

アメリカにおける信教の自由に関する判例法の展開

——最近の最高裁判決とこれに対する議会の立法的対応を中心として——

花見 常幸
(創価大学)

一 はじめに

現在わが国でも、宗教上の理由から剣道の授業に参加しなかったことが原因で原級留置ないし退学処分を受けた高専の生徒が、処分の取り消しを求めた神戸高専事件⁽¹⁾などを契機として、信教の自由の保障範囲の問題やこれと政教分離原則との関係、その際の違憲審査基準の問題についての議論が盛んになってきている。この報告では、アメリカにおける信教の自由に関する判例法の展開について、第一に、一九六三年の *Sherbert* 判決において信教の自由条項の解釈準則として導入された必要不可欠の利益テストがどのように使われてきたかという点、第二にこのテストを否定したといわれる九〇年の *Smith* 判決が示した解釈準則、そして第三に、第一の点との関連で、連邦議会の立法的対応を含めた、*Smith* 判決の評価の問題という三つの点を中心に検討することにした。

二 初期の判決

1 初期の判決の考え方—信念 (belief) と行為 (action) の二分論の強調

一九六三年の *Sherbert* 判決まで、合衆国最高裁判所は表現の自由条項による保護とは別に、信教の自由条項によって宗教的行為の自由を保護することはなかった。たとえば、国旗敬礼に関する事件についても、最高裁は宗教上の理由に基づく、したがって信教の自由条項を根拠として国旗への敬礼の強制は違憲であると主張された事件 (*Gris* 判決)⁽²⁾ ではこれを認めず、三年後の同様の事件では、信教の自由の問題というよりむしろ、宗教的信念の表明に関わる表現の自由の問題として、違憲判断を下している (*Barnette* 判決)⁽³⁾。

この段階では、信念 (belief) と行為 (action) の二分論—すなわち、信教の自由条項は、内心における宗教的信念の規制についてはこれを絶対に許さないが、それが外部に現われた宗教的行為の規制についてはその限りではないという考え方が最高裁の判事たちを支配していた時期ということもできる。

2 Reynolds 判決

こうした信念と行為の二分論の考え方をこの分野で最初にはつきりと示したのが、一八七八年の *Reynolds v. United State* ⁽⁴⁾ である。宗教上の理由に基づいて一夫多妻制をとるモルモン教徒が、重婚を禁止する連邦法違反に問われた事件である本件において、ウエイト首席判事は次のように述べて、信教の自由条項違反の主張を退けた。すなわち、「議会は単なる意見についてのすべての立法権限を奪われたのであるが、社会的義務に違反したり、善良な秩序を破壊するような行為を自由に規制することは認められていた」⁽⁵⁾。「重婚禁止規定に問われた一夫多妻制

を「認めることは、表明された宗教的信念を国法に優越するものとするものであり、結果としてすべての市民に法を自分自身に都合のよいものとするを許すことになろう。そうした環境の下では、政府は名前だけの存在になりかねない」と。⁽⁶⁾

3 Braunfeld 判決 — 「間接的な負担 (indirect burden)」の概念

また、ペンシルバニア州日曜休業法が土曜日と宗教上の休日とする正統派ユダヤ教徒によって、彼らの信教の自由を侵害するゆえに違憲であると主張された Braunfeld v. Brown⁽⁷⁾ 事件でも、ウォーレン首席判事の相対多数意見は、Reynolds 判決を引用して、信教の自由条項に基づき主張を退けている。

ウォーレンは、次のようにいう。「当該制定法は、上告人の宗教実践を違法なものとしているのではない。同法は、単に世俗的な活動を規制するものすぎず、上告人らに適用される場合、それは彼らの宗教的实践をより費用のかかるものにするに過ぎない。(中略) 宗教の実践に間接的な負担を課すに過ぎない、すなわち宗教の実践自体を違法とするのではない法律を違憲無効とすることは、議会の活動範囲に根本的な制約を加えることになる」⁽⁸⁾。「もし、州がその権限内の事項につき、その目的と効果が州の世俗目的「すべての労働者に統一的な休日を実現するという目的」を促進することにある一般的な法を制定して行動を規制したとしても、州がそうした負担を課さない手段によっては当該目的を達成できない場合には、問題の制定法はたとえ宗教教義の実践に間接的な負担を生じたとしても有効である」と。

この判決は、信念と行為の二分論に基礎を置くものであるとともに、一般法に抵触するすべての宗教的活動が合憲的に規制されるのではなく、規制できる活動に一定の限定をつけていることが注目される。すなわち、州が世

俗目的を促進する一般的な法を制定して宗教の實踐に間接的な負担を生じたとしても、そうした負担を課さない方法によっては当該目的を達成できない場合には、問題の制定法は有効であるという「間接的な負担」という概念を示していたのである。⁽¹⁰⁾

三 Sherbert判決からSmith判決以前まで

1 Sherbert判決および失業保険に関する一連の諸判決

(1) 「必要不可欠の利益テスト」の導入

さらに、この「間接的な負担」の考え方を一歩進めて、一般的な規制法が宗教の實踐に実質的な負担を及ぼす場合には、その規制法を違憲とすることを認める信教の自由に関する独立の司法審査基準を生み出したのが、失業保険に関する事件である *Sherbert v. Verner* ⁽¹¹⁾ である。

本件は、信仰上の理由により土曜日に働かないことから解雇され、サウス・カロライナ州失業保険法に基づいて失業保険の請求をしたところ、同州雇用保障委員会によって受給資格がないとされたセプンスデー・アドファンティストに関する事件であり、この判決が導入した判例準則こそ、「必要不可欠の利益テスト (compelling interest test)」である。法廷意見は、*Braunfeld* 判決で反対意見の立場にあったブレナン判事が担当し、彼はまず次のように述べる。

サウス・カロライナ州最高裁の判決が維持されるためには、「上告人に失業保険の受給者としての資格を認めないことが彼女の宗教の自由な実践に関する憲法上の権利を何ら侵害しないものであるか、あるいは彼女の宗教の自

由な実践に対するなんらかの付随的な負担が、州の憲法上の規制権限内の事項に関する州の必要不可欠な規制利益 (compelling state interest) によつて正当化されるかのいずれかでなければならぬ⁽¹²⁾と。すなわち、同判事は、第一に失業保険給付を受ける資格がないとされることが上告人の宗教の自由な実践になんらかの負担を課すかどうか、第二に州の必要不可欠な規制利益が上告人の修正一条上の権利の實質的な侵害を正当化するかどうかの二つの問題が検討されねばならないとする。

第一の問題について、ブレナンは、「州雇用保障委員会の決定は、上告人に彼女の宗教上の教義にしたがつて失業保険を放棄するか、仕事を受け入れるために宗教上の教義の一つを捨てるかの選択を迫るものである。こうした選択を政府が迫ることは、上告人の土曜礼拝に罰金を科すことと同様の種類の負担を加えることとなる⁽¹³⁾」とする。第二の問題について、被上告人は宗教上の理由を装つた詐欺的な申し立ての危険を主張するが、同判事は、そうした濫用を修正一条上の権利を侵害することなく防止する他の規制手段がないことを、被上告人の側で立証する義務があるとす。次に、*Branford* 判決との相違点として、同判決の場合にはすべての労働者に統一的な休日を設定するという強い政府利益を実現する唯一の方法が、日曜休業法であつたことを指摘する。その上で、本件の場合には、宗教上の理由から失業保険の受給資格を認めないという、上告人の信教の自由の實質的な侵害を正当とするような理由は存在しないとしている⁽¹⁴⁾。

