琉球大学学術リポジトリ

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

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/20.500.12000/1810

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――

森川恭剛

目次

一　はじめに
二　文化的抗弁あるいは文化的証拠
三　多文化主義批判
四　多文化主義とフェミニズムの交差
五　終わりに

一　はじめに

一　憲法一四条一項は、「（私たちは）法の下に平等であって」と述べているが、「法の下の平等」の意義に関する法適用説と法内容説あるいは平等権か平等原則かの議論、また「平等」についての形式的平等と相対的平等の考え方の説明から、刑法上の保護法益として考える場合の平等とはどのような内容か、あるいは平等という法的価値が犯罪論にどのような影響を及ぼすかについて検討するための重要な指針を導き出すことは容易でない。右の文言は、「国民は、法の定立および適用に当たって、法のもたらす利益の面（たとえば教育）においても不利益の面

（たとえば刑罰）においても、差別されない権利――すなわち平等――を保障されている」、という意味であると説明されている。[1] このように解される同条項が刑法学に提起した代表的な論点は、刑法一七七条の行為客体における性の特定性や一九九五年の刑法の一部改正により削除された尊属殺等の加重規定の合憲性についてであった。前者について最判昭二八・六・二四（刑集七・六・一三六六）は、「男女両性の体質、構造、機能などの生理的、肉体的等の事実的差異に基き且つ実際上強姦が男性により行われることを普通とする実態に鑑み」、女性のみを保護することは合理的であるとしている。刑法一七七条は不合理な性差別であるとする反論もあるが、[2] 何れにせよ、「強姦が男性により（女性に対して）行われる」のは性差別であり、強姦行為は平等を損なうという考え方は見られない。これまでの議論の前提は、差別是正を目的とする法であれその差別性を審査せずにはおかないというものであり、現実に存在する社会的な差別を憲法一四条との関係で論じることには消極的であったように思われる。[3]

後者の論点においても議論の枠組みは同じであった。最判昭四八・四・四（刑集二七・三・二六五）は、①尊属に対する尊重報恩の倫理の維持は尊属を不合理に取り扱うものではないから、これを刑法上の保護法益とすることができ、したがって尊属殺人の加害者と普通殺人の加害者の異なる取扱いは憲法一四条一項に違反せず、②尊属殺人の加害者に対する法定刑が死刑と無期懲役刑であることは普通殺人の加害者のそれと比較して合理性を持たないから違憲であるとした。[4] 注意したいのは、①では異なる取扱いの合理性の判断基準が明らかであるのに対して、②ではその不合理性の判断基準が明示されていないことである。しかし――明示されていないが――私たちが右の尊属殺重罰規定違憲判決で最も印象深く受けとめるのは、「（被告人に）いかに酌量すべき情状があろうとも法律上刑の執行を猶予することはできない」という理由で、尊属殺に刑法一九九条を適用して被告人を執行猶予にしたことであろう。被告人に酌量すべき情状があるとは、「被告人は少女のころに実父から破倫の行為を受け、以後本件

にいたるまで一〇余年間これと夫婦同様の生活を強いられ、その間数人の子までできるという悲惨な境遇にあった」等の事実を指しているから、刑法二〇〇条が違憲とされたのは、こうした事実関係が特別な法的考慮に値すると考えられたからである。しかしそれはなぜ法的に特別な考慮に値するのか、これを法的に考慮する際の論理はどのようなものであるかについては、おそらく議論が不足しているのである。弁護人の上告趣意はこの点について、「奴隷的拘束の下に十五年の忍従生活を強いられて来た」被告人はここから脱却しようとして正当防衛（少なくとも過剰防衛）の行為にでたのであり、あるいは抵抗権を行使したのであると説明する。こうした解釈論は今のところ十分に理解されていないが、類似性のあるその他の事案でも同様に主張されている。例えば「無法な人身売買組織の手にかかり日本に入国し、法外な値段で取引の対象とされ、被害者の管理下に置かれ」、「人権を全く無視した非情、苛酷な扱い」を受けた被告人らによる強盗殺人につき正当防衛を認めず酌量減軽をした水戸地下妻支判平六・五・二三（とその控訴審である東京高判平八・七・一六／判時一五九一・一三二）であり、内縁の夫を殺害した被告人に過剰防衛の成立を認めた名古屋地判平七・七・一一（判時一五三九・一四三）であり、また部落解放同盟の役員の糾弾行為につき原審の無罪を破棄して監禁罪の成立を認めた大阪高判昭五六・三・一〇（判時九九六・三四）であり、さらに日の丸旗を焼却した被告人の行為は正当防衛または緊急避難の行為であり、また抵抗行為・象徴的表現行為であるという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）（とその第一審である那覇地判平五・三・二三／判タ八一五・一一四）等である。これらの事例における被告人の主張の類似性とは何であり、それを上手く汲み上げる論理とはどのようなものであるかを本稿は問題化しようとしている。

二　しかし、憲法一四条一項との関係で問題とすべきである差別行為の刑法的規制についてこれまで論じられてきていない訳ではない。内野正幸は部落差別行為を刑罰で規制するものとして労働基準法三条・一一九条一号と国家公務員法二七条・一〇九条八号（同様に地方公務員法一三条・六〇条一号）を上げている。労基法三条は「賃金、労働時間その他の労働条件について、差別的取扱をしてはならない」と規定し、国公法二七条は「すべて国民は、この法律の適用について、平等に取り扱われ、…差別されてはならない」と規定する。しかし、それらにおいて保護法益をどのようなものと考えるかについては言及がない。[5] 他方、大阪府部落差別調査等規制等条例による一定の調査・報告等の行為の規制については（間接的に罰則を用意している）、内野は「部落の人々のプライバシーの保護の必要性をもちだすことによって」その合憲性を説明しており、[6] さらに差別的表現行為一般の規制の根拠については、「その表現のもたらす害悪から、差別されている人たちを守る」こと、つまり「差別的表現の対象となった人々の名誉」がそれであると述べている。[7] この最後の点に関して平川宗信も同様の見解を展開しており、差別的名誉毀損については名誉毀損罪で、差別的侮辱については侮辱罪で対応すること、さらに後者に関してその保護法益を「普遍的名誉（人間の尊厳な状態）」と解して、他人の人間としての価値を否定する差別的表現こそが侮辱行為であると同罪を再構成することを提案している。[8]

平川は差別行為の刑法的規制について「平等の刑法的保護」の問題として論じているが、しかし以上の例において、平等は、個人的な平等権としてであれ、積極的に保護法益として位置づけられていない。そしてこの点は問題の行為が被差別者個人に向けられるのではない場合においても同じであり、平川は、差別の扇動・宣伝について、「（それらは）扇動・宣伝された差別的取扱や迫害が実行される危険性に着目した危険犯であり、その保護法益は、被差別者の生命・身体・自由・人格・財産等と解すべき」であるとする。また集団に対する差別的名誉毀損・侮辱

について、「（それらは）差別意思・差別感情の表示を本質とするものであり、その根底には被差別者の人間の尊厳の否定がある」から、「これを集団構成員の人間の尊厳の否定に還元してとらえることが可能であ（り）」、したがって「（そ）れらの行為は、集団に対する侮辱を通じて間接的に構成員の人間の尊厳を侵害する行為」である、とした上で、「『集団侮辱罪』を侮辱罪の延長線上で犯罪化する」ことを提案している。[9]

このように、差別行為の刑法的規制を考えるにあたり、中心的な論点となっているのは差別的な表現行為の刑法的規制の是非であり、そこでの議論の方向は表現の自由を保障する憲法二一条に違反することなく差別的表現を規制することができるとすればその正当化の根拠は何かを問うものであり、その際、平等をその根拠として持ち出さないことが一つの特徴である。その理由を内野は、「法律的な意義での平等は、差別的取扱いの禁止を意味するのであり、差別的表現の禁止を含むものではない」と説明する。[10] しかし他方で、内野は差別の扇動について、「実際に差別的取扱いを引き起こす現実的な危険をもつものについては、それの禁止を正当化する目的（対抗利益）は差別の防止である、と考えることができよう」と述べているので、[11] 憲法一四条が保障する平等が少なくとも差別行為（差別的表現を取りあえず措く）の刑法的規制の根拠となりうることは肯定されている。ただ差別行為が個人に向けられる場合、平等の観念が人間の尊厳、個人の尊重に根をもつのであれば、[12] 平川の述べる侮辱行為が個人の尊厳を侵害するというように、それを個人的法益の侵害の次元で理解することは不足がないのである（それゆえ内野は差別の扇動について右のように述べるのである）。

しかしながら、人種差別撤廃条約四条が禁止を要求するのは人種差別的表現行為と集団に対する人種差別的暴力行為であり、同条約を締約するノルウェーでは、重大な暴力行為に関する刑法二九二条が加重事由として人種主義的動機を加えているという。[13] この場合の侵害法益の内容は身体の完全性と平等に対する攻撃であると言ってよいで

あろう。そしてこの意味での平等侵害は集団に属する個々の構成員が差別的取扱いを受ける（危険性がある）ことではなく、平等という人と人あるいは集団と集団の関係のあり方に関する、社会的な次元の価値の侵害をいうのではなかろうか。そうであるとすれば、同条約四条が禁止する差別的表現とは人種的優越観念の流布、人種差別の扇動、人種差別的暴力行為の扇動、人種差別を助長する宣伝活動等であるから、その根拠を右の意味での平等の価値に求めずに、還元論の手法を用いて、右の行為により実行に移されうる差別的取扱いや迫害により危殆化される個人的法益（被差別者の生命・名誉感情等）にのみ求める理由はないのではなかろうか。人種差別的表現の刑法的規制の必要性を主張するマリ・マツダは、その理由を、「人種差別（racism）はある特定集団の人種的劣等性の観念に基づく当該集団の構造的従属化であり、人種差別的表現は昔からの上下の関係を固定化してこの従属化の一つの手段となるので、特別に有害である」等として説明する。例えばクー・クラックス・クランの行進（open display）はその正統性を伝達せずにはいないのであり、これを法的に保護することは「構造的に人種差別的なアメリカ社会の現実」を容認して、その正統性を助長することにしかならないのであり、それゆえ、それは禁止されねばならないのである。[14] ここでは平等という法的価値が社会の次元で（社会的な差別との関係で）把握されており、その資格において差別行為を刑法的に規制する根拠となっている。こうした把握の仕方を犯罪論に取り入れることは法益論においてのみならず行為の違法性を評価するに際して意味をもつと本稿は考えている。

三　犯罪論において平等あるいは差別をどのような方向で問題にしようとしているか、またその際の平等の内容はどのようなものとなるかについて簡単に述べた。こうした論点を本稿は多文化主義との関連で取り上げていきたい。

多文化主義（multiculturalism）は人種主義や同化主義に基づく多文化・他民族社会の統合政策を反省する人種・民族・エスニック政策原理であり、非英仏系移民の反対を受けて英仏系の「二文化主義」の克服がはかられたカナダや白豪主義を放棄してアジア・太平洋地域のなかへの位置づけを試みたオーストラリアで一九七〇年代頃から採用されていた。[15] この二国の多文化主義については、多国籍鉱業資本による乱開発と環境破壊に反対してその生存権を主張する先住民の態度表明がその重要な要因となり形成されたとする見方もあり、ここではアメリカやアマゾンにおける先住民の同種の反対運動との関連性が意識されている。[16] さらに多文化主義という言葉は、「アメリカの黒人運動やマイノリティ運動の高揚、経済や政治における国際化の進展（とりわけ西欧諸国における外国人労働者の増加）、旧ソ連・東欧諸国の社会主義体制崩壊にともなう民族主義紛争の噴出、近代的な国民国家を統合するEUの成立、アジアの他民族国家の問題の捉え直しなどなど、様々な人種・民族・エスニック集団の多元的状況が浮き彫りになる中で、近年さかんに用いられている」。[17] このように多文化主義が語られる問題状況は複雑であり、その概念の確定した定義はいまだ存在しないようであるが、概略的には、多様な形態で存在するマイノリティとマジョリティの関係を見直し、とりわけ後者から見た前者の文化的差異を尊重・配慮しつつ、それらの間の不平等をなくしていこうとする思想原理・政策原理であると理解されているということができるであろう。[18]

この多文化主義と刑法の関係について、オーストラリアとアメリカにおける議論が簡単に紹介されている。[19] オーストラリアでは、一九八九年に総理府多文化局のもとで作成された多文化政策の基本方針と実施計画を打ち出す「多文化オーストラリアのための国家的課題」が公表され、この中で法的に実現すべき課題として次の二点が上げられている。一つは法及び法制度に内在する暗黙の文化的前提を全体的に検討し、これが意図的ではないとしてもある特定集団に属する者を不利益に取り扱う可能性があることを明らかにして、法の下の平等を促進すること、も

う一つは文化的・社会的多様性に寛容で、それらを認めあい、関連する個人の諸権利を尊重し保護する環境を促進することである。[20] そしてこれを受けて一九九二年に連邦政府法改正委員会による「多文化主義と法」と題する報告書が公表され、法はある特定のエスニック集団に対して差別的であってはならず全ての者に平等に適用されるべきこと、しかし自由な民主主義社会を維持する上で必要な限度内で各個人は自由にその文化的ないし宗教的価値観を選択し、保持し、表現することができ、またそうであるべきであること、したがって法は個人の文化的経験や価値観や行動様式等を考慮することが求められる場合には、それが差別的とならずまた他人の権利を危険にすることがないのであれば、それらを考慮すべきであること等の基本原則が確認され、そして刑事法との関連では刑事手続のあらゆる段階で被告人の文化的背景が考慮に入れられるべきであることが勧告として出された。[21] これは犯罪論との関係では例えば過失の標準を一律に合理的な一般人とするのではなく当該行為者が民族・エスニックマイノリティに属する場合にはその文化的背景を考慮して個別的に判断する必要がある、ということである。橋本雄太郎が指摘するように、これは労力を要するが、多文化社会はこれを選択せざるを得ないのである。[22] アメリカでの議論も基本的には変わらないが、そこでは文化的マイノリティに属する被告人の行為を説明する社会的背景事情が被告人に有利に働くか、有利に働くとすればそれはどのような場合か、ということが問題となっている。

