

## ＜調査研究シリーズ 134＞

# 保守化する連邦最高裁と宗教行為の自由の変容 ——最恵国待遇理論の分析から

森 口 千 弘

## 1. はじめに

2021年に連邦最高裁が下した Tandon 決定は、アメリカの宗教的自由に関心のある論者に大きな衝撃をもたらした。COVID-19の感染拡大を防止するための集会規制に対して違憲の疑いありとして差止を命じたこの決定は、単に州の感染防止対策が否定されたという公衆衛生上の関心にとどまらず、爾後のアメリカの宗教的自由を大きく変容させる可能性を孕んだ決定であった。というのも、この決定は1990年以来連邦最高裁で採用されてきた違憲審査基準である Smith テストを事実上覆しかねない内容を含んでいたためである。すなわち Tandon 決定で連邦最高裁は「最恵国待遇理論」と呼ばれるアプローチを採用した。このことは、従来の Smith テストに比べて宗教的自由への保護密度を飛躍的に高めると同時に、公衆衛生を目的とするものにとどまらず、あらゆる州の規制を信仰を理由とした場合にのみする抜けることが許されるような欠陥含みの理論枠組みを連邦最高裁が全面的に採用したと受け止められかねない決定であったことを意味する。

この決定の背景には、連邦最高裁の保守派の判事が先導する宗教的自由の「武器化」と呼ばれる問題がある。筆者は過去の論文で人権の武器化を「リベラル派が形成した修正1条の理論を保守派が利用し、社会福祉立法や反差別法を無効とする動きについて、裁判所が先例拘束性や従来の理論との齟齬を無視し、時にはマイノリティーへの敵意をもって、保守派の動きを受容すること」<sup>1)</sup>と定義するとともに、アメリカにおいて人権が他者の人権、殊にマイノリティーの人権を制約するために利用される試みが生じ、その一部が成功を収めている——すなわちマイノリティー保護立法が「人権」

---

※ 本稿は熊本学園大学海外事情研究所 2023 年度海外調査研究費助成を受けて、報告論文として執筆された。記して御礼申し上げる。なお、本稿は報告論文の性質上、海外事情に関するテーマに対象を絞り、必ずしも法学を専門としない読者を対象に脚注や引用文献などは最小限にとどめた。

1) 森口千弘「ロバーツ・コートにおける表現の自由の「武器化」」宮川茂雄編『アメリカ最高裁とロバーツ・コート：先例拘束原理の展開』早稲田大学比較法研究叢書 51 (成文堂, 2024)。

によって無効化されている——ことを指摘してきた。これまでの研究では、表現の自由や宗教行為の自由などの精神的自由権の在り方が従来の判例法理から変質し、時に裁判官が恣意的に運用可能な形で歪められる場合があることが明らかになっている。本稿で検討する Smith テストの変容も、保守派が政治的対立の局面で宗教行為の自由条項をマイノリティーの権利を抑圧するために利用する人権の「武器化」の問題と深くかかわっている<sup>2)</sup>。

本稿では、COVID-19 の感染拡大に伴う礼拝規制をめぐる訴訟を分析の題材としつつ、連邦最高裁が日本の信教の自由に当たる「宗教行為の自由条項」の違憲審査基準としている Smith テストをどのように変容させてきたのかを示すことを目的とする。この際、Tandon 決定で用いられた「最恵国待遇理論」を分析の軸としたい。この理論は、宗教を最も優遇されている世俗的活動と同等の保護を与えるべきであるとするものであり、連邦最高裁が Smith テストを極めて宗教優遇的に——そして裁判所が恣意的にこのテストを利用できるように——するために大きな役割を果たした理論である。一方、この理論を提唱した Douglas Laycock やそれを継承した憲法学者の立場は連邦最高裁のそれとは異なることも指摘されている。Smith テストと最恵国待遇理論の展開を分析することで、現在の連邦最高裁がこれらをイデオロギーラインに沿って利用しているきらいがあることが明かとなろう。

## 2. 最恵国待遇理論の誕生

### (1) Smith テストと宗教的自由

最恵国待遇理論について論じる前に、その前史となるアメリカの宗教的自由をめぐる前提を簡単に示したい<sup>3)</sup>。

アメリカでは長年、宗教に対するアコモデーション<sup>4)</sup>を認める立場が憲法学界で有力な立場を占めていた。連邦最高裁も、宗教がもつ憲法的な価値を認め、合衆国憲法修正 1 条の宗教行為の自由条項が、単なる弾圧や差別、不利益取扱いの禁止を超えて、宗教に対して一種の特権を認めているとする解釈を行ってきた。その嚆矢となっ

2) 人権の武器化について論じたものとして、宗教行為の自由条項の「武器化」については、森口千弘『内心の自由』（日本評論社、2023）の補章、および森口千弘「信教の自由と反差別法」奈須祐治・桧垣伸次編『ヘイトスピーチ規制の最前線と法理の考察』137（2021）を参照。

3) 紙幅の都合上、アメリカの宗教的自由に関する詳細な議論は割愛した。これについては、森口千弘『内心の自由——アメリカの二元的保護枠組みの考察と分析から』（日本評論社、2023）を参照のこと。

4) 宗教に対するアコモデーション (accommodation) について定訳は定まっておらず「(合理的) 配慮」、「調整」などの訳のほか、後述の判例の枠組みを踏まえて「便宜の措置」などの訳も用いられる。

た 1963 年の *Sherbert* 判決<sup>5)</sup> では、法によって課される義務が宗教的信仰と対立した場合に、一定の場合に信仰を優先させる場合があるとする憲法解釈を示した。すなわち、仮に宗教を抑圧したり、宗教に対する不利益を与えたりするような直接的な制約が存在しなかったとしても、信仰者が法義務か宗教化の二者択一を迫られる形で負担（付随的/間接的な制約）が生じていた場合、厳格な審査基準を適用すると判示した。これは、それ自体に違憲の瑕疵のない一般的・中立的な法に基づく義務に対しても、宗教的信仰を自由として例外的な法義務免除（*exemption*）を求める権利を裁判所が認めたことになる。

