

「聖職者例外」法理と アメリカ連邦最高裁（2・完）

——雇用差別禁止法と宗教団体の自由・再論——

福 嶋 敏 明

はじめに

1. 「聖職者例外」法理（以上、第42巻第3・4号）
 2. Hosanna-Tabor 判決
 3. 考察
- むすびにかえて（以上、本号）

2. Hosanna-Tabor 判決

次に本章で、2012年に連邦最高裁が下した Hosanna-Tabor Evangelical Lutheran Church & School v. EEOC ⁽¹⁾ の内容を概観する。

（1）事案

Hosanna-Tabor 判決は、私立学校を運営するルター派の教会とその学校に勤務していた教員との間の雇用関係をめぐる争いに端を発する。

Hosanna-Tabor Evangelical Lutheran Church & School（以下「本件教会」という。）は、幼稚園から第8学年までを対象に「キリスト中心の教育」を行う学校をミシガン州で運営していた。本件教会が所属していたルター派教会ミズーリシノッドは、教員の立場を「召命（called）」教員と「一般（lay）」教員の2種に分けていた。召命教員は、神によって

その職に召されたものとして扱われる立場である。召命は会衆 (congregation) から受けることになるが、そのためには一定の宗教教育を修めることを要し、召命を受けると「Minister of Religion, Commissioned」の称号を与えられる。任期は無期限で、召命が取り消されるのは正当な事由と会衆の特別多数決があった場合に限られる。これに対し、一般教員または「契約 (contract)」教員は、特別な宗教教育を要せず、ルター派の信者である必要もない立場である。会衆の投票によらずに学校委員会 (school board) が1年任期で雇用する。召命教員も一般教員も業務内容は同じであるが、一般教員は召命教員が足りない場合にのみ雇用される。

Cheryl Perich (以下「本件教員」という。) は、1999年に一般教員として雇用され、一定の宗教教育を修めた後、召命教員の資格を得た。数学・言語等の世俗的な科目の担当に加え、週4日宗教の授業を担当したほか、毎日の祈祷で生徒を指導し、週1回の全校礼拝に出席し、年2回程自ら全校礼拝を指導していた。

2004年6月、本件教員は、睡眠発作 (narcolepsy) を発症した。そこで彼女は、2004-2005年の学年度を就労不能休暇を取得し迎えることになったが、2005年1月、学校長に対し、翌月には復職できることを伝えた。これに対し、学校長から、彼女が抜けた穴を埋めるために年度末まで一般教員を雇用してしまったとの返答とともに、復職にはまだ早いのではないかとの懸念が示された。1月30日に会衆集会が開催され、その席で学校側は彼女の復職が翌学年度まで困難であることを伝えた。そこで会衆は、会衆が彼女の健康保険料の一部を負担することと引き換えに彼女に召命教員を辞職してもらうことを内容とする「peaceful release」という取決めを彼女に申し出ることを決めた。しかし、彼女はこれを拒み、2月22日から復職可能であるとする医師による書面を提出し、実際に同日学校に出勤した。学校長は帰るよう求めたが、彼女は出勤したことを証する文書を得るまで帰ろうとはしなかった。その日の午後、学校長が彼女に電話をし、解雇される可能性があることを伝えたところ、彼

「聖職者例外」法理とアメリカ連邦最高裁（2・完）

女は弁護士と相談しており、法的権利を行使する意思があると返答した。その後、学校委員会は、反抗的な態度をとったこと、また訴訟の示唆によって学校との関係を損なったことを理由に、次回の会衆集会で彼女の召命の取消しが検討されるであろうと彼女に書面で伝えた。そして4月に開催された会衆集会で彼女の召命の取消しが決議され、教会側は解雇通知を彼女に送った。

そこで本件教員は、障害を理由とする雇用差別と雇用差別に抗議した者への報復を禁止する「障害を持つアメリカ人法（Americans with Disabilities Act: ADA）」⁽²⁾に違反して解雇されたと主張し、雇用機会均等委員会（Equal Employment Opportunity Commission: EEOC）に救済の申立てを行った。そしてこの申立てを受けたEEOCが原告となって、本件教会を相手取り、本任教員の復職等を求める訴訟を提起し、本任教員も訴訟参加した。これに対し、教会側は、「聖職者例外」法理の適用を理由に本件訴訟は第1修正によって禁じられると主張した。その際、教会側は、彼女が「聖職者」であること、そして彼女の解雇が、彼女による訴訟の示唆が争い事は内部で解決しなければならないとする教義に違反した⁽³⁾ことによる、宗教上の理由に基づくものであることを主張した。

（2）下級審判決

連邦地裁は、教会側の主張を認める summary judgment を下した。まず、同地裁は、先例に基づき「聖職者例外」法理の存在を認め、本任教員が同法理の適用対象となる「聖職者」の立場にある被用者に該当するか否かが本件での主たる争点であるとする。次いで、同地裁は、被用者が法理の適用対象に該当するか否かを判断するための手法として様々な裁判所によって「primary duties」テストが用いられているものの、宗教学校の教員が適用対象となるか否かをめぐっては裁判所の間で判断が分かれているとし、適用対象と認めなかった判決と認めた判決をそれぞれ概観する。その上で、同地裁は、これら判決に照らして本任教員の雇用

状況を検討すると本件教員は法理の適用対象となる「聖職者」に該当すると判断しなければならないとし、その理由として、「minister」の称号が与えられていたこと、実際にその称号に見合った扱いを受けていたことなどを指摘する。以上の理由から、同地裁は、これ以上本件雇用差別の訴えを審理することはできないと結論した。⁽⁴⁾

これに対し、第6巡回区控訴裁は、原判決を破棄し、連邦地裁で本案審理を行うよう求めて差し戻した。まず、同控訴裁は、先例に基づき「聖職者例外」法理の存在を認め、被用者が同法理の対象となる「聖職者」に該当するか否かを判断するために同巡回区が「primary duties」テストを用いてきたことを確認した上で、本件での主たる争点は本件教員が「聖職者」の立場にある被用者に該当するか否かであるとする。次いで、同控訴裁は、宗教学校の教員が法理の適用対象となるか否かの問題を同控訴裁で扱うのは本件が初めてであるとしつつ、多くの裁判所が主に世俗的な科目を教える宗教学校の教員については「聖職者」に該当しないとの判断を示しており、逆に宗教学校の教員が「聖職者」に該当するとの判断が示された事例では、当該教員が主に宗教科目を教えたり、教会の精神的な使命にとって中心的な役割を果たしていたという事情があったと指摘する。その上で、同控訴裁は、本件教員の主たる職務に関する事実認定を前提とすれば、本件教員を「聖職者」の立場にある被用者に該当するとした連邦地裁の結論は誤りであったとし、その理由として、本件教員の一日の勤務時間のほとんどが世俗的な科目の教育に費やされていたことから、本件教員の主たる職務が「信仰の教育や普及、教会の統治、修道会の監督、宗教儀式や礼拝の監督または参加」ではなく「世俗的な科目の教育」であることは明らかであると論ずる。加えて、同控訴裁は、「minister」の称号が与えられていたという事実によって本件教員の主たる職務が世俗的な性質のものから宗教的な性質のものに変質するわけでないことや召命教員の職務が一般教員の職務と同じであったことなども指摘する。さらに同控訴裁は、本件訴えの審理のためには

「聖職者例外」法理とアメリカ連邦最高裁（2・完）

本件教員が ADA の定める障害者に該当するか、本件教会が本件教員に対し ADA に違反する扱いをしたかといった争点を判断すれば足りるため、裁判所が宗教上の教義を分析する必要はなく、また本当に教義上の理由が雇用差別と争われている行為の動機であるか否かの審理を裁判所がしてはならないということにもならないとの判断も示した。以上の理由から、同控訴裁は、本件訴えが「聖職者例外」法理によって妨げられることはない⁽⁵⁾と結論づけた。

そこで、教会側が裁量上訴の申立てを行い、連邦最高裁は裁量上訴を認容⁽⁶⁾した。

（3）連邦最高裁判決

連邦最高裁は、全員一致で原判決を破棄した。法廷意見はロバーツ首席裁判官が執筆した。トーマス裁判官とアリート裁判官がそれぞれ同意意見を執筆し、アリート裁判官同意意見にケーガン裁判官が同調した。以下、法廷意見と各同意意見の内容を概観する。

①法廷意見

法廷意見は、まず、第1修正の宗教条項に関して先例が自由行使条項と国教樹立禁止条項の対立の可能性を認めてきたことに言及しつつも、「本件はそういう状況ではない。宗教条項の双方がその聖職者の1人を解雇するという宗教団体の決定に政府が干渉することを禁止している」と述べた上で、宗教条項の歴史から分析を始める。そして、同条項の起草の歴史的背景として、聖職者叙任権をめぐるマグナ・カルタ以来の英国および植民地時代の状況を概観した上で、「宗教条項は一イギリス国王と異なり一新たな連邦政府が聖職を埋める役割を有しないことを確保するものであった」とし、国教樹立禁止条項と自由行使条項の解釈として、前者は「連邦政府が聖職者を任命すること」を妨げ、後者は「連邦政府が自らの聖職者を選任する宗教団体の自由に干渉すること」を妨げ

ものであるとの解釈を示す。⁽⁷⁾

次いで、法廷意見は、教会財産紛争の問題を扱った先例に言及し、先に見た1871年の Watson 判決と1952年の Kedroff 判決に加え、1976年の Serbian Eastern Orthodox Diocese for United States of America and Canada v. Milivojevic⁽⁸⁾の内容を概観する。その際、法廷意見は、教会財産紛争の問題を扱った先例を「聖職者を選任する教会の能力に対する政府の干渉」に関する問題を「間接的に扱った」領域と位置付け、これらの先例は「いかなる者が聖職者を務めることができるのかに関する教会の決定を政府が否定することは許されない」ことを確認しているとの理解を示す。⁽⁹⁾

その上で、法廷意見は、第1修正のもとで「聖職者例外」法理が認められるか否かの判断へと移る。そして、これまで連邦最高裁が「聖職者を選任する宗教団体の自由が雇用差別を主張する訴訟によって影響を受けるか否かを考察する機会を持つことがなかった」のに対し、「1964年公民権法第7編……とその他の雇用差別禁止法の制定後、連邦巡回区控訴裁判所は、第1修正を根拠に、宗教団体とその聖職者との間の雇用関係に関する主張に対するこれらの法の適用を排除する『聖職者例外』の存在を一様に認めてきた」ことを確認した上で、「当法廷はこうした聖職者例外が存在することに同意する」と論じ、連邦最高裁として初めて「聖職者例外」法理の存在を認める判断を示す。その根拠として、法廷意見は、次のように述べ、自由行使条項と国教樹立禁止条項の双方を挙げる。「宗教団体の構成員は、信仰を聖職者の手に委ねる。教会が望んでいない聖職者の受け入れや雇い入れを教会に要求し、あるいは受け入れや雇い入れをしなかったことを理由に教会を罰することは、単なる雇用に関する決定以上のものを侵害することになる。こうした行為は、教会の内部統治に干渉し、信仰を体現する者の選任に関するコントロール権を教会から奪うものである。教会が望んでいない聖職者を押し付けることによって、政府は、聖職者の任命を通じて自らの信仰や使命を形成

する宗教団体の権利を保護する自由行使条項に違反することになる。また、いかなる個人が信者に仕えるべきかを決定する権限を政府に付与することは、こうした教会組織に関わる判断に対する政府の関与を禁止する国教樹立禁止条項にも反することになる⁽¹⁰⁾」。

続いて、法廷意見は、「聖職者例外」法理を認めるべきでないとする EEOC および教員側の主張に応答する。1つ目の主張は、宗教団体は雇用差別の訴えに対し第1修正に含まれる「結社の自由」を援用できるので、「聖職者例外」法理を認める必要はないというものである。この主張によれば、例えば、雇用差別禁止法を適用してカトリック教会に女性を聖職者にするよう強制することは第1修正違反となるが、それ以上の保護を宗教団体に与える必要性はないことになる。これに対し、法廷意見は、この主張は「支持できない」とし、その理由として、この主張によれば問題となる結社が教会であろうが社交クラブであろうが第1修正のもとでの分析は変わらないことになるが、かかる帰結は「宗教団体の権利に特別な配慮を示している第1修正のテキストそのものと両立しがたい」ことを指摘する⁽¹¹⁾。

そしてもう1つの主張が、「聖職者例外」法理を採用することは Smith 判決によって認められないというものである。この主張に対し、法廷意見は、次のように述べ、本件と Smith 判決との区別を図る。「確かに ADA による報復の禁止は、オレゴン州によるペヨーテ使用の禁止と同様、一般的な適用可能性を有する有効で中立的な法ではある。しかし、教会による聖職者の選任は、個人によるペヨーテの吸引とは異なる。Smith 判決は、単なる外的な身体的行為 (only outward physical acts) に対する政府の規制に関わるものであった。これに対し、本件は、教会の信仰や使命そのものに影響する内的な教会決定 (an internal church decision that affects the faith and mission of the church itself) に対する政府の干渉に関わるものである。Smith 判決877ページ参照 (『身体的行為』に対する政府の規制と『宗教上の権威や教義をめぐる紛争において政府

が一方当事者にその力を貸すこと』を区別)。宗教条項に起源を有する聖職者例外を採用することは Smith 判決によって認められないとの主張は、説得力を持たない⁽¹²⁾。

