

歴史主義と分離主義の対立？ — アメリカ政教分離の新機軸 —

Confrontation of Historicism and Separationism ? : Innovation of “Separation of Church and State” in the United States

山 崎 英 壽

YAMAZAKI Eiji

はじめに

アメリカ合衆国連邦最高裁判所は1980年にストーン判決⁽¹⁾において、十戒のコピーを公立学校の教室に掲示することとしたケンタッキー州法を修正1条の国教樹立禁止条項に反しており違憲と判断した。十戒が西洋文明の法制度や合衆国のコモンローの基礎として考えられるという世俗的な説明が付されていたとしても、十戒そのものはユダヤ教やキリスト教の神聖なる文書であることは明白であるから、ケンタッキー州法の立法目的は明らかに宗教的なものだけとしたのである。

この判決から25年。アメリカ合衆国連邦最高裁判所は二つの十戒に関する判決を下した。マックレーリー郡判決⁽²⁾では、ケンタッキー州における二つの郡の庁舎内に十戒が掲示されているのは違憲と判断された。しかし、ヴァンオルデン判決⁽³⁾では、テキサス州会議事堂前の庭におかれている十戒が彫られた石碑を合憲と判断した。この二つの判決は公共の場における十戒の違憲性が問題になった裁判でありながら、全く逆の結論に達した。二つの判決を分けたものは何であろうか。

一方の十戒が公共建築物の中、他方が外の庭だからという単純な理由ではなさそうである。十戒が中に入った方のマックレーリー郡判決では、スーター裁判官が法廷意見⁽⁴⁾を執筆し、これにスティーブンス、オコナー、ギンズバーグ、ブレイヤー各裁判官が参加している。さらにオコナー裁判官が同意意見⁽⁵⁾を述べている。それに対しスカリア裁判官が反対意見⁽⁶⁾を述べ、これにはレーンキスト長官とトーマス裁判官が参加し、ケネディー裁判官も部分的に参加している。ところが十戒が外にあったヴァンオルデン判決では、レーンキスト長官が法廷意見⁽⁷⁾を執筆し、スカリア、ケネディー、トーマス各裁判官が参加している。さらにスカリア裁判官とトーマス裁判官がそれぞれ同意意見⁽⁸⁾を、そしてブレイヤー裁判官が結果同意意見⁽⁹⁾を述べている。それに対し、スティーブンス、オコナー、スーター各裁判官がそれぞれ反対意見⁽¹⁰⁾を述べ、スティーブンス裁判官の反対意見にはギンズバーグ裁判官が、スーター裁判官の反対意見にはスティーブンス、ギンズバーグ各裁判官が参加している。

これらの意見の違いによって裁判官を分類してみると、レーンキスト長官、スカリア、トーマス、ケネディー各裁判官の四人が保守派グループを構成し、スーター、スティーブンス、オコナー、ギンズバーグ各裁判官の四人がリベラルグループを構成していると考え

られる。そしてブレイヤー裁判官がマックレーリー郡判決ではリベラル陣営に、ヴァンオルデン判決では保守陣営に組みしているという微妙な立場にある。これは、これまで考えられていた保守派のレーンキスト、スカリア、トーマス、リベラル派のステューブンス、スーター、ギンズバーグ、ブレイヤー、そして中道派のオコナー、ケネディーという理解とは若干異なった構成になっている。この違いはケネディー裁判官が保守派に組みしてしまったことを必ずしも意味するものではないし、ブレイヤー裁判官が中道的な役割を果たすようになったことも、またオコナー裁判官がリベラル派にすら替えしたことをも意味するものではないだろう。

では何を意味するのか。ここには裁判官の間での政教分離に関する理解の違いが反映している。それはこれまでの便宜供与派と分離主義派⁽¹¹⁾という理解の違いではなく、歴史主義と分離主義という、立場の違いをより明確に反映するものとなっている。さらにブレイヤー裁判官の分裂回避主義とでも言えるような立場の登場によって、政教分離をめぐる最高裁判決は複雑化の様相を呈している。これら二つの十戒判決は、政教分離の意味を考える格好の事例であるように思われる。本稿では二つの判決におけるそれぞれの意見を検討することによって政教分離のあり方を考え、合衆国最高裁の政教分離判決の行方とアメリカ社会について展望してみたい。

1 ふたつの十戒事件

(1) マックレーリー郡事件

1999年夏、ケンタッキー州のマックレーリー郡とプラスキ郡でそれぞれの郡庁舎内に十戒が掲示された。そこには出エジプト記も引用されていた。マックレーリー郡の十戒掲示は、郡議会の「十戒を庁舎内の往来の多いところに掲示せよ」という要求に応えたものであった。プラスキ郡では掲示の適否をめぐって論争があったものの、郡裁判官が司会を務めたセレモニーで十戒が掲示され、この司会者によって「これに添って生きるべきよき規範」といわれた。両郡で掲げられた十戒はよく知られた「汝殺すなかれ、汝姦淫するなかれ、汝盗むなかれ……」というものである⁽¹²⁾。

1999年11月、ACLUケンタッキー支部はこれらの十戒の掲示は憲法修正1条国教樹立禁止条項違反であるとして連邦地裁に訴えた。これに驚いたのか、各郡は十戒の修正版とでもいえるような掲示変更を行った。それは、十戒を成文化したものがケンタッキー州の民刑法であるとか、建国の父たちが神をアメリカの力の源と考えていたなどの説明書きである⁽¹³⁾。それにもかかわらず、連邦地裁は仮差止命令によりこれらの十戒掲示を取り除くこと、およびいかなる郡当局も同様の掲示を行ってはならないことを判示した⁽¹⁴⁾。

この直後に、両郡は再び掲示の変更を行った。今度は「マグナ・カルタ」や「独立宣言」、「メイフラワー・コンパクト」、「権利の章典」、アメリカ国歌の歌詞、ケンタッキー州憲法前文等を掲示したのである⁽¹⁵⁾。ACLUはこの第三の掲示に対する追加禁止命令を求めて再び提訴した。連邦地裁は、第三の掲示もその前のものと同様に違憲であると判示した⁽¹⁶⁾。郡の宗教的目的を認めたのである⁽¹⁷⁾。

両事件は統合控訴により第6巡回区控訴裁判所に係属することになった⁽¹⁸⁾。ここでは判断は分かれた。クレイ裁判官は掲示内容に宗教をエンドースする不適切な目的と効果を見いだし⁽¹⁹⁾、ギブソン裁判官は目的基準に反するとして同意した⁽²⁰⁾。これに対してライアン裁判官

はレモンテスト自体を批判し、さらにレモンテストを使ったとしても、これらの掲示は不適切な宗教目的を反映していないし、政府が宗教をエンドースすることを伝えてしまうような効果もないとして反対意見を述べた。⁽²¹⁾しかし、結局、地裁判決は維持されることとなった。

これを受けて最高裁判決となったのだが、最高裁判決を見ていく前に、もう一つの最高裁判決で問題となった事件について見てみることにする。

(2) ヴァンオルデン事件

ここで問題となったのは、テキサス州会議事堂前の庭に置かれた縦6フィート、横3.5フィートの十戒石碑である。州会議事堂を取り囲む22エーカーの土地には17の記念碑と21の歴史的標識があった。これらの中に問題の石碑はあったわけである。この石碑には十戒の文面だけではなく、アメリカ国旗をくわえたワシ、ピラミッドからのぞいた目、ダビデの星なども彫られている。そして最も下部には、この石碑が1961年にテキサス州の人民および若者のためにイーグルスという愛国者団体から寄贈された旨が記されていた。⁽²²⁾

