

宗教への敵意

——Smith テストと Masterpiece Cakeshop 判決——

森 口 千 弘

1. はじめに
2. Smith テストの形成と展開
 - (1) Smith 判決
 - (2) Lukumi 判決
 - (3) 敵意の認定
 - (4) Smith テストの意義
3. Masterpiece Cakeshop 判決とその問題点
 - (1) Masterpiece Cakeshop 判決
 - (2) Masterpiece Cakeshop 判決における Smith テスト
 - (3) Smith テストの適用の仕方への批判
 - (4) Smith テストの「歪み」？
4. おわりに

1. はじめに

2012年、Colorado 州 Lakewood で起こった一つの出来事は、大きな注目を集める事件へと発展した。ゲイカップルである Charlie Craig と Dave Mullins は、自分たちの結婚式に使うウェディングケーキを買い求めに、Jack Phillips が経営する Masterpiece Cakeshop を訪れた。Phillips は自身の宗教的信条から、他の菓子を彼らに売ることではできても同性愛者の結婚式のためのケーキは作れないと述べ、販売を拒否した。Craig と Mullins は、Colorado 州公民権委員会に対して、ケーキの販売拒否は性的指向にもとづく差別であり Colorado 州反差別法 (CADA) に違反するとして申立てを行ったところ、委員会は Phillips に対し、差別をやめること、コロラド州反差別法の内容を

社員に教育し、2年にわたり四半期ごとに法令順守レポートを提出することなどを内容とする命令を下した。これに対して Phillips 側は、委員会の命令が宗教行為の自由条項などに違反するとして訴訟を提起した。

この事件は、とりわけ Obergefell 判決¹⁾ で同性婚が憲法上の権利として認められて以降、大きな注目を集めた。Obergefell 判決は権利を獲得した同性愛者にとってのみならず、同性婚に反対する保守派——特に宗教的保守派——にとっても、大きな節目であった。「同性婚の権利は憲法で認められたものではない」という彼らの主張が連邦最高裁によって明確に否定され、彼らが忌み嫌う同性愛者には憲法上の権利という強力な武器が与えられたためである。反同性愛を主張する保守派は、同性婚の権利に対抗可能な新たな武器を手取る必要に迫られることとなった。

そのような中、Masterpiece Cakeshop での出来事は彼らにとって一つの奇貨となった。この事件は、宗教行為の自由と同性愛者の権利との対立を内包する。前者はアメリカで伝統的に手厚い保護を受けてきた分野であり、近年でも、宗教団体への雇用差別禁止法の例外的な不適用²⁾ やオバマケアへの例外的な免除³⁾ など、宗教行為の自由上好意的な連邦最高裁判決が出されている。Phillips の事件が争われた2018年の Masterpiece Cakeshop 判決⁴⁾ は、まさに同性婚に反対する宗教的保守派が宗教行為の自由を武器として戦い、勝利を挙げた事例である。

ただし、この勝利は留保付きのものである。後述するように、連邦最高裁

-
- 1) Obergefell v. Hodges, 576 U.S. 644 (2015).
 - 2) Hosanna-Tabor Evangelical Lutheran Church and School v. Equal Employment Opportunity Commission, 565 U.S. 171 (2012).
 - 3) Burwell v. Hobby Lobby, 573 U.S. 682 (2014).
 - 4) Masterpiece Cakeshop v. Colorado Civil Rights Commission, 584 U.S. ___ (2018), 138 S.Ct. 1719 (2018). なお、この判決の日本語の評釈として、井上一洋「『敵意』に対する司法審査に関する一考察」宮崎産業経営大法学論集27巻1・2号1頁 (2019)、井上幸希「表現行為が有するメッセージ性に関する一考察」人間福祉研究17号17頁 (2019)、大林啓吾「判批」判時2379号116頁 (2018)、中曾久雄「宗教的信念に基づくウェディングケーキ作りの拒否」愛媛大学教育学部紀要65巻241頁 (2018) など。

は次のような論理をとる。① Phillips が自身の信仰に基づいて反差別法からの例外的免除を受ける権利については認めない（棚上げとする）、②しかしながら、公民権委員会の命令は Phillips の信仰に対する敵意・偏見にもとづいており違憲である。すなわち、連邦最高裁はあくまで公民権委員会の決定プロセスの不備を問うているのであり、宗教を理由とした同性愛差別を正面から正当化したものではない。このため、リベラル派の中でも判決を支持し、むしろ①の部分をもとづく差別を否定するものとして積極的に評価するなど、必ずしも保守派に親和的な判決とみなさない向きもある⁵⁾。

その一方で、②の部分で社会的多数派の権利を擁護し、結果として同性愛差別を「認める」形になってしまったことは、本来の宗教行為の自由条項の意義を損なうものであるとの批判もある。この際興味深いのは、批判者の多くが、宗教行為の自由の審査基準である Smith テストを肯定的に評価する一方で、連邦最高裁による Smith テストの運用を批判している点である。Smith テストとは、憲法が禁じる公権力による特定／不特定の宗教に対する敵意を持った規制につき、いかなる規制が敵意を伴う違憲なものとなされるかを判別する審査基準である。Masterpiece Cakeshop 判決では、このテストに照らして、公民権委員会の議事録などから Phillips への「敵意」を見出し、差別を禁ずる命令を違憲と判断している。しかしながら、判決の批判者によれば、連邦最高裁が「敵意」を認定するにいたるプロセスは、従来の判例法理と照らしても、このテストの適用を誤ったものであると指摘される。

そこで本稿では、Smith テストの適用の仕方に着目し、Masterpiece Cakeshop 判決の意義と妥当性を検討したい。第 2 節では Masterpiece Cakeshop 判決以前の Smith テストの形成と展開を検討する。第 3 節では、Masterpiece Cakeshop 判決における Smith テストの適用を検討するとともに、連邦最高裁の敵意の認定の仕方に内在する問題点を指摘したい。

5) See, e.g., Douglas NeJaime & Reva Siegel, Religious Exemptions and Antidiscrimination Law in Masterpiece Cakeshop, 128 Yale Law Journal Forum 201 (2018).

