

---

種 別： 論説

タイトル： 尊厳と尊厳との衝突——寛容な社会における国家の役割とは？

著 者： 卷 美矢紀

所 収： 『上智法学論集』第 62 卷 3-4 合併号（平成 31 年 3 月）99-112 頁

発行元： 上智大学法学会

---

本頁は書誌情報頁です。適宜論文本文の前に付してご利用下さい。



上智大学法学会

## 尊厳と尊厳との衝突——寛容な社会における国家の役割とは？

卷 美矢紀

---

はじめに

- I 終わりの見えない文化戦争
  - II 反差別と宗教の自由とのバランス
  - III 平等な尊重と配慮
- むすびにかえて

### はじめに

規制のあり方について実務にも大きな影響を与えた古城誠教授は、規制緩和がもたらす関係者の複雑な権利利益状況、すなわち被規制者の権利だけでなく、第三者の利益をも分析し、一般消費者について、競争により得られる利益だけでなく、情報の偏在や専門的知識の欠如による不利益をも見逃さなかった<sup>(1)</sup>。こうした複眼的な考察の根底には、すべての者を等しく配慮しようとする古城教授の姿勢が強く感じられる。

憲法学においても、規制をめぐる関係者の複雑な権利利益状況はしばしば問題となり、それが尊厳と尊厳との衝突という先鋭的な形で現れたのが、2018年のアメリカ連邦最高裁による Masterpiece Cakeshop 判決<sup>(2)</sup>の事案である。

- 
- (1) 古城誠「日本における規制緩和の理念と到達点」ジュリスト 1161号（1999）62頁など。
  - (2) Masterpiece Cakeshop, Ltd. v. Colorado Civil Rights Commission, 138 S. Ct. 1719 (2018).

## I 終わりの見えない文化戦争

### 1 Masterpiece Cakeshop 判決

#### (1) 事案とその背景

アメリカでは、キリスト教を背景とする保守派と、リベラル派の間で、人工妊娠中絶や同性愛の承認をめぐり、政治と文化が分裂する「文化戦争」<sup>(3)</sup>が展開されてきた。2015年、同性愛者（さらにLGBT）の権利運動の頂点として、同性婚の禁止を違憲とする *Obergefell* 判決<sup>(4)</sup>が出され<sup>(5)</sup>、リベラル派が大勝利した。

これに対し、宗教上の信念にもとづいて同性婚に反対するキリスト教の信者の中には、公務員として同性カップルの結婚許可証の発行を拒否するという形で抵抗する者が現れた。実は、このような抵抗は、*Obergefell* 判決前から、同性婚を認める州が出てくると、市場では既に行われていた。同性婚の結婚式のための財やサービス——写真撮影、フラワーアレンジメントなど——の提供拒否である。こうした同性婚の承認と宗教の自由との緊張関係は、*Obergefell* 判決の反対意見において懸念されていた<sup>(6)</sup>。

同性婚のためのサービス拒否が、「性的指向 (sexual orientation)」にもとづく差別も含め差別を禁止する州反差別法のもとで、宗教的免除として例外的に許容されるかどうか問題となる。この問題に関する初の連邦最高裁判決として注目されたのが、*Masterpiece Cakeshop* 判決である<sup>(7)</sup>。

事案は次のとおりである。コロラド州で同性カップルが結婚式用のケーキ作りを依頼したところ、ケーキ店の店主で職人であり、キリスト教徒であるフィリップが、宗教上の信念にもとづいて拒否した。なお、この当時は、コ

---

(3) 志田陽子『文化戦争と憲法理論——アイデンティティの相克と模索』（法律文化社、2006）

(4) *Obergefell v. Hodges*, 135 S. Ct.2584 (2015)

(5) 上田宏和『「自己決定権」の構造』（成文堂、2018）など。

(6) 135 S. Ct.2625–26. See *infra* note 12, pp.133–34.