以上のように宗教条項を根拠に「聖職者例外」法理を認めた上で、法廷意見は、本件雇用関係に対する同法理の適用の有無の検討へと移る。ここで法廷意見は、巡回区控訴裁レベルでは「聖職者例外は宗教団体の指導者に限定されるものではない」との結論が示されてきたことを確認し、これに「同意する」としつつも、「いかなる場合に被用者が聖職者に該当するのかを定めるための厳格な定式を採用することはためられる」と述べ、明確な基準の採用を避ける。その代わりに、本件では「彼女の雇用に関する全ての事情」に照らして本件教員は「聖職者例外」法理の対象となる「聖職者」であると結論すれば十分であるとし、教会が本件教員に「minister」の称号を与えていた点、この称号を得るために相応の宗教上の訓練を要した点、本件教員も自らこの称号を用いていた点、本件教員が子ども達に教会の教えを伝達する役割を果たしていた点を指摘する。他方、これと反対の結論を導き出した控訴裁の判断は、本件教員が「minister」の称号を有していた事実を全く考慮しなかった点、一般教員が本件教員と同じ役割を果たしていた事実を重視し過ぎた点、本件教員が世俗的な科目を教えていた時間の量を重視し過ぎた点で誤っていたとする。特に最後の点に関しては「本件の問題はストップ・ウォッチを用いて解決できるものではない」との批判を加えている。かくして本件教員が「聖職者例外」法理の対象となる「聖職者」である以上、雇用差別を理由とする本件教会に対する訴訟は退けられるべきことが第1修正によって要求されることになると結論づける。その際、法廷意見は、EEOC および教員側が本件教員の解雇は宗教上の理由によるものであるとの教会側の主張を口実に過ぎないと主張していることに対し、「この指摘は、聖職者例外の要点を見誤っている。聖職者例外の目的は、聖職者を解雇する教会の判断を、それが宗教上の理由からなされた場合

にのみ保護することではない。その代わりにこの例外は、信者に仕える者を選任し統制する権威……は教会だけであるということを確認するものである」と応答している⁽¹³⁾。

最後に、法廷意見は、本判決の射程について、聖職者が教会による解雇を争う雇用差別の訴えは「聖職者例外」法理によって禁じられるということだけを判示するもので、「聖職者例外が、被用者が宗教上の雇用者による契約違反や不法行為を争う訴訟を含む、他の種類の訴訟を禁ずるか否かについて当法廷はいかなる見解も示さない」とした上で、次のように述べることで意見を締め括っている。「雇用差別禁止法を実施する社会の利益は疑いなく重要である。しかし、自らの信仰を伝え、教義を教え、使命を遂行する者を選ぶ宗教団体の利益もまた、疑いなく重要である。解雇された聖職者がその解雇が差別的であると主張して教会を訴えるとき、第1修正はすでに私たちのために比較衡量を済ませている⁽¹⁴⁾。教会は、その道を導く者を自由に選ぶことができなければならない」。

②同意意見

以上の法廷意見に関し、トーマス裁判官とアリート裁判官がそれぞれ同意意見を執筆している。いずれの意見も、「聖職者例外」法理の対象となる「聖職者」の範囲の確定方法に関わるものである。

まず、トーマス裁判官同意意見は、本件教員を「聖職者例外」法理の対象となる「聖職者」に該当すると判断する際に法廷意見が様々な事実
に言及したのに対し、むしろ裁判所は「いかなる者が聖職者の資格を有するかに関しては宗教団体の真摯な理解に敬讓すべきこと」が宗教条項によって求められると主張する。その理由として、トーマス裁判官は、宗教条項は宗教団体に聖職者を選任する権利を保障するが、もしある被用者を「聖職者」とみなす宗教団体の真摯な判断に裁判所がけちをつけうるのだとすれば、この権利も空虚なものになってしまうこと、合衆国には様々な指導体制を有する宗教団体が存在し、ある被用者が「聖職者」

に当たるかという問題に対する解答も大きく異なりうるが、こうした状況のもとで裁判所が「聖職者」の定義を試みることは主流派でない宗教団体を不利に扱う危険性があることを指摘する。そして、法廷意見は本件教員が「聖職者」に該当するとの結論を導くにあたって当該結論を導く事実を入念に述べたが、本件教会が本件教員を「聖職者」と真摯に考えていたことは証拠上明らかであり、本件で結論を出すにはそれだけで十分であったとしている⁽¹⁵⁾。

他方、アリート裁判官同意意見（ケーガン裁判官同調）は、法廷意見が「minister」の称号が与えられている事実を重視したことに対し、「聖職者例外」法理の対象となる「聖職者」に該当するかどうかの判断にあたっては「minister」の称号や叙任（ordination）の有無ではなく、「宗教団体のために働く者が果たす役割」に注目すべきことを主張し、同法理は「宗教団体を指導し、礼拝や重要な宗教行事または儀式を行い、その信仰の伝達者または教育者として仕える、いかなる『被用者』に対しても適用されるべきである」とする。その理由として、アリート裁判官は、「minister」という語は一般にプロテスタントの牧師（clergy）を指すために用いられ、その他の教派ではあまり用いられないこと、叙任も一部の宗派でしか用いられないことを指摘し、これらのことが全ての巡回区控訴裁が「聖職者例外」法理の適用の有無を決める際に「minister」の称号や叙任の有無を決定的な要素として用いない機能主義的アプローチを採用していることの理由であるとする。そして、本件教員に「聖職者例外」法理が適用されるべきなのは、本件教員が教会のメッセージの伝達や礼拝活動の指導といった重要な宗教上の役割を果たしているからだとする。また、アリート裁判官は、教会側が主張する解雇理由は口実に過ぎないとする EEOC および教員側の主張に言及し、解雇理由が口実であるか否かを裁判所が審理することは、「下級審の判例が40年近くにわたり保護してきた宗教的自律を危険なまでに浸食することになる」と論じ、こうした審理を行うためには裁判所が教会の教義に関する判断を

行わなければならないことなどを指摘する。なお、アリート裁判官は、この同意意見の中で、歴史的に宗教団体が個人と国家権力との間の緩衝材としての役割を果たす私的結社の中でも傑出した存在であったことを指摘した上で、第1修正は「宗教団体の権利に特別な配慮」を示しているとする法廷意見の見解に同意しつつも、それでもなお—後に見る—「表現的結社の自由」に関する判例は何が本質的な権利であるかを指摘する上で有用であるとし、「自らの信仰のための声としての役割を果たす者を選ぶ自由」が宗教団体の基本的な権利の中に含まれなければならないことを指摘する。⁽¹⁶⁾

3. 考 察

最後に本章で、Hosanna-Tabor 判決（以下「本判決」という。）および本判決で認められた「聖職者例外」法理について、若干の考察を行う。論ずべき問題は多岐にわたると思われるが、本稿では、本判決の意見の構成、本判決で認められた「聖職者例外」法理の射程、同法理の憲法上の根拠、本判決と Smith 判決との整合性の問題を中心に考察することにした。

（1）意見の構成について

本判決についてまず目を引くのは、全員一致で判決が下された点であろう。⁽¹⁷⁾「明瞭さと全員一致は、控えめに言っても、合衆国憲法の宗教条項を解釈し適用する近年の連邦最高裁の試みの特質ではなかった」と評されるように、これまで宗教条項に関わる連邦最高裁の事案では、裁判官の間で意見が激しく対立し、個別意見が多数付されることも稀でなかったためである。⁽¹⁹⁾実際、本件で教会側の代理人を務めて勝利を得た論者でさえ、全員一致という結果には驚きを隠そうとしない。⁽²⁰⁾

本判決でなぜ全員一致という意見構成が可能であったのか。その事情は詳らかでないが、⁽²¹⁾これを可能にした要因として、本判決までにはほぼ全

での巡回区控訴裁で「聖職者例外」法理が認められていたという事情に加え、本判決における判断の「狭さ」⁽²²⁾を指摘することができるように思われる。本判決で連邦最高裁は「聖職者例外」法理を認め、本件の事実関係に同法理を適用し事案の解決を図る一方、後に検討するように、同法理の射程をめぐる種々の問題に関する判断を慎重に保留しており、事案の解決のために必要最低限のことしか判断していないとも評しうるからである。特にこうした姿勢は、本判決法廷意見が「聖職者」の範囲を確定するための具体的な基準を示すことを拒んだ点に象徴的に表れていると言える。

こうした特徴を捉えて、ある論者は本判決を「司法ミニマリズム (judicial minimalism) の賞賛に値する例」⁽²³⁾と評している。その有力な提唱者によれば、この手法は、目の前の事案を解決する際に「結論を正当化するために必要以上のことを言わず、できる限り多くの事柄を未決定にしておく」⁽²⁴⁾ものである。そしてこの提唱者は、「裁判官の間での合意が広いものになるほど、その合意はありうるなかで最も狭い根拠に基づく判断となる傾向にある」とのロバーツ首席裁判官の発言を、連邦最高裁における全員一致の原則の利点を示し、司法ミニマリズムの立場を表したものと評している⁽²⁵⁾。本判決法廷意見に対しても、「ロバーツ首席裁判官は聖職者の立場にある被用者を同定するための単一のテストまたはルールを示さなかったが、これはこうしたテストまたはルールを示すことを拒むことではじめて全員一致を確保することが可能であったからなのかもしれない」⁽²⁶⁾との見方が示されており、本判決に付された2つの個別意見が共に「聖職者」の範囲を確定する手法に関わるもので、且つ、各々異なる手法を提唱するものであったことも、かかる推論を裏付ける傍証と言いうるのである。

このように全員一致という意見構成で「聖職者例外」法理が認められたことは、同法理の存在そのものを強固にするという効果を期待しうる反面、一定のコストを伴うものであったと言える。不明確さというコス

「聖職者例外」法理とアメリカ連邦最高裁（２・完）

トである。本判決を司法ミニマリズムと評した先の論者も、それに続けて「しかしそれは不確かさをもたらすものであった」との評価を加えており、他にも同様の指摘は多くなされている。⁽²⁷⁾そこで次に、この点も含めて、⁽²⁸⁾本判決が認めた「聖職者例外」法理の射程について検討することにした。

（２）「聖職者例外」法理の射程について

本判決の最大の意義は、これまで巡回区控訴裁を中心に展開されてきた「聖職者例外」法理を連邦最高裁として初めて認めたところにある。もっとも、前々章で見たように、同法理の射程をめぐっては、巡回区控訴裁の間で見解の分かれる問題もあった。そこで、本判決が同法理の射程についていかなる判断を示したのかを確認したい。

まず、巡回区控訴裁レベルでは、「聖職者例外」法理が適用されるためには雇用差別を訴える被用者が「聖職者」に該当しなければならないとされる一方、同法理の適用対象となる「聖職者」は特定の称号や叙任を受けた立場に限られるものではないとの判断が示されてきた。この点、本判決は、巡回区控訴裁が「聖職者例外は宗教団体の指導者に限定されるものではない」と結論してきたことに「同意する」⁽²⁹⁾との判断を示した上で、宗教学校の教員による雇用差別の訴えに対し同法理を適用しているため、同法理の適用対象となる「聖職者」が司祭や牧師などの典型的な宗教指導者に限定されないとする巡回区控訴裁で示されてきた判断を踏襲したと言える。

次に、これまで多くの巡回区控訴裁において、同法理の適用にあたっては雇用差別と争われている行為が行われた際の動機や理由を審理することはできないとの判断が示されてきた。この点、本件では、教会側が本件教員の解雇は宗教上の理由に基づくものであると主張したのに対し、EEOC および教員側がかかる主張は口実に過ぎないとの反論を展開したが、控訴審である第 6 巡回区控訴裁は、他の多くの巡回区控訴裁の判断

と異なり、解雇理由が口実か否かの審理は行いうるとの判断を示した。そこで、連邦最高裁における口頭弁論でもこの問題が1つの焦点となったが⁽³⁰⁾、結果的に、本判決法廷意見は、EEOC および教員側の反論に対し、「この指摘は、聖職者例外の要点を見誤っている」と述べ、解雇理由の審理はできないとの判断を示した。同様に、本判決で付された2つの同意意見のうち、アリート裁判官同意意見も、解雇理由が口実か否かの審理はできないとの見解を示している。

また、巡回区控訴裁の間では、同法理の訴訟法上の位置付けをめぐって見解が分かれていた。つまり、同法理は、本案についての抗弁に関わるものなのか、それとも裁判所の管轄権に関わるものなのかという問題である。この点、本判決は、本文ではなく脚注の中で、この問題をめぐって巡回区控訴裁の間で意見が対立していることに触れた上で、「当法廷は、聖職者例外は、管轄権に関する障害 (jurisdictional bar) ではなく、さもなければ審理しうる主張に対する積極的抗弁 (affirmative defense) として機能するものであると結論する⁽³²⁾」との判断を示し、この問題に一応の決着をつけたと言える。もっとも、この問題を「聖職者例外」法理の本質に関わる重要な論点と捉える論者が少なくないことに加え、そうした論者の間では裁判所の管轄権を制限するものとしてこの法理を捉える見解が有力であることから、この問題に対する本判決の扱いと結論には批判も少なくない⁽³³⁾。中には、問題の脚注の番号が4であることから、かの有名な脚注4⁽³⁴⁾をも引き合いに出しつつ、本判決の「新たな脚注4」における結論を「教会と国家の関係に関する根源的に新たな構想に依拠する大胆な主張」と評し、その「革命」的な性格に注意を促す者もいる⁽³⁵⁾ほどである。

