」を認めるべきか否かが争点となり、「婚姻」という言葉に付着する「意味」が焦点となった[13]。要するに、アメリカ憲法学において「意味」の問題は平等の位相において（status 論と密接に連関しながら）決定的に重要な役割を果たしてきたといえる。

もっとも、社会的意味が単に「身分の不平等」に付随するのではなく、「身分の不平等」そのものを構築・維持しているのと同様に、社会的意味があらゆる行為を基底しているならば、社会的意味を規制することにより、人々の行為を統制することが可能となるだろう。しかし、従来の修正一条法理は、政府によるテクスト自体の規制には非常に警戒心を抱く反面、テクストを支える社会的意味の規制にはあまりに無関心であった[14]。この問題に

対処するために、一九九〇年代にいち早く社会的意味を自由の位相で主題化したのがレッシグ（Lawrence Lessig）である。[15] これに対し、彼と問題意識を一部共有しながらも、文化人類学、法哲学、ドイツ憲法学等の知見を取り入れて、自由の秩序を構成する秩序のひとつとして「意味の秩序」を構想し、自由・平等の両位相で「意味」の問題を全面展開したのが駒村圭吾教授である。前記のアメリカ憲法学の研究状況を踏まえたとき、駒村教授の「意味の秩序」論は「意味」の問題を秩序論として定式化したこと、そして、それを平等だけでなく、自由の位相でも展開したことに特色があると思われるが、とりわけ後者は以前から活発な批評の対象となってきた（詳しくは後述の二・（二））。

そこで、本稿では、駒村教授の「意味の秩序」論を題材として、「意味の秩序」の「位相」の問題に迫りたい。

二　駒村教授による「意味の秩序」論

（一）「意味の秩序」と平等

駒村教授の「憲法行脚の道行き」[16]において「意味の秩序」が初登場するのは、論点講座「憲法の解釈」を締めくくる二〇〇九年の座談会[17]中のことである。この講座は憲法学の石川健治教授、行政法学の亘理格教授、そして駒村教授の三名によって法学教室誌上で二年間連載されたものであり、当然、座談会の論点も多岐にわたった。その中で、Round 6 の基本権保護義務論に関する駒村論稿[18]の論旨を確認するために石川教授が「意味の秩序」という言葉を用いている。後に駒村教授自身が述懐する通り、この発言から（も）着想を得て、駒村教授の「意味の秩序（自由の秩序）」論は構想される。[19] やや冗長になるが、当該秩序論の全体像に迫る上で重要な発言だと思われるので引用したい。

「石川　公序の意味についてですが、駒村さんは、たとえばこれまでも議論されてきた憲法二八条だけではなく、憲法一四条からも、或る社会的な公序を抽き出すことができるのではないか、という論点を出されたわけです。これは、私が Round 1-2 で、status の秩序としての意味を平等条項が持っているのかどうか、という論点を出したことと接合する問題意識ですね。そして、一四条というのは、権利の根拠規定であるだけでなく、社会秩序についての公序設定を含んだ規定であるということを、駒村さんはおっしゃった可能性があると思います。

ただその場合に、これは私の最後の論文で述べようとして充分述べ切れていないところですが、駒村さんのおっしゃる公序が、単なる社会秩序のことを意味しているのか、それとも、ある種の文化的な意味の秩序を意味しているのか、によって議論の趣旨がだいぶ変わってくると思います。社会秩序のことを考えれば、日本のステータスの秩序というのは、戦後改革を契機に相当程度平等化されていて、もう問題はほとんど残っていないといえるわけです。その上で、平等にかかわる憲法的公序を語ることの意味は、どこにあるのかというのが一つの質問です。それにもかかわらず何か平等問題が残っているというのであれば、これは、人間の生きる「意味」の賦与・剝奪にかかわる、非常に象徴化された次元での秩序の問題になっているのではないか、と思われます。[20]」（傍点は菅谷）

長らく石川教授は、イェリネック（Georg Jellinek）の Status 論から抜け落ちた平等固有の問題に関心を寄せており[21]、引用箇所の発言もかかる問題意識を色濃く反映したものである。この発言の後も三名の議論が続くが、駒村教授の「意味の秩序」論との関係で重要なのは駒村教授と石川教授の次のやり取りだろう。

「駒村　先ほど、一四条の公序論の可能性について、身分の秩序にとどまらず、それをさらに超えた秩序の公序化も構想するのか、というご質問がありましたが、今、おっしゃった市民の公序を憲法的公序に上げていくことが可能な力を

内包した市民社会であれば、おそらくそれに見合うだけの熟慮的討議（deliberation）も、当該市民社会の中で長い時間をかけてやれているのだと思います。ということは、同時に、参加者を閉じずに、開放的に議論がなされ、しかも、多様な生が熟慮されているはずですから、逆にいえば、先ほど、ステータスの秩序と対比されておっしゃった……。

石川　意味の秩序ですね。

駒村　意味の秩序における平等も、すでに相当程度達成されているだろうということではないかと思います。そうすると、一四条に関して、身分の秩序か、意味の秩序までいくのか、どの次元で憲法的公序を設定するのかは、やはり、市民社会をどう構想するのかに依存してくる話になります。」[22]（傍点は菅谷）

先に引用した石川発言も、直前に引用した駒村＝石川のやり取りも、「意味の秩序」を憲法一四条の公序――それも、国家による身分の一括承認によってもなお残される「平等」――の問題として論じており、少なくとも、この座談会の段階では、駒村教授が「意味の秩序」を自由・平等の両位相を貫く概念として位置づけていなかったことが分かる。実際、この座談会後、初めて「意味の秩序」論が展開された駒村論稿[23]は同性婚に関するものであった。一でみたアメリカ憲法学の研究状況からしても、このこと自体は不自然ではない。もっとも、二〇一〇年の駒村論稿[24]で「意味の秩序」が自由の秩序を構成する秩序のひとつと明確に位置づけられ（ゆえに、この論稿では「意味の秩序論」ではなく、「自由の秩序論」[25]という名称が使われている）、その構想の全体像が示されたことで、自由・平等の両位相にわたる駒村教授の「意味の秩序」論が本格的に始動することになった。

（二）「意味の秩序」と自由

そもそも、「自由の秩序」とは、法哲学者の井上達夫教授により提唱された概念で、自由を「一定の秩序の構想」と捉え、自由を成立させる「秩序の特質」[26]を探求するためのものである。駒村教授はかかる議論を念頭に自

由の秩序は、①身分の秩序、②権利義務の秩序、③意味の秩序から構成されていると考える。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」、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」、そして③は「ある意味で、①②以上に日常的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」[27]である。駒村教授によると、国家は①②を整備する憲法上の責務が課されているに対し、③への介入は「文化領域の自律」の名の下に、基本的に消極的に考えられてきたが、わが国の判例では、「意味の秩序」にも「憲法的な規範的ステータス」[28]が与えられてきた。例えば、リーディング・ケースであるチャタレー事件判決[29]を筆頭に、わいせつ表現規制をめぐる事件では、「社会通念」がわいせつ性判断の決定的要素であった[30]。従来、あまり意識されることはなかったが、「意味の秩序」は、加害行為の防止や自由の射程の調整における参照事項、あるいは自由制限の直接的根拠として、潜在的にではあるが、既に自由の位相でも重要な役割を果たしてきたのである。駒村教授はこの点に光を当て、ヘイト・スピーチ[31]や政府言論（government speech）[32]に対する有効な分析枠組みとして、「意味の秩序」論を提示した。「意味の秩序」のウィングを自由の位相にも明示的に拡げた点で、これはひとつの功績である。

しかし、駒村教授の最大のオリジナリティは、「人間は自分自身が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」[33]という文化人類学者のギアーツ（Clifford Geertz）の主張に着想を得て、文化を「意味の秩序を構成する一群の規範やパターン」[34]であると理解した点にあろう。駒村教授によれば、文化＝「意味の秩序」だとすると、国家と意味の秩序の「きわどい関係性」[35]が浮上する。つまり、国家は文化を支配することで「意味の秩序」の支配を試みると同時に、革命や退廃によって意味秩序が崩壊することを恐れてきた。だからこそ、国家は意味秩序に影響を与え得る文化芸術に対しても非常に恐れ、また大切にす

るという二律背反的態度（すなわち、規制と給付）をとる。駒村教授はここに「文化の自律性と自由の問題」[36]が生じるという。そうであるならば、憲法は「意味の秩序」に関心を持たざるを得ない。だが、憲法学は「意味」の問題にいかに対処すべきか。これに対して、駒村教授は次の二つの道筋を示している。

第一に、憲法二一条から導出される自由の可能条件である。自由の保障とは、国家がただ国民を放置するということではなく、自由が可能になるような基整整備を提供する責務がある、ということである。「意味の秩序」との関係でいえば、意味秩序自体からの解放という究極的自由が不可能である以上、せめて自分が縛られるべき意味秩序を選択できる自由を確保するために、意味秩序の多元性・多様性を確保することになる。典型例としては、報道・娯楽・教育・教養といった放送法による放送内容の多様性が挙げられるが、集会所や公民館などの「憲法的パブリック・フォーラム」[37]も、自由な交流を通じて意味秩序の複数性に寄与するので、表現・集会・結社の自由の可能条件である。

