

# アメリカにおける「信教の自由」の展望

## — Smithテストの理論と実際 —

神尾 将紀 (早稲田大学大学院)

### 一 はじめに

合衆国最高裁判所は、「宗教の自由な実践」条項 (Free Exercise Clause) <sup>1)</sup> に関する司法審査基準として、1963年の *Sherbert v. Verner*<sup>2)</sup>、および、1972年の *Wisconsin v. Yoder*<sup>3)</sup> を通して、いわゆる *Sherbert* テストを定式化し、その後の同条項に関する諸判決において同テストをしばしば適用してきた。同テストによれば、政府は、「やむにやまれぬ政府利益 (compelling governmental interest) を促進する最も制限的でない手段 (the least restrictive means)」でない限り、「宗教的行為」に「実質的負担 (substantial burden)」を課することを許されない、という<sup>4)</sup>。しかしながら、同裁判所は、1990年の *Employment Division, Department of Human Resources v. Smith*<sup>5)</sup>、および、1993年の *Church of the Lukumi Babalu Aye, Inc. v. City of Hialeah*<sup>6)</sup> を通して、*Sherbert* テストを放棄し、同条項に関する新たな司法審査基準として、いわゆる *Smith* テストを再定式化した。同テストによれば、確かに、「宗教的行為」を意図的に規制する「宗教を狙い撃ちする法律 (law that targets religion)」は、「最も厳格な審査 (the most exacting scrutiny)」に服せしめられ、およそ違憲とされるけれども、「宗教的行為」を付随的に規制する「宗教に中立的な法律 (religion-neutral law)」は、いかなる合憲性審査にも服せしめられることなしに、およそ合憲とされる、という<sup>7)</sup>。

しかしながら、「宗教を狙い撃ちする法律」は、稀であり、大抵の場合、「宗教的行為」は、「宗教に中立的な法律」によって規制されるが故に、将来におけ

る裁判所によるSmithテストの適用から生ずる「宗教的自由」の侵害を懸念して、1993年、合衆国議会は、ほぼ全会一致の賛成をもって、「宗教的自由回復法(Religious Freedom Restoration Act of 1993(RFRA))」<sup>8)</sup>を制定し、制定法上、Smithテストを否定して、Sherbertテストを復活させた。従って、RFRAの制定後、「宗教に中立的な法律」によって「宗教的行為」を阻害された者は、「宗教の自由な実践」条項よりもむしろ、RFRAに依拠することによって、裁判所に救済を求めることが可能になった。これに対して、合衆国最高裁判所は、1997年のCity of Boerne v. Flores<sup>9)</sup>において、特に、RFRAが連邦政府のみならず州政府にも適用される点で、修正第14条5節にいう「執行」条項(Enforcement Clause)に基づく連邦権限(連邦議会が州の連邦憲法上の違憲行為を定義する、という「実体的な権限(substantive power)」ではなく、合衆国最高裁判所によって定義されたそのような違憲行為を「予防ないし矯正する(prevent or remedy)」ための「救済措置(remedies)」を連邦議会が創設する、という「救済措置を講ずる権限(remedial power)」である)の踰越を理由に、RFRAを違憲無効と判示すると同時に<sup>10)</sup>、再度、「宗教の自由な実践」条項に関する司法審査基準として、Smithテストを提示した。これに対して、合衆国議会は、Flores判決後も、Sherbertテストを復活させる立法を制定しようとする試みを継続し、1999年7月15日、下院においては、「宗教的自由保護法(Religious Liberty Protection Act of 1999(RLPA))」<sup>11)</sup>を306対118で可決したが<sup>12)</sup>、上院においては、RLPAの制定を支援していた一部の団体が反対に回ったために<sup>13)</sup>、結局、RLPA法案は、廃案になる代わりに、分割・修正され、特に、ゾーニングなどの「土地利用」に対する規制と、囚人、精神・身体障害者、入院患者のような「被收容者」に対する処遇とにSherbertテストの適用を保障するRLPA法案の一部のみが<sup>14)</sup>、2000年7月27日、上下両院において、全会一致で可決され<sup>15)</sup>、同年9月22日、Clinton大統領が署名して<sup>16)</sup>、「宗教的土地利用および被收容者法(Religious Land Use and Institutionalized Persons Act of 2000(RLUIPA))」<sup>17)</sup>として成立をみた<sup>18)</sup>。しかしながら、すでに、幾つかの下級裁判所において、RLUIPAに対する違憲主張がなされているという<sup>19)</sup>。

以上のような状況を踏まえ、本稿は、再三にわたって合衆国最高裁判所の憲

法解釈を覆そうと試みる合衆国議会による Sherbert テストを復活させる立法の憲法上の根拠に起因する合憲性に向けられる疑念から脱却するべく、まず、Smith テストの主唱者である Scalia 裁判官と Stevens 裁判官によるそれぞれの Smith テストの論拠を手掛かりに、同議会の圧倒的な不支持にもかかわらず同裁判所が固執する Smith テストが、いかなる理論によって存立し得るものであるのか、次に、Smith テストを解釈・適用した幾つかの下級裁判所判決を手掛かりに、Smith テストの理論に従えば、「宗教の自由な実践」の権利は、実際、どのように保障され得るのかを考察することによって、Smith 判決、Lukumi判決、および、Flores判決後のアメリカにおける「信教の自由」を展望することを目的とする。結果的に、本稿は、たとえ Smith テストが、理論的には支持し得ないものであるとしても、実際的には、しばしば、「宗教的自由」の保障に仕え得る、ということを実証することになるであろう。

## 二 Smithテストの理論

### 1 Smithテストの内容

Smith テストは、Smith 判決における Scalia 裁判官による法廷意見、および、Lukumi判決における Kennedy裁判官による法廷意見によれば、「宗教的行為」を規制する法律を、「宗教を狙い撃ちする法律(law that targets religion)」—「宗教的行為」を意図的に規制する「目的 (purpose)」をもつ法律—と、「宗教に中立的な法律 (religion-neutral law)」—「宗教的行為」を付随的に規制する「効果 (effect)」をもつ法律—とに二分し、前者に関しては、「やむにやまれぬ利益」テストが適用され、就中、そこにいう「やむにやまれぬ利益」テストが、Sherbertテストの下で問題とされた「弱められた型の厳格審査 (watered down version of strict scrutiny)」ではなく、「最も厳格な審査 (the most exacting scrutiny)」と称され得る極めて限られた場合にしか充足され得ない本来的な「厳格審査」基準であるが故に、およそ違憲とされる一方で、後者に関しては、「宗教の自由な実践」条項は、「宗教に中立的な法律」からの「免除」を「宗教的反対者」に付与するよう憲法上要求するものではなく、従って、もはや Sherbert テストが適用され得ないということのみならず、その合憲性さ

えも少しも精査されるまでもなく、それ自体で、およそ合憲とされる、という<sup>20)</sup>。

もつとも、Smith 判決における法廷意見の中で、Scalia 裁判官は、およそ「宗教に中立的な法律」に関しては、もはやSherbertテストが適用され得ない、と判示しながらも、「宗教の自由な実践」条項に関する先例を明示的に覆すことを忌避し、それよりもむしろ、Smithテストは、かかる先例から導出されるものであるとして、Smith判決以前に合衆国最高裁判所がSherbertテストを適用して「宗教的反对者」の権利主張を容認した先例である2領域4判決、すなわち、Sherbert判決などの一連の「失業補償制度」に関する諸判決、および、「親の教育権」に関するYoder判決を、次のようにSmith判決とディステイングウィッシュすることによって、結果的に、Smithテストに二つの例外を設けた。すなわち、(1) Yoder判決のように、「宗教の自由な実践」条項だけではなく、「親の教育権」のようなその他の憲法上の保障と結合している (in conjunction)、という「混成的状態 (hybrid situation)」を呈する権利主張 (以下、これを便宜上、「混成的状態」の例外と呼ぶ) と、(2) Sherbert判決のように、政府に当該行為の理由に関して「個別的な判断 (individualized assessment)」を可能ならしめる、という「失業補償制度」のような「個別的な免除の制度 (system of individual exemptions)」を備える法律 (以下、これを便宜上、「個別的な免除の制度」の例外と呼ぶ) に関しては、依然として、Sherbertテストが適用され得る、という<sup>21)</sup>。

## 2 「宗教を狙い撃ちする法律」と「宗教に中立的な法律」の二分論

Sherbertテストの下では、たとえ「宗教」に対して「差別的目的 (discriminatory purpose)」のない「宗教に中立的な法律」であっても、「宗教的行為」を規制する「効果」をもつのであれば、当該法律には「厳格審査」基準が適用され得る。従って、そこでは、「宗教」に対する当該法律の「目的」よりもむしろ、「効果」が重視されていたのである。しかしながら、合衆国最高裁判所は、他の憲法上の保障においては、特に、「表現の自由」の領域では、表現規制立法として違憲主張された法律を、「表現内容に基づく法律 (content-based

law)」と、「表現内容に中立的な法律 (content-neutral law)」とに二分し、前者に関しては、「厳格審査」基準を、後者に関しては、「中間審査」基準を適用し<sup>22)</sup>、また、「平等保護」条項の領域では、人種差別立法として違憲主張された法律を、「人種に基づく法律 (race-based law)」と、「人種に中立的な法律 (race-neutral law)」とに二分し、前者に関しては、「厳格審査」基準を、後者に関しては、「合理性審査」基準を適用する<sup>23)</sup>、という司法審査基準論を確立している。すなわち、これらの領域においては、「表現」ないし「人種」に対して「差別的目的」をもつ『「表現」ないし「人種」を狙い撃ちする法律』でない限り、当該法律には「厳格審査」基準が適用され得ない。従って、そこでは、「表現」ないし「人種」に対する当該法律の「効果」よりもむしろ、「目的」が重視されているのである。かくして、Sherbert テストの特異性は、「宗教を狙い撃ちする法律」と「宗教に中立的な法律」とを二分することなく、それどころか、後者に「厳格審査」基準を適用する点にあった、と言える。そして、まさに、Smith テストは、「宗教の自由な実践」条項の領域において、「表現の自由」、および、「平等保護」条項に関する司法審査基準論にならって、宗教規制立法として違憲主張された法律を、「宗教を狙い撃ちする法律」と「宗教に中立的な法律」とに二分し、「宗教」に対する当該法律の「効果」よりもむしろ、「目的」を重視するアプローチ、すなわち、「宗教」に対して「差別的目的」をもつ「宗教を狙い撃ちする法律」のみに「厳格審査」基準を適用する定式を採用したのである<sup>24)</sup>。

