

「一般的法義務の免除」とその限界

太田 信

はじめに

I Smith判決

II Scalia裁判官とSmith判決

III “court anarchy”

IV 法の支配アプローチ

V 共同体から見た法義務の免除

おわりに

はじめに

本稿は、「一般的法義務」の免除に関する重要判決の1つ、Smith判決¹⁾について論ずるものである。「一般的法義務の免除」という問題は²⁾、世界各地で問題であり続けており、その中でもこのSmith判決はそれが示されて以来、考察の対象となり続けている。近年のアメリカでも、Smith判決を巡る議論が尽きない。その中では、判示に疑問を呈し、中にはこれを破棄すべきとする議論も展開される。このように賛否両論、というよりも、

1) Employment Division, Department of Human Resources of Oregon v. Smith, 494 U.S. 872 (1990).

2) 本稿では、信仰を理由として一般的に課された法義務から免除などを求めるという問題と捉える。またこのことについて、「法義務の免除」、「法義務からの免除」という表現を用いることもある。なお、後者2つの表現については、必ずしも「」で括っていない。

否の方が強いようにも思われるSmith判決は、本当に否定され、破棄されるべき存在なのであろうか。

結論を先取りすれば、Smith判決はそのような存在ではない。検討に際して注目するのが、判示に登場する“courting anarchy”³⁾という言葉である。法義務からの免除によって、「無政府状態となる」という、Scalia裁判官によるこの刺激的な表現は、一見すると大げさである。しかし、これは先例での主張を明確に示し、さらにはいくつもの意味を含む重要な指摘であると言える。

本稿では、以上の点を検討するために次のような検討手法を採用する。まず、「一般的法義務の免除」という問題におけるSmith判決の位置づけを確認する(I)。その後、Smith判決がなぜそのように判示されたのかを、その法廷意見がScalia裁判官によって執筆されたということに注目し、彼の法解釈に対する姿勢を踏まえて検討する(II)。そして、本稿が注目する“court anarchy”という表現に着目し、その意味を考察する(III)。そしてその後、“court anarchy”が示す意味から考えられることの検討を行う(IV)。

I Smith判決

以下では、Smith判決をこの問題に関する他の判例との関わりから整理する。

1. Smith判決以前

(1) Reynolds判決⁴⁾

「一般的法義務」の免除が連邦最高裁判所において取り上げられるようになったのは、19世紀後半のReynolds判決⁵⁾からである。本判決では、い

3) *Smith*, 494 U.S. at 888. 以下では、“court anarchy”とする。

4) *Reynolds v. United States*, 98 U.S. 145 (1878).

5) モルモン教徒であるReynoldsは、一夫多妻を認める教義に従い生活をしてい

いわゆる「信仰・行為二分論」が示されたことに特に意義がある。内心である信仰には規制は及ばず絶対的に保障されるが、宗教行為への規制を認めるこの理論に従って、問題となった連邦法からの免除を否定した。

(2) Sherbert判決⁶⁾

Reynolds判決以後、法義務の免除を否定する判決が続いた。その中で、1つのターニングポイントとなったSherbert判決が登場する。

この中では、この前に示されたBraunfeld判決における「間接的負担」という考えを生かして判示を組み立てる⁷⁾。具体的には、「宗教活動の自由に課されるいかなる付随的負担 (incidental burden) も、州の憲法上の規制権限内のことを規制することに認められる、やむにやまれぬ政府利益 (compelling state interest) によって正当化されている」⁸⁾か、という観点などから審査する必要があることを明らかにする。その上で、Sherbertは州法によって間接的な影響を受けているにすぎないが、信仰に従うか補償を得るかという選択を迫られており、Shebertは宗教活動の自由に負担を課されている、と判断する⁹⁾。そして、やむにやまれぬ政府利益については、それだけではなく、他に規制手段がないことを示す必要もあるが、これは

た。しかし彼は、重婚を禁止する連邦法に反したことによって有罪とされ、信仰に従っていることを理由に無罪を主張したという事件である。

6) Sherbert v. Verner, 374 U.S. 398 (1963). 本件は、安息日再臨派 (Seventh-Day Adventist) の信者であったSherbertが信仰に従ったことで解雇され、失業補償が受けられなかったために、これに関連する州法の修正1条違反を主張した事件である。

7) Braunfeld v. Brown, 366 U.S. 599 (1961). この判決では、宗教活動の自由に対して間接的負担 (indirect burden) を課す規制について、そうした負担を課さないような手段により、目的を達成することができる場合には、その規制が違憲となる余地があることを示している。See *id.* at 606-07.

8) *Sherbert*, 374 U.S. at 403.

9) See *id.* at 403-04.

示されていないとした¹⁰⁾。このように、Sherbertの宗教活動の自由の侵害を認め、法義務からの免除も認めている。

このように、厳格審査基準に基づいて判断をすると明示した点、そしてこれによって法義務の免除が認められた点が特に注目される。この審査基準や見解は後のYoder判決¹¹⁾でも踏襲され、連邦最高裁判所の立場として確立された。しかし、厳格審査基準は、Sherbert判決のような失業補償との関係、そしてYoder判決のような義務教育との関係という、限定された領域の一部の判決でのみ用いられた¹²⁾。そのような中で、以下で見るSmith判決が示される。

2. Smith判決

(1) 事案

アメリカ先住民教会（Native American Church）の信者であったSmithらは、宗教儀式において、幻覚剤ペヨーテ（peyote）を使用していた。しかしこのペヨーテは、オレゴン州法で禁止されている薬物であり、その使用を理由として、Smithらは勤務先から解雇された。そこでSmithらは、失業補償の支給をオレゴン州人材雇用部に求めたが、「職務に関連した非行（misconduct）」を理由として解雇されたため、失業補償を受ける資格がないと決定を下された。これを受けて、Smithらが訴訟を提起したというものである。

(2) 判示

法廷意見では、それまでの判例法理への批判を大きく展開する。信仰に対する負担が、一般的に適用され他の点では有効な規定の付随的な効果にすぎないような場合に、修正1条は侵害されていないと解釈すべきであり、

10) *See id.* at 407.