さて、原告となったヴァンオルデン氏は弁護士資格を持つオースチン市民である。1995年以来、彼はテキサス州最高裁の法律図書館へ通い始め、そこでこの十戒石碑と遭遇することになったというわけである。⁽²³⁾2001年に彼は、当該石碑が州会議事堂前の庭に置かれていることは国教樹立禁止条項違反であり、これを除去すべきであると主張して提訴した。⁽²⁴⁾テキサス州西地区地方裁判所はレモンテスト⁽²⁵⁾の目的・効果に照らして、テキサス州議会が当該石碑を受け入れ、設置した目的は、イーグルスの少年犯罪を減らそうという努力に報いるという世俗目的であり、客観的観察者はその石碑を宗教エンドースするものと見誤ることはなく、除去するほどのものではないと判示した。⁽²⁶⁾

第5巡回区控訴裁判所も全員一致の判決で、目的と効果に照らしてヴァンオルデン氏の主張を退けた。⁽²⁷⁾42年もの間、この石碑はなんらの法的論争を引き起こすことなくオースチン市に立っており、この事実が十戒を展示することは世俗目的をもってのことであるという州の主張を支えているというのである。⁽²⁸⁾

この判決を受けての最高裁判決となったのである。

(3) 二つの事件の共通点と相違点

合衆国憲法修正1条は、国教樹立にかかわる法律の制定を禁止している。これは具体的な法律制定だけではなく、国教樹立にかかわることになる政府の行為をも禁止したものと理解されている。そこで政府と宗教のかかわり方によって、国教樹立にかかわったことになるのか否かが問題となってくるのである。

両判決で問題になったのはいわゆるモーゼの十戒である。キリスト教社会における行為基準となっているであろうこの十戒は、特定宗教と結びついたものであることは明らかである。この十戒が公共施設の中に掲示されていると政教分離違反になるのか、あるいは公共施設の中に掲示されているけれども政教分離違反にならないのか。これが今回の二つの事件で争われることになった問題である。

問題の十戒は、マックレーリー郡事件では公共施設の中に掲示されており、ヴァンオル

デン事件では議事堂前の庭に設置されている。しかしこの差は判決内で言及されていないことから、決定的問題となっていないと思われる。

マックレーリー郡事件の十戒は、単独ではなくその他の世俗的歴史的文書や説明書と並べて展示されている。ヴァンオルデン事件の十戒はかなりの広さをもつ庭に点在する歴史的伝統的モニュメントの一つとして設置されている。単独の設置ではないという点からすると、この二つの十戒の置かれた環境に決定的な違いがあると評価することはできないであろう。

実際にこの二つの事件の評価を分けたのは、十戒を設置することの目的効果である。マックレーリー郡事件ではエンドースするという目的効果が認められ、ヴァンオルデン事件ではそれがないとされた。控訴裁判所レベルでのこの違いを決定づけたのは、ヴァンオルデン事件における十戒が設置されている期間の長さであったということが出来る。十戒石碑が42年間議事堂の庭に存在し続けてきたという事実が、当該十戒の世俗目的を認定する決め手となったのである。これに対してマックレーリー郡事件では十戒の掲示から約3ヶ月で政教分離違反の提訴がなされている。この時間的差異を決め手とすることには、政教分離がそもそも何なのかという重要な問題が内在しているといえよう。そこで、この二つの判決における合衆国連邦最高裁裁判官たちの意見の中で政教分離がいかに扱われているかを見ていくことにしよう。

2 歴史主義

(1) 歴史主義は政教分離を定義しない

合衆国政教分離は何を禁止しているのか。歴史主義はこれになんらかの回答を与えているとは思われない。アメリカ社会において宗教の果たしてきた役割を強調することによって、政府の宗教との関わりを世俗化する議論といってよいだろう。私たちは1983年のマーシュ判決⁽²⁹⁾および1984年のリンチ判決⁽³⁰⁾におけるバーガー長官の法廷意見にその原点を見ることができる。

マーシュ判決というのは、ネブラスカ州議会の開会を州の費用で雇った牧師によって行われる祈祷で始めることが、国教樹立禁止条項に反するか否かが争われた事件である。この判決は1971年のレモン判決以来、初めてレモンテストを適用しなかった事例となった。レモンテストを適用しないでどう判断したかということ、立法府その他の公的な場における祈祷が受け入れられてきた長い歴史に照らして、この公費による祈祷を合憲としたのであった。

バーガー長官によるその理由とは、そもそもこの事件で違憲判決を書いた下級審裁判官でさえ、それぞれの開廷時に「神よ、合衆国とこの名誉ある裁判所を救いたまえ」⁽³¹⁾という文言を聞いたはずだとか、憲法制定会議では祈祷は行われなかったけれども、1798年にはすでに開会時に祈祷を行う牧師に公費を支出する法律が制定されていたとか、200年以上にわたって祈祷で議会を始める慣行は合衆国の社会構造の一部になっているとか、この慣行が国教樹立禁止や信教の自由と共存してきた等々であり、バーガー長官はそれらがこの国の人民の間に広く保たれている寛容の信条なのであるとした。

リンチ判決で問題となったのは、ロードアイランド州ポータケット市において市当局が公金を支出して、キリスト生誕の飾りを含むクリスマスディスプレイを商業地区の中心部

にある公園でのクリスマス休暇のお祝いとして行ったことが国教樹立禁止条項に反するか否かである。

ここでもバーガー長官は歴史分析を展開している。彼によれば、少なくとも1789年以来、アメリカ的生活における宗教の役割は政府の三部門全てによって公的に認められてきたという歴史が存在するという。独立よりもはるか以前の植民地時代から、感謝祭は神からの贈り物としての収穫に感謝する宗教的祝日として祝われてきたとか、クリスマスも感謝祭も宗教的意味で国民の祝日とされているとか、国民的標語の“In God We Trust”や、アメリカ国旗への忠誠の誓いとしての“One nation under God”などがその例だとされる。そして問題となった展示は、祝日を祝い、その祝日の起源を描くために市によって行われたものであり、これは正当な世俗目的であると判断したのである。

少しだけレモンテストに配慮したように見せかけた「世俗目的」に言及しているが、アメリカ社会において宗教、特にキリスト教が受け入れられてきた歴史に鑑みて合憲の判断をしているだけである。政教分離がいかなる意味を持ち、何を禁止し、どのような価値を守ろうとしているかということからはここからは見えてこない。そこにあるのはアメリカ社会の多数派を占めるであろうキリスト教に対する配慮である。多数派に対する配慮が政教分離の本来の意味と両立するかは先の検討課題となろう。それはともかく、これらの二判決がバーガーコートにおける歴史分析による政教分離判決であった。この「伝統」を受け継いだと思われるのが、今回の二つの十戒判決におけるレーンキスト長官とスカリア裁判官である。

(2) レーンキストの歴史主義——Van Orden 判決の法廷意見

ヴァンオルデン判決においてレーンキスト長官は、国教樹立禁止条項を適用するにあたって、二つの事柄を指摘した。一つは合衆国の歴史を通じての宗教と宗教的伝統の演じた強大な役割であり、今一つは宗教問題への政府介入がそれ自体、宗教的自由を危険にさらすという原理である。⁽³²⁾この判決においても、合衆国の諸制度は神の存在を前提としているということ、つまり国家的伝統と、これらの諸制度が宗教的戒律を市民に押しつけてはならないということ、つまり政教分離という解決困難な二つの原理に直面しているという。そしてこれらの二側面を調和させることによって要求されるのは、政教分離を維持する責任を放棄することでもなく、政府を宗教的伝統から遠ざけることにより宗教に対する敵意を示すことでもないとした。⁽³³⁾

