

[講演録]

分断化社会の自由と平等

—信仰に基づく差別をどう取り扱うか—¹

森 口 千 弘

森口：おはようございます。熊本学園大学の森口と申します。本日は、愛知学院大学宗教法制研究所主催の講演会で講演させていただけるということで、50年以上の長い伝統をもつ研究所の講演会でお話をさせていただけるということ、大変光栄に思っております。私が今日講演させていただくタイトルは、『分断化社会の自由と平等—信仰に基づく差別をどう取り扱うか—』というテーマです。本日取り上げる内容は、アメリカのことが中心になるのですが、日本にも結び付く問題だと考えております。本日の話の内容を端的に申し上げますと、要するに、信教の自由とか表現の自由とか——おそらく、皆さんも憲法の授業とかで習われているのではないかと思います——そういった伝統的な自由を使って、「リプロダクティブ・ライツ」とか、LGBTQ+の権利を、伝統的な表現の自由とか信教の自由で狭めていこう、抑圧していこうという動きがある。特にアメリカで、今、そういったことが盛んに行われている。そして、おそらく日本でも、現在、あるいは今後、そういった動きが出てくることが予想される。そういった中で、我々は、今まで自明のものとして考えていた「人権を、絶対守んなきゃいけない。」とか、「表現の自由、信教の自由は大切だか

1 この講演録は、2023年10月20日（金）に愛知学院大学名城公園キャンパスで開催された宗教法制研究所主催講演会の内容を記録したものです。

ら、一切侵害をしてはいけないよね。」という前提をもう一度考え直さなければいけない時期にきているのではないかと、こういったことを、今日は考えていきたいというふうに思います。

はじめに

では、内容のほうに入っていきたいと思います。まず最初に、アメリカの議論でなじみのない方もいらっしゃると思いますので、簡単に、今、アメリカでおかれている自由と平等の現状について、お話をしてみたいと思います。

さきほど申し上げましたように、表現の自由とか、信教の自由のように、伝統的、かつ、リベラルと呼ばれる人が重視してきた自由、こういった自由への手厚い保護というのは、憲法学の世界で非常に大切なものだ、——「表現の自由の優位性」とか、「二重の基準論」といった言葉は聞いたことがあると思いますけれども——表現の自由とか、精神的自由権というのは、ほかの権利より一段高い権利なのだとされてきました。こういった「表現の自由の優位性」というものの、淵源にあるのが、アメリカの議論でした。

一方で、アメリカでは社会の変化の中で様々な平等が勝ち取られてきました。すぐにパッと思い浮かぶのは、例えば、黒人の平等問題でしょうか。しかしそれ以外にも、女性の平等、LGBTQ+の平等のように、これまで目に見えにくかったマイノリティの権利が平等の文脈の中で勝ち取られてきたというのが、これまでのアメリカの歴史です。皆さんは、もしかすると、『オーバーゲフェル判決』²という名前を耳にしたことがあるかもしれませんが。これは、2015年に同性婚が憲法上の権利である、男同士・女同士で結婚することが人権であるということを初めて言った、アメリカの判決で

2 Obergefell v. Hodges | 576 U.S. 644 (2015)

す。こういった判決によって連邦最高裁は、それまで権利として認められてこなかったLGBTQなどのマイノリティの権利を人権に格上げをしていった。アメリカでは、自由の議論の一方で、こういった平等保護の議論も、大変盛んに行われてきています。

しかしながら、近年のアメリカでは、この自由の議論と平等の議論に相克がみられる。つまり、自由を守れば平等が棄損されるし、平等を守ろうとすれば自由が棄損されるという、自由と平等の対立の問題が生まれてきています。なぜ、そういったことが起こるのかと、それは、アメリカ社会の背景にある、アメリカの紐帯意識ですとか、共通の価値観というものに、ヒビが生じているからだというふうに考えられています。

アメリカにおける紐帯意識というのは、どのようなものということなのですが、——ご専門の先生も、おそらくおられると思いますので、あまり雑なことを言うのはよくないのですが——誤解を恐れずに言ってしまうと、宗教的・キリスト教的な価値観による紐帯と、政治的な価値観——自由とか、平等とか、民主主義——による紐帯、その二つがあるのではないかと思います。「キリスト教的な価値観」とひと言で言っても、カトリック、プロテスタント、あと、アメリカで今特に今回の報告で出てくるような主張をする福音派と呼ばれる人たちと色々いますが、ここで括弧付きの「キリスト教的価値観」とされるのが、リプロダクティブ・ライツに関する考え方です。皆さま、すでにご存じかと思いますが、リプロダクティブ・ライツというのは、例えば、女性が妊娠中絶をする権利であったり、あるいは避妊具を売る権利、あと、LGBTの同性愛行為に対する権利、こういったものが、「キリスト教的な価値観」——キリスト教的な価値観という用語弊があるので、少なくとも、アメリカの福音派と呼ばれる、キリスト教徒の一派の価値観——とは相いれない。彼らからすると、アメリカというのは、キリスト教の国である、キリスト教的な価値観があるべき国である。にもかかわらず、そういった、価値観に反するような妊娠中絶とか、ソドミー行為とか、そういったものを認めるのはけしからん、こういった議論

があるわけでは、このために、アメリカでは、1970年代まで、州によっては避妊具を販売することが禁止されていたり、あるいは、妊娠中絶が規制をされていたり、あるいは同性愛者が同性愛行為をする、性行為をすることが犯罪になっていたりした。要するに、そういった保守派の人たちは、州レベルとか、市町村レベルでルールを作って、そういった福音派的な価値観、「アメリカ的な価値観」に反するような行為を、取り締まろうとしていたということです。

ところが、アメリカというのは、もう一つの価値観、自由、民主主義、平等、そういった価値観による紐帯も存在する国です。そういった価値観を主に実現してきたのは連邦最高裁判所、要は司法でした。「実現してきた」というのはどういうことかという、そういった、例えば、リプロダクティブ・ライツを規制するような法律とか、州法とか、条例とかが出てきたときに、違憲訴訟を起こして、連邦最高裁判所が、それに対して違憲判断を下す。「憲法違反だから、その条例はやめなさい。」という判断を下す、こういったことが行われてきました。もっとも有名なのが、1973年に出された『ロー対ウェイド』³という判決で、妊娠中絶の権利を、憲法上の権利として保障したものです。ただ、この判決だけではなくて、この判決の前後に、先ほど言ったような避妊具の販売であるとか、LGBTの権利とか、あと、もう一個、日本では考えづらいものとして、異人種間結婚、黒人と白人同士が結婚をすることの規制、そういったものが平等の考え方に反すると、自由と平等を基盤とする「アメリカ的な価値観」に反するというで憲法違反になるという判断が下されてきました。

今申し上げた話でお分かりになったと思いますが、宗教的な価値観による紐帯、これがアメリカ的な価値だという考え方と、政治的な価値観による紐帯、これが、アメリカ的な価値だという考え方というのは、相反する考え方です。宗教的な紐帯をアメリカ的な価値だと思っている人からは、

3 Roe v. Wade, 410 U.S. 113 (1973).

違憲判決を出した裁判所とか、あるいはリプロダクティブ・ライツを推進していこうという運動は、「アメリカ的な価値」に反する活動をやっていると、受け止められるわけです。その逆も、また、しかりです。そういった通約不可能な衝突のことを、宗教社会学者のジェームズ・ハンターという人は、「文化戦争」というふうに呼びました。「戦争」という物騒な言葉が使われているのですけれども、「文化戦争」というのは、そういった価値観の衝突、お互いに納得できない、価値観の衝突のことを指します。価値観に関わる政治的衝突と言いましたが、先ほどの二つの価値観って、話し合ったところで解決できませんよね。例えば、妊娠中絶では、お腹の中にいる子供を殺すことだと考えている人たちと、妊娠中絶は女性の権利であると考えている人たちが対立する。この人たちの対立の妥協点を見出すというのは、なかなか難しい。信仰とか、信念に近いものなので、妥協をしてしまうということは、その信仰を曲げる、信念を曲げるということになってしまうわけです。

今回の報告で取り上げたいのは、この「文化戦争」が現代的にどう展開をしているのか。この後お話をしていきますけれど、法的にこの「文化戦争」が顕在化しています。対立があるといっても、70年代、80年代までのアメリカでは、そういった対立があまり顕在化しなくて、激化しなかった。どちらかというところ、リベラル的な価値のほうが、勝っているという感じだったのですけれども、だんだん状況が変わってきて、特にトランプ政権以降、「文化戦争」の在り方に、大きな変化が生じている。そのことについて、お話をしていきたいと思います。