第二に、憲法二五条の文化的生存権である。駒村教授は憲法二五条一項の「文化的な最低限度の生活」という文言から、文化的生存権、つまり、経済生活のみならず、文化的生活のミニマムが権利として保障されている、と主張する。従来、憲法二五条のいう「文化」は文化芸術と無関係と考えられていたので、これは「コペルニクス的な転換」[38]と評された。文化的生存権によって国家には「文化的ミニマム」を提供する責務が生じるが、「意味の秩序」におけるミニマムとは「意味秩序の多様性・多元性の維持・再生産」[39]となる（個別的な意味秩序の束の保守ではない点に注意を要する）。この点、駒村教授は文化的生存権の実現の主要な舞台は憲法二六条の公教育であると捉えた上で、そのミニマムは文化と健康であるという。これには集会所や公民館は勿論のこと、社会教育施設のミニマムとされる水準によっては、図書館、博物館・美術館も含まれる。さらには、放送政策・放送法による放送の多元性を確保する各種の施策も文化的生存権の射程に入る可能性があることが示唆されている。[40]

これら二つの道筋は、いずれも文化芸術に対する国家の関与を増大させるので、国家が「文化芸術の固有法則性」を操作し、文化芸術の自律性が否定されることになる、という批判が提起され得る[41]。駒村教授も、国・地方公共団体、鑑賞する市民、実作者をはじめとする文化専門職の判断過程を構造化し、アクター間の抑制均衡を図るという対応策を示してはいるものの、予め国家と文化芸術を遠ざけておきながら、再び国家に文化の意味秩序を整備させることに対する疑問（ないし懸念）には「それなりに説得力はある」[42]ことを認める。もっとも、これに対しては、ナチスによる退廃芸術排斥を例に挙げて、歴史上、文化芸術の固有法則性に対する国家の干渉はまさにその「固有」性ゆえに功を奏しなかったが、その反面、「固有」法則性が実際に機能するためには「最低限の条件」[43]――つまり、意味秩序の多元性・多様性（ナチスの例でいえば、与党を形成する芸術と、それと対峙する対抗的芸術の二元性）――を備える必要があるとして応答を試みている。

だが、なぜ、意味秩序の多元性・多様性がそれほど重要なのだろうか。この点、近代合理主義によって神の存在が否定され、神が象徴していた〈意味に充たされた世界（コスモス）〉が失われたことにより、西欧知識人の伝統には〈意味が喪失した世界（カオス）への恐怖〉がある、といわれることがある[44]。一九世紀初期のウェーバー（Max Weber）の時代から現在に至るまで「意味」の問題は社会学をはじめとした様々な学問領域の重要なテーマであるが、その背景には、不断に世界に意味を付賦・創造することで、自らの〈生〉を意味に充たされたものとしなければならない、という発想があるのだろう。そのように考えた場合、確かに意味秩序の多元性・多様性は、個人がその生きる意味を自律的に選択する上で必要不可欠のものといえそうである。佐藤幸治教授の人格的自律権や物語論に深くコミットする駒村教授にも、（たとえ潜在的にせよ）この種の問題意識があったと思われる。それに加え、駒村教授は意味秩序の生成・再編と身分秩序・権利秩序の法制化を動態的に捉え、それが「人権の理念や立憲主義の存立を安定的に支える役割」[45]を担っていると考える。本節の冒頭で確認した通り、駒村教

授による「意味の秩序」論は、単なる「意味」論ではなく、「自由」を成立させる「秩序」論である。だからこそ、「意味の秩序」の単一化はかかる動態を静止させ、人権の理念や立憲主義にとって重要な自由そのものの大きな危機となり得る。駒村教授はいう。

「〔「意味の秩序」が〕何かの力によって一つのものにまとまるときに、それは文化の固有法則性に導かれた結論であるという形で、座してその状況を見守り続けた方がいいのかというと、それはよくない、だからそのための憲法論は必要だということが結論です。」[46]（〔　〕内・傍点は筆者）

この「そのための憲法論」が「意味の秩序」論であり、あえて自由・平等の両位相にわたって「意味」の問題を論じる理由のひとつであると考えられる。本稿の一で、アメリカ憲法学では「意味」の問題は主に平等の位相で捉えられてきたことを確認したが、実は、かつてわが国には自由の位相で「意味」の問題が扱われた書籍があった。それが尾高朝雄教授による、その名もずばり『自由論』である。同書の中で、尾高教授は、世界に意味を賦与・創造する人間を「世界を作りつつある存在」と捉え、「人間によって作られつつある『制度の世界』が、どのようにして人間から自由を奪うか。どういう意味で、それにもかかわらざる自由が保障され得るか。」[47]という本稿とも深く関わると思われる問いを立てている。むろん、尾高教授の自由論と駒村教授の「意味の秩序」論の相違点――肝心の「意味」の理論上の位置づけも含め――は等閑視できないが、両者の存在は「意味」と「自由」の連関が問われるべき課題であることの証左であるといえよう。

三　おわりに

以上、【提題】では、一でアメリカ憲法学における「意味」の問題に関する研究状況を確認し、アメリカでは「社会的意味」という考え方は「憲法学において旧い起源」をもつ[48]と評されるほどに馴染み深いものであるが、主にそれは平等の位相で展開されてきた、と整理した。続く二では、駒村教授による「意味の秩序」論が形成される過程を丁寧に追うことで、当初は、アメリカのように平等の位相に位置づけられていた意味の「問題」が、「自由の秩序」構想として再定位され、文化芸術を媒介として、自由の位相で本格的に展開されていったことを確認した。かかる作業の中でいくつかの示唆が得られたが、特に個人の〈生〉にとって「意味」が重要であるからこそ、「意味の秩序」の「位相」が問題となり得ることを多少なりとも明らかにできたと思う。そこで、駒村教授との【対話】を通じ、【提題】で過不足ある点を補い、表題に掲げた「意味の秩序」の「位相」の問題にさらに迫りたい[49]。

【対話】

一　「意味の秩序」への接近――アメリカにおける「社会的意味」論との関係で

駒村圭吾・菅谷麻衣

菅谷：【提題】では、「意味の秩序」論と先行研究の関係を整理した上で、同論の形成過程や全体像を示すよう努めましたが、理解が不十分な点や駒村先生の意図とは異なる解釈があるかもしれません。何かあれば、ご教授いただければ幸いです。それでは、早速、質問させてください。【提題】の一及び二（一）で確認した通り、「意味」の問題はアメリカ憲法学でも平等の位相では非常に馴染み深いものです。しかし、その反面、管見の限り、自由の位相では「意味」の問題は、まだ研究の余地があると思われます。この点、真っ先に「意味」の問題を自由の位相で主題化したレッシグは、ある意味で途中離脱しているといえるでしょう(50)。こうした状況下で、なぜ、先生は「意味の秩序」という概念を構想し、自由の諸問題を論じようと考えたのですか。また、「意味の秩序」を自由・平等の両位相を貫く概念として構想することで、理論ないし解釈上、どういった利点があるのでしょうか。

駒村：まず、「意味の秩序」論という私のささやかな主張について、極めて詳細に、その発生経緯を含めて、検討をいただき、ありがとうございました。こうやって、自己の軌跡を突きつけられますと、不十分な思い付きの無原則な羅列であることが改めて分かりますし、でも何となく一貫した「意味」があったのではないか、という気分にもなります。これも「意味の秩序」のなせる業でしょうか（笑）。

「意味の秩序」については吉川智志さんも提題で取り上げていただきましたので、そちらも参照していただくとして、菅谷提題に対する応答はやや違った論点、菅谷さんのフィールドに寄せた形で対話をしていければと思います。

さて、それに入っていく前に、ローレンス・レッシグの離脱問題について一言。レッシグの社会的意味（social meaning）の論稿[51]は、九〇年代の半ばにすこし関心を引いたのでコピーをして持っていました。論題の重要性は直感的に理解していたのですが、レッシグが素材とする例がヘルメットの着用とか喫煙の制限とか、やや小さいものに見えてしまったので、放置してしまいました。その後、確かに、レッシグ自身は「社会的意味」のテーマから遠ざかってしまいましたね。その意味では、この論点がアメリカでは大きく主題化されそこなったような印象を持たれるのは、レッシグが後に情報社会論の中心人物に躍進して行く経緯に照らしても、やむを得ないようにも思えます。

しかし、菅谷さんも脚注で触れているように、その後、レッシグは彼の代表作になる『コード（Code）』[52]を発表し、そこには「社会的意味」の議論と通底する問題意識があるように思います。菅谷さんは同書での議論と「社会的意味」の議論の間には「懸隔がある」と指摘されていますが、私はさほど大きな懸隔はないと思っています。レッシグは、人間行動に制約をかけるモードとして、law、norm、market、architectureを挙げます。最後に挙げられたアーキテクチャーの現代的典型として、数々のアプリケーションをプログラムしているコード（code）に着目した点が耳目を集めましたが、同時に、彼が挙げている規範（norm）は、法（law）が公権力に支えられた強制力を持つのに対し、共同体が暗黙のうちに強いるforceを伴うものとして描かれています。この「規範」のコンテクストに「社会的意味」が入ってくるものと思われます。