結論として上告人の主張を認めたこの判決は、信教の自由条項に関する違憲審査基準として、①一般的な法規制が信教の自由に實質的な負担を課す場合には、政府の必要不可欠の規制利益がその負担を正当化するか、そして②信教の自由を侵害することなく、その規制目的を達成する他の手段がないか、を検討する必要不可欠の利益テストを導入することにより、信教の自由のみに基づく違憲の主張をはじめ認める判決となつたのである。

(2) 失業保険に関する一連の諸判決

その後も、この失業保険に関する事件の領域では、九〇年の *Smith* 判決の前まで、この *Sherbert* 判決の必要不可欠の利益テストが維持され、現在まで三つの最高裁判決があるが、いずれの事件でも違憲の主張をした個人の側が勝訴している。

まず、① *Thomas v. Review Board, Indiana Employment Security, Div.* (一九八一年)⁽¹⁵⁾ は、戦車の砲塔を組み立てる部門に配置転換されたために、兵器の生産に携わることを禁止する宗教的信念に基づいて、兵器工場を退職したエホバの証人派の信徒に失業保険の給付を認めなかったインディアナ州の委員会の決定を *Sherbert* 判決に基づいて違憲無効とした。

また、② 八七年の *Hobbie v. Unemployment Appeals Com'n of Florida*.⁽¹⁶⁾ でも、*Sherbert* 事件の場合と同様と同じ状況にあった(すなわち、上告人の宗教的信念が雇用期間中に変化し、新たに仕事と信仰との矛盾が生じたケース)フロリダ州のセブンスデー・アドヴァンティストに失業保険の受給資格を認めた。

さらに、③ 八九年の *Franz v. Illinois Dept. of Employment Security*.⁽¹⁷⁾ は、特定の教派や教会には所属していないが「キリスト教徒として『主の日』に働くことはできなかった」として解雇され、失業保険の給付を請求した上告人の、信教の自由条項に基づく主張を認めた。全員一致の法廷意見を代表してホワイト判事は、上告人の信念が誠実なものであり、かつ性質上宗教的なものであることは疑いがないことから、彼が特定の教派 (sect)⁽¹⁸⁾ に属していないということは重要でないとした。⁽¹⁹⁾

この失業保険事件の領域では、信教の自由の主張をする者が、自分の生存に不可欠な職業ないし失業保険を取るか、宗教的信念を選ぶかの二者択一を迫られることから、最高裁もこの領域では信教の自由の主張を認めてきてい

るものと思われる。

2 Yoder 判決

信教の自由条項の解釈準則として *Sherbert* 判決が示した必要不可欠の利益テストが、失業保険の領域以外で適用され、信教の自由を主張する側が勝訴した唯一の例が、一九七二年の *Wisconsin v. Yoder* ⁽²⁰⁾ である。この事件では、アーミッシュ派の信徒である被上告人らが、その宗教的信念に基づき、八学年を終えた子をさらに継続して就学させなかつたため、一六歳までの就学義務を定めたウイスコンシン州義務教育法違反の有罪判決を受け、五ドルの罰金刑を科された。同州最高裁は、その有罪判決が信教の自由条項に違反するとして、これを覆した。

多数意見を書いたバーガー首席判事は、州の「普通教育上の利益は重大な」ものであるが、「それが修正一条の信教の自由条項によって特別に保護される基本的権利や利益、子の宗教教育に関する親の伝統的な権利を侵害する場合」には、両者の比較衡量がなされなければならないとし、さらに「最高度の利益であり、それ以外の方法では実現できない利益のみが、宗教の自由な実践に関する正当な主張に優越することができる」と述べて、必要不可欠の利益テストを採用することを明らかにする。⁽²¹⁾ その上で、「アーミッシュ派の伝統的な生活の仕方は、単なる個人の好みの問題ではなく、組織された集団によって共有された宗教的確信の一つであり」、また就学の継続は「親および子としてのアーミッシュ派の基本的な宗教教義と実践に矛盾する」ことを指摘し、⁽²²⁾ 八学年を越える一年ないし二年の義務教育は、アーミッシュ派の共同体の中でその時期に「理想的な」職業教育がなされていることからも、⁽²³⁾ 本件の場合は必要ないと結論して、州最高裁の判決を支持した。

3 必要不可欠の利益テストが適用されたものの規制が合憲とされた事件

次に、Shebert 判決が示した必要不可欠の利益テストを適用、もしくはそれに言及しながらも、信教の自由の主張を認めなかった判決例を見ることが出来る。これらは、(1)兵役免除に関する事件 (2)課税関係の事件 (3)国家の内部的事項に関する事件に大別することができる。⁽²⁴⁾

(1) 兵役免除に関する事件

兵役免除に関する事件である①Gillette v. United State (一九七一年)⁽²⁵⁾では、宗教上の理由に基づく徴兵免除を認めている選抜徴兵法の六条丁項が問題となった。同項は宗教上の理由にもとづいて「あらゆる形態の戦争に参加することに反対する」者に兵役を免除するが、すべての戦争ではなく、本人たちが「不正な」戦争と考える特定の戦争(具体的にはベトナム戦争)に反対する者に徴兵免除を認めないのは、信教の自由条項に違反するとの上告人の主張について、マーシャル判事による法廷意見は、Shebert判決を引用しながらも、上告人が感じていた付随的な負担は、軍事目的のために必要な人的資源を確保するという実質的な政府利益によって完全に正当化されるとして、その主張を退けた。⁽²⁶⁾

(2) 課税関係の事件

まず、一九八二年の②United States v. Lee⁽²⁷⁾は、ある農業と建築業を営むアーミッシュ派の信徒が、教義上、同朋の老人や貧困者を扶養しないことは罪深いことであると信じるという理由から、従業員のための社会保障税の支払いを拒んだ事件である。パーガー首席判事による多数意見は、必要不可欠の利益テストに言及し、社会保障制

度への強制的な参加は彼らの宗教実践を侵害することを認めた上で、それはこの制度の財政的基盤にとって不可欠なものであり、⁽²⁸⁾ 包括的な社会保障制度と多様な宗教的信念に基づく無数の免除要求とを調和させることは困難であらうとして、⁽²⁹⁾ 信教の自由に基づく主張を認めなかった。

翌年の⁽³⁰⁾ Bob Jones University v. United State では、バーガー首席判事による法廷意見が、建学の理念でもある宗教的信念に基づいて人種差別を行っていた大学の課税免除の地位の回復を求める主張を、⁽³¹⁾ 判決を引用して認めなかった。本件では、教育における人種差別を根絶するという政府利益が必要不可欠の利益とされ、この政府利益を達成するために利用できる他の「より制限的でない手段 (less restrictive means)」もないとされた。

八九年の⁽³²⁾ Hernandez v. Commissioner of Internal Revenue でも、サイエントロジー教会において行われる聴講と修練の費用収入について、連邦所得税からの控除を求めた教会の主張を、必要不可欠の利益テストを適用して退けている。ここで、マーシャル判事による法廷意見は、控除を認めないことが同教会の信教の自由を実質的な負担を課すことになるかどうか疑問であるとしながら、⁽³³⁾ Lee 判決を引用して、たとえそれが実質的な負担であったとしても、それは多様な宗教的信念に基づく無数の免除要求に脅かされない、健全な租税制度を維持するという広汎な公的利益によって、正当化されると判示した。

さらに、九〇年の⁽³⁴⁾ Jimmy Swaggart Ministries v. Board of Equalization of California では、宗教上の物品の販売に課される州の売上税および使用税について、課税免除を求めた宗教団体の主張が争点となった。オコナー判事による全員一致の法廷意見は、Hernandez 判決を引用し、宗教団体を含め広く一般に課される租税を支払うことは、上告人の宗教実践に憲法上重大な何らの負担も生ずるものではないとして、これを退けた。⁽³⁵⁾