ところで、垣花豊順は一九九七年一二月の第一九回琉球大学アメリカ研究大会において「多文化主義における個人の尊厳」と題して報告を行っている。垣花の議論の出発点は、明治憲法と教育勅語が支配する皇民化主義のもとでは国民は一億一心、国家に須要な人材として育成されるばかりであったという反省であり、そこから憲法一三条は全体主義を拒否すると強調して、個人の尊厳とは「各人は別個独立の人格をもった掛け替えのない尊い存在だとの確信、個人を人間社会における全ての価値の根元とみる思想」であるとする。また多文化主義は「神々の共存」

「複数の正義」の存在を認める寛容の政治・教育・社会を目指すと指摘して、前者（個人の尊厳）が後者（多文化主義）の基礎であるという認識を示された。[23] 多元的社会において共有される価値判断の基準は個人の尊厳あるいは個人の尊重であるとするこの考え方は、多文化主義に関する一つの疑問に対する明確な回答であり、本稿の前提となっている。その疑問とは、「『基本的人権』と矛盾しても、多文化主義の名の下、一夫多妻や女子割礼を認める覚悟があるのかどうか」、言い換えれば多文化主義とは西欧的な価値への同化を強いるものでしかないのではないか、ということである。[24] それゆえ本稿はこれに対して、「普遍性を独占している西欧文化を唯一至上のものとする『普遍主義』を批判しながら、そこから生まれた『人権』や『民主主義』の思想を、それがふくんでいる歪みや偏りからひきはがして受けつぐ」ことを基本的に選択している。[25] これはチャールズ・テイラーが述べたところの、「自由主義もまた、戦う一宗派である」ことを認めるものであると考えている。[26] 一九九四年九月にアメリカのアラスカ州でアラスカ半島沿岸地域に住むトリンギット族の部族裁判所が開かれ、ワシントン州シアトル近郊でピザ配達人から四〇ドルとピザを強奪した同部族に属する二人の少年が、「大きな自然の法則にしたがって成長するために」、一二ヶ月間アラスカの二つの無人島にそれぞれ追放されることになったという。[27] これは私たちのものとは異なる法制度であり、私たちの採用していない価値観に従うものであるが、そこには私たちの尊敬に値するものが含まれていないとは断言できないであろう。同様に、法律解釈論も常に異なる文化的価値に晒されていた方がよいのであり、個人の尊厳あるいは平等の観点から必要があればそれらを認めて、また取り込んでいく必要があると考えるのである。

犯罪論において差別を問題にする方法と副題に書いたように、本稿の意図は問題解決にあるのではなく、犯罪論において差別を問題化する際の議論の一つの方向性を呈示する点にある。そのために以下では、アメリカで発表さ

れた数本の論文に依拠して、多文化主義とフェミニズムは対立するのではないかという問題を取り上げ、両者は基本的に択一の関係にある性質のものではなく、またそのように考えるべきではないという議論を紹介しようと思う。このアメリカの議論を紹介するのはもちろんそれ自体が興味深いからであるが、あくまでその主眼は、両者を対抗させない姿勢から犯罪論において差別を問題化するために立脚すべき反差別の見地を学ぶことである。

二　文化的抗弁あるいは文化的証拠

一　多文化主義者とフェミニストが対立している、というのは文化的抗弁（cultural defense）の是非をめぐってである。以下の議論に見通しを与えるために、あらかじめ多文化主義とフェミニズムと文化的抗弁の三者の配置を示しておくと次の通りである。まず文化的抗弁とは、人種・民族・エスニックマイノリティに属する被告人の行為がマジョリティの支配的価値観で書かれた刑法に反するとき、被告人の文化的背景を持ち出してその行為を説明して、それを正当化しあるいは責任を免除・軽減しようとする一つの積極的抗弁（affirmative defense）である、と一応言うことができる。つまりこの概念は、マイノリティ文化の中で生育した者における価値がマジョリティ文化の価値と対立するとき、もっぱら前者に譲歩を強いる解決を刑法学が選択しないことを求めるのであり、多文化主義者が犯罪論に持ち込もうとしているものである。しかし、この概念はいまだ形成途上にあり確定した定義は存在していないようであり、一つの抗弁事由としていまだ裁判所の認めるところでもなくその地位は確立していない。それゆえ代表的な事例を上げることが問題状況を知る上で明快であろう。

例えば、チェン・ケースでは（People v. Dong Lu Chen No.87-7774（N.Y.Sup.Ct. Dec.2,1988））、中国系移民の被告人がその妻の不貞を知り彼女をハンマーで撲殺している。殺害の事実については争いはなかっ

たが、犯行にいたる被告人に固有の事情が専門家により次のように証言された。被告人の憤激と暴力的衝動はその出身地の文化的環境の下では通常のものであり、その土地ではしかしこのような場合は第三者の仲介があり殺害にはいたらないものである。しかしアメリカのブルックリンではそのような条件が欠けていた。この文化的な証言が採用され、被告人は謀殺ではなく故殺罪で有罪になり保護観察におかれている。

ライネス・ケースでは（People v. Rhines, 182 Cal. Rptr.478（Cal.Ct.App. 1982））、大声で威嚇しながら有形力を行使して被害者を強姦したとして起訴された被告人が、被害者との性交の事実を肯定して、しかし黒人は互いに大声で話をするものであり、これは白人種との文化的差異であるという心理学者の証言を用いて、被害者の同意に関する錯誤の合理性を主張している。この事件ではこの証言は排除された。

しかし、同様に強姦の成否が問題となったモウア・ケースでは（People v. Kong Moua, No.315972-0（Fresno County, Super.Ct. Feb.7,1985））、ラオスのモン族出身の被告人により、重罪的強姦罪と略取罪の容疑を受けている自己の行為とそれに対する被害者の抵抗行為はモン族の慣習的な婚姻形態（いわゆる略奪婚）に従うものであると主張され、司法取引が行われた結果、不法監禁の犯罪事実で有罪の答弁が行われた[28]。

右の三事例に共通しているのは被告人が男性であり、被害者が女性であり、被告側から提出される文化的情報は男性を利する目的をもっていることである。もし文化的抗弁がこのような目的をもつものであり、あるいはそのような結果をもたらすものであるなら、アメリカの裁判所がそれを承認することは、国際人権法（国連の女性差別撤廃条約五条a項は「両性いずれかの劣等性若しくは優越性の観念又は男女の定型化された役割に基づく偏見及び慣習その他あらゆる慣行の撤廃を実現するため、男女の社会的及び文化的な行動様式を修正すること」を締約国に求めている）に反するであろう、とフェミニストは論じることができる[29]。これが対立である。フェミニズムの立場か

ら発言するニルダ・リモンテは、「太平洋・アジア地域の文化は女性に対する暴力を現実に是認している側面をもつ」と指摘して、「私たちは文化的抗弁を今きっぱりと拒絶しなければならない」述べている。[30] この文化的抗弁に対する否定的評価はさらにそれが根拠とするところの多文化主義に向けられるが、この批判的見解の拠りどころは、ドリアナ・ランベレット・コールマンによれば、被害者あるいは女性の「権利」（さらには「平等」）という普遍的な価値である。[31] しかしながら、この論法には先述の「歪み」や「偏り」が含まれている可能性がある。レティ・ボルップがコールマンの研究を「バックラッシュ」であると論難するのはその表れである。[32] 本稿もこのボルップの指摘をうけて、「文化的抗弁は刑事裁判における多文化主義と女性の権利の対立なるものの原因ではない」と論じるホリー・マガイガンの見解を最後に紹介しようと思う。[33] しかし同時にマガイガンは「文化的抗弁を承認することは、被告人が文化的情報を用いようとする際に直面する現在の問題に対する解答にならない」とも述べるのであり、[34] この点が議論をやや複雑にしているといえる。ともあれ本稿の枠組みは右のようなものであり、最初に、「刑法における文化的抗弁」と題するハーバード・ロー・レビュー九九巻六号に掲載された匿名の論考（以下、Note）の叙述に即して、文化的抗弁の意義を確認しようと思う。[35] この Note は「文化的抗弁」の語を用いた最初期の法律文献である。

二　文化的抗弁の意義

ついては、刑法に内在的な側面と外在的な側面の双方から説明が行われている。前者は、前出のライネス・ケースをみれば分かるように、被告人の主張の基本は被害者の不同意について錯誤があったということであり、これ自体は伝統的な抗弁であるが、しかし既成の枠組の中で被告人に関する文化的情報を考慮するのは限界があろう、ということを問題にする。Note は、第一に、責任無能力の抗弁（insanity defense）を用い

ることの問題性を次のように説明する。たとえ被告人が、その身につけている文化的価値の差異のために、「自己の行為の犯罪性（違法性）を評価し、あるいは自己の行為を法律の要件に適合させる、実質的能力を欠いていた」（模範刑法典四・〇一（一））としても、その判断は少なくとも被告人の精神の混乱を前提とし、そしてこれは「精神の障害」（mental disease or defect）の語義のかなり拡張的な解釈を必要とする。さらに被告人を「正気でない」（insane）とみなすことは、被告人の文化が認める行為を否定的に評価することであるから、刑務所と精神療養施設への収容の後者のラベリング効果が高いと考える場合はなおのこと、被告人の自尊心を傷つけることになるかもしれないと。第二に、被告人の故意を阻却するために事実の錯誤の抗弁等を利用して文化的情報を提出する方法についても、Note は、しかし文化的抗弁を問題にしようという多くのケースで被告人の故意（主観的要件）については争いの余地はないという事情があると指摘する。例えばバトラー・ケースでは（State v. Butler, No. 44496（Lincoln City. Cir. Ct. filed Mar.11,1981））、アメリカン・インディアンのある部族のメンバーが部族の神聖な墓地を冒涜した侵入者を殺害しているが、被告人らはむしろ確信をもって殺人を行っているのであり、したがってこの種のケースでは、その部族の法によれば被告人らの殺人行為は被害者の行為に対する正当な「刑罰」であったこと、それゆえ彼らにはその「刑罰」を科す権限があったのだということが、独自の文化的な抗弁として主張される他はないのである。第三に、検察官の起訴と裁判官の量刑の判断に際して裁量的に文化的要因を考慮することが現在行われているが、これは効果的であると同時に重大な問題を含むことである。つまり、手続的保障がなく、指針も存在しないため、その取り上げ方が首尾一貫しないという欠点である。そしてそれは裁量であるから、文化的マイノリティに対して否定的に作用する危険を有するのであり、実際に歴史的には偏見に基づいて裁量が行使されたのであり、また現在の量刑に関する統計が示すのはマイノリティに対する差別がそこに存在することであ

る。したがって文化的抗弁の目的を裁量に委ねるのは実に皮肉なことであると言わざるを得ないのである。[36]

次に、刑法に外在的な側面からの説明であるが、これは次のように表現されている。文化的抗弁は「個別化司法と文化的多元主義の原則をアメリカ社会が組み込むことの表明として」承認されるべきであると。[37]――まず、個別化司法（individualized justice）の原則とは、刑法学では、被告人に対してその個人の有責性の程度に応じた刑罰を科すことを意味し、有責性の程度を減少させる状況があれば刑罰を減じなければ不当であると考えることをいう。このような認識に導かれて、最近の裁判所は「殴打された妻の抗弁（battered spouse defense）」という新しい抗弁を承認しつつあるが、これは伝統的な自己防衛や責任無能力の抗弁では妥当な結論を導くことができないからでもある。この同じ事情が文化的抗弁に関しても有利に働くはずである、と Note は指摘する。例えば、異文化の中で生育して、もっぱら適用される法律の存在を知らなかったために犯罪行為を行った者に対して、「法の不知は赦さず」の原則を厳格に適用することは公平を失するであろう。エスニシティに富みマジョリティの価値観から隔てられた社会で生育したネイティブ・アメリカンや新しい移民には、同原則の前提となっている、生活の中でアメリカの法律の知識を身につけていくという条件が欠けているからである。第二に、同様に異文化の中で生育した、遵法的な精神の持ち主は、もっぱらその文化的価値の求めるままに行動するときそれが犯罪行為となることがありうる。一般に法は道徳的に正当な価値を具現し、そのようなものとして承認され各人に内面化されたとき行為規範としての有効性を増すが、異なる文化の中で異なる法規範を身につけた者は、新しい法規範に順応することが難しく、したがってそれを単に知っただけでは、必ずしもそれに従うことが道徳的に正当である、と考えないのである。そのような者による犯罪行為を判断するに際して、その者の文化的背景は、法が考慮すべき、個別的な事情を表しているということができる（と Note は述べる）。[38]

続いて文化的多元主義の観点について、個別化司法の原則は各人の文化的価値を正当に評価しようとして、文化的に多様な社会を目指すと Note は述べて、次の四点を文化的多元主義の支持される理由として上げている。第一に、多元主義が社会に活力を与えることであり、第二に、平等の原則が複数のエスニック・グループのそれぞれの差異への権利を尊重すべきことを要求し、またこの差異のゆえにマイノリティがマジョリティから不当に扱われることのないように要求する点である。第三に、アメリカは自由を建国の理念としており、これは多様な文化的背景をもつ人々がその諸価値に従い生活する自由を容認するものであることである。第四に、こうして唯一の正統性をマジョリティに付与することが避けられ、これが専制主義に陥らないための砦となる点である。Note が強調しているのは、アメリカが文化的に多様な国であるべきことであり、またマイノリティが「マジョリティと対等なものとして受け入れられるためには、その独自の文化的価値を手放して主流のそれを受け入れる以外にない」と信じ込まねばならない社会を想像したくはないということである。[39][40]――この点については、より徹底した議論をボルップのコールマン批判において見ることにしたい。

三　右のようにその意義の説かれる文化的抗弁であるが、しかし、多文化主義者の改革目標を共有するマガイガンが、一つの独立した抗弁事由として文化的抗弁を承認することには反対しているのでその説明を聞いてみよう。[41]理由は次の通りである。

彼女の整理によると、文化的抗弁の問題はマイノリティ文化に属する被告人の三類型に応じてそれぞれ特徴のある取り上げられ方をされている。第一に、最も注目を集めているのは、東南アジアからの新しい移民を主に念頭においた類型であり、この場合は、①被告人の行為はその属する文化の中では犯罪ではないという正当化の論理とし