もともと、他の憲法上の保障との比較からすれば、Smith テストが、「宗教を狙い撃ちする法律」と「宗教に中立的な法律」とを二分し、両者に適用され得る司法審査基準に関してスライディングスケール論を採用することそれ自体は、その当否はともかく、アприオリに否定し得ないけれども、「宗教に中立的な法律」に関しては、修正第1条との関係で、いかなる合憲性審査にも服せしめられない、という定式を採用することには、別の理由づけが必要とされるであろう<sup>25)</sup>。この疑問への回答は、Smith 判決において法廷意見を執筆した Scalia 裁判官と、同判決以前からすでに Lee 判決における同意意見の中で Smith テストの萌芽を提示していた Stevens 裁判官によって<sup>26)</sup>、それぞれ主張

される次のような Smith テストを存立せしめる二つの異なる論拠の中に見出される。

Scalia 裁判官の論拠によれば、修正第 1 条によって同様に保障される「宗教の自由な実践」の権利と「表現の自由」との平行によって、「表現内容に中立的な法律」に対する「中間審査」基準の適用もまた否認し、修正第 1 条は、「宗教」ないし「表現」に対する「差別的目的」のみを保障するものであるが故に、「『宗教』ないし『表現』に中立的な法律」は、いかに「宗教的行為」ないし「表現行為」を規制する「効果」をもつとしても、いかなる憲法上の問題も生ぜしめない、という<sup>27)</sup>。従って、Sherbert 判決で問題となった「失業補償制度」においては、政府の個別的な意思決定による「宗教的免除」の否認が、「宗教」に対する「差別的目的」を呈する、と説明されるのである<sup>28)</sup>。これに対して、Stevens 裁判官の論拠によれば、修正第 1 条にいう「宗教の自由な実践」条項と修正第 14 条にいう「平等保護」条項との平行によって、修正第 1 条（「宗教」条項 (Religion Clauses)）は、「宗教」と「非宗教」との「平等な扱い (equal treatment)」——いわゆる「宗教に対する無分別 (religion-blindness)」——を保障し、とりわけ、「宗教の自由な実践」条項は、「非宗教」との対照において「宗教」に対する「不平等な扱い (unequal treatment)」を禁止し、表裏一体的に、「国教樹立禁止」条項は、「優遇的な扱い (preferential treatment)」を禁止するものであるが故に、ある法律において「宗教的理由」のみから「免除」を付与することは、憲法上許容され得ない、という<sup>29)</sup>。従って、Sherbert 判決で問題となった「失業補償制度」においては、「世俗的免除」が付与されているにもかかわらず、「宗教的免除」のみが付与されないことは、「宗教」に対する「不平等な扱い」を呈する、と説明されるのである<sup>30)</sup>。

かくして、Scalia 裁判官と Stevens 裁判官とによる Smith テストの論拠は、「宗教の自由な実践」条項に関して、「宗教に中立的な法律」からの「免除」を「宗教的反対者」に付与することは、憲法上要求されるものではなく、従って、「宗教に中立的な法律」は、およそ合憲とされる一方、「宗教を狙い撃ちする法律」は、Scalia 裁判官にとっては、「差別的目的」を、Stevens 裁判官にとっては、「不平等な扱い」を呈するが故に、およそ違憲とされる、という点で一致を

みるのである。そして、これは、Lukumi 判決において、Kennedy 裁判官による法廷意見がいみじくも宣明したように、「宗教の自由な実践」条項の保障内容として、「政府は、宗教的信念ないし行為を抑圧する法律を制定してはならない」<sup>31)</sup>、すなわち、「当該法律は、幾つかないしすべての宗教的信念を差別したり、あるいは、当該法律が宗教的理由でなされたことを理由にして行為を規制ないし禁止 [してはならない]」<sup>32)</sup> という「非迫害原理 (nonpersecution principle)」<sup>33)</sup> に帰着するのである。

### 3 「中立性・一般的適用可能性」の要件

Smith テストの下では、ある法律は、その合憲性に関して、「宗教に中立的な法律」である限り、およそ合憲とされる一方、「宗教を狙い撃ちする法律」である場合は、「やむにやまれぬ利益」テストによって、およそ違憲となる。従って、いかなる法律が「宗教に中立的な法律」であるか否かを判断する基準が極めて重要になる。Lukumi 判決において、Kennedy 裁判官による法廷意見は、かかる判断基準を、「中立性 (neutrality)」の要件と「一般的適用可能性 (general applicability)」の要件の二つのプロングから成るいわゆる「中立性・一般的適用可能性」の要件として次のように定義した。すなわち、まず、第1プロングたる「中立性」の要件については、ある法律が、その「目的 (object)」において「宗教的行為」を阻害するよう差別するものではないことであり、この「目的」の審査は、当該法律の法文の「文面 (face)」のみならず、当該法律の「効果 (effect)」にまで及び、「文面」においては、「世俗的な文言」が用いられていなければならない、「効果」においては、立法府によって主張された政府利益の達成に必要である以上に「宗教的行為」を規制する、いわゆる「過大包摂的な法律 (overinclusive law)」ではないことである、という<sup>34)</sup>。次に、第2プロングたる「一般的適用可能性」の要件については、ある法律が、立法府によって主張された政府利益の達成にあたって、類似の「非宗教的行為」を規制することなく、「宗教的行為」のみを規制することによって当該政府利益を達成しようとする、いわゆる「過小包摂的な法律 (underinclusive law)」ではないことである、という<sup>35)</sup>。

これに対して、Scalia 裁判官は、Lukumi 判決における一部同意意見の中で、「私の考えでは、中立性の欠如という欠陥は、主として、その文言(terms)によって宗教に基づいて不適格を課する法律に適用されるものであるのに対して、…一般的適用可能性の欠如という欠陥は、主として、その文言については中立的であるが、その目的、解釈ないし執行によって差別的な扱いのために、ある特定の宗教的行為を狙い撃ちする法律に適用されるものである」<sup>36)</sup>と主張し、Kennedy裁判官によって定義づけられた「中立性・一般的適用可能性」の要件に異議を唱えた。なぜならば、Kennedy裁判官は、一方で、「中立性」の要件に関して、Scalia裁判官とは違って、当該法律の「宗教」に対する「差別的目的」のみならず、「差別的効果 (discriminatory effect)」も審査する、という定式を採用したことによって、「宗教を狙い撃ちする法律」の意味内容を実質的に拡張し<sup>37)</sup>、他方で、「一般的適用可能性」の要件に関して、「宗教の自由な実践条項は、『不平等な扱い (unequal treatment) から信仰者を保障する』ものであり、不平等は、立法府が、促進しようとする政府利益は、宗教的に動機づけられた行為を禁止することによってのみ追求するに値する、と判断した時に生ずる」<sup>38)</sup>として、Scalia裁判官よりもむしろ、Stevens裁判官の見解を採用したからである<sup>39)</sup>。

### 三 Smithテストの実際

Smith判決後、実際、幾つかの下級裁判所は、Smithテストを適用し、宗教的権利主張を否認している。そこでは、「[当該法律]は、…文面上中立的で一般的に適用可能な規制である。…宗教的信念を差別したり、侵害したりする意図 (intent) の証拠 [がない]。…差別的動機 (discriminatory motive) の立証がなければ、いかなる修正第1条違反も生じな [い]」<sup>40)</sup>、あるいは、「市が、当該条例を執行するにあたって、反宗教的な目的 (anti-religious purpose) を有している、といういかなる証拠もない。礼拝を規制しようとする市の意図の証拠がないのならば、当該条例は、中立的で一般的に適用可能な法律であると適切に考えられる」<sup>41)</sup>と判示されているように、Scalia裁判官の見解にならって、権利主張者が一般的に立証し難い「宗教」に対する「差別的目的」が重視されるこ

とによって、「宗教的行為」を規制する法律は、およそ「宗教に中立的な法律」として容易に認定されているのである。従って、このように Smith テストが解釈・適用されていた限りにおいては、RFRA を制定した合衆国議会の懸念は、正しいものであったであろう。しかしながら、実際、幾つかの下級裁判所は、Smith テストを適用しつつも、宗教的権利主張を容認している。そこでは、Scalia 裁判官によって設けられた Smith テストの例外たる「混成的状態」の例外、および、「個別的な免除の制度」の例外が援用されることによって、「宗教に中立的な法律」に対して「やむにやまれぬ利益」テストが適用され、さらに、より重要なことに、Lukumi 判決後においては、「中立性・一般的適用可能性」の要件の下で、「中立性」の要件に関して、Kennedy 裁判官の見解にならって、権利主張者が比較的立証し易い「宗教」に対する「差別的効果」が審査されることによって、また、「一般的適用可能性」の要件に関して、Stevens 裁判官の見解にならって、「宗教」と「非宗教」との「平等な扱い」が志向されることによって、「宗教的行為」を規制する法律は、しばしば、「宗教を狙い撃ちする法律」と認定され、「やむにやまれぬ利益」テストに服せしめられているのである<sup>42)</sup>。かくして、Smith テストにいう「混成的状態」の例外、および、「個別的な免除の制度」の例外、ならびに、「中立性・一般的適用可能性」の要件は、特に、RFRA が違憲無効とされた Flores 判決後において、宗教的権利主張のための有力な抗弁として、ますます重要なものとなってゆくのである。

### 1 「混成的状態」の例外

「混成的状態」の例外は、幾つかの下級裁判所判決において、権利主張者が、「宗教の自由な実践」の権利と併せて、他の様々な憲法上の保障を主張することによって、「宗教に中立的な法律」に対する「やむにやまれぬ利益」テストの適用のために援用しているが、そのような「混成的状態」の例外が認められた事例は比較的少ない。その理由として、(1) 「混成的状態」の例外は、「宗教の自由な実践」の権利と併せて、あらゆる憲法上の保障が主張され得ることによって、まさに“例外”でなくなること、(2) 一次的に、「宗教の自由な実践」条項

以外の憲法上の保障に基づいて当該事件を処理し得るのにもかかわらず、二次的に、「混成的状態」の例外にも言及し得ることによって<sup>43)</sup>、そもそも「混成的状態」の例外に訴えることそれ自体に意味がなくなることが考えられる<sup>44)</sup>。もっとも、このような問題を克服する試みとして、第9巡回区合衆国控訴裁判所が、「混成的状態」の例外の立証要件として、「宗教の自由な実践」の権利に「随伴する権利 (companion rights)」の実体に関して成功する「高度の蓋然性 (fair probability)」（場合によっては、「見込み (likelihood)」で足る) を要求する「もっともらしい権利主張 (colorable claim)」の基準を提示した<sup>45)</sup>、ということが注目される<sup>46)</sup>。いずれにせよ、特に、「混成的状態」の例外が重要な機能を果たすのは、Yoder判決に類似した「宗教教育」に関する事例であろう<sup>47)</sup>。なぜならば、修正第14条にいう「デュープロセス」条項に基づく「親の教育権」は、それ自体では、「合理性審査」基準しか適用され得ない（「厳格審査」基準が要求されるいわゆる「基本的諸権利 (fundamental rights)」ではない）とされることから、「宗教の自由な実践」の権利と併せて主張されることによって初めて、「厳格審査」基準が適用され得ることになるからである<sup>48)</sup>。