(7) 解説として、大林啓吾「マスターピースケーキショップ判決」判例時報 2379号 (2018) 116頁。

ロラド州では同性婚は認められておらず、*Obergefell* 判決も出されていなかった。本件拒否は、性的指向にもとづく差別を禁止する州の反差別法に違反するとして、人権委員会（Civil Rights Commission）<sup>(8)</sup>は改善命令（反差別法遵守のための研修および報告義務）を出した。これに対し店主は、改善命令は宗教の自由や言論の自由を侵害すると主張し、提訴したのである。州控訴裁判所は人権委員会の決定を支持した。

これに対し連邦最高裁は、人権委員会が宗教に対する「敵意（hostility）」にもとづいて決定したとして、宗教の自由を侵害すると判断し、原判決を破棄した<sup>(9)</sup>。

## (2) 法廷意見の概要

法廷意見は一見、LGBTの権利を後退させるもののように見え、リベラル派から、先例との整合性をはじめ、厳しく批判されている。しかし、法廷意見が、同性婚を認めた *Obergefell* 判決の法廷意見を執筆したケネディ裁判官によるものであることが示唆するように、この判決は、LGBTの権利を深刻に後退させるものではない。法廷意見は、あくまで人権委員会の当該決定方法を問題にするもので、*Obergefell* 判決後の文化戦争における一大争点である、反差別と宗教の自由との緊張関係、すなわち反差別法の「宗教的免除（religious exemption）」<sup>(10)</sup>という問題には踏み込んでいない。この超難問の対応については、今後の判例の展開に委ねたもので、極めて限定された判断である<sup>(11)</sup>。

法廷意見は人権委員会の決定を、修正1条の宗教の自由が要請する「中立性原理」に反する、宗教に対する敵意にもとづくものであると判断した。この理由として、法廷意見は2つの事実を指摘する。第1に、人権委員会の委員の次のような発言などである。奴隷制やホロコーストなど、歴史を通じた

---

(8) “Civil Rights”は「公民権」と訳されることが多いが、ここでは私人間の人権の意味なので、「人権」と訳している。

(9) 138 S. Ct.1729-1732.

(10) Kent Greenawalt, *The Rule of Law and the Exemption Strategy*, 30 *Cardozo L. Rev.* 1518 (2009).

(11) 138 S. Ct.1732.

あらゆる差別が、宗教の自由という最も卑しむべきレトリックによって正当化されてきた、との発言である<sup>(12)</sup>。第2に、人権委員会による他の3件との異なる取扱いである。これら3件は、ケーキ職人が良心にもとづいて、同性婚のメッセージ入りのケーキ作りの依頼を拒否したところ、それを反差別法の差別には当たらないとしたというものである<sup>(13)</sup>。

なお、同意意見や反対意見は、上記3件との区別の正当化をめぐるものが中心となっている<sup>(14)</sup>。

## 2 判決の示唆？

法廷意見は既述のとおり極めて限定された判断であるが、リベラル派の論者の中には、外見上の劣勢を挽回すべく、法廷意見は宗教的免除の限定を示唆していると主張する者もいる<sup>(15)</sup>。示唆の根拠とされるのが、次の文である。

宗教上および哲学上の反論は保護される一方、そのような反論は、経済や社会における事業主や他の行為者が、中立的で一般的に適用可能な公共施設法のもとで、保護された人に財およびサービスに対する平等なアクセスを否定することを許さないということは、一般的な準則である<sup>(16)</sup>。

上記免除が限定されないならば、結婚や結婚式のための財やサービスを提供する、たくさんの人々が、同性愛者にそのような提供を拒否し、その結果

---

(12) 138 S. Ct.1729. これに対し、人権委員会は、外見上は宗教に対する憎悪を示す発言をしており、「礼儀作法 (etiquette)」には反しているとしても、宗教の自由が要求する「中立性原理 (neutrality principle)」たる「礼節 (civility)」には反していない。礼節とは、ジョン・ロールズの著書『政治的リベラリズム』で示された概念で、決定に公共的正当化とインテグリティを求めるものであるが、人権委員会による改善命令の理由は、差別の禁止であり、宗教に対する憎悪ではないからである。Leslie Kendrick & Micah Schwartzman, “The Etiquette of Animus”, 132 Harv. L.Rev.133,164-66.

(13) 138 S. Ct. 1730.

(14) 大林・前掲注7)117頁。

(15) こうした理解を示すものとして、Douglas NeJaime & Reva Siegel, “Religious Exemptions and Antidiscrimination Law in Masterpiece Cakeshop”, 128 Yale L.J. F. 202-03, 214-15.