「*Sherbert* テスト」と呼ばれるこの枠組みは、その後、*Yoder* 判決<sup>6)</sup> や *Thomas* 判決<sup>7)</sup> などいくつかの判例にも継承され、連邦最高裁の宗教行為の自由条項解釈として確立していった。これらの判決で連邦最高裁は、「宗教行為の自由条項……は宗教活動への特別な保護を与える」<sup>8)</sup> などとして、法義務免除を求める権利は宗教的信仰にのみ認められる「特権」であると判示している。連邦最高裁は、合衆国憲法は、宗教が特別な価値を有し、他の権利には認められないような特別な保護を認めたものであるという宗教優遇的な解釈を長く採用してきたのである<sup>9)</sup>。

ところが、1990 年の *Smith* 判決<sup>10)</sup> はこのような状況を一変させた。*Smith* 判決ではネイティブ・アメリカンが宗教的儀式の際に禁じられた薬物を用いることが法義務免除の対象となるか否かが争われた<sup>11)</sup>。この判決で連邦最高裁は *Sherbert* テストを否定し、法義務免除は憲法上の権利ではなく一般的・中立的な法による制約は違憲審査の埒外であると判断した。判決によれば、宗教行為の自由条項が保障する権利の侵害が起こりうるのは、信仰への規制が一般性ないし中立性を欠き、宗教を不利益に取り扱う法（一般的・中立的でない法）である場合に限られるというのである。この判決で採用された違憲審査基準（*Smith* テスト）は一般に、アメリカの宗教行為の自由条項を縮減させ、宗教に対する特別な保護を廃止したものとみなされる。

*Smith* テストについては宗教の特権を排したものとしてこれを評価する論者<sup>12)</sup> も一部存在したものの、学界の大勢はリベラル派、保守派を問わず、宗教的自由を擁護す

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

6) *Wisconsin v. Yoder*, 406 U.S. 205 (1972).

7) *Thomas v. Review Board of the Indiana Employment Security Division*, 450 U.S. 707 (1981).

8) *Thomas v. Review Board of the Indiana Employment Security Division*, 450 U.S., at 713.

9) 何か文献

10) *Employment Division v. Smith*, 494 U.S. 872 (1990)

11) この事件は、それまでとは異なり薬物規制が問題となっていたこと、上訴人の *Smith* の職場は薬物やアルコール中毒者へのカウンセリングをおこなうリハビリテーションセンターであり薬物の使用については特に厳格であるべきであったことなどから、当初から困難な事件であるとみなされていた。しかし、多くの研究者はこの事件の難しさは認めつつ、本件が *Sherbert* テストを適用可能であると考えており、かつそのように判断されると予想していた。

12) See, e.g., Mark Tushnet, "Of Church and State and the Supreme Court": *Kurland Revisited*, 1989 S. Ct. Rev. 373 (1989).

る立場から Sherbert テストを復活させるべきとする批判を展開していた。その一方で、Sherbert テストを擁護しつつも、Smith テストをより宗教保護的に再解釈しようとする試みも登場した。その一つが、次に見る Douglas Laycock が提唱した「最恵国待遇理論 (Most-Favored-Theory)」である。

## (2) Douglas Laycock の最恵国待遇理論

最恵国待遇理論は、Smith 判決の直後に出された *The Remnant of Free Exercise* と題する論文<sup>13)</sup>で初めて発表された。この論文の中で Laycock は国際法で使われる「最恵国待遇国家 (most-favored nation)」<sup>14)</sup>に宗教をなぞらえる試みを展開している。

Laycock によれば、「宗教的言論は政治的言論と同様に扱われるべき」であり、「[世俗的活動と宗教的活動の] 区別が申し立てられている場合……は厳格な審査基準に服するべきである」。このことは、「宗教が最恵国待遇国家と類比される地位 (something analogous) を得ることを求める」ものである<sup>15)</sup>。ここで Laycock は、宗教には、宗教的信仰以外の世俗的な信念や事情などに与えられる待遇と同等の待遇を要求する権利があり、もしそれが果たされない場合、厳格な審査基準を適用すべきと主張しているのである。

このようなアプローチは実際の訴訟でも主張された。Laycock は 1993 年の連邦最高裁判決である *Lukumi* 判決<sup>16)</sup>に先立って *Lukumi Babalu Aye* 教会側に立った意見書を執筆し、最恵国待遇理論に基づき教団を擁護した、裁量上訴の受理に大きな役割を果たしている。動物の生贄を宗教的儀式の一環とする宗教の礼拝施設建設をきっかけに、市当局が動物の生贄に反対する決議を行い、いくつかの例外を除いた動物の殺害を禁ずる条例を制定したことが宗教行為の自由に違反するか否かが争われた *Lukumi* 判決の事案において、Laycock も含めた宗教側の「法廷の友 (*amicus curiae*)」らは次のような主張をした。

宗教行為に適用されることで実現されると主張される国家の利益について、もし一つの世俗的な例外が存在することでその国家の利益が損なわれるのであれば、そのたった一つの世俗的な例外は〔宗教行為の自由の侵害を審査する際の〕厳格な審査基準の引き金となる。<sup>17)</sup>

13) Douglas Laycock, *The Remnants of Free Exercise*, 1990 Sup. Ct. Rev. 1.

14) 最恵国待遇国家とは通商条約上、最も有利な待遇を与えられている国家と同等の地位を得られる権利をもった国家のことを指す。

15) Laycock, *supra* note 13 at 49-50.

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

17) Brief of Constitutional Law Professors as Amici Curiae in Support of Appellees at 19, *Stormans, Inc. v. Wiesman*, 794 F.3d 1064 (9th Cir. 2015) (Nos. 12-35221, 12-35223) [hereinafter *Stormans Brief*] (authored by Laycock et al.).

