

信教の自由に対する新型コロナウイルス 感染症関連規制と合衆国最高裁

——Roman Catholic Diocese v. Cuomo 事件（2020）を中心に——

松 本 哲 治*

目 次

はじめに

- 一. South Bay United Pentecostal Church v. Newsom 事件
 - 二. Calvary Chapel Dayton Valley v. Sisolak 事件
 - 三. Roman Catholic Diocese of Brooklyn v. Cuomo 事件
 - 四. Roman Catholic Diocese of Brooklyn v. Cuomo 事件後の展開
 - 五. 検討とコメント
- おわりに

はじめに

新型コロナウイルス（COVID-19）感染症の感染拡大は、少なくともウイルスの当初の型に対しては有効であるとされるワクチンが開発され、海外の一部でその接種が始まったものの、わが国での最初の事例が確認された時点から1年を経た本稿執筆時点（2021年1月中旬）にあっても、終息の見通せない状況にある。

そのような中、アメリカ合衆国では、2020年11月、宗教活動の場所に対して課された感染防止のための人数制限措置が、合衆国最高裁で違憲とされたという事例¹⁾が出て注目されている。この事案は、加えて、次の事情

* まつもと・てつじ 同志社大学大学院司法研究科教授

からも注目される。それは、一つには、近時重要な事案の処理が増加している、訴訟継続中の緊急の救済を求める手続によって処理がされたものであることである²⁾。そしてもう一つには、決定の結論が、類似の事案について下された5月のカリフォルニア州に関する事案³⁾および7月のネヴァダ州に関する事案⁴⁾と異なっており、それが、ギンズバーグ判事からバレット判事に、裁判官の構成が変わったことによるとみる余地があることである。後者の点は、もしそうであれば、そのような役割をバレット判事が果たした最初の事案であることになる。

本稿は、以上の諸判決と、その後の展開を追う中で、現在の緊急事態への法的な対応、とりわけ司法的な対応について、考察を行うものである⁵⁾。

一. South Bay United Pentecostal Church v. Newsom 事件

1. 事実関係

新型コロナウイルス感染症に関する州による規制をめぐる争いが、信教の自由との関係で、合衆国最高裁判所に達したものとして本稿がまずとりあげる事件は、カリフォルニア州のものである。この事件では、州知事の命令について、2020年5月18日、連邦地裁が、控訴係属中の差止命令⁶⁾による救済を拒否し⁷⁾、同月22日に第9巡回区控訴裁判所もこれに対する控訴⁸⁾を退けた⁹⁾。なお、規制の内容については後述の最高裁決定の個別意見を参照されたい。

2. 決定と各裁判官の意見

A 決 定

差止命令による救済の申立てを受けたケーガン判事は、申立てを最高裁に回付したが、申立ては、2020年5月29日、棄却された。票決は5-4。下記の反対意見以外に、アリート裁判官の反対が記録されている¹⁰⁾。

B ロバーツ長官の差止命令による救済の申立てを棄却することへの同意意見¹¹⁾

ロバーツ長官の同意意見は、まず、申立てが、差止命令によって、知事の命令の執行を禁止しようとするものであることを指摘する。これは停止命令¹²⁾と異なり、差し止めにはより高いレベルでの理由付けが必要であるからである。すなわち、「停止命令と異なり、差止命令は、単に、司法的な現状変更の効力を一時的に停止する（suspend）ものではなく、下級審が拒否した司法的干渉を行うこと認めるものである」¹³⁾からである¹⁴⁾。

続いて、同意意見は、州のガイドラインは、礼拝の場所における参加者数を、収容人数の25%あるいは最大100名に制限している、とした上で、信教の自由条項違反はないように思われるとする。なぜなら、「同様のあるいはより厳格な制限が、大人数が密接して長時間集まる会合である講演、コンサート、映画館上映、スポーツ観戦、演劇の上演を含む同種の世俗的会合に適用されている。そして、州知事の命令は、人々が、大人数でも、密接しても、長時間にわたっても集まるものではない、食料品店、銀行、コインランドリーの営業といった性質の異なる活動のみをより寛大に取り扱っている」からである¹⁵⁾。

さらに、同意意見は、先例¹⁶⁾を引用して、「我々の憲法は第一義的には、『人民の健康と安全』については、政治的に責任を有する州の職員にその『保護』を信託している」と述べ、このことは、上訴中の緊急の救済が求められている場合には一層あてはまる、と説明している¹⁷⁾。

C カヴァノー裁判官の差止命令による救済の申立てを棄却することへの反対意見（トーマス、ゴーサッチ裁判官同調）¹⁸⁾

カヴァノー裁判官の反対意見は、問題は、「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、本屋、花屋、ヘアサロン、そして大麻薬局を含む同種の世俗的ビジネスが25%の人数制限を受けていないことである」¹⁹⁾と指摘する。反対意見によれば、こ

のような、宗教に対する差別については厳格審査が必要で、本件規制はこれをパスしない²⁰⁾。

3. 若干の整理とコメント

本件では、ロバーツ長官以外の、棄却の結論（州による規制を維持）を支持する他の4裁判官は意見を表明しておらず、また、(per curiam などの形式での) 裁判所としての意見も付されていないため、ロバーツ長官の同意意見のみが、最高裁の考え方を押し量る手がかかりとなっている。そのこともあって、後述の三. の事件 (Roman Catholic Diocese v. Cuomo) に至るまで、下級審に対しては、緩やかな審査を採用したロバーツの同意意見が事実上の先例として機能することになった (二. 三. 参照)。逆に、厳格審査を主張する、本件での反対意見の立場が、実質的には、後に三. の事件では、裁判所の立場となったとみる余地があるものである。

二. Calvary Chapel Dayton Valley v. Sisolak 事件

1. 事実関係

新型コロナウイルス感染症に関する州の規制をめぐる争いが、信教の自由との関係で、合衆国最高裁判所に達したものとして次にとりあげるのは、ネヴァダ州のものである。知事の命令に対する控訴係属中の差止命令による救済を、控訴裁判所が否定した²¹⁾。事実関係は個別意見を参照されたい。

2. 決定と各裁判官の意見

A 決 定

控訴人が、差止命令による救済を申立て、これがケーガン判事に提示され、同判事が最高裁に回付。決定は、やはり5-4で申立てを退けた²²⁾。

B アリート裁判官の差止命令による救済の申立てを棄却することへの反対意見（トーマス、カヴァノー裁判官同調）²³⁾

知事の命令では、教会、シナゴグ、モスクは大きさに関わらず、50人の人数制限を受け、カジノと一部の優遇施設は収容人数の50%という制限をうける²⁴⁾。大人数が長時間屋内に集まるにも拘わらず優遇されている施設には、カジノのほか、ボーリング場、蒸留所、フィットネスクラブがある²⁵⁾。州は、博物館、アートギャラリー、動物園、水族館、職業学校、技術学校も、宗教施設と同様の扱いだと主張するが、そのことはカジノとの差別を正当化しない²⁶⁾。厳格審査が必要であり、違憲となるし、*South Bay* を前提に考えても、同事件では、教会は工場などより劣位の扱いを受けたが、それは、工場などでは人々が「大人数でも、密接しても、長時間にわたっても集まるものでもない」ことによって説明されていた。カジノその他については同じ事は言えない²⁷⁾。

C ゴーサッチ裁判官の差止命令による救済の申立てを棄却することへの反対意見

「これはシンプルな事案だ。……ネヴァダでは、宗教に属するよりもエンターテインメントに属した方がよいように見える。それは目新しい話ではないのだろう。しかし、修正1条は、これほどあからさまな信教の自由の行使に対する差別を許さない」²⁸⁾。

D カヴァノー裁判官の差止命令による救済の申立てを棄却することへの反対意見²⁹⁾

カヴァノー裁判官の反対意見は、アリート裁判官の反対意見に全面的に参加するとした上で、宗教関係の判例の中に本件をどのように位置づけるか、そしてそれがなぜ違憲になるかを詳論している³⁰⁾。

3. 若干の整理とコメント

本件はネヴァダ州の事案で、カジノ等が特別扱いを受けているという点では、他州の事案とはやや異なる側面をもつ特殊な事案ということができなくもない。後述するように、むしろ、本件の方が次の *Roman Catholic Diocese* よりも合憲との説明が難しいとの議論には、本件で多数意見に属した裁判官も言及している（後述三、G参照）。