レーンキスト長官が宗教の歴史的伝統と政教分離を対等なものとして並べていることには注意が必要である。修正1条の国教樹立禁止条項がそもそも後者のことをいっているにもかかわらず、宗教的伝統を持ち出すことは国教樹立禁止をはじめから弱めるために機能することになるからである。国家の宗教的伝統をいったときには、この時点で多数派の宗教を意識することになる。伝統に至るまでに多数者によって信仰されてきた宗教からさえ政府は距離をとるということが政教分離の本来のあり方であろう。宗教的伝統に配慮するのであれば、それは多数派宗教の公定化への一手手前でしかない。

便宜供与派の側から宗教に対する敵意が言及されることがある。⁽³⁴⁾厳格な政教分離は宗教に対する配慮を一切しないと考えられているからである。政教分離を厳格に貫くと個人の宗教活動と抵触する場合がでてくるのは確かである。しかし、政教分離だけが憲法上の宗

教規定ではなく、必ず信教の自由、合衆国憲法流にいうと自由な宗教活動がセットになっている。このことの意味を重要視しなければならない。政教分離を厳格に貫くことと信教の自由を保障することの折り合いが求められているのであって、政教分離と宗教的伝統のそれが求められているのではない。個人の信教の自由が侵害されるときに国家がなんらかの配慮をすることは、信教の自由の問題であって政教分離の問題ではない。特定の宗教そのものに対して配慮することが政教分離問題を生じさせるのである。宗教的伝統に配慮すること自体が、ただ一つの宗教に対する配慮となることを軽視してはならない。

レーンキスト長官はさらに、ワシントン大統領が感謝祭宣言で神に言及したとか、最高裁がかつて州議会開会時の牧師によるお祈りに公費支出することを合憲としたとか⁽³⁵⁾、十戒にその起源をたどることのできる日曜日休業法を合憲とした⁽³⁶⁾など、合衆国の歴史といくつかの裁判例から、アメリカ国家の伝統における神の役割を強調している⁽³⁷⁾。その上で州会議事堂の庭に置かれた十戒について判断するのであるが、そこでは十戒の宗教的重要性を認識しながら、その歴史的意味を重視し、単に宗教的内容を持っていること、あるいは宗教的教義と一致するメッセージを促進することだけでは国教樹立禁止条項に抵触するものではないとした⁽³⁸⁾。

そうなると残された問題は、かつて最高裁が公立学校の教室に十戒を掲示することを違憲と判断したストーン判決との折り合いをどうつけるかということになるが、これについては小中学校においては国教樹立禁止条項の遵守を特に用心深く監督してきた事実に言及しただけで、ストーン判決は州会議事堂の庭にまで拡大されるものではないと切り捨てたのである⁽³⁹⁾。

レーンキスト長官はレモンテストを忌避することにより、そして歴史的伝統を強調することによりテキサス州の十戒石碑を政教分離に反しないとした。レモンテストを適用すれば宗教教義としての性格を有する十戒の石碑は、十分に宗教促進の効果を持つと判断されるであろう。それ故に、レモンテストは彼の立場からするとどうしても避けなければならないものなのである。彼の言うとおりに、最高裁の政教分離判決が全てレモンテストを使って判断されてきたわけではないし、また、それはわが国で考えられているほど万能ではない。しかし、レモンテスト以外の判断基準として最高裁はエンドースメントテストや強制テストなどを使用してきた。何かしらの裁判基準がこれまでの政教分離判決で適用されてきたのである。歴史的伝統を重視するレーンキスト流政教分離判断にはこのような基準はない。政教分離違反となるか否かの基準がないということは、政教分離の内容を議論せずに判断することが可能となるというわけである。この歴史主義が最高裁の今後の政教分離判決におよぼすであろう影響、それ以上にアメリカ社会に与えるインパクトは宗教的寛容とは相容れないものになりそうである。この国の宗教的伝統に従う者と抗おうとする者との間の線引きが容易になることにより、「国家の敵」が作り出されることを案じるのは考えすぎだろうか。

(3) スカリア裁判官の歴史主義—— McCreary County 判決における反対意見

歴史主義のもう一方の雄、スカリア裁判官にも聞いてみることにする。

マックレーリー郡判決におけるスカリア裁判官の反対意見は、2001年9月11日のツイントワーテロに関するブッシュ大統領の演説が「神よアメリカを救いたまえ」で終わって

いることに言及している。そして政教関係モデルとしてフランスと合衆国を比較し、パブリックフォーラムから厳格に宗教が排除されるフランスモデルとアメリカモデルは全く異なっているとす。異なっていることの証として、彼はアメリカの歴史的事実を引き合いに出す。ワシントン大統領が大統領宣誓を「神よ我を救いたまえ」で締めたとか、ジョン・マーシャル長官時代の最高裁が「神よ合衆国とこの名誉ある裁判所を救いたまえ」で開廷したとか、第一回連邦議会が会期をお祈りで始める慣行を始めたとか、国教樹立禁止条項が権利の章典の一部として議論された同じ週に、上下両院において牧師に公費支出する立法が可決されたとか、修正1条が提出された後に、同じ連邦議会が感謝祭のお祈りにおいて「全能の神」に言及するよう大統領に要求したとか、ワシントン大統領が感謝祭宣誓で偉大なる神に言及したとか、同じ連邦議会が北西部条例を制定するとき、よき政府に必要なものとして宗教、道徳、知識が定められていたとか、修正1条それ自体が宗教に特別の保護を与えているなどである。⁽⁴⁰⁾

さらに彼は、現在においてもこの宗教に関する事実は変わっていないという。大統領宣誓は今でも「神よ我を救いたまえ」で終わるし、州や連邦の立法府の各会期は牧師のお祈りで始まり、裁判所の開廷は「神よ合衆国とこの名誉ある裁判所を救いたまえ」で始まるという。紙幣には国民的標語の“IN GOD WE TRUST”が印刷されており、忠誠宣誓には、我々が“a Nation under God”であるという認識が含まれている。⁽⁴¹⁾

スカリア裁判官は、これらの事柄が憲法違反であるとは憲法のどこにも書いていないし、アメリカ社会の歴史と伝統、および現在の状況と照らしてもあり得ないという。⁽⁴²⁾彼によれば、これらの事実からいえることは、唯一の創造主を認識することと宗教公定化とは別のことである。合衆国の主な三つの宗教、つまりキリスト教、ユダヤ教、イスラム教は全て一神教であり、これらは十戒が神によりモーゼに与えられたものであることを知っている。だから、十戒を顕彰することはキリスト教徒からイスラム教徒まで広い範囲の国民に認められており、特定の宗教見地を政府がエンドースするものと理解することはできないのだ、と結論する。⁽⁴³⁾