このように本判決は、「聖職者例外」法理の射程をめぐる諸問題のうち、一定の問題については連邦最高裁としての見解を明らかにしたと言える。しかし本判決は、「聖職者例外」法理の射程に関するあらゆる問題を解決したわけではない。むしろ、同法理の射程に関する多くの問題

に対する判断を慎重に保留した点が本判決の特徴だと言える。

何よりもまず、本判決では、法理の適用対象となる「聖職者」の範囲を確定するための具体的な基準が示されなかった。つまり、本判決法廷意見は、「聖職者例外」法理の適用対象が宗教団体の指導者に限られるものでないとする巡回区控訴裁の判断に同意する一方、「いかなる場合に被用者が聖職者に該当するのかを定めるための厳格な定式を採用することは⁽³⁶⁾ためられる」と述べることで、「聖職者」の範囲を確定するための基準を示すことを拒んだ。その代わりに本判決は、「彼女の雇用に関する⁽³⁷⁾全ての事情」に照らして本件教員を法理の適用を受ける「聖職者」に該当すると判断したが、こうした諸般の事情を考慮する手法に対しては、一貫した結論が出せないという問題とともに、裁判所を宗教的な問題に深入りさせてしまうという国教樹立禁止条項に関わる問題も指摘⁽³⁸⁾されている。この点、法廷意見における欠如を埋めるかのように、２つの同意意見がいずれも「聖職者」の確定方法の問題に取り組んではいるが、一方は宗教団体の理解を重視するアプローチ（トーマス裁判官同意意見）、他方は被用者の役割を重視するアプローチ（アリート裁判官同意意見）と各々異なるアプローチを提唱するものであり、いずれにしてもこの問題に関する将来の指針が連邦最高裁によって示されたとは言い難い。

次に、本判決では、「聖職者例外」法理の適用場面が「教会」以外の雇用関係にまで及ぶか否かも明らかにされていない。これまで巡回区控訴裁では、同法理の適用場面が「教会」での雇用関係に限定されるものでないことが認められてきた。これに対し、本判決では、本件教員が勤務していた学校の運営主体が教会だったことも⁽³⁹⁾あつてか、同法理が「教会」以外の雇用関係にも適用されるかという問題が自覚的には論じられていない⁽⁴⁰⁾。本判決の法廷意見が「church」という語と「religious organization」, 「religious group」, 「religious institution」等の語を互換的に用いていることを理由に、「Hosanna-Tabor 判決は〔法理の適用対象を〕教会に限定していないと結論しても安全であろう」との見方を示す論者も

⁽⁴¹⁾ いるが、仮にそうだとした場合、いかなる団体が法理の適用対象となる「宗教団体」といえるのかに関する説明が欠如していることには変わりがない。⁽⁴²⁾

さらに、本判決では、「聖職者例外」法理が具体的にどのような雇用関係をめぐる争いにまで適用されるのかという問題も未解決のまま残されたと言える。これまで巡回区控訴裁では、法理の形成の端緒となった公民権法第7編の定める雇用差別の訴えに限らず、様々な形態の雇用差別の訴えに対し同法理の適用がなされてきた。本判決も、同法理の存在を認める際にこうした巡回区控訴裁の動向に言及しており、現に本判決ではADAが禁止する障害を理由とする雇用差別の訴えに対し法理の適用がなされているため、連邦最高裁が少なくとも公民権法第7編が定める以外の雇用差別の訴えにも同法理が及びうることを認めていることは確かだと言える。しかし、それ以上にこの法理がいかなる雇用関係をめぐる主張にまで適用されるのかについては、本判決は、「聖職者例外が、被用者が宗教上の雇用者による契約違反や不法行為を争う訴訟を含む、他の類型の訴訟を禁ずるか否かについて当法廷はいかなる見解も示さない⁽⁴³⁾」と述べることで、判断を保留したと言える。

このように本判決は、「聖職者例外」法理の射程に関する様々な問題を未解決のままに残した。こうした慎重さが本判決で全員一致の意見構成を可能にした1つの要因であったと考えられるが、しかし、先述のとおり、特に「聖職者」の範囲を確定するための手法に関しては、巡回区控訴裁の間で意見の相違があり、裁量上訴趣意書が強調していたのにかかる現状であったことからすれば、この問題の解明こそが本判決に求められていた事柄であったともいえよう。⁽⁴⁴⁾ にもかかわらず、本判決がこの問題を中心とする法理の射程に関する問題を先送りにしたことに対しては、批判的な評価も当然に示されている。⁽⁴⁵⁾

（３）「聖職者例外」法理の根拠について

以上のように法理の射程に関する種々の問題を棚上げにしつつも、本判決は、第１修正の宗教条項を根拠に、連邦最高裁として初めて「聖職者例外」法理を認める判断を示した。そこで次に、本判決における同条項の解釈・援用の仕方について検討することにした。

本判決における宗教条項の解釈・援用に関してまず注目に値するのは、「聖職者例外」法理を認める際に自由行使条項と国教樹立禁止条項の双方を根拠として用いている点であろう。従来、両条項の関係をめぐっては、協調関係よりも対立・緊張関係の方がクローズアップされる傾向にあったと言えるからである⁽⁴⁶⁾。本判決法廷意見が、宗教条項の分析を行うに先立ち、先例が両条項の対立の可能性を認めてきたことに触れつつ、「本件はそういう状況ではない」とわざわざ述べているのも、こうした状況認識に基づいてのものだと解することもできる。

この点、自由行使条項と国教樹立禁止条項が共通の理念・目的に基づくものであることを重視する立場からすれば、本判決において自由行使条項と国教樹立禁止条項の双方が援用されたことに対しては、肯定的な評価が下されることになろう⁽⁴⁸⁾。しかし、両条項の法的性格の違いを重視する立場からすれば、「聖職者例外」法理の根拠として自由行使条項と国教樹立禁止条項の双方が用いられたことは、同法理の性格を曖昧にするものとして、否定的な評価が下される要因となりうる。例えば、自由行使条項が「権利」に関わる条項であるのに対し、国教樹立禁止条項は「構造」に関わる条項であるとの理解を前提に、本判決が「聖職者例外」法理を認める際に両条項を援用したことについて、「ステロイドで強化された憲法上の権利 (a constitutional right on steroids)」を生み出したと指摘する議論は⁽⁴⁹⁾、こうした評価の一例と言えよう。そしてこの問題は、後に論ずるように、本判決が認めた「聖職者例外」法理の「奇妙な特徴 (curious features)⁽⁵⁰⁾」とも評される性格をめぐらる問題に通ずる論点であるとも言える。

次に、個々の条項の解釈・援用の仕方の特徴について見ていくことにしたい。国教樹立禁止条項の解釈・援用に関しては、さしあたり以下の点を指摘しうるように思われる。

まず、国教樹立禁止条項に関する審査基準の扱いである。先述のように、巡回区控訴裁の判決の中には、レモン・テストを明示的に用いた上で、「過度の関わり合い」要件に依拠して「聖職者例外」法理を認めるものがあつた。これに対し、本判決では、レモン・テストを含めて国教樹立禁止条項に関する審査基準に対する言及が一切なされてい⁽⁵¹⁾ない。レモン・テストに対しては連邦最高裁裁判官の間でも根強い批判があり、同条項に関する審査基準のあり方をめぐって激しい議論がなされてきた⁽⁵²⁾ことを考えると、審査基準に対する言及を避けることが裁判官の間での意見の分裂を抑えるために必要なことであつた可能性も考えられる。⁽⁵³⁾

次に、従来⁽⁵⁴⁾の先例との文脈の違いである。本判決は、宗教団体に対する雇用差別禁止法の適用を排するための根拠として、国教樹立禁止条項を援用している。これに対し、これまで国教樹立禁止条項違反が問われてきたのは、主に、宗教に対する政府の援助、公立学校における宗教活動⁽⁵⁵⁾、その他の政府による宗教活動などに関わる事案だつたのであり、宗教団体に対する法規制の適用に関わる事案は、むしろ「国教樹立禁止条項ではなく自由行使条項の下で主に判決がなされてきた」と言える。⁽⁵⁶⁾そのため、本判決に対しては、「連邦最高裁が宗教団体や宗教上の活動を規制の適用から保護するために国教樹立禁止条項を用いた初めてのケース」⁽⁵⁷⁾との評価もなされている。⁽⁵⁸⁾

他方、自由行使条項の解釈・援用に関しては、何よりも Smith 判決との整合性に関する判断が注目に値するが、この問題については項を改めて検討することとし、ここでは、教会財産紛争に関する先例の位置付けと、「聖職者例外」法理と結社の自由との関係について触れることにしたい。

まず、教会財産紛争に関する先例の位置付けである。本判決は、教会

財産紛争に関する先例を概観する際に、これら先例を本件に関わる問題を「間接的に扱った」事案と位置付けている。先に見たように、従来の議論ではこれら先例が「聖職者例外」法理の有力な根拠とされ、特に Smith 判決後の巡回区控訴裁では、同法理を、Sherbert 判決や Yoder 判決などの「一般的に適用される中立な法」の適用に関わる先例ではなく、教会財産紛争に関する先例の系譜に直接に位置づけることで、同法理と Smith 判決との整合性を図る議論が示されてきた。しかし同時に、こうした議論に対しては、同法理の批判者を中心に、教会財産紛争に関する先例は「一般的に適用される中立な法に関わるものではない」として、両者の文脈の違いが指摘されてもきた。こうした議論状況に鑑みた場合、本判決法廷意見が、教会財産紛争に関する先例を「間接的」な事案と位置づけたことは、本件で問題となった ADA が Smith 判決で問題となった州法と同じく「一般的な適用可能性を有する有効で中立的な法」であることを率直に認めている点も併せて考えると、こうした文脈の相違に一定の配慮を示したものと見ることもできるように思われる。

むしろ、本判決による教会財産紛争に関する先例の扱いをめぐって1つの論点として浮上しうるのが、1979年の Jones 判決の扱いである。Jones 判決は教会財産紛争に関する連邦最高裁の先例として直近のものであるが、にもかかわらず本判決はこの判決に言及すらしていない。しかも Jones 判決は、先述のように、宗教に中立な法原理を適用して教会財産紛争の解決を図るアプローチを採用したことから、従来の先例との整合性が問われてきた判決でもある。そのため、「聖職者例外」法理の批判者からは、教会財産紛争に関する先例に依拠して同法理を正当化しようとする議論に対する反論として、Jones 判決の存在が指摘されてきたのであり、⁽⁶²⁾にもかかわらず（あるいはだからこそ）本判決が Jones 判決に言及すらしなかったことに対しては、当然に批判が加えられることになる。⁽⁶³⁾本判決における Jones 判決に対する沈黙が何を意味するのかは、教会財産紛争に関する先例と「聖職者例外」法理との関係性のみならず、

教会財産紛争に関する先例⁽⁶⁴⁾それ自体の理解の仕方にも影響を及ぼしうる論点となる可能性を秘めている。

次に、「聖職者例外」法理と結社の自由との関係である。本件で EEOC および教員側は、「聖職者例外」法理の存在を否定する主張の一環として、雇用差別禁止法の適用に対し宗教団体が結社の自由の保障を援用⁽⁶⁵⁾しうることを指摘した。これに対し、本判決は、「宗教団体の権利に特別な配慮を示している第1修正のテキストそのものと両立しない⁽⁶⁶⁾」と論じ、いわばテキスト主義的な理由でこの主張を退けたが、こうした判断の背景には、「聖職者例外」法理が結社の自由の保障からだけでは導出しえないという実体的な理由付けが控えていたものと考えられる。

この点で、いわゆる「表現的結社の自由 (freedom of expressive association)⁽⁶⁷⁾」との比較が有用である。別稿で見たように、「表現的結社の自由」の主張を緩やかに認めた上で私的団体に対する差別禁止法の適用を第1修正違反と判断した事案として、2000年の *Boy Scouts of America v. Dale*⁽⁶⁸⁾ があるが、この Dale 判決が認めた「表現的結社の自由」の保障と本判決が認めた「聖職者例外」法理は、少なくとも次の2点で性格が異なる⁽⁶⁹⁾ものであると言える。

第1に、Dale 判決が認めた「表現的結社の自由」の保障のもとでは、ある団体が差別禁止法の適用を免れうるのは、差別禁止法の適用によって当該団体の「表現」や「見解」が損なわれる場合に限られる⁽⁷⁰⁾ため、差別が教義に基づく宗教団体は差別禁止法の適用を免れうるが、こうした教義を持たない宗教団体は適用を免れえないことになる。しかし、本判決が認めた「聖職者例外」法理のもとでは、先述のように、雇用差別が宗教団体の教義に基づくか否かが問われないため、雇用差別が教義に基づく宗教団体だけでなく、こうした教義を持たない宗教団体も雇用差別禁止法の適用から保護されうることになる。

第2に、Dale 判決が認めた「表現的結社の自由」の保障のもとでは、ある団体に対する差別禁止法の適用は、それが当該団体の「表現的結社

の自由」を制約するものであったとしても、「やむにやまれぬ政府利益」⁽⁷¹⁾によって正当化されるのであれば、憲法上許容されうることになる。しかし、本判決が認めた「聖職者例外」法理のもとでは、「聖職者」の雇用関係に対する雇用差別禁止法の適用が憲法上許容されるか否かの審査に際して、それを正当化する「やむにやまれぬ政府利益」の存在を問う枠組みは採用されていない。法廷意見の言葉によれば、「第1修正はす⁽⁷²⁾でに私たちのために比較衡量を済ませている」ということになる。