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

12) 山口智『信仰と法規制—アメリカ法の議論から』21-32頁（2015）参照。

信仰を理由とする免除を認めたことは連邦最高裁判所においてはなかったとする¹³⁾。そして、Yoder判決などは、「宗教活動の自由条項だけではなく、言論の自由や出版の自由などのような、他の憲法上の保障と繋がりのある宗教活動の自由条項に関する」¹⁴⁾判決であり、本件はこうした「混合状態 (hybrid situation)」¹⁵⁾が問題とはなっていない。さらに、Sherbert判決での基準について本件では、それが射程外であるとした¹⁶⁾。

(3) 判示への評価

このSmith判決に対しては、様々な角度から評価がなされた。その1つが、宗教的中立性である。Sherbert判決などでは、いわゆる実質的中立性 (substantive neutrality)¹⁷⁾に立っていたが、Smith判決は形式的中立性 (formal neutrality)¹⁸⁾へとその立場が変更されたと評される。また、直接的な制約の場合でのみ、宗教活動の自由への制約が認められ、間接的な制約については認められないという立場に立っている。そして、厳格審査基準について厳しい評価を下す。このような判示故に、本判決には宗教活動の自由の保障が脅かされ、特に少数派宗教にとっては深刻な影響を与えるという批判がされている¹⁹⁾。

判示から明らかなように、本判決では法義務からの免除は認められていない。しかし、政治過程によって、宗教に対して配慮をすることは、許容

13) *See Smith*, 494 U.S. at 878-79.

14) *Id.* at 881.

15) *Id.* at 882.

16) *See id.* at 886-87.

17) *See Douglas Laycock, Formal, Substantive, and Disaggregated Neutrality Toward Religion*, 39 DEPAUL L. REV. 993, 1001 (1990).

18) *See Philip B. Kurland, Of Church and State and The Supreme Court*, 29 U. CHI. L. REV. 1, 96 (1961).

19) *See Robert F. Drinan & Jennifer I. Huffman, The Religious Freedom Restoration Act: A Legislative History*, 10 J. L. & RELIGION 531, 532 (1993).

され望ましいものとしている²⁰⁾。

3. Smith判決以後

(1) 立法

Smith判決への批判は、立場を超えて寄せられた。批判を加える者は、立法によってこれを覆すという方策を採用した²¹⁾。そして、RFRA (Religious Freedom Restoration Act of 1993: 宗教の自由回復法)²²⁾が制定された²³⁾。しかし、RFRAに関する訴訟の1つであったCity of Boerne判決²⁴⁾において、RFRAは州に適用される限りにおいて違憲であるとされた。そのため、RFRAを復活させるような新たな法を制定しようとする動きが高まった。そして制定されたのが、RLUIPA (Religious Land Use and Institutionalized Persons Act of 2000: 宗教に関する土地利用及び施設収容者法)である²⁵⁾。本法は、これが対象とする部分が限定されたというだけであり、内容は概ねRFRAに沿ったものとなっている²⁶⁾。

RFRA, RLUIPAそれぞれに対しては、その合憲性を問う訴訟が提起された。RFRAは、Gonzales判決²⁷⁾により連邦に適用される場合は合憲とさ

20) See *Smith*, 494 U.S. at 890.

21) See Drinan & Huffman, *supra* note 19, at 533.

22) 42 U.S.C. §2000bb- §2000bb-4 (1993).

23) この制定過程において、連邦最高裁判所はLukumi判決(*Church of the Lukumi Babalu Aye, Inc. v. City of Hialeah*, 508 U.S. 520 (1993))で、Smith判決の立場を踏襲した判断を示している。

24) *City of Boerne v. Flores*, 521 U.S. 507 (1997).

25) 制定過程に関する邦語文献として、奥平康弘＝斉藤小百合「議会在最高裁判決を覆す—合衆国信教の自由回復法をめぐる—」時の法令1542号24頁以下(1997)、山口・前掲注12) 86-91頁、栗田佳泰「宗教の自由—いかなる場合であれば宗教上の理由に基づいて法的義務を逃れることができるか?」大沢秀介＝大林啓吾編『アメリカの憲法問題と司法審査』182-183頁(成文堂, 2017)がある。

26) 42 U.S.C. §2000cc- §2000cc-5 (2000).

れた。RLUIPAに関しては、Cutter判決²⁸⁾で、その一部については文面上合憲であると判断された。その後はRFRA、RLUIPAそれら自体の合憲性を正面から争うのではなく、具体的な場面での両方の適用に関する訴訟が、実質的に宗教活動の自由に関する訴訟の中心となった²⁹⁾。その中で示されたHobby Lobby判決³⁰⁾は、RFRAとの関係が問題となり、その後の法義務の免除の展開に大きく影響を与える判断を示した。

(2) Smith判決を巡って

RFRAやRLUIPAとは異なり、Smith判決で示された審査基準（以下、Smith基準とする）は、宗教活動の自由に関する事例を評価するための基準としては、比較的議論の少ない基準であったと評されている³¹⁾。その中で議論は、Smith基準の具体的内容を検討するというものであった³²⁾。

具体的には、Lukumi判決³³⁾の存在が大きい。この中では、中立性と一

27) *Gonzales v. O Centro Espirita Beneficente Uniao do Vegetal*, 546 U.S. 418 (2006).

28) *Cutter v. Wilkinson*, 544 U.S. 709 (2005).

29) 大林啓吾「刑務所において被収容者が信仰に基づき一定の長さの髭をはやすことを認めない矯正省の決定が違法とされた事例 [アメリカ連邦最高裁 2015.1.20判決]」判例時報2322号24頁 (2017) 参照。

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

31) *See Shannon Leonard, "Courting Anarchy": Roman Catholic Diocese of Brooklyn v. Cuomo*, 56 UIC L. REV. 513, 521 (2023).