Laycock はここで「最恵国待遇理論」についてより詳細な内容を提示している。すなわち、ある規制が世俗的な事柄に対して例外を設けており、そのために規制が目的とする国家の利益が損なわれている場合には、そのような例外が宗教に認められていないことが、厳格な審査基準を適用するトリガーとなるというのである。

さらに後年、2016 年の共著論文<sup>18)</sup>でも、Laycock は国家の利益を伴う単一の例外があるにもかかわらず、宗教には免除が認められていない事例について次のように述べている。

世俗的な例外がたった一つしかなくとも、それが宗教行為を規制することによって実現されると主張される国家の利益を損なうものであれば、厳格な審査が必要となる。……問題はたった一つの世俗的な比較対象が規制されているか否かではない。憲法上の宗教行為の自由の権利とは、比較対象となる世俗的な行為と同様に取り扱われる権利である。憲法が保障する権利を、最も優遇をうけていない、あるいは最も過酷に規制されている世俗的な行為と同様に取り扱うのでは十分ではない。<sup>19)</sup>

「最恵国待遇」という言葉は用いていないものの、ここでは「たった一つの世俗的な例外」の存在が厳格な審査基準の引き金となることが述べられている。さしあたり、最恵国待遇理論とは、ある規制について、その規制の目的を損うような世俗的な事情による例外的免除が認められている場合、宗教にも同様の免除を認めるべきであるとする理論であるということができよう。

### （3）最恵国待遇理論の位置づけ

Laycock が教団側を支援した Lukumi 判決では最恵国待遇理論は採用されず、代わりに当局が宗教への敵意や無関心に基づいて規制を行っているか否かを重視する「敵意の法理」と呼ばれる Smith テストの解釈が採用された<sup>20)</sup>。

もっとも、連邦最高裁によって全面的に採用されたわけではないものの、最恵国待遇理論は裁判所に大きな影響を及ぼした。たとえば、下級審ではあるが 1999 年の判決<sup>21)</sup>では、後に連邦最高裁判事になる Alito 判事が Smith テストと最恵国待遇理論を結びつける判決を執筆している。Alito 判事によれば、「世俗的な異議に基づく個人へのカテゴリーカルな免除規定を設けているにもかかわらず、宗教的な異議についての免

18) Douglas Laycock & Steven T. Collis, Generally Applicable Law and the Free Exercise of Religion, 95 Neb. L. Rev. 1 (2016).

19) Id., at 22-23.

20) 敵意の法理については森口・前掲注 3 を参照。

21) Fraternal Order of Police, Newark Lodge No. 12 v. City of Newark, 170 F.3d 359 (3d Cir. 1999).

除規定がない」場合にはその法は「一般的・中立的でない法」ではない。これは、ある規制が世俗的な例外規定を設けているにもかかわらず宗教的な例外を認めない場合、その規制は常に、Smith 判決が宗教行為の自由条項の違憲審査を行う条件となる「一般的・中立的でない法」とみなされるということを示唆している。すなわち、ある規制は、いかなる事情にもかかわらずすべての人に適用されているのであれば「一般的・中立的な法」であり、一つでも世俗的な理由での例外を設けているのであれば「一般的・中立的でない法」とみなされるべきだと、Alito 判事は主張するのである。Laycock の名前や最恵国待遇理論という言葉が引かれているわけではないものの、この判決は連邦裁判所が実質的に Laycock の理論を採用した一例であろう。

その誕生の経緯からもわかるように、最恵国待遇理論は Sherbert テストの事実上の判例変更という「危機」の中で、Smith テストによる宗教行為の自由条項への保護を最大化しようとするアコモデーション支持者による抵抗の論理であった。したがって、このような論理が憲法の条文から導き出せるのかには疑問も呈されている。Andrew Koppelman は最恵国待遇理論について、「[宗教行為の自由条項の] 解釈というより、拡大であった」と指摘している。もともと、Koppelman が返す刀で「少なくとも Laycock が最初に定式化した最恵国待遇理論に関して言えば、宗教行為の自由条項の解釈として、そのような拡張に賛同しうる」と述べているように<sup>22)</sup>、Smith テストにより不十分になった宗教的自由を補完する理論として一定の評価を得ていた理論であることに疑いはない。

### 3. パンデミック下での礼拝規制と最恵国待遇理論

#### (1) Smith テストのその後

Smith テストはそれでも長年、複数の連邦最高裁判事も含めた一部の（宗教的）保守派から批判を受けてきた。特に Alito 判事と Thomas 判事は公然と Smith テストを批判し、Sherbert テストの復活を求めてきた。

このような Sherbert テストの擁護論は、単に宗教行為の自由条項の解釈をめぐる論争にとどまるものではなく、社会的分極化の中で宗教的自由をマイノリティーの権利制約のために利用しようとする人権の「武器化」とも深い関係がある。中絶の権利やオバマケアの制定、同性婚の権利など、アメリカでは漸進的にマイノリティーの権利保障が強化されていった。裏を返せば、「文化戦争」の文脈で保守派の退潮が顕著となっていた。このようなリベラルな政策や判例対抗するため、保守派は宗教行為の

---

22) Andrew Koppelman, The Increasingly Dangerous Variants of the “Most-Favored-Nation” Theory of Religious Liberty, 108 Iowa L. Rev. 2237 (2023), at 2242.