て、②その文化の中ではより緩やかな刑罰に値するという軽減的責任免除（mitigating excuse）の論理として、③その行為は被告人の文化変容や同化のストレスの不可避的な結果であるという責任免除（excuse）の論理として、文化に基づく抗弁が構成可能である。責任免除とは、違法行為の行為者への帰責を否定する考え方であり、焦点は行為の具体的な状況および行為者の自発的な違法行為を回避する能力におかれる。責任無能力や不任意の心神喪失がその典型であり、法域によっては強迫下の行為や緊急避難行為が含まれ、場合によっては事実の錯誤が責任を免除する。また特異な例としてはショック状態下での過剰自己防衛などがある。[42] 第二は、アメリカにおいて固有の文化の中で生育して、支配的な法体系に代わって効力を有する独自の法体系に訴えることのできる者、例えばネイティブ・アメリカンが被告人である類型であり、ここでは、①正当化の論理は、その独自の法体系のもとでは被告人の行為は許容されているか少なくとも処罰されないという形態をとり、これと関連するが、②被告人の行為の裁判管轄権はその独自の法体系にのみあるという主張がなされ、また、③社会政策の観点から、支配的な法的価値を基準にして評価されるべきでない価値を有する、その固有の文化の保護のために、被告人の行為を処罰することはできないという主張がなされる。第三は、このような独自の法体系をもたないサブ・カルチャーの中で生育した者、例えばアフリカン・アメリカンが被告人である類型であり、ここでは文化に基づく抗弁は、①支配的な文化がある特定グループを排除しているとき、支配的な法はその除外された者たちを処罰し得ないのではないか、と考える社会契約の理論に基づくものとして、②被告人の置かれる厳しい社会的環境が、その刑事責任の否定をやむを得ないものとするある種の逆機能（dysfunction）を引き起こしていることを根拠として説明される。[43]

このように幾つかの方法で理由付けを与えられる文化に基づく抗弁であるが、これを独立の抗弁事由として承認した場合、その主張の内容に着目すると次の三種類に分類することができるとマガイガンはいう。（ア）文化的価値

間で衝突がおこる場合であり、被告人の属する文化的価値が積極的に主張されることになる。これは上述の三類型のどの被告人からも主張可能である。(イ)支配的な法体系の植民地主義的な押しつけに異議が唱えられる場合であり、これはネイティブの被告人が行使することができる。(ウ)マイノリティ文化の抑圧と文化的従属化が大きく影響していると主張される場合であり、これも上述の三類型の被告人から主張可能である。――ここからマガイガンが引き出す結論は、アウトサイダーである被告人の属する文化が多様であるだけ文化的抗弁が主張される文脈も多様でありそれらの間の調整が裁判所にとって困難であること、文化的抗弁の定式化に成功したとしても如何なる場合にそれが正当化あるいは責任免除の効果をもたらしあるいは裁判管轄違いの主張となるのか等の振り分けが困難を極めることである。[44]

次にマガイガンは文化的抗弁の「文化」の定義が困難であることを問題点として指摘する。アメリカには一つの支配的な文化が存在し、それとの差異によってその他の諸文化は定義されるが、「他の文化」の内容は必然的に曖昧となる。しかしこの定義の中から法の不知を免責し、また法への不適応を罪に問わない、という効果をもたらす特徴を特定しなければならない。しかも法律学者や人類学者のいまだなしえないこの作業を行うのは白人男性が多数を占める裁判関係人である。さらに個々の被告人のその訴える文化への参加の程度を公判前に審査する必要が生じてくるであろう、と。このように問題点を上げたあと、最後にマガイガンは国際人権法（特に女性の人権法）との関係で独立した文化的抗弁を承認することはできないと述べる。[45]

マガイガンが代わって薦めるのは、Note が拒否していたところの伝統的な枠組みの範囲内で文化的情報を用いることである。彼女が強調するのは、文化的抗弁の賛成者も反対者も含めて多くの論者が文化に基づく抗弁の問題は近年の多くはアジアからの移民の「流入」がもたらした副産物であると考えているのに反して、それはアメリカ

の裁判所が古くから取り組んできた問題であり、文化的背景事情の証拠としての重要性を主張するのは移民に限られないことである。例えば一八八八年に連邦地方裁判所はネイティブ・アメリカンである被告人の謀殺の被疑事実に対して故殺の有罪答弁を認めるに際して、「インディアンの性質、彼らの慣習、迷信、無知」を考慮して、部族会議の任命を受けて部族の医者を殺害する行為に悪意は認められないと判断した（United States v. Whaley, 37 F. 145（C.C.S.D. Cal. 1888））。また一九二三年のある研究は、イタリア系移民の事例を調査したが、その中に男性が法定婚姻年令未満でその父親が同意していない女性を連れさり、そうして強姦罪となる幾例かがあり、これらを適切に処理するためには、移民の特別な心理的態度によって決定された諸事情があり、単純化しえない諸要素が多く含まれていることを理解せねばならない、と指摘した（citing Kate H. Claghorn, The Imigrant's Day in Court, 1923, p.101）。このように、かなり以前から文化的背景を説明する証拠が検察官による被告人の心理状態に関する立証に異議を差し挟むために、責任免除や正当化の抗弁との関連で、提出されてきたのである。そしてこのような防御方法がとられていたのは、裁判手続の各段階で法的判断を下す者と被告人との間にはしばしば文化的差異があり、被告人としては自己の背景情報を伝達してコミュニケーション・ギャップを回復する必要があったからである。「社会的枠組みの証拠（social framework evidence）」と呼ばれていたのはこの情報であった。つまり、検察官や裁判官・陪審員等は、彼らに知識を授けようと意図したこの種の情報を与えられて判断を行うのであり、この構図は例えば妻による夫の殺害行為に関して被告人（妻）から、夫による度重なる暴力行為を受けてきたこと等が証拠として提出される場合にも見られるものである。したがって、マガイガンによれば、多文化主義者とフェミニストの見かけの上での対立という現在の問題が、こうした「社会的枠組みの証拠」が文化的情報という形で女性や子どもに対して暴力を行使した男性により提出されることであるならば、両者の対立の焦点は文化的抗弁

の是非ではないというべきなのである。[46] つまりマガイガンは、「社会的枠組みの証拠」としての文化に基づく証拠は文化的抗弁を新しく承認することを必ずしも要求せず、むしろ被告人となった殴打された妻の提出する背景事情と同様に、「社会的枠組みの証拠」として、伝統的な枠組みの中で考慮することがよい、と考えるのである。

ともあれマガイガンも文化的情報を被告人が用いることには異議をもっていないのであり、文化的抗弁の必要性を説く見解への批判は主に刑法に内在的な次元で行われている。この点の当否については判断を留保したいが、本稿の目的にとって重要であるのは、マガイガンも「社会的枠組みの証拠」という語を持ち出して、殴打された妻の主張とマイノリティ文化に属する被告人の主張が共通するものであることを述べている点である。[47] しかし、次に見るリモンテとコールマンは、文化的証拠の使用に反対しあるいは多文化主義に懐疑的である点で、Note が示す見解との隔たりは大きいと言える。

三　多文化主義批判

一　「アメリカのように文化的に多様な社会では、『メルティング・ポット』型を考えるよりも、文化的多元主義の方が優れている」ことはリモンテも認めており、[48] またコールマンも「純粋な、強い多文化主義者の立場は崩れる」と控え目なものの言い方をしている。[49] しかし、リモンテによれば、チェン・ケースでも、またモウア・ケースでも、「女性は大きな被害を受けたが、…その女性たち自身の文化によっても、また…アメリカの裁判所によっても、被害者とは見られなかった」のであり、この二つのケースでは、「強姦と殺人が、『文化的抗弁』によって、『被害者なき犯罪』と化したのである」。[50]

リモンテは一九七八年にロサンゼルスに「太平洋・アジア系の家族のためのセンター」（ＣＰＡＦ）を設立し、

それ以来、太平洋・アジア地域出身の、とりわけ英語を解さない女性たちのために、強姦被害の二四時間の電話相談やドメスティック・バイオレンスから逃れるためのシェルターを提供する仕事に携わっている。ＣＰＡＦでの仕事の経験から、また彼女自身がフィリピンの出身であることもあり、リモンテは、太平洋・アジア系のコミュニティには女性に対する男性の暴力行為を不問に付す傾向があることを認識して、この文化的特徴を消し去ることが必要であると考えている。繰り返しとなるが、彼女は、文化的抗弁の背後にあるまさに同じ考え方が、「同化主義者の考えるアメリカ社会のメルティング・ポットという目標を疑問視した」こと、「その目標が本質的に人種差別主義者のものであること、つまり、それはマイノリティ文化は劣っており、したがって優れた『主流』文化に統合されていく必要があると想定していること、この点を明らかにした」ことをその功績として積極的に受けとめているのである。[51] それでも彼女は文化的抗弁をきっぱりと否定するのであり、その説明は自信に満ちたものである。

彼女によると、ロサンゼルスにおける太平洋・アジア系のコミュニティは、コミュニティ内でドメスティック・バイオレンスが行われている等の外部からの指摘に対して、それはコミュニティの統合やプライドを損なうものであるという反応を示す。それゆえドメスティック・バイオレンスの存在が確認されたとしても、それは圧倒的な異文化に晒されストレスをため込んだ男性のあくまで逸脱した行為であり、例外であるとみなされる。そして家族とは伝統的に非常に重要な、持続的な、子育てや助け合いのための社会生活の単位であるとされているから、家族がそのような暴力の温床であることは否定され、被害者はその被害について沈黙を強いられる。[52] しかし、このもみ消しの態度は、リモンテの考えでは偶然ではなく、コミュニティを支配する幾つかの文化的特徴に由来する。それらは、①父親（あるいは最年長の男性）を最上位に最年少の女性を最下位におき、母親に子育ての役割をあてる伝統的な家父長制の家族構造であり、また②女性より男性を尊ぶ父系制の社会構造、③広く共有されている、女性は本

来的に男性より劣るとする信念、そして④上意下達が貫徹し、個の確立を軽視し、自己のアイデンティティを集団への帰属に求める集団主義であり、最後に⑤コミュニティの文化を保持しようとするあせりであり、これは被害者の権利主張を「アジアの妻」の「アメリカ化」であるとして抑圧してしまう。[53]

リモンテが正確を期して述べているのは、太平洋・アジア系の文化のこうした抑圧的な特徴を消し去るべきであるということである。そしてそのためには右のもみ消しの態度を排して、暴力行為を禁止するアメリカの法律を一貫して妥協なく適用しなければならないのである。この点でリモンテは譲歩しないのであり、「太平洋・アジア系の女性たちに力を与えるためには、そのコミュニティの伝統的・家父長制的価値に対立する立場をとることが必要なのである」。しかし、これは太平洋・アジア系の文化の全面的否定を意味しない。リモンテは抑圧的でない文化的価値、例えば家族を大切にして、家族の調和を理想とする側面等は逆に高く評価されてもいいであろうという。調和のために、男性が優位となり集団的な協調を暴力的に要求する必要はないのであり、なぜ家族構成員の平等、互いの配慮や尊敬を通してそこに到達してはいけないのであろうかと。そして彼女は、この方向へその文化を変化させ育てていくことが必要であると考えるのである。それゆえ、ＣＰＡＦは、互いの平等・尊敬等のこうした価値を男性の暴力行為の被害者に指し示して、その虐待者の下から立ち去ることをうながすことは、していないのだという。それが彼女たちの慣れ親しんできた方法であるが、それをすることは彼女たちの文化のもつ過ちを繰り返すことに他ならないからである。したがって逆にＣＰＡＦは、それが彼女たちのアイデンティティの危機あるいはコミュニティ内での立場の喪失を招こうとも、被害者に自らによる選択を求めて、その選択を尊重するのである。つまり、「被害者自身が自己の文化のどの側面を保持し、また捨てるかを決めねばならないのであり、この判断をする過程が被害者にとっての唯一の立ち直りの機会となるべきである」と考えるのである。そして、この個人の選択

を重視する眼差しが、今度は、虐待者である男性側にも向けられるのである。たしかに太平洋・アジア系の文化が女性を殴打される者へ、男性を殴打する者へと仕立ててきたことは否定できない。つまり、妻を殴打する夫が、それは文化的価値に従って行為したのであると文化的な情報を証拠として提出するとき、それは実際にそうなのであろう。しかし、責任はその人から文化へ転嫁しないのである。リモンテはここでハンナ・アレントが描くイェルサレムのオットー・アードルフ・アイヒマンの話を持ち出して、それでは彼と同じであると述べている。こうして彼女は、男性も自己の品位を自ら下げてはならないのである、として文化的抗弁を斥けるのである。[54]

女性を被害者に仕立て上げる文化はその限りで間違いであり、したがってその文化を理由とする男性の暴力行為を不問に付してはならない、というリモンテの考え方に異を挟む必要はないであろう。[55] しかし、シンプルな指摘であるが、マガイガンが述べるのは、被告人の文化的背景事情が問題となるのは女性や子どもに対する男性の暴力行為の場合に限られないことである。後にみるように、女性が文化的証拠を提出する場合は、「多文化主義者とフェミニストの関心は対立しない」のであり、[56] そこでは文化的情報の提出を拒否する理由はリモンテの説明からは出てこない。むしろ、被告人となった殴打された妻の主張を聞くべきであるように、積極的にその文化的証拠を許容することが文化の歪みを正していくことであるかもしれないのである。リモンテから学ぶことができるのは、フェミニズムの立場から文化的抗弁を排斥しつつも多文化主義とフェミニズムを敢えて対抗させていない姿勢である。

二　同じく文化的抗弁に対して否定的であるが、コールマンは、リモンテと異なり、問題を文化と権利の対立であると捉えている。その結論は、「文化的多元主義と個人の権利の両方、つまり被告人の権利としばしばその被害者となる女性や子どもの権利の両方を同時に（少なくとも理論的に）取り込もうとしてきた自由主義の伝統的な一