トランプ政権以降の大きな変化の一つとして、例として挙げたいのが、「クリスマスのための戦争」と呼ばれるものです。さっきから、妊娠中絶とか同性愛の話をしましたけど、2000年代以降、「クリスマスの戦争」と呼ばれている事象が起こっている。これは何かというと、12月24日とか25日に友達と会った時にどんな挨拶をするのかについての争いです。アメリカではクリスマスシーズンには「メリークリスマス」という挨拶をするのが

一般的でした。クリスマスの前後に、友達とかに会ったときに、「メリークリスマス」と。だけれども、2000年代になって、多元主義的な考え方がアメリカの中で広がって行って、アメリカって、キリスト教徒だけの国ではないよね、いろいろな移民とか、外から入ってきた人、例えば、ムスリムの人もあるし、仏教の人もあるし、あと——これ、アメリカだと、宗教の一種だと考えられている——儒教の人々、そういう人たちに、「メリークリスマス」と言うのは配慮に欠けるのではないかという考え方が出てきました。では、何と言うのかというと、「ハッピーホリデー」というように、ちょっと宗教色の薄まった言い方に変えて、いろいろな背景をもつアメリカ人への配慮をしていこうという、そういう運動が起こったのです。

これは、そんな極端なものではなくて、嫌がる人には「メリークリスマス」と言うのはやめようという、その程度の話だったのですが、いつの時代も、政治家の中には、そういう片言隻句を取り上げて大事にする人がいるものです。前の大統領のドナルド・トランプもそういう政治家で、「クリスマスのための戦争」について、大きく取り上げた。自分たちは、クリスマスには「メリークリスマス」と挨拶する、アメリカ的な価値観の中で生きてきたのに、一部のリベラル派の人間、あるいは一部の少数のキリスト教徒ではない人たちに配慮するために、「メリークリスマス」と言えなくなってしまう。自分たちの価値観が棄損されている。これは（自分たちの文化を守るための）戦いなのだ。トランプ大統領は、平たく言うと、こんなことを言ったわけです。戦いなので、勝たなければいけないわけです。正に、トランプ大統領の支持基盤であった、アメリカの保守層に対して、トランプ大統領はこう訴えかけしました。「『ハッピーホリデー』と言うのは、やめよう。我々は、アメリカの価値を守るために、『メリークリスマス』と言い続ける。」と、こういうことを言ったわけです。

こういった、トランプ大統領がある煽った戦争・戦いというのが、法廷の場でも現れてきておまして、具体的には人権訴訟で負け続けてきた保守派が巻き返しを図るために様々な訴訟戦略をとってきました。先ほど言

いましたように、「文化戦争」の文脈で、少なくとも、法廷において保守派が負け続けてきたわけです。保守派の人たちは、同性婚の権利なんてないのだ。LGBTの権利なんか認めるべきではないのだ、あるいは、オバマケア——これは国民の保険制度なのですけれど——この保険制度みたいなものは、アメリカにはいらぬのだ、社会福祉的な制度はいらぬのだと、こういうことを言い続けて、アメリカの保守派は、裁判所でずっと法廷闘争を繰り返してきました。でも、残念ながら、ほぼすべて負けました。ほぼ全てというのは、この後話す妊娠中絶は、実は、昨年大勝利を収めたのですが、2022年までは、法廷闘争で負け続けてきたわけです。自分たちが、そんな権利はない、そんなものを人権として認めるのはアメリカの価値観に反すると言ってきた女性やLGBTQ+の権利が次々に連邦最高裁判所によって認められていって、保守派は負けていったわけです。

負け続けていたので、保守派は新たな訴訟戦略を作らなければいけません。つまり、それまでは、同性婚の権利が、あるかないかということが争われていたのだけれども、裁判所は「ある」と言っちゃった。同性婚は、人権なのだって。LGBTの権利にしても、リプロダクティブ・ライツにしてもそうです。「ある」と言われてしまったので、そこで諦めるかというところもなくて、保守派はどうやって自分の考える「アメリカ的価値観」に基づいて、そういった権利を縮減・縮小していくかということ考えたわけです。

そこで目を付けたのが、合衆国憲法修正1条という条文で保護される権利でした。ここには、日本でいうと表現の自由とか信教の自由とか、あと政教分離なんかが含まれます。先ほども申し上げましたように、修正1条の権利、表現の自由とか、信教の自由というのは、精神的自由権の優位性ということで、原則として、侵害されてはいけない重要な権利なのだということが、アメリカで言われてきました。つまり、違憲審査基準という話をすると、表現の自由とか信教の自由には、内容規制の場合は原則として厳格な審査基準と呼ばれる最も厳しい違憲審査基準が使われた。これは裏

を返せば、表現の自由を制約するような法律とか、条例とか、こういったルールができたときに、よっぽどやむにやまれぬ利益があって、かつ厳密に、仕立てられている——本当に必要な範囲のみに規制がされている——かどうかをみる厳格な審査基準と呼ばれる違憲審査基準ができてきたわけです。保守派は、「これは使えるな」と考えました。すなわち、表現の自由とか信教の自由というのは、ある立法を無効化する——例えば、差別を禁止する立法だとか、リプロダクティブ・ライツを守るための立法とか、そういったものを無効化する——ために、効果的なのではないかというふうに考えました。

そこで、保守派が採用し、そして最高裁判所に受け入れられた戦略が、人権の「武器化」と呼ばれる戦略です。戦略というか、現象というか、ちょっとあれなのですが。これは、リベラル派がこれまで形成してきた修正 1 条の議論を保守派が利用して、例えば社会福祉立法であるとか、反差別法を無効化する動き、要するに、保守派の訴訟戦略として、表現の自由を使って、自分たちが、気に食わない権利を守るための法律を無効化にしていこう、——具体的にどういったものかはこの後お話をしますけれども——そういう動きがある。ただ、そういう動きするだけなら保守派の勝手なのですが、そういった議論を、裁判所が先例拘束性だとか従来理論との齟齬を無視して、時にはマイノリティに敵意をもって保守派の動きを受容するような判決を出してしまう。これが近年のアメリカでリベラル派から批判されている人権の「武器化」という問題です。

この人権の「武器化」を推進しているのが、「ロバーツ・コート」と呼ばれる裁判所です。〔写真を写しながら〕ここに映っているのが、9 人の連邦最高裁判所の裁判官ですが、この中の何人が保守派で、何人がリベラル派であるか、ご存じですか？日本の裁判官とか日本の裁判所をイメージしていると、裁判官にイデオロギーがある、裁判官が自民党寄りの裁判官とか、立憲民主党寄りの裁判官がいるのはおかしいと思われるかもしれませんが、アメリカの、特に連邦最高裁判所の裁判官というのは、誰に選ば

れたかによって、誰に裁判官として選ばれたかによって、かなりイデオロギー的な色分けがはっきりすると言われています。この意味で、アメリカの裁判官は、日本の裁判官に比べると、かなり政治的な存在なのです。2010年代までは、連邦最高裁では共和党寄りの裁判官4人、民主党寄りの裁判官4人、そして中間派の裁判官が1人で、イデオロギー的に拮抗していました。ところが、今、この裁判官が映っていますけれども、向かって左下の女性と、右端に立っている2人の女性、この3人が民主党の大統領によって指名されたりベラル派なのですが、ほかのメンバーは、全て共和党寄りの裁判官ということになっています。付け加えれば、後ろに立っている、左側から3人は、トランプ大統領によって選出された裁判官になります。このように裁判官同士のイデオロギー的な均衡が崩れてしまって、今のアメリカの裁判所というのは、かなり共和党寄り（共和党の大統領から選ばれた）裁判官が多数を占める。そうすると、さっき言った「文化戦争」の問題で裁判所が共和党を後押しするような判決を出すようになってきているわけです。

1. NIFLA判決から見る「武器化」

「はじめに」が随分長くなってしまいましたが、では、これが具体的に、どんな形でマイノリティの権利に影響しているのか、これを見ていきたいと思います。ということで、まずは「NIFLA判決から見る『武器化』」というところをご覧ください。宗教法制研究所の研究会なのに、最初〔にとり上げるのが〕信教の自由ではなく表現の自由の判例で申し訳ないのですが、この「NIFLA判決」⁴というのは、先ほど申し上げた「文化戦争」の中での人権の使われ方を見る際に非常に分かりやすい事例ですので、最初に少し紹介をさせていただきます。