(3) 国家の内部的事項に関する事件

まず、⑥Bowen v. Roy (一九八六年)⁽³⁶⁾では、連邦の社会保障プログラムの受給者となるための要件である、社会保障番号の使用を二歳の娘について拒否したアメリカン・インディアン⁽³⁷⁾の信教の自由の主張が、認められなかった。両親の宗教上の信念によれば、同番号を使用することは「娘から魂の力を奪う」ことになるという。パーガー首席判事による相対多数意見は、信教の自由は政府による一定の形式の強制から個人を保護するものであるが、同番号を使うという政府の内部的手続きに関する行為を政府に命令する権利を個人に与えるものではないことを示した⁽³⁷⁾上で、政府からの社会保障給付を確保することと宗教的信念を貫くこととの選択を間接的かつ付随的に強い政府規制は、宗教的に動機づけられた活動を処罰したり、宗教的理由から反対すべき行為を強制する政府の行為や立法とは全く異なり、宗教実践に間接的な負担を課しているに過ぎず、この場合には必要不可欠の利益による厳格な審査ではなく、規制が正当な政府利益の達成にとって合理的か否かの審査によるべきであるとした⁽³⁸⁾。

また、八八年の⑦Lyng v. Northwest Indian Cemetery Protective Association⁽³⁹⁾では、伝統的にインディアンの多くの部族によって宗教的儀式のための神聖な場所として使われてきた国有林地帯において、木材の伐採と道路建設を認める連邦森林局の計画は、その信教の自由を侵害するとするインディアン組織等の主張が、認められなかった。オコナー判事による多数意見は、まず「公有地における道路建設や木材の伐採は、社会保障番号の「政府による」使用と意味のある形では、区別することはできない⁽⁴⁰⁾」として、Roy判決との類似性を強調する。その上で、信教の自由に対する間接的な強制についても、最高裁の先例が修正一条に基づいた必要不可欠の利益による厳格な審査を行ってきたことを認めながらも、「このことは、ある宗教の実践をより困難にするかもしれないが、個人に対してその宗教的信念に反する行為を強制する傾向を全く持たない政府計画の付随的な効果」が、必ず厳格

な審査を要求することを意味するものではない、「憲法上、決定的な言葉は「禁止する」なのである」⁽⁴¹⁾として、厳格な審査の要求を退けた。

4 必要不可欠の利益テストが適用されなかった事件

この分類に入る最高裁の判決は二件あるが、いずれも権利が大きく制約される環境での事件である。

八六年の *Goldman v. Weinberger*⁽⁴²⁾ は、屋内での帽子等の着用を禁止した空軍の制服に関する規則に反して、ヤーマルカ (Yarnulke) を着用したために、戒告処分を受けた正統派ユダヤ教徒が、信教の自由侵害を理由として、損害賠償と同規則の差止命令を求めた事件の上告審判決である。レーンキスト判事による多数意見は、Sherbert 判決の必要不可欠の利益テストによる審査を要求した上告人の主張を退け、軍隊内部と一般の市民社会との相違を強調した上で、「軍事的な必要が、宗教的に動機づけられた行為に対する特定の制約を正当なものとするかどうかを評価するに際して、裁判所は特定の軍事的利益の相対的な重要性に関する軍事当局の専門的判断に大きな敬意を払わなければならない」として、同規則の合憲性を認めた。⁽⁴³⁾

また、八七年の *O'Lone v. Estate of Shabazz*⁽⁴⁵⁾ は、刑務所内での作業に関するニュー・ジャージー州の規則が宗教儀式に参加することを妨げるゆえに、信教の自由条項に違反するというイスラム教徒である囚人達の主張を認めなかった。レーンキスト首席判事による多数意見は、刑務所内において憲法上の基本権侵害が問題になる場合には、「合理性」の基準が適用されるとした上で、同規則は刑務所の秩序と安全という正当な政府利益に合理的な関連性を持っているとし、また刑務所の管理者に、信教の自由に便宜を図るための代替手段がないことを立証させることは誤りであるとした。⁽⁴⁷⁾

5 小結

以上、述べてきたことをここで簡単に要約し、若干の検討を加えるとすれば、次の四点を指摘することができる。

第一に、信教の自由条項の解釈について、合衆国最高裁は当初、同条項に表現の自由条項から独立した意義を認めない態度をとり、また信念と行為の二分論を強調する考え方に立っていたが、一九六三年の *Shepherd* 判決を契機として、憲法上信教の自由に与えられるべき高い地位に基づき、最高裁は一般に適用される文面上中立的な世俗法が、宗教実践に与える負担に注目した必要不可欠の利益テストという新たな審査基準を導入した。

第二に、信教の自由に関する合衆国最高裁の *Smith* 判決以前の判決群は、三つのグループに分けることができるということである。すなわち、第一のグループには、失業保険の受給資格に関する一連の判決と *Yoder* 判決が分類され、そこでは最高裁は、必要不可欠の利益テストを適用して信教の自由条項に基づく主張を認めてきている。しかし、その他の多くの領域、すなわち3で見た第二のグループ、兵役免除、課税関係そして国家自身の内部的事項に関する事件では、このテストを適用あるいはそれに言及しながらも、結果として規制を合憲としてきているし、4で見た第三のグループでは、軍隊や刑務所といった権利が大きく制限される環境での事件であることから、このテストを使わずより緩やかな審査基準によって、信教の自由に基づく違憲の主張を退けてきている。ただ、その違憲主張が認めらるかどうかは別として、このテスト自体は *Smith* 判決直前の九〇年の *Jimmy Swaggart Ministries* 判決まで、第一と第二グループの領域では、継続して使われてきたことが注目されなければならない。

第三に、しかし実際に信教の自由に基づく主張が認められたかどうかという観点で考えると、民主的な政治過程の中で、その政治的意思や宗教的見解を法制度に反映することの困難な宗教的少数者に対してこそ、信教の自由条

項による権利保障が求められるにもかかわらず、こうした宗教的少数者の権利主張が認められたのは例外的に、第一のグループの事件だけである。とくに第二グループの Roy 判決と Lyng 判決については、必要不可欠の利益テストの適用の仕方とその結論に、反対意見が説くように大きな疑問を感じるが、両判決ともアメリカン・インディアンに関する事件であり、そこに窺われるのは、こうした宗教的少数者に対する現在の最高裁の冷淡な態度であるということができると思われる。

第四に、信教の自由の領域における判例準則としての必要不可欠の利益テストに注目するとすれば、このテスト発動の要件に関わる政府規制が信教の自由に与える「負担」という要素と、政府規制の「必要不可欠性」の要素が重要であり、特にこの領域では「負担」の要素がテストの運用に重大な役割を果たすと考えられる。例えば、例外的に信教の自由の主張が認められてきた失業保険に関する事件では、職業ないし失業保険を取るか宗教的信念を選ぶかの二者択一が迫られ、そこでは宗教実践に対する非常に「大きな負担」が認められるのである。にもかかわらず、最高裁は、これまでこの要素自体を明確に定義せず、ある場合には「実質的な負担」といい、また別のところでは「付随的な負担」といって、その存在を容易に認め過ぎてきたのではないかと考えられる(例えば、Gillette 判決など)。このことは、同テストの適用に当たって、平等保護や表現の自由の領域ではまず認められることのない「必要不可欠の政府利益」の存在が、かなり容易に肯定されてきた、あるいは肯定されざるを得なかった(第二グループの①②判決を参照)という問題ともつながっている。さらにこの問題は、本来、最も厳格な司法審査基準であるはずのこのテストの厳格さを著しく損ない、それを他の中間的な審査基準と実際の機能面においてほとんど異ならないものとしてきた一因でもある⁽⁴⁸⁾。