決定は、主文のみで、多数派の側からの説明はなく、反対意見のみが付されている。

三. Roman Catholic Diocese of Brooklyn v. Cuomo 事件

1. 事実関係

A 州知事令による制限

ここでとりあげる第3の事例はニューヨーク州のものである。本件についてはやや詳細に紹介する。

2020年10月6日、新型コロナウイルス感染症の感染の拡大に対応して、ニューヨーク州のクオモ知事は、州知事令202.68号（以下、「知事令」という）を発し、一定の地域にある礼拝堂（houses of worship）における参加可能人数をゾーンによって以下のように、10名、あるいは25名に制限した³¹⁾。

知事令によれば、レッドゾーンでは、「非エッセンシャルな会合（gatherings）」はすべて禁止され、「非エッセンシャルなビジネス」は、すべて、「対面（in-person）の従事者を100%削減」しなければならず、レストランは、「テイクアウトまたは配達のためにのみ」営業することができる。しかしながら、知事令は、他のビジネスや会合については制限を加えておらず、学校は対面での指導を継続できる。ただし、他にもう一つだけ、レッドゾーンで制限を受ける事業があり、それが、「礼拝堂」で、「最大取用可能人数の25パーセント、または10名の、少ない方まで」という制

限を受ける。

オレンジゾーンでは、「非エッセンシャルな会合」は10名までに制限され、感染の危険が高いジムやタトゥー店は閉鎖が命じられる。レストランは屋外で営業ができ、他の全てのビジネスは、先行する命令によるもの以外制限を受けない。学校は、検査の実施を義務づけられるが、対面指導可能である。ここでも、「礼拝堂」は、別途規制を受け、「最大収容可能人数の33%、または25名の、少ない方まで」とされた。

イエローゾーンでは、「非エッセンシャルな会合」について、「25名を超えないこと」とされ、レストランは屋内営業可能で、学校は開いている。他には制限は課せられない。ただし、「礼拝堂」では、「最大収容可能人数の50%」という制限がある。

知事令は、「エッセンシャルなビジネス」、すなわち「ニューヨーク州の市民の健康、福祉、および安全を維持するために必要とされる製品ないしはサービスを供給する」ものには適用されない。病院や食料品店がここに含まれるのはもちろんであるが、酒屋、ペットショップ、金融機関も含まれる³²⁾。

知事は、エッセンシャルか否かを判断する手続きや、区別を支える証拠を主張していないし、区別が新型コロナウイルスの感染の危険の評価に基づくとも主張していない³³⁾。

知事令の発出前、知事は、知事令による制限が、宗教的な会合に対する懸念に、部分的に動機づけられていることを示唆する声明を発している。たとえば、知事は、ニューヨークにおける最初の新型コロナウイルスのホットスポットの源は、「寺院に行った正統派ユダヤ教」であり、「同派の会合はしばしばとてもとても大規模で、集団の中で一人の人間が引き起こしうることを我々はみている」³⁴⁾と述べた。また、たとえば、知事令発出の3日後には、命令が「もっぱら超正統派のクラスターに対応するためのもの」³⁵⁾であったとも述べた。

B 当事者

ローマカトリック教会ブルックリン司教管区 (Roman Catholic Diocese of Brooklyn。以下、「司教管区」)は、210の教会を擁し、2019年には約1000のミサを日曜ごとに開催しており、平均して23万人が参列している。2020年3月16日には、州によるロックダウンに先立ってミサを中止し、20日にはすべての教会を閉鎖した。その間に、司教管区は、医療の専門家と相談し、安全なミサの開催方法を検討した。6月以降、感染防止措置を講じながら活動が再開され、7月には週末のミサも再開されたが、自主的に、収容可能人数の25%という制限を、州が同様の制限を撤廃した後も課していた。これらの教会での大規模な感染の発生 (outbreaks) は知られていない³⁶⁾。

アグダス・イスラエル・オブ・アメリカ (Agudath Israel of America, 以下「アグダス・イスラエル」)は、合衆国における正統派ユダヤ教共同体のための全国組織である。ニューヨークには70のシナゴグがある (うち3つは本件の当事者)。やはり礼拝を中止していたが、5月の終わりから6月の初めにかけて、時間を短縮したり、グループを分けて礼拝を、州の指示に従った感染防止措置を講じた上で再開した。シナゴグでの大規模な感染の発生がないことは、知事も争っていない³⁷⁾。

C 提訴と下級審決定

知事令発出後、司教管区とアグダス・イスラエルらはニューヨーク東部連邦地裁に提訴した。司教管区は10名、25名の固定の人数制限を争い、アグダス・イスラエルは最大収容人数比の規制も争い、その執行の差止めを求めた。

2020年10月16日、地裁は、司教管区の、暫定的差止命令の求めを退けた³⁸⁾。地裁の理由付けは、*South Bay*での最高裁のロバーツ長官の同意意見に依拠している³⁹⁾。

地裁はまた、同日、アグダス・イスラエルの一方的緊急差止命令 (temporary restraining order) と暫定的差止命令の求めも口頭審理で退け

た⁴⁰⁾。

司教管区とアグダス・イスラエルは、暫定的差止命令の請求が退けられたことに対して控訴し、控訴係属中の差止命令を求める緊急の申立てを行った。2002年11月9日、第2巡回区控訴裁判所は、これらを退けた⁴¹⁾。多数意見は、やはり、*South Bay* でのロバーツ長官の同意意見に依拠した⁴²⁾。これに対して、パーク裁判官の反対意見は、知事令が『礼拝所』を狙い撃ちして不利益に扱っている」として厳格審査を適用すべきであるとした⁴³⁾。反対意見は、「エッセンシャル」とされた世俗のビジネスにはならぬ追加的な規制が課されない一方で、「礼拝所」には厳格な人数規制が課せられている点を重視している⁴⁴⁾。

控訴係属中の差止命令を求める緊急の申立てが退けられた後、暫定的差止命令についての控訴は控訴審に継続中であつたが、司教管区とアグダス・イスラエルは、合衆国最高裁に、差止令状（writ of injunction）の発給を求めた。申立ては、ブライヤー判事に提示され、同判事によって最高裁に回付された⁴⁵⁾。

2. 最高裁決定と各裁判官の意見

A 結 論

2020年11月25日⁴⁶⁾、合衆国最高裁は、裁判所としての意見によって（per curiam）、差止による緊急の救済を認めた⁴⁷⁾。知事は、知事令の10名、25名制限の部分、申立人に対して執行することを、第2巡回区控訴裁判所への控訴係属中および適時に申し立てられた裁量上訴令状の申請中、禁止された⁴⁸⁾。

B 裁判所としての意見

最高裁は、申立人は、上訴審係属中の救済を得る権利を持つことを明らかに示したとする。① 第一修正の主張は勝訴の見込みがあり、② 救済を否定することは回復不能な損害をもたらし、③ 救済を認めることは公益

を害さない(丸数字は筆者)。こう述べた上で、最高裁は、命令を速やかに発するため、緊急の救済が不可欠である理由の簡潔な要約のみを示すとする⁴⁹⁾。その内容は以下の通りである。

①について、まず、最高裁は、知事令の中立性、一般的適用可能性に問題があるとする。

すなわち、控訴審の反対意見が示しているように、知事令は、超正統派のユダヤ教を狙い撃ちにしている可能性がある⁵⁰⁾。

そしてそのことを措くとしても、「礼拝堂」をとくに厳しい取扱いのために取り出している点で、中立的とみることにはできない⁵¹⁾。なぜなら、(a)レッドゾーンでは、シナゴグや教会は、10人という制限を受けるのに、「エッセンシャル」とされたビジネスは制限を受けない。しかし、「エッセンシャル」なビジネスは、エッセンシャルとみられるものに限られない化学物質や精密電子機器の全ての生産工場、すべての輸送業とともに、鍼治療院、キャンプ場、ガレージを含んでいる。(b)オレンジゾーンでは、礼拝堂は25人の制限を受けるが、非エッセンシャルなビジネスは制限を受けない。(c)以上の結果、大規模小売店で何百人が買い物をしている傍らで、礼拝は10人、25人という制限を受ける。知事は工場や学校は感染拡大に寄与しているとするのに、より安全な記録を保っている教会やシナゴグよりも寛大な扱いを受けている⁵²⁾(なお、(a)~(c)は筆者)。

したがって、厳格審査が必要となり、知事令はこれをパスしない。やむにやまれぬ利益はあるが、手段がピッタリと当てはまっていない。知事令は、これまで当法廷が審理した同種の規制のどれよりも厳しい⁵³⁾。感染拡大のための必要性が示されていない。教会もシナゴグも、州の規制よりも先んじて感染防止の措置をとっており、大規模な感染事例を生じていない。教会やシナゴグの規模に応じた規制が採用可能のはずである。教会のうち、26教会は少なくとも500人収容可能、14教会は700人収容可能、2つの教会は1000人収容可能である。シナゴグにも400席をもつものがある。「1000人収容の教会あるいは400人収容のシナゴグに10人を超える人