2. Smith テストの形成と展開

(1) Smith 判決

Smith テストの淵源は、1990年の Smith 判決⁶⁾に求められる。この判決では以下のような事案が問題となった。ネイティブ・アメリカンである Alfred Smith は、ネイティブ・アメリカンの宗教的儀式の中でペヨーテと呼ばれる違法な幻覚剤を使用したために、1983年に薬物リハビリテーションセンターのアルコールカウンセラー職を解雇された。Smith は失業保険の申請を行ったものの、「職務にかかわる『不法行為』を理由として解雇された」ことから、要件を満たさないとして給付不適格とされた。これに対して Smith は、給付不適格は宗教儀式を理由としたものであり、連邦憲法修正1条のもとで保障される宗教行為の自由に反し違憲であるとして訴訟を提起した。

宗教的な事情によって失職した者に対する失業保険給付を求める訴訟はアメリカの宗教行為の自由条項の中心的な事案であり、すでに「Sherbert カレット」と称される4つの判決により審査枠組みが固まっていた⁷⁾。すなわち、①宗教的信念に基づく失職への失業保険の給付拒否は、それが一般的・中立的な法の適用による付随的なものであったとしても宗教行為の自由への制約となる、②このような制約は、政府のやむにやまれぬ利益と代替措置の不可能性が証明された場合、すなわち厳格な審査をクリアした場合にのみ許容さ

6) *Employment Division v. Smith*, 494 U.S. 872 (1990). なお、Smith 判決については日本に限っても極めて多くの紹介がなされているが、紙幅の関係上、神尾将紀「アメリカにおける『信教の自由』の展望」宗教法21号187頁(2002)の紹介に留める。

7) *Sherbert v. Verner*, 374 U.S. 398 (1963), *Thomas v. Review Board of the Indiana Employment Security Division*, 450 U.S. 707 (1981), *Hobbie v. Unemployment Appeals Commission of Florida*, 480 U.S. 136 (1987), *Frazee v. Illinois Department of Employment Security*, 489 U.S. 829 (1989). See, Christopher L. Eisgruber & Lawrence G. Sager, *The Vulnerability of Conscience-The Constitutional Basis for Protecting Religion Conduct*, 61 U. Chi. L. Rev. 1245 (1994), at 1277.

れる。Sherbert テストと呼ばれるこの審査基準は、一般に、宗教的信念を理由とする法義務免除を憲法上の権利として承認したものとみなされており、すくなくとも失業保険給付にかかわる事例においては審査基準として確立していた⁸⁾。

Sherbert テストにしたがえば、この事件の争点は Smith の宗教的信念への付随的な負担を理由として麻薬禁止法からの例外的な免除が認められるか否かとなるはずであった。しかしながら、大方の予想を覆し、Scalia 判事の執筆する法廷意見は、本件に Sherbert テストを適用しなかった。

Scalia 判事によれば、もし法が一般的・中立的であるのなら、仮にそれが宗教に対して実質的な負担を課すものであるとしても憲法判断を行う必要はない。Sherbert テストのもと認められてきた一般的・中立的な法からの法義務免除は、憲法の宗教行為の自由条項から当然に要請されるものではないためである。したがって、ある規制が一般的・中立的な法に当たるのであれば、間接的に信仰への制約が生じていたとしても、それは憲法判断の埒外におかれる。ここに、Scalia 判事は Sherbert テストを事実上変更し、憲法上の権利としての法義務免除を否定した。

かわって Scalia 判事は、新たな審査基準として Smith テストを提示する。宗教行為の自由条項で保障される権利は、一義的には、宗教教義を信仰し、それを宣言する権利である。したがって、国家が宗教的表現を禁じたり、宗教的見解や立場に基づいて特別な不利益を与えたり、宗教的権威やドグマの対立に際して一方に肩入れすることは憲法上許されない。これに加えて、信仰にもとづき身体的行為 (physical acts) を行うこと、ないし行わない権利が宗教行為の自由条項により保護される。公権力は、特定の作為 / 不作為につき、それが宗教的理由によってなされる場合に限り禁じたり、行為や不作為をする人たちがもつ宗教的信念のみを理由として禁じたりすることはできない。宗教行為の自由が侵害される場合というのは、規制が「一般的・中立

8) Sherbert テストについては、拙稿「法義務免除の法理と宗教・世俗」早稲田大学大学院法研論集150号419頁 (2014) を参照。

的でない場合」に限られる⁹⁾。

Smith 判決は現在に至るまで変更されておらず、いくつかの例外¹⁰⁾はあるものの、宗教行為の自由条項の下で違憲審査の対象とされるのは、規制が「一般的・中立的」でなく宗教抑圧的な場合に限定されることとなった。宗教への直接的な負担のみを保護の射程におき、Sherbert テストの中心的な関心事であった付随的な負担への保護を原則として認めない Smith テストに対しては、宗教行為の自由条項の意義を矮小化するものであるとして多くの批判がある¹¹⁾。

ただし、Smith テストには「〔宗教に対する〕迫害についての法的枠組みを形成」する契機となった積極的な側面もある¹²⁾。それまでの宗教行為の自由条項の中心的な保護枠組みは付随的な制約に対する法義務免除であり、宗教を直接抑圧するような規制の問題はいわば傍流であった。ところが、憲法上の法義務免除を否定したことで、連邦最高裁はこれとは別の枠組みを定式化する必要に迫られた。すなわち、「一般的・中立的でない法」による信仰への「迫害 (persecution)」の問題に正面から向き合わざるをえないこととなったのである。

もともと、Smith 判決で多くの紙幅を割かれているのは Sherbert テスト

9) *Employment Division v. Smith*, at 871-878.

10) Smith 判決以降、宗教行為の自由条項のもとで例外的に法義務免除が認められるのは、大別して以下の三種類となる。第一に、法律によって個人的な免除を容認している場合である。これは法義務免除を認めた Sherbert カルテットとの衝突を避けるために言及されたものと推測される。第二に、規制が間接的な負担を課す場合であっても、他の権利との「混合的な権利 (hybrid right)」に負担を課す場合には例外的に厳格な審査に付されるとされる。これも先例、具体的には *Wisconsin v. Yoder*, 406 U.S. 205 (1972) との整合性をとるための例外として、Smith 判決中で言及されている。第三に「聖職者例外の法理」がある。 *Hosanna-Tabor Evangelical Lutheran Church and School v. Equal Employment Opportunity Commission*, 565 U.S. 171 (2012)。これは公民権法第七編にもとづく雇用差別禁止について、宗教団体に対しては例外的に緩和する便宜的措置を認めたものである。See, *Caroline Mala Corbin, Intentional Discrimination in Establishment Clause*, 67 *Ala. L. Rev.* 299 (2015), at 319.

11) 著名なものとして、例えば Michael W. McConnell, “Free Exercise Revisionism and the Smith Decision”, 57 *U.CHI. L. REV.* 1109 (1990).

12) Douglas Laycock, *The Remnants of Free Exercise*, 1990 *Sup. Ct. Rev.* 1 (1990), at 4.