4 National Institute of Family and Life Advocates v. Becerra, 585 U.S. 755 (2018) .

この「NIFLA判決」というのがどういう事例かという、ここに書いてあるとおりなのですが、危機妊娠センターへの規制の一環として、ライセンスを得たクリニックに対して、州が無料または廉価で中絶・避妊を含む治療を提供していることを、認可外のクリニックについては、当該施設が認可外であることを、患者に告知するように義務づけるカリフォルニア州法（FACT法）が表現の自由を侵害するか否かを争われた事例です。この説明だと、何を言っているかがよく分からないと思うのですが、まず知っていただけておきたいのが、危機妊娠センターという存在です。これ、知っている人はいますか？聞いたことがあるという方はいますか？もし中絶問題とかにに興味がある方だともしかしたら聞いたことがあるかもしれないのですが、この危機妊娠センターというのは、「中絶可能なクリニックを装い、訪れた妊婦に中絶を断念するよう説得したり、中絶不可能な時期まで滞在させる反中絶派が運営する施設」です。妊娠中絶は——2022年に、ちょっとひっくり返っちゃったのですけれども——ずっとアメリカで人権として認められ、妊娠中絶をするのは女性が自ら決めることのできる権利であるというのが、固まっていた。しかし、保守派からすると、妊娠中絶は許されない、アメリカ的な価値観に反すると、こう考えられていたわけです。では、皆さんだったら、どうしますか。自分が罪だと考えていること——保守派は中絶は人殺しと同じだと考えているのだけれど——を裁判所が人権として認めてしまいました。何とかそれを止めなければいけない。そのために、この危機妊娠センターというのを作るのです。この危機妊娠センターというのは、あたかも中絶ができるクリニックのように装っているのですが、中絶は出来ません。中に行くと、本か何かを渡されて、中絶をすることがいかに罪深いかみたいなことを読み聞かせをされて、「中絶をするな」みたいなことを言われる。あるいは、もうちょっとマイルドなところだと、「中絶をしてもいいけれど、もうちょっと考えなさいよね」と言って、その危機妊娠センターに滞在させる。でも、その危機妊娠センターというのは、実は中絶をするための設備も許可もないので、

そこで妊娠中絶することはできない。それなのに、ずっと滞在させて、中絶の罪深さについて考えさせて、諦めさせたり、妊娠中絶できない段階まで中絶をさせない。そうしたら、もう産むしかないということで、子供を産ませる。こういう施設です。要するに、偽中絶施設みたいなものなのです。

にわかには信じがたい施設かもしれませんが。けれども、これは、〔図を示しながら〕テキサス州の——これはちょっと古いのですが——2015年の状況なのですが、妊娠中絶ができる場所とできない場所を表した地図です。左側が、妊娠中絶ができる施設なのですが、旗が立っているのは、何か所だろう、10か所ないぐらいなのです。右側が、危機妊娠センターの場所なのですが、テキサス州を埋め尽くすような感じである。〔図を指しながら〕この辺はないのですが、この辺は森だからないわけで、人が住んでいるところは、みんなこうあるわけです。要するに、アメリカの、特に南部の州、福音派の強い南部の州では妊娠中絶ができる正規のクリニックよりも、中絶ができるように装って、妊娠して中絶をしたい女性をおびき寄せて、無理やり出産をさせる施設のほうが、こんなに多くあるのですね。正に、この分断が象徴する写真があるのですが、〔写真を示しながら〕「The Pregnancy Centers」ということで、妊娠センターみたいなことが書いてあるのですが、こうやって「FAKE」と落書きされている。でも、どっちかという、看板のほうが間違っている。看板は、中絶をしたい妊婦さんをだますための看板で、あたかも中絶ができる——はっきりとは書いていないけれど、あたかも中絶ができる——ように書いてあるのです。この下の落書きに書いてある「FAKE」というのが正しくて、このセンターでは一切中絶はできない。そんなセンターなのです。

こういったセンターって、問題があると思いますよね。日本でこれをやったら、大問題になりますよね。産ませるために、おびき寄せて、そこで何か洗脳教育みたいなことをやる。これを、規制しようということで作られたのが、先ほどのカリフォルニア州法でした。カリフォルニア州では

FACT法という州法が作られたのですが、このFACT法というのは、言葉の通りFAKEを許さないという法律です。要するに、妊娠中絶ができない機関なのであれば、そこに訪れた患者さんに対して、「この施設では中絶ができませんよ。」ということをやちゃんと説明をなさないと、そういう趣旨の法律なのです。だから、正しい情報を訪れた人に与えなさいという法律なわけです。このカリフォルニア州の規制というのは、中絶の権利を実質的に保障しようとする規制だったわけです。妊娠中絶の権利がいくらあったとしても、あんなにたくさんの危機妊娠センターがあって、そこに行った女性は中絶をできないのであったら、実質的な中絶の保障がなされていないということになってしまう。それはよくないよね、ということで法律を作って、危機妊娠センターを潰すというのは難しいのだけれども、正しい情報を提供しなさいと、だますようなやり方はやめなさいよ、という法律を作ったのですね。

さて、皆さんが保守派だとしたら、これに対してどう対抗していくでしょうか。繰り返しになりますが、危機妊娠センターを運営している人たちは、自分が正しいと思っているわけです。中絶をする女性が間違っている、私たちは正しい方向に導いてあげている、こう思っている。そう思っているのだけれども、法律ができちゃったら、それに従わないわけにはいかない。では、どうするかというと、法廷闘争をするわけですね。そこで使われるのが表現の自由です。危機妊娠センター側がどのような主張をしたかという、FACT法は、表現の自由を侵害する違憲な立法である、このような主張を行いました。ここでいう表現とは、何だか分かりますか？ここで問題になったのは、「正しい情報を提供しなさい。」FACT法は、「妊婦さんをだましてはだめですよ。」「ここは、中絶ができないのだったら、中絶ができない施設ですよ、という正しい情報を提供しなさい。」というルールなのですが。危機妊娠センターは雑駁に言う、「正しい情報を、無理やりしゃべらせる。もうちょっと言うと、だますことができなくなるのは、表現の自由の侵害でしょう。」と、こういう主張をおこないました。

危機妊娠センター側としては、こういう構造を作りたかった。危機妊娠センターには、表現の自由がある。これは、裏を返せば、中絶をしたい女性をだますような表現をする権利がある。確かに、こういった権利を行使すれば、中絶を目的にセンターを訪れた女性のリプロダクティブ・ライツは侵害されることになる。しかし、これは単にリプロダクティブ・ライツだけの問題ではなくて、表現の自由とリプロダクティブ・ライツが対立する問題なのだ、権利と権利の争いの問題なのだ。こういう構図にもっていきかけたわけですね。憲法の授業を受けられている方は、もしかしたら、もうやったかもしれませんが、やっぱり憲法上の権利というのは、基本的には制約をしてはいけない、ただ、権利と権利がぶつかり合った時は、その調整は必要だよ、と一般的に言われる話ですけれど。この表現の自由とリプロダクティブ・ライツという構図にすると、権利と権利の、人権と人権のぶつかり合いだと、そういう法的な構図に裁判所にもっていけるわけです。こういう構図にもっていくことで、女性の権利を擁護するさっきのFACT法のような立法を、表現の自由、憲法上の権利を使って無効化しようというわけです。

ただ、やっぱり、これ、普通に見たらちょっと無理があるのです。というのは、例えば、お医者さんがインフォームド・コンセントみたいな形で、正しい情報を患者に提供するのって、当然ですよ。例えば、「うちは、がんが治りますよ。がんの手術ができますよ。」と言って、手術ができないクリニックみたいなのがあったら、嫌でしょう？それで、がんで死ぬまで待っている、みたいな。それと、似たような感じなのです。だから、この判決は、当然、危機妊娠センター側が負けるだろう、カリフォルニア州法が、これで憲法違反なんてことはあり得ないだろう、というのが、大方の予想だったのですが、その大方の予想を覆して出てきたのが、NIFLA判決という判決でした。

これ、ややこしい内容になるのですがけれども、大まかに言うと、この判決を書いたThomas判事——これは共和党の（父親のほうの）ブッシュ大

統領に選ばれた、一番古参の裁判官ですが——このThomas判事によると、「FACT法は、危機妊娠センターの表現の自由を侵害する」というふうに判決を下しました。これが、どういう理屈で侵害するのかというのを話すと、時間がなくなってしまうのですが、平たく言えば、妊娠センターというのは、ライセンスを得たクリニックではなかったり、正規のクリニックではない、危機妊娠センターというのが多いのです。お医者さんだったら、正しい情報は提供しないとイケない。あるいは、中絶を専門としているクリニックだったら、正しい情報を提供しないとイケないから、規制しても仕方ないけれども、無許可の、クリニックではない、クリニックを装っているだけの危機妊娠センターとか、あるいは中絶を提供しないクリニックにおいて、嘘の情報を言ったとしても、それは医療情報について、間違っただけの情報を教えているわけではないから表現の自由を侵害しないのだ、ということを使ったのです。この判決を、僕、何度も読んだのですけれど、未だに何を言っているのかよく分からないのですけれども、要するに、正規のクリニックだと、お医者さんは正しいことを言わなければいけないよね、という職業言論の法理というのがあるのですが、それが適用されるのだけれど、正規でないクリニックというのは、そこで何を言おうと、それは表現の自由で十分に守られますよね、と。その職業言論の法理が適用されないと、表現の自由の優越的地位、つまり、表現の内容の規制は原則としてやってはいけないよ、よっぽどのことがない限りやってはいけないよ、という優越的地位から、違憲と判断される。つまり、Thomas判事によると、危機妊娠センターが、妊婦さんをだますような発言をするというのは、デモで「中絶反対。」と叫んだり、あるいは講演会の場とかで、「妊娠中絶というのは、こんなによくないよ。」という、表現の自由と一緒になのです。そういう表現の自由があるのだから、当然、危機妊娠センターで、そういったフェイク情報を流す自由もあるよね——こういう理屈をとりました。