自由条項を利用してこれらの規制からの例外的免除を求めるようになった。保守派の会社経営者がオバマケアに基づく着床後受精卵への保険料支払い義務を拒否が認められた事例<sup>23)</sup>や、ケーキ店の店主が差別禁止法に反して同性愛者へのウェディングケーキ販売を拒否が認められた事例<sup>24)</sup>など、宗教的自由に基づいてマイノリティーの権利を保障するための規制から免れようとする訴訟戦術は一定の成功を収めている。

## （2）Kavanaugh 判事の最恵国待遇理論

このような中で、最恵国待遇理論は宗教行為の自由条項を強化するため、すなわち Smith テストを Sherbert テストと同等かそれ以上に強化し、マイノリティー保護立法を相対化したり、公益のための立法を無効化する保守派の戦略にとって都合の良い論理として再び脚光を浴びることとなった。この舞台となったのが、礼拝規制をめぐる一連の訴訟である。COVID-19 のパンデミックでは、多くの州が感染拡大防止のための集会制限などを規定し、宗教活動にも少なからぬ影響を及ぼした。いくつかの宗教団体はパンデミック下での（実質的に礼拝を制限する）集会制限が違憲であるとして差止命令（injunction）を求める訴訟を提起している。最恵国待遇理論は、感染拡大防止のための政策を無効化し、宗教的集会を例外的に認めさせるための訴訟戦術の中で積極的に用いられるようになった。

後述するように、これらの訴訟では、シャドー・ドケットと呼ばれる通常の訴訟手続きとは異なる簡易的な手続きによって裁判が行われた。この中で、最恵国待遇理論を連邦最高裁の決定にもちこんだ立役者が Kavanaugh 判事である。礼拝規制に一貫して否定的な立場をとった Kavanaugh 判事は、South Bay I 決定、Calvary Chapel Dayton Valley 決定、Roman Catholic Diocese of Brooklyn 決定といった複数の訴訟で最恵国待遇理論に基づいた個別意見を執筆している。

### ① South Bay I 決定

Kavanaugh 判事が最初に個別意見を執筆したのは South Bay I 決定<sup>25)</sup>である。この事案では礼拝の集会の際に収容定員の 25% ないし最大 100 名以内に制限する知事令に対して差止（injunction）が請求された。この決定において多数意見は公表されていないが、Roberts 長官が執筆した同意意見では知事令について「比較可能な世俗的な集会に対して同等の、もしくはより厳しい制限が課せられている」のであり、「制約から免除されたりより寛大に扱われているのは、同種でない活動である」ことから、

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

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

25) *South Bay United Pentecostal Church v. Newsom*, 140 S. Ct. 1613 (2020).

宗教を特別に不利益に扱っているわけではないことを挙げて、宗教行為の自由条項に違反しないと述べられている<sup>26)</sup>。

これに対して **Kavanaugh** 判事は、知事令が「礼拝所を差別し、比較可能な世俗的活動を優遇している」として差止を認めるべきであるとする反対意見を執筆した。**Kavanaugh** 反対意見によれば、本件では「工場、オフィス、スーパーマーケット、レストラン、小売店、薬局、ショッピングモール、ペット向けグルーミングショップ、書店、花屋、ヘアサロン、大麻薬局」といった比較可能な世俗的活動に人数制限が課せられていないにもかかわらず宗教に対しては制約が課されている。これを正当化するためには、**Lukumi** 判決が示したように「カリフォルニア州はそのルールが『やむにやまれぬ政府利益によって正当化され』、『その利益を達成するために厳密に仕立てられている』こと」、すなわち厳格な審査基準をクリアすることを立証する必要がある。**Kavanaugh** 判事によれば「カリフォルニア州が **COVID-19** の感染拡大と対峙し、市民の健康を守る」というやむにやまれぬ利益を有している。しかしながら、州が宗教と世俗的な活動を区別するのなら、カリフォルニア州は単なる感染防止の利益にとどまらず、両者を区別することがやむにやまれぬ正当性をもつことも示す必要がある。そのような正当化がなされていないため、本件の差止は認められるべきであると **Kavanaugh** 判事は結論付ける<sup>27)</sup>。

## ② Calvary Chapel Dayton Valley 決定

**South Bay I** 決定で示された **Kavanaugh** 判事の最恵国待遇理論は、同様の知事令への差止が否定された **Calvary Chapel Dayton Valley** 決定<sup>28)</sup>（本件では結論に賛同する意見は公開されていない）においてさらに独自の発展を見せている。この事件で **Kavanaugh** 判事は **Alito** 判事の反対意見に賛同するとともに、個別に反対意見を執筆している。

**Kavanaugh** 反対意見によると、宗教行為の自由への制約を課す法は、①宗教団体を明らかに差別する法、②宗教団体を明らかに優遇する法、③宗教に基づいた区別せず世俗的な団体と宗教的な団体に同様に適用される法、④明示的に宗教団体をいくつかの世俗的団体とは平等に扱うものの、その他の世俗的団体と比べて優遇/劣遇する法の4つに分類でき、本件は④にあたる。④のような状況では、規制に対して優遇される/免除が与えられるカテゴリー（以下、優遇カテゴリーとする）と、優遇を受けられない/免除が与えられないカテゴリー（以下、非優遇カテゴリーとする）ができる。

26) Id, at (Roberts, concurring).

27) Id, at

28) *Calvary Chapel Dayton Valley v. Sisolak*, 140 S. Ct. 2603 (2020).



Kavanaugh 判事によれば、④のような規制に対する審査は次のような段階を踏んで行われる。第一に、法が優遇カテゴリーと非優遇カテゴリーという分類を採用しているか否か、第二に、もしカテゴリー分けが存在するのであれば宗教団体が優遇カテゴリーに振り分けられているか否かである。そして Kavanaugh 判事はカテゴリーの振り分けの妥当性を審査するに際して Laycock の最恵国待遇理論を援用する。すなわち、宗教は「最恵国待遇と類比される地位」を有するのであり、優遇カテゴリーに属する世俗的団体があるにもかかわらず宗教団体が非優遇カテゴリーに振り分けられるのであれば、州はその区別を十分に正当化する根拠を示さなければならない。Kavanaugh 判事は Smith 判決、Lukumi 判決などを引いたうえで、「端的に言えば、連邦最高裁の宗教的自由に関する先例では、ある法が宗教団体に比して特定の世俗的団体を優遇したり免除を与えたりしている場合、宗教団体が違憲審査を求める裁判において裁判所は、州が十分にそのような区別を正当化する根拠を示しているかどうかを判断しなければならない」と判示する<sup>29)</sup>。

