

宗教条項の再定位

——アメリカにおける世俗的良心の保護理論——

森 口 千 弘

- 1 はじめに
- 2 「平等な自由」論と宗教行為の自由
 - (1) 「平等な自由」論の概観
 - (2) 「傷つきやすさ」とは何か
 - (3) 「平等な自由」論と世俗的良心
 - (4) 小 括
- 3 アコモデーションは「平等」たりうるか
 - (1) McConnell による批判
 - (2) Koppelman による批判
 - (3) 小 括
- 4 「宗教」に価値を見出すアプローチ—Koppelman の議論を中心に
 - (1) 過小包摂な「良心」
 - (2) アコモデーションの対象のあり方
 - (3) Koppelman の「宗教」枠組みと世俗的良心の保護
 - (4) Koppelman の理論の可能性
- 5 むすびに

はじめに

アメリカでは長年、宗教的信念に対して特別な保護が与えられてきた。
1963年の Sherbert 判決⁽¹⁾では宗教的信念と法義務の衝突に際して、一定の要

件 (Sherbert テスト) を満たせば、違憲の瑕披のない法による義務であっても、宗教的義務を優先させ法義務免除を認める判断を下している。Sherbert 判決は1990年の Smith 判決によって事実上覆されたが、その後連邦、州の各議会により、Sherbert テストを事実上復活させる立法がなされ、現在は連邦、州政府それぞれの RFRA (Religious Freedom Restoration Act) や RLUIP (Religious Land Use and Institutionalized Persons Act) といった宗教的主張に義務免除を与える法律の下で特別な保護が続いている⁽²⁾。

このように、アメリカでは伝統的に、宗教的主張に対して法義務の免除を典型例とするアコモデーション (便宜的措置) と呼ばれる措置を行うべきとの強い主張があった。もっとも Sherbert テストのもとで定式化されたこのようなアコモデーションは、一般に宗教のみに他にはない特別な保護を与えるものと理解されてきたにもかかわらず、その対象たる「宗教」がいかなるものであるべきかに関しては必ずしも明確な定義がされてこなかった。

アコモデーションを考えるに際して、「何が宗教か」という定義の問題は重要である。宗教へのアコモデーションは、宗教行為の自由条項に関わる問題としてのみならず、国教条項にも関わる問題としても議論されてきた。というのも、アコモデーションは、「宗教」的主張のみに違憲の瑕疵のない法からの義務免除を認めるという極めて特別な取り扱いを行うため、この定義の如何によっては、アコモデーションが特定の宗教への肩入れに用いられて国教条項に違反する可能性や、宗教以外のコミットメントと比較して宗教に不公正な優遇が与えられる可能性があるのである。例えば、仮にアメリカで大部分を占める一神教的な宗教のみがアコモデーションの対象となったとしたら、それは国教条項が禁ずる、国家による特定宗教への優遇の典型的な例と見なされるであろう。また、ある判決では、宗教的な立場と非宗教的な立場を区別し、片方を優遇した場合、国家の宗教的中立性が損なわれかねないと指摘されており、宗教のみを特別に取り扱うアコモデーションは、この点でも問題となりうる⁽⁴⁾。さらに、仮に宗教行為の自由の保護のために、国教条

項の問題に目をつぶったとしても、別の問題が残る。すなわち、宗教的か非宗教的かを問わず、様々なコミットメント（献身）が個人にとって重要な役割を果たす現代社会において、宗教的コミットメントだけが特別な扱いを受ける理由はあるのか、という問題である。これは、伝統的、一般的な宗教とは異なる少数者の宗教や、無神論的、世俗的な主張はアコモデーションの対象となるべきか否か、という問題と言い換えることができる。

このように、いかにして「宗教」を定義するか、という問題は、修正1条に基づくものか立法に基づくものかを問わず、アコモデーションを行うに際して極めて重要な問題となる。そして、その「宗教」の定義に関する議論の中で、個人にとって宗教と同等の役割を果たすような世俗的良心なども、アコモデーションによって保護を受ける「宗教」にカテゴライズされるべきか否か、という問題も生じる。

本稿の目的は、この世俗的良心への保護に関するアメリカの議論を検討することにある。アメリカ憲法には明文で世俗的な思想、良心を保護するような規定がなく、世俗的良心の保護について直接取り扱う論文も多くはない。しかしながら、宗教へのアコモデーションに関する諸問題の中で、世俗的良心の問題は、むしろ明文の規定がないゆえに生々しいものとして現れてきており、アコモデーションを考える際に世俗的良心の取り扱いの問題を避けて通ることはできなくなっている。また、明文の規定がないゆえに、保護されるべき世俗的良心の定義の問題に関しては、むしろ日本より進んだ議論がなされているということができる。そこで本稿では、アコモデーションと宗教条項、特にその保護対象に関するいくつかのアプローチを、「世俗的良心の自由」という切り口から検討し、保護の対象に世俗的良心は含まれるべきか否か、含まれるとして、保護される世俗的良心はどのように枠付けられるべきか、ということ进行を明らかにしていきたい。

2 「平等な自由」論と宗教行為の自由

Christopher L. Eisgruber と Lawrence G. Sager の一連の共著（以下、両者の共著に関して述べる最には Eisgruber & Sager とする）は、修正1条の宗教条項を宗教の価値を保護するための「特権」⁽⁵⁾としてではなく、「平等」の観点から考察しようと試みている。Eisgruber & Sager は、従来の国教条項、宗教行為の自由条項の解釈は、宗教がアコモデーションに際して不当に有利に取り扱われる一方、別の場面では不当に不利に取り扱われてきたとし、その原因として、宗教を他の何者とも異なる例外的（anomaly）なものと捉えるアプローチをとってきたことを指摘している⁽⁶⁾。彼らは、このような従来の「奇妙な宗教的自由観」⁽⁷⁾が抱えてきた問題を解決するために、国教条項、宗教行為の自由条項双方にまたがる修正1条の宗教条項を「平等」の観点から再定位する包括的な理論として、「平等な自由」論を提示する。この理論では「平等」を分析の軸にすることにより、必然的に非宗教的なコミットメントと宗教的なコミットメントとの比較が重大な要素として現れることとなり、本稿の問題意識とも極めて近い問題が扱われることになる。

Eisgruber & Sager の理論はアメリカの宗教条項の研究者の中で極めて大きなインパクトを持つものとして理解されている。本稿では紙幅の関係、また本稿の問題意識との関係から「平等な自由」論のうち純粋に国教条項に関わる部分は取り上げず⁽⁸⁾、宗教行為の自由条項に関わる部分、特にアコモデーションに関わる部分に焦点を当てて検討していく。以下、(1)では「平等な自由」論の概観と従来の議論との関係性を、(2)では「平等な自由」論で保護される「傷つきやすさ」の内実を、(3)では「平等な自由」論が有する世俗的良心保護に関する意義を示していく。

(1) 「平等な自由」論の概観

Eisgruber & Sager が「平等な自由」論の原型というべきモデルを示した

のは1994年の論文⁽⁹⁾であるが、この際彼らはそれまでの宗教条項解釈が宗教の価値を重視してきた点を批判している。彼らによれば、現代の憲法における二つの大きなパラダイムとして、第一に表現の自由のように、特定の価値に対して高いレベルの「特権」(privilege)を与えるという面、第二にアフリカ系アメリカ人への差別禁止のようにアフリカ系アメリカ人自体を特別に価値あるものとして扱うのではなく、彼らを市民として平等に遇するために「保護」(protection)を与えるという面があるという⁽¹⁰⁾。そして、彼らは宗教に対しては「保護」が適切であると主張する。

彼らによれば、宗教には「特権」を与えられるべき優越的な価値はなく、宗教を特別扱いすることは不平等を産む。メンバー全員が同じ宗教を信奉している社会では宗教に「特権」を与えても何ら負の効果はないが、多様な社会においてそれはむしろ、多数派から宗教と見なされないマイノリティー宗教を抑圧することになりかねないためである。更に、「宗教は決して、道徳的な反省と衝動に関する唯一の源泉ではないし、道徳的な反省と衝動は、人間の高尚な活動の唯一の形態ではない」という前提のもとでは、宗教的なコミットメントと世俗的なコミットメントを区別して取り扱うことは不平等となると指摘する。このように宗教への「特権」は否定しながら、Eisgruber & Sager は、個人、団体のアイデンティティーが宗教的なコミットメントや実践 (practice) の共有によって規定される点、そして (より重要なものとして) 個人、団体が宗教に対する迫害に際して「傷つきやすさ」(vulnerable) を有している点を考慮し、宗教に対しては「保護」が求められていると述べる⁽¹³⁾。にもかかわらず、従来の宗教行為の自由、なかんずく、アコモデーションに関わる議論では、表現の自由と同様に宗教行為の自由に関しても「特権」の文脈で理解されてきたため問題が生じてきていたとされる。

このように Eisgruber & Sager は宗教の価値に基づく特権付与を批判するとともに、Smith 判決⁽¹⁴⁾で Sherbert 判決が事実上覆される前から Sherbert テストは宗教行為の自由一般に適用可能な基準としては事実上機能していな

かったと指摘する。「Smith 判決以前の〔法義務免除に関する〕憲法上の説明は公平なものでも、説得的なものでもなかったし、宗教的免除を支配する法理は未熟なものではなかった⁽¹⁵⁾」というのである。事実、Sherbert テストの下で免除が認められている事例はほとんどが Sherbert 同様の失業保険給付に関する事例であり、唯一の例外は義務教育の免除が認められた Yoder⁽¹⁶⁾ 判決のみである。(なお、Smith 判決は、Yoder 判決を宗教行為の自由と親の教育権の問題が複合的に重なった事案であり、純粋な宗教行為の自由に基づく義務免除の問題ではないとしている⁽¹⁷⁾。) 宗教的信念と法が対立したその他の連邦最高裁の判例では、信仰への制約が存在とされたり⁽¹⁸⁾、その所属先の特殊性から Sherbert テストがそもそも適用されなかつたり⁽¹⁹⁾、あるいは Sherbert テストが適用されても政府のやむにやまれぬ利益が存在とされたりと⁽²⁰⁾、いずれも免除を主張した側が敗れている。厳格審査の際の基準として知られるやむにやまれぬ利益のテストが用いられた際に、これほど政府の側の利益が承認されやすいのは Sherbert テストのみである。このように、Eisgruber & Sager は Sherbert テストが「原則というより例外⁽²¹⁾」になってしまっており、Sherbert テストで採用されている、憲法上の配慮(attention)をする必要があるような宗教活動特有の価値、という考え方は、理論的に困難であると指摘する⁽²²⁾。

Eisgruber & Sager は宗教の価値に「特権」を与えるという考え方に代わり、宗教条項に関する別の理論枠組みの必要性を強調する。彼らによれば、宗教条項のもとで宗教はそれが有する「傷つきやすさ」ゆえに保護されるのである。従って、宗教に対するアコモデーションは、対象の「傷つきやすさ」に対して等しく与えられる「平等な尊重(equal regard)」の一環として、「平等」の名の下に正当化されることになる⁽²³⁾。このように平等に定位した宗教条項の理解の末、2007年に示されたのが、下記のような「平等な自由(equal liberty)」論である。彼らはこの理論を宗教条項に関する包括的なモデルとして提示している。

我々が「平等な自由」と呼ぶところのモデルは、三つの異なった構成要素からなる。第一に、平等な自由論は平等の名の下に、我々の政治的コミュニティのいかなる構成員も、彼らの重要な献身や課題に関する超自然的な抱り所を理由としてその価値を減ぜられるべきではないと要求する。……第二に、これもまた平等の名の下に、平等な自由論は、深く重要な形で差別と関わる場合を除けば、我々にとって宗教を特別な利益に値する、ないし特別な障害を課すにふさわしいものとして扱う憲法上の理由はないと主張する。最後に、平等な自由論は憲法的な自由一般に関する広い解釈を要求する。これは、宗教上引き起こされた事象にかかわりあっているか否かに関わらず、すべての人が言論の自由、個人の自律、結社の自由や私有財産の権利など、独自に宗教と関わるものでも宗教という言葉を定義するものでもないが、宗教的実践の繁栄を可能にするものであり、そうした諸権利を享有することを求めるものである。⁽²⁴⁾

このような「平等な自由」論の下、宗教的信仰は憲法上の特別な配慮を受けるが、これは宗教が持つ、敵意や無視に際しての「傷つきやすさ」のみを理由として一すなわち「平等な自由」論の第一の原理の実現のために「保護」されるのであり、宗教の持つ特別な価値に「特権」を与えるものではないとされる。⁽²⁵⁾「平等な自由」論のもとでは、宗教行為の自由条項は「宗教を事由とした不利益取り扱いを禁じた概念であり、その内容は平等原則に解消される」⁽²⁶⁾ものとして理解されるのである。

とはいえ、この理論から導き出される結果は、一見すると従来の議論と大差ないようにも思われる。例えば彼らは、宗教とそれ以外について異なる取り扱いをすることを否定しない。彼らは、一方では芸術に対して政府が助成を行うのと同様に宗教に対しても助成することは許されないとの立場を取るし、他方では、通常の企業と異なり、教会は性別に基づく差別を禁じる法律