これは、はっきり言ってばかみtainな判決なのですけれども、このばかみtainな判決のせいで何が起こったかという、全米で危機妊娠センター

を制約する立法を作ることが困難になった。仮に、そういう法律を作ったとしても、表現の自由の侵害ですよ、ということで、違憲判決が出るのが予想される。端的に言うと、ここで危機妊娠センターが野放しにされる。そこでだまされていく人たちを守るような方策、少なくともダイレクトに守るような方策ができなくなってしまう。直接、施設に制約をすることが、かなり困難になったのです。ですから、こういった判決に対して、リベラル派の判事からは、非常に強い批判が出ています。例えば、NIFLA判決では、Breyer判事が、「医療の専門職たちは、武器として憲法を用いる権利を有するわけではない。」——これは、正規のクリニックの医師を念頭において書かれているのですが——要するに、危機妊娠センターの人たちが表現の自由を武器にして中絶を望む人たちをだます権利なんてあるわけじゃないか、と。これは、ある種、当たり前のことを言っているわけですね。ただ、これは反対意見なので、こういう立場が負けてしまったわけです。表現の自由を使って、妊娠中絶の権利を制約しよう、妊娠中絶をアメリカ人に提供するような立法とか、妊娠中絶をしやすくするような立法みたいなものを無効化しよう、という動きが成功しているわけですね。実は、この「武器として憲法を用いる」という言葉は、このNIFLA判決と、あともう1個、Janus判決⁵という——これは、労働組合の結成に関わる判決で、ここは説明ませんが——この判決でも、「武器として修正1条を用いる」という言葉が使われています。

簡単にまとめると、NIFLA判決での「武器化」の論理というのはどういうものかといいますと、まず、表現の自由とマイノリティの権利が対立するという構図にもっていき。つまり、ただ単に、マイノリティ保護立法があるというだけでは、それを否定することはできないので、そのマイノリティ保護立法が表現の自由と対立するのだという構図にうまくもっていき。そういう構図にもっていけると、表現の自由の優越性と厳格な審査基

5 Janus v. AFSCME, 585 U.S. ___ (2018).

準の適用によって、ほとんどほかの利益との比較衡量を許さないような形で、表現の自由が優先される。——これは、ウォーレン・コートという60年代の最高裁判所以来アメリカでずっと勝ち取られてきた表現の自由の権利なのですが——それによって、表現の自由が勝てるという理屈がある。このことによって、表現の自由を通じたリプロダクティブ・ライツの相対化ということが可能になる。ただ、このやり方って、本当に従来の表現の自由論と同じものなのか、表現の自由論を歪めていませんか、ということはいわれたりしています。けれども、取りあえずここでは、今までの、どちらかというマイノリティの表現の自由を守ってきた、表現の自由の理論というものが、保守派によって使われることで、逆にマイノリティに刃を向けるような形で使われるようになってきた、このことをおさえておいていただければと思います。

ということで、人権の「武器化」とは、あらためて言うと、「リベラル派が形成した修正1条の理論を保守派が利用し、社会福祉立法や反差別法を無効化する動き」であるということが言えます。そしてそれは、表現の自由だけではなくて、もう一つ、アメリカ合衆国憲法で、特に手厚い保護が必要だとされている宗教的自由も、この「武器化」の流れに巻き込まれている。だから、今のアメリカでは、宗教的自由って非常に評判が悪くて、宗教的自由を守ろうということを言うことが、ある種のマイノリティの権利を侵害しようということとイコールに扱われたりしているのですが、これについても見ていきたいと思っています。

2. 宗教的自由の「武器化」の論理

ということで、宗教的自由の「武器化」の論理ということですが、NIFLA判決と同様に、宗教的自由を論拠として、差別的な理由で解雇をしたり、避妊治療に対する企業の保険料負担を拒否すると、あるいは、公的な場所で差別を行うことなど、要するに、少数派の権利を制約するために「いや、これは、確かに少数派の権利を制約するかもしれない、あるいは

は、差別かもしれないけれども、自分の宗教的自由に基づいてやっているから許されるのだ」こういう主張をするのが、宗教的自由の「武器化」です。

ここでポイントになるのが、「免除」という話です。表現の自由と違って、アメリカの宗教的自由というのは、法義務免除という枠組みがありまして、端的に言うと、「違憲でない合憲な立法なのだけれども、自分の信仰と、その立法が相反するから、自分だけ、その法律から免除してね」という主張ができるようになっていきます。イメージがわかりやすいか分かりませんが、良心的徴兵拒否と似ています。徴兵のルールが仮に憲法違反でないとしても、特定の人たち、平和主義の思想をもっている人たちに兵役を無理矢理押し付けるのはよくないよね、ということで、多くの国で良心的兵役拒否というのが認められています。それと同じような枠組みで、信仰を理由にして、この法律には従いたくない、あの法律には従いたくないということで、いろんな法律から免除を認めるというのが、アメリカの宗教的自由の枠組みとしてあります。例えば、反差別法でいえば、通常は、人種に基づく差別的な発言はしてはいけない、公的な場所ではしてはいけない、だけれども、自分は宗教的な理由でどうしても差別的な発言をしないとけないから、反差別法で罰しないでね、と。これ、日本だと、考えづらい話かもしれませんが、アメリカだと、宗教的自由の一般的な保護枠組みとして存在します。そして、それがいろんな場面で使われたのが、宗教的自由の「武器化」です。

そこで、もう一つ例をあげてみたいと思いますが、Hobby Lobby判決⁶というのを見てみたいと思います。この判決では、オバマケアが問題になったのですが、「大手チェーン店のオーナーが、自身の信仰に基づき、オバマケアのもと保険適用の対象とされていた4つの着床後避妊治療について、保険金負担からの例外的な法的免除を求めた」という事案です。細

6 Burwell v. Hobby Lobby Stores, Inc., 573 U.S. 682 (2014).

かい法律とかは、とばして読んでいただいて構わないのですが、これはどういうことかという、オバマケアという国民保険制度がアメリカにもできたのですが、これは、アメリカも医療費の負担を軽減させようということで、国と勤めている企業が保険料を負担して被保険者の医療費負担を軽減しよう、下げようという政策です。ここで問題になったのは、Hobby Lobby Storeという結構大きな古物商なのですが、この会社のオーナー、社長が、福音派だったのです。何を言ったかという、「自分の会社で、自分の会社から、保険料を負担するのだけれど、自分の会社から出す保険金負担が、着床後避妊治療というものに使われている。それは嫌だ。」ということを書いたのです。着床後避妊治療というのは、受精卵になった段階で行う避妊治療のことで、これは福音派の人たちから見ると、中絶の一種だと考えられている治療です。要するに、これも中絶反対の一環なのですが、そんなものにお金を出すのは嫌だということなのです。

ところが、さっき言ったように、中絶は憲法上の権利として、この当時は保障されていましたし、オバマケアも憲法違反ではないという判決が出ている。つまり、常識的に考えれば、企業のオーナーは保険料を負担しなければいけない、お金をかさねなければいけないのだけれど、ここで言ったのは、「企業のオーナーの信仰と会社というのは、一体化しているのだ。自分の経営している会社が、そういった自分の信仰上、認められないものにお金を出してしまうというのは、会社の問題ではなくて、自分の信仰の問題になるのだ」ということを主張したのです。これ、すごく怖い話なのは分かりますか。これが認められてしまうと、企業に対するいろんな規制が、その社長の信仰に反するからということで、無効化されてしまうのです。企業に対する、いろんな規制の典型的な例というのは何でしょうか。例えば、最低賃金です。皆さん、例えば、アルバイトをされているかもしれませんが、どれぐらいで働いているか知りませんが、熊本だと、最低賃金が898円なのです。でも、会社の社長が「いや、自分は、宗教上の理由で、最低賃金600円まで下げないといけない。」みたいなことを言いだして、「だ