を受け入れることが、州が許容している他の様々な活動に比べてより深刻な健康へのリスクをもたらすと信じることは困難である」⁵⁴⁾。

②については、信教の自由が行使できないので当然に認められる。テレビでリモートで礼拝をみることは出来るが、それは、「本人が参列することと同じではない。自宅でミサをみるカトリック教徒は、聖体を拝領することはできないし、正統派のユダヤ教の信仰においても、本人が参列することが必要な重要な伝統がある」⁵⁵⁾。

③については、参列が感染拡大に繋がることが示されていない以上、公益が害されることは示されていない⁵⁶⁾。

以上のように述べた上で最高裁は、いくつか補足的なコメントないしは個別意見への対応を行っている。

一つはパンデミックと司法審査について。たしかに裁判官は公衆衛生の専門ではない。「しかし、パンデミックの場合であっても、憲法は脇に押しやられたり忘れられたりすることはできない」。本件で問題の制限は、「第一修正の信教の自由の保障のまさに核心を直撃している」。過激な措置が必要なのか、真剣な検証が必要である⁵⁷⁾。

もう一つは、問題となった地域がその後オレンジからイエローへ変更されているために、本件がムートとなり、救済の必要がなくなっているとすする、反対意見（後述）への対応である。最高裁は、この点について、再変更の可能性があり、その場合には司法的救済が間に合わないことがほぼ確実であることからムートにはならないとする。ミサもユダヤ教の祈祷も毎日のことである。さらに、実際にあったように、もし週末近くに再変更が行われると、安息日が過ぎるまでに最高裁の救済を得る時間はない。司教管区が提訴してから13日が経過しており、アグダス・イスラエルが提訴したのはさらに1週間前である⁵⁸⁾。

C ゴーサッチ裁判官の同意意見⁵⁹⁾

ゴーサッチ裁判官の同意意見は、基本的に、裁判所としての意見の趣旨

を反復・強調するものである。ただし、いくつか目に付く点もある。

まず、同意意見によれば、伝統的な宗教的行為の自由の行使をエッセンシャルとせず、ランドリーや酒屋をエッセンシャルとするのは、まさに修正第一条が禁止することそのもの、である。*Calvary Chapel* も引きつつ、同種の事態が他にも生じているとし、「我々の第一の自由の訴えには、聞く耳はもたれない (...freedom has fallen on deaf ears)」という⁶⁰⁾。

次に、同意意見は、*South bay* でのロバーツ長官の同意意見を激しく非難する。パンデミックの初期ならともかく、今となつては敬謙的姿勢は許されないとする。「今次パンデミックに際して、憲法が休日をもつことはあっても、それはサバティカルではありえない」⁶¹⁾。こう述べた上で、同意意見は、そもそも、ロバーツ同意意見が *Jacobson* を引用したことが誤りであることを、分析の態様、権利の性質、制約の種類の観点から長々と論じる。同意意見は、ロバーツの本件での反対意見(後述)が、*Jacobson* の本件への関連性を低くみていることを「歓迎すべき発展」⁶²⁾であると、(やや上から目線で?) 評価するが、その次に来る言葉は辛辣である。「なぜ我々は、*Jacobson* における当法廷の穏当な判断を、パンデミックにおける、憲法に影を落とす聳え立つ権威と取り違えたのか。結局のところ、答えの大部分は、危機の時代に、邪魔をしたくないという裁判官のある種の衝動に帰着するのではないかと思われるところである。しかし、そのような衝動が、理解できるものであり、他の状況下では賞賛されうるものでさえあるとしても、憲法が攻撃されているときに、我々には避難所に退避することは許されていない」⁶³⁾。

D カヴァノー裁判官の同意意見⁶⁴⁾

カヴァノー裁判官の同意意見は、まず、本日の判断が一時的なものであって、最終的なものではないことを強調する⁶⁵⁾。

その上で、映画館のような世俗的なビジネスは閉鎖されており、それに比べれば礼拝所は優遇されているという議論に対して、厳格審査の下で

は、それでは不十分で、どうして優遇されている世俗的ビジネスに課されていない人数制限が、礼拝所には適用されるのが正当化されなければならないと指摘する⁶⁶⁾。

しかし、カヴァノー裁判官の同意意見は、ゴーサッチ同意意見よりはロバーツ長官寄りである。結局は否定するものの、ロバーツの *South bay* の補足意見が *Jacobson* を引用した部分を改めて引用するし⁶⁷⁾、本件の事案が先行する2件と比べて厳しい制限になっていることを繰り返し強調し⁶⁸⁾、ロバーツの反対意見が、実体的には違憲かも知れないと示唆する部分を肯定的に引用する⁶⁹⁾。

E ロバーツ長官の反対意見⁷⁰⁾

ロバーツ長官の反対意見は、知事が区分を変更した以上、今の時点で判断する必要はない、というものである。「致命的なパンデミックの最中に、なにが公衆の安全のために必要かということについての、公衆衛生担当官の決定を覆すということは、重大なことである」⁷¹⁾。

ただし、「たしかに不当に制限的にみえる」として、実体的には違憲であることが強く示唆されてはおり、むしろ、先例と区別することが、カヴァノーの同意意見をそのようなものと受け止めた上で、これに「同意する」として、示唆されている⁷²⁾。

なお、ロバーツ長官の反対意見は、次の2点で、ゴーサッチの同意意見に批判的である。

一つは、上述の、「衝動」に関してゴーサッチの同意意見の述べる内容に対してである。ロバーツ反対意見は、この点について、他の反対意見の裁判官をゴーサッチ同意意見のようにみることはしない、と述べた上で、次のように言う。「彼ら〔他の反対意見の裁判官〕は、憲法の下での彼らの責任を果たす最善の努力を反映した注意深い研究と分析を経て、事態の異なった捉え方をしているに過ぎない」⁷³⁾。

もう一つは、*Jacobson* をめぐる議論である。ロバーツ反対意見は、自

分が *South Bay* の同意意見で *Jacobson* を引用したのは、人々の健康と安全を保護する州の政治的責任ある立場にある者への憲法からの信託、ということの一文だけで、この内容には争いの余地がなく、「同意意見は、それが探している標的に到達しようとするのであれば、これらの単語そのものを越えていかなければならない」⁷⁴⁾。的外れな批判はご勘弁願いたい、ということであろう。

F ブライヤー裁判官の反対意見（ソトマイヨール、ケーガン裁判官同調）⁷⁵⁾

ブライヤー裁判官の反対意見は、今の時点で判断する必要が無いという点ではロバーツ長官の反対意見と同様である。加えて、事実関係が十分把握できない状態で、緊急の差し止め命令による救済を、控訴審が12月18日に審理を予定し、早期の手続き進行を行っている中で、事実審ではない最高裁が、下すことの不適切を強調している⁷⁶⁾。

G ソトマイヨール裁判官の反対意見（ケーガン裁判官同調）⁷⁷⁾

ソトマイヨール裁判官の反対意見は、裁判所が心変わりする必要はなく、そんなことをすればわが国の苦しみは長引くだけであるとして⁷⁸⁾、*South Bay* と *Calvary Chapel* と同様の処理、つまり、差止命令を与えないことを主張する。厳格な審査は行われない。礼拝堂と同様の環境となる世俗の会合には同様のあるいはより厳しい制限を課し、大人数で密接して長時間行われることのないものにはよりゆるやかな制限を課しているだけであって、以上が分かれば十分だということである。

この点は重要な点であるので、ソトマイヨールの指摘を、引用は適宜簡略化しつつ、すこし詳しくみる。彼女は次のように言う。申立人は、ニューヨーク州の、宗教的礼拝に参列することは、例えばディスカウントストアで買い物するよりも感染のリスクが高いという結論を、争っている。しかし、地裁の決定はこの議論を事実の記録によって支持されないと