つの試みに反して」、後者の優位を確認する、というものである。[67] コールマンは多文化主義について「強い多文化主義」と「ブティック多文化主義」を区別して、前者が文化的抗弁を積極的に肯定し、チェン・ケースやモウア・ケースの判断と両立するものであり、後者は、「異文化の伝統を『賛美し』『評価し』『享受し』、またそれに『共感し』、『その正統性を承認する』」が、それは「自分たちが表明しまた当然視してきた文明化された上品さの規範に反する行為がその異文化価値から生じるまで」とするものであるとする。[68] コールマンが斥けるのは前者の「強い多文化主義」であり、例えば彼女が「新しい移民の抱える問題を解決するための議論においては多文化主義の要素は肯定的なもの、必要でさえあるものとみなされる」[69]と述べるときの多文化主義は「ブティック多文化主義」である。しかし、コールマンはこの「ブティック多文化主義」の考え方を支持するために、文化的抗弁のもたらしうる弊害について述べているようである。つまり、コールマンの「多文化主義（文化的抗弁）に勝る被害者の権利」という右の結論は、「強い多文化主義でなくブティック多文化主義」という先行する考え方を単に言い換えたに過ぎないものであるように思われるのであり、それゆえコールマンの議論で見ておきたいのは、「ブティック多文化主義」と矛盾しない「権利」、という考え方には「歪み」や「偏り」が含まれていないか、という点である。そのコールマンの論理についてはボルップによる要約があるので、最初にそれを紹介しよう。

「非ヨーロッパ系移民、特にアジアやアフリカからの移民が、家父長制的な慣習、例えば親子心中や妻への暴力、また略奪婚や女陰割礼といった慣習をアメリカへ持ち込んでいる。これらの『行い』が示すように、非ヨーロッパ系移民の生活する文化的空間は『欧米の女性が一九世紀の中頃から後半の時期に抜け出し始めた空間』に相当する。しかしながら、多文化主義の観念を重んじて、幾つかの裁判所では被告人が移民であるケースで文化的証拠について審理することが認められるようになった。この証拠を考慮することが『自由主義者の二律背反』、つまりフェミ

ニズムと多文化主義の両価値間で生まれる固有の緊張関係を帰結する。この二律背反は文化的証拠を締め出すことによって解消されねばならない。なぜなら、文化的証拠を承認することは移民の被告人の被害者を差別することであり、平等保護条項の反差別原則に違反するからである。比較考量の方法を適用することによって、移民の被害者の利益が移民の被告人の利益に勝るべきであるという結論が導かれる。その上、法廷で文化を認めることは『敵対的分裂（balkanization）』の危険を冒し、『性的・人種的アパルトヘイト』を再生させようとすることである。多文化主義も例外ではなく、何事であれ『法の上に勢力を振るう』ものは許されない。[60]」

この論旨で解説と検討が必要であるのは三つの部分であると思うので、そこについてボルップの反論を織り込みながら補足をしたい。コールマンの欧米文化中心主義と反差別主義と比較考量の方法についてである。

まず、コールマンの反差別主義（anti-discrimination principle）とは、刑法は可能的な犯罪被害者の平等な保護を目的としているはずであるのに、文化的証拠を提出する移民の被告人による犯罪行為の被害者は、そのような条件のない被害者と比較して、不利益を受けている、という考え方に基づく。彼女によれば、連邦憲法第一四修正平等保護条項は、「刑事手続における黒人被告人の権利の保護と白人の犯罪行為、特にリンチからの黒人被害者の保護という二重の目的」を少なくとも有しており、これは南部諸州で南北戦争の直後に制定されたブラック・コード（黒人法）――「法律上のアパルトヘイト・システム」――の適用を排除する意図から出たものである。黒人の犯罪行為はブラック・コードに従い白人のそれより厳しく処罰され、また黒人の被害者も白人のそれとは異なる扱いを受けていた。例えば、刑法典は強姦罪を規定するが、定義により、黒人の被告人にはブラック・コードが適用され、黒人が被害者である場合には適用がなく、同種の規定がスレイブ・コードには存在しなかったので、黒人女性は強姦罪の保護を受けていなかった。しかし、もし今、文化に基づく移民の被告人の異なる取扱いが認められれ

ば、チェン・ケースやモウア・ケースでそうであったように、移民の女性の被害者は、かつての黒人女性と同じことになるのではなかろうか、と論じるのである。[61]

しかし、その論理は、結果ではなく機会の平等を重視して、中立性を装い、人種的・文化的偏見がない（color- or culture-blind）と標榜しつつも、実際は人種・民族・エスニックマイノリティに有害に機能してきた反差別原則を主張するものである、とボルップは反論を寄せる。[62] ここでは反差別原則と反従属原則（anti-subordination principle）の違いが重要である。コールマンは、リモンテが反従属原則に立脚して文化的抗弁に反対しているとして、これを単なる反差別原則の代替物と理解する。[63] しかし、ボルップによれば両者は「平等保護論の射程範囲に関して大変異なる見解」を示しているのであり、反従属原則が「明確に人種の差異を意識し、政府の政策の人々の実質的な条件に対する具体的な影響を考慮する」ものであることをコールマンは見ていないのである。[64]（リモンテが反従属原則に言及するのは偶然ではないと思われる）。コールマンによれば反差別原則とは、同様な個人が政府により同様な方法で取扱いを受けるように保護することが平等条項の要請であると理解して、差異に基づく区別は有害な結果が生じないように厳密な審査を要すべきであるとするものである。[65] しかし彼女によれば文化的抗弁を承認すると前述の不合理が帰結するので、この問題では人種・民族・エスニックにおいて区別をせずに同様に取り扱うことが反差別原則の要請であることになる。これに対して反従属原則とは、ルース・コルカーの意欲的な研究によれば、ある特定グループ、例えば黒人が社会的な力関係の上で従属的な地位にあることの認識に基づいてこれを問題視して、この従属的状態を法・政策を使って解消しようとする考え方であり、平等を個人ではなく集団の次元で問題にするところに特徴があり、その従属状態の改善のためにそれ（平等保護条項）があったという意味でこれ（反従属原則）こそが「平等保護条項の歴史において一貫している」視点であるとするのである。この最後の点は一般

的な理解とは異なるが、コルカーによれば、平等条項の内容であると説明されてきた反区別（anti-differentiation）の原則（コールマンにおける反差別原則）が有効であり得たのは社会的従属化が隔離や排除という区別により行われていた限りにおいてである。しかし反区別原則が、アファーマティブ・アクションの是非をめぐってそうであるように、「白人に対する差別も黒人に対する差別と同様に問題である」と主張し始めると、それは平等な世界へ向かおうとする私たちにとって有害なものとなるのである。[86]

さて、このような反差別主義によって擁護される移民の被告人の被害者の権利は、「平等保護の問題とは別に、政策の問題として」も、[87]移民の被告人の権利に勝る、とコールマンは述べる。この結論を導くのが比較考量のテストであり、これは、被告人の利益と被害者の利益を対比させ、双方の主張に耳を傾け、代替的な利益救済の手段や社会の利益等を考慮するものであり、多文化主義をめぐる政治的・感情的な議論に比べてより客観的であり、またフェアな方法であると彼女はいう。しかし移民の被害者の利益が、刑事司法制度がそのために用意されているところの被害者のそれとして、また被害者の平等保護の観点から、重要であることはコールマンにおいて確認済みであるので、問題は移民の被告人の利益を社会の利益の観点からどの程度に、またどのような形で考慮するか、[88]ということになる。

社会の利益（social utility）について、コールマンは、「被告人の論拠は純粋な多文化主義の立場であり、これによればあらゆる社会制度における真の文化的多元主義へ向かうことが社会の関心事」であるとし、これに対して「被害者の論拠は、刑法に差別的な文化的慣行を取り入れることを意味する文化的多元主義が分裂した法制度をもたらし、私たちが信奉する平等保護原則に矛盾することである」と整理して、さらに次のように続ける。「私たちの性的・人種的アパルトヘイトの歴史を不気味に思い出させるような方法で、私たちの法を改正することが社会

の利益であるとは私は信じない」と。[68] つまり文化的抗弁を承認することの社会的不利益を重視すべきであるというのであるが、これは右に見た反従属原則に対する彼女の無関心さから来ている結論であるように思われる。

被告人の利益を考慮する方法については、移民の被告人には利益救済の代替手段が存するが、被害者には存在しない、というのがコールマンの結論である。被害者について、代替手段となりうるのは、被告人を含む移民社会の啓蒙であることを、リモンテに倣ってコールマンは認めているが、しかしアメリカの法律への順応を求めることは「アメリカ文化への同化を欲しない者には役に立ちそうにない」と消極的である。[70] このコールマンの考えでは、リモンテは単にアメリカ的価値への同化を説いていることになるが、リモンテの考えでは女性に力を与えようとする営みは文化的相対主義を克服する普遍的関心事なのである。[71]

被告人には代替手段が存在するというのは、被告人は文化的抗弁を主張するのではなくても、伝統的な方法の枠内で文化的背景事情について供述すれば、モウア・ケースでそうであるように、刑の量定において有利な判断を引き出すことができる、ということである。さらに事案によっては文化的証拠が――被告人の行為の文化的背景を説明するものとしてでなく――「適正に」用いられれば、メンズ・レアが否定される場合もありうるであろうとコールマンはいう。[72] これは一見すると前節で見たマガイガンの見解と混同してしまう。しかし、コールマンの真意は「文化的証拠を伝統的な理論枠組みで用いるのは率直でない（disingenuous）」というところにある。[73] つまり彼女が問題視し、不公平であると感じているのは、ヨーロッパ系移民あるいは「非移民のアメリカ人」が行えば許されない行為を非ヨーロッパ系移民がその文化を理由に合理化すること、アメリカの法がそれを承認すべきだと主張することであり、それゆえ彼女は文化的証拠を「適正に」――すなわち、前節の Note は文化的抗弁を承認すべき理由を説明して文化的背景事情を考慮するために責任無能力の抗弁を用いることは「精神の障害」の語義のかなり

拡張的な解釈を必要とすると述べたが、この「拡張」が不要である場合に、「真の」責任無能力を示すものとして――用いることの利益を説くのである。これに対して、マガイガンは、文化的証拠を文化的抗弁としてではないがあくまで被告人の行為の社会的背景を説明する文化的証拠として提出すべきことを説いているのである。

もう少し問題にしたいのは、文化的証拠の用い方に関する右のマガイガンの立場との違いが何に由来するかである。この点の手掛かりは例えばコールマンの次のものの言い方にある。彼女は、「ブティック多文化主義」を受け入れるが、これは、そうしなければ、「アメリカ社会への彼らの統合の成功を約束できない」からである。[74] アメリカ社会への統合、と言う場合のニュアンスが問題であり、ボルップの見方によれば、コールマンは「政府からすれば私たちは一つの人種、つまりアメリカンである」と考えており、[75] この考えを支えるのがアジア・アフリカからの移民の文化はアメリカ文化に立ち遅れているという彼女の欧米文化中心主義である。[76] マガイガンは、マイノリティ文化の構成員にマジョリティ文化の構成員が利用しえない抗弁を認めるのはアンフェアであるという反対論に対して、この議論は、「伝統的な抗弁が支持されることによって、一つの文化的抗弁として、支配的文化の基準が機能していること」を無視するものである、と付言することを忘れない。[77] しかしコールマンは逆に、「ヨーロッパ系アメリカ人が彼の心の中で、また彼が属するコミュニティの中で、要するに『彼の文化の中で』、男が妻を撲ちレイプするのはかねてからの普通の行いであると主張し」たとして、「こういうことは実際にあるかもしれない」が、多文化主義者といえどもこの議論を承認しないであろう、と述べて反対論に理由を一つ付け加えるのである。[78]

さてボルップは、コールマンの欧米文化中心主義を文化的人種主義の観点から説明している。文化的人種主義（cultural racism）とは、人種的従属性を説明するのに人種という生物学的な形態上の差ではなく人種と文化の双方を指標とするエスニシティ理論の一つの現れ方であり、エスニック・アイデンティティは同化を通じて一元的な

国民的文化（national culture）に解消されていく、という想定をもっている。例えばグンナー・ミルダールによれば、黒人文化の「病理的」側面は同化により治癒されるのであるが、それ以前の段階では、「黒人文化の劣等性と『統一的な国民的文化』からの差異が黒人の人種的従属性を特徴づける」のである。これによれば非ヨーロッパ系移民やアフリカン・アメリカンは、「『私たちの社会』すなわち『アメリカ文化』の埒外にある」、「救いがたい程に遅れた、特別な文化的基準に従って生活している」ことになり、したがってそのコミュニティは「私たちの『国民的文化』に同化するためにその劣った文化的営みを削ぎ落とさねばならない」[79]。こうした考え方を身につけているコールマンは、一方でアメリカの「統一的な、特定文化色のない、法制度」を頭に描いて、文化的差異は「私たちの法と国民性（nation）の統一性」を危険にさらすと述べ、他方で「アメリカ憲法や『アメリカ文化』と基本的に相容れない移民のエスニシティを説明するために」、「非ヨーロッパ系移民の文化を唯一表現するものとして性的暴力や親による暴力を取り上げ」、そこには「越えがたい文化的差異」があるとする[80]。つまり、アメリカ的文化に同化していかなければならないところを文化的抗弁はその妨げとなるので認められない、あるいは中立的な法の適用が「遅れ」を取り戻すとする論理であり、これはたしかに右の文化的人種主義に支えられたものなのである。ボルップの反論は、まず、コールマンの前提は「アメリカ文化の統一性と進歩性」であり、これは「アメリカの熱狂的差別主義の伝統（the American chauvinistic traditon）、つまり性差別的暴力とエスノセントリズムの歴史の存在を否定する」態度であること、次に、「統一的な国民的文化が存在するというのはフィクションである」ことである[81]。後者に関してベネディクト・アンダーソンが援用されており、「たとえ現実には不平等と搾取が存在するにせよ、そこでは国民は深く、水平的に結束した仲間として思い描かれる」のが、「想像されたコミュニティ」であるとして、コールマンの現実を覆い隠す「知の暴力」が批判されている[82]。さらに、この「知の暴力」は