このように本判決が認めた「聖職者例外」法理のもとでは、ひとたび雇用差別を訴える被用者が「聖職者」に該当するとの判断がなされると、問題となる雇用差別が行われた際の理由が問われることもなければ、雇用差別禁止法の適用が「やむにやまれぬ政府利益」によって正当化されるかも問われることなく、宗教団体は雇用差別禁止法の適用を免れうることになる。そのため、本判決が認めた「聖職者例外」法理に関しては、その「絶対的な」⁽⁷³⁾性格が指摘されている。

問題は、ここまで強力な性格の法理がいかにして認められうるのかである。この点、1つのありうる説明の仕方として、先述のとおり、本判決が「聖職者例外」法理の根拠として自由行使条項だけでなく国教樹立禁止条項をも援用している点を指摘しうるかもしれない。例えば、「Hosanna-Tabor 判決は、一比較衡量に服する一通常の憲法上の権利に関わる事案ではなく、政府の権限の範囲に対する構造的な限界に関わる事案である。Hosanna-Tabor 判決は政府の規制権限に対する制限に関わる事案であるということが、このケースで部分的に国教樹立禁止条項が根拠として用いられた理由を説明してくれる」との指摘が典型的なもの⁽⁷⁴⁾と言える。しかし、こうした指摘に対しては、そもそも憲法上の権利は常に比較衡量に服し、政府権限の構造的な限界に関わらないと想定しなければならぬのかとの疑問を投げかけてみることもできよう。そして、⁽⁷⁵⁾かかる観点からはもう1つ別の説明の仕方を展望しうるように思われるが、この点については後に改めて触れることにしたい。

なお、本判決は、宗教条項を根拠に「聖職者例外」法理を認めるにあたり、聖職者叙任権に関する歴史をマグナ・カルタの時代にまで遡って分析している。このように同法理を正当化する際に歴史に依拠する手法は、同法理を支持する論者の間では定番の手法であると言えるが⁽⁷⁶⁾、しかしこうした手法に対しては、原意主義批判に見られるように、歴史解釈の恣意性や過去と現在との状況の違いなどの難点が指摘されてもいる⁽⁷⁷⁾。

(4) Smith 判決との整合性について

本判決は、「聖職者例外」法理を認める際に、自由行使条項と国教樹立禁止条項の双方を根拠にした。しかし、自由行使条項を根拠の1つとして用いる以上、自由行使条項に関して現在まで通用している解釈を示した先例との関係で難問を抱えることになる。1990年の Smith 判決との整合性の問題である。先述のように、「聖職者例外」法理の批判者は、繰り返しこの問題を指摘してきたし、本件でも EEOC および教員側は、同法理を認めるべきでないとする主張の一環として、Smith 判決との非整合性を主張した⁽⁷⁸⁾。

これに対し、本判決法廷意見は、本件で問題となった ADA が Smith 判決で問題となった州法と同じく「一般的な適用可能性を有する有効で中立的な法」であることを認めつつも、Smith 判決を覆すのではなく、Smith 判決と本件とを区別することで、問題解決を図った。その際に本判決が両者を区別するために用いたのが、「単なる外的な身体的行為」と「教会の信仰や使命そのものに影響する内的な教会決定」の区分である⁽⁷⁹⁾。問題は、本判決が示したこの区分（以下「本判決区分」という。）が両者を適切に区別しているのか、またその射程が具体的にどこまで及びうるのかであろう⁽⁸⁰⁾。

この点、例えば、ある論者は、この区分について、「身体的な」行為と「非身体的な」信仰の区別ではなく、「外的な」行為と「内的な」教会決定の区別に関わるものであり、「重要な点は、教会の内部統治は憲

法上保護され、Smith 判決の範囲外であるということである」との解釈を示す。その上で、もともと「聖職者例外」法理は、「一般的に適用される中立な法」の適用に関わる Sherbert 判決や Yoder 判決ではなく、教会の内部統治の保護に関わる Watson 判決等の教会財産紛争に関する先例に依拠するものであり、さらに宗教を動機とする行為の規制と教会の内部統治の問題とを区分する発想はジョン・ロックの寛容論の中にも見出せることをも指摘し、本判決区分に一定の評価を示している。また別の論者も、この区分は「不完全なもの」ではあるが、「誰が共同体の構成員であり、構成員でないのかに関する教会の決定と、構成員の地位に関係なく有害であると考えられる他者への具体的な害を引き起こす行為との間には違いがあるという考えには少なくとも合致する」と述べ、本判決区分に一定の理解を示している。⁽⁸¹⁾

しかし本判決区分に対しては、すでに多くの批判や疑問が投げかけられている。⁽⁸³⁾例えば、本判決で様々な宗教団体のために教会側を支持する amicus brief⁽⁸⁴⁾を提出し、したがって本判決の結論を支持する論者も、本判決区分に対しては「多くの問題を生み出す」とし、次のような疑問を投げかけている。『外的な身体的行為』とは何か。『内的』な行為もあるのか。『身体的』でない行為はあるのか。『行為』という言葉の範囲はどの程度なのか。宗教団体とは異なり、個人の宗教に動機を有する行為のうち、外的もしくは身体的ではないという理由で保護を受けるものはあるのか。……『教会の信仰や使命そのものに影響する内的な教会決定』とは何か。『内的』という言葉は、その行為が教会、その構成員、その被用者、教会と自発的に関わる他者にのみ影響を及ぼすということの意味するものと推定される。……しかし、『教会の信仰や使命そのものに影響する』という修飾語は何を意味するのか。『教会の信仰や使命そのもの』に影響しない内的な教会決定はあるのか。あるとすれば、誰がそれを決めるのか。⁽⁸⁵⁾

また、より具体的に、本判決区分では本件と Smith 判決を区別しえ

ないとの指摘もなされている。例えば、本判決区分は、本判決で問題となった聖職者の選任と Smith 判決で問題となったペヨーテの吸引を区別する際に、前者と対比して後者を「身体的行為」と評しているが、かかる位置付けに対しては「被用者を解雇することも根本的には身体的行為である」との指摘がなされている⁽⁸⁶⁾。そこで、先の論者のように、本判決区分にとって重要なのは「内的」と「外的」の区別であるとの見方もなされているが、この区別に対しても様々な難点が指摘されている。例えば、被用者を解雇する行為は、「一方の当事者が他方の当事者に対し行うもの」である以上、自らペヨーテを吸引する行為よりも「外的」なものと評しうるのではないかとの指摘もその1つである⁽⁸⁷⁾。しかし、この区別に対しより多くなされている指摘は、むしろ Smith 判決で問題となったペヨーテの吸引も「内的」なもののみならず余地があるのではないかとの指摘である。つまり、Smith 判決の当事者がなぜペヨーテを吸引したのかと言えば、それはこの当事者がネイティブ・アメリカン教会の信者であり、ペヨーテの吸引が同教会の信仰にとって不可欠の儀式であったからに他ならない。そうである以上、Smith 判決で問題となったペヨーテの吸引も「教会の信仰に直接に関わる内的な問題」と言えるのではないかというわけである⁽⁸⁸⁾。さらに、本判決の事実関係を念頭に置きつつ、「障害者差別を教義としない教会による障害を持つ被用者の解雇には、いかなる『教会の信仰や使命そのものに影響する内的な教会決定』が伴っていると言えるのか」との指摘もなされている⁽⁸⁹⁾。

このように本判決区分に対しては、様々な疑問や問題点が指摘されている⁽⁹⁰⁾。そのため、「連邦最高裁による Smith 判決と Hosanna-Tabor 判決の区別は新たな事案が生じれば確実に争われることになるであろう」との指摘があるように、本判決区分の射程が具体的にどこまで及びうるのかは将来の事案に委ねられた課題であるとも言えよう。そこで本稿では、本判決区分の具体的な射程を探ることを試みる代わりに、この区分をこれまでの連邦最高裁による自由行使条項解釈のより広い文脈に位置づけ

ることによって、その含意ないし可能性を探ることにしたい。

前章で見たように、本判決は、本判決区分を示すにあたり、Smith 判決のある箇所を参照していた。それは、Smith 判決が「身体的行為」に対する政府の規制と「宗教上の権威や教義をめぐる紛争において政府が一方当事者にその力を貸すこと」を区別した箇所（877ページ）であ
(92)
る。そこで、当該箇所がいかなる文脈で述べられたものであるかを確認するために、ここで改めて Smith 判決による自由行使条項の解釈を振り返ることにしたい。

先述のとおり、Smith 判決は、従来の自由行使条項の解釈を変更し、自由行使条項は「一般的に適用される中立な法」からの適用免除を認めるものでないとの判断を示したことで知られるが、かかる判断を示すに先立ち、同判決スカリア裁判官法廷意見は、自由行使条項によって禁じられる事柄から説き起こしていた。すなわち、スカリア裁判官法廷意見は、「連邦議会は……宗教の自由な行使を禁止する法律……を制定してはならない」と定める自由行使条項の解釈として、「宗教の自由な行使とは、まず何よりも、いかなるものであれその者が望む宗教上の教義を信仰し、告白する自由を意味する。したがって第1修正は、明らかに『宗教上の信仰そのものに対する政府の規制』の全てを排除している」
(93)
との解釈を示す。その上で、先例を参考にかかる規制の具体例を挙げていくのであるが、その1つとして教会財産紛争に関する先例を参考に挙げているのが「宗教上の権威や教義をめぐる紛争において政府が一方当事者にその力を貸す」ことである。次いで、同法廷意見は、「しかし『宗教の行使』は、信仰や告白だけでなく、身体的行為を行う（もしくは回避する）ことに関わる場合もある」と述べ、「もし州がそのような行為もしくはその回避を、宗教的理由で行う場合にのみ、もしくはそうした行為に示されている宗教上の信仰のみを理由に禁止しようとするならば、確かに州は『宗教の自由な行使を禁止する』ことになるであろうと当法廷は考える」
(94)
との解釈を示す。ここまでが本判決法廷意見が参照

した Smith 判決の箇所（877ページ）である。その上で、スカリア裁判官法廷意見は、ところが被上訴人は「宗教の自由な行使」という言葉の意味をさらに拡張することを求め、「『宗教の自由な行使を禁止する』という言葉には、自らの宗教上の信仰が禁じ（もしくは命じ）る行為を命じ（もしくは禁じ）る一般的に適用される法を遵守することを個人に求めることも含まれる」と主張するが、こうした主張は採用できないとし、「宗教の行使の禁止……が一般的に適用される有効な規定の付随的効果に過ぎないのであれば、第1修正の侵害にはならない」とする先述の⁽⁹⁵⁾解釈を打ち立てたのである。

以上が本判決が参照した Smith 判決の箇所であるが、この箇所は、要するに、自由行使条項の保障内容に関して「信仰 (belief)」と「行為 (action)」を区分する思考を示したものと言える。より具体的に言えば、本判決は、この箇所の中でも、「身体的行為」に対する政府の規制と「宗教上の権威や教義をめぐる紛争において政府が一方当事者にその力を貸すこと」とを区別した箇所を参照したわけであるが、このうち後者の類型は「信仰」に対する規制の具体例の1つとして示されていたものであった。本判決は、この区別を参照した上で、「単なる外的な身体的行為」と「教会の信仰や使命そのものに影響する内的な教会決定」の区分を示したのであるが、このうちいずれの類型が「宗教上の権威や教義をめぐる紛争において政府が一方当事者にその力を貸すこと」に類するものと位置づけられることになるかは、明らかであろう。そうすると、本判決区分が示した「教会の信仰や使命そのものに影響する内的な教会決定」という類型は、「信仰」と「行為」を区分する思考の枠組みの中では、「行為」の側ではなく「信仰」の側に位置づけられることになり、したがって本判決で問題となった聖職者の選任に関わる事項は、「信仰」の領域に関わる問題だと理解も成り立ちうるようになるように思われる。

むろん、この「信仰」と「行為」を区分する思考それ自体が、明確な

ものとは言い難いし、様々な難点を内包しうるものではある。そしてまた、Smith 判決のこの箇所は、事案の解決に必ずしも不可欠とは言えないものである以上、「傍論」と位置づけられるべき箇所ではある⁽⁹⁶⁾。しかし同時に、この箇所で示された「信仰」と「行為」を区分する思考は、連邦最高裁における自由行使条項の解釈を歴史的に通底する思考であり続けたとも言える。

そもそもこの区分は、連邦最高裁が自由行使条項を解釈した最初期の判決である1878年の Reynolds v. United States⁽⁹⁷⁾ で既に示されていたと言える。宗教上の教義に基づき一夫多妻制を実践したモルモン教徒に対し一夫多妻制を禁止する連邦法を適用して処罰することの合憲性が争われたこの事件で、ウェイト首席裁判官法廷意見は、同法の適用を合憲と判断するにあたり、「政府の立法権は行為にのみ及び、意見には及ばない」とするトマス・ジェファソンの言葉を引用した上で、自由行使条項が保障する信教の自由の範囲について次のような解釈を示した。すなわち、「連邦議会は、単なる意見に対してはいかなる立法権も及ぼすことができないが、社会的義務に反する行為や良き秩序を破壊する行為に対しては自由⁽⁹⁸⁾に立法権を及ぼすことができる」。その上で、同法廷意見は、これまで合衆国では一夫多妻制が社会に対する罪でないと考えられていた時代がないことから、当該連邦法は連邦議会の立法権の範囲内のものであり、さらに信仰に基づき一夫多妻制を実践する者を当該連邦法の適用から免除することは「全ての市民が自ら法になること」を許すことになるので認められないとの判断を示した⁽⁹⁹⁾。

