

政教分離原則の検討枠組に関する一考察

——合衆国連邦最高裁判例解読の試みと併せて

門 田 孝

目次

- 第一節 はじめに——政教分離原則を考える視点
- 第二節 日本の最高裁による「目的効果基準」の意義と射程
- 第三節 合衆国連邦最高裁による国教樹立禁止条項に関する様々なテスト
- 第四節 再び政教分離原則を考える視点について

第一節 はじめに——政教分離原則を考える視点

日本国憲法の定める政教分離原則違反の有無が問題になった事例において、裁判所は、「目的効果基準」と称される判断基準を一貫して用いてきた。¹⁾ こうした目的効果基準は、合衆国憲法において政教分離規定に相当する国教樹立禁止条項を解釈する際に、連邦最高裁が用いた基準の一つである「レモン・テスト」に倣ったものと言われ

るが、日本で目的効果基準が一貫して用いられているのに対して、合衆国においては、常にレモン・テストが採用されるわけではなく、国教樹立禁止条項に関する法理は動揺していることが知られている。⁽²⁾ 本稿は、日本の政教分離原則の法理、とりわけ目的効果基準を再検討するための手がかりとして、同様の問題に関する合衆国の判例理論の一端を分析し、解読する作業を通じて、何らかの示唆を得ようとする一つの試みである。

合衆国の法理を分析するにあたり、本稿では特に、いかなる「問題」に対し、いかなる「基準」ないし「テスト」が、いかなる「理由」により用いられてきたのか、という点に留意したいと思う。日本の場合、判例がほぼ目的効果基準一辺倒であるのに対し、この「基準」に対する学説の評価は分かれている。多数説とされるのは、政教分離違反が問題になった事例で目的効果基準を用いること自体は肯定し、ただそれを厳格に適用すべきだとする立場であるが、その対極には目的効果基準そのものを否定的に評価し、他の基準をもって代えるべきだとする見解もみられる。⁽⁴⁾ これらのいわば中間にあって有力に主張されているのが、目的効果基準を全面的に否定するわけではないものの、その適用場面を限定しようとする考え方である。⁽⁵⁾ 本稿も、基本的にはこの最後の立場と同じ志向から、国家と宗教のかかわり方を類型化し、類型ごとに妥当な基準ないし考え方を模索しようとするものである。

それでは、政教分離原則が問題になる場面をどのように類型化すべきであろうか。ここでは、同じく「政教の関わり合いが問題となる多様な局面に応じて、関係する原理的諸要因を考慮しつつ、憲法の要請をより具体的に明らかにしていく必要⁽⁶⁾」を説くある論者の議論を参考に、筆者なりのアレンジを加えた次の三つの類型を立て、本稿のさしあたりの分析枠組としてと思う。すなわち、第一に、国家（以下「地方公共団体」も含む意味で用いる）が自ら宗教に関連する「行為」を行う場合、第二に、国家が宗教に関連した行為を直接行うわけではないが、何らかのかたちで特定の「宗教団体」と関わる場合、第三に、国家が特定の宗教の「信者」たる個人と関わる場合である。

これらは、国家と宗教に関する日本国憲法の規範構造をも念頭に置いたものであり、第一の類型は、国が「宗教的活動」を行うことを禁じた二〇条三項に、第二の類型は、宗教団体が特権を受け、または政治上の権力を行使することを禁じた二〇条一項後段、および宗教上の組織もしくは団体に公金等の支出・供用を禁じた八九条に、そして第三の類型は、端的に「宗教の自由」およびその内容として理解される二〇条一項前段および二項に対応している。「政教分離」の文脈で、「宗教の自由」に関わる第三の類型を立てることに異論もあろうが、両者は密接な関係に立ち、しばしば同一事件で併せて問題になることも考え一つの類型としておきたい。この手の議論の常として、これら三つの類型は、あるいは重複し、あるいは個々の事案がどれに該当するか判然としない場合もあり得ようが、ひとつの分析枠組としてなお意義を有するであろう。

以上の視点に立ち、以下では、日本の最高裁が用いる「目的効果基準」について触れた後に、合衆国憲法の国教樹立禁止条項を解釈するにあたり、連邦最高裁が用いた様々なテストを分析し、若干の考察を加えることとしたい。周知のとおり、政教分離をめぐる問題は、日本の憲法学において最もポピュラーなテーマの一つであり、これまで日本はもちろん合衆国の判例・学説をも素材とした多くの先行研究がみられることに鑑みるなら、今さらこの問題について論じることは、屋上屋を架すの感もなきにしもあらずだが、新たな分析枠組に立ったうえで、合衆国の判例を読み直し、改めて日本における政教分離の問題を考えるうえで参考にする⁷⁾ことにも、なにかの意図があるのではないかと思う。合衆国判例の分析をもとに得られるひとつの考え方として、本稿で提示するのは、宗教に関する国の「行為」が問題となった事例に関する限り、とりわけ歴史的視点に立った、行為自体の「性質」に照らした合憲性審査を経た後に、必要に応じて、いわば第二段階として「目的効果基準」による実質的な審査が行われるべきだというものである。

第二節 日本の最高裁による「目的効果基準」の意義と射程

津地鎮祭事件^⑧以来、日本の最高裁および下級裁判所が一貫して用いている「目的効果基準」についてはよく知られているところであるが、後の議論のために、ここでは以下の二点についてのみ確認しておきたい。

第一は、「目的効果基準」の意義、より厳密には、それがいかなる視点からどのような内容の「基準」として構成されたかに関するものである。津地鎮祭事件判決で示された政教分離に関する議論を、改めて解析するならば次のようになる^⑨。

①憲法は、二〇条一項後段、同条三項および八九条で、政教分離の原則に基づく諸規定（政教分離規定）を設けているが、「政教分離原則とは、……国家の非宗教性ないし宗教的中立性を意味するものとされて」おり、日本の歴史的・社会的条件を踏まえると「憲法は、政教分離規定を設けるにあたり、国家と宗教との完全な分離を理想とし、国家の非宗教性ないし宗教的中立性を確保しようとしたもの、と解」される。

②「政教分離規定は、いわゆる制度的保障の規定であつて、……国家と宗教との分離を制度として保障することにより、間接的に信教の自由の保障を確保しようとするものである。」

③もっとも、「現実の国家制度として、国家と宗教との完全な分離を実現することは、實際上不可能に近いものといわなければならず、「また、政教分離原則を完全に貫こうとすれば、かえつて社会生活の各方面に不合理な事態を生ずることを免れない」こと（例えば、私学助成、文化財である神社・寺院・仏像等の維持のための補助金、あるいは刑務所における教誨活動など）からすると、政教分離原則は、「国家が宗教とのかかわり合いをもつことを全く許さないとするものではなく、宗教とのかかわり合いをもたらず行為の目的及び効果に

かんがみ、そのかかわり合いが右の諸条件に照らし相当とされる限度を超えるものと認められる場合にこれを許さないとするものであると解すべきである。」

④ こうした政教分離原則の意義に照らせば、憲法二〇条三項で禁じられた「宗教的活動」とは、「およそ国及びその機関の活動で宗教とのかかわり合いをもつすべての行為を指すものではなく、そのかかわり合いが右にいう相当とされる限度を超えるものに限られるというべきであつて、当該行為の目的が宗教的意義をもち、その効果が宗教に対する援助、助長、促進又は圧迫、干渉等になるような行為をいうものと解すべきである。」

⑤ として「ある行為が右にいう宗教的活動に該当するかどうかを検討するにあつては、当該行為の主事者が宗教家であるかどうか、その順序作法（式次第）が宗教の定める方式に則つたものであるかどうかなど、当該行為の外形的側面のみにとらわれることなく、当該行為の行われる場所、当該行為に対する一般人の宗教的評価、当該行為者が当該行為を行うについての意図、目的及び宗教的意識の有無、程度、当該行為の一般人に与える効果、影響等、諸般の事情を考慮し、社会通念に従つて、客観的に判断しなければならぬ。」

右の諸命題のうち、①は政教分離原則の理念を、②は政教分離規定の制度的保障たる性格を論じたもので、本稿の分析とは直接の関係はない。残る③ないし⑤の諸命題のうち、どの部分をもつて「目的効果基準」と解すべきかは、実は必ずしも明らかではなく、問題になり得るが、ここでは、目的効果基準を採る理由を③に求め、「宗教的活動」の意義について述べた④、およびそれに該当するか否かの判断方法について述べた⑤の部分併せて、さしあたり「目的効果基準」として——厳密には「目的効果論」と言うべきであろうが——理解しておく。

右のような津地鎮祭事件判決の議論については、前節で示した視点も踏まえながら、以下の二点を指摘しておく。ひとつは、④および⑤から明らかのように、同判決において目的効果基準は、直接には憲法二〇条三項の禁じ

る「宗教的活動」との関連で——つまり宗教に関する国家の「行為」が問題となる場面で——語られていること、しかしながら、こうした基準を採る理由を述べた③の部分で、完全な分離を貫徹することから生じる不都合の例として挙げられているのは、私学助成、文化財への補助金、あるいは教誨活動など、国家が主体的に行う宗教に関する行為ではなく、むしろ国家と「宗教団体」あるいは「信者」との関わりが問題となる場面での事例であり、④および⑤と、③とは必ずしもストレートには結びつかないのではないかと、という点である。今ひとつは、しばしば指摘されるように、この基準の内容をなす、行為の「目的」、「効果」および宗教との「かかわり合い」といった諸要因の関係が必ずしも明らかではなく——右の③によれば、過度の「かかわり合い」の有無の判断材料として行為の「目的」および「効果」が挙げられているようにも読めるが、④では三者はむしろ並列的に言及されている——全体的に「基準」として不明確なものになっているのではないかと、という点である。津地鎮祭事件判決の議論にみられるこうした特徴は、次節にみるレモン・テストと対比するとき、いっそう浮彫りになるであろう。

「目的効果基準」に関連して、本節で確認しておきたい第二の点は、この基準が用いられた事例とはどのようなものであったかに関するものである。この点については、端的に言うなら、政教分離原則違反が問題となった全ての事例ということになるが、そこには一定の傾向がみてとれる。周知の通り津地鎮祭事件は、市の行なった神道式地鎮祭の合憲性が問題となった事例であり、その後も、政教分離違反が争われた事例で問題にされたものとしては、例えば、自衛隊地方連絡本部職員（の協力）による殉職自衛官の護国神社への合祀申請¹⁰¹、市が遺族会所有の忠魂碑を移設・再建した行為および当忠魂碑の前で毎年神式と仏式で交互に行われている慰霊祭への教育長らの参列¹⁰²、靖国神社への首相の公式参拝¹⁰³、そして最高裁が目的効果基準を用いながらも違憲の判断を下したことで注目される愛媛玉串料訴訟判決¹⁰⁴で問題となった、靖国神社および護国神社の大祭時における公金による玉串料等の奉納（同判