この点で注目されるのが、Roy 判決と Lyng 判決である。両判決の論理と結論に大きな批判があることは今述べ

た通りであり、いずれの判決も争点となっている政府規制が宗教実践に及ぼす「負担」について、明確に定義をし
ているわけではないが、「間接的かつ付随的な」負担では同テストの発動の要件として十分ではないとして、これ
を厳格に解すべき方向を示している点が注目されるのである。

四 Smith 判決とその評価

1 Employment Div., Dept. of Human Resources, of Oregon v. Smith⁽⁴⁹⁾

(1) 事件の概要

本件に登場する被上告人らもアメリカン・インディアンである。オレゴン州法は、ペイオウティ (peyote) を含
む「統制物質」を故意に所持することを、それが医療関係者によって処方されたものでない限り、刑事罰をもつて
禁じている。被上告人兩名は、彼らが所属するネイティブ・アメリカン・チャーチの儀式における聖餐の目的でペ
イオウティを吸ったことを理由として、民間の薬物中毒リハビリテーション団体から解雇された。被上告人らは、
上告人である州の人的資源局雇用部に失業保険の申請をするが、彼らは職務に関連した「非行」により解雇された
として、失業保険の受給資格がないものと決定された。オレゴン州最高裁は、失業保険の給付を認めないことは被
上告人らの宗教の自由な実践の権利を侵害するとして、雇用部の決定を無効とした。⁽⁵⁰⁾

(2) スカリア判事による法廷意見

スカリア判事が原判決を破棄する法廷意見(これにレーンキスト首席判事、ホワイト、ステイーヴンス、ケネディ

の各判事が同調)を代表し、オコナー判事が同意意見(その第一部と二部についてのみ、ブレナン、マーシャル、ブラックマンの各判事が同調し、これら三判事は判決主文には同意せず)を、ブラックマン判事が反対意見(これにブレナン、マーシャル両判事が同調)をそれぞれ書いている。つまり、スカリアの書いた法廷意見について言えば、五対四の判決といふことができる。

(a) 宗教的行為の禁止に向けられた規制と付随的にそれを禁止する規制との区別論

スカリアによる法廷意見は、最初に信教の自由条項が意味するものの検討から始める。それは「何よりもまず、いかなる宗教的教義であれ、各人が望む宗教的教義を信仰し、告白する権利を意味する」ものであるが、それは宗教的行為の自由をも含むものであるとする。しかし、法廷意見は憲法が保障する宗教的行為の自由を限定的にとらえており、州が宗教的な目的のためにだけなされる行為、たとえば礼拝用の像の鑄造や崇拜の対象物に拝礼することなどの行為を禁止すれば、それは信教の自由条項違反であるとする。そして同条項の解釈として、宗教の自由な実践を禁止することが、ある規制行為の目的ではなく、それが一般に適用されその他の点では有効な規制の付随的な効果にすぎない場合には、信教の自由条項違反とはいえない⁽⁵¹⁾という。すなわち、法廷意見の論理に従えば、中立的で一般に適用される法は宗教実践を規制する形で適用されるのであり、しかもそうした規制からの免除を認めないことについて、政府は何の理由を示す必要もないことになるのである⁽⁵²⁾。

(b) 他の憲法上の保障規定との混成的な事件について

ただ、法廷意見は、*Yoder* 判決等を引用しながら、従来の判例の中には、信教の自由条項が他の憲法上の保障規定、たとえば言論の自由や出版の自由、子の教育を決定する親の権利と結びついたとき(hybrid situation—混成的状態)に、宗教的に動機づけられた活動に対して、中立的で一般的な法を適用することを違憲としたものがあ

ることを認める。しかし、本件の場合にはこうした信教の自由条項が他の憲法上の保障規定と結びついていないわけではないので、被上告人の主張は認められないとする。⁽⁵³⁾

(c) Sherbert テストについて

次に法廷意見は、本件に Sherbert 判決の示した必要不可欠の利益テスト（スカリアはこれを Sherbert テストと呼ぶ）が適用されるか否かの問題について、検討を進める。彼は、このテストの下において、宗教の実践に実質的な負担を課す政府の活動は、必要不可欠の政府利益によって正当化されなければならないが、最高裁は、かつて一度も失業保険の拒否事件を除き、このテストに基づいて政府の活動を違憲無効としたことはないという。確かに、最高裁がときおりそれ以外の領域における信教の自由侵害に関する事件に、このテストを適用した上で合憲判断を下してきていることを認めた上で、法廷意見はこうした違憲主張について、同テストを適用することはできないと判断することがより適切な考え方であると結論する。⁽⁵⁴⁾

その理由としてスカリアは、もし必要不可欠の利益テストが採用されるとすれば、宗教的に動機づけられたと考えられるすべての個人の行為に適用されねばならず、このテストが文字通り適用されれば多くの法律が無効とされ、社会の中における宗教的信念の多様化が進むにつれて、無政府状態を招く危険が増大するからであると述べる。⁽⁵⁵⁾

(d) 民主的な政治過程における信教の自由の価値の実現について

最後に、法廷意見は民主的な政治過程において、信教の自由の価値を増進することの重要性について述べ、宗教との協調のあり方を政治過程に委ねることは、恐らく広く行われていない宗教を相対的に不利な地位に置くことになろうが、そうした民主政治の避けることのできない結果は、すべての宗教的良心が法となったり、裁判官がすべての法の社会的重要性をすべての宗教的信念の中心性と比較衡量する制度よりも優先されねばならないという。⁽⁵⁶⁾

以上の理由から、ベイオウティの宗教的使用により解雇された被上告人に失業保険の受給資格を認めないことは、信教の自由条項に適合しており、原判決は破棄されるとする。

(3) オコーナー判事の同意意見

オコーナーは、判決の本文には同意するが、法廷意見に賛成することはできないという。なぜなら、スカリアの法廷意見は、十分定着した修正一条の解釈論から著しく逸脱するものであり、本件の解決には不必要であり、かつ個人の信教の自由に対するわが国の基本的な重視の態度と矛盾するからであるとする。⁽⁵⁷⁾

(a) 宗教的行為の禁止に向けられた規制と付随的にそれを禁止する規制との区別論

オコーナーは、まず法廷意見が示した信教の自由条項の限定的な解釈、すなわち、「宗教の自由な実践を禁止することが、一般的に適用され他の点では合法的な規定の付随的な効果にすぎない場合には、修正一条」[すなわち信教の自由条項]「違反ではない」という解釈―宗教的行為の禁止に向けられた規制と付随的に宗教的行為を禁止する規制との区別論―は、修正一条の恣意的な解釈であり、最高裁がこの条項に関して形成してきた判例法を無視するものであると厳しく批判する。これは、禁止規定が一般的に適用されるものである限り、政府が宗教的信念によって動機づけられた行為を何の正当化もせずに禁止することを許す解釈であり、オコーナーによれば、修正一条はこうした区別をしておらず、むしろ信教の自由に関する最高裁の先例のすべては、宗教の実践に重大な負担を課す効果を持つ、一般に適用される法に関するものであったとする。⁽⁵⁸⁾

(b) 他の憲法上の保障規定との混成的な事件について

法廷意見は、Yoder 判決等が信教の自由条項だけでなく他の憲法上の保障規定にも根拠を持つ「混成的な」事

件であるとして、信教の自由のみを根拠として、宗教的に動機づけられた活動に対して、中立的で一般的な法を適用することを違憲とした先例は、失業保険関係の事件を除いてないという。しかし、同判決が明らかに信教の自由条項に依拠した判決であること、そして最高裁がこの判決を同条項の解釈論の中心的なものと考えてきたことの二つを否定することはできないと指摘する⁽⁵⁹⁾。