### ③ Roman Catholic Diocese of Brooklyn 決定

Calvary Chapel Dayton Valley 決定で Laycock の論文を明示的に引用しているように、事例で Kavanaugh 判事は Laycock の最恵国待遇理論をベースとした理論を展開している。すなわち、Kavanaugh 判事は宗教行為の自由条項が「世俗的活動に優遇/免除が認められている場合、宗教的活動にも原則として優遇/免除を認めなければならない（認めない場合厳格な審査基準をクリアすることを求める）」という規範を定めたものとして理解している。このような解釈は、公権力が宗教に対する敵意に基づく立法や処分を行うことを問題とした従来 of Smith テストの枠を超えて、宗教を常に優遇カテゴリーに入れるように求め、それができない場合には当局に厳しい正当化を要求するもので、宗教的自由を特異なほど手厚く保護するアプローチであるといえるだろう。

Kavanaugh 判事のアプローチの特殊性は、翌年の Roman Catholic Diocese of Brooklyn 決定<sup>30)</sup>でより顕在化する。この決定は初めて宗教行為の自由への侵害を理由とした礼拝規制の差止が認められた事例であるが、裁判所意見 (Per Curium) は最恵国待遇理論とは異なる論理で差止を認めている。

この決定で争われたのは、感染拡大の度合いによって以下のような集会制限を課す知事令の合憲性である。

29) Id, at 2613-2614.

30) Roman Catholic Diocese of Brooklyn v. Cuomo, 592 U.S. 14 (2020).

色分け	人数制限の様態
レッドゾーン	最大収容人数定員の 25% ないし 10 人の少ない方
オレンジゾーン	最大収容定員の 33% ないし 25 人の少ない方
イエローゾーン	最大収容定員の 50%

ただし、知事令は事業を「エッセンシャル」なものと「非エッセンシャル」なもの  
とに区分し、「エッセンシャル」とみなされる事業について集会規制は適用されず、  
望むだけの人数を入場させることができた。知事令のガイドライン<sup>31)</sup>によれば、「エッ  
センシャル」とみなされる事業には健康にかかわる施設、インフラ、工業、小売業、  
サービス業、メディア、金融、経済的弱者に生活必需品を提供する活動が含まれ、こ  
れらの内容について具体的に列挙されている。この中に宗教施設や礼拝所は含まれて  
いない。

裁判所意見によれば、この知事令は礼拝所に対して特別に過酷な取扱いを行ってお  
り、Smith テストの言う中立性の要件を満たさない可能性があるという。というのも、  
本件知事令は「エッセンシャル」とみなされる事業については規制の適用外としてい  
るが、この中には鍼灸院やキャンプ場、化学薬品やマイクロエレクトロニクスの工場  
のように必ずしも「エッセンシャル」とみなされない事業が含まれているためである。  
加えて、知事自身が COVID-19 の感染拡大の要因となっていると指摘する工場や学校  
は規制から免除されているにもかかわらず、それよりも比較的安全なシナゴグの礼  
拝についてはより厳しい規制がかけられている。このようなエッセンシャル/非エッ  
センシャルのカテゴリー分類は、この知事令が「一般的・中立的な法」ではなく、厳  
格な審査基準に服すべきことを示している<sup>32)</sup>。

この決定は一見すると最恵国待遇理論を採用しているように見える。しかしながら、  
裁判所意見が述べるのは、優遇されるカテゴリーが存在すれのなら宗教は必ずそこに  
含まれなければならない、とする Kavanaugh 判事の最恵国待遇理論とは異なる理論  
構成をとっている。多数意見によれば、健康部門の担当者が地裁の聴取 (hearing) の  
なかで「文字通り毎日何百という人々が買い物をする」と証言したブルックリンの商  
店が「エッセンシャル」な事業として規制から免除されている一方で、近隣の教会や  
シナゴグでは 10 人 (レッドゾーン) ないし 25 人 (オレンジゾーン) の人数制限を  
課せられている。感染拡大の防止を目的とした規制であるにもかかわらず、このよ  
うな取り扱いの際を設けることで、より感染拡大に寄与する危険性が多い事業が、より  
危険性の少ない事業より優遇されるという「厄介な帰結」が生じる。このような帰結

31) <https://esd.ny.gov/guidance-executive-order-2026>

32) Roman Catholic Diocese of Brooklyn v. Cuomo, at 18.

をもたらすような規制は中立的なものではありえず、宗教を不当に列遇するものであるというのが裁判所意見の立場である<sup>33)</sup>。

差止を認めた裁判所意見の結論には賛同しつつ、**Kavanaugh** 判事は補足意見を執筆し、これまでと同様の最恵国待遇理論を再度展開している。判事は、宗教活動よりも厳しい制約に服している世俗的事業があり宗教への差別はないと主張した州の抗弁について、次のように指摘する。

連邦最高裁の先例に照らせば、礼拝所と比較していくつかの世俗的事業が同等の厳しさの、あるいはさらに厳しい規制に服しているという州の指摘は、〔宗教への差別がなかったことを示すには〕十分なものではない。……州はひとたび優遇されるクラスを創出したならば……なぜ礼拝所が優遇されるクラスから除外されるのかを正当化しなくてはならない。

……〔パンデミックを考慮して宗教的集会への制限を行う州の権限が存することは疑う余地はないものの〕ニューヨーク州が課す制限は、礼拝所をいくつかの世俗的な事業と比べてはるかに厳しく取り扱っている点で宗教を差別している。<sup>34)</sup>

ここから、裁判所意見と **Kavanaugh** 判事の立場の違いが明らかになる。裁判所意見が問題視しているのは宗教に対する不当な劣遇である。すなわち、宗教活動と同等の、ないしより大きな危険性がありながら優遇/免除カテゴリーに含まれる世俗的事業や活動があるにもかかわらず、宗教活動が劣遇/非免除カテゴリーに分類される場合には厳格な審査基準が適用されるべきと判示される。これに対して、**Kavanaugh** 判事は規制から例外的に免除される「優遇されるクラス」があるのなら原則として宗教はそこに含まれなければならない、そこに宗教が含まれない場合には常に厳格な審査基準が適用されるとする。**Kavanaugh** 判事の意見によれば、文字通り宗教は「最恵国国家」と同様に扱われなければならない、一つでも規制の例外があれば宗教にも同等の待遇が要求されるというのである。