決は二〇条三項のみならず八九条にも目的効果基準を用いた点でも注意を引く）など、その大半は、国または地方公共団体の機関自らが何らかの宗教に関連した「行為」を行った事例である（これらの事例では、護国神社や靖国神社といった「宗教団体」との関わりも認められ、その意味では前節で立てた類型中の第二類型としての面もあるが、それ以前に、その関わり方において、宗教に関連した「行為」が行われている限り、本稿の分析枠組ではあくまでも第一類型として理解されるべきものである）。確かに、「エホバの証人」剣道実技拒否訴訟のように、国（市の機関）の行為というよりむしろ「信者」との関わり方において政教分離原則違反の有無が問題となった事例もみられるが¹⁰⁵、日本の政教分離をめぐる事件の大半は、国自らが宗教に関連する何らかの「行為」を行った事例に関するものであると言えよう。

さて、以上のようなものとして理解できる、日本の「目的効果基準」の内容および同基準が問題となった事例の特徴を踏まえたくうえで、次に、この基準と何かと対比されるレモン・テストをはじめとした、合衆国の政教分離に関するいくつかのテストを、節を改めて検討することとしたい。

第三節 合衆国連邦最高裁による国教樹立禁止条項に関する様々なテスト

「混乱に満ちた」(rife with confusion)、「絶望的な無秩序」(hopeless disarray)、「法理上のある種の統合失調症を病んでいる」(suffer [ing] from a sort of jurisprudential schizophrenia)¹⁰⁶……。合衆国の政教分離規定にあたる国教樹立禁止条項をめぐる連邦最高裁判所の法理の混乱を指して、連邦裁判所が述べたフレーズ的一端である。こうし

た一節に象徴されるように、政教分離に関する合衆国連邦最高裁の法理は、少なくとも表面上は決して一貫したものでなく、相矛盾するものでさえあることが知られている。本節では、このような合衆国の判例理論にあえて焦点を当て、一見混乱した法理の中から何らかの傾向なり、特徴なりを見出すことができないかを見定めるための作業として、国教樹立禁止条項違反が問題となった際に、連邦最高裁が用いた様々な「テスト」を年代順に整理し、分析することとする。¹¹⁾

当然のことながら、同じ政教分離の問題を論じる場合であっても、合衆国と日本との間で、大きな違いがあることは看過されてはならない。この問題に関する合衆国憲法修正一条中の、「連邦議会は、国教の樹立 (establishment of state religion) を規定し、または宗教の自由な行使 (free exercise) を禁止する法律を制定してはならない」という規定——前段部分が国教樹立禁止条項 (establishment clause) と称される——の文言からして、日本国憲法の規定と比べても準則として明確とは言い難く、いっそう大きな解釈の余地を与え得るものであることは容易にみとれるが、それにもまして、歴史的経緯、社会的背景あるいは制度上の違いは、常に留意されるべきであろう。こうした点を念頭に置きながらも、本稿ではその目的から、さしあたっての考察対象としては、今述べた国教樹立禁止条項違反の有無を判断するにあたり、連邦最高裁によって用いられたいくつかの審査基準ないしテストに限定せざるを得ない。そうしたテストは、どのような問題に対し、どのような考慮に基づき、どのようなかたちで用いられたのであろうか。

(一) レモン・テスト

合衆国憲法の国教禁止条項の意味を、連邦最高裁が詳細に論じることとなった一九四七年のエヴァーソン判決¹²⁾で

は、同条項が連邦のみならず州にも適用されることが明らかにされ、それ以降様々な事案において同条項違反の主張が展開されることとなった。そして、本節冒頭で述べたように、同条項違反の審査基準はとかく論争的となっているが、この分野の問題を検討する際に、一九七一年のレモン判決²⁰⁾で示された、いわゆるレモン・テスト (Lemon Test) が、いまだ重要な地位を占めていることは疑いない²¹⁾。

よく知られているように、レモン判決は、宗教系の学校で普通教育科目を教える教員に対する給与等の公的補助が、実質的に問題になった事案に関するものである。ここでは二つの州法、すなわち、私立学校の教員に、普通教育における生徒一人当たりの出費が公立学校の平均を下回る場合には給与の一五%の補充金が支払われるべき旨定めたロードアイランド州の一九六九年給与補充法、および私立学校における教員の給与等を補償する方法で普通教育業務を実施する権限を州当局に認めた一九六八年のペンシルバニア州初等中等教育法の規定について、実際に援助の対象となった私立学校の大半がローマ・カトリック系の学校であったために、国教樹立禁止条項に違反するのではないかが問題とされたのであった²²⁾。連邦最高裁は、これら二つの州法の規定が同条項に違反すると判断した。

バーガー首席裁判官による法廷意見は、「修正一条における宗教条項の文言は、とりわけ同条の他の部分と比べて、よく見積もって不明瞭 (opaque) である²³⁾」という認識を示した後、次のように述べる。「正確に述べられた憲法の禁止規定が存しない場合、われわれは、国教樹立禁止条項が、それらから保護を与えようとした三つの主たる害悪 (evil) すなわち、『宗教活動に対する公権力 (sovereign) の、後援 (sponsorship)、財政援助 (financial support)、および積極的関わり合い (active involvement)』との関連で、一線を画する必要がある²⁴⁾。そして、これに続けて展開されるのが、レモン・テストとして知られることになる次の一節である。

「この分野における全ての分析は、当裁判所により展開されてきた蓄積した規準 (criteria) を考慮することから

始めなければならぬ。当裁判所の判例から、次の三つのテストを得ることができであろう。第一に、法律は世俗的な立法目的 (a secular legislative purpose) をもつものでなければならぬ。第二に、その主たる効果 (principal or primary effect) は、宗教を助長するものでも、抑圧するものでもないようなものでなければならぬ。……最後に、法律は『政府の宗教との過度の関わり合い』 (an excessive government entanglement with religion) を促進するものであってはならぬ。」

このように、レモン・テストは、三つテストから成り、それらは三つの「分枝」(prong)とも称されているが、これら三つの「分枝」ないし「部分」は、元来は独立した基準ないしテストであったこと、それも、右の引用部分からも明らかなように、レモン判決で新たに樹立されたものではなく、過去の事例で徐々に形成されてきた法理の集大成という性格を有するものであったことに注意すべきであろう。

レモン判決で問題となった州法が修正一条違反であると判断するにあたり、重要な役割を演じたのは、レモン・テストの三分枝のうちの「目的」および「効果」部分ではなく、「過度の関わり合い」テストであった。すなわち連邦最高裁は、政府と宗教との過度の関わり合いの有無を判断するためには、利益を受ける団体の性格と目的、州が行う助成の性質、および結果として生じる政府と団体との関係を検討しなければならぬとしたうえで、ロードアイランド州法に関しては、教会区学校が実質的に宗教上の活動および目的に関わるものであること、宗教的規律の下におかれた教員が宗教的に中立であり続けるのは極めて困難であると解されるため、宗教を助長することを避けるためには州による包括的、選別的かつ継続的監視が必要であること、および学校の支出の監査が必要であることを理由に、州を許容できない程度にまで宗教と関わらせるものであると判断し、同じくペンシルバニア州法についても、州と宗教系学校に同様の関係が生じることを認め、とりわけ助成が教会区学校に直接行われるものである

ことから、州当局の事後監査を通じて、宗教団体の規律の下にある学校と州との「過度の関わり合い」がもたらされるかと判断したのである。³³⁾

それでは、レモン・テストを生み出すもとなつた諸事例とはどのようなものであろうか。レモン判決における、「目的」テストと「効果」テストは、前述のエヴァーソン判決に続き、マクゴワン判決、シェンプ判決およびアレイン判決、「過度の関わり合い」テストは、エンゲル判決およびウォルツ判決といった事例の流れを汲むものであることが知られている。³⁴⁾ これらのうち、エヴァーソン判決では、教会区学校も含む小学校の児童のバス通学費用を公費で支払う旨を定めた州法が、マクゴワン判決では、日曜日を休日と定め、労働、営業およびその他の商業活動を禁止した州法³⁵⁾がそれぞれ合憲とされ、シェンプ判決では、公立学校での聖書朗読を命じた州法が違憲とされ³⁶⁾（ここでは特に、国教樹立禁止条項に反しないためには、立法目的が世俗的で、その主たる効果が宗教を助長もしくは禁圧するものであってはならない旨が明確に述べられている）、³⁷⁾そしてアレイン判決では、教会区学校も含む私立および公立学校の生徒に教科書を無償貸与することを命じた州法が合憲とされている。³⁸⁾ また、エンゲル判決は、公立学校で祈禱を行うことを違憲とした事例であり、ウォルツ判決は、教会に対する課税免除を合憲とした事例である³⁹⁾（宗教条項が政府と教会の「過度の関わり合い」を避けようとするものだとする下りは同判決にみられる）。⁴⁰⁾ これらを見る限り、レモン判決の先例とされる諸事例は、私学助成に限られず、さまざまな問題領域に渡るものである（ただし、これらの事例の中には、後にレモン・テストと異なるアプローチを採ったとされる判決で、そうしたアプローチとの関連で引用されているものもあり、⁴¹⁾これらの事例で展開された法理が、レモン・テストと論理必然的に結びつくわけではないことにも留意したい）。

次に、レモン判決以降、国教樹立禁止条項違反の問題を正面から取り上げた連邦最高裁の主たる事例をみると、

少なくとも一九八〇年代初頭までは、私学助成に関する事案を扱ったものがその大半を占めていることがわかる。公立学校の教室にモーゼの十戒 (Ten Commandments) のコピーを掲示することを命じた州法を、それが世俗的な「目的」によるものとは言えないとして違憲と判断した一九八〇年のストーン判決⁴³⁾——同判決は、法律がレモン・テストにおける三分枝の要請にどれかひとつにでも反するならば、国教樹立禁止条項に違反することを明示した点でも注目される⁴⁴⁾——のように宗教的展示の合憲性が問題となった例は別として、総じてこの時期、連邦最高裁は、宗教学の学校に対する公的助成が争われた事例を数多く扱い、レモン・テストを用いて、合憲⁴⁵⁾または違憲⁴⁶⁾の結論を導いている(なお、一九七五年のミーク判決⁴⁷⁾および一九七七年のウォルマン判決⁴⁸⁾では、宗教学学校への教科書の無償貸与等を合憲とする一方で、その他のサービスのいくつかが違憲とされたが、違憲判断の部分は、後に二〇〇〇年のミッチェル判決で覆されている)。

(二) マーシュ・テスト

レモン判決によって確立されたかみえた国教樹立禁止条項をめぐる連邦最高裁の法理は、一九八〇年代の半ばになって動揺を来た。この分野における法理の「混迷」の発端になったと言われるのが、一九八三年のマーシュ判決⁴⁹⁾であり、ここでは国教樹立禁止条項違反の有無を審査するにあたり、レモン・テストによるのは異なる判断の手法——ここでは判決名をとってマーシュ・テスト (Marsh Test) と称しておく⁵⁰⁾——が示されている。

マーシュ判決で問題となったのは、州議会開会時における州費で雇われた牧師の祈祷という慣行である。ネブラスカ州議会では、議会開会時に毎回、州の費用による専属牧師 (chaplain) の祈祷が行われ、牧師は半年毎に選出されることになっていたが、実際にはプロテスタントの長老派 (Presbyterian) に属する同一の牧師が一六年に渡っ