に反して女性を司祭として雇うことを拒絶することが許されるとも主張す⁽²⁷⁾る。Eisgruber & Sager は宗教の価値に基づく特別な取り扱いを否定するけれども、配慮を必要とする「傷つきやすさ」に対して、これまでの宗教に与えられてきた「特権」を「保護」として理解し、他とは異なる取り扱いを行う場合もありうるのである。しかしそれならば、「平等な自由」論の意義—Sherbert 判決以来の宗教的自由の枠組みが抱えていた問題を解決するための方策としての意義—はどこにあるのか。

思うに、「平等な自由」論の最も大きな意義は、宗教以外の対象にも宗教に対するのと同様に特別な保護を与える場合がありうる、ということである。彼らの理論によれば宗教の「傷つきやすさ」は憲法上特別な保護を受けるけれども、それは宗教のもつ「傷つきやすさ」と比較可能な真摯な世俗的献身に対しても、宗教に対するのと同様の特別な保護を与えることを含意す⁽²⁸⁾る。平等な自由論によれば、政治的コミュニティーの一員としての立場は、いかなる場合でもその人の持つ宗教的信念によって規定されるべきではない⁽²⁹⁾。従って、「傷つきやすさ」を有するものは、それが宗教的か否かに関わらず平等に扱われなければならないのである。更に、そのような「傷つきやすさ」に対しては、それを保護するために「議会などの立法府や、行政部門の公務員などその他の政治的アクターの積極的な取り組み」⁽³⁰⁾も求められることになる。

「平等な自由」論によれば、宗教的信念を持つこと故に国家から利益を得たり、特定の宗教的信念を持たないが故に国家から不利益を受けたりすることは許されない。また、宗教的信念の有無に関する部分以外は同等の他者と比べて差別的な取り扱いをすることも、宗教を特別に保護することになり、許されない。つまるところ、ある人が宗教的か否かは、その人を特別に、または不利益に扱う理由にはなりえない一方で、特定の宗教的信念を持つことで、あるいは無宗教や不可知論者であることで「傷つきやすさ」を有している人は、彼らが宗教的か否かにかかわらず保護を受けうるべきであるとされ

る。「平等な自由」論の下では、アコモデーションは宗教、ないしそれと似たコミットメントに由来する「傷つきやすさ」に対する平等な配慮として機能するのである。

(2) 「傷つきやすさ」とは何か

宗教の「価値」への「特権」付与を廃し、代わりに「傷つきやすさ」に対する配慮としての「保護」を措定することで、Sherbert 判決の枠組みが抱えていた問題を解決しようと Eisgruber & Sager は主張する。すなわち、個人の信仰に立ち入り、特定の宗教を優遇するか否かを国家が決定することを避けながらも、宗教行為の自由条項、ないし RFRA などの法律の下でアコモデーションの対象となるものを「傷つきやすさ」という世俗的基準で同定し、「傷つきやすさ」への配慮としてアコモデーションは正当化される、⁽³¹⁾ というのである。

とすれば、次に問題となるのは「平等な自由」論のもとで保護される「傷つきやすさ」とは何か、という問題である。Eisgruber & Sager の目的は、これまでのアコモデーションに課せられていた「宗教」という枠を単純に取り払ってその範囲を無尽蔵に広げ、すべての規制への異議に対して免除を認めることではない。彼らはいくまでも、従来の宗教と比較可能な「傷つきやすさ」を持つ信念を、宗教と同等に扱わないことは不平等である、と主張しているに過ぎない。従って、「傷つきやすさ」をどのように枠付けるのか、という問題が重要となる。

Eisgruber & Sager はこの「傷つきやすさ」について詳細な定義を行ってはいない。しかし、過去の宗教的アコモデーションに関わる判決を引き合いに出しながら「平等な自由」論のもとで保護される対象がいかなるものかを示す際に、「傷つきやすさ」の指標となる重要な示唆を行っている。以下、二つの例を挙げて、彼らの考える「傷つきやすさ」とは何なのかを検討していきたい。

第一に彼らが検討するのは、Sherbert 判決⁽³²⁾と同様の事案で、就業拒否の理由が宗教的なものでない場合である。Eisgruber & Sager は、原告の土曜就業拒否の理由が子育てのためであった場合（この原告を Mother Sherbert と呼称する）、この原告は宗教的な拒否と同様に法義務免除の対象となりうるか否かを検討し、結論として、想定されるいかなる Mother Sherbert も法義務免除の対象とはなりえないとする⁽³³⁾。

ここで彼らが重視するのは、Mother Sherbert が免除を求める理由が「宗教的ないし非宗教的であることに対する反感や無関心によるものではない」⁽³⁴⁾点である。彼らは、Sherbert 判決の原告である Adel Sherbert が土曜日に働くことができない理由が安息日再臨派の教義による「不可変 (inflexible) のもの」であったとする一方で、Mother Sherbert の就業拒否の理由である「子育て」の問題は、チャイルドケアを得るなど自身の努力によって解決可能であり、宗教的な義務とは重要な部分で異なると述べる。もちろん、チャイルドケアを見つけられない、また経済的な理由で雇うことが困難な親に対して上記のような要求をするのは現実的ではない。しかし、それは憲法の宗教条項の下で保護されるべき事柄ではないのである。宗教的自由に関する包括的モデルである「平等な自由」論の下では、Mother Sherbert の「子育てのため」という主張は、多くの宗教的、非宗教的コミットメントとは異なり、可変的なものであり、また歴史的に迫害、差別的な取り扱いを受けてきたわけでもない。従って、「子育て」に基づく主張には保護されるべき「傷つきやすさ」は存在しないと結論付けられるのである⁽³⁵⁾。

第二に彼らが検討するのは次のような事例である。仮にある警察署で、宗教的理由によってひげを生やさなければならない場合のみに例外的にひげを生やすことを認めながら、他方で毛包炎や肌の状態による理由でひげを生やすことは禁じていた場合、その警察署の警察官が「国家は、彼がひげを生やす世俗的な理由、ここでは健康に関わる理由、を宗教的な理由より劣るものとして取り扱うことで平等な自由を侵害している」と主張することは可能な

⁽³⁶⁾のか。Eisgruber & Sager によれば、ここには極めて困難な問題が存する。ここでは宗教的理由で髭を剃るができない人のみに対し例外的な免除が認められており、それらの人たちが毛包炎を理由に髭を剃れない人に比して優遇されているのである。ここでは「宗教的な献身をその他のもの（ここでは肌の状態）に対して優遇することで、国家は平等な自由論の反差別的な原理を侵害する」⁽³⁷⁾状態が生じているとの主張も可能になるのではないか。

しかしながら Eisgruber & Sager はこの問題に関しても Mother Sherbert の事例と同様に、「平等な自由」論のもとでは宗教的な警察官と毛包炎の警察官の異なる取り扱いが是認されると述べる。彼らによれば、毛包炎の警察官が髭を剃れない理由は適切な治療によって解消可能な事柄であり、彼らはより少ない痛みで髭が剃れるのであればそれを拒否する理由がない。一方、宗教的自由から髭を剃れない警察官は、棄教する以外のいかなる手段を用いても髭を剃ることができない。前者の拒否が条件次第（conditional）で変更できる理由に基づくものである一方、後者の拒否は変更不可能な理由によるものであり、「平等な自由」論の下で保護を受けうる「傷つきやすさ」は後者にのみ存するとされるのである。⁽³⁸⁾

この二つの事例では、「平等な自由」論のもとで重要な役割を果たす「傷つきやすさ」を同定する際のメルクマールが示されている。上記のことから、Eisgruber & Sager が保護の適否を区別する際に用いる基準は、免除を求める理由が不可変（inflexible）なものか条件次第（conditional）のものかという点、及び、その不可変性故に歴史的に迫害、差別を受けやすいものであるかという点である。子育てのための土曜日の就業拒否は（経済的に実現可能かどうかは別として）、チャイルドケアーなど対応策をとることで回避可能な理由であり、いかなる対策をとっても土曜日に就業できないわけではない。同様に毛包炎で髭が剃れない警察官も、適切な治療によって条件を整えれば髭を剃ることができる。一方、宗教的な理由で土曜に働けない者や、髭を剃れない者は、規制を強要すれば、棄教するか法に背くか、という

二者択一を迫られている。

「平等な自由」論のもと、「傷つきやすさ」は法義務免除の理由が「不可変」であるか、「条件次第」であるかによって判断される。そして、個人の不可変的な、いかなる条件でも変更不可能な「深いコミットメント (deep commitments)」は、差別や迫害にさらされやすいことが明らかであり、それ故その「傷つきやすさ」に対する配慮として、「平等」の実現のためにアコモデーションを受けうるのである。

(3) 「平等な自由」論と世俗的良心

では、この「平等な自由」論は世俗的良心の保護に関して具体的にはどのようなインパクトを持つのであろうか。そもそも Eisgruber & Sager が宗教条項を「平等」の観点から分析しようとした最初の試みである *The Vulnerability of Conscience: The Constitutional basis for protecting Religious Conduct* では、論文のテーマについて、「深く価値あるやり方で人間という存在の原動力となっているコミットメントや情熱というのは、宗教のみに尽きるというものではない」と述べており、本稿が世俗的良心と呼ぶところの、非宗教的コミットメントへの保護は彼らの理論の主要なテーマであるとい⁽³⁹⁾ってよいだろう。このことは、「平等な自由」論のもとで「非宗教的コミットメント」が保護されるか否かに関する彼らの検討からも明らかである。

Eisgruber & Sager は「平等な自由」論の射程を検討するに際して、Seeger 判決、Thomas 判決のように世俗的なパシフィストが法義務免除の主張をした場合、どのような結論が導かれるのかを検討している⁽⁴⁰⁾。具体的には、良心的徴兵拒否を定めた兵役法の規定が宗教的な拒否者にのみ免除を認め、宗教とかかわりのないパシフィストなど世俗的な拒否者に対しては拒否を認めないものであれば「平等な自由」論のもと許されるのかという問題、あるいは、世俗的なパシフィストが軍需工場での労働を拒否した際に、宗教的なパシフィストが同様の行為をした際に受けうる失業保険の給付を行わな

いことは許されるのか、という問題である。すなわち、ここで検討されるのは宗教的信念と世俗的信念の差別的取扱いに関する問題である。⁽⁴¹⁾

Eisgruber & Sager によれば、このような差別は「平等な自由」論のもとでは許容できないとされる。宗教に基づくパシフィストには免除を認め、そうでない場合には認めない、というのは、拒否者の主張が有神論的か否か、あるいは超自然的な思想に依拠しているか否かに基づいた差別である。「平等な自由」論の重要なテーマの一つは、一般的に奇妙なものと思なされる宗教的（ないし非宗教的）な義務に対して、政府が反感や無関心を示すことを妨げる、ということであり、少なくとも、同等の真摯さを持つなど比較可能な信念を、その宗教性の有無によって異なる扱いをすることは「平等な自由」論の上記のような目的に反することとなる。⁽⁴²⁾従って、パシフィズムに基づく法義務免除の主張がなされた場合、それが等しく「傷つきやすさ」を持つコミットメントであれば、そのコミットメントが宗教的か非宗教的かを基準に区別することは「平等」に反することとされるのである。

(4)小 括

このように、「平等な尊重」論は「傷つきやすさ」をメルクマールとするゆえに、修正1条の宗教行為の自由条項のもとでも、「不可変的」で「いかなる条件でも変更不可能」な「深いコミットメント (deep commitment)」は、それが宗教的なものか世俗的なものかに関わらず、保護されることとなる。この理論の背景には、宗教の多様化、内面化が進むアメリカにおいて、すでに宗教的コミットメントと世俗的コミットメントの区別が極めて困難となり、その価値ゆえに特別な取り扱いを受ける「宗教」を同定すること自体がダイレクトに宗教的中立を侵害しかねない状況が生じていたことがある。「平等な自由」論はそのような状況の中、「平等」を切り口とし、歴史的な経緯から迫害や差別を受けやすい「傷つきやすさ」という世俗的な概念を保護することで、中立性の問題を避けようとした重要な試みとして評価できるだ

ろう。

一方で、「平等な自由」論にはいくつかの問題点も考えられる。例えば、この理論でメルクマールとなる「傷つきやすさ」は憲法が規定する「宗教への保護」の基準として適切なのか。また、「平等な自由論」のもとでアコモデーションの対象となるのは、宗教的コミットメントとそれと類似するような非宗教的コミットメントをあわせた「深いコミットメント」に集約されるが、この「深いコミットメント」の定義がそもそも曖昧ではないか、などである。そこで本稿の残りの部分では、Eisgruber & Sager に対する批判を概観するとともに、Eisgruber & Sager とは異なる切り口での世俗の良心の保護のあり方を検討していく。

3 アコモデーションは「平等」たりうるか

「平等な自由」論は宗教条項の研究者に極めて大きなインパクトを与えたが、それは同時に多くの批判を産むこととなった。彼らの最初の論文が出されて以降、宗教条項に関する議論は Eisgruber & Sager の「平等な自由」論の妥当性を中心に展開していたと言って過言ではない。