スカリア裁判官の政教分離の考え方は、合衆国憲法の国教樹立禁止を非常に狭く理解している。公の場で宗教に言及することが、場合によっては特定の宗教を援助、助長、促進する効果があることを無視して、歴史的伝統によって全て認められるとすれば、歴史的伝統のない宗教はどのように扱われるのであろうか。アメリカ社会において少数派の宗教はいっさい公の場で言及されることはなく、多数派の宗教と比べて差別的に扱われることになる。このことはレモンテストによっても、またエンドースメントテストによっても国教樹立禁止条項違反とされるものであろう。この歴史的に多数派を占めてきた宗教がその伝統ゆえに国教樹立禁止条項違反を免れるとすれば、国教樹立禁止条項違反となるのはどのような政府の行為であらうか。文字通り国教樹立あるいは公定化、ないしは特定宗教の強制にあたるものだけになってしまいそうである。

このスカリア裁判官がスミス判決⁽⁴⁴⁾の法廷意見の執筆者であることを忘れてはいけない。この判決で彼は、便宜供与を政治過程に委ねることは、広く従事されていない宗教行為を相対的に不利にするが、それは民主主義の避けることのできない帰結である、と述べている。多数派の宗教が多数者によって優遇されることがあるから、少数者の保護という観点から人権規定を読む限り、そのような多数派宗教優遇を禁止するのが政教分離の意味

であろう。スカリア裁判官の議論は、多数派の宗教優遇を歴史的伝統を根拠に国教樹立禁止条項から免除するものに過ぎない。

(4) スティーブンス裁判官の歴史主義批判——Van Orden 判決反対意見

ヴァンオルデン判決の反対意見においてスティーブンス裁判官は歴史主義に反論している。彼によれば、宗教領域における分裂と排除を避けるという政府の義務が国教樹立禁止条項と宗教活動自由条項の両方によって命じられているのであり、それは教会と州間の分離の壁を意味しているという。そしてもっとも基本的な原理は国教樹立禁止条項が宗教的中立性を要求しているということであり、それは政府が一つの宗教信仰を他よりも優先的に扱ってはならないということである。⁽⁴⁵⁾それと同時に無神論者に対する尊重も要求されている。⁽⁴⁶⁾つまり修正1条宗教条項によって保護される個人の良心的自由は、特定の宗教信仰を選択する権利と全く選択しない権利を実現しているということなのである。特定宗教を選択した者、および宗教を選択しない者の両方の見地から政教分離が禁止するものの評価をしなければならない。

スティーブンス裁判官は、十戒を設置することが少年犯罪を減らそうという意図で行われており、それ自体は世俗目的であると認めている。しかし、少年犯罪を減らすための世俗的な努力を十戒という宗教的な文書によって行うことは、宗教目的を世俗の努力に注入することになるという。国教樹立禁止条項の下では、あるいは政教分離原則の下では宗教的なものを通じて世俗的な目的を果たすことはできないのである。⁽⁴⁷⁾

さらにスティーブンス裁判官は次のようにもいう。もちろん、歴史の授業において、祖先の信仰心がアメリカ建国の礎となったということを公立学校で教えることは差し支えない。また、州が、盗むな、嘘をつくな、親に対して正直になりなさい、隣人の財産を尊重しなさいなどと、政府広報やテレビコマーシャル、または公的建造物の正面におかれた御影石のモニュメント（ヴァンオルデン事件のように）において市民に語りかけることに何ら問題はない。さらに、宗教的迫害から逃れるためにアメリカを選択し、イギリス国王からの独立を宣言し、新国家を設立するために、祖先の神に対する信仰が果たした重要な役割を説明する教育冊子を、州が生徒たちに配布することに問題はない。しかし、ここで問題となっている十戒は根本的にこれらとは異なっている。十戒はまさに宗教的文書だからである。⁽⁴⁸⁾

彼は宗教が合衆国の歴史の中で果たした役割を否定するわけでもないし、それを教えることを否定するわけでもない。それらを認めただうえで、宗教的文書を使用することを問題としているのである。つまり、歴史的事実と宗教的文書を切り離すことにより、宗教的中立性を維持しようとするのである。歴史的事実の中には、多数派の宗教が果たしてきた重要な役割があるが、そのことを教えることは現在の社会において多数派の宗教を優遇することにはならない。しかし、多数派の宗教が果たしてきた歴史的事実が、現在においてその多数派宗教に便宜を図ることを正当化するものではないのである。ここにスティーブンス裁判官の歴史と宗教的中立性を調和させ、厳格な分離を貫く態度を見て取ることができる。

さらにスティーブンス裁判官はスカリア裁判官の歴史主義を批判して次のように述べる。つまり、建国時代と現代のアメリカ合衆国との違いをスカリア裁判官は認識していな

いということである。スティーブンス裁判官によれば、合衆国創立者たちは国教樹立禁止条項の意味を、歴史主義者が考えているよりも、狭いものに考えていたというのである。当時、国教樹立禁止条項における「宗教」とはキリスト教の宗派を意味していた。だから修正1条が、「連邦議会は国教樹立にかかわる法律を制定することはできない」というとき、福音派、バプティスト派、あるいはカトリックという宗派が意識されていたのであって、ユダヤ教やイスラム教が含まれていたわけではなかった。⁽⁴⁹⁾歴史主義者であるスカリア裁判官が十戒のディスプレイを正当化するのに、キリスト教以外のユダヤ教やイスラム教に言及するのはそもそも合衆国の歴史に根差したものではないというわけである。

少なくとも建国時から100年間、アメリカ合衆国は宗教的国家ではなくキリスト教国家であった。だから当時の政治リーダーたちがキリスト教に言及するのは当然のことで、ここでは他の宗教が言及される前提は欠けているのである。国教樹立禁止条項の意味も、連邦が特定宗派を公定化して各州に押しつけてはいけないということの意味しており、それが後に修正14条によって各州に編入されて、現在のような政教分離理解となったのである。

これらのことを考えると、歴史主義的理解は現代アメリカ社会には合致しないと思われる。建国期以来のキリスト教国家アメリカ合衆国は、宗派とは地域によって多数派少数派はあったにせよ、キリスト教には違いなかった。だから政治リーダーたちが神に言及することは、当時のアメリカ国民にとって、修正1条の意味における国教樹立とは考えられてはいなかったのである。しかし現在は、アメリカ合衆国の宗教人口は多様化しており、キリスト教は相変わらず多数派を占めるが、ユダヤ教、イスラム教、その他の少数派宗教などが雑居している。そのような状況で歴史主義的理解を押し進めると、国教樹立禁止条項は「分離の壁」ではなく少数者に対する「排除の壁」になってしまう。⁽⁵⁰⁾現代アメリカ社会に求められている政教分離理解は、宗教的多元主義と宗教的寛容を軸とするものでなければならない。キリスト教国家アメリカは今や宗教的多元国家となった。当然、国教樹立禁止条項もそれにつれて読み替えられなければならないはずである。

歴史上キリスト教がどのように扱われてきたかにかかわらず、現在のアメリカ合衆国では宗教的中立性を実現することが修正1条の意味であり、それは建国期以来のアメリカ合衆国でキリスト教宗派間の中立性が求められていたことと平行である。かつてのキリスト教国家アメリカでは宗派の中立性、現在の多元的国家アメリカでは宗教的中立性。この中立性原理はアメリカ合衆国の歴史と憲法条文にしっかりと根ざしているのである。

3 強制テストへの配慮

(1) トーマス同意意見における強制テストへの配慮——Van Orden 判決

歴史主義に字数をとりすぎたかもしれない。歴史主義が政教分離の意味を狭めてしまいがちであるように、強制テストなる判断基準も同じ危険をはらんでいる。レーンキスト、スカリアと並んで歴史主義の第三の男トーマス裁判官が、強制テストに言及しているのはそれなりの意味がある。それはケネディー裁判官に対する配慮として表れる。