(16) 138 S. Ct.1727.

として、共同体規模のスティグマが生じ、それは、財、サービス、公共施設への平等なアクセスを確保する、市民権法（civil rights laws）の歴史および変遷に矛盾する<sup>(17)</sup>。

要するに、反差別はもはや一般的な準則であり、宗教的免除が限定されないならば、共同体規模のスティグマが生じてしまい、市民権法の歴史に逆行するという見解である。

そもそも、判例からすれば、適用免除は困難である。まず宗教の自由との関係で言えば、1963年のSherbert判決<sup>(18)</sup>は、宗教の自由の実質的負担を課す場合は厳格審査が適用されるとしたが、1990年のSmith判決<sup>(19)</sup>は、一般的・中立的に適用可能な法であれば、そもそも制約はないとし、今日に至っている<sup>(20)</sup>。また、公共施設法の適用免除に関する判例からしても、他者に対し「害悪（harm）」を生じさせる場合、適用免除は認められず、その害悪には、「物理的な（material）」ものだけでなく、「尊厳に係る（dignitary）」害悪も含まれることから、同性愛者にスティグマを生じさせる適用免除は認められない<sup>(21)</sup>。

もっとも、「表現行為」に関する判例によれば、適用免除の余地がある。しかし、少なくとも本件ケーキ——同性婚反対のメッセージ入りのケーキ作りの拒否が問題となった上記3件と異なり、メッセージのない普通のケーキ——作りが表現行為に該当するかは難問であり、こうした難問を回避するためにも、法廷意見は審査を狭く限定したものと思われる<sup>(22)</sup>。

たしかに、法廷意見は一般的な準則として反差別を肯定しているが、道徳的および宗教的根拠にもとづいて同性婚に反対する聖職者に結婚式の執り行いを強制することは、宗教の自由の侵害であるとして、聖職者の宗教的免除

---

(17) 138 S. Ct.1727.

(18) Sherbert v. Verner, 374 U.S. 398 (1963).

(19) Employment Division v. Smith, 494 U.S. 872 (1990).

(20) 安西文雄「信教の自由——アメリカにおける展開とわが国への示唆」山本龍彦＝大林啓吾『違憲審査基準——アメリカ憲法判例の現在』（弘文堂、2018）

(21) *supra* note 15, pp.214-15.

(22) *supra* note 12, p.163.

は認めていることに留意する必要がある。

この拒否は宗教の実践として、すなわち、同性愛者が自分自身の尊厳や価値を深刻に減じることなく、認め受け入れることができる実践として、我々の憲法秩序において十分に理解されるであろう<sup>(23)</sup>。

さらに注目すべきことに、法廷意見は本件について、反実仮定の次の見解を示している。

ここでの問題は解決が難しい一方、仮に、厳格に遵守されなければならない、必要不可欠な宗教的中立性と整合した方法であったならば、州の利益はフィリップの真摯な宗教上の異議と比較衡量された可能性がある、と結論づけられなければならない<sup>(24)</sup>。

人権委員会が本件のように宗教に対する敵意にもとづかず、仮に宗教的中立性の要請に適した方法で決定していたら、州の利益はフィリップの真摯な宗教上の信念にもとづく拒否と衡量された可能性があるとの見解であり、反差別の目的とともに宗教的免除の可能性も排除していない。

## II 反差別と宗教の自由とのバランス

### 1 ‘Vocation’概念

反差別法の宗教的免除の可否という超難問の本質を明らかにするとともに、ラディカルではないが野心的な解決策を提案するのが、コロンビア・ロースクールの2019年法務博士(J.D.) 予定者ポール・バーカーである<sup>(25)</sup>。

彼はこの問題の本質を、アイデンティティとアイデンティティ、換言すれ

---

(23) 138 S. Ct.1727.

(24) 138 S. Ct.1732.