いずれにしても、私の「意味の秩序」論が、「自由の秩序」論の一部を構成しているように、レッシグの

『コード』での議論も、彼なりの「自由の秩序」論であり、law、norm、market、architecture はその秩序を構成する四つのモードと位置付けられます。そして、「社会的意味」は norm の一類型ですので、結局、彼は「社会的意味」論から「離脱・撤退」したのではなく、むしろ「自由の秩序」論の一部として語る方向に出た、つまり「発展」させたのではないでしょうか。

その後、ずっと後になって、二〇一一年にマイケル・ドーフが「社会的意味」論の論稿を発表します[53]。これは、同性婚をめぐる議論を素材に、同性愛者に対する「二級市民」的扱いを論じたもので、「意味の秩序」論に関わるものです。また、本稿では、「法の表示的害悪（law's expressive harm）」という当時流行った論点が提起されていて、これは瑞慶山広大さんの間接規制論[54]にもつながるものですが、私の「意味の秩序」論からも有益な示唆を与えてくれる視点です。さらに付け加えれば、現在、同性婚訴訟にコミットしている私の立場からすれば、格好の題材でもあるわけです。先のレッシグの業績も含めて、このドーフ論文も使って、アメリカにおける自由と平等における「意味の秩序」論をしっかり研究してまとめたいと思うのですが、なかなか着手できていません。

それから、せっかくですので、レッシグ離脱論にあと一点だけ触れますと、比較法研究の現場では、今現在の流行りをやらないと何か研究を評価してもらえないのではないかという不安を抱く人が多いように思います。レッシグが扱わなくなったからと言って、当該論点が無意味化するわけではありません。仮に今は誰も見向きもしない論点でも、なぜ一時的にせよその論点が注目されたのか、どうして下火になったのか、それは当該論点の正しい評価なのか、そもそもその論点とはどのようなものだったのかを十分に解明できているのか、等々を探究することは無意味ではないと思います。他の対話篇でも言及したところですが、私が初期に扱った独立行政委員会の問題は、当時ですら「終わった論点」と言われました。しかし、二〇二五年の今、トランプ政権

下のアメリカではＦＲＢ問題をはじめとして独立行政機関の危機が叫ばれ、一九三〇年代の憲法学の知恵が再問されています。

菅谷：　なるほど。それではその上で、先ほどの質問、なぜ、駒村先生は「意味の秩序」という論点を構想し、自由の諸問題を論じようと考えたのですか。また、「意味の秩序」を自由・平等の両位相を貫く概念として構想することに、理論ないし解釈上、どういった利点があるのでしょう。

駒村：　私が意味の秩序について関心をもったのは、菅谷さんも指摘されていますが、『法学教室』を舞台とする雑誌連載で「文化」を扱ったときに行った石川健治さんとの対話がひとつの契機になっています。が、潜在的な関心という意味では、これも菅谷さんが言及されていますが、Brown v. Board of Education 事件合衆国最高裁判決（一九五四年）がきっかけなのです。一九九〇年代前半、確か前任校の白鷗大学に着任した前後だったと思いますが、大学院の先輩とアメリカ南部のドライブ旅行をしたことがあります。その時にブルースの街、メンフィスに滞在したのですが、ふたりとも法律学者の卵だったので、近くにある「公民権博物館（National Civil Rights Museum）」を見学しに行きました。ここはキング牧師が射殺されたロレインモーテルの敷地内に設けられたもので、正確に言いますと、ロレインモーテル自体が、キング牧師が宿泊していた部屋も含め、そのまま保存されており、地下に広大な展示室が設けられています。そこに Brown 判決関連展示物があって、中でも私の目を引いたのは、ドール・テストに使用された白人と黒人の一対の赤ちゃんの人形でした。これは心理学者のケネス・クラークの提唱になるもので、黒人の子供たちが抱えている劣等意識を「証明」するために法廷で証拠（の一部）として用いられたのです。黒人の子供に白黒の二つの赤ちゃんの人形を見せて、「どちらが美しいか？」と尋ね、白人の赤ちゃん人形を選ぶと、「ところであなたはどっちに似ている？」とやるわけですね。

おそらく多数派は、「その子の気持ちの持ちようの問題であって、人種別学制がもたらしたものではない」と思ったのではないか。このテストの有効性についてはいろいろ議論があるにせよ、そこで立証しようとしたことは、劣等意識そのものよりも、子供たちにそのような反応を自然に強いている「社会的意味」つまり「意味の秩序」の存在ではないかと思ったのです。つまり、「気持ちの持ちよう」では済まない、不可視の秩序が人々の生活を呪縛しているという視点です。マイケル・ドーフが主題化しようとした同性愛者の「二級市民」扱いの問題もそうです。「二級市民なんて、奴隷制もなくなったし、身分制も消えたのだから、気の持ちようではないか」という声も聞こえてきそうですが、これも「意味の秩序」がもたらす不可視の身分制があるという主張なのです（これについての賛否は留保させてください）。

こういった背景で、二〇一二年に「意味の秩序」と平等に関する論文と、「意味の秩序」と自由に関する論文の二つを発表しました。当時、徐々にソドミー処罰や同性婚問題に関心を持ち始めていたので、Obergefell v. Hodges 事件合衆国最高裁判決に至る前史に属するいくつかのアメリカ判決を取り上げ、「意味」の公平配分をもくろむものと見て考察をしてみました。こういう特定の判例の分析を通じて、さて、では一般理論としてはどうか、とレッシグやドーフにつなげていこうとしたのですが、残念ながら果たせていません。後者の自由については、「意味の秩序」を操作的に利用する表現（の自由）の問題性について考えてみました。

ということで、私自身は「意味の秩序」を平等のコンテクストに限定し、それを研究過程の途上から自由のコンテクストにウィングを意識的に広げた……という感覚はあまりありません。確かに、関心が生まれた初発は、平等のコンテクスト（Brown 判決や憲法一四条の公序論）が主であったようでもありますが、さきに見たように、自由のコンテクストでも関心を同様に、と言いますか、あまり区別することなく関心を持っていたように思います。自由のコンテクストでは、ヘイト・スピーチがやはり大きな考察対象になりますし、付け加えま

すと、国旗国歌起立斉唱事件最高裁判決における「敬意の表明」論がまさしく「意味の秩序」であったのではないかと思います。これについては、まだ書いてはいませんが、日吉の教室ではかなり重点的に講義しています。

以上、概略しましたように、私は、平等と自由の双方でこの問題を主題化してきました。二〇一二年にある意味で同時に二つのコンテクストで小稿を発表したのはそれを物語っています。「社会的意味」がある種の秩序として働いている、そしてそれを判例も理論も参照しながら議論を展開している、したがって、「意味の秩序」の自由制限的契機や意味の不公平分配を問題化できるのではないか、そう考えているところです。

とはいえ、急いで付け加えておくべきことは、一応、秩序論なので、制限的意味を多分に含むわけですが、しかしそれによって混沌が整序されている点も指摘しておかなければなりません。単に解体してしまえでは済まないわけですね。

二　日吉の憲法講義において

菅谷：　アメリカ憲法学で「社会的意味」が論じられる際には、必ずと言っていいほどBrown判決に言及されるのですが、駒村先生の同判決に対する関心が後に「意味の秩序」論とつながっていくのですね。Brown判決というと、先生は同判決の立役者であるブラックに関する論稿[55]を執筆されていますが、法学部の一年生向けに日吉で開講される必修科目の「憲法（総論・人権）Ⅰ」の講義でも必ずBrown事件で実施された人形テストに言及されています。当該科目の初回のレジュメにはこう書かれています。まず、「では、憲法を考え、学び、語ることのポイントは？　――特に『人権論』との関係を意識して」という項目が立てられ、憲法（とりわけ

人権論）を学ぶ際には「人間の生に対する想像力、不条理に対する根源的怒り、希望を失わない強さ」が求められると論じられています。その上で、熊本県ハンセン病療養所・菊池恵楓園の資料館の展示物の写真と人形テストで使われた二体の人形の写真が添えられ、次の言葉で結ばれます。

「『しょせん、人権をめぐる条文や判例も《ルール》の集積にすぎず、社会に秩序をもたらす道具のひとつ。クールな実務家としては、《じんけん》なんて理念に感情移入せず、割り切って利用するだけ』という声も聞こえてきそうである。ある種の真理であり、また実際そういうドライなリテラシーこそが法学部で学ぶワザであることも確か。しかし、どうして《じんけん》という理念をとりあえずまことしやかに人間は掲げてきたのだろうか？」(56)

私は先生が留学されている頃に学部生だったので、大学院生になって初めて聞いた初回の講義内容は特に印象に残っています。勿論、学部生の頃に受けた小林節先生の「憲法（総論・人権）Ⅰ」も学内外での豊富な経験が反映された内容で、毎回の講義をとても楽しみにしていたのですが（講義の中で小林先生は「駒村君という憲法の専任者がいるが、彼は現在ハーヴァードに留学中なので、君たちの講義は私が担当する」と仰っていました）、その後、大学院生のときに、駒村先生の講義を受けて、憲法学（人権論）の世界の深さと面白さを改めて感じました。先生は大学人として、研究と講義の往還を大切にされていると感じていましたが、印象的な日吉の初回講義のルーツも九〇年代前半のアメリカ南部旅行にあるというのは興味深いです。