ケネディー裁判官は最高裁の中で、保守派とリベラル派に挟まれる格好で中道派を形成しており、彼をどちらの陣営が引きつけるかで判決の行方が左右されることになるのである。たとえばリー判決⁽⁵¹⁾やサンタフェ判決⁽⁵²⁾では、それぞれ学校行事や公立学校フットボー

ル試合時におけるお祈りを国教樹立禁止条項違反とする判決を導くのに、それらが強制的契機を有すると説明することによってケネディー裁判官をリベラル陣営の多数派に引き入れることに成功している。逆に保守派からすれば、強制はないということを証明する努力が必要となるわけである。

その役割を請け負ったのはトーマス裁判官であった。ケネディー裁判官の強制テストは、政府が宗教に対して何らかの便宜を図ったとしても、それが強制的契機とならない限り国教樹立禁止条項に反しないというものである。学校行事においてお祈りをする場合には、お祈りの宗教と異なった宗教を信じる生徒にとって、自らの信じていない宗教の活動に強制的に参加させることになるから、このような場合は国教樹立禁止条項違反になる。州会議事堂の庭に置かれた十戒の場合はどうであろうか。

トーマス裁判官は歴史主義というよりも原意主義の立場から検討している。彼によれば修正1条制定期には、禁止される国教樹立とは命令的な宗教の遵奉、あるいは牧師を支持するために強制される税金のことだという。そしてこれらとは無関係な政府の行為は、強制的な州の国教樹立ではない。⁽⁵³⁾

そしてこの見地から十戒を評価すると、テキサス州はヴァンオルデン氏に何かを強制しているわけではない。ヴァンオルデン氏はなにも立ち止まって十戒を読む必要もないはずだし、見る必要さえない。単に彼の通り道に十戒の石碑があったということは何ら強制を意味するものではなく、国教樹立禁止条項違反とはならない。⁽⁵⁴⁾そもそも原意に従えば、国教樹立禁止条項が禁止しているのは何らかの強制を伴うような宗教に対する政府の便宜供与であり、その点からすると強制テストは重要な役割を果たす。そして十戒はなにも強制していないので合憲になるというわけであった。

(2) 強制テストは何を意味する？

強制テストは、政府は宗教に対して何らかの便宜を供与しても良いと考える保守派にとって都合の良い違憲性判断基準である。宗教に対する便宜供与が学術的に明らかにされたのは、1985年のマッコネル教授によってであろう。⁽⁵⁵⁾彼によれば、便宜供与とは、個人や団体がその信ずる宗教上の行為を妨害されずに行うことができるようにすることを目的として、宗教を考慮する政府政策である。もし政府の行為が宗教的確信に基づく行為の障碍となっている場合には、これを取り除くことが必要であるとする。

例えば公立学校で特定の信者のためにお祈りのための時間を設けるとか、教会学校で行われる補習教育プログラムに公金を支出するとか、商店街にある市有地に公費でクリスマスディスプレイの飾り付けをするなどの行為は便宜供与であって、国教樹立禁止条項に反しないと考えるのである。なにが国教樹立禁止条項の禁止する政府の行為かといえば、便宜供与派は特定宗教の行為を強制するようなものであると答えるであろう。そのようなものであれば違憲の結果となるというのが強制テストである。

ある人が自分の信じていない宗教を強制されるという状況は、信教の自由が侵害されていることになるはずである。それは修正1条のもう一つの宗教条項である宗教活動自由条項が禁止している。そうすると国教樹立禁止条項と宗教活動自由条項は同じ政府の行為を禁止していることにしかならない。国教樹立禁止条項の意味を極限にまで狭めるとこのような結果になるだろう。

しかし国教樹立禁止条項の理解として、これが正しいとは思われない。国教樹立禁止条項が宗教活動自由条項と並んで規定されているのは、それぞれが別の重要な意味を持っているからである。宗教活動自由条項は個人の尊重という人権原理を土台に、宗教的に自律した個人と宗教的に寛容な社会をつくり出そうとするものであろう。それに対し国教樹立禁止条項は、政府の宗教に対する中立性を確保することによって宗教多元主義社会をつくり出し、そこでは信教の自由が守られ、さらに社会が宗教を理由に分裂しないこと、そして国家という一つの共同体を維持しようとするものであろう。欧米社会では宗教が理由となって内戦が起こったり、国内に存在できなくなって移民となるという歴史が繰り返されてきた。この経験をまさに体現した国家であるアメリカ合衆国が、信教の自由と政教分離をセットにして守ろうとしたものの重みを考えなければならない。そうだとすれば便宜供与を簡単に認めてしまうこと、そしてそのための審査基準としての強制テストを使うことは、修正1条全体の意味を希薄化することになってしまい、信教の自由は保障されていないが、特定の宗教が、それも多数派の宗教が便宜を図られ、少数派の宗教にはその機会もないという、なんとなく少数派宗教信者にとって居づらい社会を形成してしまう危険がある。そのことが、かつてのように血を見る争いに発展しないとしても、アメリカ社会を目に見えにくい社会分裂に導いてしまう可能性に目を向けるべきである。

ところでこの社会の分裂を回避するという政教分離の意義について、ブレイヤー裁判官の考え方が判決に重要なインパクトを与えた。それがどのようなものなのかを見てみることにしよう。

4 ブレイヤー裁判官の分裂理論

(1) ブレイヤーの同意意見——Van Orden 判決

ヴァンオルデン判決において十戒が合憲と判断されることになった鍵を握っていたのは、実はリベラル派と考えられているブレイヤー裁判官であった。ヴァンオルデン判決がマックレーリー郡判決と異なった5対4の結論となったのは、ブレイヤー裁判官がレンキスト長官に賛成する5人目の裁判官となったからである。彼だけが二つの十戒の違憲性判断について異なった側に立つこととなった。ヴァンオルデン判決で彼が保守派に与したのは、そこで問題とされた十戒石碑の彼なりの性質ゆえであった。

彼によればこの十戒石碑は宗教メッセージだけではなく、世俗のメッセージも伝えているという。そして十戒の置かれている状況から、テキサス州は後者の世俗的側面をメッセージとして送ることを意識している。そして40年間にわたって十戒石碑が当該敷地にあるということが示すのは、それが世俗の効果を持っているということである。⁽⁵⁶⁾40年間にわたりそこに存在し、一度も訴訟の対象になったことがないという事実は、当該十戒が宗教促進のためにそこにあると思う人はほとんどいないということの意味している。⁽⁵⁷⁾

これらの事柄は以前の十戒に関する最高裁判決とは区別されうる。ストーン判決⁽⁵⁸⁾では、十戒が置かれていたのは公立学校であった。公立学校は、感受性の強い若者が通う場であり、政府が政教分離に特別の注意を払わなくてはならない場所である。また、マックレーリー郡事件とも区別される。そこでは市庁舎の十戒ディスプレイの短い歴史が、それを掲げた人々の実質的な宗教目的と、それを見た人に宗教目的を認識させる効果を証明している。その短い歴史はまた、その宗教文書の世俗的インパクトを反映させようという政府の