このように自由行使条項の保障内容を2つの領域に区分する思考は、第14修正のデュー・プロセス条項を通じて第1修正の自由行使条項を州に適用した初めての事案である1940年の Cantwell v. Connecticut⁽¹⁰⁰⁾ において、より明確な形で定式化されることになる。州当局の許可を得ることなく宗教上の目的等のために寄付等を求める活動を行うことを禁じる州法をエホバの証人の信者に対し適用することの合憲性が問われたこの事

件で、ロバーツ裁判官法廷意見は、当該州法の適用を違憲と判断するにあたり、Reynolds 判決をも参照しつつ、自由行使条項に関して次のような解釈を示した。すなわち、「第1修正は2つの概念を包含している。信仰する自由と行為する自由である。前者は絶対的なものであるが、後者は事の本質上絶対的なものではありえない。行為は社会を保護するための規制に服するままである⁽¹⁰¹⁾」。その上で、同法廷意見は、規制は保護される自由を過度に侵害するものであってはならないが、当該州法は許可・不許可の決定の際に活動目的が宗教的なものか否かを判断する権限を当局者に与えており、こうした「宗教の検閲」は第1修正で保障される自由の否認に当たると判断した⁽¹⁰²⁾。

そして自由行使条項の保障内容について「信仰」と「行為」を区分する思考は、自由行使条項解釈の1つの転換点となった先述の1963年のSherbert 判決でも前提にされていたと言える。この判決でブレナン裁判官法廷意見は、「一般的に適用される中立な法」の適用であっても自由行使条項違反となり得るとの判断を示したが、かかる判断を示すに先立ち、Reynolds 判決や Cantwell 判決などの先例に依拠しつつ、次のような自由行使条項解釈を示していた。すなわち、「自由行使条項は、宗教上の信仰そのものに対する政府の規制についてはいかなるものにもその道を固く閉ざしている……。他方で、当法廷は、宗教上の信仰や原理によって促された一定の外的行為に対する政府の規制については、自由行使条項に基づく異議申立てを退けてきた。というのも、『行為は、たとえある人の宗教上の信念に合致するものであったとしても、法律による規制から完全に自由ではない』からである。……こうした規制を受けた行動または行為は、常に、公共の安全、平穏または秩序に対し何らかの重大な脅威を示すものであった⁽¹⁰³⁾」。その上で、同法廷意見は、本件上告人による土曜日就業の拒否を「州の立法の到達範囲に含まれる種類の宗教上の原理によって促された行為を構成するものでない」とし、したがって本件決定が合憲とされるためには、本件申請者を受益者として欠

格とすることが宗教の自由な行使の権利を侵害するものでないか、宗教の自由な行使に対する「付随的負担」が「やむにやまれぬ州の利益」によって正当化されるかのいずれかでなければならないとする先に概観した判断枠組みを示したのである。⁽¹⁰⁴⁾

このように自由行使条項の保障内容について「信仰」と「行為」を区別する思考は、同条項を解釈した最初期の判決を皮切りに、同条項の州への適用を認めた判決を経て、「一般的に適用される中立な法」の適用に関わる法理の確立と放棄という転換にもかかわらず、連邦最高裁における同条項解釈のひとまずの前提にされてきた思考であったと言える。⁽¹⁰⁵⁾そして、本判決における Smith 判決の参照について先の理解が成り立ちうるのだとすれば、本判決区分は、Smith 判決の参照を経由して、この歴史的に形成されてきた思考へと接続しうる可能性を秘めていることになる。

以上は本判決における Smith 判決の参照の仕方に依拠した議論であるが、この点、かねてから聖職者の選任に関わる問題が上記の思考に接続しうる可能性は示唆されていた。例えば、ある論者は、先に見た Smith 判決における「信仰」と「行為」を区分する議論から、Smith 判決の「驚くべき教訓」として、同判決は宗教団体の「広い自律権」を支持するとの理解が導き出されうるとの指摘を行っていた。すなわち、この論者によれば、「宗教団体は、Smith 判決が想定し、コミットするところの信仰の自由を形成し、促進する際に不可欠の役割を果たす」のであり、そうである以上、「Smith 判決が想定する信仰の自由は、宗教団体に対する保護を要求することになる」⁽¹⁰⁶⁾。むろん、ここからどの程度の自律権の保障が宗教団体に認められるべきかは「難しい問題」ではあるが、⁽¹⁰⁷⁾少なくとも様々な内部事項の中でも聖職者の選任に関わる事項は「信仰」の形成に直結する問題であるとは言えよう。

このように、仮に聖職者の選任に関わる事項が「信仰」の領域に位置づけられうるのだとすれば、先の「聖職者例外」法理の「絶対的」な性

格をめぐる問題についても、また別の説明の仕方を提供しうることになるように思われる。これまでの連邦最高裁による自由行使条項解釈の歴史においては、「行為」の領域にどの程度の保障が及ぶかはさておき、少なくとも「信仰」の領域が「絶対的」に保障されるとの判断は一貫して示されてきたと言えるからである⁽¹⁰⁸⁾。そして、前記のように「行為」とみなす余地があるにもかかわらず、聖職者の選任に関わる作用が「信仰」の領域に位置づけられうるのだとすれば、このことは「信仰」の領域が絶対的に保障される理由や「信仰」の領域の保障範囲について再考する契機ともなりうるであろうし、また一見すると同型の思考を受容しているように見える日本の憲法学にも一定の示唆を与えうることにもなるように思われる。

むろん、本判決が「信仰」と「行為」の区分を明示的に用いていない以上、こうした見立ては慎重に行わなければならない。また、「信仰」と「行為」を区分する思考に対しては、かねてより様々な疑問や批判が示されてきたのであり⁽¹¹¹⁾、この点からも慎重さが求められることになろう。そして何より、こうした理解が成り立ちうるかを見定めるためには、その不明確さがつとに指摘されてきた「信仰」・「行為」両概念の内実および両者の相関関係を明らかにする作業が不可欠と言える。そのためには、連邦最高裁における「信仰」と「行為」を区分する思考の形成および展開過程を歴史的に分析・検討することが求められるが、こうした作業を本稿で行うことはもはやできない。今後の課題としたい。

むすびにかえて

以上、本稿では、2012年に下された Hosanna-Tabor 判決および同判決で認められた「聖職者例外」法理について、若干の考察を試みてきた。

本判決に対しては、「多くの者が信教の自由の大きな勝利と歓迎している⁽¹¹³⁾」との指摘にあるように、肯定的な評価を行う者が少なくない。例えば、ある論者は、本判決が認めた「聖職者例外」法理が「教会には基

本的な宗教上の役割を果たす者を選任する自由が認められなければならない」ことを確保するものであることから、同法理は「アメリカの信教の自由の構造の基本的な部分」を成し、「第1修正、合衆国憲法、そしてより一般的に西欧立憲主義が『自由な国家における自由な教会』を保障しているとの基本的な考え」を承認したものであると評価する⁽¹¹⁴⁾。また、別の論者も、本判決が認めた「聖職者例外」法理は「第1修正と憲法の権力の構成によって課された政府の規制権限の射程の限界」を承認したものであり、そのポイントは「世俗の裁判所が答える権限を有しない問題、教会と国家の分離に対する憲法のコミットメントが法の強制力の対象外とする不正行為、そして……政府が監督するものと想定されるべきでない関係というものが存在する」という点にあると評価する⁽¹¹⁵⁾。本判決に対する肯定的な評価は、他にも多く示されている⁽¹¹⁶⁾。

しかし、本判決に対しては、当然のことながら、批判も加えられている。例えば、ある論者は、本判決は、「聖職者例外」法理を認める際に「差別禁止法の目標をほとんど認めなかった」ことに加え、訴訟を示唆する者は聖職者にふさわしくないとする教会側の主張を認めたことで、「宗教団体に『自ら法になる』ことを認めてしまった」と手厳しく批判する⁽¹¹⁷⁾。また、別の論者は、本判決が認めた「聖職者例外」法理の「アイロニー」として、「女性の聖職叙任を認めない宗派における女性被用者が、訴えを起こした瞬間に突如として聖職者とみなされてしまう」点を指摘し、かかる状況が「聖職者例外が個人を犠牲にしてまで団体の権利を不当な形で過剰に保護していることの明白な証し」であるとの批判を展開している⁽¹¹⁸⁾。

この最後の指摘に垣間見えるように、何よりも本判決に向けられる最大の批判は、本判決は「個人の自由を見失った」⁽¹¹⁹⁾との批判であろう。つまり、「連邦最高裁は、宗教上の被用者を犠牲にしてまで宗教団体の信教の自由を保護するという誤りを犯した」⁽¹²⁰⁾との批判である。しかも、ここで問われる「個人」の自由は、雇用差別の被害を被った宗教団体の被

用者たる「個人」の自由にとどまらない。「Smith 判決と Hosanna-Tabor 判決の組み合わせが、宗教を信仰する個人は、たとえ聖餐式への参加を禁止されることになったとしても、一般的に適用される中立な法からの保護を絶対的に受けない (Smith 判決のルール) のに対し、宗教団体は、たとえその行為に宗教上の根拠がないとしても、絶対的に保護されうる (Hosanna-Tabor 判決が認めた聖職者例外) ということの意味する」のであれば、「どちらにしても、宗教を信仰する個人は敗北することになる」⁽¹²¹⁾からである。

確かに「本判決における判断は、Smith 判決を制限することによって、自由行使条項のもとで受ける保護の範囲を拡張した」⁽¹²²⁾と言えるのかもしれない。しかし、本判決で Smith 判決との区別を図るために用いられた区分がどの程度の射程を有するものであるかは、必ずしも明らかでない。そして仮にこの区分が、結局のところ、かつてある巡回区控訴裁が述べたように、「自由行使条項は、内部をどのように統治し、何を教え、誰にその聖職者の責任を委ねるのかを決定する教会の自由を保障するが、その行為が一般的に適用される中立な法によって禁じられている場合、教会が行うように命じることを実践する構成員の権利を保障するものではない」⁽¹²³⁾ということしか意味しないのだとすれば、「個人の自由を見失った」との先の批判を本判決が免れるのは困難であるように思われる。

ある論者は、本判決が宗教条項の解釈の重点について「個人の信者から宗教団体の自律へのシフト」を示すものであると見た上で、かかるシフトが「個人主義的なプロテスタントと制度主義的なカトリックの古典的な区分」に符合しうるものであり、「カトリックが多数派を形成する新たな連邦最高裁の最初の目に見える成果」である可能性を示唆している⁽¹²⁴⁾。しかし、本判決で連邦最高裁が、そこまで重大な含意を持ちうる方向転換を図る意図を有していたと言えるかは、特にその判決が「司法ミニマリズム」とも評される内容のものである以上、疑わしいし、いずれ

にしても「団体の権利よりも個人の権利を長い間優先してきた」⁽¹²⁵⁾とも描写されるかの国の状況にあつてかかる方向転換を行うには、本判決はあまりにも多くのことを語っていないようにも思われる。

結局、本判決が真に「信教の自由の大きな勝利」と言えるかは、連邦最高裁が「個人」の信教の自由に関わる事案でいかなる判断を示すかにかかっているように思われる。はたして今後連邦最高裁が信教の自由に関する事案としてどのような事案を取り上げ、いかなる判断を示すことになるのか。引き続き今後の動向に注目することにしたい。

(完)

注

- (1) 132 S.Ct. 694 (2012). 本判決を扱う邦語文献として、浅香吉幹・駒村圭吾・笹倉宏紀・芹澤英明・東川浩二・藤井樹也・会沢恒「座談会：合衆国最高裁判所2011-2012年開廷期重要判例概観」[2012-2] アメリカ法225頁、宮下紘「アメリカ最高裁の判決を読む（2011-12年開廷期）」駿河台法学第26巻第2号195頁（2013年）、山口智「宗教団体と雇用差別禁止法（2）」神戸大論叢第63巻第1号113頁（2013年）参照。
- (2) 42 U.S.C. § 12101 *et seq.* 本件で具体的に問題となったのは、「適用団体は、就職応募手続き、被用者の採用、昇格または解雇、被用者の報酬、職業訓練、その他雇用についての他の諸条件および特権に関して、その個人が障害をもつことを理由として、障害をもつ資格の個人を差別してはならない」と定める規定（§ 12112(a)）と、「何人も、ある個人が本法により違法とされる行為または慣行に反対したことを理由に、またはある個人が本法による調査、手続き、または聴聞で、方法のいかに問わず、訴追をした、証言をした、援助した、もしくは参加したことを理由に、その個人を差別してはならない」と定める規定（§ 12203(a)）である。なお、条文の訳に関しては、中野善達・藤田和弘・田島裕『障害をもつアメリカ人に関する法律—翻訳・原文・資料—』（湘南出版社・1991年）14頁、74頁に従った。
- (3) *Hosanna-Tabor*, 132 S. Ct. at 694-701.
- (4) *EEOC v. Hosanna-Tabor Evangelical Lutheran Church & School*, 582 F. Supp. 2d 881 (E.D. Mich. 2008).