て選出され続け、ユダヤ教とキリスト教が融合した型（Indeo-Christian）の祈祷を行っていたところ、これに対して一部の議員が、連邦地裁に訴えを起こし、こうした慣行が修正第一条の国教樹立禁止条項に違反するとして、インジャンクションによる救済を求めた⁵¹⁾。連邦最高裁は、問題の慣行が国教禁止条項に違反するものではないと判断した。

ここでも法廷意見を書いたのはバーガー首席裁判官であったが、同意見は、レモン・テストには一切言及することなく、議会開会における祈祷という慣行の歴史を分析することから始める。すなわち、祈祷と共に議会や他の公的機関を開催することは、植民地時代にまでさかのぼる合衆国の歴史と伝統に深く根づいていたのであり、一七七四年の大陸会議のほか、修正一条を承認した一七八九年の第一回連邦議会も専属牧師の祈祷と共に始まったことや、こうした慣行を容認した制憲者自身が、それを憲法で禁止しようとしたとは考え難いことなどを指摘した後⁵²⁾、法廷意見は次のように述べる。

「明白で継続的な二〇〇年以上の歴史に照らせば、祈祷により議会を開会するという慣行（practice）が、われわれの社会構造（fabric of our society）の一部になってきていることは疑いない。このような状況にあって、立法を委ねられた公的機関に、神の導き（Divine guidance）を与えることは、国教の『樹立』または樹立に向けての一步となるものではない。それは単に、この国の人々に広く共有された信念の、許容し得る承認（tolerable acknowledgment）にすぎない。」⁵³⁾

そして、牧師の選任が許容できない動機によるものであるとか、祈祷が特定の信仰に改宗させまたはそれを助長したり、他の信仰を軽んじるために利用されてきたとかいった証拠が認められない本件にあっては、問題の州費による祈祷という慣行は、国教樹立禁止条項に違反するものではないと結論づけられたのであった⁵⁴⁾。

以上のような、国の「歴史と伝統」を前面に打ち出した議論を、独立の「テスト」として語ることに異論もあり得よう。⁶⁵ 国教樹立禁止条項違反の有無を判断するための明確な基準を示しているとは必ずしも言えないマーシュ判決の手法は、それまでの議論と比べても特異であり、とりわけレモン判決の法廷意見を執筆したバーガー自身が、この判決ではレモン・テストに一言も触れていないのは、いささか奇異にも映る。確かに、こうした判断手法は、国教樹立禁止条項が問題となった他の事件においてはあまりみられないもので、むしろ例外的であると言えよう。⁶⁶ ただ、後にケネディ裁判官が、「マーシュ判決は、一七九一年に一般的であった特定の慣行が、それ以外の場合には広汎に及ぶ (broad sweep) 国教樹立禁止条項の例外であるという趣旨ではなく、当該条項の意味が歴史的な慣行および理解に照らして判断されるべきだということを示すものである」と述べているように、「歴史と伝統」に依拠した議論自体は、レモン・テストを用いたとされる他の事例でもみられるところである。⁶⁷ また、マーシュ判決で問題となった事案が、レモン判決以降に主として争われてきた私学助成に関する事例と異なり、州議会での祈禱という、州による「宗教的実践」に関するものであったことは、ここで確認しておいていいであろう。

(三) エンドースメント・テスト

国教樹立禁止条項に関する法理を検討する際に、レモン・テストと並び欠かすことのできないのが、オコーナー裁判官の提唱したエンドースメント・テスト (Endorsement Test) であろう。⁶⁸ このテストについて検討するために、一九八四年のリンチ判決⁶⁹における、同裁判官の補足意見にまず注目する必要がある。

リンチ判決は、市の行なった宗教的展示が国教樹立禁止条項違反に問われた事案に関するものである。ロードアイランド州のポータケット市は、毎年クリスマス・シーズン中に、商店街の中心に位置する公園にクリスマス展示

を行ってきたが、ここではサンタクロースやクリスマスツリーなどと並んで、クレイシユ (craie) と呼ばれるクリスマス生誕図が含まれており、こうした生誕図を展示することが国教樹立禁止条項に違反するとして争われたのであった。⁸⁰⁾ 連邦最高裁は、問題の展示が憲法に違反するものではないと結論づけた。その際、バーガー首席裁判官による法廷意見はレモン・テストを用いたが、その適用の仕方は表面的であり、あるいは積極的なものとはいえなかったことが指摘されている。⁸¹⁾ 法廷意見は、憲法が州と教会の完全な分離までは要求していないことを指摘し、専ら展示の宗教的要素のみに焦点を当てるのではなくクリスマス・シーズンというコンテクストも考慮する必要性を示唆したうえで、⁸²⁾ 展示の目的は、クリスマス休暇を祝いそうした休暇の起源を示すことにあり、正当な世俗的なものであること、それによりもたらされる信仰あるいは宗教に対する利益も、間接的で、関係が薄くかつ付随的なものすぎないこと、そしてレモン判決で問題となったような関わり合いもみられないことから、⁸³⁾ 市の行なったクレイシユの展示が国教樹立禁止条項に違反するものではないと述べたのである。

この判決の中において、法廷意見以上に注目されることになったのが、初めてエンドースメント・テストについて述べたオコーナー裁判官による補足意見である。同テストは、同裁判官の補足意見の、次の一節に示される。

「国教樹立禁止条項は、政治的共同体における個人の立場とのいかなる関連においても、宗教を支持すること (adherence) を政府に対して禁じている。政府は、次の二つの主たる方法で、そうした禁止に抵触し得る。一つは、宗教団体との過度の関わり合いであり、それは当該団体の独立に干渉し、宗教的信者でない者が十分有していないような、政府ないし政府権限へ至る道 (access) を当該団体に与え、宗教的路線に沿って確定されるような政治団体 (political constituencies) の創設を助長するであろう。……第二の、より直接的な抵触は、宗教に対する政府の是認あるいは否認 (endorsement or disapproval) である。是認は、非支持者に、かれらがアウトサイ

ダーであり政治的共同体の完全な成員ではないというメッセージを、併せて支持者には、かれらがインサイダーであり政治的共同体にあって優遇された成員であるというメッセージを、伝達する。否認は、逆のメッセージを伝える。」

このように、エンドースメント・テストは、「宗教に対する政府の是認あるいは否認」あるいはその伝える「メッセージ」に焦点を当てるものである。

こうしたオコーナーの意見は、レモン・テストの修正を意図したものであった。オコーナーによれば、レモン・テストにおける三つの「部分」が、国教禁止条項に含まれる原理に、どのように関係するのかは、十分に明らかにされてこなかったが、「団体への関わり合い、及び宗教の是認ないし否認に焦点を当てることで、分析手段としてのレモン・テストが明確なものになる」という。そしてオコーナーは、レモン・テストの「関わり合い」部分は、制度的関わり合い (institutional entanglement) に限定されるべきであるとしたうえで、リンチ事件における中心的問題は、このような関わり合いではなく、市が、クレイシユの展示により、キリスト教を「是認」したか否かであり、その問題に答えるためには、市がクレイシユを展示することにより「何を伝達しようとしたのか」、及びそれが「実際にどのようなメッセージを伝えたのか」の両方を検討しなければならず、レモン・テストの「目的」及び「効果」の部分は、これら二つの側面を表すものと述べ、こうした観点から、問題の展示はキリスト教を「是認」するものではないとして、結論的に法廷意見に同意したのである。

エンドースメント・テストは、リンチ判決の翌年に下されたジャフリー判決⁷⁰——同判決では、公立学校生徒に瞑想または自発的な祈りのための沈黙時間を認めたアラバマ州法が違憲とされた——において、オコーナーによる補足意見の中でいっそう明確にひとつの「テスト」として論じられた。そこではレモン・テストの「過度の関わり合

い」部分の有用性に疑問が投げかけられ、同テストの再検討の必要が強調されると共に、改めて同テストにいう「目的」と「効果」を分析するうえで、エンドースメント・テストの意義が説かれ、また、「是認」にあたるか否かを判断する者として、法律の文言、制定過程および施行に精通した「客観的観察者」(objective observer)という概念が示された⁷³⁾（これは後に、オコーナー自身により「合理的観察者」(reasonable observer)と言い換えられている⁷⁴⁾）。さらに、国教樹立禁止条項の解釈をめぐり連邦最高裁内で意見が大きく対立した事例として知られる、一九八九年のアレゲーニー郡判決では、エンドースメント・テストについても活発な議論が交わされた。クリスマス・シーズン中の、ペンシルバニア州アレゲーニー郡庁舎内でのクレイシュの展示を五対四で違憲とし、ピッツバーグ市とアレゲーニー郡の合同庁舎玄関口のメノーラ (menorah)（ユダヤ教の祝祭であるハヌーカ祭に用いる燭台）の展示については六対三で合憲としたこの判決において、一部法廷・一部多数意見を書いたブラックマン裁判官は、リンチ判決におけるオコーナー補足意見を引きつつ、宗教に対する「是認」に焦点を当てた議論を展開し、オコーナー自身は、エンドースメント・テストの妥当性を疑問視する裁判官らの批判に対して反論を加えている⁷⁵⁾。

さて、以上のようなオコーナーの度重なる主張にもかかわらず、実際にエンドースメント・テストがレモン・テストとどのような関係に立つのかは、必ずしも明確ではないことがしばしば指摘されており、確かにその見定めは慎重になされるべきではあるが、その後の展開をみるなら、このテストについては、オコーナー裁判官が意図したような、レモン・テストを修正するものとしてではなく、むしろレモン・テストを補完するかたちで、実質的にその発想の一部が連邦最高裁によって用いられるようになったと言っているように思われる。もともと国教樹立禁止条項に関する事例で、政府による「是認」の有無を問題にしようとする発想自体は、リンチ判決のオコーナー補足意見が最初というわけではなく、同判決の法廷意見でも用いられていたが、一九八〇年代半ば以降、この分野の

事例で「是認」（または「否認」）の有無は頻繁に問われるようになる。

例えば、既に見たようにクレイシユ等の展示の合憲性に関するリンチ判決およびアレゲーニー郡判決においても、法廷意見ないし多数意見の中で、宗教に対する「是認」の有無が問題にされているほか、やはり既に言及した一九八五年のジャフリー判決では、公立学校における瞑想または黙禱のための沈黙時間を認めた州法の合憲性を審査するにあたり、「目的」テストを適用するなかで「政府の実際」の目的が、宗教を是認または否認するものであるかが問われている。⁸⁰このほかにも例えば、宗教系大学に通う視覚障害者に対する州の補助金支給を合憲とした一九八六年のウィターズ判決では、個人がその宗教教育のために、中立的な州による助成を選択したという状況のみでは、「州による宗教の是認というメッセージを伝達するものではない」とされ、⁸¹学校で進化論と並んで創造説を教えることを義務つけた州法を違憲とした一九八七年のエドワーズ判決では、問題の州法の主たる目的が特定の宗教的信条を推進することにあるため、「当該法律は、修正一条に違反して宗教を是認するものである」と述べられ、⁸²また宗教関連の出版物に売上税を免除した州法を違憲とした一九八九年のバロック判決では、免除が「宗教的信条を効果的に是認する」と指摘されるなど、⁸³宗教への「是認」に言及した事例は随所にみられる。これらの事例では主としてレモン・テストの「目的」または「効果」部分に組み込まれたことで、宗教への「是認」または「否認」の有無が問題にされており、エンドースメント・テストの発想は、少なくとも部分的には用いられていると言える。⁸⁴そして、これらの事案は、私学助成のみならず、公立学校における授業や祈祷など公的機関の「宗教的実践」、あるいは州等による「宗教的展示」の合憲性をめぐるものまで様々であることがみてとれるのである。

