

井上(幸)：表現行為が有するメッセージ性に関する一考察—Masterpiece Cakeshop, Ltd. v. Colorado Civil Rights Commission, 584 U.S. _ (2018)における Thomas 裁判官の同意意見を素材として—

【論 文】

表現行為が有するメッセージ性に関する一考察 —Masterpiece Cakeshop, Ltd. v. Colorado Civil Rights Commission, 584 U.S. _ (2018)における Thomas 裁判官の同意意見を素材として—

井上 幸希

Yuki Inoue

キーワード 言論の自由 同性婚 合衆国憲法修正1条

本稿では、Masterpiece Cakeshop 判決における Thomas 裁判官の同意意見を素材として、表現行為が有するメッセージ性に関して考察するものである。

はじめに

本判決では、同性愛者の権利と合衆国憲法修正1条が保障する言論の自由及び信教の自由との衝突が問題となった。同性愛者の権利について、連邦最高裁は、2015年の Obergefell 判決において、同性婚は憲法上保障された権利であるという判断を下しており、今回どのような判断を下すのか注目を集めた。しかしながら、本件で法廷意見を執筆した Kennedy 裁判官は、憲法上保障された同性婚の権利と言論の自由のどちらが優越するのかという難問について判断を下さなかった¹。他方で、Thomas 裁判官は、法廷意見とは異なり、言論の自由の観点から本件にアプローチするような同意意見を執筆した。本件における Thomas 裁判官の同意意見は、示唆に富むものであるため、本稿では、Thomas 裁判官の同意意見を素材として、表現行為が有するメッセージ性について検討を行いたい。

¹ 2018年12月8日、広島大学にて開催された関西アメリカ公法学会における井上一洋氏による本判決の判例報告の中で、「これまでの連邦最高裁判例における敵意に関する事例は、政治的に不人気な (politically unpopular) 集団に対する敵意が問題となっていたのに対し、本判決においては保守的なキリスト教信者の行為に対する敵意が問題となっている。これまでの政治的に不人気な集団に向けられた敵意事例とは異なるとみることができるだろう」という指摘があった。本判決の中心議論は、まさに敵意に関する議論であるといえるが、この点については本稿の検討対象とはしない。なお、本判決の評釈として、Leslie Kendrick & Micah Schwartzman, *Comments, The Etiquette of animus*, 132 HARV. L. REV. 133 (2018), 中曾久雄「宗教的信念に基づくウェディングケーキ作りの拒否—Masterpiece Cakeshop, Ltd. v. Colorado Civil Rights Commission」愛媛大学教育学部紀要 65 巻 (2018 年) 241 頁、大林啓吾「ケーキ屋が同性カップルにウェディングケーキの販売を拒否したことに対して、コロラド州の人権委員会が差別に当たるとして是正命令を求めたことがケーキ屋の信教の自由を侵害するとした事例—マスターピースケーキショップ判決」判例時報 2379 号 (2018 年) 116 頁を参照。

井上(幸)：表現行為が有するメッセージ性に関する一考察—Masterpiece Cakeshop, Ltd. v. Colorado Civil Rights Commission, 584 U.S. _ (2018)における Thomas 裁判官の同意意見を素材として—