## 2 「個別的な免除の制度」の例外

「個別的な免除の制度」の例外は、幾つかの下級裁判所判決において<sup>49)</sup>、Sherbert判決で問題となった「失業補償制度」の文脈以外でも適用され、ある法律の中に「個別的な免除の制度」が設けられている場合、当該法律の執行にあたって「行政裁量 (administrative discretion)」を有する行政庁は、「やむにやまれぬ理由」なしに、「宗教的免除」を付与することを否認し得ない、と解釈されることによって、Smith判決の適用を回避するための抗弁とされている<sup>50)</sup>。かくして、「個別的な免除の制度」の例外は、特に、「失業補償制度」に類似した「個別的な免除の制度」を備える「土地利用制度」の文脈において、重要な機能を果たすであろう<sup>51)</sup>。なぜならば、ゾーニングないし歴史建造物指定のような土地利用規制は、教会による土地利用申請が、当局による個別的な意思決定によって恣意的に否認され得る点で、宗教一般ないし特定の宗教を意図的に差別する機会を提供するからである<sup>52)</sup>。もっとも、このような下級裁判所

の判例法に照らして、RLUIPA もまた、制定法上、宗教的土地利用の規制に対する「やむにやまれぬ利益」テストの適用範囲について、殊更、「実質的負担が、政府に当該財産の使用申請に関して個別的な判断 (individualized assessments) を可能ならしめる正式であれ非正式であれ手続ないし慣行をそこに備える土地利用規制の執行ないし制度において課されたもの」<sup>53)</sup>である場合を規定している<sup>54)</sup>。

### 3 「中立性・一般的適用可能性」の要件

「中立性・一般的適用可能性」の要件は、幾つかの下級裁判所判決において<sup>55)</sup>、「個別的な免除の制度」の例外を調和的に融合して、ある法律に関して、立法上・行政上の双方で (従って、文面上であれ適用上であれ)、「差別的目的」および「差別的効果」を審査し、結局、当該法律の下で、「世俗的免除」が付与されているのならば、「やむにやまれぬ理由」なしに、「宗教的免除」を付与することを否認し得ない、と解釈されることによって、信仰者に対して有利に適用されている<sup>56)</sup>。かくして、「中立性・一般的適用可能性」の要件においては、ある法律の下での「世俗的免除」の存否が、「宗教的免除」の可否の重要な鍵となるであろう。なぜならば、当該法律は、その立法目的 (規制目的) との相関関係において、「世俗的免除」を容認するにもかかわらず、「宗教的免除」を否認するのならば、一方で、「宗教的行為」を禁止している点で「過大包摂性 (overinclusiveness)」を、他方で、「世俗的行為」を禁止していない点で「過小包摂性 (underinclusiveness)」を呈し、従って、そこにおいて、そのような「宗教」に対する「差別的効果」から推論される「差別的目的」をもつが故に、「宗教を狙い撃ちする法律」として認定され、「やむにやまれぬ利益」テストに服せしめられることになるからである<sup>57)</sup>。

## 四 まとめに代えて

以上見てきたように、Smithテストの下で、宗教的権利主張者は、(1)「混成的状態」の例外、(2)「個別的な免除の制度」の例外、(3)「中立性・一般的適用可能性」の要件のいずれかに訴えることによって、依然として、裁判所に、「宗

教的行為」を規制する法律に対する「やむにやまれぬ利益」テストの適用を要求し得るのである。そして、これらの中で最も有力な抗弁となるのは、「中立性・一般的適用可能性」の要件であろう。なぜならば、Sherbertテストの下で問題とされた二つのプラクティカルな難点を克服し得るからである。すなわち、Smithテストによれば、「中立性・一般的適用可能性」の要件を充足しない「宗教を狙い撃ちする法律」は、「弱められた型の厳格審査」ではなく、「最も厳格な審査」に服せしめられなければならない、その上、「実質的負担」の著しく加重された立証責任も免れるのである<sup>58)</sup>。

かくして、ある論者がいみじくも評釈するように、「[Smithテストの] 重大な不明瞭さは、誰も何が中立的で一般的に適用可能な法律であるかを理解できないことである。…宗教的行為は、何らかの世俗的行為もまた免除を獲得するあらゆる状況において、規制法律からの免除を付与される、という証左が、第1の意見 (Smith判決) の中に幾つか、また、第2の意見 (Lukumi判決) の中には多数認められる。それがルールであるのならば、ほとんどすべての法律は、中立的で一般的に適用可能なものではない。…アメリカの法律は、世俗的免除だけである。一般的に適用可能であるということが意味するものがそうであるのならば、合衆国最高裁判所が生ぜしめたことは、訴訟の甚大な複雑化であるが、結局、依然として教会に免除が付与され続けるのである」<sup>59)</sup>、また、別の論者によれば、「Smith判決およびLukumi判決から現出する宗教の自由な実践条項は、もっぱら、政府に、宗教的活動を、類似の世俗的活動の扱いと平等な配慮 (equal regard) でもって扱うよう要求するものである。…Smith判決の結果として宗教の自由な実践の死滅の報告は、時機尚早であった、否、重大な誤りであった。Smith判決および (特に) Lukumi判決の下では、宗教的自由は、しばしば、過小包摂的な (従って、一般的に適用可能でない) 法律・政策によって課された負担に打ち勝つであろう」<sup>60)</sup> と、さらに、また別の論者によれば、「たとえ合衆国最高裁判所が、宗教の自由な実践条項は、宗教に対する反差別規範 (antidiscrimination norm) のみを保障するものである、という立場に傾倒し続けるとしても、一般的適用可能性の分析が、宗教の実践の重要な保障に発展してゆくであろう [う]。…幾つかの下級裁判所は、[Lukumi判決] をヒン

トにして、政府が、類似の世俗的行為をすでに免除している場合に、宗教的行為を免除しないことは、厳格審査に服せしめられる、という法理を発展させ始めてきた。合衆国最高裁判所は、いつでも、かかる諸判決を覆し得るが、そのような判決が蓄積されればされるほど、次第に、そうすることが困難になってゆくであろう<sup>61)</sup> という。

詰まるところ、SherbertテストとSmithテストにおける“理論”と“実際”の逆転、すなわち、その是非はともかく、まさに、Sherbert テストが、理論上は、「宗教的行為」を積極的に保障し得るものと考えられたが、実際上は、そうではなかったのとは反対に<sup>62)</sup>、Smithテストは、理論上は、「宗教的行為」をほとんど保障し得ないものと考えられたが、実際上は、そうではなくなるかも知れないのである。

注

- 1) 「宗教の自由な実践」条項の判例展開に関して、詳しくは、拙稿「合衆国憲法修正第一条にいう『宗教の自由な実践』条項に関する司法審査基準の再定式化をめぐって(一)～(四・完)」早稲田大学大学院法研論集95号31頁、96号49頁(2000年)、98号55頁、100号55頁(2001年)を参照せよ。なお、本稿は、2001年11月17日、日本大学法学部において開催された第43回宗教法学会における研究報告に基づくものである。
- 2) 374 U.S. 398 (1963) (Seventh-Day Adventistの信徒が、安息日とする土曜日の就労を拒否したために解雇された後、失業補償金の給付を申請したところ、州当局が、同信徒を給付欠格事由である「正当な理由なしに、…就労を拒否した[者]」に該当するとして、当該申請を否認したことが違憲とされた事例)。
- 3) 406 U.S. 205 (1972) (宗教的理由から子供を学校に通学させないAmish教徒に対して、学齢児を公立学校ないし私立学校に通学させることを刑事罰をもって親に命ずる州法を適用することが違憲とされた事例)。
- 4) Sherbertテストは、修正第1条によって「宗教の自由な実践」条項と同様に保障される「表現の自由」の領域においてすでに採用されていたいわゆる「厳格審査(strict scrutiny)」基準(「やむにやまれぬ利益/最も制限的でない手段」の分析を構成要素とする)を同条項の領域に移植したものであるが、同条項に関する独自の判例展開として、たとえ「宗教的行為」を規制する「目的(purpose)」のない「宗教に中立的な法律」であっても、それを規制する「効果(effect)」をもち得る、という懸念から、そのような法律に宗教的理由から従えない者(以下、これを

便宜上、「宗教的反対者 (religious objector)」と呼ぶ) に対して「免除 (exemption)」を付与しなければならない余地がある、というアプローチを採用し、従って、当該法律が、故意にであれ不意にであれ、「宗教的行為」に及ぼす「効果」を測定するべく、「表現の自由」の領域には見られない特別なスタンディングの要件を発展させ、次のような二つのステップから成る司法審査基準として定式化された。すなわち、同テストによれば、(1) 第1ステップとして、「宗教的反対者」は、当該法律が、自己の「誠実に抱かれた宗教的信念 (sincerely held religious belief)」に反して、ある行為を命ずる、あるいは、禁ずることによって、自己の「宗教的に動機づけられた行為 (religiously motivated action)」を実質的に阻害している、という「実質的負担」の立証責任を課され (以下、これを便宜上、「負担」審査 (burden inquiry) と呼ぶ)、(2) 第2ステップとして、そのような「実質的負担」が「宗教的反対者」側によって立証された場合、立証責任が転嫁し、今度は、当該法律を執行する政府側が、当該法律の立法目的 (規制目的) が「やむにやまれぬ利益」を促進するものであり、かつ、当該法律の立法目的達成手段 (規制手段) が「最も制限的でない手段」である、ということの立証責任を課される (以下、これを便宜上、「やむにやまれぬ利益」テスト (compelling interest test) と呼ぶ)、という。See JOHN E. NOWAK & RONALD D. ROTUNDA, CONSTITUTIONAL LAW § 17.6, at 1377 (6th ed. 2000); JESSE H. CHOPER, SECURING RELIGIOUS LIBERTY: PRINCIPLES FOR JUDICIAL INTERPRETATION OF THE RELIGION CLAUSES 54 (1995); LAURENCE H. TRIBE, AMERICAN CONSTITUTIONAL LAW § 14-12, at 1242, § 14-13, at 1256 (2d ed. 1988).