努力だけでなく、宗教を促進しようという努力を示しているのである。これらの場合における十戒文書は、長く存在し続けているモニュメントが持っているのとは異なり、分裂事由があることを証明するというのである。ヴァンオルデン判決における十戒石碑は争われないまま二世代もそこに立っている。この事実が、当該石碑は分裂を生じさせるものではないという理解を可能とするわけである。⁽⁵⁹⁾このようなブレイヤー裁判官の考え方にはどのような問題が潜んでいるであろうか。

(2) 時間と権利侵害

ブレイヤー裁判官は、社会的分裂を生じさせるものが政教分離違反になるのであり、そうでないものは宗教的なものであっても政教分離の問題とはならないと考えているようである。しかし、政教分離の目的は、政治的分裂を引き起こさないことだけであっただろうか。

かつてレモンテストは、政府の宗教との関わりが、世俗目的で行われ、特定宗教を援助、助長、促進または圧迫、干渉するものでなく、宗教と政府の過度の関わりがなければ、国教樹立禁止条項に反しないとされた。またエンドースメントテストは、政府の宗教との関わりが、客観的観察者から見て宗教に対するエンドースとならないものであれば国教樹立禁止条項に反しないとされた。特にレモンテストはその目的・効果の認定においてかなり厳格に運用されており、それによる違憲判決は宗教に対する敵意という批判も表れるほどであった。しかしこれらのテストを用いた判決⁽⁶⁰⁾では、政府が宗教とかわることがそれ以外の宗教を信じている者の信教の自由を侵害することになり、これを避けることが政教分離の重要な目的であることが意識されていたといえよう。

それらに対して、ブレイヤー裁判官の分裂理論は一定の判断基準とはならない。基準を設けるよりも、一定期間訴訟が提起されなかったという事実が政府と宗教の関わり具合の合憲性を支えていると考えることになる。しかし、信教の自由、アメリカ風に言うと宗教的良心の自由という観点からすれば、この分裂理論は説得力を欠くものとなるだろう。

宗教的良心の自由は政教分離の重要な要素である。⁽⁶¹⁾この良心の自由は、宗教的に分裂した社会において危機にさらされることは考えられる。政府が特定宗教とかわることによって、その宗教を信じる者と他宗教を信じる者との間の分裂は、多数派宗教と少数派宗教の対立を引き起こし、そのことによって少数派の宗教的良心の自由が傷つくであろうと考えられるからである。しかし、宗教的良心の自由は、このような分裂が存在しない場合でも生じることがあることに注意しなければならない。

ブレイヤー裁判官は、この分裂が生じているかどうかを十戒石碑が訴訟なしに存在した時間の長さに基づいて判断している。⁽⁶²⁾十戒石碑が建立された後で違憲訴訟が即座に提起されれば、その宗教的モニュメントは社会に分裂をもたらしたことになるというのである。しかし、訴訟が長く提起されなかった場合に、ブレイヤー裁判官の言うような分裂が存在しないとしても、宗教的良心の自由が侵害される場合もあり得る。公的な場で長くつづいてきた宗教慣行が、その間、少数派の宗教的良心を害してきたかもしれない。その場合に、その少数派が訴訟を提起していないからといって、その宗教的良心の侵害もなかったと言いきることはできないだろう。言い換えれば、分裂が違憲の理由になったとしても、分裂がないことが即座に合憲の理由になるということではないということである。社会分裂を避けるということは国教樹立禁止条項の目的の一つであるが、この目的が満たされて

いたとしても政府の宗教との関わりが違憲となる場合もある。それは国教樹立禁止条項の別の目的、例えば宗教的良心の自由を守るといったことなどに触れる場合である。⁽⁶³⁾

このように考えると、彼の分裂理論は、彼の意図を離れて、宗教的良心の自由侵害を放置することになる可能性がある。テキサス州会議事堂の庭に置かれた十戒石碑は長年訴訟にはならなかった。しかし十戒を見て宗教的良心を侵害されたと感じた人が常に訴訟を起こすとは限らない。キリスト教が多数派のアメリカ社会の中で、訴訟を起こすために消費するエネルギーとリスクを避けようとするのがどちらかといえば普通の選択ではないだろうか。自由を侵害されたと感じたのならすぐに訴訟を起こしなさいと命じることは、少数派にとっては酷なことである。だからこそ、政府は宗教との関わりには慎重でなければならないのである。

5 分離主義

(1) スーター裁判官の目的重視レモンテストとエンドースメントへの配慮—— McCreary County 判決

保守派のレーンキスト、スカリア、トーマスに対するリベラル派のエースはスーター裁判官であろう。彼は政教分離に関しては明確に分離主義の立場をとり、リベラル陣営を牽引している。その点ではかつてのリベラル派分離主義者ブレナン裁判官の後継者といっていいたいだろう。分離主義は政府の宗教に対する中立性を維持することによって、宗教多元主義社会を維持し、宗教に対する寛容と宗教的良心の自由を実現しようとする。政府が宗教と関わる場合について判断するときは厳格な基準を用いることにより、よほどの場合でなければ違憲判断を下すことになる。そこでの判断基準に最高裁によって使われてきたのがレモンテスト⁽⁶⁴⁾であった。

マックレーリー郡判決の法廷意見はスーター裁判官によるものであった。彼は当然分離主義の立場からレモンテストを適用して判断しているが、これまでのレモンテストとは少し異なるアプローチを試みている。これまでのレモンテストを適用した裁判は、問題となった政府の行為が世俗目的を持つものであっても、特定宗教を促進する効果があるという理由で違憲の判断をする場合が多く、レモンテストの二番目の効果基準が重要な役割を果たしていた。しかしスーター裁判官はここでは一番目の目的基準に着目し、しかもここに客観的観察者の視点を導入するという方法をとったのである。スーター裁判官の新アプローチは何を意図して行われたのであろうか。

スーター裁判官はレモンテストの目的基準に触れないことを主張する議論に反発している。この議論によれば、真の立法目的はそもそも知り得ることのできないものだ⁽⁶⁵⁾。もしそれを理解しようとするならば、立法起草者の心を精神分析してみるしかないからである。しかしスーター裁判官は、真の立法目的ではなく、客観的観察者から見た立法目的が重要だと考える。真の立法目的が宗教的なものであったとしても立法起草者はそれを隠して議会に提出するだろうし、政府もその宗教的意図を隠して執行することができる⁽⁶⁶⁾。となると目的基準を適用して審査することは非常に困難なこと、あるいは不可能で意味のないことになる可能性がある。そこで彼は主観的な現実の立法目的ではなく、客観的に捉えることのできる立法目的を審査の対象として選択したのである。客観的に認識するためには、エンドースメントテストにおける客観的観察者の視点を導入する必要があった。

オコナー裁判官のエンドースメントテストはリンチ判決⁽⁶⁷⁾の同意意見において述べられたもので、国教樹立禁止条項が禁止する政府と宗教の関わりとは、客観的観察者から見て特定宗教をエンドース（支持の裏書きまたは是認と訳されることが多い）していると認められるような政府の行為である。このエンドースは当該宗教信者ではない者に対しては、彼等がアウトサイダーであり、政治的共同体の完全なメンバーではないというメッセージを送り、当該宗教信者には、彼等がインサイダーであり、政治的共同体において好ましいメンバーであるというメッセージを同時に伝えるものであるとする。さらに公立学校におけるお祈りや黙想時間を違憲としたジェフリー判決⁽⁶⁸⁾の同意意見においてオコナー裁判官は、公立学校でのお祈りや黙想時間を定めたアラバマ州法の目的は公立学校における任意のお祈りをエンドースすることだと判断した。州は、子どもたちはお祈りのための沈黙時間を利用すべきであるというメッセージを伝達し、または伝達しようとしてきたからである。