1. Masterpiece Cakeshop 判決

【事実の概要】

マスターピース・ケーキショップは、コロラド州レイクウッドにあるケーキ店である。Jake Phillips はこの店を所有している熟練のケーキ職人であり、敬虔なキリスト教徒である。2012年の夏、Charlie Craig と Dave Mullins は Phillips の店を訪れ、「自分たちの結婚式」のためのケーキを注文したいと Phillips に伝えた。当時、コロラド州では同性婚が認められておらず、彼らはマサチューセッツ州で合法的に結婚し、その後、コロラド州デンヴァーで彼らの家族や友人を招待し、歓迎会を主催することを計画していた。ところが、Phillips は、「私はあなた方に誕生日ケーキを作ったり、クッキーやブラウニーを売ることはできるが、同性婚のためのケーキだけは作ることができない」と説明した。彼が Craig たちにウェディングケーキを作ることを断った理由は、Phillips の宗教上の信念に反するからであった。その後、Craig と Mullins は2012年8月、マスターピース・ケーキショップと Phillips がコロラド州反差別法 (Colorado Anti-Discrimination Act, 以下、CADA と略す。) に違反するとして、コロラド州公民権委員会 (Colorado Civil Rights Commission) に対し、訴えを提起した。CADA においては、「身体障害、人種、信条、皮膚の色、性別、性的指向、婚姻状況、出身国、あるいは祖先を理由に直接的あるいは間接的に、個人または団体を拒絶したり、使用させなかったり、否定することは差別的な行為であり違法である。物品、サービス、施設、特権、advantages, あるいは宿泊施設において、完全で平等な権利が享有される。」² として、性的指向に基づく差別を禁じていた。公民権委員会は、カップルの主張を認め、Phillips に対して、同性婚カップルにケーキを作ること、マスターピース・ケーキショップの従業員に対して CADA を遵守するよう教育することを命じた。これに対し、Phillips は、コロラド州控訴裁判所に控訴したが、同裁判所は、Phillips と店に強制する公民権委員会の命令が憲法に違反しているという Phillips の主張を認めなかった。また、裁判所は、公民権委員会の命令が宗教行為の自由条項 (the Free Exercise Clause) に違反しているという主張も認めなかったため、Phillips が連邦最高裁判所に上告したのが本件である。

【Kennedy 裁判官による法廷意見】(破棄)

本件における公民権委員会の見解は、宗教的中立性という州の義務に反していた。ケーキ店が拒否した理由や動機は、店主の誠実な宗教上の信仰と信念に基づいていた。ケーキ店が、一般的に適用される法によって制限された信教の自由を有しているということを連邦最高裁の先例は明らかにしている。公民権委員会は、憲法が要求する宗教的中立性の下、本件を審査しなかった。

公民権局の彼に対する取扱いには、彼の異議を動機づけた誠実な宗教上の信念に対する明確かつ許容できない敵意という要素がある。記録によれば、公民権委員会の正式かつ公式の聴聞において、その敵

² Colo. Rev. Stat. §24-34-601(2)(a)(2017).

井上(幸)：表現行為が有するメッセージ性に関する一考察—Masterpiece Cakeshop, Ltd. v. Colorado Civil Rights Commission, 584 U.S. _ (2018)における Thomas 裁判官の同意意見を素材として—
意が表面化していた。会合の様々な場面で、委員たちは宗教上の信念が公的な領域や商業的領域に強い影響力を与えてはならないという見解を支持した。それは、宗教上の信念や、かかる信念を有する人物はコロラド州のビジネス業界において、歓迎されていないということを暗に意味していた。さらに、「信仰の自由や宗教は歴史上、奴隷制度、ホロコーストを含む、あらゆる種類の差別を正当化するために用いられてきた。我々は、信仰の自由が差別を正当化するために用いられているという数百もの状況を列挙することができる。そして、私にとって、他人を傷つけるために宗教を用いることは、最も卑劣なレトリックの一つである」と述べた委員もいた。もう一つの敵意の兆候は、Phillips の事件と誠実に依頼されたケーキ作りに反対した他のケーキ店の事件 (Jack の事件) との扱いが異なることに見出すことができる。これら三つの事件において問題となった良心に基づく拒否の取扱い、Phillips の拒否に関する公民権委員会の取扱いと対照的である。公民権委員会は、依頼されたケーキが伝達するメッセージはケーキ店ではなく、顧客に帰されるという理論に基づき Phillips の事件とは異なる決定を下した。しかし、公民権局は、他の同性婚に反対するという象徴性を描いているケーキに関する事件において、この問題について言及していない。さらに、公民権局は他の事件において、いずれのケーキ店も顧客にキリスト教を主題としたものを含む他の商品を販売していたため CADA に違反していないと認定した。しかし、公民権委員会は、ゲイやレズビアン顧客に「誕生日ケーキ、ショーケーキ、クッキーやブラウニー」を販売しようとした Phillips の姿勢を却下した。