批判の一つとして、「平等な自由」論がその標榜する「平等」を実現できておらず、「宗教」に代わり「深いコミットメント」を特権化しているに過ぎないのではないか、というものがある。宗教条項の保護を受けうる「傷つきやすさ」に関してのここまでの Eisgruber & Sager の議論を見てくると、法義務免除を与えるべき対象に関して一つの類型を見出すことができる。上記で挙げた事例を見ると、宗教に依拠しないパシフィズムに基づく免除の主張、子育てに関わる免除の主張、身体の状態に関わる免除の主張はそれぞれ、免除を求める各人なりの理由をもっている。しかし、Eisgruber & Sager はこれらの事情すべてを等しく扱うわけではない。彼らの述べるところの「傷つきやすさ」は、宗教的信念のように不可変的なものであり、そして不可変的であるが故に、敵意や無視にさらされるようなものであり、そしてそ

れ故に、「道徳への献身はそれらが非宗教であること、または無宗教的であるという特徴から……反感や無関心を前提とする」ものである。従って、一定の保護を正当化する一方で、「その他の世俗的な必要性（secular need）、例えば健康に関わる必要性」⁽⁴³⁾に関しては逆の答えが出てくるのである。

そうすると、「平等な自由」論のもとで宗教的信条と等価であるとみなされ、それゆえ等しい取り扱いを求められる世俗的な事象は、そのほとんどが宗教的信条のアナロジーとして捉えうるような道徳的信条に限られるものになるであろう。そして、「平等な自由」論はこの点で「平等」の名に値しないとの批判を受けるのである。本稿では McConnell と Koppelman による批判を取り上げ、「平等な自由」論の問題点を検討する。

(1) McConnell による批判

Michael McConnell は早い時期から Eisgruber & Sager を批判している一人である。彼は宗教への特別な取り扱いを宗教に対する特権としてではなく衡量の問題から説明できるとしており、また「平等な自由」論はいくつかの点で矛盾があり、理論として一貫していないという⁽⁴⁴⁾。

第一に、McConnell によれば、Eisgruber & Sager はアメリカ合衆国の憲法の下では宗教は最初から不利な立場に置かれている点を見落としている。法義務免除が（有神論的な）宗教にのみ認められる場合、その宗教は一見特権を受けているように見える。Eisgruber & Sager の主張の核心は、そのような特権付与には、ある主張が宗教的か否かという国家の判断が付随し、国家が宗教的とみなした対象を優遇する一方そうでないものに不利益を与えるという不公正な状態を生じさせる、ということである。

しかし、McConnell はこれを批判する。彼によれば、宗教は憲法上、民主的プロセスの中で制約を受けている。例えば、環境問題や言論の問題に取り組む市民は、民主的プロセスを通じて政府に特定の立場をとるよう働きかけることができるし、政府や州はそのような働きかけに基づいて環境の保

護、言論の自由など多くの事柄について特定の立場を選択できる。一方で、宗教的主張は同様のプロセスをたどることができない。というのも、国教条項により政府が特定の宗教的な立場を取ることは制約されているため、宗教的な主張を行う人は政府が自らの主張に沿った立場をとることを目指して活動することができないのである。

このような状況は、宗教の社会的地位を貶める結果を生むという。「平等な自由」論の下では宗教行為の自由条項への侵害は政府が宗教への献身を妨げるような場合に生じる。「平等な自由」論のもと憲法の意図する宗教への保護は、このような妨害を行わず、また宗教行為を行ったことで行為者に不利益を与えることのないようにすることであり、このような形で保護さえあれば、宗教の「損なわれることのない繁栄 (unimpaired flourishing)」は保たれるとされる⁽⁴⁵⁾。しかし、McConnell によれば、国教条項の制約により民主過程に参加できない宗教は、「平等な自由」論のもとで、積極的に否定され、その価値が損なわれることはないかわりに、「援助も、コントロールも、促進もされない」状態に置かれてしまう。そして、この当然の帰結として「繁栄するどころか、衰えていく」⁽⁴⁶⁾。McConnell は「平等な自由」論は、国教条項を含む憲法の下で宗教がおかれている不利な立場を勘案しておらず、不適切であるという。

第二に、McConnell によれば、「平等な自由」論は結局のところ、その標榜する平等を実現できていない。Eisgruber & Sager は宗教的信念と世俗的信念の平等を主張するけれども、「平等な自由」論のもとではいかなる世俗的信念もそれが世俗的信念であるというだけではアコモデーションの対象とはならないのに対し、宗教はそれが宗教であるという理由だけでアコモデーションの対象として認められる。言い換えれば、強固な世俗的信念のみが得られる地位を、宗教は無条件で得られるということになる。McConnell は、これは「平等な自由」論が批判する Sherbert 判決や RFRA と同様のやり方⁽⁴⁷⁾で宗教を特権化してしまっていることに他ならないと指摘する。

このような宗教への特権的地位付与を解消するために、仮にアコモデーションをなくしてしまえばどうか。McConnell によればこれは次のような問題を生じさせるゆえに、不適當である。すなわち、国教条項との関係から「立法府がアコモデーションを創設せず、それ故にアコモデーションが否定……されれば、宗教は『平等』な尊重以下の扱いを受けることとなる⁽⁴⁸⁾」。アコモデーションには憲法上劣った取り扱いを受けている宗教の地位を是正する意義があるため、これをなくしたところで根本的な問題は解決とはならないのである。

このように、McConnell は Eisgruber & Sager の理論がその内部に矛盾を抱え込んでいると指摘する。「平等な自由」論はアコモデーションを行う際の宗教的信念と世俗的信念を公平に扱えておらず、RFRA や Sherbert 判決とは度合いが異なるとはいえ、結局宗教を特権化してしまっている。一方で、公平さを確保するためにアコモデーションをなくしてしまえば、合衆国憲法上劣った取り扱いを受けている宗教の地位を是正できなくなる。彼によれば、平等な自由論は、国家や憲法が宗教とかかわりを持つ限り論理的に達成不可能な理論ということになる。

(2) Koppelman による批判

「平等な自由」論が平等を達成できていない点をより精緻に批判するのは Andrew Koppelman である。Koppelman によれば「平等な自由」論は宗教への「特権」と「保護」を明確に区分している点で、矛盾を抱えることになる。というのも、彼らは平等に定位して、従来の枠組みで生じていた宗教の「特権」化を否定しながら、結局はアコモデーションに際して「深いコミットメント」という「特権階級」を作り出してしまっているためである。Koppelman は、このような「平等の自由」論に内在する問題は彼らが依拠する Dworkin の理論の矛盾点と通じるという⁽⁴⁹⁾。

Koppelman によれば、Dworkin は「人々は、他人の能力が自分の選択に

よってどの程度減少ないし増大するかが決まる際に関連してくる情報とは独立に、自分の欲する生活を送ろうと決意するもの⁽⁵⁰⁾と想定している。そして、民主的プロセスによりそのような人々が選んだ政府は、結果として高尚な嗜好 (expensive taste) にのみ助成を振り分けてしまうことになるとされる。これは、特定の価値観のみを不公正に選び出し、政府が促進することにつながるため、公正さを担保するために「社会の各々のメンバーの生涯に社会的資源の平等な分け前のみが……割り当てられるべきことが要請」⁽⁵¹⁾される。このような Dworkin の理論に依拠するのなら、宗教に特別な地位を与える余地はなくなる⁽⁵²⁾。

しかし、Koppelman は、Dworkin の上記のような理論にもかかわらず、芸術への助成に関してはそれと矛盾するような見解をとっていることを指摘する。Dworkin は助成に際して、芸術それ自体に価値を見出すような「高尚なアプローチ (lofty approach)」に基づいた選別を行うことができないと主張しており、これは前述の理論と一致する。しかし他方で、彼は芸術への助成に関してそれを市場に委ねるような「経済学的アプローチ」をもとらず、次のような方法で芸術への助成の正当化を行っている。

我々はそれ自体注意に値するものとして、我々の文化の構造的諸側面を同定すべきである。個別の価値ある可能性あるいは機会を増殖させる豊かな文化的構造を定義しようと試み、自分たち自身を、我々の文化の豊かさをこれ⁽⁵³⁾から生きる人々のために保存する受託者とみなすべきである。

Dworkin によれば、国家が個々の作品の価値を判別した上でそれらを保護したり、発表の機会を与えたりすることは許されない。このような保護の形は特定の作品に肩入れすることになり、公正さを欠くためである。Dworkin の言う公正な形での「芸術」への保護とは、個々の作品を越えた文化的構造の保護である。

Dworkinによれば、保護されるべき「芸術」とは、言語のようなものである。例えば言語は「専門用語として定義される意味での私的財でも公共財でもない。いずれとも違って言語は内在的に社会的なものであり……それ自体が評価対象ではない」⁽⁵⁴⁾ものである。そして、保護がそのような「言語」へのものである限りにおいては、それはいかなる人の選好にも反するものになりえず、特定の選好を作り出したり妨げたりはしないとされる。ここで言語を保護するのはパターンリズムではなく、「逆にそれは一層小さな選択ではなくて一層大きな選択を認める」⁽⁵⁵⁾ものとして機能しうる。同様に、音楽や文学、絵画その他の芸術は、それらにとって言語と同じ意味を果たすような伝統、慣習、語彙などの文化的構造を必要とする。そして、そのような文化的構造への助成にとどまる限り、国家が特定の対象に対して恣意的な選好を行っていることにはならず、助成は公正なものである。Dworkinは、芸術への助成論は、助成が個人的な選好を超越した構造への保護であれば正当化可能であり、「市民を等しく気にかけて、尊重する」という彼の原理と適合するとする。なぜなら、文化的構造の保護を目的とした芸術への助成は特定の選考への肩入れではなく、万人にとって良いものとみなされるためである。

しかしKopelmanは、このようなDworkinの芸術への助成論はそれでも、国家の公正さに関する彼の政治原理とは相容れないものであると述べる。Dworkinの芸術への助成の正当化は、誰にとっても恣意的な選好にならないような形で助成の対象となる芸術を選び出すところにその肝がある。しかしKopelmanは、Dworkinが官能小説やカンフー映画といった「低級」な作品をも保護の対象とすべきか否か、という問題に答えられていないため、その理論は実際に保護の対象を選び出す際の指針とはなりえないと指摘する。ここで挙げたような作品は通常「低級」なものとみなされるが、「これらの低級な文化的形態は複雑性（complexity）を欠いているわけではなく、それらの複雑性のいくつかは国家が保存のために行動を起こさなければ失われる」⁽⁵⁶⁾ような類のものである。もし、芸術への助成がこれらの低級な

文化を切り捨てながら行われれば、それは一部の作品を「低級」なものに見なすという形で、特定の選好へのコミットメントを含むものになってしまう。一方で、量産されるすべての作品に序列をつけずに助成を行うことは、現実的に不可能であろう。とすると、国家が一度芸術に対する助成を決定してしまえば、必然的に助成の対象となる「芸術」という特別な地位を生み出すこととなり、上述した Dworkin の政治理論と矛盾することになるのである。

そして Koppelman は、「平等な自由」論に関しても、Dworkin に対するのと同様の批判が当てはまるという。Koppelman は平等な自由論に関して、「Dworkin が暗黙のうちに芸術が高尚であるという見地に依っているのと同じように、Eisgruber & Sager も暗黙のうちに宗教が高尚であるという見地に依っている」ことを指摘し、その標榜する「平等」を実現できていないと述べる。Eisgruber & Sager は確かに、これまで社会通念上の宗教に与えられてきた特権的な地位を否定した。しかしながら、彼らは「傷つきやすさ」を有するコミットメントにアコモデーションを求めることで、事実上「深いコミットメント」をアコモデーションの対象として同定している。Koppelman は、「Eisgruber & Sager は〔宗教に代わる〕彼ら独自の特別な階層を有しているに過ぎない。それは単に『宗教』より広いものであっただけである」と指摘し、Eisgruber & Sager の「平等な自由」論が必ずしも「平等」なものでないと主張する。

更に前述のように、Eisgruber & Sager は、宗教への「特権」でなく傷つきやすさに対する「保護」であるとしてアコモデーションを正当化するけれども、これに関して Koppelman は「保護」と「特権」をそのように明確に区分することは困難であると指摘する。「保護」と「特権」が「論理的に切り離すことができない」⁽⁵⁷⁾ものであることを示すために、Koppelman は選挙権の問題を例に挙げて説明している。成年である A、B と幼児の C がいるとしよう。すべての成人が選挙権を持ちすべての幼児が選挙権を持たない制度

の下では、CにとってA、Bが選挙権を持つことは「特権」である。一方で、黒人であるとか女性であるといった理由でAが選挙権を奪われた場合、これは差別となりAはそのような差別的な規定から「保護」される。選挙で投票する権利はAとBの関係では、差別的な取り扱いを受けないという「保護」の問題となる。一方で、成人のA、Bと幼児のCとの間では「特権」の問題として差別的な取り扱いが許容される。⁽⁵⁹⁾

