

分離主義の放棄と中立性理論

——合衆国最高裁判所における国教禁止条項の解釈をめぐって——

藤田尚則
(創価大学)

はじめに

アメリカ合衆国最高裁判所における分離(separation)、便宜供与(accommodation)および中立性(neutrality)の概念の展開は、一九四七年のEverson v. Board of Educationに始まり、当該判決の中で最高裁が、憲法起草者達は「国教禁止条項(the Establishment Clause)」は国家と教会の分離を意図したものであると判示して以来、諸判決は、便宜供与主義(accommodationism)よりも、分離主義(separationism)を強調してきたと考えられる。⁽²⁾しかし、分離主義の概念を支えてきた多くの文化的、政治的諸状況は、過去二〇年間の間に著しく浸蝕されてきており、最高裁も、この流れに従い、中立性の概念を前面に押し出すことによって、分離主義の立場から便宜供与主義の立場に急旋回してきていると考えられる。⁽³⁾

本稿は、最高裁における国教禁止条項をめぐる判例理論の展開を概観することによって、中立性の概念を射程に置きながら、便宜供与主義のもつ意味とその問題点について論及することを目的とする。

(1) 330 U.S. 1 (1947).

(2) *Steven G. Gey, Bowen v. Kendrick: Establishing a New Relationship Between Church and State*, 38 *AME. U. L. REV.* 953, 956 (1989); *Note, Wallace v. Jaffree: Forfeitting a Narrower Establishment Clause?*, 12 *J. CONTEMP. L.* 319, 319-22 (1987).

(3) *See Ira C. Lipp, The Lingering Death of Separatism*, 62 *Geo. Wash. L. Rev.* 230, 231-32 (1994); 拙稿「アメリカ合衆国における『国教禁止条項』解釈の再定式化をめぐる」創価大学比較文化研究第八巻一二二頁以下(一九九二年)。

一 分離主義の展開

一九四七年、ニュージャージー州が教区学校の生徒のバス賃を公金から親に償還することの合憲性が争われた *Everson v. Board of Education* ⁽¹⁾ において、最高裁は、国教禁止条項に体系的解釈を加えているが、修正第一条の歴史的形過程の分析を通して次のような解釈原理を示している。法廷意見を書いたのは、ブラック判事である。同判事は、修正第一条の歴史的形過程の分析を通して、次のような解釈原理を示している。

ジェームス・マディソンは、一七八五年にバージニアで議会が公認教会を援助するための課税を更新しようとしたとき、「宗教的査定に対する覚書」と抗議 (*Memorial and Remonstrance Against Religious Assessment*)」を書いたが、その中で彼は、雄弁にも次のように論じている。真の宗教は、法の援助を必要としない。信仰者であろうと無信仰者であろうとすべて人は、いかなる種類の宗教団体に対してもその援助の目的のために課税されるべきでない。人々の最大の関心事は、人の心は常に完全に自由でなければならないということである。そして、残酷な迫害は、政府の公認宗教の不可避の帰結である。⁽²⁾

国教禁止条項は、少なくとも以下のことを意味する。すなわち、州政府のみならず合衆国政府は、教会を公認してはならず、特定の宗教又はすべての宗教を援助し若しくは他の宗教に対して一宗教を優先する法律を制定してはならない。両政府は、人の意思に反して教会へ参列するよう又は参列しないよう強制したり影響を及ぼすこととはせず、宗教に対する信仰又は不信仰を強制してはならない。何人も、宗教的信念又は不信仰を心に抱き或いは告白した理由で若しくは教会へ参列し又は欠席した理由で処罰されてはならない。金額の多少を問わず、税金は、宗教活動又はその機関を援助するためにたとえその活動がどのような名称で呼ばれ或いはいかなる形態において宗教を教へ実践するものであるにせよ、賦課されてはならない。両政府は、公然と又は極秘にいかなる宗教的組織若しくは団体の事項に関与してはならず、そしてまた逆も同様である。ジェファソンの言葉を借りれば、修正第一条は、教会と国家の間に「分離の壁 (a wall of separation)」を打ち建てることを意図しているのである。⁽³⁾