から、最低賃金のルールには従わないよ。」と言ったら、困りますよね。それと同じようなことが、ここで言われているわけです。

なのですが、この判決、Hobby Lobby事件では、なんと、これも企業の社長のほうが勝ってしまったのです。この勝ち方には非常に限定が付されていたので、最低賃金からも自由になるとか、そういう話にはならないのですけれども、Alito判事という裁判官が書いた多数意見は、これまで認められてこなかった営利企業への宗教的自由の適用を認めて、企業に保険料負担を課すことがオーナーの宗教的自由を侵害するとして、法義務免除のように信教の自由を認めました。端的に言うと、この会社の社員は、4つの着床後避妊治療を受けるときだけ、全額自費負担をしなければいけなくなったわけです。ほかの病気の場合は、日本と同じように3割負担とか、何割負担とか、負担が軽くなるのだけれど、こういった国によって保険料負担が認められている治療を行う際も、この会社に勤めているというだけでお金がもらえない、全部自分で払わなければならないということになるわけです。

このHobby Lobby判決というのは、非常に大きな衝撃をアメリカの憲法の学界に与えました。そこで言われたのが、宗教的自由の「ロックナー化」という問題です。「ロックナーリズム」とか、「ロックナー化」とかいうのですが、これは何かというと、——Elizabeth Sepperという人が、これを言ったのですが——アメリカの1900年代初頭の、最高裁判所にとって暗黒の期間と言われている「ロックナー期」という時期がありますが、この時期に行われた社会福祉立法の無効化と似たことが、今行われている、というふうにSepperは指摘します。どういうことかということ、ロックナー期というのは、——正にさっきの最低賃金の話なのですが——契約の自由に基づいて、私的秩序を重視し再分配を否定する、これがロックナー期の特徴だと一般的には言われています。ロックナー判決というのは、正に、最低賃金とかが問題になった時期なのですが、要するに、ロックナー期の最高裁は私的秩序、これは要するに、雇う側と雇われる側の対等な契約関

係を重視するということをいうのです。これは平たく言うと、「最低賃金みたいな、いくらいくら払いなさいみたいな規制を国が言うのはよくなくて、給料をどうするかというのは、雇われる側と雇う側が相互で納得して決めればいいのですよ。」と、こういうことを言うわけです。ただ、納得して決めるとどうなるかという、皆さん、アルバイト先で、給料のやり取りをしたことがありますか。時給 4,000円くらい、ほしいと言ったことはありませんか。ロックナー期の前提だと、労働者側は「4,000円ほしい。」と言えればいいし、雇用者側は「100円しか払わない。」と言えればいい。そこで戦っていけば適当な給料になるだろう、みたいな発想なのですが、現実にはそうなりませんよね、多分。つまり、払う側のほうが優位なので、権力をもっているのです、おそらく、その間是对等ではないのです。けれども、ロックナー期は、とにかく対等だと言ったのです。あと、もう一つは、再分配の否定で、これは、税金で集めたお金を国民に還元する、例えば、生活保護のように困っている人に還元する、こういう考え方をとれないよ、と。要するに、社会福祉というのは、最低限だけあればいいのであって、原則として、社会福祉は国家の役割ではないよ、というのが、ロックナー期の考え方だったのです。宗教的自由のロックナーリズムというのは、このロックナー期と同じようなやり方で、マイノリティを救済するための法律とか、あるいは社会福祉を実現するための立法を無効化しよう、違憲判断を下そうとしているのだと、Sepperは主張します。

ただし、契約の自由というのは、このロックナー期を終わらせたウェストコーストホテル判決という判決で、そういうふうな使い方をするのはだめだよ、ということが言われたのです。これは、当時のルーズベルト大統領が裁判所に圧力をかけたり、いろんなドラマがあるのでですけども、1回ボシヤったわけです。要するに、社会福祉とか労働者の権利みたいなものを守るというのは、州とか、連邦に認められた権限なので、憲法上の権利（契約の自由）によって反論することはできないよということが、1回認められたわけです。だけれども、今、宗教的自由に基づいて、もう1回、

同じやり方をしようとしているのではないかと。私的秩序と宗教的自由ということで、オーナーに対して、保険金負担の義務を課するのは、契約のあり方への介入を通じて、雇用者の信仰を制約すると。つまり、払いたくもない保険金を、労働者と話し合っただけで決めるならともかく、国が上から「雇用者はこれくらいは払いなさい」と命令とするのは、特に、それが信仰に反するような命令の場合は、信仰の自由を制約すると。すなわち、雇用者というのは、自分が雇う従業員との間で契約の自由を行使することで、宗教的自由を行使していると。端的に言うと、自分の信仰と異なる行動をするような従業員を雇わない権利が雇用者にあるのだと、こんなことを言うわけです。

もう一つが、再分配の否定と宗教的自由ということで、これも似た話なのですが、義務的な保険金負担というのは、企業オーナーの宗教的自由を制約する。つまり、企業オーナーが、国の命令によって、第三者——ここでは労働者ですが——のための負担を強制されるということは、オーナーの信教の自由を侵害する、宗教的自由を侵害する、だから、福利厚生を国によって強制されたり保険金負担を強制されることは、社長の宗教的自由を侵害するのだ——こういう理屈をHobby Lobby判決は立てているというふうに、Sepperは指摘をします。

一般論として、信教の自由というのは、どんな宗教にも認められるわけです。僕も、例えば、何でもいいのですけれど、時給5,000円以下では働かないとかいう宗教を適当に作って、それを信じている。そうしたら、それは勝手なのです。信教の自由で、保護されるわけです。アメリカなんか、そういう宗教、いっぱいあって、空飛ぶスパゲッティモンスター教とか、いろんな新種——あれはパロディ宗教なのですけれども——伝統的宗教だけではなくて、とにかく、その人が信じていたら、もう、それは宗教になるのだ〔という理解が〕一般的なので、オーナーがこういう主張をすること自体は構わないのです。問題は宗教の中身ではなくて、個人の立場としてではなく企業のオーナーとしての立場で、企業のお金の支出について信

教の自由の保障を主張すると、大きな問題が起こる。

この問題は、「第三者への害悪 (third party harm)」と呼ばれることもあります。個人の宗教的自由というのは、結局、国家が規制を行うのに対して、個人が、「いや、その規制は、私の信仰に反するのでやめてください。」という、国家と個人の一对一の関係なのです。だから、例えば、国が「統一教会を信じるな。」と言ってきたときに、「いや、私は統一教会を信じたい。」と対抗する。これは、伝統的な信教の自由のあり方だったのですが、このHobby Lobby判決のように企業の宗教的自由を認めてしまうとどうなるかということ、国家の規制と企業の信仰が対立するわけです。つまり、Hobby Lobby判決の事例だと、従業員のためにお金を出したくないという企業の信仰と、お金を出しなさいという国家の規制が対立するわけです。ところが、この対立行動は、その中に、企業の信仰と第三者——ここでは例えば従業員とか消費者——の利益という対立が含まれているわけです。例えば、保険料を企業が負担してくれないと、国が困るのではなくて、保険料負担によって治療を受けられない従業員・労働者が困るわけですね。あるいは、ちょっと後で見ると、企業が反差別法から免除してくれという話をする、正にその企業に買い物に行ったら差別をされるという消費者に不利益があるわけです。なので、企業の宗教的自由と個人の宗教的自由というのは、そもそも性質的に全く異なる。全く異なるものなのだけけれど、アメリカの連邦最高裁判所は、同じものとして扱う。同じものとして扱うことで、第三者に損害が出てしまう。

そして実は、第三者に損害が出ることが信教の自由の主張者の真の狙いだったりする。つまり、保険料負担をしないことによって、従業員がリプロダクティブ・ライツを行使できなくなりますよね。信教の自由を守りたいと言っているのだけれど、そこで狙っている効果というのは、従業員がリプロダクティブ・ライツをうまく行使できなくなる、マイノリティの権利を制約することということが、問題になります。うまくできたやり方で、規制者から権利の享有者を保護すること、要は、国家の規制から企

業を守ることが第三者の権利侵害に直結する。つまり、国家が誰かの権利を守ろうとして作った立法が、企業の宗教的自由を介すことによって無効化されてしまうという、そういう効果が出てくるわけです。ということで、この「宗教的自由のロックナー化」、これは、営利企業を宗教的自由の主体とみなすことで生じる害悪であるということが言えるかと思えます。企業に信教の自由を認めてしまうと、結局、損をするのはマイノリティの従業員なのです。