(25) Paul Barker, “Note: Religious Exemptions and the Vocational Dimension of Work, 119 Colum. L. Rev. 169, 185-86 (2019). (Paul Barker, “Vocation, Expressive Conduct, and Religious Liberty”, [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3173309](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3173309))

ば、尊厳と尊厳との対立として提示する。反差別法は、同性愛者を含む被差別集団のスティグマを解消し、尊厳を確保しようとするものであり、他方、反差別法の宗教的免除も、信者の尊厳に関わる宗教上の信念を尊重するものである。バーカーの面白いところは、「召命 (Vocation)」概念により、職業におけるサービス拒否が宗教的アイデンティティの問題であることを説得的に示し、アイデンティティの保護として宗教的免除を認める一方、この召命概念により、反差別法の目的を深刻に掘り崩すことなく、宗教的免除該当性を精査し、限界づける点である<sup>(26)</sup>。

たしかに、宗教は、当該宗教の非信者からすれば不合理でありうるが、信者からすれば、生命を賭してでも守らなければならないものであるということは、歴史に遡るまでもなく、現在でも十分に理解しうる。しかし、ここでは、宗教行為それ自体ではなく、職業における行為が問題となっており、それがアイデンティティとどのように関連するかは、必ずしも明らかではない。

召命概念は、非キリスト教徒にとっても、社会学者マックス・ヴェーバーの『プロテスタンティズムの倫理と資本主義の精神』で有名である。それは、もともとはカトリックに由来するもので、狭義には聖職者としての使命を意味するものであったが、プロテスタントにおいて、ルターにより職業に神の召命としての意義が与えられ、カルヴァンにより世俗的職業は神の栄光を実現するために人間が奉仕する場と位置づけられた<sup>(27)</sup>。

バーカーは宗教の自由に関するいくつかの判例に、召命概念を見出す。例えば、アーミッシュに中等教育の義務免除を認めた Yoder 判決<sup>(28)</sup>によれば、アーミッシュの信念システムは信者に、農業による生き方を要求する。中等教育の時期は、手作業および独立独歩を好むアーミッシュの姿勢を獲得し、肉体労働を楽しむことを習得しなければならない重要な時期であり、仕事に関するこれらの姿勢を、アーミッシュの宗教的アイデンティティから分離す

---

(26) Barker, *supra* note 25, p.194 (p.30).

(27) マックス・ヴェーバー、大塚久雄訳『プロテスタティズムの倫理と資本主義の精神』(岩波書店、1989) See *supra* note 25, pp.185-86.

(28) *Wisconsin v. Yoder*, 406 U. S. 205 (1972).

ることは不可能であると、連邦最高裁は注意を払っている<sup>(29)</sup>。そして連邦最高裁は、アーミッシュの伝統的な生活様式は、組織化された集団によって共有され、日々の生活に密接に関連する、「深い宗教的確信」の問題であると、結論づけたのである。

## 2. 召命と宗教的アイデンティティ

### (1) 召命と職業の全過程

バーカーによれば、そもそも、宗教上の信念は信念システムとして、「生き方 (way of life)」、すなわち家庭と公共領域両方での行為を支配する一式的教えを命じるものであることから、その教えを放棄すれば自身の宗教的アイデンティティが崩壊する危険がある。宗教上の信念にもとづき職業を召命と考える者は、宗教上の信念の命令に従って職業行為を秩序づけようとするのであり<sup>(30)</sup>、職業の選択だけでなく個々の行為すべて、すなわち職業の全過程が宗教的アイデンティティの表明なのである。

法廷意見において既述のとおり、聖職者による結婚式の執り行いにつき宗教的免除が認められるのは、その行為自体が宗教行為だからという理由だけでなく、定型的に、宗教的アイデンティティの問題であることが明らかだからであろう。

本件の店主も自己を、「自分の技を含め、自分の生のあらゆる面で神を讃えようと努めるキリスト教の信者」と記述し、彼は自身の信仰を仕事に統合したと主張し、日曜日には店を閉め、仕事外で必要のある雇用者を助け、自分の信念を侵害するイベントや思想を祝うケーキ作りを断るといった諸実践を示した<sup>(31)</sup>。

さらに、バーカーは宗教を、国家が特別な配慮をすべき特性の一種と位置づける。宗教は、人種や性的指向等とともに、反差別法によりそれらにもとづく差別が禁止される保護される特徴の一つであることには、十分な理由がある。宗教は転向などもありえ、厳密にいえば不変の特徴ではないが、信者

---

(29) Barker, *supra* note 25, pp.186-87 (p.20).