私が駒村先生の日吉の講義を聴講していたときには国旗国歌起立斉唱事件最高裁判決の「敬意の表明」論が「意味の秩序」であったという点について伺ったことはないと思います。最近、この点について、日吉の教室で重点的に講義されているということですが、その講義内容についてお伺いできますか。

駒村：　起立斉唱事件最高裁判決（最二小判平成二三年五月三〇日民集六五巻四号一七八〇頁）[57]では、起立斉唱を求める職務命令が一九条の思想良心の自由を侵害するかどうかが争われました。

この点について、同判決は、まず特定の思想を持つ自由（持たない自由）という側面に関して、起立斉唱行為は、「一般的、客観的に見て」、「慣例上の儀礼的な所作」とみられており、かつ、「そのような所作として外部からも認識されるもの」との理解に立ち、それ故、教師の「歴史観ないし世界観を否定することと不可分に結び付くものとはいえず」、本件職務命令は、「歴史観ないし世界観それ自体を否定するものということはできない」としました。この「一般的、客観的に見て」という部分に「意味の秩序」を参照していることが見てとれると思います。起立斉唱という特殊な行為は、「意味の秩序」の水準から見れば、「慣例上の儀礼的な所作」という意味が付与されるという論理がそこにはあります。また、同判決は、起立斉唱行為は、「その外部からの認識という点から見ても」、特定の思想又はこれに反する思想の表明として評価することは困難で、思想の表明や告白の強要には当たらないとしました。一九条のもうひとつの保障モードである「思想表明の不強要」にも該当しないとされたわけです。ここで言われる「外部からの認識」とは何か、これも「意味の秩序」を参照して確定されることになると思われるのです。

そして同判決のポイントのひとつである「間接的制約」論のところでは次のように述べていました。起立斉唱行為は、「一般的、客観的に見ても」（とここでもまたこのセリフが繰り返されます）、国旗および国歌に対する「敬意の表明の要素を含む行為」であると認めました。なので、自らの思想との関係で否定的な思いを持っている「日の丸」や「君が代」に対して敬意を表明することには応じ難いと考える者に、起立斉唱を求めることは、それらに対する「敬意の表明の要素を含む行為」を求めることになる。とは言え、それは「個人の歴史観ないし世界観に反する特定の思想の表明に係る行為そのものではない」が、「個人の歴史観ないし世界観に由

来する行動（敬意の表明の拒否）と異なる外部的行為（敬意の表明の要素を含む行為）を求められること」ではあるので、その限りで、「思想及び良心の自由についての間接的な制約となる」と判示しました。ここにもまた、「意味の秩序」の参照が潜在していると見ております。

以上の判例解説をしたのちに、授業では、「命令」「行為」「内心（思想・良心）」の三対の関係において、「内心」を直に制約する「命令」が直接的制約であり、「命令」が直接的には「行為」に照準してなされるものの、それが「内心」にも影響を与えるものが間接的制約であると整理します。その上で、では「行為」と「内心」を連結させる要素は何かが問題となり、本起立斉唱事件判決において両者を結びつけるものは、「一般的、客観的に」認識され得る行為の意味解釈であって、すなわち「意味の秩序」であって、起立斉唱という行為に対してなされる「敬意の表明」という意味付与であった、との論理が展開されたのではないか、と説明しています。

「行為」と「内心」の連関は、個人が主観的に訴えれば直ちに認められるわけではなく、「意味の秩序」が「一般的、客観的」な意味付与機構として作動していないと認められないことになります。これは、主意主義的な意味の設定がもたらす混乱を整序するには一定の役割を果たし得る構成です。が、これは、逆に言いますと、起立斉唱は内心の直接的発露であるという社会的了解があれば、つまり「意味の秩序」からしてそのような意味解釈が客観的になされるのであれば、直接的制約に該当するという理路もあり得るということです。そういう説明を授業ではしているところです。

菅谷： どうもありがとうございます。起立斉唱事件最高裁判決では「行為」と「内心」の連結が問題になりますが、その連関を判断する上で「意味の秩序」が「一般的、客観的」な意味付与機構として重要な役割を担っていたということですね。わが国の最高裁判例では、「意味の秩序」が自由の射程の境界線を調整したり、あ

るいは、意味の秩序の防衛が自由制限の直接的根拠としておかれたりしてきた、と駒村先生は指摘されていますが[58]、起立斉唱事件の「敬意の表明」論に関する分析を伺って、「意味の秩序」が自由の諸問題を分析する上で応用力のあるツールであることがよく分かりました。

三　「意味の秩序」と平等

菅谷：　先ほど「意味の秩序」に対するご関心の淵源を伺いましたが、比較的早い段階から駒村先生のご関心は「意味の秩序」の自由制限的契機と意味の不公正配分という二つのテーマにあったと思われます。もっとも、現時点での先生のご業績を拝見すると、どちらかというと、前者のテーマにまとまった業績が集中しています（ヘイト・スピーチは両者が交錯する問題なので分類か難しいですが）。他方で、先ほどのご発言によると、後者に関するアメリカ判例の分析を通じて、「意味の公平配分の一般理論」を打ち立てようとされていたとのことですが、この一般理論に関するアイディアはまだ温められているのですか。先生もご存じの通り、私の研究の端緒はキャサリン・マッキノンの「ポルノグラフィーは差別行為である」という言説にあり、最近は、マッキノンのいうポルノを通じた「女性の二級市民」化の問題を市民的平等論の観点から分析したいと考えているので、「意味の公平配分の一般理論」にとても関心があります。もし可能であれば、「意味の公平配分の一般理論」構想の一端をご教授いただけますか。

駒村：　あれ？「意味の公平配分の一般理論」を打ち立てようなんて、そんな前向きな発言しましたっけ（笑）。

菅谷：　確かに仰っていました（笑）。レッシグやドーフとつなげていくという方向性も示されていましたよ。

駒村：　あ、そうですね。言っていました（笑）。ただ、それは「意味の公平分配」の「一般理論」というより

も、「意味の秩序」論を論点の指摘だけではなく、否、論点の立て方も含めて、「一般的理論」として提示できるかどうか、という関心です。自由の文脈や平等の文脈を特に分けるつもりはないんですね。憲法解釈において「意味の秩序」を参酌する場面がちらほら見えるが、これを一般的な法理というか論点として立てることができるのか、という視点です。

例えば、日本の最高裁判決でもしばしば最高裁判事は、「国民の理解」とか「社会通念」に言及しますが、一定の統計的資料に基づく場合や他の知的資源に依拠する場合もありますが、多くは判事たちが自分たちなりに「意味の秩序」を解釈した結果なのではないか。それを批判的にと言いますか、憲法的に捉えて、一定の枠組や判断構造を創り出せないか。最近、いろいろなところで、信教の自由と政教分離について発言する機会が多いのですが、その中でとりわけ私の関心を引くのは、「儀礼」論です。宗教的営みと言われる儀式的行為を最高裁は「儀礼」と置くことによって、政教分離つまり憲法的統制から外してしまいます（津地鎮祭事件判決）。これは「追悼」論も同じですよね。他方で、その宗教性を認定して、政教分離違反を結論する場合もあります（愛媛玉串事件判決）。同じ行為が「宗教的な行為」とみなされるのか「儀礼」とみなされるのか、どのようなレッテルを張るのかで、その憲法的意味が劇的に変わるわけです。このような解釈の枠組構造を解明したいということです。

むしろ、私から伺いたいと思いますが、菅谷さんは「意味の秩序」論を平等のコンテクストで語ることにこだわりがあるようですが、それはどうしてですか？

菅谷：「一般的理論」というのは、意味の公平配分だけでなく、「意味の秩序」の自由制限的契機も含むものだったのですね。先ほども指摘した通り、「意味の秩序論」は自由の諸問題に対して応用力のあるツールであると思いますし、既にわが国の最高裁判決でもそのように活用されていると見受けられる例が散見されますが、

私としては、平等のコンテクストにこだわりがあるというか、関心があります。

石川健治教授がよく仰るように、国家の一括承認によって平等で均質な「国民」（アメリカでいうところの「市民」）の身分が成立したならば、本来、平等は既に達成されているはずです。もっとも、この石川＝イェリネックのStatus論に対して、遠藤比呂通弁護士が鋭く指摘されるように、かかる一括承認によって問題が解決するという想定は「現実離れ」[59]しており、社会によって人格が承認されないことにより、dignity harmを受けるという「差別」の問題が残存すると思われます。勿論、石川教授もこの問題に気がつかれています。その上で、これを「意味」の剝奪の問題であると整理されます。つまり、社会による不承認状態を「人権侵害の最も核心にある『差別』による『痛み』」であると措いた上で、その痛みの質は「人とのstatusの差異それ自体ではなく、社会関係の中で、自らの生きる『意味』が承認されず、偏見の烙印を押され、さらには『意味』そのものを剝奪すらされる痛みと、密接に関係している」[60]と説明されるわけです。この石川先生の整理を踏まえると、Brown判決では直接的には州の分離政策の合憲性が争われていたけれども、本質的にはアメリカ社会における黒人の生きる「意味」の剝奪が問題になっていたのではないか、と思われるのです。【提題】の一で触れた通り、アメリカでは、一九五〇年代後半の公民権運動の後も、八〇年代後半に女性、二〇〇〇年代に同性愛者が承認をめぐる闘争を展開しています。こうした当事者が本当に訴えたかった「痛み」の質とは何なのか、そして、それが「意味」の剝奪の問題であった場合、果たして、それは憲法学がカバーすべき問題なのか、ということに関心があります。