このような「特権」と「保護」の流動的な関係を前提とすると、Eisgruber & Sagerの宗教の特別な取り扱いに対する批判には問題が内包されているとKoppelmanは述べる。「平等な自由」論のもとで宗教というカテゴリーに「特権」を与えることは許されない一方で、その傷つきやすさゆえに「保護」を与えることが可能であるとするのなら、「特権」と「保護」の間に明確な区分があることと、更に宗教に対するアコモデーションが「特権」で傷つきやすさに対するそれが「保護」であることが明らかにされる必要がある。⁽⁶⁰⁾そしてKoppelmanは、「保護」と「特権」の区分を明確に示すこと、言い換えれば宗教と比較可能である非宗教的コミットメントに比して、宗教がいかなる「特権」を受けているのかを説明することが、「平等な自由論」にとって重要な問題であると指摘する。

Eisgruber & Sagerは、この問題について曖昧な説明に留めたままである。Eisgruberによれば、このような曖昧さは、さまざまな概念に対して中立的であり、細かな定義をすることで生じる取りこぼしをなくすための意図的なものであるという。⁽⁶¹⁾しかしながら、この曖昧さゆえに、宗教に比して劣った取り扱いを受ける対象を想像しにくいことは否めない。特にWelsh判決⁽⁶²⁾では、連邦最高裁は伝統的なクエーカーの教義に基づく平和主義となんら宗教に基づかない世俗的な平和主義をもつWelshの見解を同様に扱うという立場をとっており、この枠組みの下でアコモデーションが行われた場合に何が問題となるのかはEisgruber & Sagerの議論からは明らかではなく、平等な自由論はその実質を欠くこととなる。Koppelmanは、結局「不公正

というのは……二人の人間が、同じような状況下にあるにもかかわらず、片方が宗教的で片方がそうではないが故に異なって取り扱われること⁽⁶³⁾であると指摘し、Welshのような世俗的な見解の持ち主にも宗教に対するのと同様の「保護」が及ぼされると解されるのなら、Eisgruber & Sagerの指摘するような不公正が生じることはない⁽⁶⁴⁾と考える。「アメリカのレジームは宗教に特権を与えているのだけれども、その漠然とした宗教定義はEisgruber & Sagerが主張する特権に対する異論を除くのに十分なもの⁽⁶⁴⁾」なのである。Koppelmanによれば、何かを等しく取り扱うというのは、二つのものをまったく同じ取り扱いを保障するということと同義ではない⁽⁶⁵⁾。

上記の理由から、Koppelmanは、結局Eisgruber & Sagerは、自身の主張する平等な自由論と矛盾するような、「深いコミットメント」という新たな「特権」階級を生み出したに過ぎない、という結論に至る⁽⁶⁶⁾。Koppelmanによれば、Eisgruber & Sagerの指摘のように宗教が不公正な形で「特権」化される場合もあるとすれば、それは単に宗教が特別な取り扱いを受けることではなく、宗教行為が同等の価値を持つ人間的な献身や関心事より優越した待遇を与えられたような場合である。このような不公正な「特権」化は抽象的なレベルでは判断することはできない。これらは、具体的な問題として表出した際に初めて裁判所によって判断されるべき事柄なのである⁽⁶⁷⁾。法義務免除は個人のコミットメント「保護」するための手段の一つなのであり、これ自体を宗教に不公正な「特権」を与えたものとして理解すべきではないのである。

(3)小 括

ここまで見てきたように、「平等な自由」論に対する有力な批判として、この理論のもとではアコモデーションが「平等」が達成されえない、というものがある。これは「傷つきやすさ」に基づくアコモデーションの対象の選定が、結局のところ従来の宗教概念の拡大に過ぎない点、「平等な自由」論

のもとでの「保護」と「特権」の区分を明確に示しえなかった点にその理由があるものと考えられる。

もっとも、Eisgruber & Sager が示した「深いコミットメント」という枠組みは有用なものであると考えられる。⁽⁶⁸⁾ Koppelman によれば、Eisgruber & Sager の過ちはあくまでも「平等」という言葉にこだわったことである。仮に彼らの理論が宗教の「価値」を承認し、その上で同等の「価値」を持つ「深いコミットメント」をも保護の対象として救い上げるものであれば、これは優れた宗教条項解釈と評価できるという。次項では Koppelman の理論を検討し、宗教に「価値」を見出しながら、「宗教」概念の拡大によって世俗的良心にも保護を及ぼしていく理論を検討する。

4 「宗教」に価値を見出すアプローチ —Koppelman の議論を中心に

「平等な自由」論は、宗教条項解釈を「平等」を軸に分析することで世俗的良心にも宗教と同等の保護を広げる取り組みであった。この理論にはすでに検討したように、少なからぬ批判はあるものの、アコモデーションに際する世俗的良心保護の問題に光を当てた Eisgruber & Sager の功績は大きい。彼らの議論に触発され、世俗的良心に保護を広げることの賛否をめぐって多くの論文が出されてきた。自らも Eisgruber & Sager とは異なる宗教条項解釈を提示している Chad Flanders によれば、これらの論文は大別して2つに区分できるという。第一に宗教の高次の権威性に論拠をおく理論、第二に宗教が、人生の中の特定の善ではなく、我々の人生そのものを「ギフト」として価値あるものと見なすよう働きかけることに論拠を置く理論である。⁽⁶⁹⁾ 前者の代表的論者である McConnell は、神の高次性をもって、宗教的良心には特別な価値があり、他のコミットメントとは区別されるとするが、この⁽⁷⁰⁾ ような有神論的な宗教を優遇する立場は国教条項との関係もあり、少数派である。多くの論者は、後者の立場を採り、そして同時に「平等な自由」論と

は異なる方法で世俗的良心の保護を意図する理論をも示している。本項ではその代表的な論者である Koppelman による、「平等」とは異なる切り口で宗教条項の保護を世俗的良心にまで広げる理論を検討したい。

Koppelman の理論は「平等な自由」論への批判に端を発したものであるが、彼は Eisgruber & Sager の「深いコミットメント」というアコモデーションの対象の枠付けの仕方に関しては評価する。Koppelman のアプローチは「宗教」を特別なものとして取り扱いながら、その概念を広く理解するものといえる。彼は「宗教」という概念の包括性に着目する。彼によれば、世俗的良心も含むような多くの人間の内心のコミットメントは複雑で多様なものであり、「自律」や「良心」といった言葉では単一の側面しか表せない。唯一、「宗教」という言葉は「自律」や「良心」といった側面も含めて極めて多くの意義を持つ包括的な概念である。このような包括的な「宗教」をアコモデーションの対象として特別に取り扱うことで人間の内心のコミットメントの包括的な保護が可能になるという。本項は次のように進める。(1)で内心のコミットメントに関する「宗教」以外の概念である「良心」を検討し、これが従来アコモデーションの対象として求められてきた要素を満たしていないことを説明する。(2)では、「良心」の検討から、アコモデーションの対象として何が必要かを検討する。(3)では、アコモデーションの対象たる包括的な「宗教」概念のあり方を検討する。(4)では Koppelman の理論への批判と分析を検討する。

(1)過小包摂な「良心」

Koppelman がアコモデーションの対象として「宗教」こそが適切であると考えた大きな理由として、宗教がその他の内心に関するコミットメントを包括的に含意する唯一の概念であり、他のものでは代替不可能と考えるためである。これを示すため、Koppelman は宗教以外のコミットメントの典型として「良心」を検討する。宗教に代わって良心に「価値」を見出し、アコ

モデーションの対象とすると、主に国教条項との関係で利点があるが、⁽⁷²⁾にもかかわらず Koppelman がこの「良心」をアコモデーションの対象として不適格と考えるのは、それがいずれもアコモデーションの対象としては過小包摂、または過大包摂であるためである。

良心の問題を検討する際に、Koppelman はさしあたり、一般的な意味での良心の定義として Hill の定義を用いる。Hill は、良心概念というものは論者によって異なるものでありさまざまな定義がありうるもので、すべての人の良心を抽象的に説明するような良心概念は今までに存在したことはない、と前置きしながらも、多くの論者の良心定義を俯瞰すると、それでも多く良心概念を俯瞰したときに、それらに共通するような核心となる部分があると述べる。⁽⁷³⁾それは、Hill によれば次のようなものである。

彼／彼女がこれまでなしてきたこと、または、これからすること（あるいはほしくないこと）が誤りである、悪いことである、非難に値することであるか⁽⁷⁴⁾を感知し、直接的に識別するための能力に関する観念

このような「良心」は多くの論者によってその細目が検討されてきている。Koppelman はいくつかの「良心」を例示し、それぞれの不備を指摘する。

①「熱心さ」という尺度による「良心」

Koppelman は最初に、Seeger 判決と Welsh 判決⁽⁷⁵⁾に注目する。これらの判決では、良心的徴兵拒否の対象を宗教的主張に限定していた兵役法の規定にもかかわらず、通常宗教的とは見なされないような不可知論的主張や世俗的パシフィズムを「宗教」と認め、良心的拒否を認めた。Koppelman はこの二つの判決を、「連邦最高裁において……国教条項と宗教の自由条項のジレンマが最も直接的に現れ、なおかつ憲法上の保護の目的に良心が適合するという見解を強力に支持した」⁽⁷⁶⁾ものと評価する。

Koppelman は特に、Welsh 判決で国教条項の問題に言及し宗教を要件と

する免除規定を違憲と主張した Harlan 判事の結論同意意見に着目して次のような分析を行う。Harlan 判事は Wolsh に良心的拒否を認めるという結論には同意しつつも、宗教的な良心と非宗教的な良心を区分するような兵役法の規定は許されないと考えていた。彼は兵役法の免除規定の「宗教」という規定は、有神論と非有神論的な宗教との間で承認できない差別を行っている」と主張し、兵役法の免除条項が宗教を優遇している問題について正面から言及した。彼によれば「議会は……当然のことながら、可能な限り最大の範囲で徴兵を行う自らの権限の行使を〔宗教的良心を持つ人に良心的徴兵拒否を認めることで〕差し控えることはできるけれども、それは非宗教的良心を持つ男性に対する平等な尊重なしに行うことはできない⁽⁷⁷⁾」と述べている。

では、ここでいう「良心」はどう定義されるのか。Harlan 判事は、熱心さ (intensity) を尺度として線引きを行う。従来から良心的拒否が認められてきた宗教的良心をメルクマールとし、一般的に宗教的とみなされる良心と同程度の熱心さを持つ道徳的、世俗的な良心には良心的拒否が認められなければならない⁽⁷⁸⁾ということである。Harlan 判事の主張は、保護を受けている宗教的良心と同様の熱心さを有するのであれば、それが非宗教的なコミットメントであっても宗教的良心と同様に保護を受けるべきとするものであり、「宗教的」「世俗的」という区分によって免除の適否を決めることを否定するものである。

この枠組みは一見、世俗的良心を含むような十分に広い概念のようにも思われる。しかしながら、Koppelman はここでなされた良心定義は、Welsh 判決の文脈では十分なものであっても、アコモデーション一般の対象としては過小包摂、過大包摂であると主張する。Koppelman によれば、「良心」は時に人に相当不快な行為を行うように仕向けるものであることは良く知られており、このような一般的にみて法外な要求をなす「良心」までも当然のように保護の対象とされてしまう点で、アコモデーションの対象としては過大包摂⁽⁷⁹⁾である。また、それ以上に過小包摂の問題がある。これまで宗教的法

義務免除が争われた事例の中には、ネイティブ・アメリカンの宗教的儀式での麻薬（ペヨーテ）の使用が問題となった Smith 判決を始めとして、伝統的なネイティブ・アメリカンのアイデンティティーに基づく免除の主張が問題となった事例がいくつか存在する。これらの判例では、キリスト教を代表とする一神教的な宗教観に近い、熱心さに重きを置いた「良心」では掬い取れないような「宗教」の問題が主張され、にもかかわらず、それら主張が排斥されてしまっている。Koppelman によれば、これは「良心」概念が過小包摂であることを示すものであるといえる。

このような例の一つとして、チムニー・ロックのネイティブ・アメリカンの聖地に国道を敷設し、森林伐採を行うことが宗教行為の自由条項に違反するか否かが争われた Lyng 判決⁽⁸⁰⁾が挙げられる。この判決では、政府の規制がネイティブ・アメリカンの宗教に対して負荷を課すものであることが認められたにもかかわらず、その負荷は付随的なものであり、直接彼らの信仰を脅し、憲法上の権利を侵害するような強制は存在しないとされた。しかしながら、Lyng 判決は後述のように、熱心さに枠づけられるような一神教的宗教的良心が前提とされ、それと異質なネイティブ・アメリカンの宗教に対する鈍感さが現れたものとして批判されている。例えば、Nussbaum は、「多数派のアメリカ人とネイティブ・アメリカンとの厄介な関係における問題の最たるものは、ネイティブ・アメリカンの宗教を宗教として尊重しなかったことである⁽⁸¹⁾」と指摘する。彼女によれば、ネイティブ・アメリカンの宗教は原始共同体的であり、キリスト教やよく知られた有神論的宗教のように聖書や教義をもたず、またそれらの宗教の神性は、唯一神との一面的な関係においてではなく、自然や宇宙の中にある神聖なものとの多面的な関係の中で探求されるものである⁽⁸²⁾。このような宗教観は、「父なる神」といった父性を有する唯一神への熱心な信仰の枠組みに収まるものではない。にも関わらず、そのような宗教観をキリスト教的な枠組みに無理やり当てはめようとしたがために、Lyng 判決はネイティブ・アメリカンの宗教的習慣の重要性を見誤