一部の公民権委員会の構成員の宗教に対する敵意ある公的な表現は、宗教行為の自由条項が要求している宗教的中立性に合致していなかった。他のケーキ店の事件と比較して、公民権委員会が Phillips の事件について異なる考察したことが、それを示している。これらの理由によって、公民権委員会の命令は破棄されなければならない。

公民権委員会の敵意は、宗教に対して中立的に法律が適用されなければならないという合衆国憲法修正 1 条に矛盾していた。誠実な宗教上の信念を不当に軽蔑することなく、また同性愛の人たちが市場で商品やサービスを求めるときに彼らを侮辱することなく、これらの論争が寛容に解決されなければならないという認識の下、他の状況におけるこのような事件の結論は、裁判所においてさらなる考察を待たなければならない。コロラド州控訴裁判所の判決は破棄される。

【Kagan 裁判官による同意意見 (Breyer 裁判官が同調)】

Jack の事件における三つのケーキ店は、CADA に違反していなかった。Jack は、彼らに彼らがいかなる顧客にも作ることがないようなケーキ (同性愛の人たちや同性婚を侮辱するもの) を作ることを依頼した。その依頼を拒否する際、三つのケーキ店は、Jack の信条を理由に彼を特別扱いせず、他の顧客を扱うのと同じように Jack を扱った。対照的に、本件における同性愛者のカップルは、Phillips が同性愛者のカップルのために作るようなウエディングケーキを依頼した。この依頼を拒否する際、Phillips は、顧客が彼らの性的指向にかかわらず、公共施設において平等なサービス等の提供を受けるという

井上(幸)：表現行為が有するメッセージ性に関する一考察—Masterpiece Cakeshop, Ltd. v. Colorado Civil Rights Commission, 584 U.S. _ (2018)における Thomas 裁判官の同意意見を素材として—

CADA の要請に違反した。したがって、Jack の事件と Phillips の事件における異なる結論は、宗教的信念に対する偏見によって汚されていないコロラド州法の中立的な適用によって正当化されるはずである。

私は、法廷意見は、そのような見解に完全に一致するものとして理解している。連邦最高裁が述べているように、コロラド州法は、「他の国民に提供されるのと同じ方法や状態で彼らが商品やサービスを求める際、他のクラスの者を保護するように、同性愛の人たちを保護する」と規定している。そのため、コロラド州は、性的指向に基づいて差別をしているケーキ店を、性的指向あるいは他の禁じられた理由に基づいて差別していないケーキ店と異なるものとして扱うことができる。しかし、連邦最高裁が正確に述べているように、それは州の決定が宗教的敵意あるいは偏見による影響を受けていない場合に限定される。それ故に、私は法廷意見に同意する。

【Gorsuch 裁判官による同意意見 (Alito 裁判官が同調)】

法廷意見が説明するように、公民権委員会は、Phillips の宗教上の信念に対して中立的に行動しなかった。公民権委員会は、三つの他のケーキ店には、顧客の依頼を拒否することを許していたが、Phillips が彼の宗教上の信念が侵害されるような顧客の依頼を断ったとき、その拒否は否定された。公民権委員会がその差別を行った唯一の理由は、Phillips の宗教上の信念を「不快」であると認定したことであった。誠実な宗教上の信念に対する批判的な判断は、当然、合衆国憲法修正 1 条とは相容れないものであり、厳格審査基準を満たすことはできない。

ただ、唯一の問題点は、Phillips の誠実な宗教上の信念に対する敵意を示唆している多くの証拠があるにもかかわらず、我々の同僚のうち二名が、公民権委員会は、彼を他のケーキ店と異なって扱う際、彼の信念に対して中立的に行動していること、あるいは公民権委員会の決定は合衆国憲法修正 1 条に合致しており、容易に両者を異なって扱うことができるということを支持するために個別意見を執筆していることである。