駒村： なるほど。かなり大きな問題をいただきました。論ずべきことは多そうで、それだけで一本の論文ができそうですね。

まず、答えやすい問題からいきますと、Brown判決はまさに「意味の秩序」が問題になった事案であり、

「意味の剝奪」を問うところにまで判事たちの思考が及んだからこそ生まれた判決です。人種分離教育が劣等性の刻印を固定化するという視点、つまり黒人の児童に劣等性の烙印を自らに刻印することを強いている「意味の秩序」への眼差しがなければ、「分離すれども平等」という Plessy 判決の法理を乗り越えることはできなかったはずです。《劣等性を刻印することを強いられている状況》が個別状況ではなく、社会一般の「意味の秩序」がそれをオーソドクシーにしてしまうと《劣等性を自ら内面化している状況》に至り、だからこそ、劣等感は黒人が勝手にそう思っているだけのハナシで社会が強いているわけではないという Brown 判決以前には当たり前に流布していた言説に勝てなくなります。

菅谷：　一八八三年の Civil Rights Cases に係る合衆国最高裁判決[61]の時代からハーラン裁判官は「劣等性の刻印」問題を指摘していましたが、最高裁の多数派は黒人が自らそのような解釈を選択しているとして切り捨ててきました。それが「意味の秩序」への眼差し、具体的には「社会的意味」のオーソドクシー機能の認識によって、ハーラン裁判官の主張が多数派に受け入れられるきっかけになったのですね。先にご説明いただいた、起立斉唱事件最高裁判決の分析も併せると、「意味の秩序」は自由・平等のコンテクストを問わず、「社会的意味」に対する解釈の「主観」と「客観」を切り分ける機能を有しているといえそうです。五四年の Brown 判決以降のアメリカでは、平等のコンテクストで「社会的意味」を参照することが一般化します。が、だからこそ、「社会的意味」の解釈者（の視点）次第では、あらゆる行為が「差別」だとされかねないので、ある行為の「差別」該当性を判断するに当たっては、「差別」だと疑われる行為の遂行者の「目的・意図」（意図しない付随的効果に対する予見可能性も含む）を問うべきだ、という批判も登場しています[62]。もっとも、「意味の秩序」論からすると、「社会的意味」に対する「主観」と「客観」の切り分けは可能で（つまり、先のお言葉を借りると「『一般的、客観的に』認識され得る行為の意味解釈」は成立する）、それにより「差別」の拡張問題に歯止めが

かけられる、というのは重要なポイントであると思われます。

先ほど挙げた「社会的意味」の批判者は「私は行為に社会的意味があることを否定する（I deny that acts have social meanings）」[63]とまでいいますが、それはいい過ぎだとしても、論者ごとに「社会的意味」ないし「意味」の用法にズレがあるので、駒村先生の使うそれについて、ここで整理させていただいてもよろしいでしょうか。

駒村：「意味の秩序」は「秩序」である以上、客観的なものであり、個々人が自分の行為に対して意味付けすることとは別です。個々人が自己の行為に意味付与をする場合、純粋に個人の自律的営みとしてなされることはむしろ稀であり、社会に浸潤している「意味の秩序」との相関関係でなされることが多いのではないでしょうか。また、憲法的な考察の対象となるある行為の持つ意味が、本人としては、例えば、「儀礼」であると意味付与していても、一般的・客観的に見れば、つまり「意味の秩序」を参照すれば、それは「宗教的行為」であると意味の置き換えがなされてしまう、ということもあるでしょう。起立斉唱という身体動作は「儀礼的所作」の要求に過ぎないと主張しても、「意味の秩序」からすれば、一定の「敬意の表明」を強要するものであるとみなされる。「文学作品」「思想小説」だと主張しても、「猥褻」を含むと判断される……こういった行為の法的評価の劇的な変化は、法定の要件によってきちんと画定されればそれは「権利義務の秩序」の問題ですが、一般的に通用している通念に訴えなければ画定できないのであるとすると、それは「意味の秩序」の問題になる、というのが私の議論の趣旨です。

ですので、菅谷さんやレッシグが用いている「社会的意味」との異同や距離は、私にはよくわかりませんが、両者はそれほど違わないと考えています。が、菅谷さんは、「社会的意味」を援用し、自己の意味付与の妥当要求を行う者に対して、「意味の秩序」論がその妥当要求が主観的なものに過ぎないのか、客観的なものなの

かを裁断する機能を果たすと指摘されているように伺いましたが、そういうフクザツな議論を立てるよりも、上に述べたようなものとして、「社会的意味」論とあまり区別せずに議論した方が、無駄に議論をフクザツにしないで済むように思いますね。

また、菅谷さんはリチャード・エキンズを参照して、自己の行為の意味付与に対して「意味の秩序」論の援用を否定する者が出てきた場合の問題を提起されています。これはとても重要な指摘であり、かつ難しい問題ですね。私もまとまった見解を持ち合わせていませんが、やはり、自己の行為に対する自分自身の自律的な意味付与が尊重されるべき場合と、そうではなく「意味の秩序」を参酌して当該行為の意味を一般的・客観的に同定されてしかるべき場合を分ける必要があると思います。教科書的な整理を持ち出せば、確立した「権利・義務の秩序」による場合は、それに従って要件充足を行えばいいわけです（が、それでもどこかで行為の意味の客観的同定を「意味の秩序」を使ってやらないといけない局面は出て来ると思います）。それ以外では、権利の性質と制限の態様の相関関係の中で本人による「意味の自己申告」をどの程度まで尊重するか、「意味の秩序」を使って自己申告を修正・置換するか、を決める必要がありますね。エホバの証人剣道受講拒否事件最高裁判決（最二小判平成八年三月八日民集五〇巻三号四六九頁）は、剣道を体育科目のひとつである「武道」と位置付ける一般的な理解に対して、エホバの証人との関係においては「教義に反する行為を強要させるもの」という「意味の自己申告」を優先させました。そのような判断構造を丁寧に考察する必要があると思いますね。

それから、「差別」と社会的意味論の関係についての質問もなさっていたように思いますが、もう少し質問の趣旨を明瞭にしていただけるとありがたいのですが。

菅谷：　私が気になっている問題というのは、駒村先生のご回答の後半部分に関するものです。先ほど先生はエキンズの議論を「自己の行為の意味付与に対し『意味の秩序』論の参照を否定する者が出てきた場合の問題」

と整理されましたが、「社会的意味」に照らして「差別」だと思われる行為を実践した者に「差別」を行う「目的・意図（purposes, intent）」がなかった場合でも、「意味の秩序」論から「差別」の責任が問われるべきなのでしょうか。先生のご回答でも触れられた、エキンズは「行為に社会的意味があることを否定」しますが、これは「差別」実践者の心理状態を等閑視して、行為の意味を解釈することは妥当ではないと考えているからです。今、私は「『差別』だと思われる行為」という表現をしましたが、誰が「差別」だと思っているのか、換言すれば、誰の視点によって「差別」該当性が判断されるのか、ということがここでは問題になります。この点、「社会的意味」論者のクリストファー・アイスグルーバーとラリー・セイガーであれば、「問題となっている社会への参加適格を有する者（a competent participant in the society in question）」[64]の視点である、と応えるでしょうか、エキンズはこれでは納得しません。彼によれば、ある行為の意味解釈においては、当該行為の遂行者の「意図」が中心的な役割を担っており、あらゆる人間の行動の社会的・公的・表現的意味についての判断の調整を目的とする高度に複雑な慣習体系（恐らく「意味の秩序」に相応するもの）は存在しません。

私自身は法解釈の次元で何某かの「意味の秩序」を措定できると思いますし、先生とのこれまでの対話を通じて、「意味の秩序」論の有用性も実感しています。他方で、ある行為の遂行者の「目的・意図」を俎上にのせることは、「差別」該当性の問題だけでなく、国家による特定宗教の信仰者の支援と非信仰者の周縁化の問題においても重要だといえそうです。このような「社会的意味」と「目的・意図」の問題について先生はどうお考えですか。

駒村：　最後に指摘された政教分離の判定における「社会的意味」と「目的・意図」の取扱いは、津地鎮祭事件判決[65]の試みにひとつの典型が示されています。目的効果基準の「目的」も「効果」も「客観的に判断しなければならない」と言っているものの、その判断は、「外形的側面」のみにこだわるのではなく、「当該行為者が当

該行為を行うについての意図、目的」も加味する必要があると判示しました。同時に、「当該行為に対する一般人の宗教的評価」や「社会通念」に言及し、「意味の秩序」も参酌する方向を出しています。その結果、神職による神式に従った地鎮祭が執り行われたにも拘わらず、主催者の意図も「意味の秩序」からの評価も、いずれも「儀礼」に過ぎないと結論されたわけです。