り、ネイティブ・アメリカンの宗教観をカヴァーできない極めて不十分な内容になっていると評される。⁽⁸³⁾

キリスト教的な宗教観からの類推によってネイティブ・アメリカンの宗教を評価することを厳しく批判している Nussbaum と同様、Koppelman もまた、ユダヤ・キリスト教とその類似の一神教的な宗教のみを保護してきた時代は過ぎ去ったと考える。キリスト教的な尺度によって定義される宗教とはまったく異なった宗教観は、アメリカにおいて間違いなく増加している。Robert Wuthnow の研究によれば、「アメリカの人口の約31%は……すべての宗教を同等に正しいものとみなしており、キリスト教が特権的な立場を有するとは考えていない。……たった34%のアメリカ人のみがキリスト教を唯一の正しい宗教であると考えているに過ぎない」⁽⁸⁴⁾という。Koppelman はこの研究を引用しつつ、「ますます多くのアメリカ人にとって、宗教教義 (doctrin) よりむしろ、個人的な宗教的経験 (experience) ⁽⁸⁵⁾こそが宗教に関する試金石となっている」と指摘する。伝統的な宗教観のように、教義や神への熱心な信仰や確固とした教義の重要性は薄れ、宗教はより個人的なものとなっているというのである。このような状況の下では、「良心」の熱心さに基づいて宗教行為の自由の保護範囲を同定しようとする試みは上手くいかない。何故なら、信仰と熱心さが結び付かないような宗教的主張、すなわち、ネイティブ・アメリカンの宗教観を典型的な例とするような、キリスト教的ないし、ヨーロッパやアメリカ的な伝統の中で育まれてきた宗教とは異なる形態の宗教的主張が切り捨てられるためである。このことから、Koppleman は、熱心さによって枠づけられる「良心」には過小包摂の問題が生じ、アコモデーションの対象とするには不適格であると結論付ける。

② Aquinas と Locke の「良心」

Harlan のような熱心さに枠づけられた「良心」は、Koppelman によればアコモデーションの対象として不十分である。では、熱心さに依拠しないような枠付けの「良心」ならどうか。Koppelman は「良心」に関する歴史

的な議論を概観しつつ、幾人かの論者の定義について検討する。

まず Koppelman は Thomas Aquinas と Locke の「良心」を検討する。Thomas Aquinas は、「ある行為の善、悪に関する魂の理性的な部分による判断として良心を捉える」立場をとるとされる。「良心」に基づいた分別に反する行為は、それが「正しい」ものであろうとも、「誤った」ものであろうとも許されない。Thomas Aquinas の「良心」は法に優越するものであり、個人は国家の判断よりも、教会の判断よりも優先して、「良心」に従わなければならない。⁽⁸⁷⁾ もっとも、Thomas Aquinas の良心論はあくまで個人的なものであり、⁽⁸⁸⁾ 内的なものであるとされる。Thomas Aquinas の論をより先鋭化したのは、Locke の「良心」概念である。Locke の主張は、人はすべてから良心に従う義務があり、国家はこの領域に立ち入る資格を持たないというものである。⁽⁸⁹⁾ この Locke の理論からは国家が特定の宗教観を強制するような場合、それを妨げることができるという原理を導き出せる。

しかし、Koppelman によればこれらの「良心」はアコモデーションの対象としては不適格である。何故なら、これらの「良心」は、それが国家によって特別に保護されるような理由を示さないためである。アコモデーションは、国家の一般的、中立的な規制に対し、法義務を免除するなど寛容を求めるようなものである。したがって、ここで問題となる「良心」は、寛容な取り扱いを国家に積極的に求めていく性質を持つ。しかし、この二人の「良心」は個人的、内的なものであるため、「思想狙い撃ち」的な「邪悪な」法規制に対抗するものとしては十分であるけれども、そのような意図のない、一般的、中立的な法に対抗するものとしては不十分となるのである。

③ McConnell の「良心」

Koppelman が次に検討するのは、McConnell である。McConnell は、アコモデーションは個人の宗教的良心に対するものであると主張している。彼は、憲法制定時の有力な議論である Madison の論を引きつつ、宗教的義務は他の何よりも高次の権威に依っているがゆえに、市民社会における義務で

ある国家の法に優越するものであると考える。従って、宗教の高次の権威ゆえに、宗教的な「良心」に対しては法義務免除のようなアコモデーションが正当化されるとい⁽⁹⁰⁾う。McConnellによれば「神の実に関する信仰はこの主張のために必要ない⁽⁹¹⁾」とされる。なぜなら神の存在を信じない人間であっても、神聖なる命令を知覚することは可能なためである。「良心」の特権性の論拠を神に求める McConnellによれば、法義務など、人間に関わる義務よりも高次の義務というのは、宗教的義務の他に存在せず、従って、このような義務の遵守は法義務を含めたいかなるその他すべての義務に上位することとなるのである。

Koppelman は、McConnell の理論が Thomas Aquinas や Locke の理論と比べて、アコモデーションの対象として良心を用いる道を広げているものと評価としながらも、いくつかの難点があると指摘する。McConnell のアコモデーションと「良心」の理論に関しては、何故神が人間より高次の存在なのか証明できないという批判が直ちに浮かぶが、Koppelman は McConnell の主張に関してさらに、法と「良心」の衝突は有神論的宗教特有のものではない点、すべての宗教行為が高次の「神」を想定していない点を指摘⁽⁹²⁾する。McConnell の「良心」概念は有神論に依拠するものであり、結局一定の類型の宗教を是認することになってしまう。このような特定の宗教の是認は、有神論的宗教に依拠することで過小包摂となるゆえに、彼の「良心」はアコモデーションの対象としては不⁽⁹³⁾適当だとされる。

以上見てきたように、Koppelman は、Thomas Aquinas、Locke、McConnell の「良心」にはそれぞれ難点があり、アコモデーションの対象としては不十分だとする。Koppelman によれば、Thomas Aquinas の「良心」は内的に過ぎ、国家への抑制とはならないし、Locke の「良心」は明確に宗教を制約する法のみ⁽⁹³⁾に不服を唱えるものであり、一般的、中立的な法からの免除であるアコモデーションの対象としては不適である。McConnell の「良心」は、これらの問題を解決する点では優れているものの、有神論的な宗教

観に依拠するゆえに過小包摂となる点で、不適格なのである。⁽⁹⁴⁾

③ Sandel と Frankfurt の「良心」

最後に Koppelman は Sandel と、哲学者の Harry Frankfurt の「良心」を検討する。Sandel は「良心」は個人にとって従わざるを得ない義務を規定するものであり、「良心」にとらわれている人はそれと一致する行為以外を行う強い必要性を有するとしている。このような Sandel の「良心」観に基づけば、例えば良心的徴兵拒否は「放棄することができない道徳的義務により拘束されている人々が、道徳的義務か法かのいずれかを破らなければならなくなる、という状況を防ぐ」ためのものとして説明される。また「人生において宗教的義務を遵守することが本質的な目的であり、彼らの善やアイデンティティーにとって欠くことのできないものである、という人々に対する宗教の役割」を認めることとなる。⁽⁹⁵⁾

Sandel は、ある「良心」が自己の選択によって選ばれたものか、他者によって選ばれたものかは重要ではないという。むしろ、彼が「良心」の価値として見出すのは「その会得の方法……ではなく、善き生においてそれが占める位置⁽⁹⁶⁾」である。従って、Sandel は「自分にとって宗教的義務の遵守が人生の構成的目的である」と考える人たち、すなわち「宗教的義務の遵守が自らの善にとって本質的で、自らのアイデンティティーにとって不可欠である……自分自身以外のものに由来する義務によって拘束されている人々」も尊重に値するものであると考えているのである。従って、彼は自発的な選択によって得られた宗教的確信のみならず、そのような選択とは無関係な確信をも保護する必要があると言う。

Koppelman は Sandel の主張する「良心」について、「Thomas Aquinas の良心とは異なり政治的主張の論拠となり、Locke 的良心と異なり正当に施行された法にさえ対抗するものとなり、そして、McConnell の良心とは異なり、有神論的立場に基づかない⁽⁹⁸⁾」定義に成功しているとして、評価する。しかしながら、Sandel の「良心」は別の問題を提起することになる。とい

うのも、Sandelがアコモデーションによって避けようとする義務の衝突とそれによる「良心」の抑制という問題は、道徳に基づく「良心」と法の相克に特有の現象ではないためである。このような現象は他の理由によっても生ずるが、Sandelの説明では「良心」のみが保護されることとなる。⁽⁹⁹⁾ Koppelmanは、Sandelが定義する「良心」という語は、Sandelの言うところの内的な心理状態による特定の行為の強制を指す語としては過小包摂であるという。

このため、KoppelmanはSandelの理論を推し進めたものとして、内的な意思決定に関して哲学的研究を行っているFrankfurtの「意思的必然性」を検討する。Frankfurtの指摘するところによれば、Sandelが指摘するような法と道徳の衝突は、例えば道徳を愛と置き換えたとしても生ずるものがある。⁽¹⁰⁰⁾ 個人にとって義務の拠り所は道徳的価値観のみではなく、それとはまったく別種の価値から生じることもある。Frankfurtは、Sandelのいう「良心」による抗えない義務と市民社会の義務が衝突した際に、個人の義務が市民社会の義務と拮抗してしまうような場合、個人の義務の源泉は「意思的必然性 (volitional necessity)」にあると主張する。Frankfurtによれば、意思的必然性は次のような機能を持つ。

意思的必然性により縛られた人は誰であれ、彼がそうしようという動機や理由のいかんに関わらず、問題となる行為をなすための決定的なあるいは効果的な意思を形成することができない。……意思的必然性は意思の所産であるその人にとっての本質的な事柄を規定する。⁽¹⁰¹⁾

Sandelはアコモデーションの対象として、抗しえない「良心」による義務を選び出したが、FrankfurtはSandelの「良心」をさらに抽象化し、「外的な関連性を完全に奪われた内的な衝動に関する含意を生み出す」ものと評される「意思的必然性」という概念を創出した。⁽¹⁰²⁾

しかしながら Koppelman は、これもまたアコモデーションの対象としては不十分であるという。というのも、「意思的必然性」は極めて内的なものであり、他者にとって受け入れがたい、価値のないものとなる可能性があるからである。そのような「他者が〔その信念に対して〕何らかの尊重をするべき義務を持っていることを示唆しない⁽¹⁰³⁾」概念では、法的免除の根拠としては薄弱であると Koppelman は指摘する。Sandel、Frankfurt の「良心」や「意思的必然性」に反する行為を行うのは個人にとって極めて困難なことであり、そのような強制が「気の毒 (pity)」であることは認めつつも、Koppelman によれば、この二つの概念は「尊重 (respect)」しえないようなコミットメントをも含んでしまうことになり、アコモデーションの対象としては不適格であるという。

三様の「良心」を検討し、Koppelman はいかなる定義の「良心」も、アコモデーションの対象として十分な説明にはならないと考える。Koppelman によれば、アコモデーションの対象たるものは、尊重されるべき客観的価値、それも有神論的でない価値、とリンクしている必要性があるという⁽¹⁰⁴⁾。とすると、客観的価値とはどのようなものが問題となるが、例えば彼は「道徳」を候補に挙げる。Thomas Aquinas の「良心」論の背景にはこのような「道徳」の価値の是認があるという。Thomas Aquinas の「良心」論は、他者や国家に対する主張の基礎となる「良心」保護論ではなく、ゆえに彼の「良心」から導けるのは「宗教的良心への強制を目的とする法のみが直ちに過ちとなる⁽¹⁰⁵⁾」ということのみである。しかし、Thomas Aquinas の議論の背景には、道徳的に正しくあろうという願望それ自体を善なるものとし、さらに、そのような願望を尊重することは個人への尊重の一部となりうる、という考え方がある。

とはいえ、Koppelman によれば、このような「道徳」に依拠した「良心」に何らかの価値があるとしても、それが前述のように過大包摂、過小包

撰の問題を抱えることに変わりはなく、いかなる形であれ「良心」がアコモデーションの対象としては適当ではないと結論付ける。

(2)アコモデーションの対象のあり方

Koppelman は、これまでの「良心」に関する議論が示すものは法義務免除の正当化事由を同定する際のパラメーターとなるという。これまでの検討を通じて、「良心」の過大包撰、過小包撰の問題が明らかになったが、Koppelman によれば、その帰結としてアコモデーションを導き出すことができる主張は、以下のようなものでなければならないとする。

第一に、アコモデーションの主張は神や自身に対する主張ではなく、他者や国家に対する主張でなければならない。第二に、主張者がアコモデーションを通じて抗するのは、宗教的「良心」を土足で踏みにじるような政府の規制や、その押し付けを目的とした法ではなく、中立で公正な一般法である。従って、アコモデーションの対象として選び出されるのはそのような法に対抗しうる概念でなければならない。第三に、アコモデーションの対象は、有神論的な主張に基づいたものであってはならない。第四に、行為者の内的精神的な部分によって構成される意思的必然性以上に、行為者とは無関係な価値の⁽¹⁰⁶⁾ 抛り所の余地を残したものでなければならない。アコモデーションによって保護されるものは、少なくとも上記4つのパラメーターを満たしている必要があると Koppelman は主張する。