実は、「武器化」の問題には営利企業の自由というのがかなり結びついていて、宗教的自由の文脈ではこの判決で初めて企業に権利が認められました。これはややちょっと古い情報になってしまうのですが、2005年から始まったロバーツ・コート、今の最高裁長官の時代ですけれども、〔表を示しながら〕2005年から2017年に表現の自由の主張が認められた事例を表にしています。これは、商業主体の訴訟当事者の表現の自由が認められた事例と、非商業主体（一般人、個人とか、NPOとか）そういう主体の訴訟当事者が認められた事例を比較しているのですけれども、見ていただくと分かるように、1953年から2004年までは、商業主体、すなわち企業が自分たちの権利がある、表現の自由の権利があるのだと主張しても、認められるのは50%前後だったのです。一方、非商業主体、個人が主張した場合というのは、これは、ちょっとブレがあるのですけれど、ウォーレン・コートという、表現の自由を積極的に認めていた時は88%、ほかのところは50%くらいになっています。注目してほしいのは、ロバーツ・コートの、商業主体の訴訟当事者への表現の自由が認められた事例の部分で、これは、ちょっと件数が少ないのですが、80%認められている。要するに、ロバーツ・コートというのは、どちらかというと、会社・企業が表現の自由とか信教の自由を主張することを、積極的に後押しをしている。僕、統計のことはよく分からないのですけれど、このEpsteinという、憲法学者であり、統計を使って憲法の研究をしている研究者なのですけれど、この人によると、やっぱり、ロバーツ・コートというのは、有意に、これまで個人に対

して認められてきた表現の自由とか信教の自由を会社に認めていこうとしている、そのことが、今言ったような、宗教的自由の「武器化」とか人権の「武器化」みたいな問題の一因になっているのだと、このように指摘をしているところです。

3. 分断化社会の「自由」と「平等」

さらに、この「武器化」がどんどん拡大しているよ、という話を最後にしておきたいのです。宗教的自由の「武器化」の特徴としては、第三者の害悪を無視して信教の自由を保障するということが言えるわけですが、これが如実に表れてきているのが、反差別法の分野です。日本には、反差別法ってほとんどない。アメリカというのは、いろんな反差別法があって、公の場で人種差別をしてはいけないとか、公の場で、例えば人種とか性的指向に基づいて物を販売するのを拒否してはいけないとか、色々あるのですが、この宗教的自由の「武器化」というのは、第三者の害悪を等閑視することで、反差別法を有名無実化する可能性があると言われてます。すなわち、「武器化」の論理だと、国家が企業に対して反差別法を押し付ける、これは、今まで当たり前に行われてきたことなのだけでも、今見たHobby Lobby判決以降、企業に対してそういった規制を押し付けることが、企業のオーナーの信教の自由を侵害する可能性が出てきたわけですね。そうすると、社会のあらゆる部面において、宗教的自由を口実に、企業がいろんな人たちを差別していくことが可能になるのではないかと、指摘されています。

その一つが、これは皆さん、ニュース等でご存じかもしれませんが Masterpiece Cakeshop⁷判決です。この判決は、ゲイのカップルに対するウェディングケーキの販売を拒否したケーキ店が、コロラド州反差別法に

7 Masterpiece Cakeshop v. Colorado Civil Rights Commission, 584 U.S. 617 (2018).

違反するとして、ウェディングケーキを販売しなさいということと、社員に反差別教育を行うことなどの命令を下されたという事件なのです。正に、最高裁まで争われているように、ケーキ店側は、自分には差別をする権利はあった、つまり、ウェディングケーキを誰に売ってもいいけれど、自分の宗教的な信仰から、ゲイのカップルにウェディングケーキを売ることは絶対にできない、と言って売らなかった。

連邦最高裁は、テクニカルには反差別法からの免除を認めてはいないのですが、ケーキ店側を勝たせる判決を出しました。これは反差別法の認定プロセスに瑕疵（かし）があったということで勝ったのですが、ここでも、すごく雑に言っちゃうと、差別的な理由でケーキを売らない権利というのが、信教の自由に基づいて認められたのです。

もう一つがFulton判決⁸という事件で、これは養子縁組の話なのですが、養親の決定権を持つカトリック系の児童養護施設について、児童の養親を決定する際に同性カップルを排除したことが差別禁止を定めた条例に違反するとして認定を取り消したフィラデルフィア市の処分が宗教的自由に反するということなのです。これは日本でもありますけれど、養子縁組斡旋団体というのがあって、この場合は、親のいない子供とかを里子に出す、あるいは、養子に出すというような活動をしていたのですけれど、アメリカのフィラデルフィア市では、その養親を決める際にその親が男女のカップルであるかそれとも男女以外のカップルであるかということを理由に子供を養親に出すかどうかを決めちゃいけないというルールがありました。これは、LGBTQに対する差別禁止の一環として作られているルールです。ところが、この事件の当事者の教会は、それは嫌だと言ったのです。つまり、カトリック系の教会なのですけれど、「女同士・男同士のカップルは、子供を育てられないし、主観の意志に反する。そんなところに子供を送るのは、神の意志に反する。だから、自分たちは送りたくない。その反差別

8 Fulton v. City of Philadelphia, 593 U.S. 522 (2021).

法から免除させてくれ。」ということを行った。これについても、連邦最高裁判所は、事実上の免除を認めました——これも正面から認めているとまで言っていないか、ちょっと微妙なのですけれども、細かい話はおいておいて、大体認めました。

ほかにも、例えば、宗教学校における解雇の正当化ということで、病気になった人とか何か目の見えなくなった人を宗教学校からクビにする。クビにした時に、「これは宗教団体の宗教を教えるある種の聖職者を決める話だから、信教の自由に基づいて自由にクビにしてよいのだ。」みたいな議論があったりする。Hobby Lobbyのように、雇用者の義務からの免除要求が拡大していくということです。本当に、社会のいろんな場面で信教の自由が使われて反差別法を想定化しようという動きが拡大している。例えば皆さんがアメリカに行って、[お店の側が]「あなたは、アジア人だから、物を売れません。」と言ったときに、アジア人に物を売らない教みたいな宗教を作って、それに基づいた差別なんていうのも、もしかすると、宗教的自由を盾に相手側が訴訟で勝ってしまうなんてことが起こるかもしれないわけです。

こういった、この信教の自由の「武器化」によって、商業主体とか雇用者の宗教的自由が保障され、それに対して、消費者とか労働者を守るためのルールがどんどん形骸化していつている。信教の自由を使って、彼らを守るためのルールを無効化していつている、そして、その範囲がどんどん広がっているというのが、今のアメリカの現状である。そうすると、法的な場において、立法による人権保障、例えば、差別しちゃいけないよというルールとか、そういった保障をすることが、どんどん、どんどん困難になっているのが、今のアメリカの連邦最高裁判所の状況かと思います。

ということで、これはもうまとめですけれども、アメリカの宗教的自由というのは今、商業主体に保護を認めるような形で拡大をしている。そのことによって、文化戦争を戦うための効果的な武器として、宗教的自由が機能している状況にある。ジェンダーとか性的指向とか、いろんな範囲に

差別が拡大して、かつ、それが、信教の自由・人権に基づくもののだとして正当化されている、こういった「武器化」の状況が顕在化しているといえるでしょう。

おわりに

ということで、最後に「おわりに」ですが、結局、我々は、この問題をどう捉えていけばいいのだろうか、というのを考えるのが「おわりに」です。すみません、この「おわりに」というスライド、皆さんのところがないと思うのですが（付けるのを忘れていたのですが）、ここです。結局、ここで問題になっているのは、表現の自由とか信教の自由が、従来どおり、正しく使われている——人権というのは、保守派であろうが、リベラル派であろうが、誰に対しても、等しく保障されるべきものですから従来、リベラル派が使ってきたものを、保守派が使っとうまくいきました——、そういう話であれば、この「武器化」の話を批判するって、ちょっと難しくなるわけです。今までリベラル派が使ってきた表現の自由をそのまま使っているだけでしょうと。何で保守派が使うと怒るのだ、それは、単なるイデオロギーに基づく差別なのではないか、ということになる。

それでもなお「武器化」は問題なのか。これは私が現段階で考えているところなのですが、結局、ここでの問題って、従来言われてきた——要するに憲法の教科書に書いてあるような——表現の自由とか、信教の自由の理論を微妙に歪めてあるのです。例えば、今、宗教的自由の話をしましたけれど、ちょっとだけ歪めてある。何を歪めてあるかということ、商業主体、つまり、会社の社長が、会社の行為と一体となって、信教の自由を主張できるのだ、みたいな。実はこれ、すごい大きな変化ではあるのですが、パッと聞いただけだと、ほんのちょっと歪めてあるだけにみえる。あるいは表現の自由でも、例えば、危機妊娠センターみたいな、FAKEを言う団体に対しても認めないといけないよ。これも、これまでなかった話だけれど、ちょっと歪めてある。だけれど、この少しの歪みとい