(30) Barker, *supra* note 25, p.198 (p.35).

(31) Barker, *supra* note 25, p.195 (p.31).

の見地からすれば宗教は、しばしば任意によるものではなく、譲れない真理の断言とみなされるからである<sup>(32)</sup>。また本件訴訟の提起という事実から明らかかなように、民主的政治過程だけで宗教を保護することは不十分だからである<sup>(33)</sup>。

以上のように、職業はその選択から個々の行為まで、その全過程が宗教的アイデンティティの表明であり、また宗教は国家が特別な配慮をすべき特性であることから、バーカーは職業における宗教的免除を、宗教的アイデンティティの保護として、「個人の尊厳と自律にとって中心的な個人の選択」と位置づける。そして、修正 14 条とともに保障されるデュープロセス条項と平等保護条項に根拠を求め、同性婚を認めた *Obergefell* 判決で示された「2 つの保護の間の相乗効果」<sup>(34)</sup>に依拠すべきことを提案するのである<sup>(35)</sup>。

遂行も含めた職業の自由を自己決定や自律と解する議論は、日本の憲法学ではもはや常識といえる。日本国憲法 22 条 1 項で保障される職業の自由は、近代における自由な市場の確立に不可欠なものとして経済的自由に位置づけられているが、今日では自己決定権的な性格を強めているとされ<sup>(36)</sup>、職業の人格的関連性は薬局距離制限違憲判決（最大判昭和 50・4・30 民集 29 巻 4 号 572 頁）でも示されていることを想起すべきである<sup>(37)</sup>。

## (2) 宗教上の信念と自律

バーカーが職業における宗教的免除を、実体的デュープロセス論と平等保護、日本でいえば自己決定権論と平等原則に求めた理由としては、戦略的な理由がいくつか考えられる。

まず、宗教の自由による免除は、既述のとおり判例によれば困難であるため、他に法的根拠を求めたものと考えられる。なお、バーカーによれば、店主の拒否を、判例によれば適用免除に有利な「表現行為」と解することは、

---

(32) 日本国憲法 14 条 1 項後段列举事由に「信条」が含まれることも同趣旨と考えられる。

(33) Barker, *supra* note 25, pp.196-97 (p.34).

(34) 巻美矢紀「自由と平等の相乗効果——*Obergefell* 判決が開く憲法理論の新たな地平」樋口陽一ほか編『憲法の尊厳』（日本評論社, 2017）参照。

(35) Barker, *supra* note 25, p.198 (p.35).

(36) 高橋和之『立憲主義と日本国憲法〔第 3 版〕』（有斐閣、2017）261 頁。

(37) 石川健治「30 年超しの問い」法教 332 号 58 頁以下。

適用免除の範囲が広くなりすぎてしまうし<sup>(38)</sup>、そもそも彼の拒否の本質をとらえていない。彼の拒否は、アイデンティティに関わる信念に反する行為を行うことの拒否なのである。

また、職業における宗教的免除の法理を、判例が示した同性婚承認の法理と同じものと構成したことは、同性愛者の尊厳と同じく、宗教的信者の尊厳が問題となっており、両者の尊厳が問題となることを象徴的に示しているといえよう。

ただし、職業における宗教的免除の問題にとどまらず、宗教上の信念にもとづく決定を個人の自律として論じることには、いくつかの難点が考えられる。第1に、共同体論者が批判したように、そもそも宗教上の信念は自ら選択したものというより、両親からそのまま受け継いでいることが多く、また宗教上の信念にもとづく決定も、選択というより、宗教上の信念の命令に従っているだけであり、自律とはいえないからである<sup>(39)</sup>。第2に、自己決定権は、他者加害のない私事に関する決定であるところ<sup>(40)</sup>、職業におけるサービス等の拒否は、積極的な加害ではないが、場合によっては積極的な加害より害悪としては大きく、物理的な害悪だけでなく、尊厳に係る害悪も与えているからである。

しかし、自律もしばしば非宗教的信念にもとづく選択というより命令であり、非宗教的信念システムも、真空状態で自ら選択したものではなく、家族や地域共同体といった様々な共同体の文化や実践の中で形成されたものであり<sup>(41)</sup>、宗教的信念の場合と異ならない。

また、他者加害については、宗教的アイデンティの表明の定型的なもの

---

(38) 控訴審判決によれば、本件のケーキに関する表現行為は、ケーキ作成者ではなく、消費者に帰属する。Barker, *supra* note 25, p.192 (p.27).