Koppelman はこれらのパラメーターを満たすものとして、Welsh 判決に立ち戻る。この判決では良心的拒否が認められる条件として、①何が正しく、何が誤っているかに関する拒否者の道徳、倫理、宗教的信念に基づくこと、②それらの信念が伝統的な宗教的信条と同等の強さを持つこと、の二つを挙げている。このうち②は Harlan の言う「熱心さ」と同じものである。

Koppelman が着目するのは①である。彼は、①の条件が Harlan の言う「熱心さ」を有していないような信念への保護を説明しようという。ここで

主張されている平和主義による徴兵拒否の価値の源泉は、個人的な選好を超越した外的な拠り所によるものであった。⁽¹⁰⁷⁾ Seeger 判決および Welsh 判決が徴兵拒否の主張が良心的な特質を持っていたことに着目しているのは明らかであるが、Koppelman は特に Welsh 判決が、有神論にとらわれない「宗教」概念を示している点に注目する。彼は、少なくとも Welsh 判決が示した「宗教」の枠内でアコモデーションが行われる限り、国教条項と宗教行為の自由条項のジレンマは解消されると考え、この判決が示した枠組みが、アコモデーションの対象を考える際に重要な尺度になりうると主張する。

アコモデーションの対象として「宗教」に変わる適切な概念があるかを考える際、「良心」はアコモデーションの対象としては不十分である。Harlan 判事の主張とネイティヴ・アメリカンの宗教的信念の問題で典型的に見出せるように、現在アメリカ社会には様々な宗教観、道徳観があり、それらを包摂するような概念として、「良心」という、内心に関する様々なコミットメントの一つの形に過ぎない概念では不十分なのである。

(3) Koppelman の「宗教」枠組みと世俗的良心の保護

Koppelman は上記のように、アコモデーションの対象として「良心」は不適格であるとする。「良心」は、一神教的な宗教観などと同様、内心のコミットメントに関する一つの形に過ぎず、アコモデーションの対象としては過小包摂になってしまうためである。では、Koppelman 自身は、どのような概念がアコモデーションの対象として適切であると考えているのだろうか。Koppelman は、アコモデーションの対象となるためには、人間の内心に関わる多様なコミットメントを包摂するような概念である必要があるという。そしてそれには、「宗教」という言葉をあてるのが適切であると結論付ける。⁽¹⁰⁸⁾

ここで言う「宗教」は、有神論的な宗教や、一般的、伝統的な意味での宗教とは異なる。アコモデーションの対象としての「宗教」は、特定の対象へ

のコミットメントの形を取るものではなく、むしろ個人の内心における役割に重点をおいた包括的な概念である。⁽¹⁰⁹⁾ Koppelmanによれば、包括的な概念としての「宗教」は、有神論の宗教観はもちろんのこと、「良心」やネイティブ・アメリカンの宗教など、人間のコミットメントの様々な側面を包摂するものとして理解可能であり、そのことはそれだけでこの包括的な概念としての「宗教」は価値あるものとして、アコモデーションの対象とすることを正当化するに十分な理由となりうるとされる。⁽¹¹⁰⁾ もっとも、包括的な「宗教」を措定するとしても、その「宗教」とはどのように枠づけられるものなのかの検討は必要である。

Koppelmanは、Eisgruber & Sagerの「平等な自由」論が事実上「特権化」している「深いコミットメント」は、包括的な「宗教」概念を説明するものとして理解できるという。というのも、Eisgruber & Sagerは(一般的、伝統的意味での)宗教が、世俗的なパシフィズムなどの他のコミットメントとの比較された場合、一律に宗教が優越するとは考えず、「傷つきやすさ」という概念を用いて、一般的に宗教と見なされないようなコミットメントも含めるより広範な対象を等しく「保護」しようとしているためである。

もちろんKoppelmanとEisgruber & Sagerの間には決定的な違いがある。Eisgruber & SagerはKoppelmanと異なり、「深いコミットメント」がその価値ゆえに保護されるべきとは考えていないし、Koppelmanも、宗教が「立法の際にハンディキャップを負うものとみなされていること、少数者の宗教は偏見の対象となりやすいこと」⁽¹¹¹⁾は認めつつも、宗教が傷つきやすいものであり、それ故に平等の観点から宗教へのアコモデーションは正当化される、との主張には与しない。しかし、Koppelmanは結果論として、「深いコミットメント」がアコモデーションの対象として妥当なかたちで枠付けられていると考える。ただしKoppelmanの場合、以下のように「深いコミットメント」が特別な保護に値する理由を、それが有する「傷つきやすさ」ではなく、包括的な「宗教」の価値に求める。

では、Koppelman は包括的な「宗教」についてどのような定義をするのか。彼は、より広範で、なおかつ中立、公正な形で宗教を選び出す際の外形的な枠組みとして、Charles Taylor の「高位善 (hyper goods)」概念を援用する。Taylor の高位善は次のように定義される。

さまざまな善を識別し、それらの善に異なる価値や重要性を帰属させ、いつそれらの善に従うべきか、また、そもそもそれに従うべきかどうかを決定する……高次階層の善⁽¹¹³⁾

Koppelman によれば、伝統的、一般的な意味での宗教は間違いなくこのような高位善に内包されている。ただし、高位善に含まれるのは伝統的な意味での宗教のみではない。むしろ、このような宗教は多様な高位善の中の一要素に過ぎない。⁽¹¹⁴⁾ 世俗的なものをも含めて、この世の中には、自分がなすべき行為や特定の対象への尊重に関わる、多種多様な高位善が存在する。Koppelman は多様な高位善のひとつとして、「他の多くの善や選好を越えた価値を持つ〔有神論的〕宗教は高位善の中の一つである」⁽¹¹⁵⁾と述べながら同時に、そのような宗教は高位善の一要素でしかないため、「高位善の残余の領域と比べて特権化されるべきではない」⁽¹¹⁶⁾とも述べる。そして、高位善に含まれる要素同士を等しく価値あるものとみなすことで、国教条項と宗教行為の自由条項のジレンマや、公正さの問題を解決しようと試みる。Koppelman は、高位善に対する応答は「強い理非判断 (strong evaluation)」⁽¹¹⁷⁾であるととし、このような「高位善」とそれに基づく「強い理非判断」が、包括的な意味での「宗教」を説明するものとなると主張する。彼によれば、憲法は宗教行為の自由条項に基づきこのような「宗教」をアコモデーションの対象として保護すべきであるという。

包括的な「宗教」は、当然ながらすべての法義務に対して優越的なものではないが、これが個人にとって極めて重要な役割を果たしていることは明ら

かである。また、「宗教」の信者が国教条項との関係で政治プロセスの中で不利益な取り扱いを受けていること、あるいは歴史的にも明らかな少数宗教への偏見を受けていることも、McConnellなどに指摘されるところである。このような「宗教」に対しては、その特色にあった保護を与える必要があると Koppelman は主張する。彼によれば、「宗教」への保護の議論というのは「法的規制から完全に免除することではなく、むしろ宗教の自由の主張を時に是認し、時に否定するというバランスング・テストについて議論する」ということなのであり、その文脈でアコモデーションは議論される⁽¹¹⁸⁾。

このような立場は高位善に枠付けられる「宗教」を特別に遇するものであるが、Koppelman によればこのような特権化は往々にして散見されるものであるという。例えば、環境保護や障害者保護を目的とした法は、通常環境や障害者を不公正に優遇するものとは考えられない。環境、あるいは障害者のために特別な保護を与える法は、現代社会においては特段珍しいものではない。これらの法律に平等の問題が生じるのは、その内部で差別的取扱いがあった場合であり、平等条項を根拠に、環境保護を理由とした主張と障害を理由とした主張、あるいは宗教的信念を理由とした主張すべてを同様に扱うべき、という主張は妥当なものとはいえない。たとえ「宗教」が特別に取り扱われるからといって、それとまったく別個の価値、ここでは障害保護や環境保護など、と比べて不公正が生じることにはならないのである⁽¹²⁰⁾。

一方で、障害者の間で差別的な取り扱いがなされることが許されないのと同様、「宗教」にカテゴライズされるコミットメント同士では不公正な取り扱いが許されない。アコモデーションの対象として、Koppelman は「高位善」とそれへの応答である「強い理非判断」を含むような「宗教」のみが適切なものであると考えるが、その中では必然的に、世俗的良心も宗教的信念と同様に扱われるべきことになる。世俗的良心と宗教的信念を国家が区分して、片方を優遇することは許されず、したがって、Koppelman の立場を貫くのであれば、アコモデーションの対象を宗教的コミットメントのみなら

ず、世俗的なそれにまで広げることが必要となるのである。

(4) Koppelman の理論の可能性

Koppelman は Eisgruber & Sager の「平等な自由」論を批判し、「宗教」に特別な価値を認めつつ、「宗教」概念の拡大によって公正、中立性を確保するという方法をとった。このような Koppelman の立場は、宗教を価値のないものと見なし、公的な空間からこれを除外しようと試みるラディカルな世俗主義者など、アコモデーションに際して宗教に価値を見出すことを否定する論者に対して有力な反論を提示したと評価されている⁽¹²¹⁾。

例えば Flanders は、宗教条項の保護の対象としてより包括的な「宗教」概念を措定する Koppelman の理論が、公平さの問題解決のための最善の方法になりうると評価している。Flanders は、宗教の概念を拡大した Seeger 判決の多数意見を、「宗教の価値というのは……深い献身を有している価値と同義である⁽¹²²⁾」ということを明らかにしたものの理解し、そのような深い献身は、世俗的な「良心」などにも内在しうることを示したとする。そして、このように宗教と同様の価値を持つ世俗的「良心」が存在するのであれば、「特別な価値（ある理念に対する情熱的な献身）を持つそれらの信念やその信念に関わるシステムが、我々が伝統的な意味で理解するところの宗教に与えている保護から除外されるのは不公正である⁽¹²³⁾」ことになるため、深い献身がもつ価値を宗教条項のもとで保護されるに値するものと考えうると述べ⁽¹²⁴⁾る。

このように述べた上で、Flanders は、Koppelman の理論を Seeger 判決同様、有用な宗教の定義を行ったものと評する。Flanders によれば、Eisgruber & Sager の「平等な自由」論に基づけば、修正 1 条の宗教条項は憲法中の「余分なもの」とされることとなるという。「平等な自由」論は、平等条項や表現の自由、結社の自由などから演繹できる権利に過ぎないというのであり、憲法典に宗教条項が明記されている理由について説明で

きていないと言うのである。そして、Eisgruber & Sager への批判として提示された Koppelman の理論は、宗教条項が他の憲法の条文からは見出せない「深い献身」という特有な概念を保護するものとして意義を持たせる点にその意義があるという。⁽¹²⁵⁾ Flanders は、宗教の有する価値と「非宗教」的な概念（世俗的な良心など）の有する価値の間にはそれらを区分できるような差異は存在しないとしており、宗教条項の解釈として最も良い方法は、それらを包括的に保護することだと考える。その点、Koppelman の理論はすべての「包括的ドクトリン」を包摂する「宗教」を提示している点で、Eisgruber & Sager の「平等な自由」論よりすぐれた憲法解釈を示すことができていると評価される。⁽¹²⁶⁾

このように、包括的に定義した宗教に価値を見出す Koppelman の立場が評価される一方で、Koppelman の枠づける、「高位善」とそれに基づく「強い理非判断」を内容とする「宗教」に関しては批判もある。例えば Richard Garnett は、「Koppleman の見解は……少なくとも完全には中立的ではない」と指摘する。彼によれば、表現の自由など憲法上の権利は、実際にはその権利の基盤たるものを保護しているのである。従って、宗教自体に価値を見出して保護しなくとも、宗教組織の自己統治など宗教行為を自由に行うための構造的基盤たるものを保護するだけで、憲法の要請する宗教的自由は確保されることになる。包括的「宗教」に価値を見出すことは結局何らかの宗教に肩入れすることになってしまうものであり、宗教的自由はもっぱら世俗的方法で達成可能であり、またそうすべきであるのである。⁽¹²⁷⁾ また、Nussbaum は Koppelman の「宗教」概念が少数派の宗教を包括し得ないと批判する。Nussbaum は Koppelman の研究を評価しつつも、Koppelman の見解は結局のところ個人の人生における究極的意味の探求となっているとし、「この国（アメリカ）では、人生の究極的意味のようなものがあるということは疑われて [いる]」⁽¹²⁸⁾ と指摘する。Koppelman の見解はあらゆる人生の究極目的の探求を一律に保護するものであるが、この見解は懐疑論者な