多文化主義を敵対的分裂と言い換え、歴史上はじめてアメリカは「ヨーロッパ系市民」と「非ヨーロッパ系移民」が対立する文化的ジレンマを経験していると不正確に認識して、多文化主義に「国民的文化」に対する脅威を感じるところから来ているとする。しかし、これは多文化主義の全くの誤認である、として批判が締めくくられている。[83]

ところでスーザン・モラー・オーキンは「フェミニズムと多文化主義」と題する最近の論文の中で、これまで多文化主義者の側からフェミニズムとの緊張関係についてあまり注意が払われてこなかった理由として、①マイノリティ文化の中の差異、特にジェンダー化されている側面の認識が不十分であったこと、②マイノリティ文化の私的領域への関心が不足していたことの二つが上げられるとしている。[84] そして、これが大きな欠陥であることを次の二点にわたり説明して、①「多くの文化が最重要の関心事としており、したがって文化的営みと規則が最も多く関わっているのが、個人的な、性的な、生殖・育児に関わる領域の全体である」こと、つまり「家庭が文化の多くの部分を実践し、保存し、また次世代に引き継ぐ場である」こと、それゆえ「文化的営みを擁護するとは男性や男の子の生活より女性や女の子の生活に大きな影響を及ぼす性格のものである」ことを指摘している。さらにこの文化と性の関係から推論され、また歴史的にも確認されることとして、②「ほとんどの文化が男性による女性の支配をその最も主要な目的の一つとしていること」を指摘している。[85] こうして彼女は、「より多く家父長制的な文化がより少なく家父長制的である社会の中で集団権を要求している場合は、女性は必ずしもその集団権から利益を得ることにはならない」ことに注意を促す。[86] 私たちの関心に引きつければ、オーキンが示しているのは次の点である。つまり、アメリカが経験している文化の多元性とは、フェミニズムとの関係では、「より多く家父長制的なマイノリティ文化がより少なく家父長制的なマジョリティ文化のコンテクストの中で存在している」か、その逆であるか、[87] せいぜい前者であることを認識することが、まず欧米文化中心主義から脱却するために必要であることである。そしてこ

こから導かれる結論は、「文化的マイノリティ・グループの要求に政策的に応えるためには、その中でもより力の弱い構成員の声を適切に取り上げる必要性について真剣に考えることが非常に重要である」ことである。[88] このオーキンの指摘に従えば、多文化主義はフェミニズムの観点から修正されねばならない部分をもつが、それはマイノリティ文化がフェミニズムにより否定されるべきものであることを意味しないのであり、したがってコールマンのように結論を先取りして文化的抗弁あるいは文化的証拠を斥けることは早急なのである。

四　多文化主義とフェミニズムの交差

一　マガイガンの認識によれば、「アメリカの刑事裁判制度が直面している一つの重要な問題は、男性による女性や子どもに対する暴力を不問に付すことなく、被告人の行為の文化的背景に関する証拠の提出を裁判所は認めることができるか」というものである。[89] そして一つの独立した文化的抗弁を承認することに否定的な彼女は、「刑事裁判が直面している真の論点は、現在の裁判手続の仕組みが文化的情報を受け取るにあたって適切に機能するか、そして家庭内での暴力を正当化することなく適切に機能するかである」と述べる。[90] この点を検証するために、彼女は女性被告人が文化的情報を提出する事例を含む幾つかの事例を検討し、多文化主義者とフェミニストは「（現在の）刑事裁判が全くアウトサイダーの声を排除してしまうか、一方のみを選び取り他方を沈黙させてしまうか、どちらかであること」について、共通して改革の必要性を有しているとする。[91] そして一つの改革案を提案している。

マガイガンの事例分析は、文化的証拠が被告側からどの段階でどのように提出されるかに応じて区別される三類型に即して行われている。第一は有罪答弁型（guilty plea）であり、罪状や量刑に関する弁護人と検察官の交渉の場で、あるいは裁判官による刑の量定に際して、裁量的に文化的背景事情が考慮される。第二と第三は公判型

(trial claims) であり、文化を理由にして被告人の心理状態が減退していたと論じるか、その心理状態の合理性もしくは行為の合理性を主張するかの違いがある。この第二・三類型の区別基準が有罪答弁型を細区分するが、このうちモウア・ケースは被告人においてその文化のために行為の合理性が誤信されていた後者の場合であるとされている。この有罪答弁型では、程度の差はあれ文化的情報が被告人に有利に働いた諸事例（モウア・ケースを含む）が検討されており、マガイガンが注意を促しているのは、この類型では文化的情報がどのように機能しているかを推量することが困難であり、したがってその諸事例からこの類型で一般的に文化的情報がどのように機能しているかを推量することはできないこと、また前出の Note が指摘していた危険性がこの種の裁量判断に委ねるにあたって存在することである。[92] ――ここではもう一度マガイガンとコールマンの姿勢の違いについて確認しておきたい。コールマンはモウア・ケースで被告人が有利な量刑判断を受けたことを、文化的抗弁が斥けられたあとに代替的に享受することのできる利益であると、少なくとも理論的には肯定的に考えていた。しかし、マガイガンは、この類型における文化的情報の利用を決して否定しようというのではないが、[93] モウア・ケースの結論については、「文化的多元主義の装いの下に、女性に対する暴力的犯罪は重大ではなく、反女性の暴力行為の代償は高くない、という支配的文化の見方へ後退するものである」とするフェミニストの見解を援用し、これはレイプ・ケースを裁いてきた見方に他ならないと付け加えている。[94] マイノリティ文化の装いの下に抑圧的な支配的文化が語られる危険性がある、という指摘であり、コールマンの文化的人種主義からはまずこの構図を理解しにくいし、さらにマガイガンからすればコールマンはその危険性について認識が甘いのである。

第二類型に属するのがチェン・ケースであり、このケースは完全な責任免除（excuse）の抗弁（責任無能力等）を主張する場合と減軽的な責任免除（mitigating excuse）を主張する場合の後者にあたる。このように第二類型

では行為の違法性（犯罪事実）について争いはないが、責任要件に関して無いとするか軽いとするために文化的情報が利用される。チェン・ケースはこれが成功した代表的事例であり、そのために夫による妻に対する暴力行為を不問に付すものであると議論を呼んだのであった。チェン・ケースではなぜ被告人に有利な判決を引き出すことができたのかに関するマガイガンの説明は、①その防御方法が、家庭内での男性支配という社会的規範に訴えるものである点で、支配的文化に属する男性が（前）妻等を殺害したときに行う説明と類似しており、この意味でアウトサイダーの文化規範が伝統的な責任免除等の抗弁の枠内に収まりやすいことである。[36]②もう一つの理由は、被告人の文化的背景に関する専門家による証言が無批判的に採用されたからである、というものである。したがってこのケースから、「伝統的な家父長制的な価値に関する証拠の採用が必然的にそれに正当性を付与するような結果に結びつくという結論」を導かないことが重要であるという。「チェン・ケースが示すのは、単に、反証されない被告側の文化的証拠は、被告人をより重大な犯罪で有罪にするためのメンズ・レア要件に関する検察官の証明について合理的な疑いをもたらしうることである[38]」。

しかし、Note が指摘していたように、文化的背景事情を提出して被告人の心理状態の減退を主張することは容易でないのが通例である。マガイガンの説明によると、最近の移民のケースやそれ以前はアフリカン・アメリカンが被告人であるケースで、被告人の異なる文化的背景を責任免除の効果をもたらす医学的な専門用語に置き換えることはしばしば困難をともなった。精神科医がたとえ被告人の精神に著しい機能障害があると判断したとしても、その症状を言い当てるためのテストは「西洋人向けでありアジア人向けではない」ということで、結局、被告人を診断することはできないし、逆に、被告人の文化をよく理解する専門家が、被告人の文化の文脈ではその心理状態と行為はノーマルである、と証言したとすると、ここから被告人の心神は損なわれていたと論じることは難しいの

である。[97] しかしながら、被告人がマジョリティの通常の思考形態からはでてこない超自然的な信念に基づいて行為した場合、例えば彼女は魔女だから、あるいは悪霊が憑依しているから殺害したという場合、チェン・ケースとは異なり、サーレムの魔女裁判の時代への後退を意味するものと考えてその文化的主張に脅威を感じる必要はないのではないか、とマガイガンは述べている。[98] これは第二類型で被告人の防御が効果的であるのはこのような場合である、という意味であると思われる。――しかし、最後のこの彼女の感想が示すように、またNoteも述べていたように、責任免除の抗弁を利用する方法は、支配的文化のそれとマッチするマイノリティ文化の否定的側面を積極的に利用するのでない場合は、自己の文化的価値を肯定的に主張することを意味しないのである。つまり、被告人の内面においてその衝突があり、それがストレスとなり有責性の判断において考慮すべきものとなることはありうるが、そこでは必ずしも支配的価値とマイノリティの価値の衝突が起きているとは言えないのである。この意味で本稿が注目したいのは次の類型である。

第三類型は正当化の抗弁あるいは事実の錯誤の抗弁が主張される場合である。正当化の抗弁とは被告人の行為は犯罪ではないことを主張するものであり、「他の場合であれば違法であり、社会的に有害な行為を法が容認し、承認し、あるいは積極的に奨励するとき、これを法が行為を正当化するという」。例えば自己防衛、第三者防衛、犯罪予防行為である。[99] 次に事実の錯誤の抗弁は、一般には責任免除の抗弁の一つとして分類されるが、ここでは正当化のそれに類似するものとして分析される。[100] ――と、マガイガンは述べるが、私たちの概念からするとむしろ逆である。彼女から引用すれば、「正当化と事実の錯誤の双方の抗弁において、主張は、被告人が状況の認識において合理的であったこと、そして仮にその認識が正しければ被告人の行為は犯罪ではなかったこと」であり、つまり両者はともに「事実認定者に非支配的文化に属する被告人の心理状態の合理性について判断を求める」ものであるの

で彼女はそれらを同時に第三類型として検討するのである。[101] しかしこれはストレートな違法阻却の判断を求めるものではなく、あくまで着眼点は主観的側面である。[102] これは英米法系における正当化と私たちが考える違法阻却が異なることからくる論点であるが（例えば前者では偶然防衛について一般に否定的である）、しかし、再びマガイガンによれば、正当化と事実の錯誤との何れの抗弁が用いられるにせよ、被告人が負うリスクは、「被告人の心理状態の合理性を問うべきところで、支配的文化における合理性の判断基準が、あたかもそれが普遍的に適用可能であるかのように、裁判官や陪審員によって適用されがちであること」[103] である。つまり、支配的文化の価値とマイノリティ文化の価値の間で対立がおきることがやはり問題なのである。これは違法論に固有の論点であると考えられるので、はたしてマガイガンの問題の絞り込み方はこの論点に十分にアクセスするためのものであるかについて疑問が残るのである。

さて第三類型として紹介されているのは、ワンロー・ケース（State v. Wanrow, 559 P.2d 548 (Wash. 1977)）、アラスカ州のコディアク島で審理されたアレウト族の女性を被告人とするチャリアガ・ケース（unreported）、アラスカ州のフェアバンクスでのイヌピアット族の男性を被告人とするジョーンズ・ケース（unreported）、最後にウィリアムズ・ケース（State v. Williams, 484 P.2d 1167 (Wash. Ct. App. 1971)）の四事例であり、前二者では自己防衛の抗弁が、後二者では事実の錯誤の抗弁が主張されている。ワンロー・ケースは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、武器を持たない男性――しかし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――を射殺した事案であり、ワシントン州最高裁が有罪判決を翻しており、「女性の自己防衛」が認められたケースとして議論を呼んでいる。順に、チャリアガ・ケースは夫による暴力を受け続けてきた妻がその夫を殺害した事案、ジョーンズ・ケースは子どもの性的虐待の容疑が斥けられた事案、

ウィリアムズ・ケースは病気の嬰児の不保護でその両親が認識なき過失故殺罪に問われた事案である。

まずワンロー・ケースでは、マガイガンは、被告人の行為がその家族を守ろうとしたものであることを被告側が文化的証拠を用いて説明して、（女性の）自己防衛の主張を補強しようとしていたことに着目すべきであるという。「インディアン文化の専門家」は、年長者を敬う文化的価値と「不自然な性的行為」を嫌悪する文化的価値との緊張関係、及びこれが行為時の被告人の心理状態に及ぼした影響について陪審員の理解を促した。つまりこのような文化的要素を、「彼女の直面した危険についての彼女の認識の合理性と彼女のとった致死的防御行為は必要なものであったという彼女の信念の合理性」を判断するにあたって、考慮すべきである、というのが弁護側の論理であった。これに対し、事実審はこの文化的証拠を除外し、中間上訴裁はこれに関心を示さず、州最高裁も事実審のその判断は間違いであるとは考えなかった。しかしマガイガンによれば、州最高裁が事実審は被告人の性別が事件に及ぼした影響について考慮すべきであると陪審員に説示していない、として有罪判決を破棄したことは片手落ちであり、このケースで「被告人の性の視点を彼女の文化の視点から孤立させうるかのように」考えることは根本的な問題なのである。つまりワンロー・ケースの特徴はフェミニストと多文化主義者の関心が矛盾しない点にあるというべきなのである。[104] そしてこの点はチャリアガ・ケースでも同じである。このケースでは、被告側からの二人の専門家の証言があったが、一人は「虐待された妻の症候群」について解説して、被告人の行為時の心理状態へのその影響とそれのために夫の暴力行為から逃げ出しえなかったことを説明し、もう一人はアレウト族の村での女性の追従的な役割について証言して、アレウト文化は妻への暴力に寛容であり、また妻がそのような夫婦関係から逃れるための支援を行わないと説明した。こうして被告人は無罪となっている。この二つの事例からマガイガンは、「女性の声を沈黙させない、あるいは歪曲しないために、文化的証拠を公判で許容することが必要である」と導いている。[105]