その後、最高裁は、公立学校の祈祷をめぐる事件に教会と国家の厳格分離の原則を適用している。宗派に偏しない州教育委員会作成の祈祷文を公立学校の毎日の始業時に斉唱させるニューヨーク州の計画の合憲性が争われた一九六二年の *Engel v. Vitale*⁽⁴⁾ で、宗派に偏しない祈祷は合憲であるとの主張に対して、最高裁は、マディソンの「覚書」と抗議⁽⁵⁾ を引用し、「あらゆる他の宗教を排除し、キリスト教を樹立し得る同一の権威は、同様の容易さをもってあらゆる他の宗派を排除し、キリスト教徒の特定の宗派を樹立し得るのである」と判示している。⁽⁵⁾ 翌六三年、公立学校の毎日の始業時に聖書朗読を要求するペンシルベニア州法の合憲性が争われた *Abington Sch. Dist. v. Schempp*⁽⁶⁾ では、厳格分離の理論に依拠するのみならず、中立性の原理を導き出している。この前提に立って、最高裁は、州法が合憲であるためには「世俗的立法目的をもち、また主要な効果は宗教を促進するものであっても抑制するものであってもならない」とする国教禁止条項の審査基準を示し、学校は宗派の資料を非宗教的な道德的

着想の源或いは世俗的教科の教育のための参考としてのみ使用し得ると判示している。⁽⁸⁾ イラ・C・ルブ教授は、これら学校の祈祷事件は、分離主義を強力に政治的文化の中に吹き込んだがゆえに、*Everson*事件における観念的歴史構築よりはるかに重要であり、そして、教会—国家関係を広く行きわたった公の抗議と議会政治の材料に造り上げたと批評している。⁽⁹⁾

その後、もっぱら宗教的目的のために用いられる財産の免税の合憲性が争われた *Walz v. Tax Commission*⁽¹⁰⁾、右免税措置は、宗教に対する許されない州の宗教への援助となるとの主張に対して、最高裁は、「免税は、教会と国家との間の最小限度の且つ間接的なかかわり合いを生むにすぎない。……それは、教会と国家の間の財政上の関係を制限し、各々が他方から隔離させる望ましい分離を完全なものにし、強化する」と判示している。⁽¹¹⁾

一九七一年、教会系の初等及び中等学校の世俗的教科の教師の人件費及び教材費を公金から学校に償還することを規定したペンシルベニア州法及びロードアイランド州法を違憲とした *Lemon v. Kurtzman*⁽¹²⁾、最高裁は、*Schempp*判決及び *Walz*判決で展開された国教禁止条項分析を言い換えて、三分肢テストを展開する。同テストの下においては、法律は、第一に世俗的立法目的を有するものでなければならず、第二にその主要な又は基本的効果は宗教を助長するものでも抑圧するものであってもならない。最後に、法律は、宗教に対する政府の過度のかかわり合いを助長してはならず、過度になつてゐるか否かを決定するためには利益を受ける組織の性格及び目的、州が与える援助の性質、そして政府と宗教団体との間に結果として生ずる関係が検討されなければならない。⁽¹³⁾ 本件において最高裁は、*Everson*判決、*Engel*判決で展開された分離主義の見解を説明することなく、先例は州の宗教とのかかわり合いを禁止してはいることを強調し、政府と宗教を完全に分離することは不可能であると結論づけている。⁽¹³⁾ しかし、宗教活動への国家援助、財政的支援および積極的かかわり合いに関して境界線が引かれなければならないと

判示している点からして、レモン・テストの適用は、*Schempp*判決におけるテストよりも後退しているにせよ、論理的には分離主義原則を貫く必要性を強調していると言えよう。⁽¹⁴⁾ ルプ教授は、*Lemon*判決を評し、分離主義者のビジョンを実行するための一般的な学理的枠組をうちたてたものであるとし、宗教を促進する政府活動のみならず宗教団体と著しく相互に作用する活動の禁止を含むすべての場面に對して国教禁止条項を三分肢テストの中で捕らえることを主張することによって、*Lemon*判決は、分離主義が宗教条項裁判の指導的立場を保持することを約束したと論じている。⁽¹⁵⁾

ブラックマン判事は、一九九二年の *Lee v. Weisman* の同意意見の中で、一九七一年以降最高裁は、三一件にの⁽¹⁶⁾ ばる国教禁止条項をめぐる訴訟を審理してきたが、専属牧師による祈祷をもつて議會を開会する *Marsh v. Chambers* の一件を除いて *Lemon* 判決で展開された基本的原則に依拠して判決してきていると主張している。⁽¹⁷⁾