さらに、Phillips の宗教上の異議を中立的に考慮しなかったことにつき、やむにやまれぬ理由がないのならば、公民権委員会は Jack の事件においてケーキ店に与えたのと同じ結果を Phillips にも与えなければならない。連邦最高裁は、公民権委員会の命令は破棄されなければならないと主張することにより、このことを認識している。そして、連邦最高裁が認めているように、本件において公民権委員会と州裁判所の決定は無効にされなければならない。

【Thomas 裁判官による一部同意・結果同意意見 (Gorsuch 裁判官同調)】

私は、コロラド州公民権委員会が、Phillips の信仰の自由を侵害したということに同意する。Gorsuch 裁判官が説明しているように、Phillips の宗教に向けられた敵意によってしか説明できない理由から、委員会は Phillips の事例を他の三つのケーキ店を含む類似している事例と異なった扱いをした。法廷意見とは違い、私は彼の言論の自由の主張に着目した個別意見を執筆する。

井上(幸)：表現行為が有するメッセージ性に関する一考察—Masterpiece Cakeshop, Ltd. v. Colorado Civil Rights Commission, 584 U.S. (2018)における Thomas 裁判官の同意意見を素材として—

合衆国憲法修正 14 条を通じて国家に適用できる合衆国憲法修正 1 条は、「言論の自由」を制限する州法を禁じている。この要請を解釈するとき、連邦最高裁は表現の規制と行為の規制を区別している。たとえ、その規制が表現に対する「付随的な負担 (incidental burdens)」を課すとしても、後者の規制は一般的に言論の自由を制限していない。公共施設法は常に行為を規制する。同法は表現を狙い撃ちしていないが、そのかわりに公然と利用できる商品、特権、サービスの供給において、「個人に対する差別的な行為」を禁じている。しかし、同法は一般的に行為を規制するとはいえ、その特別な適用は保護された言論を規制することになってしまう。例えば、Hurly 判決³において、マサチューセッツ州公共施設法は、「施設への入場あるいはいかなる公共施設における取扱いに関連して、性的指向を理由としたあらゆる区別、差別、制限」を禁じていた。同法が、St. Patrick's Day のパレードのスポンサーに、ゲイ、レズビアン、バイセクシャルのアイランド系アメリカ人のパレード一団を参加させるように要求したとき、連邦最高裁は、パレードは「表現の形態」であり、公共施設法の適用は、スポンサーに新たな集団を加えることを強制することによって、パレードの表現内容を変化させてしまったことを理由に、全員一致でこの法律はスポンサーの言論の自由の権利を侵害していると判示した。

連邦最高裁は、「人の行為は、合衆国憲法修正 1 条および合衆国憲法修正 14 条によって保障されるコミュニケーションの要素を十分に含んでいるかもしれない」という原則を適用することによって、表現的であると性格づけることのできる幅広い行為を認めている。裁判所が一度行為が表現的であると結論づければ、憲法はその行為を制限したり、強制したりする政府の権限を制限する。言論の自由の原則における重要な表明の一つは、話すことを選んだ人が話さないことを決めたり、メッセージの内容を自分の思うように作ること (tailor) ができるということである。