行為者の意図と社会的意味が同じ方向を向いていたケースでしたが、この点、菅谷さんが示唆されるように、両者が衝突した場合どうなるのか、行為者の意図が優先されるのか、あるいは、行為の社会的意味をエキンズのようにアプリオリに否定するのか、そういう論点が重要な問題として浮上してきます。

さて、行為の差別性について行為者本人の意図をカウントするかどうかの問題ですが、この点についてのひとつの解法は、平等保護との関連でアメリカ最高裁判例が提示した「動機審査」です。私はこの領域の専門家ではないので、正確な考察は別の機会に譲りたいのですが、議会議事録や委員会議事録に現れた立法過程・政策形成過程における発言の差別性を問題にする手法です。これこれの差別的発言を前提に制度構築したのであるから差別的動機があったのではないかと。あるいは、AとBを区別する立法の合理性を論証させ、いずれの論拠も合理性に欠けるとなれば、差別目的に出た立法であるとみなすというような処理もあり得ますね。この点、日本の最高裁が、区別の合理的根拠を求め、それが論証できない場合「差別的な取扱い」になるとしてきた判例伝統も、そのような思考方法に基づくものと言えるでしょう。つまり、一四条の趣旨を「合理的な根拠に基づくものでないかぎり、差別的な取扱いをすることを禁止する」とおいて、合理的根拠を示せなければ、本人の意図はどうあれ、「差別的な取扱い」をするものと断定されるという処理方法です。(66)

それから、「意味の秩序」を誰が解釈するのかという問題ですが、裁判においてはやはり裁判官でしょうね。当事者が主張立証でそれを論証するとしても裁判官が判断するという制度的構成からすればそう言わざるを得

ません。行為者が自己の行為の意味付与を「社会的意味」と置換されることを拒絶できるかどうかは、コンテクストによっては本人の意味付与を尊重すべきでしょう。ただ、一般論として、行為者本人の意図と「社会的意味」を切断し、本人が差別的意図に出たものではないと言う以上、「社会的意味」がどうあろうと、本人の意図が貫徹されると言っていいのかどうか。差別やヘイトの問題領域では、実は、その本人の意図そのものが「意味の秩序」の虜になっている場合があると思います。「意味の秩序」に公然と反逆するような差別的意図を本人意図の尊重という観点から擁護すべきなのかどうか、あるいは、本人の差別的な意図を実は「意味の秩序」が間接的に支えている場合はどうなのか、さらに「意味の秩序」自体の差別性が各人の本人意図を支配している場合はどうか。

こう見てくると、「意味の秩序」は行為に意味付与する準拠枠として用いられるのみならず、憲法的な観点からすると、「意味の秩序」を挑戦すべき対象としても捉える必要があるでしょう。つまり、参照すべき対象であるだけでなく、解体や相対化を試みるべき対象となる場合もあると思います。私が一四条の三関係の規定に照らして、社会的関係における「公序」の設定を言うとき、そのようなことが背景にあります。

四　エンドースメント・テストをめぐって

菅谷：　政教分離に関する審査基準というと、目的・効果基準だけでなく、アメリカのレモン・テストやエンドースメント・テストが有名です。このうちエンドースメント・テストは、レモン・テストの「効果」の射程の不明確性（物心両面の「促進」や「圧迫」が含まれるのか）を乗り越えるために、「効果」には財政的な支援・否認だけでなく、メッセージによる支援・否認も含まれるということを明確にしたものであり[67]、当該テストを定

式化したオコナー裁判官の思考がここでは参照に値すると思われます。つまり、ある行為の意味解釈において、アイスグルーバー＝セイガーは「社会的意味」、エキンズは「目的・意図」を各々重視していましたが、オコナー裁判官は「社会的意味」と「目的・意図」を共に重視するからです。エンドースメント・テストが初登場した一九八四年の Lynch v. Donnelly 事件合衆国最高裁判決[68]のオコナー補足意見の中では、その考えがはっきりと打ち出されました。

「聴衆にとっての発言の意味は、話者の意図と共同体における当該発言の『客観的』意味の両方に依存する。……したがって、政府の行為によって伝達されるメッセージの主観的要素と客観的要素を共に検証することが、当該行為に禁止された意味が付随しているのかを判断するために必要である。（The meaning of a statement to its audience depends *both* on the intention of the speaker and on the "objective" meaning of the statement in the community. .....Examination of *both* the subjective and the objective components of the message communicated by a government action is therefore necessary to determine whether the action carries a forbidden meaning.）」[69]（原文のイタリック・訳文の傍点は菅谷）

このオコナー裁判官の考え方からすると、あくまでも「社会的意味」と「目的・意図」の両方が同程度に重要な判断要素となりますが、アイスグルーバー＝セイガーは当該判示部分から「社会的意味」が決定的に重要な判断要素であることを導き出し（彼らの「参加適格を有する者」という解釈者は、オコナー裁判官の「客観的／合理的観察者」[70]を下地にしていると思われます）、対照的に、エキンズはそのことを批判するわけです。

駒村：　行為の「社会的意味」と行為者の「目的・意図」が一致しない場合はどう処理するのですか。

菅谷：　オコナー裁判官はレモン・テストの「目的」と「効果」について、特定宗教を支持・否認するメッセージを伝達する目的がないこと、実際に支持・否認するメッセージを伝達する効果をもたないこと、と再定位し、二点のいずれかを充たさなければ違憲とします[71]。パブリック・フォーラムにおける十字架展示の拒否の合憲性が争われた、一九九五年のCapitol Square Review & Advisory Bd. v. Pinette事件でも、オコナー裁判官は「政府によるパブリック・フォーラムの運営が宗教を支持する効果をもつ場合、政府関係者がそのような結果を意図しておらず、また積極的に支持していないとしても、国教樹立禁止条項に違反する」[72]と判示しています。

　このことから、エキンズの考え方では、政府に特定宗教を支持・否認する「目的・意図」がなければ、その法令や行為の「社会的意味」にかかわらず、政教分離違反にはならないのに対して、エンドースメント・テストでは、たとえ政府に特定宗教を支持・否認する「目的・意図」がなかったとしても、その法令や行為に特定宗教を支持・否認する「社会的意味」があれば、政教分離違反となる、と整理することができます。政府の側からすると、前者では「目的・意図」に問題がないことを証明すれば免責されますが、後者では「目的・意図」及び「社会的意味」の両者に問題がないことまで証明する必要があるわけです。

　もっとも、エンドースメント・テスト（≒レモン・テスト）の目的要件に対しては、最高裁の中にも批判があります。特に、スカリア裁判官は、議員個人の立法動機の特定が難しいという問題に加え、議会全体で何名の議員が特定宗教を支持・否認する目的をもっていれば法令は違憲になるのか、という問題を投げかけ、これらに対する適切な回答は存在しないので、「立法者の主観的意図を判断することは危険な企てである」[73]として、目的要件を痛烈に批判しています。

駒村：　それぞれの布置関係が明らかになりました。が、さきほど菅谷さんはオコナー裁判官は、エスキンズやアイスグルーバーと異なり、「目的・意図」と「社会的意味」を共に同程度に重視すると言っていましたが、

今ご説明があったように、彼女は、政府が「目的・意図」に宗教性がないと言っても、「社会的意味」が政府の行為に宗教的意味を付与しているのであれば、政教分離違反になると言っているので、むしろ「社会的意味」の方に決定的な重みをおいているのではないでしょうか。菅谷さんが「両方とも重視している」と言ったので、オコナーは、双方が背反した場合に、どのように処理するのだろうと思ったので質問したわけです。

この対話篇はオコナー裁判官の言説分析が主眼でないので、それはこのあたりでやめにして、いずれにしても、政教分離違反の判定基準において、「目的」と「効果」の二点を重視するというのがアメリカ判例の基本姿勢であったわけです。思い切り力技でまとめてしまうと、「目的」は世俗的なものだったといくら強弁しても、それが「意味の秩序」によって裏書されない限り、政教分離違反となる……ということですね。他方で、政府の「目的」が宗教的な動機に出たものであることが明らかであったにもかかわらず、その「社会的意味」は世俗的なものであったという、ちょっと想定しにくいケースですが、宗教的なものを「目的」としたことは明らかですので政教分離違反ということになりそうです。もっとも、この点注意を要するのは、政府が宗教的動機で一定の行為や活動を行えば、当然、その「社会的意味」も変動するでしょうから、眠れる宗教性を目覚めさせる行為に等しく、その意味では「意味の秩序」への挑戦と受け止めるべき事態である点でしょうね。

さて、話しが大分迂回してしまったような気がしますので、ここで元に戻します。そもそも「差別」の問題と「意味の秩序」の関連について議論していたのですが、Brown 判決を経由して、アメリカの政教分離の話題になりましたけれども、この政教分離の問題も《差別と「意味の秩序」》の問題につながるのでしょうか。

菅谷：　オコナー裁判官による判決テクストの書き振りは兎も角、実際のところは、「社会的意味」の方を重視している気がしておりましたので、駒村先生のご整理を伺って腑に落ちた次第です。先ほどから《差別と「意味の秩序」》が話題になっている中で、あえて無関係とも思える、エンドースメント・テストに言及させてい