(c) 必要不可欠の利益テストについて

オコーナーは、最高裁は今日まで一貫してこの信教の自由の領域で、必要不可欠の利益テストによる審査をしてきており、法廷意見がいうように最近の判決において、このテストの適用をやめたということはないと反論する。法廷意見が挙げる Roy と Lyng の両判決は、政府に対してその内部的事項を特定の市民の宗教的信念に適合する方法で行うことを求めた事件であり、明らかに Sherbert 判決とは区別され、また Goldman と O'Lone の両判決も、最高裁が伝統的に必要不可欠の利益の立証を要求してこなかった、狭く限定された状況において生じた事件であるとする⁽⁶⁰⁾。

(d) 必要不可欠の利益テストが一般法に適用された場合の弊害について

法廷意見はこのテストが付随的に宗教的行為を禁止する一般法に適用されると、無政府状態ないし「憲法上変則的な」事態が生ずるとするが、オコーナーは、従来裁判所は宗教的自由と、競合する政府利益との間の良識的な均衡をとる形でこのテストを適用してきているのではないかという⁽⁶¹⁾。

(e) 少数派の宗教が不利な立場に置かれるのは、民主制の不可避の結果であるという主張について

オコーナーは、修正一条はその宗教実践が多数派とは異なり、敵意をもって見られることも多い人々の権利を守るために、まさに制定されたのであり、必要不可欠の利益テストは、多元的な社会にあって宗教的な自由を最大限

保持しようとする修正一条の要請を反映していると述べている。⁽⁶²⁾

結論として、オコナー自身は、本件にも必要不可欠の利益テストを適用し、オレゴン州の刑事的禁止規定の統一的適用は、薬物の使用によって生じる身体的被害を防止するという州の必要不可欠の利益を成就するために欠くべからざるものであるとして、結論については法廷意見に同意する。⁽⁶³⁾

(4) ブラックマン判事の反対意見

ブラックマンは、まず必要不可欠の利益テストを信教の自由条項を解釈する際の最高裁が確立した侵すことのできない原則だと考えてきたとし、オコナーの意見のうち、法廷意見に同意する結論部分を除いた信教の自由条項の解釈論に賛成であるとする。彼女の結論に反対する理由として次のように述べる。

(a) 本件で被告人の信教の自由の主張と比較衡量されるべきものは、「ドラッグとの戦争」という州の広い利益ではなく、ペイオウティの宗教的使用を例外としても認めないという州の限定された利益なのであり、実際には、州はペイオウティの宗教的使用に薬物法を適用する具体的利益をならん立証していない。⁽⁶⁴⁾

(b) また、州はペイオウティの宗教的使用に例外を認めると薬物法の統一的な執行に支障が生じ、宗教を理由とした例外を求める他の請求が洪水のように出される恐れがあるとするが、合衆国の約半分の州と連邦政府は、長い年月にわたって、ペイオウティの宗教的使用に刑事免責を認めてきているが、州当局のいうこうした恐れは現実化していないのであり、それは杞憂にすぎないとする。⁽⁶⁵⁾

2 Smith 判決の評価

(1) 学説による評価

Smith 判決の法廷意見に対する、オコーナーら四人の判事の厳しい批判については、今紹介した通りであるが、学説の評価も一般に批判的であり、一〇〇人を越える憲法学者が本判決の再弁論を求める申立てに名を連ねたとされる⁽⁶⁷⁾。そこで、ここでは、この信教の自由の分野における指導的な学者の一人であるシカゴ大学のマッコネル (Michael W. McConnell) の、この判決に対する批判的検討を紹介することにした。

(2) マッコネルの批判

彼は、Smith 判決の直後に、「信教の自由の解釈論についての修正主義とスミス判決」という論文を発表し、この判決に詳細な批判的検討を加えており、彼の批判は大きく四つの点に要約できる。

まず第一に、彼は Smith 判決に重大な手続上の弱点があることを指摘する。特にそれは、本件の審理に当たって、最高裁に信教の自由条項の解釈の再検討を求めた準備書面は一件も提出されていないという点に表れている⁽⁶⁹⁾。通常、確立した先例を再検討する事件においては付加的な準備書面の提出などを求める慣行があり、この点が、再弁論を求める申立てにきわめて多くの憲法学者が署名することになった原因であるともいわれる⁽⁷⁰⁾。

第二に、最高裁は信教の自由条項自体に十分な尊重を払っておらず、特にその条項の歴史を無視しているとする。マッコネルは、Smith 判決の下される少し前に、ハーバード・ロー・レビューに「信教の自由条項の起源と歴史的理解⁽⁷¹⁾」という長編の論文を掲載しており、その論文の中で彼は、信教の自由条項が一般法からの宗教的理由に基づく免除を要請しているという解釈は、憲法草案の起草者たちの意図に合致し、宗教的自由と制限された政府についての当時の一般的な理解とも一致すると結論している⁽⁷²⁾。ここから、もし、最高裁がこの条項の歴史をたとえわずかでも調べたならば、必要不可欠の利益のテストが憲法の伝統と常識の双方に矛盾するなどと無造作に言う

ことはできないであろうと、Smith 判決を批判する。⁽⁷³⁾

第三に、Smith 判決の先例の扱ひ方は、議論を混乱させており、話にならないほどひどいとする。つまり、オコーナー同意意見も指摘していたように、同判決は先例を恣意的に操作しているという批判である。マッコネルは、ここでその恣意的な操作の例を列挙しているが、その一つとして、Smith 判決が Yoder 判決を「混成的な事件」としたことを挙げる。実は、Yoder 判決自体が、両親は非宗教的な理由に基づいて義務教育法に違反する権利をもつものではないとはっきりと述べていたのであり、それを混成的事件としたのは、単に本件と Yoder 事件を区別するためであつたのではないかと指摘する。⁽⁷⁴⁾

第四に、彼は Smith 判決が結局のところ条項自体にも歴史にも先例にも基礎を置いていないことから、その理論的根柢についての慎重な検討と徹底した反論が必要であるとする。⁽⁷⁵⁾ 同判決の理論的根柢は、先に法廷意見の(d)として紹介した部分に集約的に現れているとして、これをそこに含まれる五つの主張、すなわち①宗教条項の下における宗派的な中立性の重要性を暗黙の内に否定する考え方、②信教の自由に基づく一般法からの免除は宗教に対する特別な優遇処置であり、一般に適用される法は必然的に中立的であるという発想、③信教の自由に基づく免除は憲法的変則であるという主張、④こうした免除についての判断は本質的に主観的なものであり、議会の仕事であるという主張、⑤Smith 判決法廷意見の最も重要なテーマである、個人の宗教的良心が法に優越することは法の支配に反するという考え方に分けて、それぞれについてかなり詳細な論駁を加えている。結論として、マッコネルは同判決に従えば、信教の自由はもはや優越的な自由ではなくるとし、少数派の宗教のための真実の中立性こそ、多数派の道徳と彼らの宗教的な前提を反映する単なる形式的な中立性に優先すると述べている。⁽⁷⁶⁾

ただ、彼は Smith 判決以前の多くの判決が、厳密な意味では必要不可欠の利益テストを適用してこなかったこ

とを認める。しかし、最高裁がこのテストを無力な合理性の基準に変更することを支持するものは、先例の中には一つもないのであり、むしろ Smith 判決が行ったような極端な変更ではなく、最高裁は必要不可欠の利益テストをより現実的な基準に作り替えるべきであったと主張する。⁽⁷⁷⁾