(39) Michael Sandel, *Democracy's Discontent: America in Search of a Public Philosophy* (Belknap Press, 1998) ch.3.

(40) 人工妊娠中絶の場合は、他者加害として、胎児の父親の他、特に胎児に対する加害が問題となりうるが、アメリカ憲法上、胎児は「人」ではないとされる。Ronald Dworkin, *Freedom's Law: Moral Reading of American Constitutional Law* (Harvard U.P., 1996), p. 87.

(41) Dworkin, *supra* note 40, pp.237-38.

考えられる聖職者による結婚式の執り行い拒否の場合も、既述の法廷意見によれば、「同性愛者が自分自身の尊厳や価値を深刻に減じることなく、認め受け入れることができる実践」（傍点筆者）であることが要件と考えられる。自己決定は、個人のアイデンティティの表明に関わる生き方、換言すれば個人の尊厳の問題である以上、他者に害悪を与えるとしても、それ自体としては深刻な害悪でない限り、最終的に認められるかどうかは別として、個人の自律として構成すべきであろう。

### 3. 職業における宗教的免除の限界

バーカーによれば、自身の提案は、ラディカルなものではない。というのも、職業における宗教的信念にもとづく拒否は、召命により他ならぬ宗教的アイデンティティの保護として認められことになるが、それだけに、このようなものとして認められることは「比較的まれ」であり、その結果、反差別の目標を掘り崩すことはないからである<sup>(42)</sup>。

バーカーは、宗教的免除を召命概念により正当化する一方、その召命概念により宗教的免除を限界づける。彼の議論が興味深いのは、その限界づけが、ロースクール生らしく実践的であり、示唆に富むということである。具体的な線引きは、次の2つの精査により行われる。第1に、当該行為の拒否が拒否者の「生き方」に統合されていることの精査、そして第2に、当該行為の拒否者が、単に便宜主義的に宗教を持ち出しているのではなく、当該行為は自分の宗教的信念を侵害すると信じる根拠の精査である<sup>(43)</sup>。

第1の精査に関して。当該事業がその所有者の宗教的アイデンティティとどのくらい密接に結びつけられているかは、裁判所が当該信者の宗教の自由に対する負担の程度を測るのに役立つ。それは様々な質問に対する応答から判断可能とされる。例えば、当該事業が個人事業であるという事実は、当該事業がその所有者の宗教的实践の手段であるという蓋然性を高めるのに対し、他方、当該事業が株式会社であるという事実はその蓋然性を低めるなど

---

(42) Barker, *supra* note 25, p.204 (p.42).

(43) Barker, *supra* note 25, p.194 (p.30).

など<sup>(44)</sup>。

第2の精査は、当該拒否者の宗教上の信念に対する「真摯さ」の認定である。重要なことは、裁判所はその認定を、拒否者の「信じている」との単なる主観的な主張ではなく、「実際に行うこと」の客観的な証拠により行うということである。職業を召命と考える者は既述のとおり、職業の選択から個々の行為まで全過程を、宗教的アイデンティティの表明として、信念システムからの命令を実践することから、宗教上の信念にもとづく制約は、当該拒否以外の行為にも現れているはずなのである<sup>(45)</sup>

こうした厳しい精査をクリアーしてはじめて、職業における拒否は、召命として、宗教的アイデンティティの問題とされ、個人の尊厳と自律に関わるものとして憲法上保障されるのであるが、このような場合は「比較的まれ」であろう。

### Ⅲ 平等な尊重と配慮

#### 1. 平等な尊重に対する一般的な権利としての宗教の自由

同性愛者の権利と宗教の自由、換言すれば、尊厳と尊厳の衝突という超難問に対し、法哲学者のロナルド・ドゥオーキン<sup>(46)</sup>は、最晩年の論文<sup>(46)</sup>で、これまでの自身の議論の軸である「平等な配慮と尊重 (equal concern and respect)」に対する権利<sup>(47)</sup>を貫徹させる形で、宗教の実践にも一定の配慮を示している。

1992年の論文<sup>(48)</sup>で、ドゥオーキンは宗教の自由を、人工妊娠中絶の自由の法的根拠として提示すべく、宗教の自由を有神論宗教から解放するとともに、その対象を「生命の客観的な価値に関わる信念」として、対象により限定しようとした。

---

(44) Barker, *supra* note 25, pp.199-202 (pp.37-40).