ジョーンズ・ケースとウィリアムズ・ケースの被告人の主張は「錯誤があるが心理状態は合理的であった」というものであり、前者ではまさに文化的営みに従事していたために、後者では支配的文化による文化的抑圧を受けていたために、錯誤が生じている。まずジョーンズ・ケースでは、被告人は誕生日パーティに集まった白人の少年を含む少年たちの股の部分を叩き、ズボンを引き下げることを行っているが、専門証人と素人証人によってその行いは少年たちに対して逆境に素早く反応することを教える意味を持つ文化的伝統の一部であり、エロティックな内容のものではないことが示されたため、無罪となっている。つまり被告人は「白人の子どもがそのような伝統的な行いを理解せず、あるいは参加しようとは思わないことに気がつかなかった」だけなのである。[106] 次にウィリアムズ・ケースでは、ネイティブ・アメリカンである被告人らは病気の嬰児を医師の下へ連れていかなかったのであるが、証言によると、それは一つには病状を正確に把握できなかったからであり、もう一つは治療のために関係機関の下へ連れていくことで子どもが家族から引き離されてしまう結果になることを恐れたからであった。しかし結論は有罪であり、上訴審は子どもの病状に関する錯誤の合理性については問題にしたが、これを維持し、子どもが引き離されてしまうという恐れの合理性については顧みなかった。マガイガンはこれを「多元性の無知（pluralistic ignorance）」からくるものと説明している。[107]

この「多元性の無知」という考え方はマガイガンの議論を方向付けてきたものである。「多元性の無知」とは、「社会学の文献において、ある集団が有する別の集団や個人の態度あるいは見解に関する不正確な信念を指すものとして用いられている」概念である。[108] 彼女は刑事手続にもこれの影響があるはずであるとして、「多元性の無知は、ある種の証拠の排除、すなわち犯罪の被害者や被告人を含むこの国の多くの人々が支配的な法的文化の一部に属しておらず、そして現在の裁判制度の判断決定者の知らないあるいは理解しない経験や視線を有していることを説明

する、証拠の排除によって強化される」と述べる。[109] 第三類型に属する結論の分かれた以上の四事例を見てマガイガンが確認しているのもこの見方の妥当性であり、被告側の提出する文化的情報が被告人の心理状態を評価するにあたって重要な意義を有していることが認識されなければ、多くの判断決定者はその合理性の評価をなしえないのである。[110] ワンロー・ケースとウィリアムズ・ケースがその失敗例であり、チャリアガ・ケースとジョーンズ・ケースがその成功例であった。こうして多文化主義の要請は刑事裁判手続における「多元性の無知」の克服であると言い換えられているのである。

二　右の確認を行い、マガイガンが諸事例の検討から導き出している結論は、既述の通り、現在の刑事裁判は多文化主義者とフェミニストの双方の声を同時に聞くことができていないことであり、したがってこれを打開する方法は右の両者の声を聞く、すなわち「多元性の無知」を克服するとともにフェミニストからの有効な反論が可能となる手続の仕組みを作り上げることである。そこで彼女はチャリアガ・ケースやジョーンズ・ケースからアメリカの裁判官には文化的証拠と被告人のメンズ・レアの関連性を認識して陪審員に適切な説示を行う能力があることが示されたといい、また検察官にも被告人の文化的背景事情について説明する専門ないし素人証人を有効に反対尋問する能力が備わっているとする。そして、この現在は単にあるだけの能力を十分に発揮することができるようにする必要があると展開する。[111] この点で参考となるのがライネス・ケースであるという。

双方の声を聞くための出発点は、被告人の心理状態に関する社会的枠組みを説明する目的で提出される文化的情報が裁判官により許容されることである。しかし、専門証人であれ素人証人であれその採否については、伝統的に裁判官の裁量に委ねられてきたため、またその裁量的な証拠採否の決定が上訴審で破棄されることは稀であるため、

とりわけ文化的証拠に関しては、その内容あるいはそれを許容した場合にそこから導かれうる帰結――例えば支配的な文化の偏見を映し出す――に依拠してその裁量が行使されないことが決定的に重要である（とマガイガンは述べる）[12]。ライネス・ケース（前出一一頁参照）は、内容に基づく裁量の行使が上訴審でも支持された一例である。被告人は、専門証人による証言内容は、「黒人は互いに大声で話をするものであり、…それゆえ被告人が、被害者はそのような大声に慣れているので、彼女がその大声に何の意味も付与していないと合理的に考えた」ことを説明するものであると主張した。しかし、上訴審は次のように述べて右の文化的情報の排除を支持した。「私たちは黒人種の女性を侮辱することによって自己の行為を免責しようと努力する被告人の恥ずべき姿勢を遺憾に思う。同様に我慢できないのは、その提出された証言の当然の結果、すなわち強姦罪に対する新しい抗弁の創出である。ある人種あるいは特定の集団に、強姦に関して不同意の個人に適用するための行為と合理性に関する基準を独自に立てることを許すということは、私たちの社会においておよそ思考不能な考え方である。[13]」――ここではむしろフェミニストにとって肯定的な意味で文化的情報の内容に基づく証拠採否の裁量が行使されており、マガイガンも決してそこで述べられていることが文化的偏見であると言うのではない。しかし、最初のステップにおいて重視すべきは「多元性の無知」による証拠排除を防ぐことであると考えるのである。マガイガンは、問題はあくまで文化について証言する証人の適格性やその証言内容の被告人のメンズ・レアとの関連性であるべきであり、それゆえ裁判官は文化的情報の許容性の判断にあたって内容に基づくことなく形式的に一般的基準を適用すべきである、と述べている[14]。

次に、こうして許容された文化的証拠に対抗して、正確な知識と論理的な議論で文化的ステレオタイプの誤りを指摘するのが検察官の役割である。このためにまず検察官は、「検察官の証拠と論理をよく聞き、その評決をステ

レオタイプに基づいて下すことのない」陪審員を選任しなければならない。連邦最高裁のバトソン・ケース（Batson v. Kentucky, 476 U.S. 79 (1986)）における決定――「検察官は人種に基づいて陪審員を構成するために専断的忌避を用いることを禁止されている」――からの帰結として、被告側弁護人の専断的忌避においても人種中立的な説明を要求すべきだと考えるある検察官は、第一に、より多くのアフリカン・アメリカンが陪審員に選任されること、第二に、「もはや検察官は専断的忌避を行うに際して人種的ステレオタイプに依拠することが許されず、より有効な選任方法をとるように強いられるので、訴訟代理人としてより優れた存在となる」ことを陳述した。マガイガンによれば、こうした検察官の陪審員選任における人種的中立性の要件が、同時に、陪審員が「多元性の無知」に陥らないように手段を講ずる義務を検察官に課すのである。[15]

検察官の次の役割は「家族間または反女性の暴力行為の文化的正統性を確立しようとする情報への安易な依拠を阻止する制度的な対抗勢力」となることである。マガイガンは、検察官が集団としてこれまでこの仕事に失敗してきとしても、個々の検察官が陪審員や裁判官の右の意味での偏向を修正するベストな地位にあることには変わらないと述べて、タイソン・ケースを例に上げている（Tyson v. State, 619 N.E.2d 276 (Ind. Ct. App. 1993), cert. denied, 114 S. Ct. 1216 (1994)）。この強姦罪のケースで弁護人は、奴隷制の時代から私たちを毒してきたアフリカン・アメリカンの女性の性的イメージを使って、被害者を扇情的で性的行為を常に欲していると描き出したが、これに対して検察官は人種差別的なステレオタイプを打ち砕くことによって――おそらく白人検察官として歴史上初めて――アフリカン・アメリカンの男性を刑務所に送ったのである。マガイガンは、この検察官が「公判で文化的情報を考慮することは必ずしもその有効性を示唆することにならない」ことを示したと考える。しかしながら、文化的情報を許容する社会的コストは決して低くないので、検察官の文化的証拠を反証する役割が非常に重要

であると強調するのである。[116] それゆえ、チェン・ケースでも、判決後に多くの論評が示したように、被告人の行為の文化的背景を説明した人類学者の証言は、現在の人類学的知見に比べると中国社会の性規範に関する時代遅れの不正確な認識を反映するものであり、ヨーロッパ中心主義的なアジア文化のステレオタイプを繰り返すに過ぎないものであると反論することが可能であったのであり、もし検察官がこの種の反証を行っておれば結論は違ったものになったであろうとマガイガンは考えるのである。同様にライネス・ケースでは被害者は単に黒人女性であるがゆえに被害者性の異なる基準に服すべきだと被告人は主張しているに過ぎないのであり、したがって心理学者の証言に対する検察官による効果的な反論が可能であったし、またそれこそが必要であったのである。[117]

三　以上のアメリカでの議論を見終えて、今後の検討課題として意識されたことを摘示しておきたい。本稿の目的は、はじめにの一で上げた幾つかの事例に共通する性格について考えようということであり、同二では個人の次元ではなく社会の次元で把握される不平等（差別）がそれぞれの事件の背後にあることがそれではないかと考えていた。この問題関心をもって文化的抗弁をめぐるアメリカの議論を追うと、見出されたのは反差別（従属）原則（antisubordination principle）である。これを犯罪論にどのように反映させていくかが今後の理論的課題であると考えている。

もちろんこの課題を明確に意識しようとして、本稿は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とこれを解こうとするマガイガンの理論的試みを紹介したのであるから、まず彼女が反差別（従属）原則をどのように受けとめていたかを見ておく必要があるであろう。マガイガンが「反従属」の語を用いているのは一箇所であり、それは注においてであるが、裁判官が文化的証拠の内容によってその許容性を判断することのないように論じ

たあと、検察官の役割の説明に入ろうとするときに、「男性の暴力行為の文化的是認を意味する被告側の証拠を制限するルール、他方で（チャリアガ・ケースやワンロー・ケースのような）女性の被告人には適用されないルールを作り出すことは難しい」（括弧内引用者）として、次の内容の一つの興味深いサゼッション、すなわち、「裁判所は、文化的情報の許容性を決定するときに、その証拠の内容を考慮すべきであり、反従属の価値を尊重すべきである」というサゼッションは実践的でなかろうと述べている。[18] つまり消極的であり、これは第一に彼女の実践的な関心が解決可能な範囲に問題を限定してしまうというそのアプローチの問題点を表しているように思われる。しかし第二に、彼女は反差別（従属）原則に無関心であるわけではないのであり、これは次の意味においてである。

差異の政治（politics of defference）を主張するアイリス・マリオン・ヤングは、「集団間に文化的差異が存在している度合いに応じて、社会政策に関する多くの問題における平等な処遇は不正であることになる」ので（「なぜなら、平等な処遇は文化的差異を否定し、文化的差異を持つことを不利益なものへと変えてしまうから」）、「差異に配慮する具体的政策」が必要であるとして、アファーマティブ・アクションに言及している。ヤングによれば、これを擁護する論法には「過去志向」型と「未来志向」型があるが、これらに加えて、「学校や職場における評定基準や評定者の文化的偏向を埋め合わせるものとして」理解する方法があるという。つまり、「これらの評定基準や評定者は、少なくともある程度、白人やアングロサクソンや男性といった支配的集団の特定の生活や文化的経験を反映している」ので、これを是正するために、すなわち、差異のゆえに（その埋め合わせのために）というよりは評定基準や評定者の偏向のゆえに、アファーマティブ・アクションが必要なのである。[19] これは反差別（従属）原則を十分に意識したアファーマティブ・アクションの理由付けである。反差別（従属）原則は、先に述べたように、問題解決の方法に関して法・政策を使うこと――解釈や判例の変更、法政策の方向転換等――を考えてい

た。[28] したがってこれをマガイガンに即して言えば、裁判官や陪審員の偏向（「多元性の無知」）を是正するために彼女は検察官に役割を与えたのであり、またこの役割付与によって検察官自身を差異に意識的な存在に変えていこうとしているのである。

しかしながら、こうしたマガイガンの方法が効果的であるのは非常に限られた範囲のケースであるように思われることが先の第一の問題である。彼女が整理したように、マイノリティ集団に属する被告人の行為の社会的枠組みを説明するために文化的背景事情が証拠として提出されるケースは多様であり、その中から彼女は家庭内での夫による妻や子どもに対する暴力行為のケースと男性による女性に対する性的暴行のケース、さらに女性が被告人となる若干のケースを取り上げ、その文化的背景が被告人の主観的側面にどのような関連性を有するかを見ようとしていた。そこでは問題が二重に絞り込まれており、一つは多文化主義者とフェミニストの見かけの対立を解こうという問題設定に応じたものであり、もう一つは刑事裁判手続における「多元性の無知」を克服しようという関心によるものであった。このうち前者の事例の選択は合理的であり、結局、彼女は検察官にフェミニストの論理を代弁させて両者の対立に決着を付けさせようとしていたのである。言い換えればフェミニズムの立場から反駁可能である（もしくは両者の関心が一致する）限りで、検察官の反証が効果を発揮し（もしくはその余地を失い）、陪審員や裁判官は文化的証拠の被告人の主観的側面への関連性を否定する（もしくは肯定する）。これがチェン・ケースやライネス・ケースに類似する事例で期待される構造である（他方はチャリアガ・ケース）。つまり、フェミニズムが価値判断の基準を提供しており、それが有効に機能しうる限りでマガイガンの構想は十分に意義を持つことが示されたのである。しかし、第一に、モウア・ケースのように、被告人の従う文化的価値が強力に支配的価値観と結びついているところでは、フェミニズムからの反駁は困難である。第二に、ウィリアムズ・ケースのように、フェ