32) Smith基準を整理しつつ、この点について詳しく論じている邦語研究として、根田恵多「米連邦最高裁の宗教条項解釈における2つの反差別原理—Smith判決とLukumi判決を素材として—」浅倉むつ子=西原博史編『平等権と社会的排除—一人権と差別禁止法理の過去・現在・未来—』179頁以下（成文堂，2017），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—』101-130頁（日本評論社，2023）がある。

33) サンテリア教（The Santeria religion）は、その儀式で動物を生贄として捧げていた。そして生贄にされた動物は、癒しや死の儀式を除いて儀式の終了後

般適用可能性という観点から審査すべきであるとSmith基準を捉え、宗教への敵意による狙い撃ち規制であるかを問題とすべきとした³⁴⁾。こうした審査基準は、Masterpiece Cakeshop判決³⁵⁾や、Fulton判決³⁶⁾に受け継がれていく。

その一方で、Smith基準それ自体への批判も根強い。Fulton判決においては、全員一致の判決であったにもかかわらず、Smith判決、そしてSmith基準に対して批判的な評価が5人の裁判官から示されている。例えば、Barrett裁判官による同意意見では、「Smith基準の後継としては何が適切か(“What should replace Smith?”)³⁷⁾という問いが立てられるなどしている³⁸⁾。また、本判決に対しては、最恵国待遇理論 (most-favored nation)³⁹⁾を採用したとする見解もある⁴⁰⁾。

食用にされていた。このサンテリア教がハイレア市 (City of Hialeah) から土地を借り、礼拝施設を建設しようとした際に、市は条例を制定した。本条例は、動物を残酷に殺害した者や動物を生贄とした者に対して刑事罰を科すなどを内容としていた。これに対して教団側は、本条例は修正1条の宗教活動の自由を侵害するとして提訴したという事件である。

34) See *Lukumi*, 508 U.S. at 523–47.

35) *Masterpiece Cakeshop v. Colorado Civil Rights Commission*, 138 S.Ct. 1719 (2018).

36) *Fulton v. City of Philadelphia, Pennsylvania*, 141 S.Ct. 1868 (2021).

37) *Id.* at 1882 (Barrett, J., concurring).

38) 同意意見には、Kavanaugh裁判官が同調し、Breyer裁判官は、Smith判決をこのFulton判決では覆す必要はないという結論に同調している。

39) これは、Douglas Laycockにより主張された理論である。See Douglas Laycock, *The Remnants of Free Exercise*, 1990 SUP. CT. REV. 1, 49–50 (1991). 内容としては、政府利益に関わる世俗的な理由による行為を免除するのであれば、それと同じ方法、同じ程度で宗教行為を規制するような法律は一般的・中立的なものではなく、厳格審査が適用されるというものである。See Douglas Laycock & Steven T. Collis, *Generally Applicable Law and The Free Exercise of Religion*, 95 NEB. L. REV. 1, 20–23 (2016).

40) Fulton判決と、COVID-19に関するシャドー・ドケット (shadow docket)

このように、Smith判決、Smith基準は更なる議論を呼んでおり、その中で、判例法理としてのSmith判決をどのように考えるかは大きな問題である。

II Scalia裁判官とSmith判決

なぜSmith判決では、これまで見てきたように議論を呼ぶ判断が示されたのであろうか。これを検討するために、法廷意見を執筆したのがScalia裁判官であるということに着目する。

1. Scalia裁判官による説明

(1) 厳格審査基準の位置づけ

Scaliaは日本で行った講演の中で、Smith判決での判断について自分の考えを明らかにしている⁴¹⁾。そこでは、Sherbert判決での厳格審査基準は、「形式的な抽象概念」⁴²⁾であるとす。

「形式的な抽象概念」は、「憲法のテキストの中に見出され、そこから引き出されるべきであり、テキストそれ自体が明確でない場合には、テキストが表現する確立した実践の中に見出され、そこから引き出されるべき」⁴³⁾であるというのがScaliaの立場である。そして、司法部による抽象

の判決においては、この理論の使い方が本来のそれとは異なるとも指摘されている。See Note, *Pandora's Box of Religious Exemptions*, 136 HARV. L. REV. 1178, 1182-89 (2023).

41) 講演の内容は、アントニン・スカリア（会沢恒訳）「憲法と宗教 一憲法解釈方法論の一事例として―」北大法学論集55巻4号65頁以下（2004）として公表されている。また、宗教条項に関するScaliaの判示についてまとめたものとして、大河内美紀「アントニン・スカリア―The Originalist」山本龍彦＝大林啓吾編『アメリカ憲法の群像 裁判官編』312-319頁（尚学社、2020）がある。

42) スカリア（会沢訳）・前掲注41）68頁。いわゆるLemonテストもこれに該当すると彼は指摘する。

概念が長年にわたる伝統と衝突するようなことがあれば、伝統という実践を優先すべきであるとする⁴⁴⁾。これは、裁判官によって編み出されたものよりも、伝統の方がより原意を忠実に表すからである⁴⁵⁾。Scaliaにとって、この宗教活動の自由に関する伝統とは、Reynolds判決からBraunfeld判決の間に示された判断が該当する⁴⁶⁾。このように考えれば、Sherbert判決の審査基準を用いることとはならない、という結論に達する。

しかし、Scalia自身が明言しているように、彼は「形式的な抽象概念」を用いることそれ自体を問題としているのではない⁴⁷⁾。

（2）司法部と立法部

Scaliaは、Sherbert判決の審査基準を「大言壮語の一例」⁴⁸⁾であると評する。これは、「形式的な抽象概念」がテキストや憲法実践から引き出されるべきであるにもかかわらず、審査基準が「司法部が作り出した抽象概念」⁴⁹⁾であるからである。