の否定にかかわる部分である。このため、判決からは Smith テストの下で違憲とされる「迫害」が何を意味するのかについては必ずしも判然としない。実際、このテストが次に適用された連邦最高裁判決である Lukumi 判決では、「迫害」の意味をめぐる Scalia 判事と Kennedy 判事の対立が生じている。

(2) Lukumi 判決

① Kennedy 法廷意見

Lukumi 判決は Smith テストに照らして初めて違憲判断が下された事例である。この判決では次のような事例が問題となった。動物の生贄を宗教的儀式の一環とする Santeria 教の Lukumi 教会が Hialeah 市に礼拝施設等を建設しようとしたところ、Hialeah 市議会が動物の生贄に反対する決議を行い、また、いくつかの例外を除いて動物の殺害を禁ずる条例を制定した。これに対して Lukumi 教会は、このような条例が Santeria 教の儀式を妨げるものであるとして、宗教行為の自由条項に違反すると主張した。

法廷意見を執筆した Kennedy 判事は本件に Smith テストを適用した。Kennedy 判事によれば、修正1条は政府が宗教的信念や実践を抑圧するような法を制定してはならないという「迫害禁止原理 (nonpersecution principle)」を内包する¹³⁾。「迫害」とは一般的・中立的でない法による規制を指すものであり、したがって本件の条例が Smith テストに照らして合憲であることを示すためには、一般性・中立性のテストをクリアする必要がある¹⁴⁾。

このような審査に際しては、規制が宗教的信仰それ自体を狙い撃ちするものであるかが判断の分かれ目となる。仮に、法の目的がある行為をその宗教性ゆえに侵害、制約するものであるなら、そのような規制は宗教行為の自由を侵害するものとみなされる¹⁵⁾。加えて、規制が「迫害」に当たるか

13) Church of the Lukumi Babalu Aye, Inc v. Hialeah, at 523.

14) Id, at 531-532.

15) Id, at 533.

否かを検討するに際して、「文面上の中立性は決め手とならない」。というのも、「異なる取り扱いをするために宗教行為を狙い撃ちする市当局の行為は、単なる文面上の中立性の要求を満たすだけでは防ぎ得 [ず]」、文面の背後にある動機の審査が必要となるためである¹⁶⁾。

Kennedy 判事によれば、このような前提を Hialeah 市の条例に当てはめて検討すると、この条例により禁じられるのは実質的に Santeria 教による生贄の儀式のみであり、したがって「市当局が Santeria 教以外の宗教を念頭においていたとはいいがたい」¹⁷⁾。規制のあり方から、特定の宗教を狙い撃ち的に規制する動機は明らかであり、条例は宗教行為の自由条項に違反するという。

② Scalia 補足意見

Kennedy 判事の法廷意見に対して、補足意見を執筆した Scalia 判事は、その結論には同意しつつも、Smith テストの解釈の点で Kennedy 判事とは異なる見解を示している。

Scalia 判事も Kennedy 判事と同様、規制が一般的・中立的であるか否かが合憲性の分かれ目となると考える。もっとも、「非中立的」ないし「一般適用可能性が欠如」している場合というのは、規制が公共サービスから特定の教派のメンバーを排除するような、文面上の「迫害」が存在しているような場合に限られるはずである¹⁸⁾。したがって、法廷意見の言うように、規制が文面上中立的であるにもかかわらず、規制の動機が宗教抑圧的であることを理由として違憲判断をくだすのは、Smith テストの趣旨とは反する。

16) Id, at 534.

17) Id, at 535.

18) Id, at 557-558. なお、本稿では省略したが、Kennedy 判事の法廷意見では「一般性」と「中立性」は異なるものとして説明されている一方、Scalia 判事の意見ではこれらは実質的に重なり合っており区分する意義は少ないとされており、この点でも両者の意見に食い違いが見られる。この点については、根田恵多「米連邦最高裁の宗教条項解釈における2つの反差別原理」浅倉むつ子・西原博史編『平等権と社会的排除』179頁（成文堂、2017）も参照。

Scalia 判事によれば、裁判所が政府の動機についての決定を引き受けなければならない場合はあるとしても、修正1条の分析に関してはこれに当てはまらない。彼によれば、裁判所が担当すべきは立法者が法を施行した目的ではなく、むしろ試行された法の効果によるのであり、修正1条が問題となる場面で立法者の邪悪な動機 (evil motives) を理由として法律を無効とすることは連邦最高裁の役割ではない¹⁹⁾。

Scalia 判事の補足意見と Kennedy 判事の法廷意見の比較から、次のような Smith テストの内容が明らかになる。すなわち、Smith テストのもとでは一般的・中立的な法はいかなる憲法上の問題も提起せず、問題となるのは宗教への差別が存在する場合に限られる²⁰⁾。ところが、Smith 判決においては、どのような規制が宗教差別的で、中立性を欠くものとみなされるのか必ずしも明らかでなかった。Lukumi 判決ではこの点で Scalia 判事と Kennedy 判事の間で齟齬が生じた。すなわち、あくまでも文面上の中立性にこだわる Scalia 判事に対して、Kennedy 判事は立法者の意図や動機を勘案し、そこに特定の宗教に対する「敵意」を見出すことができれば立法者は宗教抑圧的な違憲な動機に基づいて規制を課したものとみなしうると考える。

結果として法廷意見を構成し Smith テストを定式化したのは Kennedy 判事であった。

(3) 敵意の認定

Smith テストの適用に際して重視されるのが、違憲な動機に基づく宗教への敵意であるならば、その認定の仕方がこのテストにとって重要である。どのような形で敵意の認定が行われるのか。

Lukumi 判決において Kennedy 判事が述べるように、Smith テストを適用

19) Id, at 558. もっとも、Scalia 判事は本件においては宗教抑圧の意図が文面上読み取れると述べており、結論としては Kennedy 判事に同意している。なぜ Scalia 判事の論立てからそのような結論に至るのかは必ずしも明らかではない。

20) Corbin, supra note 10, at 303-304.

する際には平等条項がその指針とされる。すなわち、連邦最高裁の平等条項にかかわる判例と同様に、公権力がどのような目的に基づいて規制を行ったかは、直接的な証拠のみならず、状況証拠から判断される。たとえば、問題となる決定が行われた歴史的な背景、法令や公的な方針を導いたもろもろの特定の出来事、決定主体の構成員によってなされた発言などが勘案されることとなる²¹⁾。

もちろん、Smith テストのもとでは宗教への付随的な負担については宗教行為の自由条項の埒外とされるため、単に特定の宗教が法律により負担を課されることが敵意の根拠となるわけではない。Kennedy 判事によれば、宗教への負担がある「にもかかわらず (in spite of)」規制が作られていたとしても敵意を認定する理由にはならず、宗教への負担があること「を理由として (because of)」規制が作られた場合のみに敵意が認定される²²⁾。後者の場合、負担それ自体が規制の目的であり、宗教狙い撃ち的な規制だとみなされるためである。

では、Lukumi 判決では具体的にはどのように敵意の認定がなされたのであろうか。Kennedy 判事は敵意の認定に際して「宗教的ゲリマンダー (religious gerrymander)」²³⁾ という概念をもちいる。たとえ文面上の一般性・中立性を維持していたとしても、条例がゲリマンダリングのように特定の宗教を標的に、その宗教が不利になるように作られていたとすれば、そのような規制には敵意が見出せる。Kennedy 判事によれば、以下に挙げる条文は、その運用、効果から見て Santeria 教のみを特別に狙い撃ちしたものであり、明らかな「宗教的ゲリマンダー」が存在する²⁴⁾。

21) Church of the Lukumi Babalu Aye, Inc v. Hialeah, at 540. なお、この部分において Kennedy 判事は多数意見を構成できず、Stevens 判事が賛同しているにとどまる。

22) Id.