五 Lukumi Babalu Aye 判決と連邦議会の対応

1 Church of the Lukumi Babalu Aye v. City of Hialeah ⁽⁸²⁾

(1) 事件の概要

Smith 判決が、こころした厳しい批判を受ける中で、同判決の見直しがなされるかどうか、注目された事件が、Lukumi Babalu Aye 事件であった。この事件に登場する上告人は、その宗教儀式の主要な形式の一つとして、動物の生贄を行うサンテリア教 (the Santeria religion) の教会とその信徒達である。サンテリア教は、数十万人の Yoruba の人々が奴隷として東アフリカからキューバに渡った時に、彼らの伝統的宗教がローマ・カトリックの重要な要素を吸収して生まれたものとされる。生贄とされる動物達は、頸動脈を切って殺され、癒しや死の儀式の場合を除いて、儀式の後に調理され食物となる。⁽⁷⁹⁾

同教会が一九八七年、被上告人であるヒールリー市に土地を借り、礼拝の施設等を建設する計画を発表した後に、同市議会は、フロリダ州動物虐待禁止法を組み込んだ、動物を不必要にまたは残虐に殺害した者を広く処罰し、また動物を生贄とした者を処罰することなどを規定したの四つの条例を制定した。そこで、上告人は、信教の自由に関する彼らの権利が侵害されるとして、宣言的判決、差止め命令および損害賠償を求める訴訟をフロリダ州南地区連

邦地裁に提起した。

同地裁は、公衆の健康に対する危険と動物の虐待を防止することに關する政府の必要不可欠の利益は、宗教儀式における生贄を条例により完全に禁止することを十分に正当化することなどを理由として、請求を棄却し、連邦控訴裁判所も上訴を棄却した。

(2) 判決の内容

ケネディ判事が、原判決を破棄する法廷意見(これに部分的にレーンキスト首席判事、ホワイト、ステイヴンズ、スカリア、ソーター、およびトーマスの各判事が同意)を代表し、スカリア、ソーター、およびブラックマンの各判事が同意意見を書いている。意見は多岐に分かれているが、結論については全員一致の判決である。オコーナー判事が加わったブラックマン判事の同意意見については後に紹介する。

(a) ケネディ判事による法廷意見

ケネディは、Smith 判決を挙げて、信教の自由条項に關する最高裁の先例は、中立的でかつ一般に適用される法は、たとえ特定の宗教実践に負担を課すという付随的な効果を持ったとしても、必要不可欠な政府利益によって正当化される必要はないが、この中立的でかつ一般に適用されるといふ要件を欠く法の場合は必要不可欠な政府利益によって正当化され、かつ当該利益を促進するために限定的に規定されていなければならないとする。⁽⁸⁰⁾

そこで、本件の条例が中立的かどうかについて検討を行い、条例の文言は注意深く動物の宗教的な殺害を禁止し、それ以外のほとんどすべての世俗的な殺害を除外していることなどを理由として、これを否定している。⁽⁸¹⁾次に、条例の一般適用性についても、これらの条例は宗教的信念によって動機づけられた行動にのみ向けられているとし

て、この点も否定する。⁽⁸²⁾さらに、最初に述べた準則により、本件条例が必要不可欠な政府利益によって正当化されているか、またその利益のために限定的に規定されているかを検討し、いずれも認められないので違憲であると結論する。⁽⁸³⁾

(b)ブラックマン判事の同意意見

ブラックマンは、本件条例が違憲無効であるとの法廷意見の結論には同意するものの、*Smith* 判決に依拠するその理由付けに対しては賛成できないとの立場から、同意意見を提出している(オコーナー判事もこれに加わる)。彼はまず、*Smith* 判決は個人の積極的な自由としての信教の自由の価値を無視し、信教の自由条項を一つの反差別原理としてしか扱っていない故に、誤った判決であると現在も考えていると述べた⁽⁸⁴⁾上で、必要不可欠の利益テストに基づいて本件条例を検討し、違憲無効の結論を導いている。ここで、ブラックマンが指摘しているのは、本件は、地方議会が直接、宗教的実践に負担を課した希な事件であり、解決も容易であった。しかし、上告人が一般的に適用される動物虐待禁止法からの適用除外を求めたとすれば、解決困難な事案が提出されたことになったであろうという点である。すなわち、その場合には最高裁は、信教の自由条項が動物の虐待からの保護という目的を真摯に追求する、中立的で一般に適用される法律から宗教的理由に基づく例外を要求するのかという問題に、直面せざるを得ないからである。⁽⁸⁵⁾その場合には、*Smith* 判決が型通り適用され、結論的には信教の自由の価値よりも動物愛護の価値の方が、憲法上重要であるかのような判断が下される可能性が高いのであり、彼は *Smith* 判決自体の見直しを強く求めたのである。

2 連邦議会の立法的対応

以上のように、最高裁は *Lukumi Babalu Aye* 事件において、全員一致の判決で教会側の主張を認め市条例を違憲無効としたものの、*Smith* 判決の示した新しい基準を適用した判断であり、法廷意見はその見直しに全くふれていない。こうした中で注目されるのが、連邦議会が一九九三年と九四年に制定した二つの制定法である。

(1) 一九九三年信教の自由回復法 (Religious Freedom Restoration Act of 1993)⁽⁸⁶⁾

上下両院の圧倒的多数で可決され、九三年一月一六日クリントン大統領の署名により成立したこの制定法は、まさしく *Smith* 判決によって否定された必要不可欠の利益テストを復活させ、同判決によって侵害された信教の自由を回復しようとするものである。同法は、①連邦議会の事実認識と立法目的の宣言(1000b 条)、②保護される信教の自由(1000b-1 条)、③用語の定義(1000b-2 条)、④適用(1000b-3 条)、⑤本法によって国教樹立禁止条項は何らの影響も受けないこと(1000b-4 条)の五条から構成されるが、その中心は①、②、④の各条項にある。

まず、①において、議会の事実認識として、宗教に対して中立的な法も、その実践の妨害を意図した法と同様に宗教の実践にとって負担となるのであり、政府は中立的な法による実質的な負担について「さわめて説得的な(over-impelling)正当化をしなければならない(必要不可欠の利益テスト)。*Smith* 判決は、このテストを事実上消滅させてしまったが、同判決以前の判例準則であったこのテストは、信教の自由と競合する政府利益との適切な衡量のための使用可能な基準であるとした上で、これを回復し、政府がその宗教実践に実質的な負担を課している者に請求権または防御を与えることが本法の目的であるとす。次に②では、原則として、政府は一般的に適用される法によっても個人の宗教実践に実質的な負担を課してはならないとした上で、例外的にそれが許される場合の基準

(必要不可欠の利益テスト)を「政府は、ある者に負担を強いることが必要不可欠の政府利益を促進し、かつそれが当該利益を促進する最も制限的でない手段であることを立証した場合にのみ、その者の宗教実践に対して実質的な負担を課することができる」(9項)と明確に定義している。さらに、④では、本法がすべての連邦法と州法、そしてそれらの執行にあたってなされるすべての法的処置に適用されることが確認されている。

同法の制定に関わったある論者によれば、この法律の特色は、すべての事件に適用される判例準則として必要不可欠の利益テストを回復し、とくに保護されるべき宗教実践のリストなどを掲げることなく、その具体的な適用のあり方を完全に裁判官に委ねたところ、すなわちその一般性にあるとされる。その意味で同法は、単なる制定法であるが、信教の自由条項の下で以前に存在していた権利を回復するものとして、憲法的な機能を果たすことを意図した制定法であるといわれるのである⁽⁸⁸⁾。

また、同テストについては、Smith判決以前において実際には、それが厳格な審査基準として文字通りには適用されてこなかったという点、そしてそれはこのテストにおける「負担」の要件を明確にせず、その存在を容易に認め過ぎてきたことにその一因があるのではないかという点は、既に指摘した(三の5 小結)。これらの点について、同じ論者によれば、同法が条文化したこのテストは Sherbert および Yoder 判決の示した厳格なものであり、「必要不可欠の政府利益」による正当化に関しても、定義規定(1000p.1条9項、特に規制手段について「最も制限的でない手段であること」を要求する)により、政府規制が全体として必要不可欠の政府利益によって正当化されるだけでは不十分であり、宗教的理由による当該規制からの免除を認めないことが必要不可欠の利益によって正当化されねばならないとして、これをあくまで厳格に行うことを目指すものであるとされる⁽⁸⁹⁾。その上で、むしろ同法は、このテストの適用のあり方についての反省を踏まえて、宗教実践に対して「実質的に負担を課すこと」