この点、コロラド州控訴裁判所が問題とした Phillips の行為は表現的である。Phillips もまた、ウエディングケーキに内在する象徴的意味を理解している。彼にとって、ウエディングケーキは「結婚式は行われ、結婚生活が始まり、カップルは祝福されるべきである」ということを内在的に伝達する。事実、ウエディングケーキはこのメッセージを伝達する。ケーキの目的は、新たな結婚生活の始まりを示し、カップルを祝福することである。しかし、Phillips に同性婚のためのウエディングケーキを作ることを強制することによって、コロラド州公共施設法は彼のメッセージの表現的な内容を変えてしまった。つまり、Phillips に同性婚のためにウエディングケーキを作ることを強制することは、彼に同性婚こそが「結婚」であると認識すること、彼らは祝福されるべきであることを示唆することを要求する。合衆国憲法修正 1 条は、コロラド州が Phillips にこれらの事実を立証すること、あるいは彼が反対している信条を支持することを要求することを禁じている。したがって、コロラド州控訴裁判所が、分別のある者は、Phillips がコロラド州の公共施設法に単に従っているだけだと考えるだろうという理由で、Phillips の行為が表現的ではないと結論づけたことは誤りであった。この議論は、保護された言論を抑圧する (compelled)、いかなる法律をも正当化するだろう。そして、連邦最高裁はそれを今まで認めたことは

³ Hurly v. Irish-American Gay, Lesbian and Bisexual Group of Boston, 515 U.S. 557 (1995).

井上(幸)：表現行為が有するメッセージ性に関する一考察—Masterpiece Cakeshop, Ltd. v. Colorado Civil Rights Commission, 584 U.S. _ (2018)における Thomas 裁判官の同意意見を素材として—
ない。

Phillips の行為は表現的であるため、コロラド州の公共施設法は、その法律が厳格審査基準に耐えないかぎり、Phillips の行為を罰することはできない。連邦最高裁は、O'Brien 判決⁴において明確に述べられたより緩やかな基準のもと、表現行為の規制を審査することがあるとしても、政府がその表現的な構成要素にかかわらず行為を罰しないかぎり、その基準は適用されない。一方、州控訴裁判所は、コロラド州法が厳格審査に耐えるか否かを審査しなかったが、私はそうするだろう。しかしながら、コロラド州法に対する正当化事由の一つには、明白な欠点がある。個々の被上告人によれば、コロラド州は、Phillips が同性愛者のカップルの尊厳を傷つけないように彼の表現を規制することができる。これらの正当化事由は、我々の言論の自由に関する一連の判決とは完全に異なっている。

あるグループがその表現が不快であり、有害であり、醜く、不合理であり、威厳を損なうものと感じていることを理由に、州は保護された言論を罰することはできない。合衆国憲法修正 1 条の基礎をなしている基本的な原則があるならば、それは、社会がその意見 (idea) 自体を不快であり、不愉快だと思っっているという理由だけで、政府は意見の表明を禁じることはできないということである。本件における Phillips の「私は、あなた方の誕生日ケーキやショーケーキを作るだろうし、クッキーやブラウニーも売るだろう。ただ、同性婚のためのケーキは作らない」という発言が、同性愛者にとってどれほど不快であるか理解しがたい。

Obergefell 判決⁵において、私は連邦最高裁の判決が信教の自由に対する矛盾を必ず生み出すだろうと警告した。本判決は、すでにそのような問題が発生していることを示している。連邦最高裁の判決は、宗教上の自由についてはまた別の日に争う機会が残されているように思われる。しかし、将来の事例において、Obergefell 判決が反対者の痕跡を消し去ったり、新たな正当性に同意したくないアメリカ人を非難することに用いられることを防ぐためには、言論の自由が不可欠である。もし、それらの自由が存続し続けるならば、コロラド州控訴裁判所のような理由付けは退けられるに違いない。

【Ginsburg 裁判官による反対意見 (Sotomayor 裁判官が同調)】

中立的で一般的に適用される公共施設に関する法律の下、商品やサービスに平等にアクセスすることを否定することを許さないというのが一般的なルールであるとする法廷意見には賛同するが、Craig と Mullins が本件に敗訴するべきであるという法廷意見の結論には強く反対する。

Phillips が同性婚を祝福するケーキ以外のケーキやクッキーをゲイやレズビアン顧客に売るかもしれないという事実は、Craig と Mullins が提起した問題と関連性がない。問題は、Phillips が同性愛者のカップルに対し、彼が異性愛者のカップルに提供するであろう商品やサービスを提供しないということである。私は、Craig と Mullins にウェディングケーキを売るのを Phillips が拒否したことを覆すため

⁴ United States v. O'Brien, 319 U.S. 367 (1968).