して退けている。ゴーサッチ裁判官の同意意見は、酒屋やバイク店を引き合いに出して性懲りもなく同じ議論をしているが、次のような医療専門家の証言を完全に無視している。すなわち、新型コロナウイルスの感染拡大を促す条件は、大きな集団での人の集まり、近接して屋内で長時間にわたって話し、歌うことである〔ここでソトマイヨールが依拠しているのは、ニューヨーク州の厚生省の疫学部門の長の供述や、AMA のアミカスである〕。これらの要素の全てを備えている宗教的礼拝と異なり、バイクの修理や酒屋では、一般に、顧客は屋内で1時間やそれ以上も一緒に歌ったり話したりしない。「疫学者と医師は、一般に、宗教的礼拝が最も感染の危険の高い行為に属することで意見が一致している」〔ここでは AMA のアミカスに依拠〕⁷⁹⁾。

以上を述べた上で、ソトマイヨールは次のように言う。「当法廷の裁判官達は、感染力あるウイルスが、毎週百万人のアメリカ人に感染しつつ、極めて急速に拡大しつつある環境についての健康に関する専門官の専門的判断を、見直すという死の遊戯に耽っている」⁸⁰⁾。

ソトマイヨールの反対意見は、さらに、*South Bay* と *Calvary Chapel* よりも本件は簡単だという。たとえば、*Calvary Chapel* では映画館も礼拝堂も50人という制限であったが、本件では映画館は閉鎖で、礼拝堂は人数制限はあるが開かれるし、*South Bay* と *Calvary Chapel* 全州一律の規制であったが、本件はそうではないからである。このような、優遇のために、礼拝堂を特定することは、厳格審査を要求しない⁸¹⁾。知事のコメントは、イスラム教徒の入国制限に関する大統領のコメントが、中立性を害さないのであれば、同様に害さないはずである⁸²⁾。

3. 若干の整理とコメント

先行する2つの事件と異なり、本件では決定に裁判所としての意見が付された。

4名の反対意見が記録されているので、票決は5-4で、これまで、上述

の2つの事件では結論の側にいたギンズバーグ裁判官が死去し、バレット裁判官が参加して、新たな結論の側に入っているということになっている⁸³⁾。

この決定についての検討は、次の四. で、その後の展開をみた上で、最後に五. として行うこととしたい。

四. Roman Catholic Diocese of Brooklyn v. Cuomo 事件 後の展開

1. 同事件についての控訴審での暫定的差止命令の処理

事件のその後の、また、事件を受けてのさらなる展開について、ひとまず情報を整理しておく。

まず、事件そのものであるが、第2巡回区控訴裁判所は、2020年12月28日、最高裁判決を受けて、15あるいは25名の人数制限の執行を差し止めるように指示しつつ、また収容人数比率の制限について厳格審査をパスするか否かを審理すべく、事件を連邦地裁に差し戻した⁸⁴⁾。

2. その他の事件への適用

次に、*Roman Catholic Diocese* の影響である。

2020年12月3日、合衆国最高裁は、カリフォルニア州での教会に適用される人数制限が問題になった事案で、差止命令による救済を求める申立てを、判決前の裁量上訴令状の発給の申立てとして取り扱い、令状を発給し、地裁の命令を破棄し、事件を控訴裁に、*Roman Catholic Diocese* に従って事件を処理するようとの指示を付して地裁に差し戻させるべく、差し戻した⁸⁵⁾。反対意見は記録されていない。

ついで、2020年12月15日、合衆国最高裁は、コロラド州の事案でも、同様の差し戻しの決定をしている⁸⁶⁾。ただし、そこでは、すでに州の規制は変更されているのでムートだとのケーガン裁判官の反対意見（ブライヤー、ソトマイヨール裁判官同調）が付されている⁸⁷⁾。

同日、ニュージャージーの事案でも、同様の差し戻しの決定があり、ここには反対意見は記録されていない⁸⁸⁾。

なおこれは、最高裁の決定ではないが、*Roman Catholic Diocese* を受けて、下級審が対応している例として、第9巡回区控訴裁判所が、2020年12月15日、ネヴァダ州の、宗教施設に対する人数制限について、差止命令の拒否を覆して差し戻しの決定をしたものがある⁸⁹⁾。そこでは *Roman Catholic Diocese* が引用されている⁹⁰⁾。

3. 宗教系私学の信教の自由の主張

さらに、少し内容は異なるが類似の事件として、宗教系の私学が信教の自由を主張し、合衆国最高裁の判断が示されたものがある。

事案は、ケンタッキー州のもので、2020年11月18日、州知事はK-12学校（幼稚園から小中12年を合わせた13年間に属する学校）における対面授業を、州内の多くの学校で12月18日に始まる冬休みの終了まで停止する措置をとった。冬休みの終了は2021年1月4日である。宗教系の私立学校一つと、ケンタッキー州の法務総裁が、知事の命令を宗教系の私学に適用される限りで差し止める暫定的差止命令を求めて提訴し、11月25日、連邦地裁がこれを認めた⁹¹⁾。しかし、控訴を受けて第6巡回区控訴裁判所は、11月29日、規制は宗教系学校と世俗の学校に平等に適用されているとして、地裁の差止命令の停止を認めた⁹²⁾。私立学校が、停止命令の破棄を申し立てた。

最高裁は、12月17日、署名のない意見（*per curiam* の表示もない）で、次のように述べて、新たな学校閉鎖措置があった場合には拘束力をもたないとしつつ、申し立てを退けた（停止命令を維持）⁹³⁾。曰く、州知事の命令は、更新される見込みはない。命令は、世俗の学校にも宗教系学校にも平等に適用されるが、申立人は、（宗教系を含む）学校を、たとえばレストラン、バー、ジムなどの営業を続けられるものに比べて不利に扱っており、この点で、*Smith* 判決⁹⁴⁾の意味で、中立的で一般的な適用可能性をもつといえない、と論じる。さらに、申立人を支持するいくつかのアミカスは、

そうでなくても、*Smith* 判決からは、その法の宗教的に動機付けられた行為への適用が、子の教育に関する親の自由に関わる場合には、高められた審査が求められると論じている。しかし、申立人自身は、この点について、本件の訴訟の全過程を通じて、正面から論じていない。これらのすべての事情、とりわけ命令が執行するタイミングの問題に鑑み、申し立てを棄却する⁹⁵⁾。署名のない意見は以上のように述べている。

アリート裁判官（ゴースッチ裁判官同調）は、あくまでタイミングが問題であり、第6巡回区控訴裁判所の判決が支持されたわけではないことの念を押すとともに、本来は当事者はこれ以上迅速に行動できないので救済を認めるべきだとする反対意見を述べている⁹⁶⁾。

ゴースッチ裁判官（アリート裁判官同調）も反対意見⁹⁷⁾を述べ、上述の*Smith* 判決をめぐる二つの主張に応じて停止命令を破棄する救済を与えるべきであるとする。

五. 検討とコメント

1. 判例変更か

Roman Catholic Diocese はたしかに、*South Bay* および *Calvary Chapel* と対照すると、類似の事案で、ギンズバーグからバレットに裁判官の交代があった結果、その一票で結論が変わったように見える。これは、最高裁の構成の変化による判例変更なのか。そうだとすればあまりに身も蓋もないことになる。しかし、すこし慎重にみる必要がある。いくつかのレベルに分けて検討しておくことが適切である。

まず、そもそも、この種の緊急の救済のための判断が、どこまで先例性をもつか微妙なところがある⁹⁸⁾。それに加えて、*South Bay* ではロバーツの同意意見しか付されていなかったし、*Calvary Chapel* では反対意見しか付されていなかった。つまり、結論以外に、先例として拘束力をもっている法廷意見は存在していない。相対多数意見すら存在していない。「変

更」するという前提が、この意味では欠けているところがある。

以上に加えて、*Roman Catholic Diocese* でのロバーツの反対意見やヴァノーの同意意見が示唆しているように *Roman Catholic Diocese* を *South Bay* および *Calvary Chapel* と区別することは、たとえば人数制限が非常に厳しいことを捉えて、可能であるように思われる⁹⁹⁾。また、ゴースッチ裁判官の同意意見も言うように（三. 2. C）、新型コロナウイルス感染症の感染拡大が生じた初期に、どのような感染症であるかの知見が十分得られない状態である判断と、一定程度時間が経った後でそれなりの知見を踏まえて判断が出来る状況では、話が異なるということもありうるであろう。その意味では判例変更はない。

2. 今後の見通し

ただ、以上のことを述べた上で、ではあるが、*Roman Catholic Diocese* で示された各裁判官の意見の分布を見る限り、実質的には、*South Bay* でのロバーツ長官の補足意見から、*Roman Catholic Diocese* の裁判所の意見へと、最高裁の立場の変更があったとみることも、一定程度自然であることも否定しがたい。