- 5) 494 U.S. 872 (1990) (Native American Churchの信徒が、州法によってその所持が刑事罰をもって禁止されている peyote を宗教儀式で使用したために解雇された後、失業補償金の給付を申請したところ、州当局が、同信徒を職務に関連する「非行」によって解雇されたものとして、当該申請を否認したことが合憲とされた事例)。
- 6) 508 U.S. 520 (1993) (Church of the Lukumi Babalu Ayeの宗教儀式たる動物の生け贄を禁止する条例が違憲とされた事例)。
- 7) See *infra* text accompanying note 20. もっとも、合衆国最高裁判所は、1963年のSherbert判決から1990年のSmith判決の間、理論上は、Sherbertテストを維持したが、実際上は、「宗教的反対者」の権利主張をほとんど否認してきた。すなわち、同期間において、Sherbertテストの下で「宗教的反対者」の権利主張が容認された判決は、2領域4判決—Sherbert判決に類似した「失業補償制度」に関する3判決 (Thomas v. Review Board of the Indiana Employment Security Division, 450 U.S. 707 (1981); Hobbie v. Unemployment Appeals Commission, 480 U.S. 136 (1987); Frazee v. Illinois Department of

- Employment Security, 489 U.S. 829 (1989))、および、「親の教育権」に関する Yoder 判決一しかない。その他の領域においては、同裁判所は、(1) Sherbert テストにいう「やむにやまれぬ利益」テストを緩やかに適用することによって、「厳格審査」基準というよりもむしろ、「弱められた型の厳格審査 (watered down version of strict scrutiny)」と称され得る「中間審査 (intermediate scrutiny)」基準に降格せしめたり (e.g., *United States v. Lee*, 455 U.S. 252 (1982))、(2) Sherbert テストにいう「負担」審査を厳しく適用し、当該法律による「宗教的行為」の阻害の程度よりもむしろ、「個人に自己の宗教的信念に反して行動するよう強制する傾向性 (tendency to coerce)」の有無を判断基準として、「実質的負担」の概念を著しく狭めることによって、「やむにやまれぬ利益」テストの適用前に「宗教的反对者」の権利主張を一蹴したり (e.g., *Lyng v. Northwest Indian Cemetery Protective Ass'n*, 485 U.S. 439 (1988))、(3) 一般市民社会よりも「憲法上の権利」の制約が許容され得るとされる幾つかの特定の状況下 (刑務所など) では、Sherbert テストそれ自体を適用せず、最も緩やかな司法審査基準たる「合理性審査 (rationality review)」基準を適用したりしてきた (e.g., *O'Lone v. Estate of Shabazz*, 482 U.S. 342 (1987))。See KATHLEEN M. SULLIVAN & GERALD GUNTHER, *CONSTITUTIONAL LAW* 1454-62 (14th ed. 2001); GEOFFREY R. STONE ET AL., *CONSTITUTIONAL LAW* 1473-76 (4th ed. 2001); ARNOLD H. LOEWY, *RELIGION AND THE CONSTITUTION: CASE AND MATERIALS* 364-403 (1999)。そして、下級裁判所もまた、これらの先例にならって、同様に「宗教的反对者」の権利主張をほとんど否認してきた。See James E. Ryan, Note, *Smith and the Religious Freedom Restoration Act: An Iconoclastic Assessment*, 78 VA. L. REV. 1407, 1416-22 (1992)。
- 8) 42 U.S.C. §§ 2000bb to 2000bb-4 (1994)。
- 9) 521 U.S. 507 (1997) (RFRA に基づいて、教会が、市の歴史建造物委員会による教会施設の増築の否認の合法性を争った事例)。
- 10) もっとも、下級裁判所レベルでは、Flores 判決後、RFRA は、州政府に適用される限りでは明示的に違憲無効であるが、連邦政府に適用される限りでは、依然として合憲有効であるか否かに関して解釈が二分されている。See Gregory P. Magarian, *How to Apply the Religious Freedom Restoration Act to Federal Law Without Violating the Constitution*, 99 MICH. L. REV. 1903, 1915-17 (2001)。
- 11) H.R. 1691, 106th Cong. (1999)。なお、RLPA は、Flores 判決が RFRA を違憲とならしめた「連邦制」の問題を矯正するべく、連邦議会が RLPA を州政府に適用する憲法上の根拠として、憲法第 1 条 8 節 1 項にいう「歳出」条項 (Spending Clause)、および、同節 3 項にいう「州際通商」条項 (Commerce Clause) に依拠している。See HOUSE COMM. ON THE JUDICIARY, *RELIGIOUS LIBERTY PROTECTION ACT OF 1999*, H.R. REP. NO. 106-219, at 14-18 (1999) [hereinafter HOUSE

REPORT].

12) See 145 CONG. REC. H5608 (daily ed. July 15, 1999).

13) ACLUなどの人権団体によって、RLPAは、「同性愛者」ないし「未婚のカップル」を、宗教的理由から雇用関係および住宅関係において差別することを正当化し得る、という懸念が提起された。See Jennifer Dorton, Note, *The Religious Liberty Protection Act: The Validity of Using Congress' Commerce and Spending Powers to Protect Religion*, 48 CLEV. ST. L. REV. 389, 402-08 (2000). なお、下院においては、「性的志向 (sexual orientation)」ないし「婚姻状態 (marital status)」に基づく差別を禁止する諸州の「市民的諸権利に関する法律 (civil rights laws)」ないし「差別禁止法 (antidiscrimination laws)」をRLPAの適用範囲から除外せしめる規定を設ける修正案が否決された経緯があった。See Jack S. Vaitayanonta, Note, *In State Legislatures We Trust?: The "Compelling Interest" Presumption and Religious Free Exercise Challenges to State Civil Rights Laws*, 101 COLUM. L. REV. 886, 898 & n.47 (2001). 実際、賃借人たる「未婚のカップル」への住宅の賃貸しを宗教的理由から拒絶する賃借人に対して「差別禁止法」を適用することが、「婚姻状態」に基づく差別の除去において「やむにやまれぬ利益」を有さないとして違憲とされた下級裁判所判決として、for example, case cited *infra* note 45. *Contra Swanner v. Anchorage Equal Rights Comm'n*, 874 P.2d 274 (Alaska 1994) (同じ争点に関して、反対に、「やむにやまれぬ利益」を有するとして合憲とされた事例); cf. *Bob Jones Univ. v. United States*, 461 U.S. 574 (1983) (宗教的理由に基づいて人種差別政策を実施する私立大学から連邦法上の免税資格を剥奪することが、人種差別撤廃において「やむにやまれぬ利益」を有するとして合憲とされた事例). かくして、下級裁判所レベルでは、「人種」に基づく差別禁止の政府利益は、合衆国最高裁判所の先例たるこのBob Jones判決にならって、常に、宗教的利益にまさるとされるが、「性的志向」および「婚姻状態」に基づく差別禁止のそれは、必ずしも、そうではない。See Harlan Loeb & David Rosenberg, *Fundamental Rights in Conflict: The Price of a Maturing Democracy*, 77 N.D. L. REV. 27, 40-47 (2001); cf. *Boy Scouts of Am. v. Dale*, 530 U.S. 640 (2000) (合衆国最高裁判所は、「宗教の自由な実践」の権利と同様に修正第1条に基づく「結社の自由 (freedom of association)」は、「同性愛者」の差別禁止の政府利益にまさると判示している).

14) S. 2869, 106th Cong. (2000).

15) See 146 CONG. REC. S7779 (daily ed. July 27, 2000); 146 CONG. REC. H7191 (daily ed. July 27, 2000); see also 146 CONG. REC. E1563 (daily ed. Sept. 22, 2000) (statement of Rep. Canady) (「不必要な政府の干渉から宗教の自由な実践を保障するであろう本法は、多種多様な政治的観点に立つ70以上の宗教団体・人権団

体の精力的な努力の所産である」).

16) See Statement by President William J. Clinton upon Signing S. 2869, 36 WEEKLY COMP. PRES. DOC. 2168 (Sept. 22, 2000) (「本法は、幾つかの場合において、州および地方公共団体が、かかる負担がやむにやまれぬ政府利益を促進する最も制限的でない手段である、ということを立てし得ない限り、宗教の実践に実質的負担を課することを禁止するであろう。本法は、次のような二つの状況において、宗教の実践を保障するであろう。すなわち、(1) 州および地方公共団体が、宗教の実践に実質的負担を課する仕方であらうな歴史建造物に関する法律を適用しないし執行しようとする場合、(2) 州および地方公共団体が、幾つかの施設に居住しないし拘禁されている者の宗教の実践に実質的負担を課しようとする場合である」). なお、この新法の制定に伴って、合衆国議会は、Flores判決を、RFRAの州政府に適用される部分のみを違憲無効としたものとする解釈の前提の下に、RFRAの連邦政府に適用される部分の可分性・有効性を自認し、RFRAを、州政府に適用される部分を削除して、連邦政府にのみ適用されるよう修正している(以下、これを便宜上、RFRAFと呼ぶ)。See Religious Land Use and Institutionalized Persons Act of 2000, Pub. L. No. 106-274, § 7(a)(1), (2), (b), 114 Stat. 803, 806 (codified as amended at 42 U.S.C.A. §§ 2000bb-2(1), (2), -3(a) (West Supp. 2002)).

17) 42 U.S.C.A. §§ 2000cc to 2000cc-5 (West Supp. 2002). なお、RLUIPAは、"are-LOO-pah" と発音される。See Lawrence G. Sager, Commentary, 57 N.Y.U. ANN. SURV. AM. L. 9, 9 n.3 (2000).