となるかどうかでテスト発動に絞りをかける考え方を採用しているとされ、「負担」の要件の明確化とその重視が一つの特徴となっている。⁽⁹¹⁾

(2) 一九九四年アメリカン・インディアン信教の自由修正法(American Indian Religious Freedom Act of 1994)⁽⁹²⁾
昨年一〇月六日に成立したこの修正法は、一般に「アメリカン・インディアン信教の自由法」と呼ばれる連邦法に、新しい条項である第三条を付け加えるものであり、同条では、アメリカン・インディアンによる宗教目的での伝統的なペイオウティの使用、所持、輸送を連邦法と州法のいずれにおいても合法とし、それらの行為に基づく制裁や差別的扱いを、公共援助プログラムに基づく給付金の受給を含めて、すべて禁止している。⁽⁹³⁾

下院報告書によれば、前記の九三年信教の自由回復法により回復された必要不可欠の利益テストが、果たしてインディアンによるペイオウティの宗教目的での使用に適切な法的保護を与えるかどうか不明であったことから、本法が制定されたとされる。⁽⁹⁴⁾ 同法は、信教の自由回復法のような一般性を持つものではないが、Smith 判決の判示事項について、同判決を立法的に正面から否定するものとして注目されるのである。

六 結びにかえて

Smith 判決のオコーナー同意意見が述べていたように、多数派主義的な民主政治の過程の中でその意思を法制度の中になかなか表現できない、宗教的少数者の信教の自由を保障するためにこそ、修正一条の信教の自由条項は制定されたといわれる。こうした理念に添う形で、六〇年代には、Sherbert 判決によって、この領域に必要不可欠の利益テストが導入され、Smith 判決まで維持されてきたものの、失業保険に関する一連の判決と Yoder 判

決の例外を除いて、最高裁は宗教的少数者の信教の自由の主張に対して冷淡な傾向を示してきた。九〇年に下された *Smith* 判決は、最高裁のこうした傾向を判例準則のレベルで定式化したものと考えられる。しかし、その法廷意見は五人の裁判官が支持するのみで、他の四人の裁判官が真つ向から反対し、学説の多くも批判的であったことは、本文で述べた通りである。

さらに連邦議会による二つの制定法の制定は、必要不可欠の利益テストを新しい形で復活させようとするものであるが、これらの立法は、次の三つの点で注目される。第一に、九三年信教の自由回復法は *Smith* 判決の示した一般的な判例準則を、九四年信教の自由修正法は同判決の具体的対象であったベイオウティ使用についての判断を、それぞれ全面的に否定する法律であり、これらの立法は最高裁に対する議会の挑戦と言つてよいであろう。二つの制定法が、合衆国の統治システム特に司法審査制度のあり方に与える影響が注目される。第二に、信教の自由回復法の制定にあたっては、キリスト教、イスラム教、シーク教といった宗教団体から世俗的な人権団体まで、連邦議会の左派から右派までが一致して支持に回ったとされ、⁽⁹⁵⁾ こうした議会と世論の声に対して、定義し直された必要不可欠の利益テストの適用の問題を中心として、最高裁をはじめとする裁判所がどのように応えていくのか、*Smith* 判決の基本的な司法哲学が、立法に反映された多数者意思の尊重であっただけに、とりわけ興味深い。第三に、判例準則としての必要不可欠の利益テストの妥当性の問題として、同法は、*Smith* 判決以前にこのテストが厳格審査基準にふさわしい厳格さを失っていたことから、「負担」の要件を明確にすることなどを通してそれを回復することを目指しており、こうした議会の試みが成功するかどうかという点も重要であろう。

(1) 神戸地判一九九三・二・二三判タ八二三号一三四頁(原級留置処分についての本案判決)など。これに関しては、多くの文献がある

が、たとえば野坂泰司「公教育の宗教的中立性と信教の自由―神戸高専事件に即して―」立教法学三七号一頁(一九九二)、戸波江二「信教の自由と剣道受講義務」筑波法政一六号一頁(一九九三)、小林武「信教の自由と公教育の宗教的中立性―『エホバの証人』神戸市立高専剣道実技履修拒否事件をめぐって―」(一)(二)南山法学一七巻二号九一頁、三号一〇一頁(一九九三、九四)などを参照。なお、学会での報告後の昨年二月二三日、大阪高裁は「審判決を取り消し、原級留置・退学処分を取消す、きわめて注目すべき判決を下した(朝日新聞一九九四年二月三日付)。

- (2) *Minersville School Dist. v. Gobitis*, 310 U.S. 586 (1940).
- (3) *West Virginia State Board of Education v. Barnette*, 319 U.S. 624 (1943).
- (4) 98 U.S. 145 (1878).
- (5) *Id.* at 164.
- (6) *Id.* at 167.
- (7) 366 U.S. 599 (1961).
- (8) *Id.* at 605-6.
- (9) *Id.* at 607.
- (10) この「間接的な負担」の概念は、後に必要不可欠の利益テストの中で「実質的な負担」の考え方として重要な意味を持つこととなる。
See GERALD GUNTHER, *CONSTITUTIONAL LAW* 1559 (12th ed. 1991); LAURENCE H. TRIBE, *AMERICAN CONSTITUTIONAL LAW* 1255, n28 (2d ed.1988).
- (11) 347 U.S. 398(1963).
- (12) *Id.* at 403. フロートンは「判決の後半部分」の「付随的な負担 (incidental burden)」を「実質的な侵害 (substantial infringement)」と同一視している (*Id.* at 406, 407).
- (13) *Id.* at 404.
- (14) *Id.* at 406-9.
- (15) 450 U.S. 707 (1981).

- (16) 480 U.S. 136 (1987).
- (17) 489 U.S. 829 (1989).
- (18) *Id.* at 830.
- (19) *Id.* at 832-33.
- (20) 406 U.S.205 (1972). けれども、これは「瀧沢信彦「宗教的理由による義務教育拒否の憲法問題—Wisconsin vs. Yoder 事件判決の検討—」宗教法一三五頁(一九九四)参照。
- (21) 406 U.S. at 214-15.
- (22) *Id.* at 216-18.
- (23) *Id.* at 224.
- (24) See G. STONE, L. SEIDMAN, C. SUNSTEIN & M. TUSHNET, CONSTITUTIONAL LAW 1513-19 (2d ed.1991). カンパ、ハの「テストが適用された」事件とは、同テストの第一段階で法規制が信教の自由に憲法上意味のある負担を課していないと裁判所が判断したために、次の段階の必要不可欠の政府利益による正当化の審査に至らなかった事件も含むこととする。
- (25) 401 U.S. 437 (1971).
- (26) *Id.* at 462.
- (27) 455 U.S. 252 (1982).
- (28) *Id.* at 257-58.
- (29) *Id.* at 259-60.
- (30) 461 U.S. 574 (1983).
- (31) *Id.* at 604.
- (32) 490 U.S. 680 (1989).
- (33) *Id.* at 699-700.
- (34) 493 U.S. 378 (1990).