その意味では、合衆国最高裁はここでの問題について、比較的厳しい審査をする立場をとったことになる¹⁰⁰⁾。このことは、*South Bay* でのロバーツ長官の同意意見、*Roman Catholic Diocese* でのソトマイヨール裁判官の反対意見にそれなりに説得力があることからすると、非常に印象的である。ここでの対立では、宗教が狙い撃ち的に取り出されていることから厳格審査を帰結するとみるかどうか判断の分岐点となっている。閉鎖されている映画館と比べるのか、食料品店と比べるのか。最高裁は食料品店と比べて厳格審査が必要であるとする。これに対して、AMA のアミカスなどを踏まえてソトマイヨール裁判官は反対意見（上述、三. 2. G）を述べており、この立場にも一定の合理性があると思われる。たしかに、ニューヨーク州が積極的にどれだけの正当化を行っているのかという問題

はあるのかも知れないが、緊急の手續において、なお全体像が見えず、かつ、終息の見込みがたたず、しかも現に多数の人命が脅かされているという事態について、どこまでのことを要求するべきなのかという問題もあるからである。

ただ、たしかに、*Roman Catholic Diocese* で礼拝所に課されている負担は重い。この点について、そもそも感染拡大を防ぐ方法は、人数制限を緩めた上でもありうるのではないかと問われれば、それはそうかという気はする。10人、25人という人数制限は、たしかに厳しい。ロバーツ長官はこの点を重視して区別をするつもりであろう。カヴァノー裁判官もややそれに近い。ただ、ロバーツ長官を含めなくても、5票が確保されているため、この点が、今後の判例の展開の中でどのように位置づけられていくのかは、注目される。*Danville Christian Acad., Inc.* でのアリート裁判官やゴースッチ裁判官の反対意見のように、学校が一律に不利益な扱いを受けているときに、宗教系学校と学校以外との比較から、中立的でない法による信教の自由の侵害であるとするのが一般的になるとすれば、この点について、厳格な審査の展開が広がっていく可能性がある。

この点で、1つの試金石になり得たのは、*Danville Christian Acad., Inc.* であったが、この決定は、知事の規制を差し止めなかった。ただ、これは、無署名の意見も言うように、タイミングの問題であることも大きく影響していると考えられ、少なくともこの決定について、その結論から、最高歳が再度考えを変えたとみることは適切ではない。しかしながら、*Roman Catholic Diocese* の射程がどこまで及ぶのかは、なお、流動的である。いずれにせよ、各州の規制当局は、従前よりも、信教の自由、とりわけ礼拝の制限が問題になる場合について、パンデミック下ではあるが、慎重な判断を求められることとなった。

3. 宗教の位置づけをめぐる

なお、ゴースッチ裁判官の *Roman Catholic Diocese* での反対意見は、

上に見たように（上述，三，2．C），宗教をエッセンシャルではないとすることに反発している。信教の自由を強調することについては，リベラル派の論理を用いた保守派の権利擁護として「人権の武器化」という否定的な評価もあるようである¹⁰¹⁾。エッセンシャルとされたものと，厳しい制限を受けている礼拝所と，閉鎖されている映画館等との取扱いの差の説明が，どの程度，感染防止という観点から，科学的・合理的につくのかという観点からみられるべきもので，ことさらに信教の自由の制限であるとか宗教に対する差別的取り扱いとみることには，ソトマイヨール反対意見のように批判をする立場もある訳である。ただ，後者の立場も十分理解できることを前提とした上で，ゴーサッチの指摘には重要なことも含まれていることも確認しておきたい。不要不急の外出は控えて下さい，と言われるが，宗教は不要不急であろうか。宗教が，直接生命の維持に関わる医療の提供や，飲み水や食料品といった衣食住の基本的な物資の提供と同じ意味で，全ての人にとってエッセンシャルと言えるかと言えば，そうではないであろう。しかし，宗教は，それを真剣に信ずる人々にとってはそれなくしては生きられないもの，生きていくことに意味がないもの，である。宗教の求める規範について，危機の状況下で，柔軟な対応をする寛容の心が，いずれの宗派の人にも求められるであろう。しかし他方で，真剣に宗教を信ずるわけではない多数派が（わが国はそういう社会であろう），宗教などあってもなくてもいいものだという前提で，危機の状況下の対応を進めることは，信教の自由を保障する日本国憲法にふさわしい対応とは言い難いことは確認しておきたい。

4. 日本での議論のために

いま，信教の自由に関して，日本国憲法に言及したが，一般論としては，規制は，科学的な認識に基づいて合理的に課される必要最小限度のものでなければならず，その判断に際しては，最善の努力を前提として，入手可能な科学的知見を踏まえることが必要であろう。科学的な知見は時の

経過とともに正確な、精度の高いものになっていくと通常は想定される。パンデミックの初期と、およそ1年後の今とでは、我々の認識は大いに異なっている。果たして、日本の裁判所が、*Roman Catholic Diocese* と同様の事件に直面した場合¹⁰²⁾どのように判断するべきなのであろうか。

あまりにも当たり前であるが、緊急事態にあっても、可能な限り制約の正当化を求め、それができないなら違憲とすることは裁判所によって重要な役割である。緊急事態だという雰囲気流されて、過剰な制約を無批判的に正当化することがあってはならない¹⁰³⁾。その前提の下で、であるが、他の理由によって区分が正当化されている限り、信教の自由に制限が及んでいるからといって、これを当然に厳格に審査する必要があるであろうか。網羅的に調べた訳ではないが、現在までの国や自治体からの要請について、祭礼等に言及しているものはあっても¹⁰⁴⁾、宗教的活動であることに着目した規制の方式は採られていないように見受けられる。ただし、制約の強度によっては別種の考慮が必要で、エホバの証人剣道実技訴訟¹⁰⁵⁾は、この観点から参考になると思われる。もっとも、新型コロナウイルス感染症の感染拡大による制限は、ある程度長期化するおそれは十分あるものの、恒久的なものではないことにも留意が必要であろう。

なお、アメリカでは、緊急事態における権利制約にあらがう裁判所が、右シフトした¹⁰⁶⁾、といわれるのは、最高裁の構成員の従来の色分けに従って記述すればそうなるかもしれないが、また、上のような武器化の文脈も存在するにしても、一般的にいえば異様な印象もある¹⁰⁷⁾。わが国で、緊急事態についての権利制約を認める憲法改正、あるいは法制整備をを求める声があるとして、これに逆らって権利保障を説く声が、右翼との指摘をうけることはまずあるまい。いずれにせよ、憲法改正などしなくても、権利制約は、真に必要であれば可能であるとともに、科学的知見を踏まえたものであることが必要である、ということにすぎない。もちろん、罰則を設けるのであれば、それだけ慎重な判断が必要である¹⁰⁸⁾。

その際、予防原則¹⁰⁹⁾についてどう考えるか、ということを抽象的に論

じることもちろん理論的には重要であろうが、現在の危機の状態を客観的に把握するとともに、問題となっているウイルスの特性を踏まえて、判断の時点で最善の努力をして得られる情報に基づいて、判断がなされることが重要である。今次のパンデミックは、パンデミックという言葉で我々が連想するような、目の前で劇症の患者が死んでいくというタイプのものではない。*Roman Catholic Diocese* は厳格審査を前提にしているが、わが国での規制が宗教を取り出してのものになっておらず、表現の内容規制その他にも該当しておらず、基本的には経済活動に対するものであるとすれば（入院の強制や、繰り返すが罰則については慎重な検討が必要ではあろうが）、そこまで厳格な審査は求められないであろう。最も厳しくて、薬事法違憲判決¹¹⁰⁾の基準が適用されることになるだろうか。また、同判決と対比される小売市場判決¹¹¹⁾との基準の使い分けが、少なくとも部分的には、裁判所の審査能力や、裁判所として必要最小限度性の基準を用いにくいことに求められるとすれば¹¹²⁾、ゼロリスクのみを追求する訳にはいかず、どこまでの犠牲を甘受しつつ、規制を行っていくかということが、とくに感染拡大の初期にはその獲得可能性に限界のあるウイルスに関する知見に基づいて判断されなければならないという、「事の性質」（薬事法違憲判決）が、あるべき判断枠組みを規定することになる。 *Roman Catholic Diocese* の反対意見のような審査のレベル、結論も、専門家の見解に基づいて規制の必要性が説明できるのであれば、少なくともある時点のものとしては、許容される余地はあると思われる。

なお、以上のことと関連して、どれほど強調しすぎてもしすぎることがないというべきなのは、透明性を確保することによって説明責任が果たされること、事後的な検証可能性が完全に確保されることの重要性である。関係の全てのレベルの会議は、即時に逐語的な議事録が公表される必要があるかどうかはともかく、すべて録音され、記録は系統的に保存され、事後的な検証に備えることが必要である。