RLUIPAは、6箇条から成るが、「土地利用」に関する第2000cc条と、「被收容者」に関する第2000cc-1条とが、その中核をなす。両条によれば、総則として、「いかなる政府も」、「土地利用規制 (land use regulation) の適用しないし執行」における「個人、または、宗教的な集会、もしくは、団体 (person, religious assembly or institution) への負担が」、42 U.S.C.A. § 2000cc(a)(1) (West Supp. 2002), また、「[被收容者の市民的諸権利に関する法律 (Civil Rights of Institutionalized Persons Act, 42 U.S.C. § 1997)] において定義された施設に居住しないし拘禁されている者 (person residing in or confined to an institution) への負担が」、*id.* § 2000cc-1(a), 「やむにやまれぬ政府利益 (compelling governmental interest) を促進するものであり、かつ、かかるやむにやまれぬ政府利益を促進する最も制限的でない手段 (the least restrictive means) である」ことを立証しない限り、*id.* §§ 2000cc(a)(1)(A), (B), 2000cc-1(a)(1), (2), 「たとえかかる負担が一般的に適用可能な規定 (rule of general applicability) に起因するものであっても」、*id.* §§ 2000cc(a)(2)(A), (B), 2000cc-1(a), 「宗教の実践に実質的負担 (substantial burden) を課してはならない」と規定する。*Id.* §§ 2000cc(a)(1),

2000cc-1(a). もっとも、両条は、「歳出」条項、および、「州際通商」条項に基づく連邦権限を明らかにするべく、RLUIPAの適用範囲の限界として、「実質的負担が」、「連邦政府の財政援助を受けるプログラムないし活動 (program or activity that receives Federal financial assistance) において課されたもの」、あるいは、「外国との通商、もしくは、州際における通商、または、インディアン部族との通商 (commerce with foreign nations, among the several States, or with Indian tribes) に影響を及ぼすもの」でなければならない、と規定する。Id. §§ 2000cc(a)(2)(A), (B), 2000cc-1(b)(1), (2).

また、特筆すべきことに、RLUIPAは、保障され得る「宗教的行為」に関して、合衆国最高裁判所の判例上に確立も、RFRAに規定もされていない新たな基準として、「『宗教の実践』という文言は、ある体系的な宗教的信念によって強いられる (compelled) もの、あるいは、それにとって中心をなす (central) ものであるか否かにかかわらず、あらゆる宗教の実践を含む」と規定し、id. § 2000cc-5(7)(A), Sherbertテストにいう「負担」審査を極めて緩やかなものにしてている。See Roman P. Storzer & Anthony R. Picarello, Jr., *The Religious Land Use and Institutionalized Persons Act of 2000: A Constitutional Response to Unconstitutional Zoning Practices*, 9 GEO. MASON L. REV. 929, 954-62 (2001); see also Heather Davis, Comment, *Inmates' Religious Rights: Deference to Religious Leaders and Accommodation of Individualized Religious Beliefs*, 64 ALB. L. REV. 773, 796 (2000)

(「[囚人に関する] RFRAの判例法の下では、幾つかの裁判所は、[実質的] 負担が『宗教にとって中心をなす教義ないし信念』を阻害するものであるよう要求した。このような宗教に対する中心性の要件は、[RLUIPA] によって明示的に変更された。なお、RLUIPAの制定に伴って、合衆国議会は、RFRAFによって保障される「宗教的行為」に関しても、RLUIPAと同じものにするよう修正している。See *Religious Land Use and Institutionalized Persons Act of 2000*, Pub. L. No. 106-274, § 7(a)(3), 114 Stat. 803, 806 (codified as amended at 42 U.S.C.A. 2000bb-2(4) (West Supp. 2002)); accord *Kikumura v. Hurley*, 242 F.3d 950, 960 (10th Cir. 2001) (連邦刑務所による囚人の牧会の要望の否認の合法性がRFRAFの下で争われたが、RFRAFを合憲有効であると解釈した上で、「原告は、要望した牧会は、自己の宗教的信念によって強いられるものであった、とは主張していない。しかしながら、[RLUIPAないしRFRAF] にいう『宗教の実践』の定義の下では、宗教の実践は、[修正前の] RFRAの下で保障され得るような、[当該宗教によって] 強いられるものでなくてもよい」と判示された事例)。

- 18) See generally JOHN T. NOONAN, JR. & EDWARD MCGLYNN GAFFNEY, JR., *RELIGIOUS FREEDOM: HISTORY, CASES, AND OTHER MATERIALS ON THE INTERACTION OF RELIGION AND GOVERNMENT* 479-547 (2001) (Smith判決から、Lukumi判決、RFRAの制定、

Flores判決、RLUIPAの制定までを概観している)。

なお、RLUIPAの下での宗教的権利主張に関する訴訟を概観するものとして、*at* <http://www.rluipa.com> (last visited July 3, 2002) (Becket Fund for Religious Libertyがアップツードータな情報を提供している)。

- 19) See Michael W. McConnell, *Religious Freedom, Separation of Powers, and the Reversal of Roles*, 2001 BYU L. REV. 611, 617. なお、「歳出」条項、および、「州際通商」条項に依拠するRLUIPAは、両条項の下でも違憲であると主張するものとして、see, for example, Gregory S. Walston, *Federalism and Federal Spending: Why the Religious Land Use and Institutionalized Persons Act of 2000 Is Unconstitutional*, 23 U. HAW. L. REV. 479 (2001); Evan M. Shapiro, Comment, *The Religious Land Use and Institutionalized Persons Act: An Analysis Under the Commerce Clause*, 76 WASH. L. REV. 1255 (2001); Ada-Marie Walsh, Note, *Religious Land Use and Institutionalized Persons Act of 2000: Unconstitutional and Unnecessary*, 10 WM. & MARY BILL RTS. J. 189 (2001); see also Letter from Marci A. Hamilton, Thomas H. Lee Chair of Public Law, Benjamin N. Cardozo School of Law, Yeshiva University, to the United States Senate (July 24, 2000), ¶ 1, available at [http://www.marcihamilton.com/rupa/rluipa\\_letter.htm](http://www.marcihamilton.com/rupa/rluipa_letter.htm) (「私 [Hamilton] は、… [Flores 判決における上诉人側の訴訟代理人として] RLUIPAの前身であるRFRAの違憲主張に成功した [か]、合衆国最高裁判所による同判決、および、後続の諸判決における法理に照らせば、RLUIPAが司法審査に耐える可能性は、極めて低いであろう」)。これに対して、両条項の下でのRLUIPAの合憲性を支持するものとして、see, for example, Heather Guidry, Comment, *If at First You Don't Succeed... : Can the Commerce and Spending Clauses Support Congress's Latest Attempt at Religious Freedom Legislation?*, 32 CUMB. L. REV. 419 (2002) (「囚人」に関する規定部分); Storzer & Picarello, Jr., *supra* note 17 (「土地利用」に関する規定部分)。もともと、幾つかの下級裁判所は、すでにRLUIPAを合憲と判示している。See, e.g., *Mayweathers v. Terhune*, No. CIV. S-96-1528 LKK/GGH P, 2001 U.S. Dist. LEXIS 22300 (E.D. Cal. July 2, 2001)。また、合衆国議会によれば、RLUIPAは、「歳出」条項、および、「州際通商」条項に加えて、Flores判決において定義された「執行」条項にも合憲的に依拠するものである、という。See *infra* note 54.しかしながら、RLUIPAは、憲法上の根拠に関する疑義に加えて、実際の適用上の問題も生ぜしめるであろう。See, e.g., Marci Hamilton, *Struggling with Churches as Neighbors: Land Use Conflicts Between Religious Institutions and Those Who Reside Nearby*, ¶¶ 6-11 (Jan. 17, 2002), at <http://writ.news.findlaw.com/hamilton/20020117.html> (「[教会による土地利用] は、近隣住民が煩わしさを合理的に感ずる多くの思わしくない二次的効果—

- 交通、騒音、衛生の問題一を生ぜしめる。…従って、宗教的建造物は、他のあらゆる土地所有者と同様に、当該教会、近隣住民、および、地域共同体にとって都合の良い土地利用で合意に達するべく、ゾーニング当局と交渉するよう要求されてきた。…残念ながら、RLUIPAは、まさに、かかる交渉を、宗教団体にとって極めて有利なものにしてしまった」); *Developments in the Law — The Law of Prisons*, 115 HARV. L. REV. 1838, 1895 (2002) (「[RLUIPAの制定によって] 奇妙なことに、原理上、州に対する囚人の宗教的権利主張は、(土地利用に関する [宗教的] 権利主張以外では) 非囚人のそれよりも厳格に審査されることになる」).
- 20) *See Smith*, 494 U.S. at 879; *Lukumi*, 508 U.S. at 531-32, 546; *see also Flores*, 521 U.S. at 514, 529 (「中立的で一般的に適用可能な法律は、たとえやむにやまれぬ政府利益によって支持されなくても、宗教的行為に適用され得る」、「宗教の自由な実践 [は]、…宗教的信念および行為を狙い撃ちする違憲的な目的で制定された法律 [からの保障である]」).
- 21) *See Smith*, 494 U.S. at 881-85; *see also Flores*, 521 U.S. at 513-14 (「中立的で一般的に適用可能な法律が憲法上の審査をパスしなかった唯一の諸事例は、[Yoder判決のように] 他の憲法上の保障がかかっていた事例 [と]、… [Sherbert判決のように] 州の失業補償規定に対する宗教の自由な実践に基づく違憲主張を審査した [事例であった]」).
- 22) *See United States v. O'Brien*, 391 U.S. 367, 377 (1968).
- 23) *See Washington v. Davis*, 426 U.S. 229, 239-40 (1976).
- 24) *See James D. Gordon III, The New Free Exercise Clause*, 26 CAP. U. L. REV. 65, 66 (1997); Jesse H. Choper, *The Rise and Decline of the Constitutional Protection of Religious Liberty*, 70 NEB. L. REV. 651, 659 & n.50 (1991). *Compare Sherbert*, 374 U.S. at 404 (「『ある法律の目的ないし効果 (purpose or effect) が、一つないしすべての宗教の遵守を阻害するもの…であるのならば、当該法律は、…憲法上、無効である』」), *with Smith*, 494 U.S. at 878 (「宗教の実践を禁止するということが、…[当該法律の] 目的 (object) ではなく、単に、一般的に適用可能で、他の点で有効な規定の付随的な効果 (effect) であるのならば、修正第1条は、未だ犯されていない」).
- 25) もっとも、幾つかの下級裁判所は、Smithテストは、「宗教に中立的な法律」に関して「合理性審査」基準を適用するものである、と解釈している。*See, e.g., Miller v. Reed*, 176 F.3d 1202, 1206-07 (9th Cir. 1999) (宗教的理由から社会保障番号の開示を拒絶する者に対して、自動車運転免許の更新のためにその開示を要求する州法を適用することが合憲とされた事例); *see also Frederick Mark Gedicks, The Normalized Free Exercise Clause: Three Abnormalities*, 75 IND. L.J. 77, 89 & n.48 (2000) (「宗教に中立的な法律」に関して、たとえ「宗教の自由な実践」条項によつ

て「厳格審査」基準が要求され得ないとしても、依然として、修正第14条にいう「平等保護」条項ないし「デュープロセス」条項によって「合理性審査」基準が要求され得る、と主張する)。