スーター裁判官はこのエンドースメントテストに配慮しつつ、目的基準の重要性を説いている。ここでエンドースメントテストに言及したのはオコナー裁判官に対する配慮であり、効果基準ではなく目的基準を軸にしたのは、それまでの政教分離裁判において効果基準が非常に厳しい審査基準として機能していたために、分離主義者以外の裁判官を説得するにはこれを外す必要があると考えたためであろう。5人目の裁判官を獲得するためには、分離主義者スーターといえどもブレナン裁判官ばりに効果基準で押しとおすことには躊躇せざるを得なかったというわけである。

レモンテストを厳格に適用するとき賛同を確保できるのは、スティーブンス、ギンズバーグ両裁判官だけだと思われる。プレイヤー裁判官はヴァンオルデン判決で分裂理論を展開したのではあるが、政府の宗教との関わりから訴訟までの時間が短いときには分離主義陣営に加わるとと思われる。中道派と目されていたオコナー裁判官は、80年代にエンドースメントテストを提唱したときに厳格なレモンテストを緩和する方向でこれを唱えていたので、彼女の票を獲得するためには効果基準の適用には慎重にならざるを得ず、しかもエンドースメントというキーワードを切り札として使用することになる。そして、先の主観的立法目的ではなく客観的立法目的を審査対象にすることによって、分離主義の厳格さを確保できるのである。スーター裁判官の戦略はここでは成功していると評価してよいだろう。

(2) 分離主義派の可能性

1985年のボール、アギラー両判決⁽⁶⁹⁾で当時の分離主義のエース、ブレナン裁判官がレモンテストを厳格に適用し、最高裁の立場が分離主義に傾いたかと思われるのとほぼ同時期に、先述のマーシュ、リンチ両判決はバーガー長官による歴史分析により便宜供与派による揺り戻しが測られている。そして今や、ブレナン裁判官の立場はスーター裁判官により、バーガー長官の立場はレンキスト長官によって引き継がれてきたといってもよいだろう。

この間に90年代の政教分離判決はレモンテストから離れつつあった。ブレナン、ブラックマンといったリベラル派裁判官の引退と、スカリア、ケネディーといった保守派あるいは中間派の裁判官の任命が最高裁判所内分離主義派の戦略に微妙な変化をもたらしたと考

えることはできないだろうか。ケネディー、オコナーといった中間派裁判官を取り込むことによって政教分離を厳格な方向へ引きつける必要が生じた分離主義派は、レモンテストを強調するよりもケネディー裁判官の強制テストやオコナー裁判官のエンドースメントテストに配慮するようになったのである。⁽⁷⁰⁾

今後の分離主義派はどのような戦略を採ることになるだろうか。オコナー裁判官の引退により、エンドースメントに配慮する必要はなくなったとあってよい。また保守派に近いと思われるケネディー裁判官を取り込むには、強制テストを改めていかに評価するかを考える必要もでくるだろう。その際にレモンテストの扱いをどうするかは難しい問題になる。マックレーリー郡判決での、スーター裁判官の客観的目的基準ともいえるレモンテストの改良は今後も踏襲できるものであろうか。あるいは、さらに改良されたレモンテストがスティーンズ裁判官あるいはギンズバーグ裁判官によって提唱されることになるのだろうか。場合によってはレモンテストの廃止も視野に入れた戦略が分離主義の側から提示されることになる。歴史主義に向かいつつある便宜供与派への対抗軸として、アメリカ合衆国政教分離の一方の伝統的立場として、分離主義はまだまだ可能性を残していることは確かであろう。

おわりに——政教分離判決の行方

2005年6月の二つの十戒判決の後、オコナー裁判官の引退とレーンキスト長官の死去が続いた。新しく任命されたのはロバート長官とアリート裁判官である。この二人が政教分離をめぐるどのような立場をとるのかは今のところ不明である。しかし、レーンキストを失ったことは保守派歴史主義者たちにとって大きな痛手となるはずである。彼等がブッシュ大統領によって任命された二人をどのように取り込んで、最高裁多数派を構成するのか。その際、中間派ケネディー裁判官をどのように説得するのか。場合によってはブレイヤー裁判官をも視野に入れなければならなくなったときに、これまでの歴史主義を貫くことができるかどうかも含めてスカリア、トーマス両裁判官のお手並み拝見といったところである。

リベラル分離主義派裁判官はスーター、スティーンズ、ギンズバーグ、ブレイヤーの各裁判官という構成は同じであるが、今後ブレイヤーの果たす役割に少なからず注目する必要がありそうである。彼が分裂理論にこだわり続けるのか、スーターが彼を説得するのか、いずれにせよ今後のキャスティングボードを握る可能性もでてきた。そして5人目の多数派に誰が加わることになるのか、そのことによって分離主義派の理論構成も変化せざるを得なくなるであろう。

政教分離判決と一括りにすることもできない。学校教育が問題となっている場合には、公立学校での宗教が問題になっている場合と、宗教系私立学校に対する援助が問題となる場合とで、これまでの最高裁判所の判例は異なっているからである。⁽⁷¹⁾また、学校以外の場面でも今回の十戒のような宗教シンボルの扱いが問題となる場合と、個人に対する便宜供与が問題になる場合で異なるからである。

最高裁判所裁判官たちの意見には、少なからずアメリカ社会の宗教理解が反映しているように思われる。神の国アメリカ合衆国として、何かにつけて“God”が言及されるアメリカのキリスト教国家的気分を代弁している歴史主義派の裁判官。インテリ流の宗教中立

性と少数派宗教の保護を代表する分離主義派の裁判官。その中間に便宜供与に親和的なケネディー裁判官が位置している。これらの裁判官がこれから様々な、そして微妙に異なる事例の政教分離裁判を担っていくのであるが、学校教育、テロリズム、大統領選挙などを横にらみに、アメリカ社会に少なからず影響を与えながら判例理論を精緻化させていくに違いない。今後の合衆国連邦最高裁判所からは目が離せないのである。

「神よこの名誉ある裁判所を救いたまえ」

注

- (1) *Stone v. Graham*, 449 U.S. 39 (1980).
- (2) *McCreary County v. ACLU*, 125 S.Ct. 2722 (2005).
- (3) *Van Orden v. Perry*, 125 S.Ct. 2854 (2005).
- (4) *McCreary County*, 125 S.Ct. at 2727.
- (5) *Id.* at 2746.
- (6) *Id.* at 2748.
- (7) *Van Orden v. Perry*, 125 S.Ct. at 2858.
- (8) *Id.* at 2864.
- (9) *Id.* at 2868.
- (10) *Id.* at 2873; at 2891; at 2892.
- (11) 拙稿「宗教に対する便宜供与—信教の自由と政教分離の一断面」憲法理論叢書第8号『憲法基礎理論の再検討』（敬文堂）75頁、「分離主義—政教分離と信教の自由における一つの行き方」都留文科大学研究紀要58集167頁、「分離主義から便宜供与へ—アメリカ合衆国政教分離の行方」都留文科大学研究紀要61集147頁、参照。
- (12) *McCreary County v. ACLU*, 125 S.Ct. at 2728.
- (13) *Id.* at 2729.
- (14) *ACLU of Ky. v. Pulaski County*, 96 F. Supp. 2d 691 (E.D. Ky. 2000); *ACLU of Ky. v. McCreary County*, 96 F. Supp. 2d 679 (E.D. Ky. 2000).
- (15) *McCreary County*, 125 S.Ct. at 2731.
- (16) *ACLU of Ky. v. McCreary County*, 145 F. Supp. 2d 845 (E.D. Ky. 2001).
- (17) *Id.* at 849-850.
- (18) *ACLU of Ky. v. McCreary County*, 345 F. 3d 438 (6th Cir. 2003).
- (19) *Id.* at 449,460.
- (20) *Id.* at 462.
- (21) *Id.* at 464-465.
- (22) *Van Orden v. Perry*, 125 S.Ct. at 2858. (2005).
- (23) *Id.*
- (24) *Id.*
- (25) See, *Lemon v. Kurtzman*, 403 U.S. 602, at 612-13 (1971).
- (26) *Van Orden v. Perry*, No. A-01-CA-833-H, 2002 WL 32737462, at4-5 (W.D. Tex. Oct. 2, 2002).
- (27) *Van Orden v. Perry*, 351 F. 3d 173, at 179-80 (5th Cir. 2003).
- (28) *Id.* at 181-82.