また、補償についても、真に必要な規制が公平に課されるのであれば、

これまでの判例通説に従う限り、内在的制約として、憲法上は補償は不要であるはずである¹¹³⁾。ただし、この点については、補償が必要な場合があるとする有力な異論¹¹⁴⁾があることと、結局、特別の犠牲に当たるか否かの判断の核は平等だと思われるところ、一律に全業種の営業を禁止するような規制が必要な場合であればともかく、規制に濃淡が生じる場合、判断が難しいものとなることは否定できない¹¹⁵⁾。財政の悪化をどうするかという問題を一方で考慮しつつ¹¹⁶⁾、憲法上補償が必要かという問題とともに、政策目標の実効的な実現のためには、憲法上は不要な補償であっても行うことが有効であり得ること¹¹⁷⁾にも留意しつつ、検討が行われるべきだろう。

おわりに

裁判所による人権保障を確保しつつ、危機への適切な対応をはかることに、紋切り型の正解はないように思われる。筆者自身、日本で、規制を受け、また、所属する組織の運営に関わる場合には規制をする側に回ることがありつつ、新型コロナウイルス感染症の対策のために、なにを規制し(諦め)、なにを規制しない(諦めない)のか、一義的な正解があるとは思えない日々を過ごしている。その中で、他国のことについて、論評することには一段と困難を覚えるところ、本稿は、今次の緊急事態に対するアメリカ法のある側面を垣間見るものに過ぎず、わが国の事態に対する憲法的な検討については散発的な言及しかできていない。さらなる展開については今後を期したい。

- 1) Roman Catholic Diocese v. Cuomo, 141 S. Ct. 63 (2020).
- 2) これについては、後掲注(10)の記述を参照。
- 3) South Bay United Pentecostal Church v. Newsom, 140 S. Ct. 1613 (2020).
- 4) Calvary Chapel Dayton Valley v. Sisolak, 140 S. Ct. 2603 (2020).
- 5) 仰ぎ見る存在として後ろ姿を追いかけてきた市川正人先生とは、図らずも、このパンデミック下で、本稿の執筆・校正の全期間を通じて、家族以外では最もお目にかかる機会が

多いという親密な（？）ご縁をいただいている。にもかかわらず、本稿が、この間の裁判所の動静について事実関係を記述することをほとんど出ないものとなっていることについて、市川先生と読者諸賢のご寛恕を乞う次第である。

- 6) 以下、本稿では、injunction を差止命令と訳す。
- 7) *South Bay United Pentecostal Church v. Newsom*, 2020 U.S. Dist. LEXIS 86992 (S.D. Cal., May 18, 2020).
- 8) 緊急の手続の中での話なので、抗告と表現すべきかも知れないが、以下、さしあたり控訴で統一する。
- 9) *South Bay United Pentecostal Church v. Newsom*, 959 F.3d 938 (2020).
- 10) *South Bay*, 140 S. Ct. at 1613. なお、このような手続で最高裁の判断が下されるものが、本稿ではこの後も続いて検討の対象となるが、Stephen Wermiel, *On the Supreme Court's shadow docket, the steady volume of pandemic cases continues*, SCOTUSblog (Dec. 23, 2020, 3:16 PM), <https://www.scotusblog.com/2020/12/on-the-supreme-courts-shadow-docket-the-steady-volume-of-pandemic-cases-continues/> によれば、このようなシャドー・ドケット (shadow docket. 「影の事件表」とでもいうべきか) に属するものが今ではみなれた手続となっており、そこでは、訴訟関係文書の提出も口頭弁論も通常通りはなされないが、決定 (order) に付される判事の意見もかなりの長文となっている。

シャドー・ドケットという言い回しの初出は、William Baude, *The Supreme Court's Secret Decisions*, *The New York Times*, February 3, 2015 Tuesday のようである。

これらの決定では、理由付けは十分与えられず、深夜に発出されることもあり、どの裁判官が多数派で、どの裁判官が反対しているのかも分からないことがあるという。James Romoser, *Symposium: Shining a light on the shadow docket*, SCOTUSblog (Oct. 22, 2020, 12:15 PM), <https://www.scotusblog.com/2020/10/symposium-shining-a-light-on-the-shadow-docket/> 参照。

本稿では詳しく立ち入る余裕がないが、新型コロナウイルス感染症の感染拡大と刑事収容施設の関係、そして、大統領選挙の関係でも、この手続が多用されている。また、時間的な関係で、このような決定が、實際上極めて大きな意味をもつことがしばしばである。たとえばその一例として、イスラム教徒の入国制限が問題になった事案がある。これについては、拙稿、「トランプ政権初期の入国禁止措置と合衆国司法部」毛利透ほか編『比較憲法学の現状と展望 初宿正典先生古稀祝賀』（成文堂、2018年）479頁参照。なお、この拙稿（および後掲注（51）の拙稿）で扱った大統領令は、バイデン大統領の就任当日である2021年1月20日、最初の「宣言」(proclamation. ただし、大統領令 (Executive Order) は平等に関するものが先行して1つ発出されている) によって廃止された。Ending Discriminatory Bans on Entry to the United States, Proclamation 10141 of January 20, 2021, 86 FR 7005.

- 11) *South Bay*, 140 S. Ct. at 1613 (Roberts, C.J., concurring in denial of application for injunctive relief).
- 12) 本稿では stay を停止命令と訳す。
- 13) *South Bay*, 140 S. Ct. at 1613 (Roberts, C.J., concurring in denial of application for

injunctive relief).

- 14) 注(10)にみたシャドー・ドケットについて, James Romoser, Symposium: Shining a light on the shadow docket, SCOTUSblog (Oct. 22, 2020, 12:15 PM), <https://www.scotusblog.com/2020/10/symposium-shining-a-light-on-the-shadow-docket/> は, 停止命令 (stay) に関するものと説明するが, 本文の様に, また, 以下にもみるように, それには限られていないようである。
- 15) *South Bay*, 140 S. Ct. at 1613 (Roberts, C.J., concurring in denial of application for injunctive relief).
- 16) *Jacobson v. Massachusetts*, 197 U.S. 11 (1905). 天然痘ワクチンの接種義務に関する判決である。
- 17) *South Bay*, 140 S. Ct. at 1613-1614.
- 18) *South Bay*, 140 S. Ct. at 1614 (Kavanaugh, J., dissenting from denial of application for injunctive relief).
- 19) *Id.*
- 20) *Id.* at 1614-1615.
- 21) *Valley v. Sisolak*, 2020 U.S. App. LEXIS 20727 (9th Cir. Nev., July 2, 2020).
- 22) *Calvary Chapel*, 140 S. Ct. at 2603.
- 23) *Id.* (Alito, J., dissenting from denial of application for injunctive relief).
- 24) *Id.* at 2604.
- 25) *Id.* at 2605.
- 26) *Id.* at 2606.
- 27) *Id.* at 2607-2609.
- 28) *Id.* at 2609 (Gorsuch, J., dissenting from denial of application for injunctive relief).
- 29) *Id.* (Kavanaugh, J., dissenting from denial of application for injunctive relief).
- 30) *Id.* at 2609-2615.
- 31) 州知事の命令は, <https://www.governor.ny.gov/executive-orders> に掲載されている。以下, 本稿の本件の事実関係についての記載は, 本事案の最高裁決定を受けて後に下された控訴裁判所の決定, *Agudath Israel of America v. Cuomo*, 2020 U.S. App. LEXIS 40417 (2d Cir., Dec. 28, 2020) の1.B.を参照している。事件の全体像を理解するためにこれらの記述が必要と思われるところ, この決定より前の決定の事実関係の記載は, 迅速な決定のために極めて簡潔なものとなっているためである。ただし, なが裁判所の判断の基礎となっていたかという意味ではこの点は注意して扱う必要がある。
- 32) See Essential Business Guidance Related to Determining Whether a Business Enterprise Is Subject to a Workforce Reduction Under Executive Order 202.68, Empire State Dev., <https://esd.ny.gov/ny-cluster-action-initiative-guidance> (updated Dec. 15, 2020).
- 33) *Agudath Israel*, 2020 U.S. App. LEXIS 40417 at *7-8.
- 34) Governor Cuomo Updates New Yorkers on State's Progress During COVID-19 Pandemic, Off. of the Governor (Oct. 5, 2020), <https://www.governor.ny.gov/news/video->