23) この言葉は *Waltz v. Tax Comm'n of New York City*, 397 U. S. 664 (1970) の Harlan 補足意見から引用されたものである。

24) Church of the Lukumi Babalu Aye, Inc v. Hialeah, at 535.

① 「生贄」の禁止

第一に、条例の動物を生贄とすることを禁じている部分である。条例では「生贄」について、「食物としての消費を主要な目的としない公的、私的な儀式、セレモニーにおいて動物を不必要に殺すこと」と定義されている。この定義は動物の殺害のほとんどを容認するものであり、禁じられるのは事実上、宗教的な生贄のみである。さらに、「生贄」の定義の中にある「主要な目的」という要件は、ユダヤ教の教義に触れない清浄な屠殺方法である「カーシエルの屠殺 (kosher slaughter)」を禁止の対象からはずすことを意図している。このような条例の特徴は、本件条例の制定に際して Santeria 教のみを排除しようとするのが立法者の意図するところであったというために十分な証拠となるとみなされる²⁵⁾。

② 食用目的での動物の所持等の禁止

第二に、食用にする意図をもって動物を所持したり、生贄、屠殺に供したりすることを禁ずる部分である。この禁止は、殺害を目的として動物を所持することを禁じ、動物が何らかの形での儀式において殺され、その際に動物を食用に用いる意図が存在した場合に適用される。実際に食用にされたか否かは問われない。もっとも、この文面のみでは食肉用の動物の飼育は不可能になってしまう。そこで、免許を受けた食肉企業により特別に飼育された動物については、それが食用を目的とするものであっても例外的に許容される。この例外も「カーシエルの屠殺」を条例で禁ずることのないように意図的に作られたものと考えられる。この条文からも、条例が事実上 Santeria 教のみを狙い撃ちするものであり、他の宗教には適用されないようになっていることが伺える²⁶⁾。

25) Id, at 535-536.

26) この条例では、殺害が動物を食用にする意図によって起こったのでないのなら禁じられない。また、仮に殺害が食用のためであったとしても、何らかの形の儀式の間に起こったのでなければ禁止の対象外である。もし殺害が儀式の間に食用にするために起こったのであっても、それが指定区域で免許を持った業者によって、食用のために飼われた動物を対象としていれば禁止

③ 不必要な動物の殺害の禁止

第三に、「誰であれ…不必要に…動物を殺すこと」を禁じている部分である。一見するとこの文面は一般的・中立的である。しかし、Kennedy 判事は市当局によるこの条文の解釈に問題があると指摘する。すなわち、この条文のもとでは Santeria 教の生贄は「不必要」な動物殺しとして禁じられる一方、スポーツとしての狩や釣りは「不必要」なものとしてされていないし、生きたウサギを猟犬のトレーニングに使うことさえも「不必要」とはされていない。「不必要」か否かの基準は非宗教的な理由とくらべて宗教的な理由を軽視しており、宗教的理由での動物殺しの価値を低く見積もってしまっている。したがって、Santeria 教の宗教的实践はここでも差別的取扱いを受けているということが出来る²⁷⁾。

Kennedy 判事によれば、これら3つの条文については、文面上 Santeria 教を抑圧する意図は明らかではない。しかし、条文の運用や効果からみて、事実上 Santeria 教の生贄の儀式のみを禁ずるようにならされており、他の宗教の儀式における生贄や、狩猟や猟犬の育成などの世俗的な目的で動物を殺すことを禁じないように作られている。このような規制のあり方からは、事実上宗教を抑圧する意図が読みとれる。

④ 屠殺区域の規制の経緯

さらに、Kennedy 判事は「屠殺」を「食用のために動物を殺すこと」と定義し、屠殺場のために指定されたエリア以外での屠殺を禁じた部分を問題視する。この条文は上記三つの条文とは異なり実質的に非宗教にも適用されるものであり、また過度広範なものでもない。しかし、Kennedy 判事によればこの条文が可決された経緯を見ると、上記三つの条文と同時に議会を通過しており、Santeria 教の宗教活動を抑圧するために設けられた一連の規制

られない。Id, at 535-537.

27) Id, at 537-539.

の中のひとつであることは明らかである。したがって、全体としてこの条文も Santeria 教会の信仰を抑圧する機能を果たすものであり、違憲である²⁸⁾。

このように、Lukumi 判決における敵意の認定は、条例の建付けや条例が制定された経緯を踏まえて行われている。条例の違憲性の決め手となるのは、条例が Santeria 教の動物殺害を禁ずる一方で、カーシエルの屠殺のような他の宗教の動物殺害や、狩りや釣りなどの世俗的な理由による動物殺害は容認する内容になっている点である。このような建付けから、条例は Santeria 教の動物殺害のみが禁止される状態を作り上げており、特定の宗教の宗教活動のみを不可能にするよう仕立てられたものとみなされる。したがって、条例は Santeria 教への負担がある「にもかかわらず」制定されたのではなく、このような負担を課すこと自体「を理由として」制定されていたものとみなされ、宗教行為の自由条項に違反すると判断された。

(4) Smith テストの意義

Lukumi 判決において、Smith テストは次のようなテストとして定式化された。① Smith テストのもとでは宗教は、憲法上いかなる特権も受けず、反対にいかなる不利益な取り扱いを受けることもない、② Smith テストのもとで宗教行為の自由への侵害と認定されるのは、宗教への敵意に動機づけられた差別的取り扱いである、③敵意は文面上のみならず、規制の差別意図から判断され、その際、直接的な証拠に加え、議事録や条例の建付けなどの状況証拠も含めて総合的に判断される。このような Smith テストの特徴は、次の二点に見出すことができる。

第一に宗教行為の自由条項の意義を、宗教への平等取扱いの問題と位置付けた点に特徴がある。Smith テストのもとでは、宗教は不公正な特権を付与されることはなく、同時に、不利な取り扱いを受けることもない。Smith 判決では、憲法は宗教を特別な取り扱いを受ける対象として選び出す (singling

28) Id, at 540.