Reynolds判決からBraunfeld判決までの間では、一般的法義務に対する宗教に基づく例外は、立法部や執行部において認められてきた。反対に、判決の中でこうした例外を認めることは避けられてきた。さらに、Sherbert判決以後の判決でも、こうした「憲法的な慣行」⁵⁰⁾は続いていた。つまり、司法部が見出した基準によって例外を生むのではなく、多数派が同意して成立した立法などによって例外は見出されるべきとする。

このように、司法部が作り出した、長きにわたって示されてきたことと

43) 同上。

44) 同・69頁参照。

45) 同・78頁参照。

46) 同・73頁参照。

47) 同・68頁参照。

48) 同・73頁。

49) 同・69頁。

50) 同・73頁。

は異なる基準によって判断されることを批判するというのが、Scaliaの立場であった。では、なぜここまで司法部に批判的な立場なのであろうか。これを解く鍵は、Scaliaの解釈手法に現れている。

2. Scalia裁判官の解釈手法と思想

(1) 条文主義 (textualism) と原意主義 (originalism)

Scaliaの法解釈手法は、前述した彼自身の言葉から分かるように、テキストや伝統を重視するというものである⁵¹⁾。彼は、自らを「臆病な原意主義者 (a faint-hearted originalist)」⁵²⁾としつつも、著書の中で条文主義に立つことを明言している。条文主義と原意主義、Scaliaはそれぞれについてどのように考えているのであろうか。

Scaliaにとって、法解釈の素材としてまず注目するのはテキストであり、原意はその次である。Scaliaは、自らの憲法解釈の柱として、テキスト、つまり条文、原意、伝統、不変性という4つの事柄を挙げ、そのような順位付けを行っている⁵³⁾。テキストを原意よりも優先するのは、条文主義、

51) Scaliaの法解釈に関する文献は多い。自らこれについて示したものとして、以下のものがある。See Antonin Scalia, *Originalism: The Lesser Evil*, 57 U. CIN. L. REV. 849 (1989)。また、自ら法解釈について説明しつつ、研究者からの批判などに応答する著作もある。See ANTONIN SCALIA, *A MATTER OF INTERPRETATION: FEDERAL COURTS AND THE LAW* (New ed. 2018)。後者の邦訳として、アントニン・スカリア (高畑英一郎訳)『法解釈の方法』(勁草書房, 2023)がある。以下、後者について訳を示すときには、この邦訳に基づくこととする。また、他の邦語文献としては、松井茂記「アントニン・スカリア裁判官の司法哲学・憲法理論」アメリカ法1994年2号263頁以下(1995)、大林啓吾=横大道聡「連邦最高裁判官と法解釈 —スカリア判事とブライヤー判事の法解釈観」帝京法学25巻2号157頁以下(2008)、団上智也「A.スカーリアの原意主義における理論と実践：ヘラー判決を素材として」憲法論叢18号55頁以下(2011)、同「合衆国最高裁におけるA.スカーリア判事の足跡 —『臆病な原意主義者』が遺したもの—」法政論叢53巻1号233頁以下(2017)、大河内・前掲注41)がある。

52) Scalia, *supra* note 51, at 864.

原意主義それぞれに対するScaliaの向き合い方が理由である。

Scaliaにとって、憲法解釈は他の法解釈と異なる独特のものである。これは、憲法の特異性に由来する。憲法は、何かを細かく定めるものではなく、主要な骨子を示すなど、より大きな事柄について述べるものである⁵⁴⁾。通常の条文解釈においてはその意味がすべてであるが、こうした性質を有する憲法解釈に当たっては、そこに用いられている言葉を広く解釈すべきであるとする⁵⁵⁾。しかし、こうした解釈では、その内容が不明確なものとなる可能性があるため、あくまで条文の原意を検討することが必要となるとしている⁵⁶⁾。

(2) 法解釈手法と統治機構への視点

そして、Scaliaが条文主義や原意主義に立つのは、彼の統治機構などに対する意識による。その根底にあるのは、コモンローと民主主義の関係という問題から生じる、裁判官や司法部の立ち位置を明らかにすべきという考えである。

コモンローの国でもあるアメリカにおいて、裁判官による法創造が大きな意味を有している。しかしこれは、民主主義とは矛盾するものである。そのため、コモンローと民主主義との関係をどのように考えるべきかが問われる。現在の社会において、民主的に成立する法律が果たす役割は大きく、これによって社会が統治される。このときに、裁判官によって創造されたものを重視することは、このような社会のあり方にはそぐわない。そ

53) スカリア (会沢訳)・前掲注41) 66頁参照。

54) See Antonin Scalia, *Common-Law Courts in a Civil-Law System: The Role of the United States Federal Courts in Interpreting the Constitution and Laws*, in A MATTER OF INTERPRETATION: FEDERAL COURTS AND THE LAW 37. ここは、McCulloch判決のMarshall裁判官による法廷意見 (McCulloch v. Maryland, 17 S.U. 316, 407 (1819)) を引用する形で説明している。

55) See *id.*

56) See *id.* at 37-38.

ここで、法律の解釈こそが裁判官に求められるものとなる⁵⁷⁾。これがScaliaの問題意識である。

その上で、条文は重視するが、立法意図 (legislative intent) や立法資料 (legislative history) を重視しないというのが彼の立場である⁵⁸⁾。例えば、主観的な立法意図を法解釈として捉えることは、人の支配へと繋がり、「民主的な統治や公正な統治」⁵⁹⁾と両立せず、法の支配にならない⁶⁰⁾。このように、主観的な事柄を基礎に解釈を行うのではなく、客観的に法律の文言の意味が示すことこそ法解釈において重視されるべきである。とすれば、立法資料についても、同様に解釈の素材とはできないということになる⁶¹⁾。このように考えるScaliaからすれば、憲法解釈において原意主義を重視するとしても、その原意はテキストの原意、つまり条文そのものの原意であるとしているのは、当然と言えよう。

彼の条文主義や原意主義は、様々な批判にさらされる⁶²⁾。例えば、Alito 裁判官によってFulton判決で展開された批判では、Smith判決で示された

57) See *id.* at 3-14. 「民主主義の船体に付着するフジツボとしてコモンローを削ぎ落とすすべきだと言いたいのではない」 (*Id.* at 12) (スカリア (高畑訳)・前掲注 51) 26頁) という言葉が明示するように、Scaliaはコモンローそれ自体を認めないという立場には立っていない。

58) 条文主義が形式主義ではないかという批判に対してScaliaは、形式主義であることは認めている。See *id.* at 25.