ミニズムを直接の価値判断の基準として用いることができない場合は、少数の例外的事例（ジョーンズ・ケースのように文化的証拠が明確に犯意を否定する、あるいは先述の第二類型に属する魔女の事例等）を除き、その結論が多文化主義者の支持を得ることができるかは――文化的証拠が許容され、陪審員の構成が人種・民族・エスニック的に公正であれば――本質的に弁護人の力量に左右されることになるであろう。第一の場合は、文化的情報と被告人の主観的側面との重要な関連性が認められれば（マガイガンは反対しているが）、問題の略奪婚の慣習がアメリカで容認されうるか否かの判断は宙に浮いたままである。しかしここでは被害者の同意に関する錯誤の有無（主観的側面）に関わらず、リモンテのようにきっぱりとその文化的特徴を否定する姿勢を示すことが求められているのではないだろうか。[121] 第二の場合も同じ問題を抱えるのであり、マガイガンは、ウィリアムズ・ケースに関して、ネイティブ・アメリカンの子どもの二五―三五％が里親や施設にあずけられていることやソーシャル・ワーカーが家庭の適合性を判断するに際して文化的な無知のために事実はそうではないのに容易に養育の怠慢・放棄を認めてしまうこと等の事実を指摘して、この事実から被告人らの子どもを失うという恐れが理由を与えられ、主観的な不合理はなくなり、そして多文化主義者の関心を満たすことができるかのように述べているが、[122] しかし、こうした文化的背景事情が被告人らに有利に働くかは、その合理的な恐れに基づく状況判断のミス（＝錯誤）の合理性が認められるか否かではなく、その恐れのために子どもを医師の下へ連れていくことができないという行為性の総体に共感が寄せられうるかに拠るのではなかろうか。つまり、そこでは判断者の価値感覚が問われるのである。「裁判所がはたして文化的抗弁を正当化事由として受け入れるかは疑わしい、と思われるのは、そうすることは、法に従うよりも文化的規範に従うことの方が重要であると明言することを意味するからである」、「したがって、裁判所によって認められる文化的な抗弁は現実的には責任免除として機能することになる」、と述べたのは Note であるが、[123]

実際にも文化的証拠が被告人のメンズ・レアを争うために提出されていることを前提にするマガイガンの実践的関心は、マイノリティの文化的価値を尊重するための刑事裁判の枠組みについては用意をしたが、そしてこの枠組みは被告人のメンズ・レアと文化的証拠との関連性が焦点である限りでは不足があると感じさせないが、具体的にどのようなときにマイノリティの文化的価値を尊重するかについては十分な回答を与えなかったのである。

マガイガンは正当化の抗弁が用いられた事例として、法執行官を殺害したネイティブ・アメリカンが被告人となり、法執行による従属化の歴史の影響について説明がなされたクロイ・ケース（People v. Croy, 710 P.2d 392 (Cal. 1985)）があると注の部分で紹介している。この事案では「自己防衛に際して致死的有形力の行使の必要性を信じる合理性があったという被告人の主張を支えるために、背景的状況証拠が導入され」、被告人は有罪判決後再審理を経て無罪となっている[24]。実はマガイガンが被告人の心理状態（あるいは行為）の合理性が主張された事例として上げるのは、ジョーンズ・ケースを除き、その合理性をそれ単独で文化的証拠が基礎づけようとした事例ではなく、クロイ・ケースのように、その他の事情に基づく正当化や事実の錯誤の抗弁を支えるためにそれが用いられた事例である。チャリアガ・ケースではマガイガンは多文化主義者とフェミニストの関心は一致すると述べたが、これは被告人の心理状態の合理性を説明する「虐待された妻の症候群」をさらに文化的証拠がサポートするという関係を指していた。そしてこの方法は、暴力行為を繰り返す夫を殺害した妻の行為の正当性の主張を支える「虐待された妻の症候群」という関係においても認められるものであり、一つの効果的な文化的証拠の用い方であると思われるのである。しかし、前出の、内縁の夫を殺害した日本での最近の事例（名古屋地判平七・七・一一）では、被告人の刺殺行為は「社会通念に照らし客観的に適正妥当として容認される程度を逸脱したもの」であったという判断に対して、防衛行為としての相当性を肯定すべきであったと批判が加えられている[25]。同様に、Note が援用し

ていた主観的要件については争いの余地のないバトラー・ケースを想定すると、主観的要件に関する検察官の立証に合理的疑いを差し挟むための文化的証拠とは別の、違法性を阻却・減軽するための文化的証拠の用い方についても用意をしておくことが必要であると思われるのである。前出の部落解放同盟役員の糾弾行為につき監禁罪の成否が問われた矢田教育事件第一審無罪判決（大阪地判昭五〇・六・三判時七八二・二三）は、被告人らの行為は「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するとき」、「未だ可罰的評価に値するものとは認め難（い）」とした。これを本稿は反差別（従属）原則に立脚して行為の違法性を阻却しようとしたものと理解しようと思うのである。また前出の那覇地判平五・三・二三は「民主主義社会においては、…（日の丸旗を消失させる等の）被告人の実力行使は手段において相当なものとはいい難（い）」（括弧内引用者）と述べたが、多文化社会における民主主義のあり方を再考し、その行為の理由を反差別（従属）原則から説明することができないか、と考えていくことを課題としたいのである。

五　終わりに

フェミニズムと多文化主義はともに「国家あるいは政治の領域から除外されたこの差異（リベラリズムにより私的自律に委ねられた差異）をふたたび国家あるいは政治の問題としてテーマ化する」ものであり、両者の要請は、「（「私は誰であるか、誰でありたいか」といった）自己解釈や善き生の構想の問題が、正義ないしは公共的問題でありうること」を示している（括弧内引用者）。言い換えれば、「差別あるいは抑圧されている側の自己解釈と善き生の構想は、差別あるいは抑圧する側の他者解釈と共扼的である側面をもち、したがって、正義の要求は同時にそうした自己解釈と他者解釈の共扼的な図式そのものの共同の再解釈を要求する」[26]。例えばフェミニズムが強姦

罪を女性の観点から再構成する必要があると説き、また沖縄の日の丸旗焼失事件で被告人が自己の行為は正当であると述べるとき、提起されている問題はともにこのようなものであろうと考え、一方では前者をより一般的な土俵の上で論じるために、他方では後者を多文化主義という発想において取り上げるために、文化的抗弁をめぐる議論におけるフェミニズムと多文化主義の対立は見かけのものであることを示しておく必要があると考えられたのである。フェミニズムと多文化主義が対立するように見える代表的事例の一つはモウア・ケースであった。その特徴はマイノリティ文化の装いの下に抑圧的な支配的文化の価値が自己主張をするところにあり、それゆえ被告人は矛盾なく反差別（従属）原則に依拠しえないので両者の対立があると捉えるべきではなかったのである。同時に、これは男性被告人が男性中心の支配的価値観にその合理性の根拠を求めて強姦罪における被害者の同意に関する錯誤を主張するとき、それは容易に受け入れることのできない結論であることを示していた。そのためにアメリカの強姦論では例えば被害者の同意論が再構成され、あるいは（無）過失強姦論が追求されているのである。[27] したがってこれらはフェミニズムの極端な主張と理解されるべきでなく、強姦論で反差別（従属）原則を展開する幾つかの試みであると受けとめられ検討されねばならないであろう。そして同原則を用いて理論構成が進められねばならないのは何も強姦罪においてだけではなかったのであり、過去や現在の社会的な不平等や差別を背景にもつ被告人の行為を評価するにあたってどのようにそれを考慮するかは考えていく必要のあることであると思われるのである。

（一九九八年一〇月一五日）

（1）　芦部信喜『憲法学Ⅲ人権各論（1）』（一九九八年）三二頁。

（2）　君塚正臣「性差別と強姦罪」法時六八巻四号六七－七三頁。なお中村秀次「刑法における男女の取り扱いの同等性（一）」

熊法五一号一三二頁には刑法学者は所掲の判例の解釈を概ね容認しているとある。

（3）奥平康弘は「差別の禁止から差別の撤廃へ」向けて憲法上の平等条項を積極的な制度保障の指針として活用することの重要性を説いている（同『憲法Ⅲ』（一九九三年）一二五頁以下）。また阿部照哉も社会的な差別が残存しているところでは平等権の「社会的機能が期待される」として、「国家権力による平等の実現という積極的な課題への転換」が必要であると説く（阿部・初宿編『法学ガイド憲法Ⅱ人権』（一九九一年）六二頁以下）。これらの見解から多くを学んだが、本稿は第四節三で述べる意味で「国家権力の転換による平等の実現」が求められているとも考えている。またこの意味で最近の憲法学が「批判的人種理論（Critical Race Theory）」をどのように評価しているのか、大変興味深いが、この点の検討は別の機会に委ねたい。

（4）琉球上判一九五八・七・二九（裁判所報六号一頁）も同様の理由で刑法二〇〇条は琉球政府章典二章五条二項（「総て住民は、個人として尊重され、法の下に平等である」）に違反しないとしつつ、被告人に対する不利益変更を禁止した布告一二号琉球民裁判所制四条の六（「琉球上訴裁判所は…刑事事件においては被告人に言渡された原判決より重い刑を科してはならない」）に従い、尊属殺人に刑法一九九条を適用して被告人を懲役二年執行猶予五年の刑に処した（原判決を破棄した上で）原判決通りの刑を言い渡している（垣花豊順「琉球政府裁判所の刑事判決に関する一考察」琉法二八号一七一－二頁参照）。

（5）内野正幸『人権のオモテとウラ』（一九九二年）一〇三－四頁。

（6）同書二〇一－三頁。

（7）内野『差別的表現』（一九九〇年）一五五頁。

（8）平川宗信『刑法各論』（一九九五年）二三五－六頁。

（9）同書二六九－七一頁。

（10）内野『差別的表現』一六二頁。内野は「憲法が禁止している差別というのは異なった取扱いであるとしますと、差別的表現はそれ自体取扱いにはあたりませんから、差別に属しないことになると思います」とも述べている（内野他「座談

会・『差別的表現』は法的に規制すべきか」法時六四巻九号一八頁）。

（11）内野『差別的表現』一六三頁。

（12）阿部照哉・野中俊彦『現代憲法体系③平等の権利』（一九八四年）一二頁。

（13）前田朗「人種差別（表現）行為の規制①②③」統一評論三九一号六〇頁以下、三九二号五二頁以下、三九三号四〇頁以下参照。

（14）Mari J. Matsuda, Public Response to Racist Speech: Considering the Victim's Story, 87 Mich. L. Rev. 1989, pp.2332,2358,2378. 大沢秀介「差別的表現」法教一七八号五八頁参照。

（15）多文化主義については、さしあたり、梶田孝道『統合と分裂のヨーロッパ』（一九九三年）第四章、関根正美『エスニシティの政治社会学』（一九九四年）第七章、初瀬龍平編『エスニシティと多文化主義』（一九九六年）、エイミー・ガットマン編『マルチカルチュラリズム』（佐々木毅、辻康夫、向山恭一訳、一九九六年）、西川長夫、渡辺公三、ガバン・マコーマック編『多文化主義・多言語主義の現在』（一九九七年）所収の諸論考、高作正博「多文化主義の権利論」上智四二巻一号一七三頁以下などを参照。

（16）渡辺公三「ナショナリズム・マルチナショナル・マルチカルチュラリズム」（西川他編『前掲書』所収）三三頁以下。

（17）酒匂一郎「『差異の政治』とリベラリズム」（『法の理論16』所収）二三頁の整理である。この段落の記述は同論文を参考にしている。

（18）ウィル・キムリッカは、多文化主義の議論を明確化するために、文化的多元性の源泉として、「民族的マイノリティ（national minority）」（例えばアメリカにおけるアメリカン・インディアン、プエルト・リカン、ネイティブ・ハワイアン等）と移民型の「エスニック・グループ」の二つを大別し、何れにも該当しない特別な類型としてアフリカン・アメリカンの存在があるとしている（See Will Kymlicka, Multicultural Citizenship, 1995, chap. 2）。以下、本稿で「人種・民族・エスニック」という場合、キムリッカのこの三類型を念頭においている。この点を注記するのは第二節以下で紹介する議論が「エスニック・グループ」を強く意識しているのに対して、本稿の問題関心からすればこ

のような限定はむしろ不必要であるからである。しかし、本稿ではこの三類型の差異を強調して刑法の議論を展開することはしていない。

(19) 橋本雄太郎「マルチカルチュラル社会と刑事法」杏林社会科学研究一〇巻二号一五頁以下、奈良俊夫「『カルチャー・ギャップ』と刑事責任（一）（二）」獨協三四号一〇一頁以下、同三八号六五頁以下。なお、対照的にヴァルター・ペロンは、異なる刑法体系を国際的に同化・統一するための条件を考察している（同、加藤克佳訳「刑法の国境は超えられるか?」愛大法経論集一四五号一頁以下）。

(20) Office of Multicultural Affairs, Department of the Prime Minister and Cabinet, National Agenda for a Multicultural Australia, 1989. これについては多文化研究会編訳『多文化主義』（一九九七年）第八章と西川他編『前掲書』二九二頁以下に一部訳出されている。

(21) Australian Law Reform Commission, Multiculturalism and the Law (Report No. 57), 1992. この概要についてはhttp://uniserve.edu.au/alrc/20years/vol2/Multiculturalismandthelaw.html に紹介されている。

(22) 橋本・前掲論文一九頁。オーストラリアの多文化主義と法については、杉原充志「オーストラリア法における多文化主義」立命館大学人文科学研究所紀要六四号一七頁以下、同「多文化主義と法の役割」（西川他編『前掲書』所収）一六五頁以下、安田信之「オーストラリア：多文化社会と法」国際開発研究フォーラム九号二四七頁以下などを参照。

(23) 当日配布されたレジメに基づく。なお一部の内容は垣花豊順「刑事訴訟法における個人の尊厳」（『松尾浩也古稀祝賀下巻』所収、一九九八年）五一－七頁、六八－七四頁で説明されている。

(24) 杉原・前掲「多文化主義と法の役割」一七二頁。また梶田「『多文化主義』をめぐる論争点」九〇頁以下と関根「国民国家と多文化主義」五九頁（ともに初瀬編『前掲書』所収）参照。

(25) 花崎皋平『アイデンティティと共生の哲学』（一九九三年）一九頁。

(26) チャールズ・テイラー「承認をめぐる政治」（ガットマン編『前掲書』所収）八六頁。

(27) 野口昌宏「アメリカ・インディアンと部族裁判所」（越路正巳編『二一世紀の民族と国家第二巻・二一世紀の主権、人権および民族自治権』所収、一九九八年）三二一頁以下。

(28) See Holly Maguigan, Cultural Evedence and Male Violence: Are Feminist and Multiculturalist Reformers on a Collision Course in Criminal Courts?, 70 N.Y.U.L.Rev. 1995, pp.37, 64-6.

(29) Id. at 55.

(30) Nilda Rimonte, A Question of Culture: Cultural Approval of Violence Against Women in the Pacific-Asian Community and the Cultural Defense, 43 Stan. L. Rev. 1991, pp.1315, 1326.