また、幾つかの下級裁判所は、Flores判決後・RLUIPA制定前、囚人の宗教的権利主張においては、Smith判決よりもむしろ、この文脈の先例たる O'Lone判決に依拠することによって、「宗教に中立的な法律」に関して「合理性審査」基準を適用していた。See, e.g., Ward v. Hatcher, No. 97-16390, 1999 U.S. App. LEXIS 3410, at \*3-10 (9th Cir. Mar. 1, 1999) (州刑務所によるOrthodox Jewの囚人に対する kosher diet の提供の否認が違憲とされた事例); see also Shelly S. Rachanow, *The Effect of O'Lone v. Estate of Shabazz on the Free Exercise Rights of Prisoners*, 40 J. CHURCH & ST. 125, 126-28 (1998) (下級裁判所は、Flores判決後、囚人の「憲法上の権利」に関する合衆国最高裁判所の判例法—まず、Turner v. Safley, 482 U.S. 78 (1987) (囚人間の文通の規制が合憲とされたが、囚人の婚姻の規制が違憲とされた事例)において、囚人の「憲法上の権利」に対する規制が、一般的に、「合理性審査」基準に服せしめられる、ということが明らかにされ、次に、このTurner判決の8日後のO'Lone判決において、かかる「合理性審査」基準が、囚人の「宗教の自由な実践」の権利に対する規制にも適用された—に回帰し得る、と指摘する)。

26) See *Smith*, 494 U.S. at 879 (quoting *Lee*, 455 U.S. at 263 n.3 (Stevens, J., concurring in the judgment)) (「宗教の自由な実践の権利は、『当該法律が自己の宗教が命ずる(あるいは、禁ずる)行為を禁ずる(あるいは、命ずる)という理由で、一般的に適用可能で、有効かつ中立的な法律(valid and neutral law of general applicability)』に従う義務から個人を免除しない」)。

27) See *Barnes v. Glen Theatre, Inc.*, 501 U.S. 560, 572-81 (1991) (Scalia, J., concurring in the judgment); see also *City of Erie v. Pap's A.M.*, 529 U.S. 277, 307-10 (2000) (Scalia, J., concurring in the judgment) (Scalia裁判官は、再度、「表現内容に中立的な法律」に対する「中間審査」基準の適用を否認し、*Barnes*判決の後に合衆国最高裁判所に加わったThomas裁判官も、それに同調した)。

もっとも、合衆国最高裁判所の多数派が、依然として、「表現内容に中立的な法律」に対する「中間審査」基準の適用を支持していることから、しばしば、修正第1条によって同様に保障される「宗教の自由な実践」の権利と「表現の自由」に同一の司法審査基準、すなわち、「宗教に中立的な法律」に関しても、たとえ「厳格審査」基準が適用され得ないとしても、少なくとも、「中間審査」基準が適用されるべきである、と主張される。See, e.g., Brian A. Freeman, *Expiating the Sins of Yoder and Smith: Toward a Unified Theory of First Amendment Exemptions from Neutral Laws of General Applicability*, 66 MO. L. REV. 9 (2001)。

28) See Douglas Laycock, *The Remnants of Free Exercise*, 1990 SUP. CT. REV. 1, 48.

29) See *Lee*, 455 U.S. at 263 n.3 (Stevens, J., concurring in the judgment); *Bowen v. Roy*, 476 U.S. 693, 722 & n.17 (1986) (Stevens, J., concurring in part and concurring in the result); *Hobbie*, 480 U.S. at 147-48 (Stevens, J., concurring in the judgment); *Flores*, 521 U.S. at 537 (Stevens, J., concurring); see also *Ansonia Bd. Educ. v. Philbrook*, 479 U.S. 60, 79 (1986) (Stevens, J., concurring in part and dissenting in part) (「[宗教的反対者の権利主張]は、不平等な扱いを受けている、という権利主張よりもむしろ、平等な扱いに対する不満を主張するものである」).

もつとも、このような Stevens 裁判官の論拠によれば、近年、「国教樹立禁止」条項の文脈で議論されている school voucher のような福祉プログラムの下での政府による一般的な資金提供において、宗教学校を排除することは、「宗教の自由な実践」条項に違反する、逆説的に言えば、宗教学校を包摂することは、「国教樹立禁止」条項によって許容される (permitted) ものである、というよりもむしろ、「宗教の自由な実践」条項によって要求される (required) ものである、という帰結に達するはず—善かれ悪しかれ—である。See, e.g., Eugene Volokh, *Equal Treatment Is Not Establishment*, 13 NOTRE DAME J.L. ETHICS & PUB. POLY 341 (1999); accord *Peter v. Wedl*, 155 F.3d 992, 996-97 (8th Cir. 1998) (citing *Lukumi*, 508 U.S. at 532-34) (連邦政府による障害児に対する特別教育サービス制度から宗教学校を排除する州法が、「宗教の自由な実践」条項に基づいて違憲とされた事例)。しかしながら、Stevens 裁判官は、まさに、このような帰結に達しない (逆に、宗教学校の包摂は、「国教樹立禁止」条項によって禁止される、と主張する) 点で、自家撞着に陥るのである。See Christopher L. Eisgruber & Lawrence G. Sager, *Congressional Power and Religious Liberty After City of Boerne v. Flores*, 1997 SUP. CT. REV. 79, 127 (citing *Agostini v. Felton*, 521 U.S. 203 (1997) (公立学校ないし私立学校 (宗教学校を含む) に通学する低所得家庭の子供の補習教育のために連邦資金を州に提供する連邦法の下で、公立学校の教師を当該私立学校に派遣して補習教育を実施する New York 市のプログラムが、「国教樹立禁止」条項の下で合憲とされた事例)) (「合衆国最高裁判所による平等主義原理 (egalitarian principles) の明白な採用 [には至っていないが] …平等という規範が、同裁判所裁判官たちに強い影響力を及ぼしている、ということは、明らかである。確かに、[Agostini 判決] のような平等主義的な国教樹立禁止条項に関する判決と、[Smith 判決] のような平等主義的な宗教の自由な実践条項に関する判決の多数派は、完全に重複していない。Stevens 裁判官は、[Smith 判決] においては法廷意見に同調したが、[Agostini 判決] においては反対意見に回つ [た]。… [Stevens 裁判官] の立場は、皮肉なものである。なぜならば、[Stevens 裁判官] は、宗教的自由の

諸判決の中で、平等という規範の最も声高の支持者であつてきたからである); *see also* Mitchell v. Helms, 530 U.S. 793 (2000) (公立学校ないし私立学校(宗教学校を含む)に対する教育器材の貸与のために連邦資金を州に提供する連邦法が、「国教樹立禁止」条項の下で合憲とされたが、Stevens裁判官は、同条項違反を理由に反対意見に回った)。なお、合衆国最高裁判所は、2001年度開廷期末の2002年6月27日、Zelman v. Simmons-Harris, 122 S. Ct. 2460 (2002)において初めて、school voucherの「国教樹立禁止」条項の下での合憲性審査の機会を得て、オハイオ州Cleveland市の当該プログラムを合憲としたが、Stevens裁判官は、同条項違反を理由に反対意見に回っている。

- 30) *See* Laycock, *supra* note 28, at 50-51.
- 31) *Lukumi*, 508 U.S. at 523.
- 32) *Id.* at 532.
- 33) *Id.* at 523.
- 34) *See id.* at 532-39.
- 35) *See id.* at 542-43.
- 36) *Id.* at 557 (Scalia, J., concurring in part and concurring in the judgment).
- 37) *See* Kenneth L. Karst, *Religious Freedom and Equal Citizenship: Reflections on Lukumi*, 69 TUL. L. REV. 335, 346-50 (1994). なお、このような、当該法律の「差別的目的」を検出するにあたって、当該法律の実際上の作用における「効果」から推論する定式は、合衆国最高裁判所が、「平等保護」条項の領域、特に、「投票権の希釈 (vote dilution)」の文脈で、「厳格審査」基準の発動要件となる「人種」に対する「差別的目的」(いわゆる「法律上の差別 (de jure discrimination)」)の立証責任を緩和化し、「不釣り合いな効果 (disproportionate effect)」、すなわち、「差別的効果」(いわゆる「事実上の差別 (de fact discrimination)」)も顧慮する、という定式を採用したことに由来する。*See id.* at 346 (citing *Rogers v. Lodge*, 458 U.S. 613 (1982)). 実際、Kennedy裁判官は、*Flores*判決における法廷意見の中でも、「[平等保護条項との比較から]ある州法が、ある特定の信仰者の部類に不釣り合いに負担を課するものであるのならば、そのような状況は、許容され得ない立法動機の証拠となり得るであろう」と述べている。*Flores*, 521 U.S. at 535. しかしながら、*Sherbert*テストは、当該法律による「宗教的行為」の阻害—「宗教的反对者」に対する「負担」—を最小限に抑制するべく、「差別的効果」よりもむしろ、差別的であれ非差別的であれ、「宗教的行為」を規制するあらゆる「効果」を射程とする点で、まさに、*Smith*テストと決定的に異なるのである。*See supra* note 4.
- 38) *Lukumi*, 508 U.S. at 542-43 (quoting *Hobbie*, 480 U.S. at 148 (Stevens, J., concurring in the judgment)).