うのが、今のロバーツ・コートでは結論を左右している。

では何でこういうふうになめられるのか、こういった使い方をするのかというと、これ、身も蓋もない話なのですが、Chemerinskyという、アメリカの最も有名な憲法学者は、次のように言っています。NIFLA判決の事例なのですが、「NIFLA判決における連邦最高裁の判決を理解する唯一の仕方は、この判決が連邦最高裁の多数派によるリプロダクティブ・ライツへの敵意や、女性の権利や利益への無関心を反映したものであるということである。」と。つまり、ここで何をいっているかということ、裁判所自身が、差別をしている。マイノリティを抑圧している。裁判所というのは、中立公正な機関ではなくて、今や、マイノリティを抑圧する機関として機能しているということをChemerinskyは言っています。だとすれば、どうすればいいかということ、最高裁の判決をもう参考にしない。連邦最高裁の判決を、今後の人権論に活かしていかない。こういった対策が必要になるかもしれない。これは、かなり極端な立場ではありますが、やっぱり、こういった主張は重要になってくる。というのも、今までの日本の憲法学というのは、間違いなく、アメリカの連邦最高裁判所の議論から多くのことを学んできました。教科書に書いてあるような表現の自由など、アメリカから輸入してきたものがいっぱいあるわけです。だけれど、今後、その憲法学を学んでいく上で、本当に現在のアメリカの理屈を学んでいいのか、そういう学び方をしてしまうと、マイノリティに刃を向けるような、そういった理論を日本も吸収してしまうのではないかと、そういった恐れをもちながら、しかし、やっぱりアメリカの議論には見るべきところもいっぱいありますので、アメリカの議論を見ていかなければいけない。そうすると、アメリカの研究をすることが、どんどん困難な作業になっていくという話です。

さらにいえば、翻ってみて、今の日本の裁判所とか憲法の理論は、本当にマイノリティのことをきちんと考えて作られているのでしょうかという自己省察も必要になるでしょう。人権ってマイノリティを守るものですよというのは、何となく思っている。法学部の皆さんよりも、多分、私が教え

ている社会福祉学部の学生さんとかだと、もうある種所与のこととして「人権って、マイノリティを守るものでしょう。」と言うのです。でも、本当にそうなのですかね、と。確かに「武器化」というのはアメリカの表現の自由とか宗教の自由とか、そういった人権保護の枠組みに由来するところが多いので、特殊アメリカ的ではあるのですけれども、では、日本の人権理論というのはマイノリティをうまく包摂できていますかね、というところはもう一度考えていかなきゃいけないと思っています。

実はこのことを考えるひとつのきっかけになったのが、優生保護法の訴訟です。優生保護法って、憲法の教科書にほとんど出てこない——少なくとも訴訟・事件が大っぴらになる前はほとんど教科書なんか名前が出てくることはなかった——、その意味で「地味」な訴訟なのです。だけれど、あれは、障害をもっている人とか軽犯罪を犯した人から子供を産む権利を奪っていった、それが、ずっと正当化され続けていたのだけれども、そういった権利侵害について、憲法学はずっと主題化することに失敗してきていた。これは、例えばハンセン病とか水俣病の訴訟もそうだし、同性婚の権利だって、20年前まではあれが人権だと言っている憲法学者は、多分、ほとんどいなかった。ゼロではないですけども、そんなに多くはなかったわけです。そういったマイノリティの利益みたいなものを、憲法学・憲法の理論はうまく受け止めてこられなかった。受け止めていない状態で、表現の自由とか信教の自由は大切ですとか、大切なのでこういった理論で守っていきましょうと、理論を作っているのですが、その理論を信奉し続けること、信奉し過ぎることというのが、マイノリティに無自覚の刃を向けることになりかねないのではないかと、そういった懸念をもっているところです。

それで、一つ挙げておきたいのが、孔子廟訴訟⁹というやつです。これは、沖縄の孔子廟というところが、那覇市が土地を提供したところに、孔子廟

9 最大判令3・2・24民集第75巻2号29頁。

という廟を建てて、それが政教分離違反なのではないかということで、訴訟になったのです。これって、沖縄の中の比較的保守的な団体が起こした訴訟で、当時の翁長知事、に批判的な立場の人たちが起こした訴訟です。

この訴訟の詳細は省きますが、要するに、ここで政教分離の話が出てきて、孔子廟に土地を提供するのは憲法違反だという話が出たのですけれども、孔子廟って、それまで政教分離で問題になっちゃった神社とか伝統的な宗教とは、ちょっと色彩が異なる。さらに、孔子廟に公の土地を提供するのって結構いろんなところであって、佐賀県多久市にも多久聖廟というのがあって、市が所有する孔子廟があるのですけれども、日本本土の孔子廟みたいなものは、古い建物だったり建物自体に文化的な価値があったりするので、その土地に建てていいよと、市の土地でも特別に建てていいよということで、認められています。しかし、沖縄の孔子廟は、戦争の時にアメリカ軍に占拠されて、移転させられたのです。新しいのを作られたのです。そういった沖縄の特殊性とか孔子廟の特殊性とかを考えずに、従来神社神道を想定して固まってきた政教分離のアプローチを使ってしまう。これって、沖縄の弱者性とか、マイノリティ性みたいなものをあまり考慮はできていないのではないかなと、思ったりするところもあるということになります。だから、人権の「武器化」の問題というのは、我々が当たり前に学んでいる、おそらく皆さんがこの後法学部で学んでいく理屈というもの、その中に、マイノリティというものが入っているのか、マイノリティの考慮というのが元々入っているものなのか、それとも入らずに作られているのか。入らずに作られているものを使ってしまうということは、今の「武器化」のように、マイノリティを抑圧的なやり方になってしまうかもしれない。そういったことを、僕自身も、まだ考えがまとまっていませんが、考えていく必要があるかなと思っております。長くなりましたが、ご清聴ありがとうございました。

——質疑応答——

司会：森口先生、ありがとうございました。我々が普段学んでいる法学——特に憲法学——が、現在のアメリカの社会でどういう使われ方をして
いるか、あるいは、アメリカの社会を見る上で、憲法学がどういう視点を
提供してくるのかということにも関わるお話だったかなと思います。まだ
終わりまで時間が少しありますので、ぜひ、森口先生に質問などしたい人、
ぜひ、自由に手を挙げて、質問をしていただきたいと思います。

質問者1：専門の憲法学者が「ばかな判決」という判決を、本国アメリ
カで、学者の側が、少しは理解できる言葉で正当化する、積極的に支持す
るというような動向はあるのでしょうか。

森口：ありがとうございます。本来、「ばか」という言葉を使う予定で
はなかったのですけれども（笑）、ちょっと口走ってしまったのですが、
このNIFLAについては、ほぼ正当化できないというのが〔一般的な評価
かと思っています〕。ただ、我々が読むのがやはりリベラル派の憲法学者にど
うしても偏る部分もあるかもしれません。ですけれども、ご紹介をした
Hobby Lobby判決であるとか、ケーキショップの判決であるとか、ああいつ
たものに関しては、理屈でやっぱり正当化できるよねという議論はあり、
裁判所のほうも、そういった正当化できるような理屈を用意してくれた判
決なのですけれども、このNIFLA判決については、かなり、いろんなと
ころに今後も影響が出そうな話で……。そもそも、職業言論の法理とい
うのが、長くアメリカにあったはずなのですけれども、Thomas判事とい
う人は「そんなものはなかった。」ということを書いてしまったのです。
そんなものはなかったということは、今までのアメリカの教科書とかに書
いてあるのが、全部無効になるのですかという、そういう話なのですが。

Thomas判事というのは、かなり独特な意見を書くことで知られている、
かなり保守的、保守の中でも、保守中の保守という人なのですけれども、
今まで、あまり、その法廷意見に出てくることはそんなに多くはなかった。

今回のこの法廷意見に関しては、正に——Thomas節ではないですけども——今まで少数意見でちょっと独特なことを書くなと思っていたのが、そのまま多数意見になってしまっているというのがあります。あともう一つ、このThomas判事が、——これは別の判決で言っているのですけれども——「先例拘束性というものに拘束される必要はない。」という趣旨のことを言っているのです。Thomas判事が正にそこで出すのが、ローvs.ウェイド（妊娠中絶の判決）で、「Roe判決だって、それまで権利と言ってこなかった妊娠中絶を、権利と言ったではないか。そこに先例なんかなかったはずだ。だったら、自分たちも先例にとらわれない判決を書いていいのだ。」と言っている。そうすると、これはもう、評価というか、——判決なので、やっぱり影響力は大きいですし、我々も見ていかなければいけないですが——判例の流れに沿って理解をしていくことというのが極めて困難です。むしろ、この判例の流れをただぶった切ったというか、全く異なることを急に言い出したという話ですので、ちょっと、なかなか説明するのが難しいというのが、私の雑感です。