out) ものではないとして、Sherbert テストのもとで付与されていた法義務免除という「不平等」な特権を否定した。一方 Lukumi 判決では、宗教を不利益な取り扱いの対象として選び出すことも違憲であるとされ、宗教が世俗的な活動や他の宗教と比べて不利な立場におかれる「不平等」も憲法上禁じられていると判示された²⁹⁾。

ここで問題とされる「不平等」は規制の動機が宗教を狙い撃ちしたものか否かにより判断される。したがって、単に宗教への負担があるのみでは問題とならない。負担があること「を理由として」規制がなされた場合のみ、宗教への負担それ自体が規制目的とみなされ、厳格な審査に付されることとなるのである。この意味で、Smith テストは規制の差別意図を重視する平等条項の基準を宗教行為の自由条項に持ち込んだものとみなされる³⁰⁾。

加えて、Lukumi 判決は「同じ状況に置かれたときの宗教的利益と世俗的利益の平等」にも配慮し、世俗的事情と比べて宗教が不利益に取り扱われることを禁止する³¹⁾。すなわち、ある宗教が他の宗教と比較して不利益な立場におかれていた場合はもちろん、世俗的事情と比較して不合理な差別を受けていた場合にも厳格な審査の対象となる。Lukumi 判決の事案で言えば、ユダヤ教の生贄の儀式を許容しながら Santeria 教の生贄を禁じているという宗教間の差別に加え、猟犬の訓練のための動物殺しという世俗的な動物殺しは許容しながら、Santeria 教の生贄は禁ずるという宗教と世俗的事情の間の差別も、規制が違憲となる理由のひとつとなっている³²⁾。

第二に、規制それ自体のみならず、規制の制定プロセスなどから総合的に違憲な動機を認定する点に特徴がある。「宗教的ゲリマンダー」という言葉に表されているように、規制が「不平等」なものか否かは、規制の文面のみ

29) Ira C. Lupu and Robert W. Tuttle, *SECULAR GOVERNMENT RELIGIOUS PEOPLE*, (WILLIAM B. EERDMANS PUBLISHING COMPANY, 2014), at 221.

30) Corbin, *supra* note10, at 303.

31) *Id.*

32) Kent Greenawalt, *RELIGION AND THE CONSTITUTION VOL. 1*, (PRINCETON UNIVERSITY PRESS, 2006), at 36-40.

ならず、規制が事実上宗教抑圧的に仕立てられているか否かも含め、総合的に判断される。裁判所は規制が実質的に宗教を抑圧する意図、動機を有しているか否かを判断し、憲法判断を行うことができるため、宗教狙い撃ち的な「邪悪な意図」を隠伏した規制についても、様々な状況証拠からその違憲性を問うことができる。

宗教行為の自由を重視する立場からは、Smith テストについては、Sherbert テストのもとの法義務免除を否定したことから、宗教行為の自由条項の意義を限定的にしてしまったものとして批判的に取り扱われることが多い³³⁾。たしかに、Smith 判決はそれまで憲法上の権利として保障されてきた法義務免除を「不平等」であるとして否定し、宗教行為の自由の意義を矮小化させた面があることは否めない。しかしながら、Smith テストは「迫害」を認定するための基準としては一定の機能をはたすものとして評価に値しよう。この意味で、Smith テストはそれまでの「宗教的免除にかかわる物語 (narrative)」を否定した一方で、「州がおこなう宗教に関する判断について憲法のもとで許容される限界を引き上げ、また、宗教的自由に含まれる一連の権利を高める」ものとして位置づけられる³⁴⁾。

3. Masterpiece Cakeshop 判決とその問題点

(1) Masterpiece Cakeshop 判決

このような Smith テストを前提として、Masterpiece Cakeshop 判決を見てみよう。

本判決において、ケーキ店主の Phillips 側の主張は大別して次の二点であ

33) この点については、拙稿「良心・信仰への間接的な制約と保護」浅倉むつ子・西原博史編『平等権と社会的排除』（成文堂、2017）、同「思想・良心の自由に基づく法義務免除」憲法理論研究会編『岐路に立つ立憲主義（憲法理論叢書26）』155頁（敬文堂、2018）を参照。

34) Lupu & Tuttle, *supra* note 29, at 201.

る。第一に、Phillips は自身の真摯な宗教的信条を理由として、反差別法からの例外的な法義務免除を認められるべきである。第二に、公民権委員会の命令には Phillips の信仰に対する敵意が認められ、それ自体違憲である。

Masterpiece Cakeshop 判決において、連邦最高裁はこれらの主張につき、第一の点については明確な判断を避けつつも、法義務免除に消極的な言及をしている。法廷意見を執筆した Kennedy 判事は、合衆国では同性愛者の権利が保護されると同時に、同性婚に反対する宗教的ないし哲学的見解も保護されると指摘する。ただし、そのことはビジネスオーナーやその他経済的・社会的主体が、保護された同性愛者への商品の提供やサービスを拒否することを許容したものではない。宗教的・道徳的に同性婚に反対する聖職者が結婚式の参列を強制されれば宗教行為の自由への侵害が生じる可能性があるが、結婚や結婚式にかかわる商品やサービスを扱う人たちにまで反差別法からの免除を認めてしまえば、商品・サービス・公共施設への平等なアクセスを保障する公民権法の歴史やダイナミクスと矛盾し、またゲイに対して深刻なスティグマを課すことにもなる³⁵⁾。

ただし、「そのような事情はさておいて、Phillips は本件のいかなる状況においても、中立的で尊重的な配慮を受ける権利を保障されている」³⁶⁾。したがって、第二の点については、第一の主張の妥当性にかかわらず、いわば前提条件的な権利として保障されていなければならない。Phillips が信仰にもとづいてケーキ販売を拒否する憲法上の権利の有無にかかわらず、公民権委員会の命令に敵意を見出せるのであれば、Smith テストに照らし命令は違憲である。そして Kennedy 判事は、命令決定のプロセスを検討し、以下のような敵意の証拠があると指摘する。

① 委員会の議事録

議事録に記載された委員の発言の中に、Phillips の信仰への尊重や配慮を

35) Masterpiece Cakeshop v. Colorado Civil Rights Commission, at 1727.

36) Id, at 1729.