- 39) See Douglas Laycock, *The Supreme Court and Religious Liberty*, 40 CATH. LAW. 25, 28 (2000); see also *Free Exercise Clause; Municipal Ban Against Killing Animals for Ritual or Sacrifice*, 61 U.S.L.W. 3347, 3348 (1992) (Lukumi判決での口頭弁論において、「Scalia裁判官は、当該条例は、おそらく、宗教ではなく、不人気な行為を狙い撃ちするものであり、…中立的で一般的に適用可能な法律である、と提唱していた。…Kennedy裁判官は、Smith判決にいう〔中立性・一般的適用可能性〕の要件の趣旨がいかなるものか尋ねた。〔上訴人側の訴訟代理人〕Laycockは、それは、宗教的少数者を保護することである、ということが望ま〔れ〕、Smith判決の下では、政府は、特別な負担のために宗教団体を選び抜き得ないが、少なくとも、宗教団体を他の〔世俗〕団体と同様に扱わなければならない、と答えた」).
- 40) *Rector of St. Bartholomew's Church v. City of New York*, 914 F.2d 348, 354-55 (2d Cir. 1990) (教会施設の改築を禁止する歴史建造物保存条例が合憲とされた事例).
- 41) *Cornerstone Bible Church v. City of Hastings*, 948 F.2d 464, 472 (8th Cir. 1991) (商工業地区から教会を排除するゾーニング条例が合憲とされた事例).
- 42) See Laycock, *supra* note 39, at 26-36. See generally MICHAEL W. McCONNELL, JOHN H. GARVEY & THOMAS C. BERG, RELIGION AND THE CONSTITUTION 205-17 (2002) (下級裁判所レベルにおけるかかる状況を概観している).
- 43) See, e.g., *EEOC v. Catholic Univ. of Am.*, 83 F.3d 455, 466-77 (D.C. Cir. 1996) (修道女にテニユアを否認するRoman Catholicの大学に対して、雇用関係における性差別を禁止する連邦法を適用することが争われたが、EEOCによる修道女に対する調査それ自体が、すでに「国教樹立禁止」条項に違反するとしつつも、大学側の「宗教の自由な実践」の権利が、「国教樹立禁止」条項の保障との「混成的状態」を呈する、と判示された事例).
- 44) See William L. Esser IV, Note, *Religious Hybrids in the Lower Courts: Free Exercise Plus or Constitutional Smoke Screen?*, 74 NOTRE DAME L. REV. 211, 237-42 (1998).
- 45) See *Thomas v. Anchorage Equal Rights Comm'n*, 165 F.3d 692, 702-11 (9th Cir. 1999) (「未婚のカップル」へのアパートの賃貸しを宗教的理由から拒絶するアパート所有者に対して、賃貸住宅において「婚姻状態」に基づく差別を禁止する州法を適用することが争われたが、「宗教の自由な実践」の権利が、主として、修正第5条にいう「取用」条項に基づく「自己の財産から他者を排除する権利」との「混成的状態」を呈する、と判示された事例), *vacated en banc as moot*, 220 F.3d 1134 (9th Cir. 2000); see also *Am. Family Ass'n v. City of San Francisco*, 277 F.3d 1114, 1124 (9th Cir. 2002) (「当巡回区においては、混成的な権利主張を立証するためには、『宗教の自由な実践に基づく原告は、随伴する権利が侵された、というもっともらしい権利主張を立証しなければならない』).

- 46) See Jonathan B. Hensley, Comment, *Approaches to the Hybrid-Rights Doctrine in Free Exercise Cases*, 68 TENN. L. REV. 119, 132-37 (2000).
- 47) See, e.g., *People v. DeJonge*, 501 N.W.2d 127, 134-35 (Mich. 1993) (宗教的理由から子供にホームスクーリングを施していた親に対して、学齢児を公立学校ないし私立学校に通学させることを刑事罰をもって親に命ずる州法を適用することが争われたが、「宗教の自由な実践」の権利が、「親の教育権」との「混成的状態」を呈する、と判示された事例).
- 48) See *Esser IV*, *supra* note 44, at 229-30. すなわち、*Yoder* 判決によれば、「親の利益が宗教の自由な実践に基づく権利主張と結合している場合、修正第1条の下で、単なる『州の権限内の何らかの目的との合理的関連性 (reasonable relation)』以上のものが、当該州の要件の妥当性を支持するために要求される」という。*Yoder*, 406 U.S. at 233. しかしながら、もしそうであるのならば、*Yoder* 判決においては、「宗教の自由な実践」条項に基づく権利主張が、「親の教育権」と「混成的状態」を呈していた、ということよりもむしろ、まさに「宗教の自由な実践」条項に基づく権利主張そのものであったが故に、「厳格審査」基準が適用されたのではないかと疑われる。See James R. Mason, III, Comment, *Smith's Free-Exercise "Hybrids" Rooted in Non-Free-Exercise Soil*, 6 REGENT U. L. REV. 201, 240-45 (1995). 従って、*Sherbert* テストを支持する *Souter* 裁判官が いみじくも批判するように、「混成的な権利主張というものが、訴訟当事者が、実際に、他の憲法上の規定に基づいて、…中立的で一般的に適用可能な法律からの免除を獲得するであろうものであるのならば、*Smith* 判決が混成的な事例と呼ぶ [*Yoder* 判決] において、当法廷が宗教の自由な実践条項に言及した理由は、少しもなかったであろう」。*Lukumi*, 508 U.S. at 567 (*Souter*, J., concurring in part and concurring in the judgment). なお、*Smith* テストを支持する *Stevens* 裁判官は、そもそも、*Yoder* 判決において「宗教的反对者」の権利主張が容認されたことそれ自体を批判している。See *Lee*, 455 U.S. at 263 n.3 (*Stevens*, J., concurring in the judgment).
- 49) See, e.g., *First Covenant Church v. City of Seattle*, 840 P.2d 174, 181 (Wash. 1992) (歴史建造物保存委員会の事前許可なしに教会施設の改築を禁止する歴史建造物保存条例が、「個別的な免除の制度」を備える、と判示された事例); *Keeler v. Mayor of Cumberland*, 940 F. Supp. 879, 885-86 (D. Md. 1996) (同様の事例).
- 50) See Robert W. Tuttle, *How Firm a Foundation? Protecting Religious Land Uses After Boerne*, 68 GEO. WASH. L. REV. 861, 887 (2000).
- 51) See Sarah J. Galen Rous, Comment, *Why Free Exercise Jurisprudence in Relation to Zoning Restrictions Remains Unsettled After Boerne v. Flores*, 52 SMU L. REV. 305, 326-28 (1999); see also Kenneth Pearlman & Stuart Meck, *Land Use*

*Controls and RFRA: Analysis and Predictions*, 2 NEXUS 127, 139 (1997) (「市が、建築審査要件から免除を認める制度をそこに備える [場合]、裁判所は、それを Sherbert 判決…に類似した事例と考え [る]」).

- 52) *See Issues Relating to Religious Liberty Protection, and Focusing on the Constitutionality of a Religious Protection Measure: Hearing Before the Senate Comm. on the Judiciary*, 106th Cong. 82-91 (2000) (statement of Douglas Laycock, Alice McKean Young Regents Chair in Law, Univ. of Tex. Sch. of Law) [hereinafter *Senate Haring*]; *see also* Douglas Laycock, *State RFRA's and Land Use Regulation*, 32 U.C. DAVIS L. REV. 755, 767 (1999) (「土地利用規制は、我が国の法制度の中で、最も個別的であり、一般的に適用可能でない法体系の一つである」). 実際、当局による教会の土地利用申請の否認が支持された下級裁判所判決として、for example, cases cited *supra* notes 40-41.
- 53) 42 U.S.C.A. § 2000cc(a)(2)(C) (West Supp. 2002).
- 54) *See* 146 CONG. REC. S7774-76 (daily ed. July 27, 2000) (joint statement of Sen. Hatch and Sen. Kennedy); *see also* HOUSE REPORT, *supra* note 11, at 17 (「州の土地利用規制は、客観的で、一般的に適用可能な基準 (objective, generally applicable standards) を欠いているどころか、裁量的で、個別的な決定 (discretionary, individualized determinations) に基づいているが故に、連邦議会が厳密に審議して、[修正第14条] 5節の権限の下での救済措置として正当化されると判断した問題を呈している。… [当該規定] は、特に、Flores判決の判示内容に従って、同節の下での同議会の救済措置を講ずる権限に基づいて、差別的な土地利用規制の確立された証拠を標的とし、また、政府機関は、当該行為の理由に関して『個別的な判断』をする権限を有する場合、やむにやまれぬ利益なしに、個人の宗教の自由な実践に基づく活動に実質的負担を課することを許されない、という Smith判決の判示内容にも従っている。…従って、[当該規定] は、Smith判決によって解釈された宗教の自由な実践を保障してお[り]、…注意深く、Flores判決による同節の解釈に従っており、まさに Flores判決が要求した『執行』の類として機能するものである」). また、RLUIPAは、「いかなる政府も」、「宗教的な集会ないし団体を、非宗教的なそれと同等の条件以下で (on less than equal terms) 扱う」、あるいは、「宗教ないし宗派に基づいて集会ないし団体を差別する (discriminates)」ように、「土地利用規制を適用ないし執行してはならない」と規定しているが、42 U.S.C.A. § 2000cc(b)(1), (2) (West Supp. 2002), RLUIPAの合憲性を擁護する合衆国政府の意見書によれば、これらの規定もまた、既存の判例法たる Lukumi判決を法典化するものである、という。See Memorandum of Law of Intervenor United States of America at 19-22, *Unitarian Universalist Church v. City of Fairlawn*, No. 5:00CV3021 (N.D. Ohio settled

- Oct. 1, 2001). かくして、少なくとも、Smith判決、および、Lukumi判決、ならびに、Flores判決に依拠するものと主張され得るRLUIPAの当該3規定(宗教的土地利用の規制における①「個別的な判断」(第2000cc条(a)(2)(C))、②「同等の条件」(第2000cc条(b)(1))、③「差別禁止」(第2000cc条(b)(2)))に関しては、「執行」条項の下での違憲的な連邦権限の行使とは断じ得ないかも知れない。See Shawn Jensvold, *The Religious Land Use and Institutionalized Persons Act of 2000 (RLUIPA): A Valid Exercise of Congressional Power?*, 16 *BYU J. PUB. L.* 1, 8-18 (2001); Storzer & Picarello, Jr., *supra* note 17, at 978-87; *accord* *Freedom Baptist Church v. Township of Middletown*, 204 F. Supp. 2d 857, 868-70 (E.D. Pa. 2002) (かかる主張が是認され、RLUIPAの当該3規定の合憲性が支持された事例)。But see Caroline R. Adams, Note, *The Constitutional Validity of the Religious Land Use and Institutionalized Persons Act of 2000: Will RLUIPA's Strict Scrutiny Survive the Supreme Court's Strict Scrutiny?*, 70 *FORDHAM L. REV.* 2361 (2002) (かかる主張に異議を唱え、RLUIPAは、「執行」条項にも違反する、と反論する)。
- 55) See, e.g., *Rader v. Johnston*, 924 F. Supp. 1540, 1551-56 (D. Neb. 1996) (宗教的寄宿舎に居住を望む新入生に対して、新入生の学力向上・精神育成という規制目的で大学寮に寄宿するよう要求する州立大学学則を適用することが争われたが、当該学則が、親同居者・既婚者などに対しては免除を付与し、また、当該学則を執行する大学当局が、その他の様々な非宗教的理由では免除を付与していた点で、「中立性・一般的適用可能性」を失する、と判示された事例); *Horen v. Commonwealth*, 479 S.E.2d 553, 556-57 (Va. Ct. App. 1997) (宗教的理由からフクロウの羽根を所持するNative Americanに対して、野鳥の保護という規制目的で野鳥の所持を刑事罰をもって禁止する州法を適用することが争われたが、当該州法が、研究・調査などの理由からはその所持を免除していた点で、「中立性・一般的適用可能性」を失する、と判示された事例); *Fraternal Order of Police Newark Lodge No. 12 v. City of Newark*, 170 F.3d 359, 364-66 (3d Cir. 1999) (あごひげを生やすSunni Muslimの警察官に対して、警察官の身なりの統一という規制目的であごひげを生やすことを禁止する市警察規則を適用することが争われたが、当該警察規則が、医学的理由(皮膚病患者)に対しては免除を付与していた点で、「中立性・一般的適用可能性」を失する、と判示された事例)。
- 56) See Carol M. Kaplan, Note, *The Devil Is in the Details: Neutral, Generally Applicable Laws and Exceptions from Smith*, 75 *N.Y.U. L. REV.* 1045, 1050, 1083 (2000); see also Ira C. Lupu, *The Case Against Legislative Codification of Religious Liberty*, 21 *CARDOZO L. REV.* 565, 572-73 (1999) (「Lukumi判決は、…Smith判決後の宗教の自由な実践に基づく権利主張の可能性を広げた。…すなわち、宗教に負