- audio-photos-rush-transcript-governor-cuomo-updates-new-yorkers-states-progress-during-1.
- 35) Governor Cuomo Is a Guest on CNN Newsroom with Poppy Harlow and Jim Sciutto, Off. of the Governor (Oct. 9, 2020), <https://www.governor.ny.gov/news/audio-rush-transcript-governor-cuomo-guest-cnn-newsroom-poppy-harlow-and-jim-sciutto>.
- 36) *Agudath Israel*, 2020 U.S. App. LEXIS 40417 at *11-12.
- 37) *Id.* at *12-13.
- 38) See *Roman Catholic Diocese of Brooklyn v. Cuomo*, No. 20-cv-4844, 2020 U.S. Dist. LEXIS 192292, 2020 WL 6120167, at *1 & n.1 (E.D.N.Y. Oct. 16, 2020).
- 39) *Roman Catholic Diocese of Brooklyn v. Cuomo*, 2020 U.S. Dist. LEXIS 192292, at *9-10.
- 40) Tr. of Proceedings at 66, No. 20-cv-4834 (E.D.N.Y. Oct. 9, 2020). ここでは、*Agudath Israel v. Cuomo*, 2020 U.S. App. LEXIS 40417 (2d Cir., Dec. 28, 2020), at *14 によった。
- 41) *Agudath Israel of America v. Cuomo*, 980 F.3d 222, 228 (2d Cir. 2020).
- 42) *Id.* at 226-227.
- 43) *Id.* at 228 (Park, J., dissenting).
- 44) *Id.* at 229-230.
- 45) *Roman Catholic Diocese*, 141 S. Ct. at 63.
- 46) この決定の下された日付は、感謝祭を意識したものと思われる。
- 47) *Roman Catholic Diocese*, 141 S. Ct. at 63; *Agudath Israel v. Cuomo*, No. 20A90, 2020 U.S. LEXIS 5707, 2020 WL 6954120 (U.S. Nov. 25, 2020).
- 48) *Roman Catholic Diocese*, 141 S. Ct. at 65; *Agudath Israel*, 2020 U.S. LEXIS 5707, 2020 WL 6954120, at *1.
- 49) 以下、S. Ct が参照できないので、L. Ed. で示す。*Roman Catholic Diocese*, 208 L. Ed. at 208.
- 50) *Id.* 前出注(43)と本文参照。なお、決定が触れていることではないが、新聞報道によれば、「ユダヤ教指導者葬儀に多数 NY 市長現場急行、解散させる」という見出しの記事（毎日新聞2020年4月30日夕刊）があったり、ユダヤ教超正統派がニューヨークで数千人規模の結婚式を実施して市に罰金150万円を科されていたり（Liam Stack, Organizers of Wedding Fined for Covid Laxity, The New York Times, November 25, 2020 Wednesday）、ユダヤ教超正統派とニューヨークの当局との緊張関係は先鋭化しているようにもみえる。
- 51) *Roman Catholic Diocese*, 208 L. Ed. at 208. 最高裁は、この点で、大統領令がイスラム教徒の入国制限ではないかと争われた *Trump v. Hawaii*, 138 S. Ct. 2392 (2018) において問題になった制限が、文面上中立であったことと異なると指摘している。*Roman Catholic Diocese*, 208 L. Ed. at 208. 入国制限の事案については、前出注(10)の拙稿とともに、その続編である拙稿「トランプ政権のテロ対策を理由とする入国禁止措置と合衆国最高裁：トランプ政権初期の入国禁止措置と合衆国司法部・その後」同志社法学72巻4号（故 竹中勲教授追悼号）541頁（2020年）参照。
- 52) *Roman Catholic Diocese*, 208 L. Ed. at 208-209.
- 53) *Roman Catholic Diocese*, 208 L. Ed. at 209 n.2. 最高裁は、ここで、*Calvary Chapel* を

対面での礼拝を50名に制限したもの、*South Bay* をおなじく最大収容人数の25%または100人の少ない方に制限したものと捉えた上で、言及している。

- 54) *Roman Catholic Diocese*, 208 L. Ed. at 209.
- 55) Id. at 209-210.
- 56) Id.
- 57) Id. at 210.
- 58) Id. at 210-211.
- 59) Id. at 211 (Gorsuch, J., concurring).
- 60) Id. at 212.
- 61) Id.
- 62) Id. at 213.
- 63) Id. at 214.
- 64) Id. at 215 (Kavanaugh, J., concurring).
- 65) Id.
- 66) Id. at 216.
- 67) Id.
- 68) Id. at 215-216, 217.
- 69) Id. at 217.
- 70) Id. at 218 (Roberts, C.J., dissenting).
- 71) Id.
- 72) Id.
- 73) Id. 同僚裁判官から同僚裁判官に向けられた、苛烈に過ぎる非難に向けられたこの一節は、過度に党派的な裁判官批判に対し、ロバーツがトランプ大統領(当時)にさえ、驚くべき事に法廷外で、公然と反論したことを想起させる。参照、拙稿注(51)563頁参照。
- 74) *Roman Catholic Diocese*, 208 L. Ed. at 219 (Roberts, C.J., dissenting).
- 75) Id. at 219 (Breyer, J., dissenting).
- 76) Id. at 220-222.
- 77) Id. at 222 (Sotomayor, J., dissenting).
- 78) ソトマイヨールは、本件のような規制を行ったおかげで、現時点では教会は規制を受ける必要がなくなったのであって、再び感染が拡大したときに、そのような結果をもたらした規制を行えなくすることは不合理だと論じている。Id. at 222 n1.
- 79) *Roman Catholic Diocese*, at 223.
- 80) Id.
- 81) Id. at 223-224.
- 82) Id. at 224.
- 83) バレット裁判官の就任直前、ペンシルヴァニア州の大統領選挙の投開票をめぐる事件で、ロバーツ長官がリベラル派3人と同一行動をとっているために、辛うじて原審が維持された10月19日の決定(*Republican Party v. Boockvar*, 208 L. Ed. 2d 225, 2020 U.S. LEXIS 5181, 2020 WL 6128193)などがあり、この関係でもバレット裁判官の動向が注目

されたが、就任直後、10月28日の決定では、事案の処理の迅速のため、パレット裁判官は不参加で結論が変わらないまま維持されていた（*Republican Party v. Boockvar*, 208 L. Ed. 2d 266, 2020 U.S. LEXIS 5188, 2020 WL 6304626）。本件は、パレットが決定的な役割を果たした最初の例であるとされる。See Robert Barnes, Supreme Court relieves religious organizations from some covid-related restrictions, https://www.washingtonpost.com/politics/courts_law/supreme-court-relieves-religious-organizations-from-some-covid-related-restrictions/2020/11/26/305f0094-2fa6-11eb-860d-f7999599cbc2_story.html and Adam Liptak, Splitting 5 to 4, Supreme Court Backs Religious Challenge to Cuomo's Virus Shutdown Order, <https://www.nytimes.com/2020/11/26/us/supreme-court-coronavirus-religion-new-york.html>

なお、大統領選挙に関しては、本稿はこれ以上追いかける余裕がないが⁸⁵、12月8日の *Kelly v. Pennsylvania*, 2020 U.S. LEXIS 5986, 2020 WL 7221757, 11日の *Texas v. Pennsylvania*, 2020 U.S. LEXIS 5994, 28 Fla. L. Weekly Fed. S 617, 2020 WL 7296814 で法廷闘争的には決着をみた。その後の議会議場の混乱、大統領の弾劾訴追についても本稿は立ち入る余裕がない。