(31) Doriane Lambelet Coleman, Individualizing Justice Through Multiculturalism: The Liberals' Dilemma, 96 Colum. L. Rev. 1996: 1093.

(32) Leti Volpp, Talking Culture: Gender, Race, Nation, and the Politics of Multiculturalism, 96 Colum. L. Rev. 1996, pp.1573-5.

(33) Maguigan, supra n.28 at 60.

(34) Id.

(35) Note, The Cultural Defense in the Criminal Law, 99 Harv. L. Rev. 1986: 1293.

(36) Id. at 1296-8 (as to State v. Butler, citing Sherman, Legal Clash of Cultures, Nat'l L.J., Aug.5,1985, p.27).

(37) Id. at 1296.

(38) Id. at 1298-300.

(39) Id. at 1300-2. なお文化的多元主義と多文化主義はだいたい同じ意味である（梶田『前掲書』一三八－九頁参照）。

(40) Note はさらに個別化司法の原則と文化的多元主義を刑法に持ち込むことは、社会的に共有されるべき価値を保持することと（この価値の共有を Note は刑法による社会秩序の維持と言い換えるので暗黙の内に主流文化の刑法を動かせない

ものとする議論となっているという印象を否めない）と矛盾しないと説いている（Id. at 1302-7）。その概要については奈良・前掲論文（一）一一一－三頁参照。――以上は、全三節で構成される Note の第二節までの内容であるが、第三節では文化的抗弁を承認した場合のその適用範囲について論じられており、その要約を奈良・前掲論文（一）一一七－八頁に見ることができる。

(41) Maguigan, supra n.28 at 45-6. マガイガンも、有罪率や刑期の長さの点でアウトサイダーの被告人と支配的文化に属する被告人との間に不均衡があること、これは現在の刑事司法制度が多文化主義社会の価値観を取り込みえておらず、支配的文化の白人的・男性中心的価値観で機能しているからであることはよく理解しているのである。

(42) Id. at 48 n.44 (citing G. P. Fletcher, Rethinking Criminal Law, 1978, pp.798-9).

(43) Id. at 48-51.

(44) Id. at 51-2.

(45) Id. at 52-5.

(46) Id. at 56-60.

(47) See Maguigan, Battered Women and Self-Defense: Myths and Misconceptions in Current Reform Proposals, 140 U. Penn. L. Rev. 379 (1991). マガイガンは殴打され続けた女性による殴打者の殺害行為につきその社会的文脈に関する証拠を重要視して自己防衛を肯定するための方法を呈示している。なお岡田久美子「ドメスティック・バイオレンスに関する刑事法的問題」アディクションと家族一五巻三号（一九九八年）二六五頁以下を本稿校正中に参照し得た。

(48) Rimonte, supra n.30 at 1322.

(49) Coleman, supra n.31 at 1166.

(50) Rimonte, supra n.30 at 1312.

(51) Id. at 1321. なお「太平洋・アジア系」という場合（もちろん日系を含むが）、二三のエスニシティとおよそ四〇の言

語が話される広い地域からの、また生活習慣の上でも言語的にも出身地のそれになお親しんでいる（この点で例えばアジア系アメリカ人とは異なる）、人々を指しており、したがって文化的には決して画一的ではないが、リモンテが問題であると考える側面では共通しているという（Id. at 1312-3）。

(52) Id. at 1313-5.

(53) Id. at 1317-9.

(54) Id. at 1322-6.

(55) ちなみに女性に対する暴力の撤廃に関する宣言（国連総会決議48／104）四条は「国家は、女性に対する暴力を非難すべきであり、その撤廃に関する義務を回避するために、いかなる慣習、伝統または宗教的考慮をも援用すべきではない」と定める。「夫（恋人）からの暴力」調査研究会『ドメスティック・バイオレンス』（一九九八年）二一九頁より。

(56) Maguigan, supra n.28 at 56 and 81.

(57) Coleman, supra n.31 at 1098.

(58) Id. at 1119-20.

(59) Id. at 1166.

(60) Volpp, supra n.32 at 1575 (citations from Coleman's Article).

(61) Coleman, supra n.31 at 1127-30 and 1141. コールマンは、文化的抗弁が反差別原則に犠牲を強いるとき、ブラック・コードに代わる「カルチュラル・コード」（文化法）、つまり「スレイブ・コードやブラック・コードや性差別法の長く不幸な歴史のあとに私たちが正当にも拒否することのできた観念」に帰着するであろう、と結論部の最後で述べている（Id. at 1167.）。なおブラック・コードについては、辻内鏡人「南北戦争後の解放黒人をめぐる法」桜美林論集一五号七一頁以下参照。

(62) Volpp, supra n.32 at 1596 and 1599.

(63) Coleman, supra n.31 at 1139 n.221.

(64) Volpp, supra n.32 at 1594-5.

(65) Coleman, supra n.31 at 1132.

(66) Ruth Colker, Anti-subordination Above All: Sex, Race, and Equal Protection, 61 N.Y.U.L.Rev. 1986, pp.1007-15. また color-blind を疑問視するキムリッカの指摘は示唆に富んでいる。See Kymlicka, supra n. 18 pp.58-60.

(67) Coleman, supra n.31 at 1144.

(68) Id. at 1155-8.

(69) Id. at 1161-2.

(70) Id. at 1160-1.

(71) See Rimonte, supra n.30 at 1321.

(72) Coleman, supra n.31 at 1158-60.

(73) Id. at 1103 n.48. 「率直でない」というのは、「法は移民の妻殺害や親子心中等を許容すべきである、という多文化主義者の立場」を移民の被告側が明確にせず、「慣習が心神の障害を引き起こした」等の理由でメンズ・レアの要件を満たさないと論じることを指している（Id.）。

(74) Id. at 1166.

(75) Volpp, supra n.32 at 1599-600 (citing Scalia, J., concurring, in Adarand, 115 S. Ct. at 2119).

(76) Id. at 1600.

(77) Maguigan, supra n.28 at 53 (citing Richard Delgado, Shadowboxing: An Essay on Power, 77 Cornell L. Rev. 1992, p.818, etc.).

(78) Coleman, supra n.31 at 1164-5.

(79) Volpp, supra n.32 at 1600-2 (citing Gunnar Myrdal, An American Dilemma: The Negro Problem and

Modern Democracy, 1996, pp.928-30, originally 1944). ボルップは文化的人種主義についてエティエンヌ・バリバール「『新人種主義』は存在するか?」（エティエンヌ・バリバール、イマニュエル・ウォーラースティン『人種・国民・階級』新装版所収、若森章孝他訳、一九九七年）も参照している。そこには、新人種主義とは、「その支配的テーマが生物学的遺伝ではなく、むしろ文化的差異の還元不可能性にあるような人種主義」であり、「一見したところ、ある特定グループなり人びとの、他の者にたいする優越性を仮定するようなものではなく、むしろ『たんに』境界の消滅の有害さだけを、生活形態や伝統の両立不可能性だけを仮定しているような人種主義」であり、「つまりそれは差異主義的人種主義（racisme differentialiste）（P・A・タギエフ）と正当にも名付けるべき人種主義なのである」、とある（同書三七―八頁）。

（80）Volpp, supra n.32 at 1602-3.

（81）Id. at 1603-4.

（82）Id. at 1604 and 1607. ベネディクト・アンダーソン『増補・想像の共同体』（白石さや、白石隆訳、一九九七年）二六頁参照。

（83）Volpp, supra n.32 at 1609-11 (citing Coleman, supra n.31 at 1121).

（84）Susan Moller Okin, Feminism and Multiculturalism: Some Tensions, 108 Ethics, 1998, pp.664-5. 文化的抗弁の議論に即してオーキンと同様な問題意識を鮮明に打ち出しているのはダナ・チウである。See Daina C. Chiu, The Cultural Defense: Beyond Exclusion, Assimilation, and Guilty Liberalism, 82 Cal. L. Rev. 1053 (1994).

（85）Id. at 666-7.

（86）Id. at 683.

（87）Id. at 678.

（88）Id. at 684. なお、本稿ではフェミニズムを定義していないが、オーキンは「女性がその性により不利益を被るべきで

なく、男性と同等に人間的尊厳を有すると認められるべきであり、また男性に劣らない充実した生活を送り、自由に生活を選択することができる機会を有するべきである、とする考え方」を意味するものとしてフェミニズムの語を用いている（Id. at 661）。本稿にとってもこれで十分である。

(89) Maguigan, supra n.28 at 36-7.

(90) Id. at 60.

(91) Id. at 42.

(92) Id. at 62-9.

(93) Id. at 87.「交渉過程と公判で、アウトサイダーの声に耳を傾けること」が必要であると述べられている。

(94) Id. at 66.

(95) Id. at 77.

(96) Id. at 78.

(97) Id. at 72-5 (citing Bui v. State, 551 So. 2d 1094 (Ala. Crim. App. 1988)).

(98) Id. at 76-7.

(99) Id. at 48 n.42 (citing Joshua Dressler, Exegesis of the Law of Duress: Justifying the Excuse and Serching for Proper Limits, 62 S. Cal. L. Rev. 1989, p.1349 n.124). マガイガンによれば文化的証拠を行為の正当化のために用いることは多くないが、それは第一に事件が家族の関係の中で起きるとき被害者が女性であれ子どもであれ被告人（男性や親）との力関係で劣ることが多いため説得力を持ちにくいからであり、第二に公判でも公判前と同様に行為の犯罪性を認めた上で刑の減軽を請う方が得策であると考えられやすいからである。第三に、「正当化の抗弁は被告人が合理的に行為したと事実認定者が判断することを前提とするが、支配的文化に属さない被告人はその認識内容や行為の合理性について事実認定者を確信させる自信を持っていない」からである（Id. at 70-1）。

(100) Id. at 79 n.158.

(101) Id. at 79 and n.158.

(102) マガイガンは論文の冒頭で、「文化的証拠あるいは文化的情報の語は、被告側が公判で、あるいは量刑段階や有罪交渉の過程で、検察官によるメンズ・レアすなわち主観的犯罪要素の立証を反駁するために、用いようとする被告人の文化に関するあらゆる情報を指す」と注記している（Id. at 37 n.1）。

(103) Id. at 79.

(104) Id. at 79-81.

(105) Id. at 82-3.

(106) Id. at 83-4.

(107) Id. at 84-5.

(108) Id. at 46 n.32.

(109) Id. at 46.

(110) Id. at 85-6.

(111) Id. at 86.

(112) Id. at 87-8.

(113) Id. at 89 (citing Rhines, 182 Cal Rptr. at 483 and 483-4).

(114) Id. at 89-90.

(115) Id. at 90-1 (citing Argument of Harrison Kohler, Senior Assistant Georgia Attorney, in Georgia v. McCollum, 112 S. Ct. 2348 (1992)(N.91-372)). なおバトソン・ケースについては、勝田卓也「アメリカ合衆国における刑事陪審の人種構成について」早稲田法学会誌四七巻七二頁以下参照。

(116) Id. at 92-3 (as to Tyson case, citing Joan Morgan, A Blackwoman's Guide to the Tyson Trial, Village Voice, Mar.3,1992, pp.37,39).

(117) Id. at 94-6.

(118) Id. at 91 n.205.

(119) アイリス・M・ヤング「政治体と集団の差異」（施光恒訳）思想八六七号一二二頁。なお「過去志向」型と「未来志向」型については、松田聡子「女性差別解消のためのアファーマティブ・アクションと逆差別」調布学園女子短大紀要二一号三〇一頁以下、同「男女平等とアファーマティブ・アクション」（『佐藤功喜寿記念・現代憲法の理論と現実』所収、一九九三年）六五頁以下参照。

(120) ルース・コルカーの反従属原則の用い方は次の通りである。第一に、人種・性別に特定的な諸施策は「ある特定の人種またはエスニック・グループ、あるいは一方の性に対する否定的な差別的結果をもたらすものでなければ、無効であるという推定を受けない」と考えること、第二に合憲性の審査基準については緩和するのではなく、「人種・性別に特定的な諸施策の唯一の正当化の根拠は過去の従属の経験あるいは従属の歴史の是正である」という観点から厳格に行うことである（See R. Colker, supra n.66 at 1059）。また、コルカーは神学的フェミニズム（religious feminism）の観点から平等権を捉え直して、他者のおかれた状況を「思いやる」という平等観念（equality based on compassion）を主張している。See Colker, Feminism, Theology, and Abortion: Toward Love, Compassion, and Wisdom, 77 Cal. L. Rev. 1989, pp.1025-8.

(121) モウア・ケースへの言及はないが、モン族のアメリカへの定住の政治的経緯とアメリカでの生活形態については、小泉康一「文化差異の管理――米定住の Lao Hmong、一九七五～八五年（移行期）にみる援助への適応形態――」（片岡弘次編『二一世紀の民族と国家第一一巻・少数民族の生活と文化』所収）一七七頁以下。またシャロン・ベイズはカリフォルニア州ビセーリアのモン族コミュニティの女性たちから聞き取り調査を行い、女性たちが男性たちとは異なるマルチ・エスニックな文化変容を経験していること等を報告している。See Sharon Bays, Work, Politics, and Coalition Building: Hmong Women's Activism In a Central California Town, in ed. by Nancy A. Naples, Community Activism and Feminist Politics, 1998, pp.301-25. なお、日本の判決例にも略奪婚の慣習

と強姦致傷罪の成否について判断したものがある（鹿児島地判昭三四・六・一九／判時一九〇・二一）。同事案では被告人は被害者の不同意と行為の反社会性について認識を有していたということであり、被告人の主張も慣習により強姦行為が適法行為になると誤信していていたというものである。

(122) Maguigan, supra n.28 at 85 n.181.

(123) Note, supra n.35 at 1296 n.17.

(124) Maguigan, supra n.28 at 49 n.48; and 83 n.174.

(125) 戒能民江「ドメスティック・バイオレンスと性支配」（『岩波講座現代の法11・ジェンダーと法』所収、一九九七年）三〇三頁以下、同「法律学とジェンダー論」労働法律旬報一三九九・四〇〇号三三頁以下。

(126) 酒匂・前掲論文二二頁、四〇―一頁。

(127) 森川「強姦罪について考えるために」琉法六〇号一頁以下。