**Kavanaugh** 判事の最恵国待遇理論は宗教行為の自由条項の解釈として極めて異形である。彼の考えでは、世俗的事柄に対して一つでも例外が認められたのなら、州は宗教に対しても必ず同等の例外を認めなければならない、それができない場合は厳格な審査基準をクリアするよう規制を正当化しなければならない。多くの規制が行政の裁量

33) これに加えて、裁判所意見はこの規制が特定の宗教——ユダヤ教のシナゴーグを狙い撃ちしたものである可能性に触れており、まさに **Lukumi** 判決で問題となったような特定の宗教への「敵意」が決定の背景にあることが示唆されている。ただし、裁判所意見は敵意の有無について判断するまでもなく、本件規制が中立性要件を満たさないとしている。Id, at 16.

34) Id, at 29.

による例外的な優遇や免除を内包している以上、この理屈ではすべての規制に対して宗教を特別扱いしなくてはならないことになってしまう。

しかしながら、次に見る Tandon 決定では Kavanaugh 判事の一意見に過ぎなかった最恵国待遇理論とほとんど同じ理屈が連邦最高裁の意見となった。

### (3) Tandon 決定

Tandon 決定では、自宅での三世帯以上の集会をすることなどを禁じた知事令について、宗教行為の自由条項の制約を理由に差止請求がなされた事案が争われた。裁判所意見 (Per Curiam) はこの種の規制について以下のような判断枠組みを示している。

まず、厳格な審査基準が適用される条件として裁判所意見は以下のように判示する。

政府が比較可能な世俗的活動を宗教行為より優遇している場合はいつでも、政府の規制は中立でも一般適用可能でもなく、それゆえに宗教行為の自由条項のもとの厳格な審査基準のトリガーとなる。……州が何らかの比較可能な世俗のビジネスやその他の諸活動を、問題となった宗教行為に比較してより悪く、あるいは劣遇させているとしても、それは答えにならない。<sup>35)</sup>

傍点に「いつでも (whenever)」とあるように、この決定においては優遇/免除カテゴリーと非優遇/非免除カテゴリーが存在する場合、宗教が優遇/免除カテゴリーに属していない場合は常に厳格な審査基準が適用されることが示唆されている。この判示には Roman Catholic Diocese of Brooklyn 決定の Kavanaugh 補足意見が引用されており、Kavanaugh 判事の最恵国待遇理論が裁判所意見となったことが明らかとなっている。

ところで、ここでいう宗教活動と比較可能な世俗的活動とは何か。裁判所意見は活動の比較可能性について次のように判示している。

宗教行為の自由条項の目的からして、二つの活動が比較可能かどうかは、問題となっている規制を正当化するために政府が主張する利益を尺度として判断されるべきである。……比較可能性は様々な活動によって生じるリスクを考慮するべきものであり、人々が集まる理由を考慮するべきものではない。<sup>36)</sup>

これによれば、世俗活動と宗教活動が比較可能か否かは COVID-19 の感染拡大リス

35) Id, at 62. 傍点は筆者。

36) Id, at 63.

クの面からのみ評価されるべきであり、活動内容によって評価されてはならない。ここでは Roman Catholic Diocese of Brooklyn 決定の Gorsuch 反対意見が援用されているが、これは要するに「エッセンシャル」と「非エッセンシャル」のような区別に基づいて宗教活動を制約することの事実上の否定である。すなわち、社会的に重要でかつ感染拡大のリスクが宗教よりも高いとみなされる活動（たとえば食料品店）が存在した場合でも、宗教を食料品店より劣遇することは許されない。

したがって、判決は、①比較可能な世俗的な活動に規制からの優遇/免除が認められている場合は必ず厳格な審査基準が適用され、②比較可能性は集会や活動の内容ではなく、それによって生じる生じるリスクによって判断しなければならない、という判断枠組みを示していることになる。これらの原則に基づいて、裁判所意見は本件のような規制が正当化されるためには厳格な審査基準をクリアする必要があると述べる。この際に州に課せられる立証責任についても裁判所意見は判示している。すなわち、あるリスクが礼拝には常に存在し、他の世俗的な活動には常に存在しないことを立証するだけでは不十分であり、州が宗教以外の世俗的な活動に対して感染予防措置を取ることを条件に活動を認めている場合に、州は宗教的活動にも同じ予防措置を講じてなお他の活動より危険であることを立証しなければならない。このような判断基準に照らすと本件で問題となった知事令では、ヘアサロン、小売店、映画館、スポーツイベントやコンサートの個室、屋内レストランなど「比較可能」とみなされる——三世帯以上の宗教活動のための集会と同等ないしそれ以上のリスクがある活動——が許容されているため、規制は違憲の可能性があると、本件では差止が認められた。

## 4. Tandon 決定と最恵国待遇理論

### (1) シャドー・ドケットにおける Smith テストの変容？

Tandon 決定は最恵国待遇理論——あるいはそれに極めて似た何か——を連邦最高裁が正面から採用した初めての事例であり、判決が出た直後には「1990 年以降の宗教行為の自由条項にかかわる最も重要な決定」<sup>37)</sup>と評されるなど多くの注目を集めた。これは、Kavanaugh 判事の個別意見からはじまり、Tandon 決定で連邦最高裁が採用した最恵国待遇理論が、従来の Smith テストと実質的に置き換わり、Sherbert テストと同等かそれ以上に宗教擁護的な新たな宗教行為の自由条項の違憲審査基準を連邦最高裁が採用したとみる余地があったためである。

---

37) Jim Oleske, Tandon steals Fulton's thunder: The most important free exercise decision since 1990, SOUTUSblog (2021) (<https://www.scotusblog.com/2021/04/tdandon-steals-fultons-thunder-the-most-important-free-exercise-decision-since-1990/>).