（四）強制テスト

レモン・テストおよびエンドースメント・テストに並んで注目されるのが、強制テスト（Coercion Test）と呼ばれる国教樹立禁止条項のテストである。このテストの考え方は、前述のアレゲーニー郡判決における一部同意・一部反対意見の中で、ケネディ裁判官によって述べられていたが、同テストが法廷意見によって採用された例として知られるのは、一九九二年のワイズマン判決⁸⁵である。

ワイズマン判決は、何かと激しい議論の対象となってきた公立学校での祈禱（Prayer）に関する事例のひとつである。ロードアイランド州プロビデンス市における公立の中等および高等学校では、卒業式に聖職者を招いて祈願（invocation）および祝福（benediction）をしてもらうことが許されていたため、ある中等学校の卒業式において、ユダヤ教のラビが招かれ、校長の助言もあって、無宗派（nonsectarian）のかたちでの祝福をあげたところ、卒業式に出席した生徒の親らが、同校長および他の公立学校関係者を相手取り、将来の卒業式における聖職者を招いての祈願および祝福の差止めを求めたというのが、同判決の事案である⁸⁶。連邦最高裁は、問題となった祈禱等が国教樹立禁止条項に違反すると判断し、請求を認めた。

ケネディ裁判官による法廷意見は、本件事案で判断を下すために、市民の信仰および宗教的実践のための便宜供与（accommodation）の範囲如何といった困難な問題を再検討するする必要はないとし、また、一般的枠組を再考する必要はないため、ここでレモン判決を再検討することはしないと明言したうえで、次のように述べる。

「政府が宗教の自由な行使に便宜供与をなし得るといふ原則は、国教樹立禁止条項によって課せられる基本的な制限に優先するものではない。最低限、政府が何人に対しても、宗教ないし宗教的行為を支持し、またはそれに参加するよう、あるいは他に、『国の』宗教ないし信仰を樹立し、または樹立するであろうような』仕方で行動

するよう強制してはならない旨を、憲法が保障していることについては、議論の余地はない。……今日争われている、学校における祈祷への州の関わり合いは、こうした核心的原則に違反するのである。」⁹⁰

右の引用部分に既に示されているように、法廷意見は、問題となった祈禱が強制を伴うものであると認めた。同意見は、初等および中等の公立学校では、微妙な (subtle) 強制的圧力から良心の自由を保護することに、強い関心が払われること、そしてエンゲル判決およびシエンブ判決を引きながら、先例においても、とりわけ、「公立学校における祈祷の挙行が、間接的強制という特別のリスクを伴うものである」と認められていることを指摘し、「無信仰者も信者らの宗教的行為を尊重すべきだという、大半の信者にとって理にかなった要求にすぎないと思われる事柄が、学校という場面では、無信仰者や反対者 (dissenters) にとって、宗教的正統性を主張するために国家機構を用いる企てであるように映り得るのである」と述べている。

このような強制テストは、国教樹立禁止条項における宗教的中立性の要請を、単に宗派間の——つまり宗教と非宗教の間ではなく宗教間のみ——それに限定しようとする裁判官たちの採るところであるとされるが、連邦最高裁によるこのテストの実際の主たる適用場面は、目下のところは、ワイズマン判決の事案のような、学校における祈祷等が問題になった事例であるといつてよい。このテストが用いられた例とされる、サンタフェ独立校区判決⁹¹では、高等学校の生徒が主導し自主的に行う、フットボールの試合前の祈願を許容する校区の方針 (policy) が、国教樹立禁止条項に違反すると判断された。ステイーブンス裁判官による法廷意見は、問題となった事案を検討する際、ワイズマン判決で採られた原理が適切な導きとなるとして、同判決における強制テストについて述べた部分 (右に引用した箇所) をそのまま引用したうえで、問題の祈願の内容、方法および学校側の関わり方から、それが生徒らの私的言論とはいえないとして——そうした認定にあたり、ここでも一部エンドースメント・テストの発想

が用いられていることが注目される——この点に関する校区側の主張を退け、祈祷への参加が生徒らの自主性に委ねられていたとしても、そこに働く圧力を重視し、「試合前に祈禱を行うことは、その場にいる者たちに、礼拝に参加するよう強制するという不当な効果を有するものである」と判断している。このように、学校における祈禱等が問題となる事案については、連邦最高裁は総じて厳格な態度を示してきたと言えるが、こうした慣行を違憲とすることは反対論も強く、今後も問題になり続けることが予想される。

（五）中立性テスト

国教樹立禁止条項に最近新たに加わったテストとされるのが、中立性テスト（Neutrality Test）であり、その例は、二〇〇二年のゼルマン判決の中に見出すことができる。

ゼルマン判決は、生徒に就学支援金を支給し学校を選択させるバウチャー制度が、国教樹立禁止条項違反に問われた事案に関するものである。問題となったオハイオ州奨学プログラムは、クリーブランド市校区内の生徒に、その両親の選択する公立または私立学校に出席するための授業料助成を、家庭の所得に応じて行うというもので、同プログラムのうち、校区内の宗教系学校も非宗教系学校も共に参加でき、校区に隣接する地区の公立学校も参加可能であったが、実際に一九九九年から二〇〇〇年にかけて参加した私立学校の八二％は宗教系であり、プログラムへ参加した生徒の九六％は、宗教系の学校に入学した。同プログラムの差止めを求める州納税者らの訴えを連邦下級審は認めたが、連邦最高裁は、同プログラムが国教樹立禁止条項に違反するものではないと判断した。

レーンキスト首席裁判官による法廷意見は、アグステイニ判決を引用しつつ、問題となったプログラムの「目的」と「効果」を問い、「目的」が、貧しい家庭の子どもの教育を支援するという世俗的なものであることは疑いない

として、問題は、それにもかかわらず同プログラムが、宗教を助長ないし禁止するという「効果」を有するか否かであるとする。そして、この問題に答えるために、先例が、政府援助のうち直接宗教学校に対して行われるものと、私的選択に係る政府援助であって、専ら私人による純粹な私的選択の結果として宗教系学校にも行われるものとを区別してきたことを指摘したうえで、後者の例としてミューラー判決、ウィターズ判決およびゾバーズト判決を引き合いに出し、これらの判決を概観した後に、次のように述べる。

「ミューラー判決、ウィターズ判決およびゾバーズト判決が明らかにしたことは、政府の助成プログラムが宗教に關して中立的であり、かつ、助成が広範な市民階層に直接なされ、こうした市民が、専ら自分たち自身の純粹かつ獨立した私的選択の結果として、政府助成を宗教学校へと向けるものである場合、当該プログラムは直ちに国教樹立禁止条項により異を唱えられるものではない、ということである。こうした特徴を有するプログラムは、政府援助が宗教団体に対してなされることを、多くの個々の受給者の慎重な選択という方法によってのみ許容するのである。付随して生じる宗教的伝道を振興すること、あるいは宗教的メッセージの是認をみてとることは、個々の受給者に起因するとみるのが合理的であり、給付金の支給によって役割を終える政府に帰せられるべきものではない。」

そして、争われたオハイオ州のプログラムは、真に私的な選択にかかるプログラムであることができ、それは、子どもに教育の機会を提供するための多角的な取組みの一部であり、「あらゆる点で宗教に対して中立的」なものであって、国教樹立禁止条項に違反しないと判断されたのであった。

右の判決の論理からも明らかなように、ここで「中立性テスト」を採用したものと紹介した議論は、レモン・テストの「目的」部分および「効果」部分による審査と類似の構造をもっており、その依拠する基準を、レモン・

テストの変形バージョンとみるか、一個の独立した「テスト」とみるかは微妙である。この点、ゼルマン判決の補足意見の中でオコーナー裁判官は、同判決の法廷意見が、レモン・テストの「効果」部分をどのように適用すべきかについて論じたものであるとの認識を示しているが、法廷意見自身はレモン判決には一言も言及していない。このような中立性テストの支持者は、レモン・テストの「過度の関わり合い」部分が宗教に対する敵意を助長する点を批判するといわれる。¹⁰⁰ いずれにせよ、そうしたアブローチは——その中にレモン・テストとは別個のテストを見出すか否かは別にして——宗教団体に対する政府援助が問題となった事例の審査に最も適合的であり、そうした問題を審査するにあたり、中立性を前面に出す議論が近時有力に展開されていることは確かなようである。

この関連で最後に、宗教団体あるいはその関係者に対する政府援助が問題となった事例に関し、一九八〇年代半ば以降の判例の流れに簡単に触れておこう。ゼルマン判決でも言及されている一九八三年のミュラー判決では、初等および中等学校に通う子供の授業料、教科書代および通学費について所得税からの控除を認めた州法が、レモン・テストの三要件を全て充たすとして合憲と判断されたが、その後、一九八五年のボール判決では、私立学校（その大半は宗教系学校）において、公立学校教師が補習を行うことを定めた州のタイム・シェアプログラム（*Shared Time program*）、および普段は多く私立学校の教師である者が、公立学校の非常勤として教えることを規定したコミュニティ教育プログラムが、共にレモン・テストの「効果」要件に反するとして違憲とされ、同年のアギラー判決では、宗教系学校を含む他の学校での補習等のため、市が連邦費を用いて公立学校教員らを派遣したことについて、それがレモン・テストの「過度の関わり合い」要件に反するとして、やはり違憲とされた。¹⁰¹ その後、ウィターズ判決¹⁰²、ボーエン判決¹⁰³、およびゾバースト判決¹⁰⁴で合憲判断が続いた後、アギラー判決で違憲とされた公立学校教師派遣の合憲性が再び問題となった一九九七年のアゴステイニ判決では、中立的立場から行われる連邦費によるそう

した派遣が国教樹立禁止条項に違反するものではないとされ、アギラー判決およびポール判決が覆された（そこでは、「過度の関わり合い」審査が「効果」テストに含まれることが示唆されており、注目される）。その後、二〇〇〇年のミッチェル判決では、アゴステイニ判決に倣い「効果」テストを限定的に用いて、連邦費により公立および私立学校に教材および教育施設を貸与する旨定めた、連邦初等中等教育法（ESEA）の規定が合憲とされ、同判決の趣旨と合致しない部分につきミーク判決とウォルマン判決が覆されている。¹⁰⁸

（六）考察

さて、以上のような、国教樹立禁止条項に関する主要判例の概観を通じ、この分野における判例法理の内容あるいは特徴として、どのような点を挙げることができるであろうか。言うまでもなく合衆国連邦最高裁の判決は、その時々法廷を構成する九人の裁判官の個性を色濃く反映したものであり、特に国教樹立禁止条項違反が問われる事例のように、裁判官の間でも鋭く意見が対立するような問題領域にあっては、一貫した理論を抽出することは難しい。しかしながら、大まかな判例の流れの中にみられる、一定の傾向を見出すことは、なお可能であるように思われる。