質問者 1：ありがとうございます。

司会：私から、質問してもいいですか。講演を聞いていると、この「武器化」というのは、まず社会の中で、例えば保守派とされる人がそういう「武器化」をしようという意志をもっているということと、それに裁判所が呼応する、むしろ、それにのっかろうとしている、その両方の側面があるということが、お話を聞いていて分かったのですが、例えば、日本で同じことが起きるのかということが気になっています。少なくとも社会の中では、そういう「武器化」的なことは起きつつあるような気はしていて、例えば、反差別的なものに対して、「いや、これは表現の自由だ」といった主張がなされることが出てきているような気がするのです。では、それが裁判になったときに、それにのっかるような下地が、日本の裁判所にあるのか、それとも、アメリカの特殊な裁判所の文化だからこそ起きたことなのか、そのあたりについて、もし教えていただければ、よろし

くお願いします。

森口：ありがとうございます。かなり難しいというか、どう答えていいのかなのという、ご質問なのですけれども。まず、やっぱり「武器化」の問題はかなり特殊アメリカ的な問題だろうと思います。それは、一つは表現の自由とか信教の自由が本当に手厚く保護をされてきた歴史があること、そして、もう一つ、アメリカには日本にないものがある、これは反差別法です。反差別法を制定して差別をやめさせようと。ヘイトスピーチは、アメリカでも認められていますが、いろんな部面での差別を禁止する立法がアメリカにあるのと、この二つの条件の中で「武器化」というのが出てきますので、その意味ではアメリカのかなり特殊な問題であろうなと思います。

ただし、やっぱり、日本でも、社会の中で「武器化」という現象が出てきている。これを裁判でうまく使おうかと思っているかどうかは分かりませんが、社会の中で何か問題があった時に、これは表現の自由だとか信教の自由だとか、そういうことを言って、社会の公益を守るような立法に対する反対とか、活動に対する反対というのは出てきていると思います。これがどういう形で裁判所にのってくるかということ、日本の裁判所は、これまで、表現の自由も信教の自由も基本的には〔キチンと〕保護してきていないので、そうすると、アメリカ的な表現の自由の使い方ができない部分があると思うのですが、どういう形で表れるかは、分からないですね。すみません、こんなお答えで申し訳ありませんが。

司会：ありがとうございます。

質問者2：憲法についてそこまで詳しくないので、初期的な質問だったら申し訳ないのですが。ロックナリズムという「私的秩序の重視、再分配の否定」というのが、割と資本主義の初期のような構造になっているというふうに思えて、もしこのまま進むと、結局、国家は昔の産業革命が起きたイギリスのような状態に戻ってしまうのか、みたいな議論はあったりするのですか、という疑問が思い浮かんだので、もしそういうのがあれば、

お聞きしたいです。

森口：ありがとうございます。このロックナー期ですけれども、——ちょっと、ごめんなさい、何年だか正確に覚えていないのですが、¹⁰ロックナー判決¹¹というのがある、そこから30年ぐらい続いた時期です。正に、資本主義社会のアメリカの中で、社会福祉の発想とかも入ってきて、例えば、最低賃金を作ろうとか、労働者の最大労働時間を決めようとか、24時間働かせるのはやめようとか、そういうルールが出てきた時ですので、正に、おっしゃるとおり、そういうものが否定されていくと、産業革命期まで戻るかどうかはともかくとして、おっしゃったような問題が、いろいろ出ていだろう、ということは、当時のアメリカでいわれていたところです。なので、かなり政治的にこの問題は解決されています。アメリカの最高裁判事って9人なのですけれど、これ、当時のルーズベルト大統領が、コートパッキング・プランというプランを出して、最高裁判事を15人に増やそうとしたのです。要するに、自分のいうことを聞く最高裁判事を、6人送り込んで「もう最高裁にいうことを聞かせるぞ」と脅しをかけたら、実は、ジャクソン判事という立場を変えた判事がいまして、それで、このロックナー期というのが終わりました。さらにいうと、そのロックナーリズムと、今、同じようなことが起こりつつある。ロックナー期に問題になったのは、やっぱり労働者保護だったのですけれども、今正に社会福祉立法で問題になっているのは、マイノリティ保護ですので、そういったものが、何もない状態・更地に戻されてしまうのではないかという懸念から、こういう批判が出ているということになるかと思います。ありがとうございました。

質問者 2：ありがとうございました。

質問者 3：先ほどの質問に対する回答のところで、ロックナーリズムが

10 1905年。

11 *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45 (1905)

30年ぐらい続いたとおっしゃられたのですけれど、そのロックナー期は、労働者の保護の観点で、あまりよくない部分が続いたということをおっしゃられていました。お話を聞いていて、僕が思ったのは、割と今回、ロックナー期に似た形で戻りつつあるということで、もうロックナー期が30年ほど続いたということで、今から見れば、変な方向に行ってしまったなどいうのも30年ぐらいで終わって、いったん、また戻っているということは、波があるのかなと思って。いったん、今、その変な波がきちゃっていて、変な方向に行っているのかなと思って。例えば、このロックナー期のようなもの、今きているものが続いても、数十年続いたら、また裁判官なども変わったりして、安定していったら、これもまた一時的なものなのかなと思うのですが、先生はどうお考えなのか聞きたいです。

森口：ありがとうございます。非常に興味深いご質問です——というのは、波があるというのは、アメリカでもよく言われていまして——。ある学者は、「ある種のサイクルなのだ、リベラル寄りのサイクルと保守派寄りのサイクルが波が返すようにきていて、今は保守派寄りになっているのでこういった問題が起こっているけれど、30年だか40年だかはしれませんけれど、それぐらいのサイクルでまた元に戻るのだということを使うのです。ただ、ちょっと言い方が悪いのですけれど、波があるという言い方をしているアメリカの研究者って、どっちかという、年代が上の方でそういう主張をされている研究者がいるのですけれど、あなたがたはいいかもしれないけれど、こっちは、その波の間に生きていかなければいけないわけです。もちろん、大きな視点では、その波を見るという議論というのは、とても大切だと思います。しかしながら、それに加えて、もう本当の目の前の一個一個の問題をどうしていくのかという、少し小さい視点——それが今日のお話だったのですけれども——そういった視点でも見ていく必要があるのかなと。波が引いて戻ってくるから大丈夫だよというのですけれど、多分、その波一つ一つを作っているのがこういう小さな要素だと思うので、そこで例えば自分に不利益な、マイノリティに不利益なような状況

が起こるのであれば、そういったものは、一つ一つ、やっぱり止めていく必要があるのかなと思っています。ありがとうございます。

質問者 3：ありがとうございます。

質問者 4：規制者からの権利の享受を保護することが、第三者の権利侵害に直結する場合があるという言葉があつて、この第三者が消費者にあたる場合もあるとは思うのですけれども、ただ、日本としては、企業が法人であり、適用されないかなと思ひまして。それに加えて、日本とアメリカの違いとしては、多神教と一神教という違いがあるので、それが日本にどう影響するのかが、ちょっと疑問に思ひました。お願いします。

森口：ありがとうございます。まず、第三者の利益、これはアメリカの場合ですので、やっぱり企業とか物を売るところに信教の自由を認めると、当然、それは消費者にも返ってくる。つまり、物を売る時に差別をしちゃいけないのだけれども、うちの会社だけはそれでいいでしょう、みたいな理屈ができてしまうという、かなり、アメリカ特殊の議論だと思ひます。日本でどうなるかというのは、まだ分からないと思ひます。一神教と多神教の議論、僕はあまり詳しくないのですけれども、アメリカって、やっぱり面白い宗教が、実はいっぱいあつて、裁判所には、ニワトリの格好で出廷しないとイケないという「宗教」を主張して、「ニワトリの格好で出廷させる。」と言つて、それが認められた事例もあるのです。アメリカの場合は、やっぱり「これが宗教だ。」と自分で言えば、一般的に認められていなくても宗教になってしまう。そういう意味では、多神教の日本の議論とも、噛み合う部分があると思ひます。ありがとうございます。

質問者 4：ありがとうございます。

司会：はい、ありがとうございます。今日の話ですけれど、この『内心の自由』という森口先生の新しい本、この最後の「補章」というところにも、関係する話がかかれています。ただ、これ、まだ図書館に、うちに入っていないのです……。それから、一昨年くらいに出た『ヘイトスピーチ規制の最前線と法理の考察』という本の中でも、森口先生が反差別法と

分断化社会の自由と平等 —信仰に基づく差別をどう取り扱うか— (森口千弘)

「武器化」の話について書かれていて、これは図書館に入っているので、ぜひ読んでみていただきたいと思います。ということで、ちょっと時間が過ぎてしまいましたが、これで講演会を終わります。森口先生、どうもありがとうございました。

森口：ありがとうございました。

[会場拍手]