欠くと考えられる発言があり、中には Phillips の信仰をホロコーストとなぞらえて侮蔑する発言もあった³⁷⁾。

② 類似の事例との不平等

Phillips と同様にケーキ店が自己の良心に従いケーキ販売を拒否したにもかかわらず、Colorado 州公民権委員会によって適法とされた事例が三件存在する。(いずれも反同性愛運動家の William Jack に対する販売拒否。以下、この事件については「Jack の事例」とする。) これらは、ケーキに記載するよう求められた文言が委員会によって「軽蔑的」、「憎悪を掻き立てる」、あるいは「差別的」とみなされ、ケーキの販売拒否が適法とされた。しかしながら、この三件の取り扱いと、本件の Phillip に対する取り扱いは対照的であり、矛盾する³⁸⁾。

これらは、「公民権委員会の彼の事例の取り扱いに、彼の〔同性愛者への〕反発の理由となる真摯な宗教的信念に対する、いくつかの明白で許しがたい敵意」³⁹⁾がある証拠となる。このような敵意に基づいた命令は、憲法が要請する宗教的な中立性にかかわる州の義務を逸脱したものであり、したがって、ケーキ屋の宗教的自由と反差別法の対立の問題に立ち入るまでもなく、Colorado 州公民権委員会の命令は修正1条に反し違憲である⁴⁰⁾。

(2) Masterpiece Cakeshop 判決における Smith テスト

Masterpiece Cakeshop 判決では Kennedy 判事は、Colorado 州公民権委員会の委員の発言や態度を根拠とし、状況証拠の蓄積から敵意を認定し違憲判断を導いている。このようなやり方は、Lukumi 判決で定式化された Smith

37) Id, at 1728-1730.

38) Id, at 1730-1731.

39) Id, at 1729.

40) Id, at 1732.

テストを引き継ぐものといえるだろう⁴¹⁾。

さて、このようにみると、この判決は Smith テストに照らして「正しく」判断されたものとみなすこともできる。判決は、同性愛者の権利か宗教的権利のどちらをとるかという問題とは離れて、あくまで公民権委員会の敵意の存在にのみ着目している。この点、Masterpiece Cakeshop 判決は、ヘイト・スピーチを含むけんか言葉は保護されない言論であるとしながら、保護されない言論であっても見解規制については厳格な審査基準を適用するとした R.A.V. 判決になぞらえることができるかもしれない。いずれにせよ、反差別法と信仰のどちらを優先するかという問題の結論は先送りされている。

同性愛者へのケーキ販売拒否それ自体への賛否の問題を切り離して、Masterpiece Cakeshop 判決は、リベラル派にとっても受け入れやすい、Smith テストの下の「迫害禁止原理」を採用した。まさにこの理由で、リベラル派と目される Kagan、Breyer 両判事は法廷意見の結論に賛同している。Kagan 補足意見によれば、Phillips に対して差別をやめるよう命ずることは通常は合憲となりうるとしても、それは「法廷意見が正しく指摘するように、州の決定が宗教への敵意や偏見に侵されていない場合に限られる」のである⁴²⁾。

(3) Smith テストの適用の仕方への批判

もっとも、幾人かの論者は、Smith テストの枠組み自体を肯定しながらも、判決は Smith テストを正しく適用した帰結とは言えないと批判している。Masterpiece Cakeshop 判決の事案では、Smith テストに照らしたとしても公民権委員会の命令は合憲と判断されるべきであり、そうならなかったのは連邦最高裁の判断に誤りがあったためであるというのである。具体的には、以下の二つの点が指摘されている。

41) Mellissa Murray, *Inverting Animus: Masterpiece Cakeshop and the New Minorities*, 2018 Sup. Ct. Rev. 257 (2019), at 273-274.

42) *Masterpiece Cakeshop v. Colorado Civil Rights Commission*, at 1733-1734 (Kagan, concurring).

① 委員の発言への評価

第一に、敵意を認定する際に行われる証拠の取り扱い方が不適切であるとの批判がある⁴³⁾。

Kennedy 判事は、命令の決定の際のいくつかの委員の発言を敵意の認定の根拠としている。ところが、この認定の仕方にはあきらかに不条理な部分がある。たとえば、敵意の根拠とされている Raju Jairam 委員の発言についてみてみよう。

Jairam 委員の発言：私は、この決定が *Phillips* を彼の望む信仰を妨げるものだと考えない。それはたとえ *Phillips* が……〔その信仰に反してゲイカップルに商品を売るよう強制する反差別法に〕従わなくてはならないとしてもだ⁴⁴⁾。

Kennedy 判事はこの発言について次のように述べる。

単体で見れば、この発言は2つの異なる解釈が可能なのである。一方で、商業主体は、そのオーナーの見解がいかなるものであれ、性的指向に基づいたサービスの拒否ができないということを意味しているに過ぎない発言に見える。他方で、*Phillips* の宗教的権利や彼が直面するディレンマに対する十分な思慮を欠いた、不適切で軽蔑的な発言ともみなされうる。そして、あとに続く発言を検討すると、後者の理解の仕方がより正しいようである⁴⁵⁾。

要するに、Kennedy 判事はこの発言を、*Phillips* の信仰への配慮を欠くもの

43) Leslie Kendrick and Micah Schwartzman, Comment, *The Etiquette of Animus*, 132 Harv. L. Rev. 133 (2018), at 138-143.

44) *Masterpiece Cakeshop v. Colorado Civil Rights Commission*, at 1729.

45) *Id.*

とみなす余地のある両義性をもつ発言とみなし、後述の Rice 委員の発言なども踏まえれば、敵意の認定の根拠となりうるものと判断しているのである。

ところが、実際にはこの発言が両義性を持つ発言であるというのは「捏造された (manufactured)」⁴⁶⁾ 見方である。実際の発言を見ると、この発言をした委員は2013年に New Mexico 州最高裁で出された *Elane Photography* 判決⁴⁷⁾ の Bosson 判事の補足意見を引用したうえで、上記の発言をしている。この判決では、写真店が宗教的信条に基づき、同性婚セレモニーでの写真撮影を拒否したことが修正1条のもと保護されるか否かが争われたが、Bosson 判事は判決で、写真店店主の宗教的信仰の重要性やそれに対する憲法上の保護について縷々述べた上で、「彼の宗教への最大限の尊重とともに、〔反差別法に従い同性婚にサービスを提供することが〕我々の市民権の対価であると写真店店主に言わなくてはならない」と述べている。宗教行為の自由の主張を退ける内容ではあるものの、Jairam が引用したのは「近年最も雄弁な」といわれる宗教的自由への擁護の部分も含むのであり、この発言が宗教への一切の配慮を欠いた、侮蔑や嫌悪に基づくものだと考えにくい⁴⁸⁾。

加えて、Jairam 委員の発言は、内容としては、Phillips の事案を審査する際に必要な限りで Colorado 州反差別法を述べているに過ぎないと指摘される⁴⁹⁾。このような発言が敵意の根拠とされてしまえば、委員は Phillips の妥当性について判断するために反差別法の規定について言及する必要がある一方で、これについて言及すること自体が委員の Phillips への敵意の証拠とされてしまうという、八方ふさがりの状況が生じてしまうこととなろう。

さて、Kennedy 判事は Diann Rice 委員の次のような発言も敵意の認定の根拠としている。

46) Kendrick & Schwartzman, *supra* note 43, at 139.