連邦最高裁が国教樹立禁止条項違反の有無を検討する際、「多数派が採用してきた唯一の一貫性を有するテスト」とされるレモン・テストが、中心的な役割を果たしてきたことは疑いない。ただ、かつてレモン判決で採られたような、「目的」、「効果」および「過度の関わり合い」という三つの要件を個別に問う型のレモン・テストは、その主たる適用場面であった宗教団体に対する政府援助の合憲性審査においても維持されているとは言えず、アゴステイニ判決以降は「目的」と「効果」の二つの要件を中心としたテストにとって代えられる傾向にある。¹⁰⁹レモン・テ

トを、国教樹立禁止条項違反に問われた法律または政府行為の「目的」および「効果」を問うテストとして広く理解するならば、それがいまだ基本的な判断枠組を提供している——それはエンドースメント・テストの発想や中立性テストとして理解されるものとも両立し得る——と言えようが、ただ、このように広く理解された「レモン・テスト」が、ある事案に用いられたか否かを一般的・抽象的に問うことは、今日ではほとんど意味をなさず、その用いられる場面と、用いられ方に着眼した分析が必要になってくると思われる。

以上の視点に立った場合、これまでの分析から、次のような傾向を指摘できるのではなからうか。すなわち、私学助成など、宗教団体に対する政府援助が問題となった事例では、法律等の「目的」および「効果」を問うにあたり、「中立性」を問題にする審査が有力になりつつあり、他方、公共機関における祈祷や宗教的展示などの合憲性が問われた事例では、やはりそうした行為の「目的」および「効果」が検討される——その場合、宗教に対する「是認」または「否認」を見出すことができるかといった、エンドースメント・テストの要素を採り入れた審査手法が多く用いられる——が、公立学校での祈祷等の合憲性が問われた事例では、「目的」および「効果」を問う以前に、宗教支持に向けての「強制」が存しないかといった点が考慮されることもあり、また、議会での祈祷が問題となった場合のように、行為の「目的」および「効果」の審査によるのではなく、歴史と伝統に照らした行為の「性質」に依拠した判断がなされることもある。

このうち、公立学校での祈祷等の問題は、ワイズマン判決で、宗教の自由な行使に対する便宜供与の文脈で語られ——したがってこの問題をさらに検討するためには、本稿で十分扱うことのできなかった、個人の信教の自由保障のための「便宜供与」とその限界の問題、さらにはそれに関連する諸事例を分析する必要があるか——国教樹立禁止条項の最低限の要請として「強制」のないことが求められたように、レモン・テストないし目的・効果のテ

ストを原理的に排除するものではないのに対し、議会での祈禱についてレモン・テストに言及せず、歴史のアプローチに依拠したマーシュ判決のような事例は、他の宗教的実践との関連でいかに理解されるべきかが問題になる。この点に関する本稿の見方はこうである。すなわち、祈禱の挙行や宗教的シンボルの展示といった行為は、そこに強制が伴う場合は別として、本来、歴史および伝統に照らして国教樹立禁止条項に抵触しない「性質」を有し得る行為であるが、それが問題になる個別・具体的な事案の中で、宗教的な「目的」または「効果」が認められ、同条項違反と解される場合もあり、そうした違反の有無を審査するためにレモン・テストないし目的・効果のテストが用いられてきたのである。そしてこのように解するならば、例えば、国教樹立禁止条項に関する法理の混迷の最たる例としてしばしば引き合いに出される、近時の十戒展示をめぐる二つの判決、すなわち、州議会議事堂敷地内の十戒石碑を合憲としたヴァン・オーデン判決¹⁰⁰と、州庁舎内の十戒展示を違憲と判断したマクレアリー判決¹⁰¹との一見矛盾する結論も、前者は行為またはその対象の一般的な「性質」論のみで足りる事案であったのに対し、後者は具体的な検討の中で「目的」または「効果」の審査にまで踏み込む必要がある事案であったと解することにより、整合的な説明が可能になるのではなからうか¹⁰²。

繰り返しになるが、国教樹立禁止条項をめぐる合衆国連邦最高裁の一連の判例から、明確な法理を抽出するのは、容易なことではない。しかしながら、以上のような理解の仕方は、同条項が問題となる場面ごとに提示できる、判例法理の可能な「解釈」といえるのではなからうか。これらを踏まえ、最後に、日本国憲法における政教分離原則の解釈について今一度言及しておくこととしたい。

第四節 再び政教分離原則を考える視点について

本稿では、政教分離原則が問題になる場面として、①国家が自ら宗教に関連する「行為」を行う場合、②国家が宗教に関連した行為に直接行うわけではないが、何らかのかたちで特定の「宗教団体」と関わる場合、および、③国家が特定の宗教の「信者」たる個人と関わる場合の三つの類型を立て、日本国憲法において主として問題になるのは、①の類型であることを指摘したうえで、各類型ごとにどのような審査基準が妥当するのかを検討するための素材として、合衆国連邦最高裁の判例を、そこで用いられた主要なテストごとに分析してきた。以上の分析を参考に、各類型との関連で、以下の点を指摘しておきたい。

まず、②の「宗教団体」との関連が問題となる事案については、例えば私学助成のように、国家自らは宗教に関連する行為に従事しておらず、とりわけ、宗教団体以外の団体をも対象とした活動の一環で、宗教団体にも関わるという場合、そうした関わり合いは、宗教的に中立なものと認められる限りにおいては、原則として違憲のそしりを受ける理由はないであろう。もっとも、ここでも何をもって「中立的」というかは議論の余地があり、例えばモン判決のように、宗教を助長することを避けるために必要な州による監視から生じる「関わり合い」までも不可とする⁸⁸——それによれば宗教的に「中立的」であるとうと努めるがゆえに、「過度の関わり合い」を生じ中立性を損ねてしまうといういささか皮肉な結果を生むことになる——態度で臨むのか、それともっと形式的なレベルでの中立性をもって足りるとするのかが問題であろうが、いずれにせよ、このようなかたちで国家と「宗教団体」との関連が問題となる場合には、国家の中立性を要請する「目的」および「効果」の基準は、合衆国の場合と同様、日本でも有力な審査基準といえるであろう。

次に、③の国が「信者」個人——場合によっては「信者」以外の者——と関わる中で政教分離原則違反が問題になるのは、典型的には、公立学校の生徒の信仰を理由とした授業時の措置や刑務所での教誨活動など、信教の自由を実質的に保障するための便宜供与の可否に關してであろう。合衆国でも、便宜供与の範圍と境界との關連で国教樹立禁止条項違反の有無が検討され、強制テストが妥当するような場合以外には、基本的にはレモン・テストないし目的・効果のテストの枠組みが用いられており、また、信教の自由と政教分離原則の對抗関係がしばしば語られたりもする。⁸³⁾この問題に關して参考に値する合衆国判例を分析するには、国教樹立禁止条項のみならず、信教の自由な行使や、表現の自由に關する事例などにも目を向ける必要があり、現段階では本稿もこの問題に対する十分な回答の用意はできていないが、あえて付言しておくなら、政教分離原則が、個人の信教の自由の保障を全うするためのものである——少なくともそれが目的の一つである——という前提を踏まえれば、そこでの考察の中心に据えられるべきは、やはり基本権たる「信教の自由」保障の内容と境界如何ではないかと思われる。⁸⁴⁾

日本の現状に照らして実際上おそらく最も問題になるのは、①として示した、宗教に關する国家の「行為」の可否であり、これが本稿の主たる関心事でもある。この点、合衆国においてレモン・テストが当初最もよく用いられたのが、宗教団体に対する国家の援助に關する事例であつたことに着目し、日本国憲法の下でも、目的効果基準をこのような場合に限定して用いるべきであつて、国家自らが宗教に關連した行為を行う場合には用いるべきではないという説は、早くから有力に主張されている。例えばある論者は、津地鎮祭判決を批判する論稿の中で合衆国判例を引き合いに出し、目的効果基準が適用されるのは、国家が宗教を財政的に支持し、または援助する場合であり、国家が宗教的行為を行い、ないしはその主体となる場合には用いられないと論じている。⁸⁵⁾このほか、「神社神道がらみの事実行為……」⁸⁶⁾には「もともと立法の合憲性判定基準としての目的効果論がそのまま妥当する余地はない」⁸⁷⁾

「目的効果基準は…国と宗教（団体）とのかかわり（距離）を問うものであって、国の行為の意味を問うものではない」¹⁰³、あるいは「津地鎮祭訴訟」の場合には、特権付与の場合と違って、国の行った行為の客観的性格が宗教活動性を有するかそれとも習俗化したといえるのか、という問題を問うべきであり、目的・効果を問題にすべき筋合いのものではない¹⁰⁴といったように、目的効果基準は一定の場合に限定して適用されるべきことを主張しないし示唆する立場は少なくない¹⁰⁵。

本稿も、基本的にはこれらの学説同様、目的効果基準の適用場面は限定されるべきだと考えるものであるが、合衆国においても現在では、宗教団体への援助だけでなく他の事例においても、レモン・テストないし目的・効果のテストが広く用いられているとの指摘をふまえ、こうした事例についても整合的な説明を可能にするかたちで、目的効果基準の適用範囲を限定する解釈を提示したいと思う。その際、本稿が依拠するのは、合衆国憲法の国教樹立禁止条項違反に問われた「祈祷」や「宗教的展示」をなすといった「行為」が、その一般的「性質」からすれば合憲と解されることもあり得るにもかかわらず、個別・具体的な事案の中で、レモン・テストないし目的・効果のテストを用いることによって、場合によっては違憲とされてきたという、前節での判例解読の試みを通じて得られたひとつの見方である。こうした理解の仕方からすると、合衆国においては、問題となった行為の「性質」が一般的には中立的なものともみることができるともかかわらず、なお個々の事案における個別的な判断の中で、そうした行為の「目的」または「効果」が、憲法と相いれないような宗教的意義をもち得るといふかたちで、つまり、形式的には合憲ともみなし得る行為の合憲性を、より実質的に審査するという文脈の中で、目的・効果のテストが用いられているとみることができるのである。同じ発想に立つなら、日本国憲法の下でも、宗教に関連した「行為」の合憲性を審査するにあたっては、まず行為自体の「性質」に照らした判断が行われた後に、具体的な事案の中で必

要に応じて、当該行為の「目的」および「効果」に着目した審査が行われるべきだ、ということになるのではなからうか。そうだとすれば、宗教に関連する「行為」の合憲性を審査する際、目的効果基準を適用する前に、行為の「性質」を検討する段階が必要であらう。¹⁰⁰ 確かに、合衆国でも行為自体の性質が論じられることは多くはないが、そこで問題にされたてきたのが議会等での祈祷や宗教的展示等であるのに対し、日本で主に争われるのは神社への参拝や玉串料奉納等であり、問題となる「行為」がいつそう「疑わしい」ものといえるだけに、日本では、行為自体の「性質」を問う審査を自覚的に行っていく意義は大きいと思われるのである。