59) *Id.* at 17. スカリア (高畑訳)・前掲注 51) 31頁。

60) See *id.* at 16-17.

61) See *id.* at 29-37.

62) 次に述べる以外では、例えば、Tribeは先例拘束性に関連して批判を提起する。

See Laurence H. Tribe, *Comment*, in A MATTER OF INTERPRETATION: FEDERAL COURTS AND THE LAW 82-83. Scaliaはこれまで述べてきたように、裁判官の法創造を批判しているため、先例に基づいて判断を下すことには当然批判的であろうと思われる。しかし、原意主義者だからといって、先例拘束性について必ずしも批判的とはならないとしている。See Antonin Scalia, *Response*, in A MATTER OF INTERPRETATION: FEDERAL COURTS AND THE LAW 139-43.

修正1条の意味が、「原意」と異なることがその対象となっている⁶³⁾。しかし、自称「臆病な原意主義者」であり、自らの法解釈手法に対して多少の揺らぎがあることも、Scaliaは認識していた⁶⁴⁾。

以上からすれば、Smith判決では、どのような審査基準が適切かという問題の中に、まさにScaliaの法解釈への向き合い方、そしてその背景にある民主主義や法の支配への考え方が現れたものと評価できる⁶⁵⁾。そして、立法によって宗教への配慮を認めることまで規制されていないとすることも、まさに彼の考えを反映している。また、Sherbert判決などとSmith判決を区別し、前者を、問題となった場面が異なるとして法義務の免除の問題において例外的に扱おうとしたこともうなずける。

Ⅲ “court anarchy”

ここからは、これまでの検討を踏まえて、“court anarchy”という、いささか大げさとも言える判示について検討を加える。

1. “court anarchy”という指摘

初めに、この部分に関する判示を確認する。「やむにやまれぬ利益」という基準は、宗教を根拠に行われるとされる行為に全面的に適用される基準である。特に「やむにやまれぬ利益」という言葉が額面通りの意味であるならば、問題とされた法律の多くは、これを通過できない。このように、宗教に対する保護が強い社会は、「無政府状態を引き起こす (court anarchy)」。また、こうしたことが生じる危険性は、社会において宗教の多様性が認められているのであれば、なおさらである。アメリカはこうし

63) See *Fulton*, 141 S. Ct. at 1883–88 (Alito, J., concurring in the judgment).

64) See Scalia, *supra* note 51, at 864.

65) 民主主義や法の支配についてScaliaは、形式主義的なものとして捉えているとされる。大河内・前掲41) 310頁参照。See also Scalia *supra* note 54, at 25.

た宗教に多様性がある国家である。よって、宗教に対して格別の保護を与えろという贅沢 (luxury) を認めることはできない。さらに、このような基準を用いて宗教による法義務の免除を認めることにより、様々な市民の義務からの免除が主張される可能性が高まる。そこで、宗教に対して配慮を行うことは政治過程によって行われることが望ましい、とされた⁶⁶⁾。

この部分に通底する、厳格審査基準の適用への批判とその中に裁判所、司法部への不信をにじませていることは、前述した彼の考えを表している。その中で“court anarchy”はどのような意味を持つか⁶⁷⁾。

2. “court anarchy”と判例

この点、「anarchyという主張は、法義務の免除に反対する者が昔から主張してきたものである」⁶⁸⁾という主張を一つの手がかりとする。

判例において⁶⁹⁾ “court anarchy”に似た表現は、すでに1871年の判例⁷⁰⁾に現れていたと指摘される⁷¹⁾。しかし、より明確に示されたとされるのは、Smith判決も先例として依拠するReynolds判決である。前述の通りこの判決は法義務の免除を否定しており、その理由として、宗教を理由に義務を免除することを認めることは、国法よりも信仰を優越させ、事実上、「す

66) See *Smith*, 494 U.S. at 888–90.

67) そもそも“court anarchy”という言葉は、従来、様々な文脈で登場する。これに関する研究としては次のものがある。See Aviam Soifer, *Courting Anarchy*, 82 B.U. L. REV. 699 (2002).

68) Mark L. Rienzi, *The Case for Religious Exemptions – Whether Religion is Special or Not*, 127 HARV. L. REV. 1395, 1411 (2014).

69) なお、17世紀にRoger Williamsなどがすでにこの点を考えていたという指摘もある。See Blaine L. Hutchison, *Revisiting Employment Division v. Smith*, 91 U. CIN. L. REV. 396, 411–12 (2022).

70) See *Chase v. Cheney*, 58 Ill. 509, 537 (1871).

71) See Paul J. Morken, *Church Discipline and Civil Tort Claims: Should Ecclesiastical Tribunals be Immune?*, 28 IDAHO L. REV. 93, 160 n.323 (1991).