- (29) *Marsh v. Chambers*, 463 U.S. 783 (1983).
- (30) *Lynch v. Donnelly*, 465 U.S. 668 (1984).
- (31) “God save the United States and this Honorable Court.”see, Lawrence H. Tribe, *GOD SAVE THIS HONORABLE COURT*, New York: Random House, 1985.
- (32) *Van Orden v. Perry*, 125 S.Ct. at 2859.
- (33) *Id.*
- (34) See, Frederick M. Gedicks, *Public Life and Hostility to Religion*, 78 Va. L. Rev. 671 (1992).
- (35) See, *Marsh v. Chambers*, 463 U.S. 783 (1983).
- (36) See, *McGowan v. Maryland*, 366 U.S. 420 (1961) and *Braunfeld v. Brown*, 366 U.S. 599 (1961).
- (37) *Van Orden v. Perry*, 125 S.Ct. at 2861-62.
- (38) *Id.*, at 2863.
- (39) *Id.*, at 2864.
- (40) *McCreary County v. ACLU*, 125 S.Ct. at 2748-49.
- (41) *Id.*, at 2750.
- (42) *Id.*
- (43) *Id.*, at 2753.
- (44) *Employment Division, Department of Human Resources v. Smith*, 494 U.S. 872 (1990).
- (45) *Van Orden v. Perry*, 125 S.Ct. at 2875.
- (46) *Id.*, at 2876.
- (47) *Id.*, at 2878.
- (48) *Id.*, at 2879.
- (49) *Id.*, at 2885-86.
- (50) *Id.*, at 2887.
- (51) *Lee v. Weisman*, 505 U.S. 577 (1992).
- (52) *Santa Fe Independent School District v. Doe*, 530 U.S. 290 (2000).
- (53) *Van Orden v. Perry*, 125 S.Ct. at 2865.
- (54) *Id.*
- (55) Michael W. McConnell, *Accommodation of Religion*, 1985 Sup. Ct. Rev. 1 (1985).
- (56) *Van Orden v. Perry*, 125 S.Ct. at 2870.
- (57) *Id.*
- (58) *Stone v. Graham*, 449 U.S. 39 (1980).
- (59) *Van Orden v. Perry*, 125 S.Ct. at 2871.
- (60) See, *Allegheny County v. ACLU*, 492 U.S. 573 (1989), *Edwards v. Aguillard*, 482 U.S. 578 (1987), *Grand Rapids School District v. Ball*, 473 U.S. 373 (1985), *Aguilar v. Felton*, 437 U.S. 402 (1985).
例えばアリゲニー郡判決は、郡庁舎の中央階段に飾られたキリスト生誕シーンのディスプレイを違憲とする際に、ブラックマン裁判官はエンドースメントテストを採用し、宗教をエンドースする目的と効果に言及している。またエドワーズ判決では、公立学校で進化論を教えるには同時に創造説を教えなければならないとする州法を違憲とする際に、ブレナン裁判官は、法律は特定宗教信条を促進する目的を有し、宗教をエンドースするといっている。

- (61) フェルドマン教授によれば、良心の自由は宗教問題に関する憲法修正を提案した諸州によって切に望まれた中心的価値であり、国教樹立禁止条項が制定されたときにその土台となる目的であった。See, Noah Feldman, *The Intellectual Origins of the Establishment Clauses*, 77 N.Y.U. L.Rev. 346 (2002).
- (62) *The Supreme Court, 2004term* —— *Leading Cases*, 169 Harv.L.Rev.169, 254 (2005).
- (63) *Id.*, at 256-57.
- (64) See, *Lemon v. Kurtzman*, 403 U.S. 602 (1971). 本文で触れたように、このレモンテストは目的、効果、過度のかかわり合いという三基準の一つにでも触れた場合に違憲の判断がなされる厳格な基準である。この厳格さを加減していくと、エンドースメントテスト、強制テスト、分裂理論、歴史主義と徐々に便宜供与主義へと傾斜していくように思われる。
- (65) *McCreary County v. ACLU*, 125 S.Ct. at 2734.
- (66) *Id.*, at 2735.
- (67) *Lynch v. Donnelly*, 465 U.S. 668 (1984). See note 30.
- (68) *Wallace v. Jaffree*, 472 U.S. 38 (1985).
- (69) *Grand Rapids School District v. Ball*, 473 U.S. 373 (1985), *Aguilar v. Felton*, 437 U.S. 402 (1985). ボール判決では、ミシガン州のある学区で宗教系私立小中学校の生徒に対する、公費で雇った教員による普通科目の補習授業プログラム、及び私立だけでなく公立学校の生徒に対しても宗教系私立学校でその先生を公費で雇って普通科目の授業を行うプログラムの違憲性が争われた。ブレナン裁判官はプログラムの世俗目的を認定しつつ、宗教を援助、助長する効果があるとして違憲と判断した。ここで効果基準があてはめられた宗教助長の危険性は現実の危険ではなく危険可能性であり、その点でこの基準は非常に厳しいものと認識されてきていた。また、アギラー判決では教会学校に通う貧困家庭の生徒に公費で雇った公立学校の教師に補習授業をさせるニューヨーク市のプログラムを違憲と判断した。ブレナン裁判官は、このプログラムでとられていた宗教学校において公費で行われる授業が宗教的内容にならないよう監視するシステムが、政府と宗教の過度の関わりになるとして違憲と判断した。なお、アギラー判決は1997年のアゴスチーニ判決で覆された。See, *Agostini v. Felton*, 521 U.S. 203 (1997).
- (70) その一つの成果がリー判決 *Lee v. Weisman*, 505 U.S. 577 (1992) であろう。公立学校の儀式においてお祈りをするを生徒に対する強制になるがゆえに違憲であるとしたケネディー裁判官の法廷意見に、強制の契機について反論しつつもブラックマン、スター、スティーブンス、オコナー各裁判官が結論に同意している。また、ドー判決 *Santa Fe Independent School District v. Doe*, 530 U.S. 290 (2000) では、公立学校のフットボール試合に先立って行われるお祈りを違憲とする際に、スティーブンス裁判官がエンドースメントや強制に配慮した法廷意見を書いている。
- (71) 拙稿「分離主義から便宜供与へーアメリカ合衆国政教分離の行方」都留文科大学研究紀要 61 集 147 頁を参照。