それでは、政教分離原則違反に問われた「行為」自体の「性質」に着目した議論は、どのようにして行われるべきであらうか。この点については、ひとつの有力な手がかりを提供するであろう「習俗的行為」論の当否も含め、¹⁰¹ 詳細な検討をここで行なうことはできないが、合衆国の判例法理の分析を踏まえ、最後に指摘しておきたいのは、政教分離原則の問題を考える際に「歴史的視点」に立った考察を行なうことの意義についてである。合衆国連邦最高裁の判例では、国教樹立禁止条項違反に問われた行為の「性質」を検討する際に、あるいはそれと併せて、「歴史」または「伝統」に依拠した議論が——前述したマーシュ判決に典型的にみられるように——多く用いられる傾向にある。確かに、そうした事例での議論は、宗教に関連した行為またはその対象の歴史的意義を積極的に評価しようとする点で、日本の習俗的行為論等とは異なるものであり、また、こうした「歴史」あるいは「伝統」を、宗教に関連した行為を正当化するために安易に持ち出すことには慎重でなければならぬであろうが、合衆国とは歴史的背景を異にする日本の政教分離原則を考える際には、「歴史」に依拠した議論が、憲法で禁じられた「宗教的行為」か否かを判断してうえで、重要な手がかりにもなり得るのではなからうか。そして、そうした議論から自然に導出され得るのが、「日本国憲法における政教分離の主眼は、国家と神社神道との徹底的分離という点にある」¹⁰²

という命題に示される観点であり、この点は、津地鎮祭事件判決で最高裁自身が次のように雄弁に語っているところである。

「わが国では、過去において、大日本帝国憲法……に信教の自由を保障する規定（二八条）を設けていたものの、その保障は……同条自体の制限を伴っていたばかりでなく、国家神道に対し事実上国教的な地位が与えられ、ときとして、それに対する信仰が要請され、あるいは一部の宗教団体に対しきびしい迫害が加えられた等のこともあつて、旧憲法のもとにおける信教の自由の保障は不完全なものであることを免れなかつた。……昭和二十一年一月三日公布された憲法は、明治維新以降国家と神道とが密接に結びつき前記のような種々の弊害を生じたことにかんがみ、新たに信教の自由を無条件に保障することとし、更にその保障を一層確実なものとするため、政教分離規定を設けるに至つたのである。」¹⁴

このような観点を踏まえて、政教分離原則違反に問われた行為の「性質」を検討した場合、日本で問題とされてきた神社神道関連の国家行為が、なお憲法で禁じられた「宗教的行為」にはあたらないと言えるのか、はなはだ疑問と言わざるを得ないであろう。合衆国では、宗教関連行為の合憲性を肯定するためにしばしば援用される、「歴史」や「制憲者意思」に依拠する議論が、日本国憲法の解釈においては、宗教関連行為の性質をより厳格に吟味していく手段となり得るのであり、そして実際に、そのようなかたちで用いられるべきであると解されるのである。

注

(1) 目的効果基準については、後掲注(9)および対応する本文参照。

(2) 参照、松井茂記『アメリカ憲法入門〔第六版〕』二四〇頁（二〇〇八年）。なお、後掲注(10)および対応する本文参照。

- (3) 例えば参照、芦部信喜『憲法学Ⅲ人権各論(一)(増補版)』一八一―八二頁(一九九九年)。
- (4) 例えば参照、小泉洋一「政教分離」大石眞『石川健治編『憲法の争点』一二二頁、一二三頁(二〇〇八年)。
- (5) この立場については、後掲注■以下および対応する本文参照。
- (6) 林知更「政教分離原則の構造」高見勝利ほか編著『日本国憲法解釈の再検討』一一四頁、一一七頁(二〇〇四年)。同論稿は、複雑に交錯した政教分離をめぐる問題状況を整理するひとつの試みとして示唆に富む。ここでは、政教分離の限界をめぐる問題の領域として、「国家の宗教への非同化」(「憲法」二〇条三項)、「国家と宗教団体の分離」、および「国家が信教の自由を促進するために、積極的な措置をとることが問題となる局面」に分けたうえで、それぞれの場合に応じた考察が展開されている(同一一八頁以下参照)。同じく類型に応じた判断方法・審査基準を模索する必要を説くものとして、参照、小泉洋一「政教分離と信教の自由」ジュリスト一三三四号七二頁、七七頁(二〇〇七年)。
- (7) 日本でも、合衆国の政教分離に関する研究は枚挙に暇がないが、例えば参照、熊本信夫『アメリカにおける政教分離の原則(増補版)』(一九八九年)、滝澤信彦『国家と宗教の分離』(一九八五年)、土屋英雄「アメリカ合衆国における政教分離」国家学会雑誌九八巻一・二二号一四一頁(一九八五年)、粕谷友介「政教分離」上智法学論集二九巻二・三号七一頁(一九八六年)、小林節「アメリカけ憲法における政教分離の法理」法学研究(慶應義塾大学)六二巻四号三五頁(一九八九年)、藤田尚則「合衆国憲法修正第一条にいう『国教禁止条項』の解釈原理」桐ヶ谷章『藤田尚則『政教分離の日米比較』二七六頁(二〇〇一年)、神尾将紀「合衆国憲法修正第一条にいう『国教樹立禁止』条項に関する司法審査基準のアーリーナ」早稲田法学八〇巻三号三四九頁(二〇〇五年)。
- (8) 最大判一九七七(昭五二)年七月二三日民集三二巻四号五三三頁。
- (9) 参照、民集三二巻四号五三八―五四二頁。なお、本文中に箇条書きで示した①ないし⑤の命題は、内容的に全く同一ではないが、大石眞「政教分離原則の再検討」ジュリスト一九二号九三頁、九三―九四頁(二〇〇一年)において、より簡潔に示

された定式に概ね対応している。同論稿ではさらに、「(6)宗教とのかかわり合いに伴う国等の支出が、憲法八九条で禁止される公金支出に当たるとかどうかは、前記のような行為の目的、効果及び支出の性質、金額等を考慮して判断される」という命題が挙げられている。

(10) 例えば、吉崎暢洋「目的効果基準の再検討」平成法学七号六三頁、六六頁（二〇〇二年）は、本文中に示した⑤にあたる部分こそが、「具体的な国の行為が『宗教的活動』に該当するか否かを判定している部分であって、目的効果『基準』という名に値する」という。

(11) 最大判一九八八（昭六三）年六月一日民集四二巻五号二七七頁（自衛官合祀訴訟）。

(12) 最三判一九九三（平五）年二月一六日民集四七巻三号一六八七頁（箕面忠魂碑・慰霊祭訴訟）

(13) この問題に対しては、少なからぬ訴訟が提起されており、最高裁自身は公式参拝の合憲性について正面から憲法判断を行っていないが（参照、最二判二〇〇六（平一八）年六月二三日判時一九四〇号一二二頁）、下級審においては、傍論ながら公式参拝について違憲の疑いが強い旨を指摘した例もあることが知られている（例えば参照、大阪高判一九九二（平四）年七月三〇日訟月三九巻五号八二七頁）。

(14) 最大判一九九七（平九）年四月二日民集五一巻四号一六七三頁（愛媛玉串料訴訟）。

(15) 最二判一九九六（平八）年三月八日民集五〇巻三号四六九頁（「エホバの証人」剣道実技拒否訴訟）。

(16) Tomlinson, *Changing the Rules of Establishment Clause Litigation*, 61 *Vand. L. Rev.* 261, 269 (2008) (citing *Freiler v. Tangipahoa Parish Bd. of Educ.*, 185 F.3d 337, 343 (5th Cir. 1999); *Rosenberger v. Rector & Visitors of Univ. of Va.*, 515 U.S. 819, 861 (1995) (Thomas, J., concurring); *Thomas v. Anchorage Equal Rights Commission*, 165 F.3d 692, 717 (9th Cir. 1999)).

(17) 本稿で取り上げる①「レモン・テスト」②「マーシュ・テスト」③「エンズワースメント・テスト」④「強制テスト」および⑤「中立性テスト」という分類は、Tomlinson, *supra* note 16, 269-72に拠る。See also, Alembik, *The Future of the Lemon Test*, 40 *Ga.*

L. Rev. 1171, 1180-88 (2006)。このうち、国教樹立禁止条項のテストとしてしばしば挙げられるのは、①③④であり（参照：神尾・前掲注(7)、三五九頁）、②と⑤については、これを独立した「テスト」とみる理解は必ずしも一般的とはいえないが、国教樹立禁止条項をめぐる様々な法理を分析するという本稿の目的上、ひとつの「テスト」として検討の対象とすることとした。

- (18) 合衆国の国教樹立禁止条項に関する判例のいくつかにつき、その社会的背景を分析したものとして、土屋・前掲注(7)一七二頁以下参照。
- (19) *Everson v. Board of Education*, 330 U.S. 1 (1947).
- (20) *Lemon v. Kurtzman*, 403 U.S. 602 (1971). 参照：金原恭子「判解」別冊ジュリスト・英米判例百選〔第三版〕四〇頁（一九九六年）。
- (21) ある論者によると、レモン・テストは、一五〇〇件以上の判決に引用されているという。See O'Connell, *How Did the Ten Commandments End Up on Both Sides of the Wall of Separation Between Church and State?*, 69 *Mont. L. Rev.* 263, 264 (2008).
- (22) 連邦地裁レベルでは、ロードアイランド州法については修正一条違反と判断されたが (316 F.Supp. 112)、『ベンシルバニア州法については逆に同条に違反しないとされた (310 F.Supp. 35)』。
- (23) *Lemon*, 403 U.S. at 612.
- (24) *Id.*
- (25) *Id.* at 612-613.
- (26) 例えば参照、芦部信喜『宗教・人権・憲法学』二〇頁（一九九九年）。
- (27) レモン判決は、問題となった州法の「目的」については、それが世俗的なものであることを認め、「効果」については、「結論を先取りするかたちで」「過度の関わり合い」が認められる以上判断する必要がないと述べる (403 U.S. at 613-14)。「目的」

- テストおよび「効果」テストについて、参照、昔部・前掲注⑥、四〇頁以下。
- ②8 「過度の関わり合い」に関する最近の研究として、参照、高畑英一郎『過度の関わり合い』基準の研究』日本法学七三巻二号一七頁（二〇〇七年）。なお参照、昔部・前掲注⑥、四三頁以下。
- ②9 403 U.S. at 615.
- ③0 *Id.* at 617-620.
- ③1 *Id.* at 620-623. この判決においてはなお、こうした「過度の関わり合い」によってもたらされ得る「政治的分裂」(political division) の危険にも言及されており (*id.* at 622-24) 興味を引くが、本稿では扱うことができない。この問題について、参照、高畑・前掲注⑧、二一九頁以下。
- ③2 土屋・前掲注⑦、一五二頁参照。
- ③3 *Everson v. Board of Education*, 330 U.S. 1 (1947).
- ③4 *McGowan v. Maryland*, 366 U.S. 420 (1961).
- ③5 *School District of Abington v. Schempp*, 374 U.S. 203 (1963).
- ③6 *Id.* at 220.
- ③7 *Board of Education v. Allen*, 392 U.S. 236 (1968).
- ③8 *Engel v. Vitale*, 370 U.S. 421 (1962).
- ③9 *Walz v. Tax Commission of the City of New York*, 397 U.S. 664 (1970).
- ④0 *Id.* at 670.
- ④1 例えば、本節(二)で扱うマーシュ判決は、歴史的慣行を重視する立場としてウォルツ判決を引き (*Marsh v. Chambers*, 463 U.S. 783, 790 (1983))、また(四)の「強制テスト」を用いたワイズマン判決は、同テストの適用に際して、エンゲル判決お