- (一) 330 U.S. 1 (1947).
- (二) *Id.* at 11-13.
- (三) *Id.* at 15-16 (quoting *Reynolds v. United States*, 98 U.S. 145, 164 (1878)).
- (四) 370 U.S. 421 (1962).
- (五) *Id.* at 436 (quoting Madison's Memorial and Remonstrance).
- (六) 374 U.S. 203 (1963).
- (七) *Id.* at 222.
- (八) *Id.* at 224.
- (九) Ira C. Lupu, *The Lingering Death of Separationism*, 62 *Geo. Wash. L. Rev.* 230, 234 (1994).
- (10) 397 U.S. 664 (1970).

- (11) *Id.* at 676.
- (12) 403 U.S. 602 (1971).
- (13) *Id.* at 614.
- (14) See Steven G. Gey, *Religious Coercion and the Establishment Clause*, 1994 U. Ill. L. Rev. 463, 476; M.D. Lieder, *Religious Pluralism and Education in Historical Perspective: A Critique of the Supreme Court's Establishment Clause Jurisprudence*, 22 WAKE FOREST L. REV. 813, 832 (1987).
- (15) Lupu, *supra* note 9, at 236.
- (16) 505 U.S. 577 (1992).
- (17) 463 U.S. 783 (1983).
- (18) *Lee v. Weisman*, 505 U.S. 577, 603 n. 4 (Blackman J., concurring).

二 便宜供与主義の台頭

レーガン・ブッシュ時代の宗教条項の展開は、宗教と政府間の境界を画する司法政策からの後退を反映し、「司法積極主義」を終焉においやる総合的なプログラムの一部を成すものであった。これらの展開は、分離主義の歴史、原理的構造および公的生活における宗教の役割に関する核心的前提といったすべての面において、分離主義への攻撃へと連繫していくのである、とルプ教授は主張する。⁽¹⁾

一九八〇年代に入ると、最高裁の大勢は、厳格分離の立場を離れ、便宜供与主義の解釈原理を強調するアプローチと中立性の原理を用いるアプローチが主流を占めるようになってくる。その結果、分離主義的解釈原理に拠って立つレモン・テストに対する批判が最高裁の裁判官によって展開され、少なくとも五裁判官（ホワイト、オコナ、

レーンクイスト、スカリアおよびケネディの各裁判官)が同テストの修正又は放棄を主張したのである。

レーンクイスト首席判事は、Wallace v. Jaffree⁽²⁾の反対意見の中で、Everson判決の中で展開された分離主義の理論を激しく批判し、ジェファソンの「分離の壁」というフレーズを「誤解を招く隠喩」と呼んでいる。

すなわち、誤った憲法史の理解に基づいて正しい憲法原理を構築することは不可能であるが、不幸にして国教禁止条項の解釈原理には、ほぼ四〇年間に亘ってジェファソンの誤解を招く隠喩が明らかに盛り込まれている。ジェファソンは、分離を強力に信じていたが、修正第一条に彼の意見は具体化されてはいない。憲法修正が合衆国議会を通過し、諸州がこれを批准した時、ジェファソンはフランスに滞在していたのである。彼のダンベリー・パプテスト教会宛の手紙は、合衆国議会が修正案を通過させた後の一四年後にしたためられた寛容に関する短い手記であった。彼は、修正第一条の意味に関し、客観的観察者にとっては、当時の歴史の理想的な情報源とはなっていないとみえるであろう。

「バージニア信教自由法」制定の闘いに彼と共に加わったマディソンは、権利宣言起草にあたって大きな役割を担った。この点において彼は合衆国内にとどまっていたし、第一議会の指導的立場にある議員であったのであって、ジェファソンよりも強みを持っていたといえる。しかし、マディソンの重要な貢献を含む国教禁止条項の憲法への採択に導く第一議会の議事録を調べてみると、高度に単純化された「国家と教会との間の分離の壁」よりも遙かに異なった当該条項の目的に関する状況を垣間見ることができる。確かにマディソンは、バージニアでは強く分離を主張しているが、修正第一条が連邦レベルで分離を設けるものであると意図してはいないのである。⁽³⁾

マディソンの考えからして彼が、修正を国定宗教(national religion)の樹立の禁止および宗派間の差別防止に向けられたものと見做していたことは、争う余地のないところであり、政府に宗教と非宗教との間の中立性を要求