べての市民にとって、自分自身が法となることを認める (to permit every citizen to become a law unto himself)」こととなり、このような状況では、事実上、政府は名ばかりのものとして存在してしまう⁷²⁾、とする。つまり、「良心に基づく免除の権利を認めることで、個人の道徳的判断が政治社会のそれよりも高くなることに対する恐れ」⁷³⁾を重視し、この恐れが現実化することによって、社会のあり方を変容させることに注目している。さらにその後の、法義務の免除を否定した、Gobitis判決⁷⁴⁾やBarnett判決のFrankfurter裁判官反対意見⁷⁵⁾の中にも、この要素を見て取ることができるとされる⁷⁶⁾。

3. “court anarchy”の意味

このように、法義務の免除の限界として、政府が立ちゆかなくなるという共同体・社会のあり方に言及することは、Smith判決以前から示されていた。そして、それはSmith判決でも繰り返され、さらに強化されたとされる⁷⁷⁾。では、Smith判決での“court anarchy”とはどのような意味か。

ここでポイントとなるのは、社会における宗教の多様性である。判示ではそもそも、審査基準の適用如何によっては、「一般的に適用される法を無視することができるという私的な権利」⁷⁸⁾を与えることになる、とされていた。こうした状態はまさに“anarchy”となり、「やむにやまれぬ政府利

72) *Reynolds*, 98 U.S. at 167.

73) Micah Schwartzman, *Conscience, Speech, and Money*, 97 VA. L. REV. 317, 341 (2011).

74) See *Minersville School District v. Gobitis*, 310 U.S. 586, 594 (1940).

75) See *West Virginia State Board of Education v. Barnette*, 319 U.S. 624, 655–62 (1943) (Frankfurter, J., dissenting).

76) See Mark L. Rienzi, *Religious Liberty and Judicial Deference*, 98 NOTRE DAME L. REV. 337, 352–53 (2022).

77) See Schwartzman, *supra* note 73, at 342.

78) *Smith*, 494 U.S. at 886.

益」という基準は、宗教に関係するあらゆる行為について問題となる可能性があるため、宗教に多様性がある社会においては、この“anarchy”になる可能性はさらに高まるという判示であった。

このように、法義務の免除の限界を社会の部分に求めることを前提とした上で、宗教に多様性が見られる社会では、その危険性がより増すことを“anarchy”という具体的な単語を用いて言及している。判示の中では、アメリカでは宗教に多様性が認められるということが確認されているため、多様性がなければ“court anarchy”にはならないという訳ではないが、まさに「宗教的多様性+宗教の自由=anarchy」⁷⁹⁾という等式が妥当する。宗教に多様性が認められる社会において、「法義務からの免除という権利」なるものを認めるというような、多分に宗教活動の自由を認めることは、“court anarchy”であり、共同体を崩壊させる恐れがある、という意味で理解できる。

Smith判決は、法義務の免除を否定し、宗教活動の自由への保障を狭めたと評される。しかし、前述したように、この判決は法義務の免除を完全に否定したのではなく、法義務の免除という権利を認めることを否定したまでであって、立法による宗教への配慮として法義務の免除については、これを認めるという立場にあった⁸⁰⁾。さらに、その後の判決からして、Scaliaは宗教活動の自由に対して冷淡であったという訳ではないともされる⁸¹⁾。つまり、この“court anarchy”という判示は、法義務の免除が拡大することを特に問題としていた。だからこそ、判示の中で、様々な市民の義

79) 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, 853 (2001).

80) *See Smith*, 494 U.S. at 890.

81) 例えば、Hobby Lobby判決やHolt判決 (Holt v. Hobbs, 574 U.S. 352 (2015)) などでScaliaの意見からそれが読み取れるとされる。*See Ronald J. Colombo, The Religious Liberty Jurisprudence of Justice Antonin Scalia*, 46 HOFSTRA L. REV. 433, 438 (2017).

務 (civic obligation) からの免除が危惧されていたのである⁸²⁾。

4. “court anarchy”と法義務の免除

(1) “court anarchy”への批判

しかし、この“court anarchy”という指摘には批判も多い。しばしば指摘されるのが、実際にはそのような状態は生じていないというものである。ある論者は、この表現は誇張であるとして次のような理由に言及する。具体的には、アメリカに多様な宗教があることは認められるが、統計からすれば、宗派としては統一性があるために、多様性があるとは言いつらい、というものである⁸³⁾。さらに、この議論は循環論法的であり、さらにはSmith判決の以前も以後も、“anarchy”となったことなどないとする論者もいる⁸⁴⁾。

確かに、“anarchy”という言葉それ自体から一般的に想像できる状態には至っていない。そのため、こうした批判は妥当するとも言える。

(2) “court anarchy”という指摘の重要性

しかし、多様性のある社会における法義務の免除は、“anarchy”となりうるとこのScaliaによる判示は、単なる大げさな仮定にすぎないとは言えない。

それは、“court anarchy”という判示は、その範囲が拡大している現在のアメリカにおける法義務の免除に関する状況に通じるものがあり、また、法義務の免除一般に対しても重要な視点を見出すものと考えられるからである。以下ではこれを考察するが、その前提としてMcConnellの指摘を取

82) *See Smith*, 494 U.S. at 888-89.

83) *See* Nora O'Callaghan, *Lessons from Pharaoh and the Hebrew Midwives: Conscientious Objection to State Mandates as a Free Exercise Right*, 39 CREIGHTON L. REV. 561, 614-15 (2006).

84) *See* Hutchison, *supra* note 69, at 409-12.

り上げる。

Ⅳ 法の支配アプローチ

1. 法の支配アプローチ⁸⁵⁾

McConnellは、Smith判決の判示における最重要のテーマは、法義務の免除と法の支配との対立に関する認識であるとし、それが現れている箇所としてこの“court anarchy”という指摘を挙げる⁸⁶⁾。法義務の免除が法の支配との関係で問題となるということは、Smith判決だけに留まらず、法義務の免除それ自体が抱える問題でもある⁸⁷⁾。Reynolds判決が示したように、法義務からの免除が認められることは、自らの信仰に従い行われ、「自分自身が法となること」⁸⁸⁾を認めることと言えるからである。

この対立について、“court anarchy”の可能性を鑑みて、法の支配を重視するアプローチを便宜上、法の支配アプローチと呼ぶこととする。Smith判決はまさに、この法の支配アプローチを採用していた⁸⁹⁾。

2. Third-Party Harmと法の支配アプローチ

法の支配アプローチは、その他の法義務の免除に関する考えを導くこと

85) この呼び方は、Jenny Samuels, *Religious Exemptions are Becoming the Rule*, HARVARD LAW REVIEW BLOG (Apr. 6, 2023), <https://harvardlawreview.org/blog/2023/04/religious-exemptions-are-becoming-the-rule/>による。

86) See Michael W. McConnell, *Free Exercise Revisionism and the Smith Decision Free Exercise Revision*, 57 U. CHI. L. REV. 1109, 1149 (1990).