ただいたのは、同テストが政治共同体における status の格下げ（「差別」の問題）に焦点を当てるものだと考えられるからです[74]。

政府による特定宗教の支持は、厳格審査が適用される、宗教に対する「明らかに差別的な法令や行為」[75]には該当しませんが、非信仰者の信仰の自由を侵害するだけでなく、その人格や政治共同体における status に対して差別的害悪をもたらします。特定宗教の支持は、その宗教の信仰者に対しては〈あなた方はインサイダーであり、政治共同体における望ましい構成員です〉という肯定的メッセージを伝達しますが、非信仰者に対しては〈あなた方はアウトサイダーであり、政治共同体の十全たる構成員ではありません〉という否定的メッセージを伝達します。そうなると、特定宗教（多くの場合、多数派の宗教や宗派）の信仰者は自らの信仰に更なる確信をもちますが、非信仰者は人格の核心である、自らの信仰が否定されたことで著しい人格的侵害を被ります。さらに、非信仰者を含む政治共同体の構成員は、「公認宗教」の信仰者の status が格上げされ、そのことにより、非信仰者の status は格下げされたとみなすようになります。要するに、エンドースメント・テストは「信教の自由」の平等から政教分離原則を捉え直したものだと評価することができるわけです。わが国の愛媛玉串料事件判決[76]はエンドースメント・テストの影響を受けているといわれますが[77]、同判決の評釈においても、エンドースメント・テストが「身分的差別がもたらす痛みの質を、構造的に主題化する力をもっている」[78]ことが指摘されています。

五　「意味の剝奪」の内面化にいかに対処すべきか

駒村：　エンドースによって公認効果を与えられた宗教のステータスが上がるのに対し、それにあずからない少

数宗教のステータスは〝異端の身分〟に置かれるということですね。それが「意味の秩序」とどのように関わるとお考えですか。

菅谷：　Brown 判決に対する駒村先生のご説明を参考にさせていただくならば、《異端の身分》が個別状況ではなく、社会一般の「意味の秩序」がオーソドクシーを支えることになってしまうと《異端の身分を自ら内面化している状況》に至り、最終的には《政治共同体における異端の身分》が確立されることになると考えます。

もっとも、「意味の秩序」論からすると、《異端の身分を自ら内面化している状況》をどのように捉えるべきなのか悩ましく感じています。もし、この状況を本人達が生きる〈意味〉の剝奪であると捉えるならば、それを憲法学がカバーすべきなのか、また、どのようにカバーすべきなのか、という問題が生じると思われるからです。各人が生きる〈意味〉は、従来は法学の射程外とされた「感情」や「情動」とも密接に関わるので、この問題にあまり深入りすると、法律論ないし法学の枠を踏み越えてしまう危険性があります。が、他方で、佐藤幸治教授の人格的自律権や物語論をからすると、自己の存在意義、ひいては自らが生きる〈意味〉の選択やその保障も憲法論として組み込めそうな気もしています。

先生は Brown 判決について「『意味の剝奪』を問うところにまで判事たちの思考が及んだからこそ生まれた判決」と仰いましたが、「意味の剝奪」という難しい問題をどのように扱われるのでしょうか。

駒村：　そうですね。「意味の秩序」の問題性をどこまで引き受けるかは慎重に考える必要があるというのはおっしゃる通りです。個人が社会的意味を内面化してしまっていることをそもそも対処すべき問題と見るかどうか。下手な対処は確かに危険をはらんでいますが、私としては「憲法的対処」はあり得るのではないかと考えているところです。今回はあまり立ち入って議論できませんでしたが、私の「文化」に対するアプローチとも関わってくるのですけれども、「意味の秩序」の相対化や解体に憲法が直接的にコミットするというのではな

く、「意味の秩序」への「挑戦」を可能にするための道具立て、例えば、言論の自由や学問の自由や芸術の自由といった精神的自由権のしっかりした保障を確立するというような関与はそれこそ憲法が受け持つしかないと思います。そこから一歩踏み出して、文化の多様性や多元性を維持・促進する施策の実行を憲法問題と捉えてその適正化を模索することはできるのではないでしょうか。

「意味の剝奪」を返上するための「意味の秩序」への挑戦をどのように構想するのかというテーマが立ち上ってくるでしょう。しかし、「意味の剝奪」を受容し内面化してしまった状況に対しては、パターナリスティックに剝奪状況を匡正することには、一般論としては、警戒すべきでしょう。でも、そこに向かって何かをしないといけない状況に近づいているようにも思います。

菅谷：　どうもありがとうございます。「『意味の秩序』への『挑戦』」は既に何度か登場している視点ですね。本来であれば、Snyder v. Phelps 事件合衆国最高裁判決[79]のヘイト・スピーチは、「ふたつの『意味の秩序』に対する挑戦」であった、という駒村先生のご指摘を踏まえて[80]、「意味の秩序」とヘイト・スピーチの加害者・被害者の関係についてもお伺いしたかったのですが、「意味の秩序」の「位相」が想像以上に大きく、紙幅が尽きてしまったので、次回の楽しみとさせていただければ幸いです。

今回の先生との対話を通じ、「意味の秩序」の「位相」の一端が明らかになっただけではなく、私の研究フィールドに関する視点や助言もいただいたと感じております。大学院を離れた後も、駒村研究室での日々の「対話」を振り返りながら研究を進めてまいりましたが、今回の【対話】は勿論のこと、先生をはじめとする駒村研究室のみなさまとの今後の「対話」も大切にしていきたいです。

【この対話は二〇二五年一二月一八日時点のものである】

（1）駒村圭吾教授は「『意味』の意味には諸説がある」が、「とりあえず意味は『言葉』によっ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ろう」と述べるのみで、自身が用いる「意味」の定義を明示してはいない（駒村圭吾「言葉／意味／権力――トランプの場合、天皇の場合」法学研究九一巻一号（二〇一八）二三頁）。

（2）Dred Scott v. Sandford, 60 U.S.（19 How.）393（1857）.

（3）よく知られている通り、アメリカ合衆国憲法上の「市民」とは、他国の憲法でいうところの「国民」のことであるが（高佐智美『アメリカにおける市民権――歴史に揺らぐ「国籍」概念』〔勁草書房、二〇〇三〕九頁）、市民権と国籍の異同を強調し、前者をより包摂的な共同体を構築する契機とみなすフェミニズム・シティズンシップ論も主張されているところである（岡野八代『フェミニズム的転回叢書 シティズンシップの政治学［増補版］――国民・国家主義批判』〔白澤社、二〇〇九〕二二～二七頁）。筆者としては、フェミニズム・シティズンシップ論に共感する面も少なくなく、また、かねてよりフェミニズムの視点からアメリカの市民的平等論を再定位することに関心があるが、詳細は他日を期したい。

（4）*Dred Scott*, 60 U.S.（19 How.）at 404, 421.

（5）Plessy v. Ferguson, 163 U.S. 537（1896）.

（6）Jack M. Balkin, *The Constitution of Status*, 106 Yale L. J. 2313, 2346（1997）.

（7）Plessy, 163 U.S. at 562（Harlan, j., dissenting）.

（8）*Id.* at 551（majority opinion）.

（9）Brown v. Board of Education of Topeka, 347 U.S. 483（1954）.

（10）Brown 判決を支えたブラックの status 論は、カースト（Kenneth L. Karst）、バルキン（Jack M. Balkin）といった後代の著名な憲法学者に強い影響を与え、現在も平等論の通奏低音のひとつとなっている（*see, e.g.*, Kenneth L. Karst, *Foreword: Equal Citizenship under the Fourteenth Amendment*, 91 Harv. L. Rev. 1, 4 n.18（1977）; Balkin, *supra* note 6, at 2315 n.2）。なお、ブラックに関しては、駒村圭吾「チャールズ・ブラック――象徴的 Constitutional Lawyer の栄枯」駒村圭吾ほか編『アメリカ憲法の群像――理論家編』（尚学社、二〇一〇）三頁以下が詳しい。

（11）Catharine A. MacKinnon, *On Collaboration in* Feminism Unmodified 201（1987）. *See also* Catharine A.

MacKinnon, Only Words 30–31 (1993).

(12) *E.g.*, Perry v. Schwarzenegger, 704 F. Supp. 2d 921 (N.D. Cal. 2010); Obergefell v. Hodges, 576 U.S. 644 (2015).

(13) 駒村圭吾「『意味の秩序』と平等」憲法理論研究会編『危機的状況と憲法〈憲法理論叢書二〇〉』（敬文堂、二〇一二）一二九頁以下。なお、同性婚と「意味の秩序」に関する駒村教授の見解は、本号の吉川智志論文及び対話篇を参照。

(14) *See* Lawrence Lessig, *The Regulation of Social Meaning*, 62 U. Chi. L. Rev. 943, 1041 (1995).