(45) Barker, *supra* note 25, pp.202-03 (pp.40-41).

(46) Ronald Dworkin, *Religion without God* (Harvard U.P., 2013), ch.3.

(47) Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously* (Harvard U.P., 1977) p.180.

(48) Dworkin, *supra* note 40, ch.3.

これに対し、最晩年のドゥオーキンは、彼の上記試みを含め宗教の自由の  
実質的限定は、国家の中立性に反するとする<sup>(49)</sup>。それゆえ、彼は宗教の自由を、「倫理的独立性 (ethical independence)」に対する一般的権利と解し、「やむにやまれぬ利益」まで要求する「特別の権利」と解すべきではないと主張する<sup>(50)</sup>。

倫理的独立性に対する一般的権利とは、個人の尊厳としての、国家の「平等な尊重」に対応するもので<sup>(51)</sup>、国家行為の理由として、帰結ではなく、特定の生き方や考え方を否定するような理由は許されないとするものである。宗教の自由に対するこうした解釈は、既述の Smith 判決以降の判例に整合的であり、現にドゥオーキンはこの判決を支持している<sup>(52)</sup>。

## 2 地位の平等と平等な配慮

さらに注目すべきことは、ドゥオーキンは立法における「平等な配慮」として、当該政策に顕著な害をもたらさないのであれば、例外として免除等を認めるべきであると主張している点である。例えば、宗教的信念にもとづいて同性カップルには養子の紹介を拒否するカトリックの団体に対し、同性カップルを受け入れる団体と同じ条件で資金援助することは、平等な配慮から正当化される。ただし、そのためには、同性カップルを差別しない団体が十分に存在し、養親を必要とする子どもも、同性カップルも害を受けることがないという留保が付いている<sup>(53)</sup>。

反差別法の宗教的免除の問題は、一見、同性愛者の権利と宗教の自由の調整として、尊厳と尊厳のフラットな調整のように見えるが、決してそうではない。反差別法は、同性愛者等の被差別集団に対する物理的害悪にとどまらず、ステイグマを防止し、被差別集団に属する個人の尊厳と根底的な地位の

---

(49) Dworkin, *supra* note 46, p.123.

(50) Dworkin, *supra* note 46, p.133.

(51) Ronald Dworkin, *Sovereign Virtue* (Harvard U.P., 2000), pp.5-6. Dworkin, *supra* note 40, pp. 24-26.

(52) Dworkin, *supra* note 46, pp.130-35.

(53) Dworkin, *supra* note 46, pp.135-36.

平等を確立するためのものである。それは自由と権利の前提となる基底的な地位の平等を達成しようとするものである以上、その目的に深刻なダメージを与えないという条件のもとではじめて、平等な配慮にもとづく例外的な免除が認められるのである。

## むすびにかえて

報道によれば、店主は再び事件の当事者となっている。本判決の1年前、トランスジェンダーの弁護士が自身の誕生日と性別変更記念日を祝うデザインのケーキ作りを依頼したところ、彼は予想通り拒否したのである<sup>(54)</sup>。

より正義にかなった社会を実現するためには、メディアの注目をひく象徴的な事件化が、社会運動の戦略として重要と思われる。ただ、さほどの困難なく入手しうる代替可能な財・サービスであり、地位の平等の実現に深刻な害を与えないのであれば、もはや少数者となった個人の「どうしても譲れないもの」にあえて挑んで事件化することを控えるのが、寛容な社会といえるのではないか。

(本学法科大学院教授)

---

(54) <https://www.denverpost.com/2018/12/17/masterpiece-cakeshop-lawsuit/>