87) See Kent Greenawalt, *The Rule of Law and the Exemption Strategy*, 30 CARDOZO L. REV. 1513, 1518–20 (2009).

88) *Reynolds*, 98 U.S. at 166.

89) Samuelsは、法の支配アプローチの由来をReynolds判決に求める。See Samuels, *supra* note 85. 本稿の検討からすれば、これをより明確にしたのがSmith判決であると考えられる。

になる。いわゆるThird-Party Harmである⁹⁰⁾。これは、他者に危害となるような法義務の免除は認められないという考えを示している。

Third-Party Harmの基礎には、法義務の免除が“court anarchy”となることへの恐れがあるとされる⁹¹⁾。「自分自身が法となる」ような法義務の免除は、第三者に対して危害を与える可能性がある。これを防ぐためには、第三者に危害を加えるような法義務の免除は認められないということになるからである⁹²⁾。また、権利の重要性を鑑みて、法の支配アプローチを緩やかに解するようになり生まれたのがThird-Party Harmであるともされる⁹³⁾。そのため、第三者に危害とならないような法義務の免除であれば、これは認められるという側面も有する。

このThird-Party Harmは、法義務の免除を検討する際の1つの基準として判例の中で見出され、用いられている⁹⁴⁾。そして、近年これがより脚光を浴びるようになった文脈は、“court anarchy”という指摘に繋がりがあ

3. Smith判決と現在の法義務の免除

(1) 「武器化」

近年、アメリカにおいて法義務の免除はその範囲が拡大されているとされる。特に、Hobby Lobby判決前後からはその傾向が強く、近年では、反差別法との関係が問われるなどしている。こうした法義務の免除の拡大

90) この点については、拙稿「一般的法義務の免除とThird-Party Harm」比較法雑誌53巻4号219頁以下(2020)を参照のこと。また、宮原均『思想の絶対的自由と外部的行為への制約 —合衆国最高裁判所の判例法理の傾向—』153-192頁(八千代出版, 2023)、森口・前掲注32)203-218頁も参照のこと。

91) See Jonathan C. Lipson, *On Balance: Religious Liberty and Third-Party Harms*, 84 MINN. L. REV. 589, 593 (2000).

92) See *id.* at 669.

93) See Samuels, *supra* note 85.

94) 例えば、Lee判決(United States v. Lee, 455 U.S. 252 (1982))が挙げられる。

傾向の中で、新たな問題が浮上している。それが、宗教活動の自由の「武器化」である⁹⁵⁾。

ロバーツコートでは、法義務の免除を認めるという判決が多い。しかし、法義務の免除を求める主張の中には、同性愛者の権利を侵害するものがあるなど、従来の法義務からの免除と様相が異なると指摘される。このような、法義務の免除が拡大することに伴う弊害を懸念することは、まさに“court anarchy”を巡る判示の中で示されたものである。

(2) 「武器化」とThird-Party Harm

「武器化」に対しては、こうした法義務の免除は不適當であるとして、これを制限しようとする見解が指摘される。その1つとしてThird-Party Harmが用いられることがある。しかし、判決の中では、法義務の免除を行ったとしても、第三者に対する危害はないとするものがある⁹⁶⁾。また、従来、Harmに該当すると考えられていたものは、物質的なもの(material)であるとされていた⁹⁷⁾。そのため、この場合に問題となりうる、ある者の尊厳に対する危害が生じたとしても、法義務の免除が認められる可能性がある。これを乗り越えるために、尊厳に対する危害もこれに含める見解を示す者もいる⁹⁸⁾。

95) 武器化については、複数の権利においてこれが指摘される。宗教活動の自由については、福嶋敏明「アメリカにおける憲法裁判の現在」『憲法の可能性』23頁以下（敬文堂，2019）、森口千弘「社会の分断がもたらす人権の『武器化』『〈分断〉と憲法—法・政治・社会から考える—』65頁以下（弘文堂，2022）、森口・前掲注32）189頁以下を参照のこと。

96) See *Hobby Lobby*, 573 U.S. at 692–93. これに対してGinsberg裁判官は、第三者への危害があるとする。See *id.* at 765 n.25 (Ginsberg J., dissenting).

97) 拙稿・前掲注90) 243–244頁参照。

98) See e.g., Douglas Nejaime & Reva B. Siegel, *Conscience Wars: Complicity-Based Conscience Claims in Religion and Politics*, 124 *YALE L.J.* 2516 (2015).