担を課するが、他の[世俗的な]ものにはほとんど負担を課さない諸法律は、Smith判決の謙讓的なルールよりもむしろ、Lukumi判決の[やむにやまれぬ利益テスト]に服せしめられ得る。…実際、諸規定の一般的適用可能性に関する判例法、および、Sherbert判決タイプの個別的な判断の仕組に関する諸判決は、融合・調和され、Smith判決の新たな有力な一連の除外例になってゆきそうに考えられる。…[これは]、Lukumi判決にいう宗教の自由な実践の反差別原理(anti-discrimination principle)と、Smith判決が維持しようとする個別的な判断の原理(individual assessment principle)の融合[である]」、実際、Lukumi判決の法廷意見の中で、Kennedy裁判官は、「中立性・一般的適用可能性」の要件の中に「個別的な免除の制度」の例外を包摂していた。See *Lukumi*, 508 U.S. at 537 (「ある一般的な要件から個別的な免除が獲得可能である状況においては、政府は、『やむにやまれぬ理由なしに、「宗教的苦難」の場合にその免除の制度を適用することを拒絶し得ない」); accord *Black Hawk v. Pennsylvania*, 114 F. Supp. 2d 327, 331-32 (M.D. Pa. 2000) (宗教的理由からクマを飼育するNative Americanに対して、狂犬病の伝染の予防のために人間を噛む野生動物の駆除を規定する州法を適用することが争われたが、当該州法が、当該州法を執行する州当局に、駆除決定に関して個別的な判断に基づく免除の付与を可能ならしめている点で、「中立性・一般的適用可能性」を失する、と判示された事例)。

57) See Kenneth D. Sansom, Note, *Sharing the Burden: Exploring the Space Between Uniform and Specific Applicability in Current Free Exercise Jurisprudence*, 77 *TEX. L. REV.* 753, 763-64, 786-87 (1999); see also Gedicks, *supra* note 25, at 119 (「宗教的行為は、何らかの世俗的行為が免除されている場合は必ず、ある法律から免除されるよう要求されるわけではないである[う]。宗教は、免除されていない宗教的行為が、免除されている世俗的行為と、ある法律の目的との関係において同一である場合にのみ、不平等に(unequally)扱われることになる。…宗教的行為は、そのような行為の免除が、すでに免除されている世俗的行為よりも、ある法律の目的に対して実質的に大きな脅威を呈しないであろう、という場合は必ず、当該法律から免除されなければならない。…一つないしそれ以上の世俗的活動を免除するが、類似の宗教的行為を免除してない—行政上の免除によるものであれ、立法上の免除によるものであれ、その他のものであれ—あらゆる法律ないし政府行為は、…通常、厳格審査に服せしめられなければならない)。

なお、「中立性・一般的適用可能性」の要件は、「宗教」と「非宗教」との間での差別だけではなく、諸宗教間での差別にも及ぶであろう。Cf. *Goldman v. Weinberger*, 475 U.S. 503, 512-13 (1986) (Stevens, J., concurring) (Stevens裁判官は、yarmulkeを着用するOrthodox Jewの空軍人に対して、被り物の着用を禁止する空軍ドレスコードを適用することが合憲とされた事例における同意意

見の中で、「私にとってはるかにより重要であること [は]、宗教的信念をもつあらゆる信仰者に対する一律な扱い (uniform treatment)、という利益である。… turbanないし dreadlockと、yarmulkeとの差異は、『外見』上の差異であるだけでなく、Sikhないし Rastafarianと、Orthodox Jewとの差異でもある [以上]、空軍は、一般的適用性を有する [当該ドレスコード] を執行するにあたって、かかる信仰者間で差別してはならない」と主張している); *accord* *Sasnett v. Litscher*, 197 F.3d 290, 292-93 (7th Cir. 1999) (十字架を身に着ける囚人に対して、宝飾品を所持することを禁止する州刑務所規則を適用することが争われたが、当該刑務所規則が、rosary に付属する十字架のみを免除していた点で、rosary の必要な Catholicと、rosaryの不要な Protestantとの間で差別し、「中立性・一般的適用可能性」を失する、と判示された事例)。

- 58) *Lukumi*判決は、Smithテストの下で、当該法律を「中立性・一般的適用可能性」の要件を充足しない「宗教を狙い撃ちする法律」と認定するや否や、*Sherbert*テストにいう「負担」審査に言及することなく、当該法律に「やむにやまれぬ利益」テストを適用した。See *Lukumi*, 508 U.S. at 546-47; *accord* *Brown v. Borough of Mahaffey*, 35 F.3d 846, 849-50 (3d Cir. 1994) (「[*Lukumi*判決のような] 宗教的活動を狙い撃ちする行為ないし法律を扱う稀な事例は、決して、『実質的負担』が原告によって立証される場合のみに法的責任を限定してこなかった。そのような負担テストを非中立的な政府行為に適用することは、宗教の慣行・実践を修正第1条の保障から免れさせ、その阻害を些細なものにしてしまうであろう。負担テストは、正当で世俗的な目的を達成するための法律ないし行為に関して、宗教の自由な実践の権利に論理的な制約を課する場合のみに必要である」); see also *Senate Hearing, supra* note 52, at 81-82 (statement of Douglas Laycock, Alice McKean Young Regents Chair in Law, Univ. of Tex. Sch. of Law) (「[宗教的] 権利主張者が、宗教の実践への何らかの負担と、かかる何らかの負担を課する法律が一般的に適用可能なものではない、という一応の証拠 (prima facie evidence) とを立証すれば、政府は、…一般的適用可能性の問題、および、やむにやまれぬ利益に関する説得責任 (burden of persuasion) を負うであろう。…周知のように、動機を訴訟で争うことは、困難であり、裁判所は、しばしば、曖昧なままにしておく。一般的適用可能性の要件は、政府が、世俗的活動を免除し、あるいは、規制していない場合、ほとんどそれと同一の活動である、あるいは、それと同一の害悪を生ぜしめる宗教的活動を規制することにやむにやまれぬ理由を有さなければならない、ということの意味 [し、従って、そのような場合]、… [宗教的] 権利主張者は、実質的負担ではなく、何らかの負担を立証するだけでよいのである」); Oral Argument at 24, *Flores* (No. 95-2074), *reprinted in* 258 LANDMARK BRIEFS AND ARGUMENTS OF THE SUPREME COURT OF THE UNITED STATES:

CONSTITUTIONAL LAW 1996 TERM SUPPLEMENT 537, 562 (Gerald Gunther & Gerhard Casper eds., 1998) (Flores判決での口頭弁論において、RFRAが制定されてもなお、Smithテストが機能する余地があるか否か、という質問に対して、被上訴人側の訴訟代理人Laycockは、「訴訟当事者の関心は、常に、当該法律が、一般的に適用可能なものではない、すなわち、事実上、[宗教を] 差別するものである、ということ立証することにある。なぜならば、そうすることによって、政府によるやむにやまれぬ利益の主張、すなわち、政府の証言に関する信用性 (credibility) が貶められるからである。実質的負担が存在しないので、RFRAは適用されないけれども、[宗教に対する] 差別が存在するので、Smith [テスト] が適用される、と判示する下級裁判所判決が散見される」と答えた)。

- 59) Douglas Laycock, *Religious Freedom and International Human Rights in the United States Today*, 12 EMORY INT'L L. REV. 951, 967 (1998); see also Daniel O. Conkle, *The Free Exercise Clause: How Redundant, and Why?*, 33 LOY. U. CHI. L.J. 95, 107-08 (2001) (quoting Laycock, *supra* note 39, at 26, 35) (「Laycockは、Smith判決における『一般的適用可能性』という文言、および、特に、Lukumi判決における議論・分析に依拠することによって、宗教の自由な実践の有力な法理は、宗教に対する意図的差別の立証を要求するよう解釈されなくてもよ〔く〕、その代わり、宗教の自由な実践に基づく権利主張者が、『当該法律が一般的に適用可能なものではない、ということのみを立証しなければならない』ということの意味するよう解釈され得る〔とすることによって〕…合衆国最高裁判所の宗教の自由な実践の法理は、当該法律が、文面上ないし適用上、一律性 (uniformity) という政府利益を害する世俗的免除を含む場合、世俗的・宗教的行為を規制する法律から宗教の実践を保障するよう解釈され得る、と主張している。この解釈によれば、『世俗的利益のために免除が存在する場合、宗教的権利主張者は、世俗的免除から恩恵を受ける者と同様に優遇的に扱われなければならない』。…この解釈は、宗教の自由な実践条項の保障範囲を、意図的差別以上に押し広げることによって、宗教を狙い撃ちしていないが、宗教的利益に対する選択的無関心・無配慮を反映する法律に対する憲法的保障を提供するものである」); Thomas C. Berg, *Religious Liberty in America at the End of the Century*, 16 J.L. & RELIGION 187, 195 (2001) (quoting Laycock, *supra* note 28, at 49) (「保護されているあらゆる [世俗的] 利益と平等な法的地位 (equal status) を宗教に保護すること—Laycockの言葉によれば、言わば、『最恵国』の原則— [は]、『平等な扱い』のアプローチの範囲内にあり、宗教的自由にかなりの余地を残し得るであろう」)。
- 60) Richard F. Duncan, *Free Exercise Is Dead, Long Live Free Exercise: Smith, Lukumi and the General Applicability Requirement*, 3 U. PA. J. CONST. L. 850, 884 (2001).

- 61) Frederick Mark Gedicks, *Towards a Defensible Free Exercise Doctrine*, 68 GEO. WASH. L. REV. 925, 946 (2000).
- 62) *See supra* notes 4, 7.