ところで、これらの訴訟はすべてシャドー・ドケット (shadow docket) で審理されたものであり、通常の判例とは異なる手続きによるものであった。「影の事件表」, 「闇の台帳」などと邦訳されるシャドー・ドケットとは、William Baude によって提唱された概念である。Baude はこの言葉を、通常の手続き上の規則に従わない様々な命令や略式決定を指すもので、メリット・ドケット (merit docket) 以外のすべての連邦最高裁の機能を含むものと定義した<sup>38)</sup>。具体的にシャドー・ドケットにあたるものとして、裁量上訴の受理・不受理の決定、差止命令 (injunction), 訴訟の一時差止 (stay) などが含まれるとされる。シャドー・ドケットの決定においては、裁判官の意見や結論に至る法的論理は掲載されない場合もおおく、裁判所の意見は、執筆した判事や参加した判事が不明な匿名意見として出される場合があるなど、通常の判決とは大きく異なるものである<sup>39)</sup>。

シャドー・ドケットは本来、憲法判例の変更のような重大な決定を行う舞台ではない。メリット・ドケットの決定 (すなわち、通常の判決) では裁判所の立場を示す多数意見が公表されるのはもちろん、連邦最高裁の判事それぞれの立場 (多数意見に参加するか、反対意見を執筆するか、補足意見を執筆するか) も明らかにされる。これに対してシャドー・ドケットの決定においては裁判所の意見や各裁判官の立場や意見は必ずしも公表されるわけではない。シャドー・ドケットでは何らの理由を示さずに結論だけを示すことが可能であり、連邦最高裁内部の意見の対立をうかがうことのできない不透明な手続きである。上述した COVID-19 に伴う礼拝規制にかかわる裁判も、すべて知事令の差止命令を求めるものであり、本来 Smith 判決や Lukumi 判決のような「判例法理」となるような決定ではない。

にもかかわらずシャドー・ドケットによって審理された Tandon 判決が注目を集めたのは、近年の連邦最高裁がシャドー・ドケットの決定により重要な先例を変更している可能性が指摘されているためである。Stephen Vladeck の研究によれば、2017 年以降、中絶や移民、ワクチンなど社会的に重要な関心事についてシャドー・ドケットによる決定が頻発している<sup>40)</sup>。これらの事例のほとんどで実体判断は行われず手続的審査にとどまっているが、本稿でみてきた礼拝規制の事例のように、例外的に実体的判断に踏み込んでいる領域もあるとされる<sup>41)</sup>。

38) William Baude, Foreword: The Supreme Court's Shadow Docket, University of Chicago Public Law & Legal Theory Working Paper No. 508 (2015), at 1.

39) シャドー・ドケットについては現在進行形で多くの文献が出されている。シャドー・ドケットについて総合的な検討を加えたものとして大林啓吾「緊急的司法の萌芽——シャドー・ドケットの功罪」千葉大学法学論集 36 号 238 頁 (1 頁) (2022), 大沢秀行「シャドー・ドケットと連邦最高裁の正当性と政治化」『武蔵野大学政治経済研究所年報』23 (2024) など。

40) Stephen Vladeck, THE SHADOW DOCKET (Basic Books, 2023).

41) 大林, 前掲注 39, 207 (34) 頁。



すでにみてきたように、宗教への保護密度が低いとして Smith テストの変更と Sherbert テストの復活を求める主張は宗教保守派から提起されてきた。連邦最高裁レベルでも Alito 判事と Thomas 判事を中心に、Smith テストを覆すべきとの主張は一定の影響力を有している。このような背景を加味すると、Tandon 決定は連邦最高裁の保守派の判事の一部がシャドー・ドケットという簡易的な手続きを通じて Smith テストの変更を試み、それが実現された事例だと理解することも可能である。この点、Tandon 決定による最恵国待遇理論の採用は、手続き的な適正さに瑕疵があるとして批判される余地があるものであった。

## （2）最恵国待遇理論の変形？

このような手続き的な批判とは別に、Tandon 決定や Kavanaugh 判事が採用した最恵国待遇理論については Laycock の最恵国待遇理論とは別物になっており、法的論理としても破綻しているという内容にかかわる批判もある。その代表的論者である Andrew Koppelman は、Laycock の最恵国待遇理論と Kavanaugh 判事・Tandon 決定の理論の大きな差異は、究極的な権利 (Ultimate Right) について語っているか、引き金としての権利 (Triggering Right) を語っているかについての差異であると指摘し、この異同から Laycock の最恵国待遇理論を評価しつつ、Tandon 決定の裁判所意見を批判する立場をとっている<sup>42)</sup>。

ここでいう引き金としての権利とは、「特定の審査基準を用いてもらう権利」のことを指す。Koppelman によれば、Laycock が意図していたのは「もし比較可能な世俗的利益に便宜的措置が与えられる一方で、宗教的な利益には与えられなかった場合、州はその理由を説明しなければならない」というに過ぎない。したがって、政府の説明を分析した結果、特定の宗教に対する選択的な共感や無関心の存在が明らかになるかもしれないし、区別をすることが合理的であることが明らかになるかもしれない。Laycock が意図していた最恵国待遇理論は、ある条件が整うことが、特定の違憲審査基準を適用する「引き金」になることを示したに過ぎない。

これに対して、Koppelman は Tandon 決定や Kavanaugh 判事の最恵国待遇理論を引き金としての権利を説明したものとは区別する。もちろん、Kavanaugh 判事や裁判所意見は、宗教が服する規制に世俗的な例外が認められていることを、厳格な審査基準を適用する「引き金」として説明している。しかしながら Koppelman は、比較対象の操作によって Tandon 決定や Kavanaugh 判事による最恵国待遇理論は、宗教行為の