- (5) EEOC v. Hosanna-Tabor Evangelical Lutheran Church & School, 597 F. 3d 769 (6th Cir. 2010). なお、多数意見が参照した宗教学校の教員の位置付けをめぐる諸判決をより慎重に分析する1名の裁判官による同意意見が付されている。Id. at 782-84.
- (6) Hosanna-Tabor Evangelical Lutheran Church & School v. EEOC, 131 S. Ct. 1783 (2011).
- (7) *Hosanna-Tabor*, 132 S. Ct. at 702-04.
- (8) 426 U.S. 696 (1976) (セルビア正教会による主教の聖職剥奪の処分を無効と判断した州最高裁判決を第1修正違反を理由に破棄).
- (9) *Hosanna-Tabor*, 132 S. Ct. at 704-05.
- (10) Id. at 705-06.
- (11) Id. at 706.
- (12) Id. at 706-07.
- (13) Id. at 707-09.
- (14) Id. at 710.
- (15) Id. at 710-11 (Thomas, J., concurring).
- (16) Id. at 711-16 (Alito, J., concurring).
- (17) See, e.g., Paul Horwitz, *Act III of the Ministerial Exception*, 106 Nw. U. L. REV. 973, 975 (2012) (「本件は連邦最高裁判所でも学説でも激しく議論されたが、その結論はほとんど驚くべきものではなかった。より目をひいたのは連邦最高裁の全員一致と力強さであった。」).
- (18) Richard W. Garnett, *Religious Freedom and the Nondiscrimination Norm*, in LEGAL RESPONSES TO RELIGIOUS PRACTICES IN THE UNITED STATES: ACCOMMODATION AND ITS LIMITS 194, 211 (Austin Sarat ed., 2012).
- (19) 近年の象徴的な事案として、十戒の展示が国教樹立禁止条項に違反するかが争われた2005年の2つの事案を挙げることができよう。ケンタッキー州の郡庁舎内における十戒の展示が争われた *McCreary County v. ACLU*, 545 U.S. 844 (2005) では、5対4で展示が違憲と判断されたのに対し、テキサス州の州議会敷地内における十戒の展示が争われた *Van Orden v. Perry*, 545 U.S. 677 (2005) では、5対4で展示が合憲と判断された。前者では3つの意見、後者では7つの意見がそれぞれ出され、後者では相対多数意見しか形成されなかった。

また、第1修正の自由言論条項 (Free Speech Clause) 違反が主たる争点になった事案ではあるが、宗教系学生団体の公認団体登録を認めなかった州立大学ロー・スクールの措置を合憲と判断した *Christian Legal Society v. Martinez*, 130 S. Ct. 2971 (2010) も、5対4による判決であった。なお、*Martinez* 判決が5対4で宗教団体に不利な判決を下したのに対し、

Hosanna-Tabor 判決が全員一致で宗教団体に有利な判決を下したことから、両者の関係性に注目する議論もなされている。See, e.g., Ashutosh A. Bhagwat, *Assembly Resurrected*, 91 TEX. L. REV. 351, 370-73 (2012) (book review); Carl H. Esbeck, *Defining Religion Down: Hosanna-Tabor, Martinez, and the U.S. Supreme Court*, 11 FIRST AMEND. L. REV. 1, 1-15 (2012); Elliott Williams, Recent Development, *Resurrecting Free Exercise in Hosanna-Tabor Lutheran Church & School v. EEOC*, 132 S. Ct. 694 (2012), 36 HARV. J.L. & PUB. POL'Y 391, 401-02 (2012).

- (20) Douglas Laycock, *Hosanna-Tabor and the Ministerial Exception*, 35 HARV. J.L. & PUB. POL'Y 839, 859 (2012)（「口頭弁論を聞いた者は誰も全員一致を予想していなかったであろうと思うし、間違いなく私は予想していなかった。しかし全員一致であった。」）。
- (21) 例えば、ある論者は、Martinez 判決（注(19)参照）と比較しつつ、そのありうる事情として、Martinez 判決から本判決までの間に、宗教に有利な判断を示すことがほとんどなかったスティーブンス裁判官が引退し、その後任としてケーガン裁判官が就任したことと、本件における EEOC および教員側の主張が宗教条項の存在を無視するような内容で、あまりに極端なものであったことの2点を指摘している。Esbeck, *supra* note 19, at 1-3.
- (22) See, e.g., Summer E. Allen, Note and Comment, *Defining the Lifeblood: The Search for a Sensible Ministerial Exception Test*, 40 PEPP. L. REV. 645, 686 (2013)（「Hosanna-Tabor 判決は、McClure 判決が1971年に聖職者例外を初めて定式化して以来巡回区控訴裁の間で議論されてきた多くの争点について沈黙している。その狭い判断は、長年にわたって巡回区控訴裁によって提起されてきた多くの争点を説明できておらず、聖職者例外を取り巻く問題は依然として未解決のままとなっている。」）。
- (23) Michael W. McConnell, *Reflections on Hosanna-Tabor*, 35 HARV. J.L. & PUB. POL'Y 821, 835 (2012).
- (24) CASS R. SUNSTEIN, ONE CASE AT A TIME: JUDICIAL MINIMALISM ON THE SUPREME COURT 3 (1999). 司法ミニマリズムについては、金澤孝「Cass R. Sunstein の司法ミニマリズムに関する一考察—熟議民主政における裁判所— (1)~(4・完)」早稲田大学大学院法研論集第109号318頁、第110号404頁、第111号502頁、第112号228頁（2004年）参照。
- (25) Cass R. Sunstein, *Burkean Minimalism*, 105 MICH. L. REV. 353, 362 (2006). なお、本文で引用したロバーツ首席裁判官の発言は2006年の Georgetown University Law Center での Commencement Address におけるもので、引用は同論文に拠った。

- (26) Richard W. Garnett & John M. Robinson, *Hosanna-Tabor, Religious Freedom, and the Constitutional Structure*, 2011-12 CATO SUPREME COURT REVIEW 307, 322. See also Laycock, *supra* note 20, at 859 (「連邦最高裁は聖職者を同定するためのテストを示すことを拒否した。おそらくこの慎重さが全員一致にとって必要だったのであろう。」)。
- (27) McConnell, *supra* note 23, at 835.
- (28) See, e.g., Michael C. Dorf, *Ministers and Peyote*, DORF ON LAW (Jan. 12, 2012, 12:30 AM), <http://www.dorfonlaw.org/2012/01/ministers-and-peyote.html> (「多数意見は自身が認めた聖職者例外の輪郭についてすっかり言葉を濁している。」); Jed Glickstein, Note, *Should the Ministerial Exception Apply to Functions, Not Persons?*, 122 YALE L.J. 1964, 1972 (2013) (「Hosanna-Tabor 判決は、聖職者例外が個別具体的な事件にどのように適用されるのか、またなぜ適用されるのかをほとんど明らかにしていない。」); Michael A. Helfand, *Religion's Footnote Four: Church Autonomy as Arbitration*, 97 MINN. L. REV. 1891, 1903 (2013) (「連邦最高裁は Hosanna-Tabor 判決を全員一致で下したが、誰が聖職者例外の適用対象となる聖職者なのか、裁判所は聖職者例外の文脈で口実を審理することができるのかという問題を未解決のままにするというコストを伴うものであった。」)。
- (29) *Hosanna-Tabor Evangelical Lutheran Church & School v. EEOC*, 132 S. Ct. 694, 707 (2012).
- (30) See, e.g., Transcript of Oral Argument at 5, *Hosanna-Tabor*, 132 S. Ct. 694 (No. 10-553), available at http://www.supremecourt.gov/oral_arguments/argument_transcripts/10-553.pdf (Sotomayor, J., questioning petitioner); *id.* at 12-13 (Scalia, J., questioning petitioner); *id.* at 22 (Alito, J., questioning petitioner); *id.* at 39 (Scalia, J., questioning respondent); *id.* at 43-44 (Alito, J., questioning respondent); *id.* at 56 (Sotomayor, J., questioning petitioner).
- (31) *Hosanna-Tabor*, 132 S. Ct. at 709.
- (32) *Id.* at 709 n. 4.
- (33) See, e.g., Mark E. Chopko & Marissa Parker, *Still a Threshold Question: Refining the Ministerial Exception Post-Hosanna-Tabor*, 10 FIRST AMEND. L. REV. 233, 289-90 (2012) (「この一見明快であるように見えるが皮相的である決断は、その実践的な含意が訴訟の冒頭で最も厳しいものとなるため、訴訟当事者と法律家を欠乏状態のままにしておくことになろう。」); Garnett & Robinson, *supra* note 26, at 327 (「[本判決] は明らかに聖職者例外を管轄権の枠組みで定式化しなかったが……このルールは『管轄権に関する』法理として理解するのが最善である。」); *id.* at 329 (「確かに連邦最高裁がこの問題を扱った際の断定的なやり方は厄介ではある。」)。 *But*

see Howard M. Wasserman, Essay, *Prescriptive Jurisdiction, Adjudicative Jurisdiction, and the Ministerial Exemption*, 160 U. PA. L. REV. PENNUMBRA 287, 295 (2012)（「Hosanna-Tabor 判決が聖職者例外を雇用差別の主張の本案に対する制限と特徴づけたことは正しい。」）。

- (34) *United States v. Carolene Products Co.*, 304 U.S. 144, 152 n. 4 (1938).
- (35) Helfand, *supra* note 28, at 1892.
- (36) *Hosanna-Tabor*, 132 S. Ct. at 707.
- (37) *Id.*
- (38) See, e.g., Aric Birdsell, Note, *Hosanna-Tabor and Culture Gap: A Case for Settling Church & Minister Employment Disputes through Religious Arbitration*, 28 OHIO ST. J. ON DISP. RESOL. 519, 539 (2013); Mark Strasser, *Making the Anomalous even more Anomalous: On Hosanna-Tabor, the Ministerial Exception, and the Constitution*, 19 VA. J. SOC. POL'Y & L. 400, 446 (2012).
- (39) See Brief for the Petitioner at 3, *Hosanna-Tabor*, 132 S. Ct. 694 (No. 10-553). See also Carl H. Esbeck, *A Religious Organization's Autonomy in Matters of Self-Governance: Hosanna-Tabor and the First Amendment*, 13 ENGAGE 168, 174 n. 52 (2012)（「法人の形態としては Hosanna-Tabor は学校を運営する教会であった。」）。
- (40) なお、第 1 審判決と控訴審判決では、この問題がある程度自覚的に論じられていた。第 1 審判決では、「聖職者例外」法理が適用されるためには使用者が「宗教団体」でなければならないが、宗教系列の学校もここにいる「宗教団体」に含まれ、本件学校がこの要件を充たすことは当事者間で争われていないことが確認されていた。EEOC v. Hosanna-Tabor Evangelical Lutheran Church & School, 582 F. Supp. 2d 881, 887 (E.D. Mich. 2008). 同様に、控訴審判決でも、「聖職者例外」法理が適用されるためには使用者が「宗教団体」でなければならないが、教会のような伝統的な組織でなくとも、その「使命」が明らかに「宗教的な特徴」を有する団体はここにいる「宗教団体」に該当し、宗教系列の学校もこれに該当し、本件学校がこの要件を充たすことは当事者間で争われていないことが確認されていた。EEOC v. Hosanna-Tabor Evangelical Lutheran Church & School, 597 F.3d 769, 778 (6th Cir. 2010).
- (41) Esbeck, *supra* note 39, at 174 n. 52. 他方、「聖職者例外」法理の定式を示す際に「教会」という文言を用いていることから、本判決は同法理の射程を「教会」に限定したとの理解を示すものとして、see Blair A. Crunk, Comment, *New Wine in an Old Chalice: The Ministerial Exception's Humble Roots*, 73 LA. L. REV. 1081 (2013).
- (42) この点に関する説明の欠如を重大な問題と捉えるものとして、see

Brian M. Murray, *The Elephant in Hosanna-Tabor*, 10 GEO. J.L. & PUB. POLY 493 (2012). もっとも、本判決に限らず、これまで巡回区控訴裁において、「聖職者」の範囲とは異なり、「宗教団体」の範囲については十分な説明がなされてこなかったとは言える。See Helfand, *supra* note 28, at 1935.

- (43) *Hosanna-Tabor*, 132 S. Ct. at 710.
- (44) See, e.g., Allen, *supra* note 22, at 688 (「連邦最高裁判決に熱望されていた部分—全国の注目を集めていた部分—は、聖職者例外の適用を受ける聖職者の立場の範囲を定めるルールの解明であった。」); Nathan Ellsworth, Case Comment, *Hosanna-Tabor Evangelical Lutheran Church and School v. EEOC: Gaining the Court's Except-ance*, 21 DIGEST 61, 66 (2013) (「本件の核心は、聖職者例外が宗教団体に適用されるべきか否かではなく、いかなる者が聖職者例外の適用を受ける聖職者に該当するかであった。」).
- (45) See, e.g., Strasser, *supra* note 38, at 401 (「連邦最高裁は答えたものよりも多くの問題を生み出し、下級審にほとんど有益な指針を示さなかったため、……多くの混乱と矛盾をもたらす可能性が高いであろう。」); Lauren N. Woieslagle, Comment, *The United States Supreme Court Sanctifies the Ministerial Exception in Hosanna-Tabor v. EEOC without Addressing Who is a Minister: A Blessing for Religious Freedom or is the Line Between Church and State Still Blurred?*, 50 DUQ. L. REV. 895, 896 (2012) (「Hosanna-Tabor 判決は信教の自由にとっての大きな勝利と見ることができるであろうが、連邦最高裁はいかなる者が聖職者に該当するのかに関して限られた指針しか示していない。いかなる者が宗教の精神的な使命にとって重要であると言えるのかという問題が依然として未回答であるため、信教の自由の将来は不明確である。」).
- (46) See, e.g., *Cutter v. Wilkinson*, 544 U.S. 709, 719 (2005) (「2つの条項は、相補的な価値を表明しているが、しばしば対立する圧力を相互に加え合う。」); *Locke v. Davey*, 540 U.S. 712, 718 (2004) (「これら2つの条項、すなわち国教樹立禁止条項と自由行使条項は、しばしば対立し合う。」); *Tilton v. Richardson*, 403 U.S. 672, 677 (1971) (plurality opinion) (「当法廷が審理した多くの事案が国教樹立禁止条項と自由行使条項との間の内的な緊張関係に言及してきた。」).
- (47) *Hosanna-Tabor*, 132 S. Ct. at 702.
- (48) See, e.g., Thomas C. Berg et al., *Religious Freedom, Church-State Separation, and the Ministerial Exception*, 106 NW. U. L. REV. COLLOQUY 175, 178 (2011) (「自由行使条項と国教樹立禁止条項の両宗教条項は、〔統治と教義の問題に対する宗教団体の〕自律性を保護する。この文脈では、2つの条

項は重なり合い、双方を補完し合うことになる。』).