- 84) *Agudath Isr. v. Cuomo*, 2020 U.S. App. LEXIS 40417 (2d Cir., Dec. 28, 2020).
- 85) *Harvest Rock Church, Inc. v. Newsom*, 2020 U.S. LEXIS 5709, 2020 WL 7061630 (U.S., Dec. 3, 2020).
- 86) *High Plains Harvest Church v. Polis*, 2020 U.S. LEXIS 6098 (U.S., Dec. 15, 2020)
- 87) *Id.* (Kagan, J., dissenting)
- 88) *ROBINSON, KEVIN, ET AL. V. MURPHY, GOV. OF NJ, ET AL.*, https://www.supremecourt.gov/orders/courtorders/121520zr_j4el.pdf. See Amy Howe, Justices revive religious groups' attempts to block COVID-related restrictions in Colorado, New Jersey, SCOTUSblog (Dec. 15, 2020, 3:21 PM), <https://www.scotusblog.com/2020/12/justices-revive-religious-groups-attempts-to-block-covid-related-restrictions-in-colorado-new-jersey/>
- 89) *Calvary Chapel Dayton Valley v. Sisolak*, 2020 U.S. App. LEXIS 39266, 982 F.3d 1228, 2020 WL 7350247.
- 90) *Id.* at *6.
- 91) *Danville Christian Acad. Inc. v. Beshear*, 2020 U.S. Dist. LEXIS 221366 (E.D. Ky., Nov. 25, 2020).
- 92) *Ky. ex rel. Danville Christian Acad., Inc. v. Beshear*, 2020 U.S. App. LEXIS 37413, 2020 FED App. 371P (6th Cir.), 2020 WL 7017858 (6th Cir. Ky., Nov. 29, 2020).
- 93) *Danville Christian Acad., Inc. v. Beshear*, 2020 U.S. LEXIS 6104 (U.S., Dec. 17, 2020).
- 94) *Employment Div., Dept. of Human Resources of Ore. v. Smith*, 494 U. S. 872 (1990).
- 95) *Danville Christian Acad., Inc.*, 2020 U.S. LEXIS 6104, at *1-2.
- 96) *Id.* at *2 (Alito, J., dissenting from the denial of application to vacate stay).
- 97) *Id.* at *4 (Gorsuch, J., dissenting from the denial of application to vacate stay).
- 98) *Vetan Kapoor and Judge Trevor McFadden, Symposium: The precedential effects of shadow docket stays*, SCOTUSblog (Oct. 28, 2020, 9:18 AM), <https://www.scotusblog.com>

com/2020/10/symposium-the-precedential-effects-of-shadow-docket-stays/

- 99) ロバーツ長官は、2015年に京都大学で連続講義を行っているが、その席で、West Coastal Hotel Co. v. Parrish, 300 U.S. 379(1937) について、判例変更ではなく、事案が違ったのだと説明して、筆者を驚かせた。仮に上述の事情がなくとも、ロバーツ長官が、判例変更という説明をすることはありえないものと思われる。
- 100) もっとも、筆者はドイツ法に昏いが、2020年4月29日の連邦憲法裁判所の決定 (Beschluss vom 29. April 2020 – 1 BvQ 44/20) は、礼拝規制からの暫定的な救済の求めを認めているようである。ただし、その後、教会でのクラスターの発生も報じられ (<https://www.afpbb.com/articles/-/3284616>) ていたりもするが、ドイツの裁判所の判断を、適切な文脈の中で検討することは、筆者には手に余る。
- 101) 筆者はこの用語について、2020年11月に同志社大学とオンラインのハイブリッドで開催された関西アメリカ公法学会での、Our Lady of Guadalupe School v. Morrissey-Berru, 140 S. Ct. 2049 (2020) についての森口千弘会員の報告から教えられた。詳しくは、森口千弘「宗教への敵意——Smith Test と Masterpeice Cakeshop 判決——」同志社法学72巻4号(故 竹中勲教授追悼号) 607頁(2020年)、629–361頁参照。
- 102) ちなみに、日本では、そもそも規制がお願いベースに留まっていることもあり(曾我部真裕「立憲主義のあり方から見る『自粛か強制か』問題」判例時報2358号144頁(2020年)はこの緩やかな規制を緩やかに統制するものを「ゆるふわ立憲主義」と呼び、さしあたりこれで「行くしかないのではないか」とする。なお、尾形健「『新型コロナウイルス禍』の福祉国家——憲法研究者からみた『新型コロナと法』」法セミ2020年10月号56頁も参照。)、同種の訴訟は見当たらず、新型コロナウイルス関係の裁判で目に付いたものは、次の2種類である。一つは、Go To トラベルの事業実施の差しの仮処分の求めが退けられた東京地決令和2年7月20日判例集未登載である。参照、NHK NEWS WEB「『Go To トラベル』差し止め仮処分申し立て退ける決定 東京地裁」<https://www3.nhk.or.jp/news/html/20200720/k10012525241000.html>。もう一つは、受刑者が起こした人身保護請求である。「『感染対策改善を』大阪刑務所の受刑者、請求 新型コロナ」朝日新聞2020年10月29日朝刊。アメリカでも、刑務所については多数の訴訟があるが本稿では立ち入る余裕がない。Amy Howe, Court denies plea from Texas inmates to restore coronavirus safety measures pending appeal, SCOTUSblog (Nov. 16, 2020, 5:25 PM), <https://www.scotusblog.com/2020/11/court-denies-plea-from-texas-inmates-to-restore-coronavirus-safety-measures-pending-appeal/> 参照。
- 103) 筆者自身、わが国において、これまで通常は可能だった医療サービスを受けることが遅延し、各地で自宅療養者が死亡していることが報じられているという意味ではすでに医療崩壊を迎えているとも言いうる現状下で論じている本稿が、なんらかのバイアスを受けていないと断言する自信はない。他方で、そのような状況が、わが国の医療資源の限界から来ている、その意味でさしあたりは不可避なものなのか、あるいは他の事情と相俟つてのものなのか、専門的な判断を下す能力がない。この点も、規制の正当化に際しては問題になり得よう。危機を過剰に強調することにも警戒的である必要は常にある。
- 104) たとえば、内閣官房新型コロナウイルス感染症対策推進室長「11月末までの催物の開催

制限等について」（令和2年9月11日）は、祭り、花火大会、野外フェスティバル等について規制しており（1.（2））、この通知のこの部分は、東京都の、令和3年1月12日からの緊急事態措置に伴う催物の開催制限等においても用いられている（<https://www.bou-sai.metro.tokyo.lg.jp/1007617/1012710.html>）。

- 105) 最判平成8年3月8日民集50巻3号469頁。
- 106) Amy Howe, Justices lift New York's COVID-related attendance limits on worship services, SCOTUSblog (Nov. 26, 2020, 2:18 AM), <https://www.scotusblog.com/2020/11/justices-lift-new-yorks-covid-related-attendance-limits-on-worship-services/> は、類似の事件と異なる取扱いをした「明白な右シフト」とする。
- 107) ここにはもともと、合衆国が、「保守派」の裁判官が国旗焼却の処罰に反対することもある（Texas v. Johnson, 491 U.S. 397(1989)においてブレナン裁判官の法廷意見が5票を得ているのはスカリア裁判官が参加しているからである）国であるというわが国とのねじれがあるためでもある。いずれにせよ、従来の議論の文脈にとらわれすぎること事態の本質を見誤らせることに注意が必要である。
- 108) 2021年1月22日、入院拒否等に罰則を導入する特措法改正案が閣議決定され、国会に提出された。内閣官房 HP <http://www.cas.go.jp/jp/houan/204.html> 参照。ただし、修正について政府は前向きであると報じられていた（朝日新聞2021年1月23日朝刊など）ところ、特措法改正は、入院拒否や疫学調査拒否に関する刑事罰は削除して2月3日成立し、即日公布（令和3年法律5号）された。
- 109) 尾形・前出注（102）60頁は、学説上これについてコンセンサスが得られていないとし、特措法（2021年に検討されようとしている改正前のもの）による規制を前提とした上で、透明性の確保等をはかることが重要であるとする。
- 110) 最大判昭和50年4月30日民集29巻4号572頁。
- 111) 最大判昭和47年11月22日刑集26巻9号586頁。
- 112) 佐藤幸治『日本国憲法論〔第2版〕』（成文堂、2020年）338頁参照。
- 113) 同旨、「(考論 長谷部×杉田) コロナ対策、『罰則』と『自由』と」朝日新聞2020年7月26日朝刊【長谷部恭男発言】。参照、奈良県ため池条例事件・最大判昭和38年6月26日刑集17巻5号521頁。
- 114) たとえば佐藤・前出注（112）352頁。ただし、ため池条例の事案は、耕作地について、およそ永久に耕作ができなくなるという極めて強い制約であることに注意が必要である。
- 115) 本堂毅「コロナ禍での財産制限にかかわる科学的知見の不定性」判時2464号（2021年）119頁は、「特定業種に負担を求めざるを得ない場合がある」ことに言及する。なお、「調整金」に言及する小山剛「自粛・補償・公表——インフォーマルな規制手法」判時2460号（2020年）146頁も参照。
- 116) 参照、小黒一正「コロナ対策の財政的な歪みを示す短期国債の急増」ダイヤモンド・オンライン（2021.1.18掲載）<https://diamond.jp/articles/-/259860>
- 117) たとえば、高病原性鳥インフルエンザ発生に係る生産者支援対策等（農林水産省）では、殺処分された患畜・疑似患畜の評価額の全額が、家畜伝染病予防費として手当てされている。