（3）アプローチの検討

こうした「武器化」の具体例であるとも言われる、近年の法義務の免除では、従来のそれとの違いにどのように対応すべきかが求められる。違いの1つとして語られるのは、法義務の免除の主張者は誰かという問題である。従来の法義務の免除では少数派に属する者がこれを提起していた。しかし、近年の法義務の免除では、従来であれば多数派に属する者が主張しているとされる。「多数派」が「少数派」として、法義務の免除を主張するという状況が問題視されているのである⁹⁹⁾。

このように問題視する考えには、従来の法義務の免除は、少数派を保護するために用いられるものであったはずであるが、それが歪められ、少数派への保護が認められにくい状況が生まれているという認識がある。これに関してSepperは、“Free Exercise Lochnerism”があると指摘する¹⁰⁰⁾。Lochner判決で問題となった契約の自由と同じように、宗教活動の自由が主張されることによって、規制などに対抗しようとしているという指摘である。

“court anarchy”に関連してSmith判決の中では、法義務の免除という権利を与えることは、一般的に適用される法律を無視する権利であるとされていた。こうした表現には当然異論もあろうが、こうして見ると、近年の法義務の免除の問題で主張されている権利はこのようなものに近いものとなっていると考えられる。Smith判決は、こうした法義務の免除が拡大しないように、“court anarchy”という指摘によって、事前にそれに歯止めをかけようとしていたとも言える。しかし、拡大後の処理については、不明な部分が多い。

前述したように、判例法理として確立した反差別理論としてSmith基準を用いることがMasterpiece Cakeshop判決やFulton判決を通じて議論の

99) See *id.* at 2553.

100) See Elizabeth Sepper, *Free Exercise Lochnerism*, 115 COLUM. L. REV. 1453 (2015).

対象となっている。しかし、Masterpiece Cakeshop判決においては、法義務の免除の問題は大きく取り扱われておらず、Third-Party Harmの適用についても検討すべき点がある¹⁰¹⁾。

この場合においては、権利の性質を再考するというアプローチが考えられる。その際は、切り札としての権利の位相にも関係する検討が必要となるろう。当然これは大がかりな検討が必要となる¹⁰²⁾。

V 共同体から見た法義務の免除

さすれば、法の支配アプローチへと回帰することを考えるが、ここには、多様性が捨象されるという問題もある。多様性のある社会、共同体でこれを捨象するという選択は、簡単には採ることができない。このように、法義務の免除をどのように考えるかという問題は、少しばかり袋小路に入り込んでいるように思える。そこで“court anarchy”という判示が、法義務の免除の限界を共同体、社会の観点に求めていることを踏まえて、少し視点を変え考えてみたい。

(1) 法義務の免除における義務

そもそも法義務の免除は、その言葉通り「義務を免除すること」の正当性を論じるものであった。共同体において義務は、その構成員に対して課され、それは、その共同体を維持するために必要なものである。こうした義務という側面から法義務の免除を捉えたとき、それを可能にする理由として何が適切であろうか。法義務からの免除を考える際には、この義務から捉えるという見方も、当然考慮に入れる必要がある。

101) この点は、森口・前掲注31) 210-218頁参照。

102) この点に関連するJamal Greeneの指摘は重要である。See JAMAL GREENE, HOW RIGHTS WENT WRONG: WHY OUR OBSESSION WITH RIGHTS IS TEARING AMERICA APART (2022).

義務の側面については、十分な考察が加えられてこなかった。それは、義務が憲法学において検討対象となっていなかったことが挙げられる¹⁰³⁾。しかし、やはり義務を強調することに対しては、注意しなければならないという側面もある。

(2) Tebbeの指摘

これに関してTebbeによる検討は1つの示唆となりそうである。Tebbeは現在の法義務の免除、特にSmith判決に対して批判が示されていることを踏まえ、新たな法義務の免除への取り組み方を検討する¹⁰⁴⁾。その時に彼が前提とすることは、民主的な社会という共同体の位置づけも重視しつつ、法義務の免除をどのように扱うかということである¹⁰⁵⁾。

そして彼は、法義務の免除が認められない義務が存在することを明らかにする。彼が、「暗黙の制約」¹⁰⁶⁾であるというように、これは従来正面からは受け取られてこなかったものである。彼は、民主的な社会を維持するために必要となる義務については、法義務の免除の主張は認められないという立場を明確にする。ここでは、義務は自由を行使するための場を整えるために必要となるものであるという立場を前提とする。そして、納税を挙げ、これは社会を維持するために必要となる財源を確保するために課せられるものであるため、宗教を理由としてここからの法義務の免除を求めることはできないとしている¹⁰⁷⁾。

103) この点については、橋本基弘「憲法12条について」白門840号28-29頁(2019)参照。

104) See Nelson Tebbe, *The Principle and Politics of Liberty of Conscience*, 135 HARV. L. REV. 267 (2021).

105) See *id.* at 270.

106) *Id.* at 272.

107) See *id.* at 285-88.

(3) Tebbeの指摘から

このTebbeの指摘は、義務と自由との関係について、1つの指針を示していると言える。しかし、どの義務が民主的な社会維持に必要な義務であるかが不透明である。いわゆる国民の義務はここに該当すると言えるが、その他にそうした義務はあるのであろうか。またそもそも、日本国憲法でも国民の義務それぞれの性質についても様々な見解があり、一筋縄で説明することは難しいだろう。

しかし、法義務の免除が際限なく広がることによって、法の支配が軽視され、“court anarchy”を招くという視点を無視することはできない。これを防ぐために、バランスを取る際に、共同体の側からも考えてみることもすべきではないか。

おわりに

Smith判決における“court anarchy”という判示を通して、一般的法義務の免除が抱える問題、そして、その際に考えるべき限界について見てきた。批判も多いSmith判決のScalia裁判官による大げさな表現は、重要な指摘を有していた。1つには、現代アメリカで認められる、法義務の免除の拡大という問題が生じうることの指摘とそれに対する処方箋であった。また、法義務の免除の限界が、共同体の側から考えられることも示していた。法義務の免除に関する状況が複雑化した現在では、これに対してどのように対処すべきかが問われている。この点についても、“court anarchy”の指摘を基に考えてみることもできそうである。

本稿の検討は、「一般的法義務の免除」という問題におけるジレンマを考える1つのきっかけを考えるものであった。これまで論じられることの少なかった、法義務の免除における共同体、そして義務という側面は、今後の検討課題としたい。

[付記] 本論文は、2023年度に中央大学に提出した博士学位論文の一部を加筆・修正したものである。

(本学大学院法学研究科博士課程後期課程在籍・本学法学部助教)