- (49) Frederick Mark Gedicks, *Narrative Pluralism and Doctrinal Incoherence in Hosanna-Tabor*, 64 MERCER L. REV. 405, 429 (2013).
- (50) Jack Balkin, *The “Absolute” Ministerial Exception*, BALKINIZATION (Jan. 13, 2012, 8:59 AM), <http://balkin.blogspot.com/2012/01/absolute-ministerial-exception.html>.
- (51) See, e.g., Esbeck, *supra* note 39, at 169 (「Hosanna-Tabor 判決は、歓迎すべきことに、テストへの言及を欠いている。』).
- (52) See, e.g., *Lamb’s Chapel v. Center Moriches Union Free School District*, 508 U.S. 384, 398 (1993) (Scalia, J., concurring in the judgment) (「繰り返し墓の中で起き上がり外に這い上がる深夜のホラー映画に出てくる食屍鬼のように、再びレモン・テストが当法廷の国教樹立禁止条項の解釈を這い回っている。』).
- (53) 国教樹立禁止条項に関する審査基準をめぐる議論状況を分析する邦語文献として、榎透「アメリカにおける国教樹立禁止条項に関する違憲審査基準の展開」専修法学論集第107号23頁（2009年）、諸根貞夫「アメリカにおける政教分離条項解釈の審査基準に関する覚書」元山健・澤野義一・村上博編著『平和・生命・宗教と立憲主義』159頁（晃洋書房・2005年）等参照。
- (54) See, e.g., *Committee for Public Education & Religious Liberty v. Nyquist*, 413 U.S. 756 (1973) (私立学校に対する維持修繕費用の補助や私立学校に通学する子どもの親に対する授業料の払戻し・税控除を定める州法を違憲と判断); *Lemon v. Kurtzman*, 403 U.S. 602 (1971) (私立学校の世俗的な科目について教員の給与や教材の費用の補助を行うことを定める州法を違憲と判断).
- (55) See, e.g., *Lee v. Weisman*, 505 U.S. 577 (1992) (公立高校の卒業式においてユダヤ教の宗教指導者を招いて祈祷を行うことを違憲と判断); *Engel v. Vitale*, 370 U.S. 421 (1962) (公立学校において毎日の始業時に祈祷を行うことを違憲と判断).
- (56) See, e.g., *McCreary County v. ACLU*, 545 U.S. 844 (2005) (郡庁舎内における十戒の展示を違憲と判断); *County of Allegheny v. ACLU*, 492 U.S. 573 (1989) (郡庁舎内におけるキリスト生誕図の展示を違憲、市郡庁舎の外におけるユダヤ教の燭台の展示を合憲と判断).
- (57) Patrick M. Garry, *Distorting the Establishment Clause into an Individual Dissenter’s Right*, 7 CHARLESTON L. REV. 661, 669 (2013).
- (58) McConnell, *supra* note 23, at 833. See also Garry, *supra* note 57, at 668 (「Hosanna-Tabor 判決は、連邦最高裁が政府の規制の適用から宗教団体を

- 保護するために国教樹立禁止条項を用いた初めての例となった。)]).
- (59) *Hosanna-Tabor Evangelical Lutheran Church & School v. EEOC*, 132 S. Ct. 694, 704 (2012).
- (60) Shawna Meyer Eikenberry, Note, *Thou Shalt Not Sue the Church: Denying Court Access to Ministerial Employees*, 74 IND. L.J. 269, 281 (1998). See also Caroline Mala Corbin, *Above the Law?: The Constitutionality of the Ministerial Exemption from Antidiscrimination Law*, 75 FORDHAM L. REV. 1965, 1985 (2007) (「教会財産紛争に関する先例」は一般的に適用されうる中立な法を宗教団体に執行しようとする州の試みに関わるものではない。)]).
- (61) *Hosanna-Tabor*, 132 S. Ct. at 707.
- (62) See, e.g., Joanne C. Brant, “*Our Shield Belongs to the Lord*”: *Religious Employers and a Constitutional Right to Discriminate*, 21 HASTING CONST. L.Q. 275, 294 (1994); Corbin, *supra* note 60, at 1987.
- (63) See, e.g., Caroline Mala Corbin, *The Irony of Hosanna-Tabor Evangelical Lutheran Church and School v. EEOC*, 106 NW. U. L. REV. 951, 957 (2012).
- (64) Jones 判決の存在は教会財産紛争に関する先例を「聖職者例外」法理の根拠とすることの妨げにならないと主張するものとして, see, e.g., Esbeck, *supra* note 39, at 172 n.19; Laycock, *supra* note 20, at 852-53. 他方, Jones 判決を含めて教会財産紛争に関する先例は同法理の根拠となりえないと主張するものとして, see, e.g., Corbin, *supra* note 63, at 955-58; Strasser, *supra* note 38, at 407-49.
- (65) See Brief for the Federal Respondent at 29-32, *Hosanna-Tabor*, 132 S. Ct. 694 (No. 10-553); Brief for Respondent Cheryl Perich at 35-36, *Hosanna-Tabor*, 132 S. Ct. 694 (No. 10-553).
- (66) *Hosanna-Tabor*, 132 S. Ct. at 706. なお, テクストに基づく主張であるとはいえ, 本判決が宗教団体が特別であることを強調する判断を示していることは, 宗教条項の解釈において「中立性」を重視する近年の連邦最高裁の傾向からすれば, 特筆に値することとも言える。See, e.g., Chopko & Parker, *supra* note 33, at 272 (「聖職者例外を採用する際に, 連邦最高裁は, 両宗教条項のもとで宗教団体に与えられる特別な保護に焦点を合わせることで, 純粋な中立性から後退した。)]).
- (67) 拙稿「雇用差別禁止法と宗教団体の自由—アメリカ連邦控訴裁判所における『聖職者例外』法理の展開と Smith 判決の射程—」神戸学院法学第38巻第2号49頁(2008年)78~80頁。
- (68) 530 U.S. 640 (2000).
- (69) 以下の2点につき, see Corbin, *supra* note 63, at 965; Corbin, *supra* note 60, at 2029-38.

- (70) *Dale*, 530 U.S. at 648.
- (71) *Id.*
- (72) *Hosanna-Tabor Evangelical Lutheran Church & School v. EEOC*, 132 S. Ct. 694, 710 (2012).
- (73) *See, e.g.*, Balkin, *supra* note 50 (「連邦最高裁が示した聖職者例外のヴァージョンの１つの奇妙な特徴は、そのルールがあらゆる比較衡量の試みを避ける絶対的な言い回しで述べられている点である。ある被用者がひとたび聖職者と特徴づけられると、宗教団体はいかなる理由であれ当該被用者を解雇する絶対的な権利を有することになる。」); Corbin, *supra* note 63, at 965 (「聖職者例外とは異なり、結社の自由のもとでの保障は絶対的なものではない。」); Esbeck, *supra* note 39, at 169 (「*Hosanna-Tabor* 判決で認められた宗教的自律はカテゴリーカルなものである。……裁判所が被用者を聖職者と判断すれば、それで訴訟は終わりである。政府も被用者もそれに対抗する利益があると応答することが認められない。」); Leslie C. Griffin, *The Sins of Hosanna-Tabor*, 88 IND. L.J. 981, 994 (2013) (「連邦最高裁は、宗教上の雇用者は、何ら宗教的な争点が絡んでいない場合であっても、その『聖職者』を解雇しうる絶対的な権利を享受すると判断した。」).
- (74) Esbeck, *supra* note 39, at 169. *See also* Gedicks, *supra* note 49, at 427-29 (「ロバーツ首席裁判官は……聖職者例外を自由行使条項に基づく権利であると同時に国教樹立禁止条項に基づく構造に関わるものでもであると判示した。……聖職者例外を権利と構造の双方に関わるものと概念化したことで、*Hosanna-Tabor* 判決は、構造によって課される絶対的な制限と団体の権利の広い適用範囲とを結合させることになった。」).
- (75) 憲法上の権利の構造的な側面を重視する議論として, *see, e.g.*, Matthew D. Adler, *Rights Against Rules: The Moral Structure of American Constitutional Law*, 97 MICH. L. REV. 1 (1998); ASHUTOSH BHAGWAT, *THE MYTH OF RIGHTS: THE PURPOSES AND LIMITS OF CONSTITUTIONAL RIGHTS* (2010); Richard H. Pildes, *Why Rights Are Not Trumps: Social Meanings, Expressive Harms, and Constitutionalism*, 27 J. LEGAL STUD. 725 (1998).
- (76) *See, e.g.*, Berg et al., *supra* note 48, at 179-84; MARC O. DEGIROLAMI, *THE TRAGEDY OF RELIGIOUS FREEDOM* 176-77 (2013); Horwitz, *supra* note 17, at 977-79; McConnell, *supra* note 23, at 827-32; Garnett & Robinson, *supra* note 26, at 310-13. *See also* Brief Amici Curiae of Professor Eugene Volokh et al. in Support of Petitioner at 10-18, *Hosanna-Tabor*, 132 S. Ct. 694 (No. 10-553).
- (77) *See, e.g.*, Griffin, *supra* note 73, at 990 (「*Hosanna-Tabor* 判決における法廷意見の議論は、現代的な問題を解決する際の歴史的推論と原意主義の

- 危険性を例証している。)]; Ioanna Tourkochoriti, *Revisiting Hosanna-Tabor v. EEOC: The Road Not Taken*, 49 TULSA L. REV. 47, 49 (2013) (「18世紀における教会の自治に対する国家の干渉に関する恐れと、21世紀における障害者差別禁止法の国家による執行とを並べて比較することはできない。)]).
- (78) Brief for the Federal Respondent, *supra* note 65, at 20-29; Brief for Respondent Cheryl Perich, *supra* note 65, at 42-45.
- (79) *Hosanna-Tabor*, 132 S. Ct. at 707.
- (80) なお、この区分に関しては、巡回区控訴裁における対応との相違も指摘しうる。前々章で見たように、巡回区控訴裁レヴェルでは、1996年にコロンビア特別区巡回区控訴裁が下した Catholic University 判決を嚆矢とし、「聖職者例外」法理と Smith 判決との整合性を図るための論理として、Smith 判決は「個人」に関する判決であり「教会」に関する判決ではなかったとの理解が受容されてきたが、本判決は、かかる論理を明示的には採用していない。そのため、巡回区控訴裁による上記の Smith 判決理解は、連邦最高裁自身による Smith 判決理解に反するものである可能性もある。さらに付言すれば、Catholic University 判決では、Smith 判決が示したルールの例外にあたる「混成的状況」の論理を用いて「聖職者例外」法理と Smith 判決との整合性を図る可能性も示されていたが、本判決で連邦最高裁はこの論理に言及していない。
- (81) Laycock, *supra* note 20, at 855-57.
- (82) PAUL HORWITZ, FIRST AMENDMENT INSTITUTIONS 336 n.83 (2013). *See also* Esbeck, *supra* note 39, at 169 (「連邦最高裁が Hosanna-Tabor 判決を Smith 判決と区別したのは、聖職者を雇用し解雇する判断が誰が教会を統治するのかという問題に関わるものだからである。)]).
- (83) *See, e.g.*, Corbin, *supra* note 63, at 955 (「内的と外的との区別は決して自明のものとは言えない。)]; Dorf, *supra* note 28 (「連邦最高裁が新たに形成した区分は、それ自体不可解であるし、少なくともファジーである。)]; Griffin, *supra* note 73, at 993 (「この区分は理にかなったものではありえない。)]; *The Supreme Court, 2011 Term—Leading Cases*, 126 HARV. L. REV. 176, 183 (2012) (「連邦最高裁による説得力のない事案の区別は、自由行使条項に関する法理をさらに複雑にするという不幸な帰結を伴うかもしれない。)]; Strasser, *supra* note 38, at 444 (「このような区分は……説得力を持たない。)]; Williams, *supra* note 19, at 398 (「『外的な身体的行為』と『教会の信仰や使命そのものに影響する内的な教会決定』の二分法が脆弱なものであることは疑いない。)]).
- (84) Brief for the Evangelical Covenant Church, Evangelical Lutheran Church in America, General Conference of Seventh-Day Adventists, General Council

on Finance and Administration of the United Methodist Church, Inc., General Synod of the United Church of Christ, Rev. Gradye Parsons, Stated Clerk of the General Assembly of the Presbyterian Church (U.S.A.), and Salvation Army National Corporation as Amici Curiae in Support of Petitioner, *Hosanna-Tabor*, 132 S. Ct. 694 (2012) (No. 10-553).