- (35) *Id.* at 384-85, 392.
- (36) 476 U.S. 693 (1986).
- (37) *Id.* at 700.
- (38) *Id.* at 706-8. 本件の二つの争点のうち、信教の自由を根拠として、社会保障番号の提出拒否を理由とする被上告人への社会保障上の給付の当局による拒否に対して、差止め命令が認められるかという争点については、これを否定するバーガーの相対多数意見に賛成したのはパウエルとレーンキストだけであった。ところが、実は既に当局は被上告人の娘の社会保障番号を入手していたことが判明したこと、およびもう一つの争点である、信教の自由を根拠とする、(当局が入手していた)娘の社会保障番号の当局による使用などの差止め命令に關しては、これを否定する八名の裁判官による多数意見が形成されたことから、ブラックマンとステイヴィンズが最初の争点について本件を *moot* と考えたため、原判決破棄、差戻しの判決本文についての多数派が形成されたのであった。*Id.* at 712-16 (Blackmun, J., concurring in part); *Id.* at 716-23 (Stevens, J., concurring in part and concurring in the result).
- (39) 485 U.S. 439 (1988).
- (40) *Id.* at 449.
- (41) *Id.* 450-51. 本判決は、五対三の判決である(ケネディは審理に加わっていない)。ブレナンの反対意見(マーシャル、ブラックマンが同調)は、多数意見も認めるように憲法上決定的なのは「禁止する」という言葉であり、この包括的な言葉は信教の自由条項による保障が行為を強制する政府の活動のみに向けられることを示すものではないとし、多数意見の「強制」の概念を厳しく批判し、本件についても厳格な審査が適切であるとす。*Id.* at 488-89 (Brennan, J., dissenting).
- (42) 475 U.S. 503 (1986). 本件については、大沢秀介「最近の判例—Goldman v Weinberger」[一九八八]アメリカ法一四三頁参照。
- (43) *Id.* at 507.
- (44) なお、ブレナン(マーシャルが同調)、ブラックマン、オコーナー(マーシャルが同調)の三人の判事が反対意見を提出している。オコーナーは、必要不可欠の利益テストが軍隊内部においても適當されない理由はないと主張し、ブレナンは、軍の決定に一定の敬意を払うべきだとしても問題の宗教実践がどのような形で軍事的利益を損なうのかについての説得力のある説明が最低限必要であるのにもかかわらず、それが示されていないとする。*Id.* at 530-32 (O'Connor, J., dissenting); *Id.* at 515-16 (Brennan, J., dissenting).

- (5) 482 U.S. 342 (1987).
- (6) *Id.* at 349.
- (7) *Id.* at 350. この判決にも、ブレナンの反対意見（マッシュナル、ブラックマン、スティーヴンスの各判事が同調）が付けられている。
Id. at 354-68 (Brennan, J., dissenting).
- (8) See, e.g., Michael W. McConnell, *Free Exercise Revisionism and the Smith Decision*, 57 U.CHI.L.REV. 1109, at 1127-28(1990).
- (9) 494 U.S. 872; 110 S.Ct. 1595 (1990).
- (10) *Id.* at 874-76.
- (11) *Id.* at 877-78.
- (12) *Id.* at 878-79.
- (13) *Id.* at 881-82.
- (14) *Id.* at 883-85.
- (15) *Id.* at 888.
- (16) *Id.* at 890.
- (17) *Id.* at 891 (O'Connor, J., concurring).
- (18) *Id.* at 892-94.
- (19) *Id.* at 896.
- (20) *Id.* at 899-901.
- (21) *Id.* at 901-2.
- (22) *Id.* at 902-3.
- (23) *Id.* at 907.
- (24) *Id.* at 909-11 (Blackmun, J., dissenting).
- (25) *Id.* at 917.

- (66) See, e.g., McConnell, *supra* note 48; *The Supreme Court, 1989 Term—Leading Cases*, 104 HARV.L.REV. 129, 199-209 (1990); James D.Gordon II, *Free Exercise on the Mountaintop*, 79 CALIF.L.REV. 91(1991); Kathleen M.Sullivan, *Religion and Liberal Democracy*, 59 U.CHI.L.REV. 195, 215-19 (1992).
- (67) GUNTHER, *supra* note 10, 1584.
- (68) McConnell, *supra* note 48.
- (69) *Id.* at 1113.
- (70) GUNTHER, *supra* note 10, 1584.
- (71) Michael W. McConnell, *The Origins and Historical Understanding of Free Exercise of Religion*, 103 HARV.L.REV.1409(1990).
- (72) *Id.* at 1511-13.
- (73) McConnell, *supra* note 48, 1119.
- (74) *Id.* at 1120-21.
- (75) *Id.* at 1129.
- (76) *Id.* at 1153.
- (77) *Id.* at 1128. マッコンネル自身は「現実的な基準」の一つとして、宗教実践を規制する法律は「もしそれが(a)他者の私的な権利を保護する、あるいは(b)公共の生活における利益と負担を衡平に分配することを確保する目的のために、最小限度の制約をもたらす手段である場合にのみ許される」とする試案を提案した(FIRST THINGS 30,34 (May 1990)) を紹介している。*Id.* at 1129. またコートンは「行動を規制する内容中立的な法律が付随的に表現の自由を規制する効果をもつ場合の審査基準である O'Brien テストの採用を示唆すべし」(Gordon, *supra* note 66, 105-6 and 109).
- (78) 113 S.Ct. 2217 (1993).
- (79) *Id.* at 2222.
- (80) *Id.* at 2226.
- (81) *Id.* at 2227-31.

- (32) *Id.* at 2231-33.
- (33) *Id.* at 2233-34.
- (34) *Id.* at 2250 (Blackmun, J., concurring).
- (35) *Id.* at 2251. なおソーター判事も同意意見の中で、Smith判決は、中立的な一般法が宗教的行為を付随的に規制する際の審査基準を示したものであり、宗教的行為の禁止を目的とする条約が問題となる本件に、同判決の示した準則を適用することは適切でないとした上で、同判決の先例としての権威に、とくに先例拘束原理との関係で疑問を投げかけている。*Id.* at 2240-50 (Souther, J., concurring).
- (36) Act of Nov. 16, 1993, Pub.L.No. 103-141, 107 Stat.1488, 42 U.S.C. §§ 2000bb to 2000bb-4 (Supp. V 1993).
- (37) Douglas Laycock & Oliver S. Thomas, *Interpreting the Religious Freedom Restoration Act*, 73 *TEX.L.REV.* 209, 210 (1994). なお同誌1995年1月号は、*See also*, Scott C. Idleman, *The Religious Freedom Restoration Act: Pushing the Limits of Legislative Power*, 73 *TEX.L.REV.* 247 (1994).
- (38) *Id.* at 218-20.
- (39) *Id.* at 222-24.
- (40) *Id.* at 228. 下院報告書では、これを「宗教実践に実質的かつ外的な影響を持つすべての政府行為」と定義しており (HOUSE COMM. ON THE JUDICIARY, RELIGIOUS FREEDOM RESTORATION ACT OF 1993, H.R.REP.NO.88,103d Cong.,1stSess. 6 (1993))、この定義によれば、Roy事件(抱恨された影響は量的ではなく超自然的なものであった)の上告人には、実質的な負担が課されなかったことになるという。*Id.* at 229-30.
- (41) Act of Oct. 6, 1994, Pub.L.No. 103-344, 108 Stat. 3125.
- (42) Act of Aug. 11, 1978 (42 U.S.C.1966).
- (43) Sec. 3 (b)(1), Act of Oct. 6,1994.
- (44) HOUSE COMMON NATURAL RESOURCES, AMERICAN INDIAN RELIGIOUS FREEDOM ACT. AMENDMENTS OF 1994, H.R.REP.NO. 675, 103d Cong., 2d Sess. 6-8(1994). なお、この制定法より詳細な検討は、紙幅の関係もあり、別の機会に譲ることとした。
- (45) Laycock & Thomas, *supra* note 87, 210-11.