47) *Elane Photography, LLC v. Willock* 309 P.3d 53 (N.M. 2013).

48) Kendrick & Schwartzman, *supra* note 43, at 139-140.

49) Murray, *supra* note 41, at 274. 実際、Kennedy 判事自身でさえ、法廷意見の中で「仮に宗教的・哲学的な（同性愛への）拒絶が保護されるとしても、そのような拒絶をビジネスオーナーやその他の経済的主体が行うことは許されない」と述べている。Masterpiece Cakeshop v. Colorado Civil Rights Commission, at 1727.

Diann Rice 委員の発言：宗教的自由や宗教は、歴史を通じて、ありとあらゆる差別を正当化するために用いられてきた。それが奴隷制、ホロコーストであれ何であれ……われわれは宗教的自由が差別を正当化する数多くの状況を数え上げることができる。そして、私から見ると、人々が宗教を、他者を傷つけるために使うことができるというのは、最も卑劣なレトリックの一つである⁵⁰⁾。

Kennedy 判事によれば、Rice 委員の発言は、Phillip の宗教的信念をレトリックとして軽蔑し、奴隷制やホロコーストと比較している点で、宗教的信念を侮蔑的に取り扱うものである。さらに、このような発言が出たにもかかわらず、他の委員からこの発言への異論が見うけられないことも問題である。この点で、委員会の命令の公平さや不偏性に疑義があり、敵意の根拠とされる⁵¹⁾。

しかしながら、Kendrick & Schwartzman によれば、この発言は Phillips をナチとなぞらえた発言ではなく、あくまでも差別の正当化のために宗教を用いたり、アピールしたりすることに対して向けられたものにすぎない。このような発言は宗教それ自体への侮蔑の表明ではなく、さらにこのような言及は学者のみならず、連邦最高裁によっても一般的に行われることである⁵²⁾。したがって、この発言が敵意の証拠とすることは、先例との整合性を欠くこととなり、不適切である⁵³⁾。

50) Masterpiece Cakeshop v. Colorado Civil Rights Commission, at 1729.

51) Id, at 1728-1730.

52) Kendrick & Schwartzman は皮肉を込めて、Kennedy 判事が本件で引用した Newman 判決においてすら、自身の宗教を理由としたアフリカン・アメリカンの入店拒否を正当化しようとする店側の主張を「耐え難い軽薄さ」という強い言葉を用いて非難していることを例示している。Kendrick & Schwartzman, at 141-142. See also Newman v. Piggie Park Enterprises, Inc., 390 U.S. 400 (1968), at 402.

53) Kendrick & Schwartzman, supra note 43, at 140-142. See also, Murray supra note 41, at 275-277.

② Jack の事例との比較の問題

第二に、Jack の事例との比較にかかわる批判がある。Kennedy 判事は、Jack への販売拒否を認めた過去の決定を引き合いに、「委員会の Phillips の事例の取り扱い方は対照をなす」として敵意の認定の根拠とした⁵⁴⁾。

しかしながら、そもそも Jack の事例との比較それ自体が不適切であるとの指摘がある。たとえば、Masterpiece Cakeshop 判決で反対意見を執筆した Ginsburg 判事は、「法廷意見の多くの部分について、賛同する」⁵⁵⁾と述べ、Smith テストや同性愛者への権利の尊重の必要性などを述べた Kennedy 判事の理論枠組みのほとんどに賛同しながら、まさに Jack の事例を比較対象とすることの不適切さによって、結論を分かっている。

Ginsburg 判事によれば、同性愛カップルが Phillips に対して要求したケーキは何らメッセージを含まない単なるウェディングケーキに過ぎなかったのに対し、Jack の事例では、ケーキ店は、ケーキの上に、まぐわい、手をつなぐ二人の男性のイメージの上に赤いバツ印をつけ、さらに次のような聖書の一節を載せたケーキが要求された。「神は罪を憎む」、「同性愛は憎むべき罪である」、あるいは「神は罪人を愛する」、「しかし、わたしたちがまだ罪人であったとき、キリストは我々のために死んでくださった」。このような Jack の要求に対して三軒のケーキ屋は、自分たちは同性愛を差別する店ではないこと、Jack の要求が憎悪をかきたてるものであることを理由として作成を拒否している。いずれのケーキ屋もケーキ作成それ自体は拒否しておらず、聖書の形のケーキを作るところまでは了承したケーキ屋もある⁵⁶⁾。

Ginsburg 判事は、Jack の事例は、一般的なウェディングケーキ作成を拒否した Phillips の事例とは異なるものであると指摘する。にもかかわらず両者を比較し、Jack への販売拒否が認められていたことを Phillips への敵意の根拠とすることは、「連邦最高裁が本件において唯一依拠する先例である

54) Masterpiece Cakeshop v. Colorado Civil Rights Commission, at 1730.

55) Id, at 1748 (Ginsburg, dissenting).

56) Id, at 1749-1751.

Lukumi 判決から遠く隔たって」⁵⁷⁾ しまうことに他ならないという。

Kendrick & Schwartzman も Ginsburg 反対意見と同様に、Jack の事例はそもそも通常のケーキを購入しようとしたものではなく、LGBTQ への差別的な内容のメッセージを記載した特注のケーキの販売拒否が問題となった特殊な事例であり、Phillips の事例と比較すべきではないと指摘する。これに加えて、Jack の事例はそもそも宗教行為の自由条項の問題ではなかった点からも、両事案の比較は不適當である。すなわち、公民権委員会が Jack の事例において販売拒否を認めたのは、ケーキに記載するよう求められた文言の攻撃性が理由であり、ケーキ店の信仰にもとづいた販売拒否を許したわけではない。コロラド州控訴審裁判所の言葉を借りれば、「委員会は [Jack への拒否に際して]、ケーキ職人らは彼の宗教的信条を理由としてお客の要求を断ったのではなく、むしろ、要求された文言の攻撃性ゆえに断った」に過ぎない。この点、自身の信仰にもとづいてケーキの販売を拒否した Phillips の事例とはそもそも内容が異なるのであり、Jack の事案との比較から敵意を認定するのは Smith テストに照らしても不適切である⁵⁸⁾。

(4) Smith テストの「歪み」?

ここまで見てきたように、Smith テストの枠組みそれ自体には賛同しながらも、Masterpiece Cakeshop 判決の結論を批判する立場がある。批判者は、Kennedy 判事の法定意見において Smith テストが本来の姿とは異なる、誤った使われ方をしたものとみなしている。

このような見方をさらに推し進めて、Murray は Masterpiece Cakeshop 判決では宗教的自由が同性愛や同性婚を攻撃するために「武器化」され、「歪み」を生じさせることとなったとする強烈な批判を展開している。

Murray によれば、本来この事件では、Carolene Products 判決⁵⁹⁾ の脚注4

57) Id, at 1751.