- (85) McConnell, *supra* note 23, at 834-35.
- (86) *Leading Cases*, *supra* note 83, at 182. See also Corbin, *supra* note 63, at 954 (「儀式でのペヨーテの使用は身体的行為に当たるのかもしれないが、同じことはある者を解雇することについても言える。」); Helfand, *supra* note 28, at 1900 (「被用者の解雇もまた外的な身体的行為ではないのか。」). なお、この点は、本件区分に一定の評価を示す先の論者も認めるところである。See Laycock, *supra* note 20, at 859 (「聖職者を解職することは行為と評しうるし、やや慣用的でないかもしれないが、身体的行為とさえ評しうるということは、問題ではない。」).
- (87) *Leading Cases*, *supra* note 83, at 182.
- (88) Corbin, *supra* note 63, at 955. See also Gedicks, *supra* note 49, at 432 (「Smith 判決の当事者であったネイティブ・アメリカン教会の信者は、彼らの個人的な信仰の精神的な中心に位置する儀式への参加がルター派の教会の『内的な信仰と使命』に比べて見劣りがする単なる『外的な身体行為』であるということをおそらく関心を持ったであろう。」); Griffin, *supra* note 73, at 993 (「宗教上の儀式への参加を理由に Smith のような個人を処罰すること以上に『教会の信仰や使命そのものに影響する』ものが何かありうるのであろうか。」); *Leading Cases*, *supra* note 83, at 182 (「なぜ Smith 判決で問題となった儀式でのペヨーテの使用の処罰が『教会の信仰や使命そのものに影響する内的な教会決定に対する政府の干渉』でないと言えるのか。」).
- (89) Griffin, *supra* note 73, at 993. See also Strasser, *supra* note 38, at 445 (「もし Perich の主張が真実であり、彼女の解雇が教義と関係なかったのだとすれば、宗教団体の信仰や使命は全く危険にさらされていなかったことになる。」).
- (90) そのため、本判決区分の代わりに、Smith 判決が自由行使条項のみに関わる判決であったのに対し、「聖職者例外」法理は国教樹立禁止条項からも導き出されうることを理由に、両者を区別する議論も示されている。See, e.g., Dorf, *supra* note 28; *Leading Cases*, *supra* note 83, at 184.
- (91) Esbeck, *supra* note 19, at 10 n.41.
- (92) *Hosanna-Tabor Evangelical Lutheran Church & School v. EEOC*, 132 S. Ct. 694, 707 (2012).

- (93) *Employment Division, Department of Human Resources of Oregon v. Smith*, 494 U.S. 872, 877 (1990) (quoting *Sherbert v. Verner*, 374 U.S. 398, 402 (1963)) (emphasis in original).
- (94) *Id.*
- (95) *Id.* at 878.
- (96) *See, e.g.*, Gedicks, *supra* note 49, at 432 n.137; Douglas Laycock, *Church Autonomy Revisited*, 7 GEO. J.L. & PUB. POL'Y 253, 263 (2009).
- (97) 98 U.S. 145 (1878).
- (98) *Id.* at 163-64.
- (99) *Id.* at 164-67.
- (100) 310 U.S. 296 (1940).
- (101) *Id.* at 303-304.
- (102) *Id.* at 305.
- (103) *Sherbert v. Verner*, 374 U.S. 398, 402-03 (1963) (quoting *Braunfeld v. Brown*, 366 U.S. 599, 603 (1961)) (emphasis in original).
- (104) *Id.* at 403.
- (105) 本文で取り上げた判例の他に, *see, e.g.*, *Church of Lukumi Babalu Aye, Inc. v. City of Hialeah*, 508 U.S. 520, 533 (1993) (「宗教上の信仰そのものを狙い撃ちにする法は決して許容されえないが……, 法の目的がその宗教上の動機を理由に実践を侵害ないし制限することにある場合には, 当該法は中立なものとは言えず……やむにやまれぬ利益によって正当化され, 当該利益を達成するために狭く仕立てられたものでない限り, 無効となる。」); *Bowen v. Roy*, 476 U.S. 693, 699 (1986) (「当法廷の先例は, 絶対的なものである個人の信仰の自由と, 絶対的なものでない個人の行為の自由との区分を長きにわたり認めてきた。」); *Bob Jones University v. United States*, 461 U.S. 574, 603 (1983) (「当法廷は, 長きにわたり, 第1修正の自由行使条項が宗教上の信仰に対する政府の規制を絶対的に禁止していると判断してきた……。さらに当法廷の解釈によれば, 自由行使条項は, 宗教上の信仰に基づく合法の行為に対し相当な保護を提供するものである……。」); *McDaniel v. Paty*, 435 U.S. 618, 626-27 (1978) (「自由行使条項は, 政府が宗教上の信仰そのものを規制し, 禁止し, あるいはそれに報いることをカテゴリカルに禁止している。……テネシー州の欠格条項は主に地位, 行為, 行動に向けられているため, 信仰に焦点を合わせていた *Torcaso* 判決における要件とは異なる。したがって, 自由行使条項による『信仰する自由』に対する侵害の絶対的禁止は, 本件では妥当しない。」); *Braunfeld v. Brown*, 366 U.S. 599, 603 (1961) (plurality opinion) (「宗教的な信仰や意見を持つ自由は絶対的なものである。……しかしながら, 行為する自由は,

たとえ当該行為がある人の宗教上の信念に合致するものであったとしても、法律による規制から完全に自由ではない。』).

- (106) Kathleen A. Brady, *Religious Organizations and Free Exercise: The Surprising Lessons of Smith*, 2004 BYU L. REV. 1633, 1672-79. See also Laycock, *supra* note 96, at 262-63 (Smith 判決における「信仰」と「行為」を区分する段落が教会自律権を保護する可能性を示唆).
- (107) Brady, *supra* note 106, at 1680. なお、この論者は、結論としては、「教会統治の全ての事項に及ぶ自律権」が宗教団体には保障されるべきであると主張する。Id. at 1698.
- (108) 但し、絶対的な保障を受ける権利は、通常、その射程がそれなりに限定されるはずであるが、本判決が認めた「聖職者例外」法理の射程は、法理の適用を受ける「聖職者」の範囲が厳格に定められていないこともあって、広範囲に及ぶ可能性がある。そのため、先に述べた理由であれ、ここで述べた理由であれ、仮に同法理の「絶対的」な性格に一応の説明をつけることができたとしても、かかる性格を有する法理にしては射程が広範囲に過ぎるのではないかとの疑問は否めないであろう。See, e.g., Balkin, *supra* note 50 (「こうした絶対的なルールは、必然的に、法理の別の側面に圧力を加えることになる。……雇用に関する決定を法的な審査から免除するルールがカテゴリカルなものになるほど、一目瞭然の不正を回避するためにも『聖職者』の範囲は狭いものとなる必要があろう。」); Gedicks, *supra* note 49, at 429 (「連邦最高裁は、この混合物 [= 『聖職者例外』法理] の広範囲に及ぶ影響を『聖職者』の狭い定義を具体化することで和らげることができたのかもしれない。にもかかわらず、連邦最高裁は……主として機能論的である定義を採用した。」).
- (109) なお、筆者は、別稿で、Smith 判決が教会財産紛争に関する先例を「行為」とは区別される「信仰」に関わる事例として位置づけた以上、Smith 判決が従来の教会財産紛争に関する先例が認めていたのと同程度の範囲で内部事項を統治する教会の権利を認めているかは定かでないとの指摘を行った(拙稿・前掲注(67)84頁)が、この指摘は、本文に述べた観点からは、拙速に過ぎたと言わざるを得ないことになろう。
- (110) 従来、日本の憲法学では、憲法20条が保障する信教の自由を「信仰の自由」、「宗教的行為の自由」、「宗教的結社の自由」に分類し、より一般的には、精神的自由を「内面的精神活動の自由」と「外面的精神活動の自由」に分類する解釈が示されてきた。例えば、芦部信喜(高橋和之補訂)『憲法〔第5版〕』(岩波書店・2011年)150~53頁参照。また、判例の中にも「信仰」と「行為」の区分に立脚するものがあることが指摘されている。駒村圭吾「信教の自由と法令上の義務」LS 憲法研究会編『プロセス演習

憲法〔第4版〕22頁（信山社出版・2011年）34～36頁参照。但し、日本の憲法学における信教の自由に関する先の三分論の起源についてはドイツ憲法の影響が指摘されている。林知更「『国家教会法』と『宗教憲法』の間—政教分離に関する若干の整理」ジュリスト1400号83頁（2010年）87～89頁参照。

- (111) See, e.g., Douglas Laycock, *The Remnants of Free Exercise*, 1990 SUP. CT. REV. 1, 22 (1990)（「[Smith判決で] 連邦最高裁は、信仰と実践との間の厳格な境界線をオリヴァー・クロムウェルが引いた箇所に引くことで、礼拝を保護されない側に位置づけた。」）; Ira C. Lupu, *Where Rights Begin: The Problem of Burdens on the Free Exercise of Religion*, 102 HARV. L. REV. 933, 938 (1989)（「Reynolds 判決による信仰と行為の区分は、自由行使条項を信教の自由の保護に対する主としてレトリカルなコミットメントへと縮減させてしまうものであった。」）; David A.J. Richards, *Conscience, Human Rights, and the Anarchist Challenge to the Obligation to Obey the Law*, 18 GA. L. REV. 771, 778-79 (1984)（「良心の権利を信仰のみに限定してしまうことは、この権利の保障の適切な範囲に反するのみならず、信仰と行為との間に壁を築くことによって、良心的な信仰が我々の生の経験を形成しない場合に良心そのものを萎ませることにもなる。」）; LAURENCE H. TRIBE, *AMERICAN CONSTITUTIONAL LAW* 1184 (2d ed. 1988)（「この信仰と行為の区分は、どんなによく見たとしても、言論と行為の区分と同じくらい、単純に過ぎる。」）; ROBERT K. VISCHER, *CONSCIENCE AND THE COMMON GOOD: RECLAIMING THE SPACE BETWEEN PERSON AND STATE* 100 (2010)（「もし我々が信仰のみに焦点を合わせるのであれば、良心は、行為と信仰の統合を要する人格の統合性とほとんど関係のないものになってしまう。」）。
- (112) See generally Marci A. Hamilton, *The Belief/Conduct Paradigm in the Supreme Court's Free Exercise Jurisprudence: A Theological Account of the Failure to Protect Religious Conduct*, 54 OHIO ST. L. J. 713 (1993).
- (113) Woelz, *supra* note 45, at 912.
- (114) Horwitz, *supra* note 17, at 982-83 (quoting ABRAHAM KUYPER, *LECTURES ON CALVINISM* 85 (2008)).
- (115) Garnett & Robinson, *supra* note 26, at 330-31.
- (116) See, e.g., Esbeck, *supra* note 39, at 172（「Hosanna-Tabor 判決は、一定の主題の問題については、そのことに関して誤りがなされる場合であっても、自己統治の問題として宗教団体のみに権限を委ねた。こうした問題に世俗政府が介入するのであれば、教会と国家の関係が混乱し、益よりもはるかに多くの害が生じることになるであろう。」）; Laycock, *supra* note 20, at 862（「我々は自らのメッセージをコントロールし、自らのメッセンジャー

を選ぶ宗教団体の自由に対する全員一致による力強い再確認を得た。]; McConnell, *supra* note 23, at 837 (「この判決はアメリカの宗教共同体にとって『自由の新たな誕生』の前兆となるものであると言っても過言ではない。」).

- (117) Corbin, *supra* note 63, at 962-63 (quoting Employment Division, Department of Human Resources of Oregon v. Smith, 494 U.S. 872, 890 (1990)). See also Griffin, *supra* note 73, at 994 (「連邦最高裁は、宗教上の雇用者は、宗教上の争点が一切関わっていない場合でさえ、第1修正のもとで『聖職者』を解雇する絶対的な保護を享受すると判断した。つまり、信教の自由は、何ら宗教上の論争が問題になっていなくても、差別禁止法に勝ることになる。連邦最高裁の判断によれば、信教の自由は宗教団体に法に従わない権限を与えるものである。」).
- (118) Griffin, *supra* note 73, at 1007-08.
- (119) *Id.* at 982.
- (120) *Id.* at 983. See also Gedicks, *supra* note 49, at 435 (「Hosanna-Tabor 判決が採用した聖職者例外は、教会の自律を保護するために個人の自律を転覆させるものである。」).
- (121) Corbin, *supra* note 63, at 955. See also Griffin, *supra* note 73, at 1016 (「聖職者である個人は、差別禁止法の保護の対象外とされる。宗教を信仰する個人は、団体が服することのない Smith 判決のルールに服する。」).
- (122) Williams, *supra* note 19, at 398.
- (123) EEOC v. Catholic University of America, 83 F.3d 455, 463 (D.C. Cir. 1996) (emphasis in original).
- (124) McConnell, *supra* note 23, at 836. なお、2010年のスティーブンス裁判官の引退に伴い、連邦最高裁にプロテスタントの裁判官が1名もいないという事態を迎えることになった。現在の連邦最高裁は、カトリックの裁判官6名（ロバーツ、スカリア、ケネディ、トーマス、アリート、ソトマイヨール）、ユダヤ教徒の裁判官3名（ギンズバーグ、ブライヤー、ケガン）という構成である。
- (125) Gedicks, *supra* note 49, at 433.