- 「*オウニングン*」判決を引きこいて「強制」という要素に言及している (Lee v. Weisman, 505 U.S. 577, 592 (1992))。)
- (42) Stone v. Graham, 449 U.S. 39 (1980).
- (43) *Id.* at 40-41.
- (44) 助成の対象が大学である場合には、合憲判断が下される傾向が強い。See e.g., *Tilton v. Richardson*, 403 U.S. 672 (1971), *Hunt v. McNair*, 413 U.S. 734 (1973), *Roemer v. Board of Public Works of Maryland*, 426 U.S. 736 (1976)。ほかに合憲の判断が下された事例として、See *Committee for Public Education v. Regan*, 444 U.S. 646 (1980)。
- (45) See *Levit v. Committee for Public Education & Religious Liberty*, 413 U.S. 472 (1973), *Committee for Public Education & Religious Liberty v. Nyquist*, 413 U.S. 756 (1973)。
- (46) *Meek v. Pittenger*, 421 U.S. 349 (1975)。
- (47) *Wolman v. Walter*, 433 U.S. 229 (1977)。
- (48) *Mitchell v. Helms*, 530 U.S. 793 (2000)。後掲注■および対応する本文参照。
- (49) *Marsh v. Chambers*, 463 U.S. 783 (1983)。
- (50) 歴史的慣行 *テスト* (Historical Practice Test) と称するものもある。See *Alembik*, *supra* note 17, 1180。
- (51) 連邦地裁は、祈祷は国教禁止条項に違反せず州費の支出が違憲であると判断したが (504 F.Supp. 585)、連邦控訴裁は、専属牧師という慣行全てが同条項に違反すると判断し、州に、この慣行に従事することを禁止した (675 F.2d 228)。
- (52) *Marsh*, 463 U.S. at 787-91。
- (53) *Id.* at 792。
- (54) *Id.* at 793-95。
- (55) 本稿では立ち入ることはできないが、*マーシユ*判決や後述するリンチ判決 (後掲注60以下および対応する本文参照) などに

- おける「歴史」や「伝統」の扱い方に關し、批判が少なくないことについて、芦部・前掲注⑤、四八頁注⑨参照。
- 56 See e.g., *Lee v. Weisman*, 505 U.S. 577, 603 n.4 (1992) (Blackmun, J., concurring).
- 57 *County of Allegheny v. ACLU, Greater Pittsburgh Chapter*, 492 U.S. 573, 670 (Kennedy, J., concurring in the judgment in part and dissenting in part) (1989).
- 58 例えば、後述するリンチ判決の法廷意見では、レモン・テストを用いながらも、「歴史」に依拠した議論が展開されている。See *Lynch v. Donnelly*, 465 U.S. 668, 672-73 (1984).
- 59 エンドースメント・テストについては、日本でも研究が多い。例えば参照、諸根貞夫『「目的効果基準」再検討に向けた一考察』、『高柳信一先生古希記念論集・現代憲法の諸相』七三頁（一九九二年）、土屋英夫「アメリカにおける政教分離と「保証」テスト」、『芦部信喜先生古稀祝賀・現代立憲主義の展開（上）』五〇九頁（一九九三年）、高畑英一郎「アメリカ連邦最高裁におけるエンドースメント・テストの限定的受容」法学研究年報（日本大学）二五号一頁（一九九五年）等。なお、芦部・前掲注③一七一頁以下参照。
- 60 *Lynch v. Donnelly*, 465 U.S. 668 (1984).
- 61 連邦地裁は、違憲の主張を容れてインジャンクションによる救済を認め（525 F.Supp. 1150）、連邦控訴裁もこの結論を支持した（691 F.2d 1029）。
- 62 芦部・前掲注⑤、四六頁、土屋・前掲注⑤、五二二頁。
- 63 *Lynch*, 465 U.S. at 673.
- 64 *Id.* at 679-80.
- 65 *Id.* at 681-84.
- 66 *Id.* at 87-88 (1984) (O'Connor, J., concurring).

- (67) *Id.* at 688.
- (68) *Id.* at 689.
- (69) *Id.* at 690.
- (70) *Wallace v. Jaffree*, 472 U.S. 38 (1985).
- (71) *Id.* at 68-69 (O'Connor, J., concurring).
- (72) *Id.* at 76.
- (73) *Writers v. Washington Department of Service for the Blind*, 474 U.S. 481, 493 (1986) (O'Connor, J., concurring in the judgment).
- (74) *County of Allegheny v. ACLU*, 492 U.S. 573 (1989). この判決において、参照、土屋・前掲注(69)、五一七頁以下、高畑・前掲注(69)、二四頁以下。
- (75) ブラックマンによれば、「近年われわれは、争われた政府行為が宗教を『是認する』目的または効果を有するか否かに、特に細心の注意を払ってきた」(*County of Allegheny*, 492 U.S. at 592)。そして、それまでの事例で用いられてきた、宗教に対する「是認」「優遇」(favoritism)または「促進」(promotion)等の語の如何を問わず、本質的原理は同じなのであり、「国教樹立禁止条項は、最低限、政府が、信仰の問題に対してひとつの立場に立つようみえること、あるいは『政治的共同体における個人の立場とのいかなる関連においても、宗教と結びつくこと』を禁止している」(*id.* at 593-94 (citing *Lynch v. Donnelly*, 465 U.S. at 687 (O'Connor, J., concurring)))という。もともと、ブラックマンの立場は、あくまでもレモン・テストの枠組みを前提にしたものであり、エンドースメント・テストを採用したとまで言えるかについては疑問である。参照、土屋・前掲注(69)、五一九頁以下、高畑・前掲注(69)、四〇頁以下。
- (76) ケネディが「エンドースメント・テストは原理上欠陥があり、実際上役に立たない」(*County of Allegheny*, 492 U.S. at 669

(Kennedy, J., concurring in the judgment in part and dissenting in part)) と述べたのに対し、オコナーは、「どちらの批判も説得的でなく」(492 U.S. at 627 (O'Connor, J., concurring in part and concurring in the judgment)) として反論している。詳細については、参照、高畑・前掲注⁶⁹⁾、二九頁以下。

77) 例えば参照、松井・前掲注²⁾、二四〇頁。確かに、オコナーの意図したところを踏まえれば、エンドースメント・テストは、レモン・テストの「目的」と「効果」の基準を、宗教に対する「是認」の有無に焦点を合わせて再構成したもので言い得るが(参照、菅部・前掲注³⁾、一七三頁)、その後の判例法理が、そのようなものとして「是認」審査を行っているかは別問題である。

78) 単に用語の使用という点からいえば、例えば、古くは公立学校での祈禱が問題となった前述のエンゲル判決で、「実のところ、祈禱に対する政府の是認 (endorsement) は、比較的些細なものであるようにも思われる」といった記述がみられる。See Engel v. Vitale, 370 U.S. 421, 436 (1962).

79) リンチ判決の法廷意見では、レモン・テストの効果要件との関連で、「クレイシユの展示は、連邦の立法府または行政府による休暇自体の起源の『キリストのミサ』(Christ's Mass) としての承認や、政府によって維持される美術館での、文字通り何百という宗教画の展示と同様に、宗教を助長しまたは是認するもの (endorsement) ではなく」(Lynch v. Donnelly, 465 U.S. 668, 683 (1984)) と述べられている。

80) 前掲注⁷⁹⁾を参照。

81) Wallace v. Jaffree, 472 U.S. 38, 56 (1985) (citing Lynch v. Donnelly, 465 U.S., at 690 (O'Connor, J., concurring)).

82) Writers v. Washington Department of Service for the Blind, 474 U.S. 481, 488-89 (1986) (citing Lynch v. Donnelly, 465 U.S., at 690 (O'Connor, J., concurring)).

83) Edwards v. Aguillard, 482 U.S. 578, 593 (1987).

- 84) *Texas Monthly, Inc. v. Bullock*, 489 U.S. 1, 17 (1989)
- 85) このような意味で、「連邦最高裁は、『宗教の是認あるいは否認』という要素に限定して、エンドースメント・テストを採用した」(高畑・前掲注⁸⁴⁾二一〇頁)とらうことも可能であろう。
- 86) *County of Allegheny*, 492 U.S. at 659 (Kennedy, J., concurring in the judgment in part and dissenting in part) (「政府は、かなる宗教または宗教的行動にしろ、これを支持しまたはこれに参加するよう、何人をも強制してはならない」。この一節は、便宜供与に対する国教樹立禁止からの制限のひとつとして述べられたものである。
- 87) *Lee v. Weisman*, 505 U.S. 577 (1992).
- 88) 連邦地裁は、「インジャンクションによる救済を認め(728 F.Supp. 68)、『第一巡回区控訴裁判所も、これを支持した(908 F.2d 1090)』。
- 89) *Lee*, 505 U.S. at 586-87.
- 90) *Id.* at 587-88 (citing *Lynch*, 465 U.S. at 678).
- 91) *Engel v. Vitale*, 370 U.S. 421 (1962). 前掲注⁸⁸⁾および対応する本文参照。
- 92) *School District of Abington v. Schempp*, 374 U.S. 203 (1963). 前掲注⁸⁵⁾以下および対応する本文参照。
- 93) *Lee*, 505 U.S. at 592.
- 94) *Id.*
- 95) 神尾・前掲注⁷⁾三六〇頁参照。
- 96) *Santa Fe Independent School District v. Doe*, 530 U.S. 290 (2000).
- 97) *Id.* at 301-02 (citing *Lee*, 505 U.S. at 587).
- 98) See e.g., *id.* at 309-10 (citing *Lynch*, 465 U.S. at 688 (O'Connor, J., concurring)) (「宗教的メッセージに対する学校側の後

援は、それが、聴衆のうちで当メッセージを支持しない成員に、『かれらがアウトサイダーであり政治的共同体の完全な成員ではないという』付随的メッセージを、『併せて支持者には、かれらがインサイダーであり政治的共同体にあって優遇された成員であるというメッセージを』送るゆえに、『許容できない。』。

(99) 530 U.S. at 302-310.

(100) *Id.* at 312.

(101) その後、公立学校における「忠誠の誓い」の朗誦が国教樹立禁止条項に違反しないかが争われた事例において、連邦最高裁は、原告適格を否定して憲法判断はしなかったが、レンキスト首席裁判官を含む三人の裁判官は、補足意見の中で合憲の判断を示している。See *Elk Grove Unified School District v. Newdow*, 542 U.S. 1 (2004). 参照、佐藤圭一「アメリカの公的宗教慣行に関わる連邦最高裁判断の諸問題」日本法学七三巻二号二六九頁、二七五頁以下（二〇〇七年）。

(102) *Zelman v. Simmons-Harris*, 536 U.S. 639 (2002)

(103) 連邦地裁は、プログラムの「主たる効果」が宗教を助長するもので国教樹立禁止条項に違反するとして、訴えを認め（72 F.Supp.2d 834）、控訴裁判所もこれを支持した（234 F.3d 945）。

(104) *Zelman*, 536 U.S. at 648-49 (citing *Agostini v. Felton*, 521 U.S. 203, 222-23 (1997)).