(15) ただし、後にレッシグの関心は、政府による「社会的意味」の規制から政府・私企業による「コード（code）」を通じたアーキテクチャー的統制へと移る。レッシグのいう「社会的意味」とは語用論のそれであり（*id* at 952）、法規範以外の自由に対する制約条件という点で、「コード」と共通点もあるが、両者の懸隔は無視できないだろう。

(16) 本号の駒村教授と吉川准教授の対話篇「一」を参照。

(17) 石川健治ほか「論点講座 憲法の解釈（一三・最終回）Mission: Alternative——連載二年を振り返って」法教三四二号（二〇〇九）二五頁以下。

(18) 駒村圭吾「論点講座 憲法の解釈（一八）Round 6-2 基本権保護義務 基本権保護義務と私人間効力論・再訪——権力・自由権・公法私法二分論」法教三三六号（二〇〇八）四八頁以下。

(19) 駒村圭吾「発信 憲法地域事情（一二・番外編）アメリカ 同性婚論争とアメリカ」法セミ五四巻九号（二〇〇九）六五頁注(8)、同「日本国憲法研究（九）国家と文化」ジュリ一四〇五号（二〇一〇）一三五頁注(5)。

(20) 石川ほか・前掲注(17)三六頁〔石川発言〕。

(21) 石川健治「判批」法協一一四巻一二号（一九九七）一五五三頁、同「人格と権利——人権の観念をめぐるエチュード」ジュリ一二二四号（二〇〇三）二七～二八頁、同「論点講座 憲法の解釈（二）Round 1-2 法的地位と人権 人権享有主体論の再構成——権利・身分・平等の法ドグマーティク」法教三二〇号（二〇〇七）六七頁等参照。

(22) 石川ほか・前掲注(17)三七～三八頁〔駒村・石川発言〕。

(23) 駒村［二〇〇九］・前掲注(19)六四頁。

(24) 駒村［二〇一〇］・前掲注(19)一三四頁。
(25) 同一三五頁注(5)。
(26) 井上達夫『自由の秩序――リベラリズムの法哲学講義』（岩波書店、二〇一七）六頁。
(27) 駒村・前掲注(1)二二頁。
(28) 駒村圭吾「『意味の秩序』と自由」大石眞先生還暦記念『憲法改革の理念と展開（下）』（信山社、二〇一二）一七九頁。
(29) 最大判昭和三二年三月一三日刑集一一巻三号九九七頁。
(30) 「社会通念」の発見・維持を通じて、立法者ではなく、裁判官が意味秩序の形成者として立ち上がるまでの過程を丁寧に追うものとして、駒村圭吾「文学裁判とふたつの近代批判――『チャタレイ夫人の恋人』事件判決」駒村圭吾編著『テクストとしての判決――「近代」と「憲法」を読み解く』（有斐閣、二〇一六）一七頁以下。
(31) 駒村・前掲注(28)一七一頁以下、同「ヘイトスピーチ規制賛成論に対するいくつかの疑問――憲法学的観点、政治学的観点、哲学的観点のそれぞれから」金沢法学六一巻一号（二〇一八）二二八頁以下。
(32) 駒村・前掲注(1)二一頁以下。
(33) C・ギアーツ（吉田禎吾ほか訳）『岩波現代選書一一八 文化の解釈学Ⅰ』（岩波書店、一九八七）六頁。
(34) 駒村［二〇一〇］・前掲注(19)一三四頁。
(35) 駒村圭吾「国家と芸術――意味の秩序と自由」武蔵野美術大学造形研究センター研究成果報告書別冊二〇〇八―二〇一二『芸術と法』（武蔵野美術大学造形研究センター、二〇一三）六三頁。
(36) 同上。駒村教授は二〇一〇年と二〇一三年に「文化芸術と憲法」をテーマにした論稿を執筆しており、いずれもほぼ同様の主張が展開されているが、二〇一〇年論稿の「文化領域の自律性と自由はつながっている」という記述は（駒村［二〇一〇］・前掲注(19)一三五頁）、二〇一三年論稿の該当箇所では表現がトーンダウンされている。恐らくその背後には、〈文化芸術の自由の可能条件論と自律論の接合可能性〉という度々浮上する論点がある（石川ほか・前掲注(17)二五頁〔駒村発言〕・二九頁〔石川発言〕、志田陽子ほか「日本国憲法研究（二〇）座談会 芸術の自由」論ジュリ一九号（二〇一六）一八七頁〔駒村・宍戸発言〕参照）。

(37) 駒村［二〇一〇］・前掲注(19)一三七頁。
(38) 駒村圭吾ほか「日本国憲法研究（九）座談会 国家と文化」ジュリ一四〇五号（二〇一〇）一六一頁〔長谷部発言〕。
(39) 駒村［二〇一〇］・前掲注(19)一四四頁。
(40) 同一四四～一四五頁。
(41) 石川ほか・前掲注(17)三〇頁〔石川発言〕、駒村ほか・前掲注(38)一六〇頁〔宍戸発言〕参照。
(42) 駒村・前掲注(35)六五頁。
(43) 同六七頁。
(44) *See, e.g.*, Hugh Mehan & Houston Wood, The Reality of Ethnomethodology 194-96 (1975).
(45) 駒村ほか・前掲注(38)一六三頁〔駒村発言〕参照。
(46) 駒村・前掲注(35)六九頁。
(47) 尾高朝雄『自由論』（勁草書房、一九五二）九一頁。
(48) Christopher L. Eisgruber & Lawrence G. Sager, Religious Freedom and the Constitution 127 (2007).
(49) 本研究は令和六年度拓殖大学政治経済研究所個人研究助成の支援を受けたものである。また、「意味」の問題に対する人文社会諸科学の研究状況に関しては、ペンシルバニア大学図書館職員の Casey Lees 氏の貴重な助言を得た。記して厚くお礼を申し上げる。
(50) 前掲注(15)参照。
(51) Lessig, *supra* note 14.
(52) Lawrence Lessig, Code and Other Laws of Cyberspace (1999).
(53) Michael C. Dorf, *Same-Sex Marriage, Second-Class Citizenship, and Law's Social Meanings*, 97 Va. L. Rev. 1267 (2011).
(54) 瑞慶山広大「統治技法としての社会規範――『間接規制』の憲法的統制のための視座構築」慶應義塾大学大学院法学研究科論文集五七号（二〇一七）九一頁以下。

(55) 駒村・前掲注(10)。

(56) 二〇一四年度慶應義塾大学法学部「憲法（総論・人権）Ⅰ」における春学期・#1のレジュメ「イントロダクション『国家と人権』――三・一一の後でいかに日本を〝普遍的に〟語るか」。なお、菅谷は二〇一三年度と二〇一四年度に同科目の講義を聴講する機会を得たが、いずれも初回の講義のクライマックスでBrown判決への言及が行われている。

(57) 本判決を皮切りとして、一か月の間に、合計四つの小法廷判決が下された。最一小判平成二三年六月六日民集六五巻四号一八五五頁、最三小判平成二三年六月一四日民集六五巻四号二一四八頁、最三小判平成二三年六月二一日集民二三七号五三頁。

(58) 駒村・前掲注(28)一七九頁。

(59) 遠藤比呂通「法主体としての『ホームレス』？」法社会学二〇〇六巻六四号（二〇〇六）一四九頁注(1)。

(60) 石川［二〇〇七］・前掲注(21)六七頁。

(61) Civil Rights Cases, 109 U.S. 3 (1883).

(62) Richard Ekins, *Equal Protection and Social Meaning*, 57 Am. J. Juris. 21, 27 (2012).

(63) *Id.*

(64) Eisgruber & Sager, *supra* note 48, at 127.

(65) 最大判昭和五二年七月一三日民集三一巻四号五三三頁。

(66) 尊属殺重罰規定違憲判決・最大判昭和四八年四月四日刑集二七巻三号二六五頁。

(67) 安西文雄「平等保護および政教分離の領域における『メッセージの害悪』」立教法学四四号（一九九六）九〇～九一頁参照。

(68) Lynch v. Donnelly, 465 U.S. 668 (1984).

(69) *Id.* at 690 (O'Connor, J., concurring).

(70) 当初、オコナー裁判官は「社会的意味」の解釈に際して、法律の条文、立法の経緯、そして法律の執行状況を熟知した「客観的観察者」の視点を措定していたが（Wallace v. Jaffree, 472 U.S. 38, 76 (1985) (O'Connor, J.,

concurring in the judgment))、後に「客観的観察者」は「合理的観察者」へと再定位された（Witters v. Washington Department of Services for the Blind, 474 U.S. 481, 493 (1986)（O'Connor, J., concurring in part and concurring in the judgment)）。

(71) *See Lynch*, 465 U.S. at 690.

(72) Capitol Square Review & Advisory Board v. Pinette, 515 U.S. 753, 777 (1995)（O'Connor, J., concurring in the judgment).

(73) Edwards v. Aguillard, 482 U.S. 578, 638 (Scalia, J., dissenting).

(74) 安西文雄ほか「日本国憲法研究（八）座談会 政教分離」ジュリ一三九九号（二〇一〇）六八頁〔安西発言〕参照。

(75) *Lynch*, 465 U.S. at 687 n.13 (majority opinion).

(76) 最大判平成九年四月二日民集五一巻四号一六七三頁。

(77) 安西文雄「日本国憲法研究（八）政教分離と最高裁判所判例の展開」ジュリ一三九九号（二〇一〇）六〇頁参照。

(78) 石川健治「判批」長谷部恭男ほか編『憲法判例百選Ⅰ〔第八版〕』（二〇二五）九七頁。

(79) Snyder v. Phelps, 562 U.S. 443 (2011).

(80) 駒村・前掲注(28)一九一頁。