---

42) Koppelman, *supra* note 22, at 2250-2251. なお、Koppelman は Richard H. Fallon, Jr., *The Nature of Constitutional Rights: The Invention and Logic of Strict Judicial Scrutiny* 6 (2019) に依拠してこのような分類を行っている。

自由を「究極的な権利」としてしまっていると指摘する。究極の権利とは、引き金としての権利に基づく審査の結果、特定の法令への異議申し立てに成功したものが有する権利を指す言葉で、要するに「必ず勝てる権利」である<sup>43)</sup>。

Koppelman によれば、COVID-19 をめぐる訴訟での最恵国待遇理論は、Laycock が当初提唱した引き金としての権利を超え、「宗教を特権的な立場に置き、いかなる法義務免除をも正当化可能な制約のないルール」になるべく変質してきている。そして、その行き着く最終形態は、「宗教は常に勝利する」という、およそ法的理論とはいえない論理となってしまうという<sup>44)</sup>。

また、Laycock 自身もニューヨークタイムズ紙への短い寄稿の中で、ニューヨーク州の礼拝制限について次のように述べている。

私はこれまで、宗教行為の自由を保護することに自身のキャリアのほとんどをささげてきました。……しかし今回は政府の主張がより正当です。

……規制に反対する宗教団体の弁護人たちは、宗教活動よりも緩やかな規制に服する、比較可能な世俗的な活動に焦点をあてることができます。しかしながら、礼拝と比較可能な世俗的な活動とは、ほとんどの客が長く居座らない商店などではなく、映画館やコンサートホールのように多くの人が集まり、長時間滞在する場所です。<sup>45)</sup>

微妙な表現ではあるものの、最恵国待遇理論の提唱者である Laycock が必ずしも Tandon 決定やそれに至るまでの COVID-19 に伴う礼拝規制違憲論を支持していないこと——少なくとも「短時間しか滞在しない商店」と宗教を比較可能とみなす立場を支持しないこと——を示している。また、Laycock は 2019 年に Fulton 事件に対して提出したアミカス・ブリーフで、「法律が一般的に適用可能ではないことを示す〔すなわち Smith テストが適用されるための〕最低限の要件は、あらゆる訴訟を極めて複雑化させるものである」と指摘しているのも興味深い。この論文は Masterpiece Cakeshop 判決を念頭に置いたものではあるが、最恵国待遇理論を通じた Smith テストの解釈になんてんがあることを認め、Laycock 自身のあるべき宗教行為の自由条項の解釈としては、Sherbert テストを復活すべきであると主張している<sup>46)</sup>。

---

43) Id, at 2252.

44) Id, at.

45) Douglas Laycock, Do Cuomo' New Covid Rules Discriminate Against Religion? (opinion of The New York Times, Oct. 9. 2020).

46) Amicus Brief of Fulton v. City of Philadelphia, 593 U.S. 522 (2021).

## 5. おわりに

本稿では、Smith テストの変容を大きなテーマとして、COVID-19 の感染拡大に伴う礼拝規制を題材、主に Kavanaugh 判事が展開した最恵国待遇理論と Smith テストの関係や、その問題点を明らかにした。

Tandon 決定の後にメリット・ドケットによる決定として出された Fulton 判決<sup>47)</sup>では、Tandon 判決が明示的に引用されることはなく、最恵国待遇理論が正面から採用されることもなかったとみなされている<sup>48)</sup>。Fulton 判決については紙幅の関係で詳述することができないが、この判決で補足意見を執筆した Barrett 判事（Tandon 判決で裁判所意見に賛同している）の補足意見が、最恵国待遇理論によって宗教行為の自由条項が収集不可能なほど複雑化することを避けようとしたものであるという見方もある<sup>49)</sup>。したがって、Kavanaugh 判事の最恵国待遇理論が Tandon 決定を通じて連邦最高裁の判例となったとみなすのは早計である。

とはいえ、Roberts 長官が多数意見を執筆した Fulton 判決でも最恵国待遇理論と類似の理論構成が用いられている。Barrett 判事の補足意見も含め、Laycock の最恵国待遇理論、Kavanaugh 判事の最恵国待遇理論、Fulton 判決の関係性と距離を検討することは今後の課題としたい。

---

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

48) James M. Oleske, *Free Exercise Uncertainty: Original Meaning? History and Tradition?* *Prag 70 Wayne Law Review* 137 (2024), at 143-151, See, also, Oleske, *Fulton quiets Tandon's thunder: A free exercise puzzle*, *SCOTUSblog* (Jun 18, 2021) (<https://www.scotusblog.com/2021/06/fulton-quiets-tandons-thunder-a-free-exercise-puzzle/>). 一方で、Fulton 判決が最恵国待遇理論を採用している可能性について触れたものとして、太田信『『一般的法義務の免除』とその限界』法学新報 第130巻第7・8号 237頁 (2024) 243-245。

49) Oleske, *Id.*

## The Conservative Supreme Court and the Transformation of Free Exercise Clause: Analysis from the “Most-Favored Nation Theory”

Chihiro MORIGUCHI

This paper is about the “weaponizing” the First Amendment of the U.S. Constitution, especially weaponizing the free exercise of religion.

In the context of free exercise of religion, the judicial review standard called the Smith test has been used since 1990. This test is that if the government from treating religion with hostility, strict scrutiny will be applied. The Supreme Court introduced the Smith test to replace the Sherbert test, which was a more religiously-friendly. However there are many criticisms in constitutional scholars, and they seek to transform the Smith test into a standard that provided more generous protection for religion. The most famous and successful theory is “Most-favored nation theory”, proposed by Douglas Laycock.

Since 2020, there has been an increase in the number of cases where the “most-favored nation theory” is used in a very religiously protective manner—probably more extreme way than Laycock had anticipated. The Supreme Court has at times shown a willingness to defend religion at the expense of other important interests (including other human rights guaranteed by the Constitution, such as the right to abortion or equality), and the most favored nation theory is used to justify this.

This paper will theoretically examine the contemporary issues surrounding the most favored nation theory in religious freedom.