ど、究極的存在を認めないような「宗教」にとっては公正さを欠くという。

もっとも、中立性、公正性に関するこれらの批判は説得的ではないように思われる。Garnett の批判は、宗教的自由の基盤とは何かが明確ではない点、宗教的自由の保護の対象の線引きの問題を解決しえない点で不十分なものである。本稿で検討すべき重要な批判は、Nussbaum の批判である。彼女は、Kopelman のように人生の究極の意味に重きを置く見解では、不可知論的宗教観などが漏れることとなると指摘する⁽¹²⁹⁾。彼女によれば、アコモデーションの対象について考える際には、その目的（人生の究極の意味の探求か否か）は問題とするべきではなく、不可知論者など人生の究極の意味の存在を否定する立場にも公正にアコモデーションを行う必要があり、Kopelman の理論では過小包摂となる場合が考えられるという⁽¹³⁰⁾。

しかし、Nussbaum の批判の妥当性には疑問がある。というのも、彼女の言うようにアコモデーションの対象となる「宗教」の範囲を広げてしまえば、無制限の義務免除を認めることになりかねないためである。Kopelman はアコモデーションの対象を通常の選好よりも高次の「高位善」に限定するが、Nussbaum の批判はこの限定に向けられる。彼女の批判を突き詰めていけば、アコモデーションの対象が無制限に広がりすぎ、結局すべての主張に義務免除を与えるか、アコモデーションそのものを廃止するか二者択一にならざるを得ない。前者では法義務免除という強力な権利の濫用が防止できず、また何故それほど強力な権利を付与しなければならないかの理由付けが困難になる。他方、後者では、宗教行為の自由条項は宗教を抑圧する法への対抗手段としてのみ意義をもつこととなり、その存在意義を大きく削られることになるのである。

Kopelman の理論は、特定の類型の信念をアコモデーションの対象として選び出すものであり、そこから漏れるようなものにとっては、彼の理論は不公正なものとなるとの批判もありうる。しかし、彼の理論はアコモデーション抜きには、それが世俗的なものであれ宗教的なものであれ個人の良心を

保護することはできないとの前提をとりながら、可能な限り中立性、公正さを確保しようとする優れた試みであると評価できよう。Steven D. Smithによれば、宗教的中立性とは、野球のアンパイアのようなものである。アンパイアは場合によっては片方のチームに不利となるストライクやアウトをコールするけれども、野球のルールブックに忠実でさえあれば、そのアンパイアは中立である。Smithは野球の例と同様に、国家の宗教的中立性も、野球におけるルールにあたる一定のベースラインを設定することが重要なのであり、個々の場面で特定の対象に不利な判断がなされても、それは重要ではないという⁽¹³¹⁾。Koppelmanの試みは同様に、特定の価値によらない「宗教」概念を採用することで、Eisgruber & Sagerが指摘していた、宗教に価値を見出すことによる問題を解決し、同時にアコモデーションを「平等」の観点から捉えることにより生ずる矛盾をも解決しようとした試みであるといえるだろう。

ここまで示してきたように、Koppelmanは、一般的に個人の生にとって価値あるものである「宗教」を措定できるとする。具体的には、上記で説明したような「高位善」と、そこから導かれる「強い理非判断」は、広い意味での「宗教」とそれに基づく主張として理解可能であり、これらを特別に保護することでアコモデーションに付随する様々な問題を解決できるという。

Koppelmanの理論は結論としては「平等な自由」論と大きく異なるわけではない。いわば、「平等な自由」論が「傷つきやすさ」という尺度から選び出していた「深いコミットメント」を別の文脈から説明し、そのことによってEisgruber & Sagerが抱えていた矛盾を解決しようとする試みとして理解可能であろう。上記のような批判があるにせよ、Koppelmanの理論はアコモデーションの対象の同定に関わり一つの方向を示したものとして評価できるだろう。

5 むすびに

本稿ではここまで、主として Eisgruber & Sager と Koppelman のアコモデーションに関わる理論を対比してきた。両者の議論の中心は「宗教に価値を見出し、それを保護することが可能か否か」という点にあるが、この議論から生まれる重要な一側面として、通常宗教とされないような、言い換えれば有神論的な宗教観とは異なる形態をとる「宗教」を修正1条の宗教行為の自由条項のもとで保護すべきか否か、という問題がある。そして、アメリカのこの議論の中でネイティヴ・アメリカンの伝統的な宗教などと並び一般的な宗教とは見なされなければ修正1条のもとの保護を要するものとして、日本の文脈では思想・良心の自由のもとで保護されるような世俗的良心が挙げられる。アメリカの宗教条項が世俗的良心をも保護するものである、⁽¹³³⁾ということは、いまやそれほど珍しい議論ではなくなってきている。このことを踏まえると、アメリカのアコモデーションに関わる議論は、日本の文脈では、信教の自由はもとより、憲法19条のもとで保護される思想・良心の自由の議論にも深く関わるものといえることができるだろう。

本稿ではアメリカにおける世俗的良心の保護理論を検討してきたが、Eisgruber & Sager も Koppelman もこれを宗教行為の自由条項の拡大の問題として捉えている。前者は「平等」という概念を持ち込むことにより、世俗的なコミットメントは宗教的コミットメントと等しく扱われるべきものであることを指摘する。すでに記したように、彼らの理論にはその矛盾を指摘する声も多いが、「傷つきやすさ」をメルクマールとして「深いコミットメント」という包括的な概念を保護すべきものとして措定した点で彼らの理論には見るべきところがある。また、後者の理論も「宗教」という概念に価値を見出すという伝統的な立場を取りながら、その定義を拡大し、包括的なものとして捉えることにより、世俗的な良心をも必然的に含むような保護枠組みを措定するものである。この Koppelman の理論は、法義務免除のような

特別な保護を付与する際に必然的に生じる「価値」の問題に処方箋を与えつつアコモデーションを検討した理論として、極めて重要なものであるといえる。

日本では従来、多くの研究者が思想・良心の自由の問題について、思想を狙い撃ちする法を典型例とする、「国家による思想強制」の禁止という問題として捉えてきたが、近年多くの論者により、思想狙い撃ちの意図のない法であっても個人の良心を侵害する場合があります、良心とこれらの法義務の衝突が生じた場合に一定の救済が必要であると説かれて⁽¹³⁴⁾いる。そして憲法19条の解釈として「国家による思想強制」の禁止とともに、良心に基づく「法義務免除」という形での「保護」をも認める二元的な枠組みを取るならば、後者においては「何が良心か」という問題がきわめて重要なものとしてたち現れる。というのも、このような権利は単なる選好や一時の感情を保護するために与えられるものではなく、保護に値するような「良心」のみを対象とした強力な権利であり、それゆえ他の雑多な内心の動きから「良心」を切り分けることを前提としたものであるためである。

この問題に取り組む際に、アメリカの宗教的自由から派生した世俗的良心の保護理論は示唆に富む。条文の関係から「宗教」的自由とされているけれども、Eisgruber & Sager も Koppelman も宗教、世俗的良心双方を含む保護理論を打ち立てている。理論の筋立てこそ異なるものの、彼らはアコモデーションの対象たるものを一定の基準をもって定義しようと試みており、日本の「何が良心か」という問題と直接つながるような議論がなされている。宗教的自由と思想・良心の自由はコロラリーとして捉えることができる、⁽¹³⁵⁾ということはすでに指摘されているが、日本の憲法19条の議論をより深める際に、アメリカの宗教的自由の議論を援用することは一つの方途となろう。

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

(2) アコモデーションに関わる判例に関しては、拙稿「法義務免除の法理と宗教・

世俗—1963年から1989年までの連邦最高裁の判例法理を中心に」早稲田大学大学院法研論集150号（2014）419頁を参照。また、Smith 判決の論理と Smith 判決後の立法に関しては、神尾将紀「アメリカにおける『信教の自由』の展望—Smith 判決の理論と実際」宗教法21号187頁（2002）を参照のこと。

- (3) 例えば Thomas v. Review Bd., 450 U.S. 707 (1981) では、「〔宗教行為の自由条項は〕宗教活動へ特別な保護を与えるものである」（713）と述べられている。
- (4) Everson v. Board of Education, 330 U.S. 1 (1947).
- (5) 本稿で用いられる「特権」はすべて privilege の訳語であるが、これは権利特権区分論の際に用いられる意味とは異なり、特定の価値への「特別な保護」をさすものである。
- (6) Christopher L. Eisgruber & Lawrence G. Sager, RELIGIOUS FREEDOM AND THE CONSTITUTION, (Harvard University Press, 2007), at 17, 24.
- (7) Id, at 24.
- (8) なお、「平等な自由」論の国教条項に関わる部分については田近肇「国家の非宗教性と宗教的中立性」曾我部真裕＝赤坂幸一編『大石眞先生還暦記念 憲法改革の理念と展開』（信山社、2012）272頁を参照のこと。
- (9) Christopher L. Eisgruber & Lawrence G. Sager, *The Vulnerability Of Conscience-The Constitutional Basis For Protecting Religion Conduct*, 61 U. Chi. L. Rev 1245. (1994).
- (10) Id. at 1252.
- (11) Id, at 1261-1262.
- (12) Id, at 1266.
- (13) Id.
- (14) Employment Division v. Smith 494 U.S. 872 (1990).
- (15) Eisgruber & Sager, supra note 9, at 1247.
- (16) Wisconsin v. Yoder, 406 U.S. 205 (1972).
- (17) Smith 判決は Yoder 判決について「連邦最高裁が修正 1 条を宗教に動機付けられた行為のために一般的で公正な法を妨げた最良の事例というのは、宗教的行為の自由条項のみが問題となったのではなく、言論の自由や出版の自由などほかの憲法上の保護がかかっていた」と評している。Employment Division v. Smith, at 881.
- (18) ネイティヴ・アメリカンが社会保障番号賦与を拒否した事例である Bowen v.

- Roy, 476 U.S. 693 (1985),あるいは、ネイティブ・アメリカンの聖地における森林伐採の可否が問題となった *Lyng v. Northwest Indian Cemetery Protective Assn.*, 485 U.S. 439(1988).
- (19) 軍隊においてユダヤ教の装身具であるヤムルカを身につけることを禁じられた事例である *Goldman v. Weinberger*, 475 U.S. 574(1983).
- (20) アーミッシュが社会保障税の納税を拒否した事例である *United States v. Lee*, 455 U.S. 252(1982).
- (21) *Eisgruber & Sager*, supra note 9, at 1247.
- (22) *Id.*, at 1248.
- (23) *Id.*, at 1252.
- (24) *Eisgruber & Sager*, supra note 6, at 52-53.
- (25) *Id.*, at 52.
- (26) 木村草太「書評 Christopher L. Eisgruber, Laurence G. Sager. *Religious Freedom and the Constitution* (Harvard University Press, 2007, 322 pp.)」国家学会雑誌121巻3・4号233頁(2008)、233頁。
- (27) *Eisgruber & Sager*, supra note 6, at 52.
- (28) *Eisgruber & Sager* supra note 9, at 1271. 括弧内は執筆者。
- (29) *Eisgruber & Sager*, *Unthinking Religious Freedom*, 74 *Tex. L. Rev.* 577 (1996), at 601.
- (30) *Eisgruber & Sager*, supra note 6, at 241.
- (31) *Id.*, at 53-55.
- (32) *Sherbert* 判決は、宗教上の理由で土曜日の就業を拒否した原告に対する失業保険の適否が問題となった事案である。
- (33) *Eisgruber & Sager* は、ありうる *Mother Sherbert* の類型として、① *Mother Sherbert* 自身が全く宗教心を持たない人物であり、当然土曜日に子どもへの献身が非宗教的な理由に基づいている場合、② *Mother Sherbert* 自身は宗教を信仰しているけれども、子どもへの献身は非宗教的な理由に基づいている場合、③ *Mother Sherbert* が宗教の信奉者であり、なおかつ自身の子どもの献身を意識的に神への義務へと概念化しなおしている場合、の三つの類型を想定している。*Eisgruber and Sager*, supra note 6, at 116.
- (34) *Id.*
- (35) *Id.*, at 116-117.