⁵ Obergefell v. Hodges, 576 U.S. _ (2015).

井上(幸)：表現行為が有するメッセージ性に関する一考察—Masterpiece Cakeshop, Ltd. v. Colorado Civil Rights Commission, 584 U.S. _ (2018)における Thomas 裁判官の同意意見を素材として—
に、なぜ二名の委員の発言が採用されたのかという理由が分からない。公民権委員会の前後で、どのような偏見がこの事件における審査員の決定に影響を与えたのか法廷意見はこのことについて述べていない。したがって、Phillips の事件は、これまで連邦最高裁が依拠している唯一の先例である Church of the Lukumi Babalu Aye, Inc.判決⁶からかなり逸脱している。

2. 本判決の検討

(1)ウエディングケーキを作るという行為は表現的か

Thomas 裁判官は、「ウエディングケーキを作るという Phillips の行為」が表現的であると主張する。Phillips にとって、ウエディングケーキの作成には特別なこだわりがあり、ケーキを作る前に、カップルの相談に乗り、好みや、個性、結婚の詳細について議論し、ケーキを結婚式の会場に配達することに加え、結婚式に出席し、招待客と情報を交換したりする時がある。彼にとって、ウエディングケーキとは、「結婚式が行われ、結婚生活が始まり、カップルは祝福されるべきである」ということを伝達するものであり、事実、ウエディングケーキが有するメッセージはその通りであろう。よって、Phillips のウエディングケーキの製作は表現的であるといえるであろう（たとえケーキに直接何かしらのメッセージを添えていなくても）。ただ、問題は Phillips が敬虔なキリスト教徒であるため、宗教上の教義により同性婚を婚姻として認めておらず、それゆえに同性婚を祝うためのケーキは作らないということである。これに対し、州控訴裁判所は、Phillips の同性婚を祝うケーキを作らないという行為が、CADA が禁じている「個人に対する差別的な行為」であるため同法に違反していると判断し、さらに Phillis の行為は表現的ではないと判断した。これにより、州控訴裁判所は Phillips に CADA を遵守するよう命じたが、彼に CADA を遵守させると彼は同性愛者のカップルにもウエディングケーキを提供しなければならなくなる。すなわち、これは彼の宗教上の信念に反する行為を強制することであり、彼の表現行為が有するメッセージの内容を変えてしまう、要するに、同性婚を婚姻と認め、同性婚を祝福するというメッセージを伝達してしまうことになってしまうのである。たとえその表現行為が有するメッセージが不快だとか、支持できないとしても、それを理由に州が個人の表現行為を強制したり規制することは許されない⁷。その表現の善し悪しは我々の自由な討論によって判断すべきものであり、国家が判断すべきものではないだろう。

(2)審査基準について

(1)で述べたように、Phillips の行為は表現的行為と認められるため、Thomas 裁判官は CADA が厳格審査基準に耐えない限り、Phillips の行為を規制することはできないと指摘する。この厳格審査基準の

⁶ Church of the Lukumi Babalu Aye, Inc. v. City of Hialeah, 508 U.S. 520 (1993).

⁷ See, Texas v. Johnson, 491 U.S. 397, 414 (1989).