(105) 参照、*Muller v. Allen*, 463 U.S. 388 (1983), *Witers v. Washington Department of Service for the Blind*, 474 U.S. 481 (1986)、および *Zobrest v. Catalina Foothills School District*, 509 U.S. 1 (1993)。これに對して、宗教団体に対する直接の政府援助の事例として引かれたらざるを得ず、*Mitchell v. Helms*, 530 U.S. 793 (2000)、*Agostini v. Felton*, 521 U.S. 203 (1997)、および *Rosenberger v. Rector and Visitors of University of Virginia*, 515 U.S. 819 (1995) でも。法廷意見によれば、「直接の援助プログラムに関する我々の法理が、過去二〇年の間に『相当変化』したのに対し、……真に私的な選択によるプログラムに関する法理は、一貫し断絶することなく保たれてきた」（536 U.S. at 649 (citing *Agostini*, 521 U.S. at 236)) 云々。なお

後掲注⑩なし⑪および対応する本文参照。

⑩ Zelman, 536 U.S. at 652.

⑪ Id. at 653.

⑫ Altembik, supra note 17, 1186.

⑬ Zelman, 536 U.S. at 669 (O'Connor, J., concurring).

⑭ Altembik, supra note 17, 1186. なお、同論稿では、中立性テストが用いられた事例として、Rosenberger v. Rector and Visitors of University of Virginia, 515 U.S. 819 (1995) が挙げられている。これは、学生団体による出版物に対する大学の補助が、特定の宗教的新聞に対して拒否されたことについて、それが表現の自由の侵害とされた例であり、便宜供与の可否をめぐる事例とみなすことができない。

⑮ Mueller v. Allen, 463 U.S. 388 (1983).

⑯ School District of Grand Rapids v. Ball, 473 U.S. 373 (1985).

⑰ Aguilar v. Felton, 473 U.S. 402 (1985).

⑱ Witters v. Washington Department of Service for the Blind, 474 U.S. 481 (1986) (宗教系大学に通う視覚障害者に対する州の補助金支給が、レモン・テストの「目的」および「効果」基準を充たし、合憲とされた事例)。前掲注⑧および対応する本文も参照。

⑲ Bowen v. Kendrick, 487 U.S. 589 (1988) (未成年者の性関係および妊娠に関する事柄についてカウンセリング等を行う団体に、補助金を支出することを認めた連邦法が、レモン・テストの三要件を満たすとして、合憲とされた事例)。

⑳ Zobrest v. Catalina Foothills School District, 509 U.S. 1 (1993) (障害者教育法の下、連邦費により宗教系学校に通う聴覚障害者に手話通訳をつけることは、一般的なプログラムの一部として中立的な給付が宗教系学校に対してもなされるもので、国

教樹立禁止条項に違反しないとされた事例）。

- (11) *Agostini v. Felton*, 521 U.S. 203, 234-35 (1997).
 - (11) *Id.* at 232-33. なお、高畑・前掲注⑧、一四〇頁以下参照。
 - (11) *Mitchell v. Helms*, 530 U.S. 793, 808 (2000).
 - (12) パウエル裁判官が、レモン・テストに対する批判に 대응する中で述べた一節でもある。See *Wallace v. Jaffree*, 472 U.S. 38, 63 (1985) (Powell, J., concurring).
 - (12) 前掲注⑩以下および対応する本文参照。なお高畑・前掲注⑧、一四二頁以下参照。
 - (12) なお、レモン・テストを中心に判例理論の動向を分析した、近時のある論稿によれば、歴史的慣行のテスト（マーシユ・テスト）は、争われた宗教的シンボルが宗教的重要性に加えて深い歴史的意義を有する場合に適用され、エンドースメント・テストは、政府が宗教に関連する表現行為に関わる場合に主に使用され、中立性テストは、公金支出に関する問題を審査する際に用いられるという (See *Alenbik*, supra note 17, 1197-98.)。
 - (12) 本節（五）参照。なお、そこで問われる「中立性」とは、形式的な中立性という側面が強い。参照、神尾将紀「レーンキスト・コートにおける信教の自由および政教分離原則の判例法理」比較法研究六九号一二九頁、一三二頁以下（二〇〇七年）。
- これは、かつてのレモン・テストで問題とされたような政府と宗教団体との「実質的な関わり合い」が、少なくとも以前ほど厳格に問われなくなったことと関係しているように思われる。「中立性」の意味についてはなお、芦部・前掲注⑧、二九頁以下参照。
- (12) 本節（三）参照。
 - (12) 本節（四）参照。
 - (12) 本節（二）参照。

- (127) 前掲注(89)以下および対応する本文参照。
- (128) 参照、長岡徹「宗教に対する便宜供与」『佐藤幸治先生還暦記念・現代立憲主義と司法権』四〇―一頁（一九九八年）。
- (129) この点に関して、検討されるべき事例は少なくない。See e.g., *McCullum v. Board of Education*, 333 U.S. 203 (1948); *Zorach v. Clauson*, 343 U.S. 306 (1952); *Widmar v. Vincent*, 454 U.S. 263 (1981); *Estate of Thornton v. Caldor, Inc.*, 472 U.S. 703 (1985); *Lamb's Chapel v. Center Moriches Union Free School District*, 508 U.S. 384 (1993); *Capitol Square Review and Advisory Board v. Pinette*, 515 U.S. 753 (1995); *Good News Club v. Milford Central School*, 533 U.S. 98 (2001); *Cutter v. Wilkinson*, 544 U.S. 709 (2005).
- (130) 前掲注(49)以下、および対応する本文参照。
- (131) それは、例えばレモン・テストに言及することなく議会で祈禱を合憲とした前述のマーシュ判決が、「祈祷が特定の信仰に改宗させまたはそれを助長したり、他の信仰を軽んじるために利用されてきたとかいった証拠が認められない本件のような場合には」(*Marsh v. Chambers*, 463 U.S. 783, 794-95 (1983))、と「た留保をつけていることからみてとることができ」るのではなからうか。
- (132) *Van Orden v. Perry*, 545 U.S. 677 (2005).
- (133) *McCreary County v. ACLU*, 545 U.S. 844 (2005).
- (134) この興味深い二つの判決について、本稿でも当初詳細に検討する予定であったが、紙幅の都合上省略せざるを得ない。これらの判決に関して、参照、阿部圭介ほか「座談会・合衆国最高裁判所二〇〇四―二〇〇五年開廷期重要判例概観」アメリカ法二〇〇五―II一九九頁、二一四頁以下（二〇〇五年）、土屋英雄『国旗忠誠の誓い』事件のその後、そして『十戒』事件」自由と正義五六巻一一号九九頁（二〇〇五年）、山口智「公共施設における十戒の展示」宗教法二五号四二頁（二〇〇六年）、田中利彦「十戒の展示と国教禁止条項」法律のひろば六〇巻一一号五八頁（二〇〇七年）、栗田佳泰「裁判所内における『十戒』

の展示とアメリカ合衆国憲法修正第一条」法政研究七五巻一号一三三頁（二〇〇八年）。

(135) 林・前掲(6)、一二二―二三頁参照。なお、前掲注(12)参照。

(136) 前掲注(7)以下および対応する本文参照。

(137) 前掲注(8)および対応する本文参照。

(138) これは日本でも論じられてきたテーマである。参照、棟居快行「信教の自由と政教分離の『対抗関係』」『芦部信喜先生古稀祝賀・現代立憲主義の展開（上）』五三三頁（一九九三年）。なお参照、野坂泰司「公教育の宗教的中立性と信教の自由」立憲法学三七号一頁（一九九二年）。

(139) 例えば、特定の信者の信仰のみを不当に「規制」する国の行為は、宗教的に中立的な行為とはおそらくいえないであろうが、このような事例にあつては、政教分離原則違反を論じるよりも、まず「信教の自由」侵害の有無が問われるべきであろう。これと同様のことが、「信教の自由」保障のための便宜供与といった「給付」が問題になる場合にも言えるのではなからうか。

(140) 高柳信一「国家と宗教」『法学セミナー増刊・思想・信仰と現代』二二頁、一〇頁（一九七七年）。なお、同四頁以下も参照のこと。同論稿によれば、津地鎮祭事件のような事案を判断するには、「行為の性質論で足り、それがまた最も適合している」（七頁）という。

(141) 大石・前掲注(9)、九八頁。

(142) 吉崎・前掲注(10)、九二頁。

(143) 浦部法穂『憲法学教室（全訂第二版）』一四二頁（二〇〇六年）。

(144) なお参照、阪本昌成『憲法理論Ⅱ』三五〇頁以下（一九九三年）、奥平康弘『憲法Ⅲ』一七三頁以下（一九九三年）、横田耕一「地鎮祭と政教分離の原則」樋口陽一『野中俊彦編『憲法の基本判例（第二版）』六五頁、六八頁（一九九六年）。また、小林・後掲注(11)も参照のこと。

(145) 菅部・前掲注(3)、一八一頁、松井・前掲注(2)、二四〇頁等参照。

(146) 前掲注(3)および対応する本文参照。

(147) このように、「目的効果基準」を政教分離審査の、いわば二段階目にもってきてもしほりかけるといふ発想は、小林武「政教分離違反の審査基準にかんする解釈論的覚え書き」南山法學一二卷四号一頁（一九八九年）で展開されている議論と類似している。もっとも、同論稿では、「国家とのかかわりが争われている宗教的事象」について、「分離原則の価値と当該宗教的事象を支える憲法上の価値との比較考量」を行った後に、国家との関わりがひとまず肯定される事象について、厳格に目的効果基準を適用するという手法が提唱されており（同二〇—二二頁）、少なくとも「第一段階」での審査は、問題となった「行為」の「性質」を検討すべきだとする本稿の立場とは異なっている。

(148) 周知のように、日本国憲法二〇条三項で禁止された「宗教的行為」と区別して論じられる「習俗的行為」について詳細に述べた例としては、津地鎮祭事件控訴審判決（名古屋高判一九七一（昭四六）年五月一四日行集二二卷五号六八〇頁）が知られており、同判決は、「習俗」を、「縦に世代的伝承性を持ち、強い規範性ないし拘束性を帯びた協同体の伝統的意思表現すなわち生活様式ないしそれを支えている思考様式をいい、一般に普遍性を有する民間の日常生活一般をいう」（同七三七—三八頁）と定義つけたうえで、問題となった地鎮祭が、「習俗的行為」といえるか否かを検討している。

(149) 前掲注(49)以下および対応する本文参照。See also, Van Orden v. Perry, 545 U.S. 677, 686 (2005).

(150) 浦部・前掲注(49)、一三七頁。

(151) 最大判一九七七（昭五二）年七月一三日民集三二卷四号五三三頁、五三八—三九頁。