58) Kendrick & Schwartzman, *supra* note 43, at 143-145.

59) United States v. Carolene Products Company, 304 U.S. 144 (1938).

のこのような「切り離され、孤立した少数派」への保護が問題とされるべきであった⁶⁰⁾。たとえば、Lukumi 判決の際に敵意の対象となったのは、少数派宗教の Santeria 教であり、まさにアメリカ社会にとってなじみがなく、かつ生贄を含む過激な儀式を行う不人気な宗教に対しての隠された敵意を違憲としたところに、Smith テストの妙味があるといえる。

ところが、Masterpiece Cakeshop 判決では、福音派キリスト教徒でヘテロセクシャルな白人男性である Phillips によるゲイのカップルへの商品の販売やサービスの拒否が、結果として擁護されている。すなわち、本来問題とされるべき社会的少数派であるゲイのカップルへの差別については棚上げし、いつの間にか問題が社会的多数派たる Phillips への差別の問題にすり替えられているのである。Smith テストの意義を社会的少数派の保護に見出す Murray からすれば、この点で判決の敵意の認定の仕方は恣意的で、「歪んでいる」⁶¹⁾。

さらに Murray は、このような敵意の認定の恣意性は、同時期の連邦最高裁判決である Trump 判決⁶²⁾ との比較からも明らかであると指摘する。Trump 判決では、指定された国の国民の入国を禁止する大統領令の合憲性が争われたが、入国禁止令の前後に Trump 大統領が Twitter 等での発言を通じてムスリムへの差別的発言や敵愾心をあらわにする発言を行っていたことから、大統領令がイスラム教に対する敵意に基づいた違憲なものであるとの主張がなされた。ところが、この事例で連邦最高裁は宗教への敵意はないと判断している。この判決では安全保障の問題にかかわる大統領の権限がかかわることから一概に Masterpiece Cakeshop 判決と比較することはできない。ただ、Masterpiece Cakeshop 判決で問題とされた公民権委員会の発言と比較

60) Murray, *supra* note 41, at 259. より詳細にこのような見方を分析するものとして、Dale Carpenter, *Windsor Products: Equal Protection from Animus*, 2013 Sup. Ct. Rev. 183 (2014), at 183-184.

61) Murray, *supra* note 41, at 259.

62) *Trump v. Hawaii*, 585 U.S. ___, 138 S. Ct. 2392 (2018).

して、Trump 大統領の反ムスリムの発言はより明確な敵意の根拠となりうる内容をもつ⁶³⁾。同じく宗教への敵意を問題としながら、Trump 判決と Masterpiece Cakeshop 判決の結論は「驚くほど異なる」⁶⁴⁾。Murray によれば、いずれの判決でも連邦最高裁は敵意についての発言がなされた文脈を無視し、かつ、フレキシブルかつ恣意的に敵意の認定を行っており、首尾一貫性を欠いている⁶⁵⁾。

このような Murray の批判はいわば、連邦最高裁自身が同性愛者への敵意、あるいは宗教的保守派への好意を持って事案を取り扱ったとみなすもので、きわめて痛烈な批判である。Murray の見解を踏まえて穿った見方をするならば、前述の敵意の認定にともなういくつかの問題についても、Smith テストを保守派にとって都合よく使うための一種の方便の結果であったと評価することすら可能であろう。

ここまで痛烈な批判を是とするかは別として、Masterpiece Cakeshop 判決の敵意の認定が問題含みであったことは事実であろう。その結果として、Smith テストによって同性愛者への差別が——消極的な形とは言え——正当化されてしまった。Murray や Kendrick & Schwartzman が指摘するように、Smith テストそれ自体を受け入れる立場からみても、連邦最高裁の適用の仕方は、敵意の認定の部分で正当化しえないと考えられる。

4. おわりに

本稿では、Smith テストを分析軸として、Masterpiece Cakeshop 判決の意義を検討した。その結果、一部のリベラル派が評するように、この判決が同

63) テロリスト呼ばわりや反イスラムの動画拡散など、具体的な発言については、Id, at 2437-2438 (Sotomayor, dissenting) を参照。

64) Murray, supra note 41, at 281.

65) Id, at 280-281. なお、Murray は平等条項にかかわる判例で Kennedy 判事が形成してきた「敵意の法理」とも Masterpiece Cakeshop 判決は矛盾すると指摘している。敵意の法理と Masterpiece Cakeshop 判決の関連性の分析は多くの論考でなされているが、本稿では割愛する。

性愛者の権利と宗教的自由の対立と離れて、公民権委員会の宗教への敵意と偏見を問題とした「正しい」判決である、とする見方には疑義があることを明らかにした。ただしこの疑義はSmithテストそれ自体に向けられるものではない。Smithテストは「迫害」に対する審査基準としてすでに一定の評価を受けている。問題なのは、この判決で連邦最高裁がSmithテストのポテンシャルを十分に生かせず、特に敵意の認定の部分で、このテストの適用の仕方を誤った点であろう。

さらに突き詰めて、連邦最高裁が意図的にSmithテストを「歪めた」かについては、現時点で結論づけるのは早計であり、爾後の連邦最高裁判決を注視しつつ判断する必要がある。ただ、このテストの分析の際には、立法府や行政が宗教への違憲な敵意によって行動する可能性があるのと同様に、連邦最高裁が同性愛者への敵意、あるいは宗教的保守派への好意から判決を下す可能性も踏まえる必要はあろう。

日本の文脈でも、Smithテストを研究する意義は大きい。宗教への敵意の問題はアメリカ独自のものではない。日本においても、神戸高専剣道受講拒否事件についてはエホバの証人への敵意が指摘されているし、世俗的な思想にまで幅を広げれば、国旗国歌に反対する考え方へのあからさまな敵意が多く、多くの場面で顕在化しているように思われる。このような敵意に基づく規制の違憲性を認定するために、Smithテストの「迫害禁止原理」は多くの示唆を含む法理であるように思われる。

Smithテストのポテンシャルは、文面上の差別意図を越えて、社会的・歴史的な文脈から規制の違憲な動機を導き出し、このことによって、隠伏された「邪悪な意図」を人権侵害の問題として定位可能とするところにある。ただし、裁判所が「敵意」ないし「好意」をもって特定の立場を取り扱ったとき、このテストは恣意的に用いられることとなる。Smithテストを日本の文脈で位置付ける際には、単に形式的な整合性のみを問うのではなく、裁判所の立場選択への批判的視座が求められよう。

※本研究は JSPS 科研費 (JP19K13513、JP 19K01303) の助成を受けたものである。