- (36) Id, at 117.
- (37) Id. 括弧内は執筆者。
- (38) Id, at 118.
- (39) Eisgruber & Sager, supra note 9, at 1245 (foot note † †).
- (40) Seeger 判決は非有神論的な宗教に基づいた申請者への、良心的兵役拒否の適否が問題となった事案、Thomas 判決はエホバの証人の信仰に基づき軍需工場での労働を拒否した原告への失業保険の適否が問題となった事案である。双方とも免除の主張が認められた。本稿では紙幅の都合上これらの判決を詳述することができないが、これらの判決に関しては拙稿・前掲注 2 を参照のこと。
- (41) Eisgruber & Sager, supra note 6, at 114.
- (42) Id.
- (43) Id, at 113.
- (44) Michael W. McConnell, *The Problem Singling Out Religion*, 50 DePaul L. Rev. 1, at 30 (2000), at 11.
- (45) Eisgruber & Sager, supra note 9, at 1254.
- (46) McConnell, supra note 44, at 11.
- (47) Id, at, 37.
- (48) Id, at ,36.
- (49) この点に関しては、Andrew Koppelman, *DEFENDING AMERICAN RELIGIOUS NEUTRALITY*, Harvard University Press (2013), at 156-158を参照のこと。
- (50) Ronald Dworkin, *SOVEREIGN VIRTUE: THE THEORY AND PRACTICE OF EQUALITY* (Harvard University Press, 2000)、at 112. なお、訳に際してはロナルド・ドゥオーキン、小林公＝大江洋＝高橋秀治＝高橋文彦訳『平等とは何か』（木鐸社 2002年）を参照した。
- (51) Eisgruber & Sager の「平等な自由」論は、この Dworkin の理論に依拠している。「平等な自由」論は、「憲法解釈の試みは、政治的正義の実践的追求を含むのである」という考えに基づき、彼らが Dworkin の理論に基づいて宗教条項を解釈しようとした取り組みである。Eisgruber & Sager, supra note 9, at 1270.
- (52) Koppelman supra note 49, at 157.
- (53) Ronald Dworkin, *A MATTER OF PRINCIPLE*, (Harvard University Press, 1985), at 229. 訳に際してはロナルド・ドゥオーキン、森村進＝鳥澤円訳『原理の問題』（岩波書店 2012）を参照した。

- (54) Id, at 229.
- (55) Id, at 230.
- (56) Koppelman supra note 49, at 158.
- (57) Id, at 159. 傍点、括弧内は執筆者。
- (58) Koppelman supra note 49, at 153.
- (59) Id, at 159-160.
- (60) Id, at 160.
- (61) E-mail from Christopher L. Eisgruber to Andrew Koppelman(July 10, 2005), cited by DEFENDING AMERICAN RELIGIOUS NEUTRALITY, at 225.
- (62) United States v. Welsh, 398 U.S. 333(1970).
- (63) Koppelman supra note 49, at 161.
- (64) Id.
- (65) Id, at 162.
- (66) Andrew Koppelman, *Is It Fair To Gibe Religion Special Treatment?*, 2006 U. Ill. L. Rev. 571(2006), at 583.
- (67) Koppelman supra note 49, at 164-165.
- (68) Id, at 588.
- (69) Chad Flanders, *The Possibility Of a Secular First Amendment*, 26 Q. L. Rev 257(2008), at 289.
- (70) McConnell は、修正1条制定当時「良心」と「宗教」という文言が区別されて用いられていた上で、あえて「良心」という文言が憲法の条文から落とされた点から、制定者の意思としては当時の宗教、なかんずく有神論的宗教のみに対する特別な保護が意図されていたと述べる。更に、宗教は神という人間を超越した存在に依拠するものであり、他のいかなる自由もこのような高次の権威に対する義務ではないとし、人間的義務である法義務に比して、より高次の命令である神の義務は優越するとも述べる。彼はこの二つの理由から宗教に価値を認め、アコモデーションを行うことを正当化する。そして、国境条項との問題に関しては、McConnell は有神論的宗教一般に対するアコモデーションであれば特定の一つの宗教を優遇することにはならず、中立性は保たれるとしている。しかし、McConnell の理論は有神論的な宗教に重きをおき、Eisgruber & Sager が指摘しているような無神論や世俗的献身との比較の問題を無視してしまっている。いわば彼の議論は Eisgruber & Sager の理論の超克ではなく、逆行になってしまっており、適切なものとはいえず

ないだろう。McConnell の理論に関しては、Michael W. McConnell, *The Origins And Historical Understanding Of Free Exercise Of Religion*, Vol. 103, Harvard Law Review 1405 (1990), at 1480-1483., 及び、supra note 44, at 30 (2000) を参照のこと。

- (71) 本稿で用いる「世俗の良心」とは異なり、より一般的意味の「良心」をさす。
- (72) 「良心」をアコモデーションの対象とすることで、「宗教的真実に関する主張を是認することなしに、免除される人間の内的な心理状態のみを説明する」ことが可能になり、アコモデーションにより政府が特定の宗教を優遇している、との批判をかわすことができる。この問題に関しては本稿の関心事と離れるため、詳述はしない。詳しくは Koppelman, supra note 49, at 131 参照。
- (73) Thomas E. Hill Jr., *Four Conception Of Conscience*, in *Nomos, XL: Integrity and Conscience*, (Ian Shapiro and Robert Adams, eds., 1998) at 13.
- (74) Id, at 14.
- (75) なお、Seeger 判決、Welsh 判決の多数意見では憲法問題についての言及はなかったが、国教条項に関わる問題が内在していたと考えられている。すなわち、兵役法の条文に基づく良心的拒否の認否を決める際に、有神論的宗教に免除を認める一方で、熱心で真摯な有神論的でない宗教観、不可知論的な宗教観や非宗教的な信念に対しては免除を認めなければ、一定の傾向を持った宗教的信念を裁判所が選び出しそれに特権を与えている、という問題が生じることになり、国教条項と抵触する可能性があるのである。詳しくは拙稿・前掲脚注 2、421-428 頁を参照。
- (76) Koppelman supra note 49, at 132.
- (77) *United States v. Welsh*, at 360, no.12 (Harlan, J., concurring in the result). 括弧内は筆者。
- (78) Id. Harlan 判事は国教条項の観点からこのような言辞をなしている。なお、Harlan 判事は Welsh 判決多数意見がとるような宗教定義を取るのであれば、免除条項が国教条項の問題を引き起こすことはないとも述べている。
- (79) Koppelman supra note 49, at 135, 及び Foot note 58, at 218. なお、Koppelman はここで一定の「邪悪な」良心は保護すべきでない、との立場を取っていると思われるが、その線引きは不明である。
- (80) *Lyng v. Northwest Indian Cemetery Protective Association*, 485 U.S. 439 (1988).
- (81) Martha Nussbaum, *LIBERTY OF CONSCIENCE: IN DEFENSE OF AMERICA'S TRADITION OF RELIGIOUS EQUALITY*, (Basic Books, 2008), at 147-148. なお、訳に際しては河野哲

也監訳『良心の自由—アメリカの宗教的平等の伝統』(慶應義塾大学出版、2011)を参考としつつ、一部に変更を加えている。

(82) Id, at 148.

(83) Id, at 140.

(84) Robert Wuthnow, *AMERICA AND THE CHALLENGES OF RELIGIOUS DIVERSITY*, Princeton University Press (2005), at 190-191.

(85) Koppelman, *supra* note 49, at 39.

(86) Id, at 137.

(87) Thomas Aquinas, *Summa Theopogiae, Ia IIae, q. 19, a. 5, v. 18*, at 63 (Cambridge: McGraw-Hill/Blackfriars, 1996).

(88) Id, at 138.

(89) John Locke、平野耿訳「寛容についての書簡」(朝日出版社 1971) 9-15頁。

(90) McConnell, *supra* note 44, at 30.

(91) Id. 傍点は筆者。

(92) また、現実問題として国教条項のある修正1条のもとで、有神論的宗教を優遇することは困難であろう。McConnellは、国教条項が禁じている事柄は、宗教的真実に関する言及のみであると解している。しかしながら、Koppelmanはそのような国教条項理解はまったく成り立たないと指摘している。Koppelman, *supra* note 49, at 139.

(93) もちろん、国教条項違反の問題もある。

(94) Id, at 139.

(95) Michael Sandel, *DEMOCRACYS' DISCONTENT*, at 68-69. なお、訳に際しては、金原恭子=小林正弥監訳 千葉大学人文社会科学研究所公共哲学センター訳、「民主制の不满—公共哲学を求めるアメリカ〈上〉手続き的共和国の憲法」(勁草書房 2010)を参考にした。

(96) 前掲。

(97) 前掲・83頁。

(98) Koppelman, *supra* note 49, at 140.

(99) Koppelmanはここで後述のFrankfurtを参照し、「愛」を例としてあげる。

(100) Harry G. Frankfurt, *Duty and Love*, 1 *Phil. Explorations* 4(1998).

(101) Harry G. Frankfurt, *RATIONALITY AND THE UNTHINKABLE*, in *The Importance of What We Care About*, at 188.

(102) Koppelman, *supra* note 49, at 141.

(103) *Id.*

(104) *Id.*

(105) *Id.*, at 142.

(106) *Id.*

(107) *Id.*, at 143.

(108) 包括的な「宗教」モデルを検討する端緒として Koppelman が着目するのは、McConnell の提示する宗教モデルである。McConnell は宗教の性質について、次のように述べている。「宗教は、それが人間の生において果たすさまざまな役割ゆえに、特別な現象である。すなわち、宗教は組織であり、しかしそれ以上のものである。イデオロギーや世界観であり、しかしそれ以上のものである。宗教は個人的な献身 (loyalties) の集積やコミュニティの立ち位置、家族の絆と同種のものでもあるが、しかしそれ以上のものである。宗教はアイデンティティーの一側面であるが、しかしそれ以上のものである。宗教は究極的な存在に関する問いへの答えを供するものであり、超越的な存在との関わりを示すものであるが、しかしそれ以上のものである。宗教は広範なカテゴリーの部分集合という形に縮約されない。どのような文脈でも、宗教はなんらかの人間の活動の一つの側面、例えば、他の制度、世界観、忠誠、個人のアイデンティティーの基盤、あるいは、究極的ないし超越的な問いに対する答え、に類似したものに思われる。しかしながら、これらすべての側面と結び付くような別の人間的現象は存在しない。もしそのような概念があるのだとすれば、それはおそらく宗教から見出せるものであろう。」McConnell, *supra* note 44, at 42. McConnell によれば、「宗教」は多様な善を包括的に取り込める唯一のモデルであるとされる。Koppelman は McConnell の理論自体は、国教条項との抵触や、過小包摂の問題から否定的に評価する。しかし、さまざまな概念を抱括するものとして宗教をとらえることについては、アコモデーションが孕む問題解決のために有益なものであり、評価しようとしている。もっとも、McConnell は上記の宗教定義を有神論的な宗教に当てはまるものと想定しているが、Koppelman はより広い意味で理解している点には注意する必要がある。

(109) *Id.*, at 144.

(110) *Id.*

(111) Koppelman. *Supra* note 66, at 596.

(112) Koppelman は国教条項が政治的プロセスから宗教を除外する場面があるとす

る。例えば、民主的に選ばれた政府であっても多数派の国民の支持を理由にアンگرリカン・チャーチを設立したり、国営のミサを執り行ったりすることはできない。このような行為は明らかに国教条項が禁ずるものであり、大多数の市民がそれを望んだとしても(憲法を改正しない限り)それを実行することはできない。そして、「この禁止は政治的プロセスの中から何らかのものを得ようとする市民的能力を制限することとなる」(95)のである。詳しくは Koppelman, *supra* note 49, at 93-96 を参照のこと。なお、()内は引用頁。

(113) チャールズ・テイラー、下川潔=桜井徹=田中智彦訳「自我の源泉—近代的アイデンティティの源泉」(名古屋大学出版、2010) 75頁。

(114) Koppelman, *supra* note 66, at 594.

(115) *Id.* 括弧内は筆者。

(116) *Id.*

(117) ある論者は「strong evaluation」に「強い評価」という訳を当てている(田近肇「国家の非宗教性と宗教的中立性」曾我部真裕=赤坂幸一編『大石真先生還暦記念 憲法改革の理念と展開』(信山社、2012) 272頁参照)。しかし Koppelman は、個人特定の行為をしなければならない、あるいはしてはならないという高位善の要求への応答としてこの言葉を用いている。行為が正しいか、誤っているかを判断する際の語として「評価」では弱すぎるくらいがあるため、本稿では「是非判断」とした。

(118) *Id.*

(119) Koppelman, *supra* note 66, at 594-595.

(120) Koppelman, *supra* note 66, at 595.

(121) Richard W. Garnett, *Neutrality and the Good of Religious Freedom: An Appreciative Response to Professor Koppelman*, 39 *Pepp. L. Rev.* 1149(2013), at 1151.

(122) Flanders, *supra* note 69, at 286.

(123) *Id.*, at 287.

(124) *Id.*

(125) *Id.*, at 286.

(126) *Id.*, at 286-288.

(127) Garnett, *supra* note 121, at 1158. なお、Garnett の批判は Koppelman のアコモデーション論のみ批判するものとして示されたわけではなく、国教条項と宗教

- 行為の自由条項を含めた Koppelman の理論総体の問題点を指摘するものである。
- (128) Nussbaum, *supra* note 81, at 140. 括弧内は執筆者。
- (129) *Id.*
- (130) Nussbaum はケイパビリティ・アプローチと呼ばれる立場を取るが、これについて本稿では詳述しない。
- (131) Steven D. Smith, *THE RISE AND DECLINE OF AMERICAN RELIGIOUS FREEDOM*, Harvard University Press(2014), at 133-134.
- (132) 田近・前掲注8、258頁。
- (133) 本稿では紹介できなかったが、他に代表的な書籍として、Ronald Dworkin, *RELIGION WITHOUT GOD*, (Harvard University Press, 2011)、邦訳として森村進訳『神なき宗教：「自由」と「平等」をいかに守るか』（筑摩書房、2014）などが挙げられる。
- (134) この問題に関する最も代表的なものとして、西原博史『良心の自由〔増補版〕』（成文堂、2001）52-53頁。また、近年では林知更「思想・良心の自由」南野森編『憲法学の世界』（日本評論社、2013）191頁、195-196頁、笹倉秀夫「良心について一憲法19条をめぐる考察」根元到他編『労働法と現代法の理論—西谷敏先生古希記念論集〔上〕』（2013）203頁、204頁でも同様の指摘がなされている。
- (135) 林・前掲注134、198-201。