井上(幸)：表現行為が有するメッセージ性に関する一考察—Masterpiece Cakeshop, Ltd. v. Colorado Civil Rights Commission, 584 U.S. (2018)における Thomas 裁判官の同意意見を素材として—

下では、当該規制目的が「やむにやまれぬ政府の利益」(a compelling interest)を実現するためであること、さらに当該目的とその達成手段との間に「厳密な整合性がある」(narrowly tailored)ことを、言論を規制する政府の側が立証しなければならぬのだが、コロラド州控訴裁判所は CADA が厳格審査基準に耐えるか否かを審査しなかった。

本判決のように表現的行為に対する規制の合憲性が争われた事例において、連邦最高裁は O'Brien 判決において採用された O'Brien テストを用いて判断している。右事例は、ベトナム戦争に反対する意思表示のために、公衆の面前で自身の徴兵カードを焼却した行為が、徴兵カードを故意に焼却することにより破棄、損壊及び変更を犯罪とする連邦法に基づき起訴されたものである。O'Brien 判決において、連邦最高裁は「言論」(speech)と「非言論」(non-speech)の要素が一つの行為に結合している場合、その政府の規制が、(a) 政府の憲法上の権限内にあり、(b) 重要なまたは実質的な政府利益を促進し、(c) 政府の利益が自由な表現の抑圧と無関係であり、(d) 主張されるところの合衆国憲法修正 1 条の諸自由に対する付随的な制約が政府利益の促進にとって不可欠な限度を超えていなければ正当化される、という基準を示した。これがいわゆる O'Brien テストと呼ばれるものであり、この審査基準は言論と行為とが混在する事例において用いられている。

この点、本判決におけるウェディングケーキを作るという行為は、徴兵カードの焼却行為と同じだと捉えることもできるが、本判決において Thomas 裁判官は O'Brien テストを用いていない。その理由として、まず、ウェディングケーキの製作行為は単なる行為ではなく「表現的行為」であるため、O'Brien テストのような緩やかな審査基準ではなく、厳格な審査基準を用いて規制の合憲性を判断するべきであるということがあげられよう⁸。O'Brien 判決と同様の象徴的言論に関する事例である Johnson 判決においては、連邦最高裁は、治安の維持と国家統合の象徴の保護という政府の利益は、表現の抑圧と無関係とはいえないとして最も厳格な審査基準を適用しており⁹、本判決においてはむしろ Johnson 判決に従うべきであると考えているといえるのではないだろうか。今ひとつは、コロラド州控訴裁判所は Phillips に対し、「ウェディングケーキを作らないよう」命じたのではなく、「同性婚カップルにもウェディングケーキを作りなさい」と命じたのであって、あくまでも Phillips の表現的行為は規制されていないということである。他方、O'Brien 判決では徴兵カードの焼却行為は連邦法により規制されているため、O'Brien 判決は本判決の先例としては相応しくないということになる。ただ、本判決においては Phillips の表現的行為は規制されていないものの、コロラド州控訴裁判所の命令によって、彼の行為により伝達されるメッセージの内容を変化させてしまったことが、彼の言論の自由の侵害にあたる Thomas 裁判官は判断したともいえるだろう。

⁸ O'Brien テストが緩やかな審査基準であると指摘しているものとして、e.g., John Hart Ely, *Flag Desecration: A Case Study in the Roles of Categorization and Balancing in First Amendment Analysis*, 88 HARV. L. REV. 1482, 1483-90 (1975), Thomas I. Emerson, *First Amendment Doctrine and the Burger Court*, 68 CALIF. L. REV. 422, 450-51 (1980), Geoffrey R. Stone, *Content-Neutral Restrictions*, 54 U. CHI. L. REV. 46, 78-9 (1987).

⁹ See, Johnson, 491 U.S. at 400-20.

おわりに

本判決において、Phillips のケーキを作るという行為を言論の自由の問題として捉えた裁判官は Thomas 裁判官だけ (Gorsuch 裁判官同調) であったが、そこで述べられた議論は本判決に類似した事例が今後発生した際に、議論される可能性があるように思われる。そうでなくても、同裁判官の同意意見の中でも検討されていたように、いわゆる「言論行為二分論」の議論や、そこから派生する「表現内容規制・内容中立規制二分論」をめぐる議論等、検討すべき問題がある。これらの問題はアメリカ合衆国のみならず、我が国においても重要な問題であり、議論を深めていく必要がある。これらの議論については別稿に委ねたいと思う。