しているものとは見做してはいなかった。従って、*Eaton*事件のブラック判事の法廷意見は、マディソンとジェファソンが自分たちの州でバージニア信教自由法の制定に努力したという点では正しいが、マディソンが最終的に権利宣言となる草案を提出した際にこれらの見解を下院に持ち込んだとする点は、完全に誤りである。⁽⁴⁾

1. *Marsh v. Chambers* ⁽⁵⁾

分離主義が優位な立場にあった一九八〇年代以前においては、最高裁は、政府後援の宗教的展示、或いは学校外の政府後援の祈祷に関する事件を処理しては来なかった。しかし、一九八三年、ネブラスカ州議会がその会期を祈祷をもって開会するしきたりを合憲とした本件事件は、新たな国教禁止条項解釈の始まりを暗示する判決である。

法廷意見を書いたバーガー首席判事は、「二百年を越す疑う余地がなく且つ間断のない歴史に照らして、祈祷をもって議会の会期を開会する慣行は、我々の社会機構の一部となつてきており、法律の制定を委任されている公的機関において神の導きを祈ることは、これらの状況下においては、宗教の『樹立』若しくは樹立への第一歩となるものではない。換言すれば、それは、この国の人々の間に広く抱かれている信条の寛容なる承認にすぎない。ダグラス判事が *Zorach v. Clauson* (343 U.S. 306 (1952)) で述べているように、『我々国民は、その制度が至高の存在 (Supreme Being) を前提とする宗教的国民なのである』⁽⁶⁾。

本判決は、歴史的例外の法理を新たに設けることによって許し得る便宜供与をレモン・テストで設定された限界を越えて拡大したのである。しかしながら、この例外は、最高裁の国教禁止条項の解釈原理を変形するための幾分限定された法理であつて、この法理は分離主義を拒否したのではなく、単にそれを一定の状況下に限定したにすぎないと言い得る。⁽⁷⁾

2. Lynch v. Donnelly (89)

翌一九八四年、本件事件で、最高裁は、毎年クリスマス展示の中に市所有のキリスト生誕の飾り物・クレッシュー(Crèche)を取り入れることは、国教禁止条項に抵触しないと判示した。バーガー首席判事は、法廷意見の中でレモン・テストを採用したものの、歴史的慣行を全面に打ち出して当該展示を合憲としたのである。

すなわち、それぞれの訴訟事件ごとに線引きが要求されている。いかなる固定化された状況無視の準則を作ることはできないが、この線引きにあたって当法廷は、レモン・テストを適用することが有益であると指摘してきた。もつとも当法廷は、かかる微妙な問題領域にあつては単一的テスト乃至判断基準に限定することには不同意であることを強調してきている。

いかなる活動といえども、その宗教的構成要素にのみ焦点をあてるならば、不可避免的に国教禁止条項の下で無効となる。当法廷は、確かに立法又は政府行為をそれらが世俗的目的を欠くという理由で無効としてはきたが、それが完全に宗教的考慮によって動機づけられていることが明らかな場合にのみ無効としてきたのである。

クリスマス休暇の季節という状況の下から本件を審理した場合、クレッシューを展示内容に含めたことは、ある種の特定の宗教上のメッセージへの巧みな政府の擁護を述べるための意図的又は内々の試みであると断定するには証拠不十分であることが明かである。多元的社會には、さまざまな目標及び目的が含まれている。ロードアイランド州ポータケット市は、西洋社會で長い間に亘つて祝福されてきた重要な歴史的宗教行事にもつぱら注目してきたのであり、クレッシューは國民の休日として長い間認められてきた伝統的行事の歴史的起源を表すのであつて、その展示は休日を祝福し、休日の起源を表すために当該市によって援助されたものであり、正当な世俗的目的といえる。⁽⁹⁾

法廷意見は、クリスマスは宗教的休日であると同時に文化的なそれであること、さらにキリスト降誕の図は休日

の文化的範囲内に吸収されるという考えに依拠しているが、本判決で注目しなければならないのは、法廷意見がレモン・テストの有用性を指摘しながらも、微妙な問題領域においては一様なテスト又は審査基準は採用することができないとしてレモン・テスト放棄のシグナルとなったこと⁽¹⁰⁾、及びオコナ判事が同意意見の中で新たに独立した国教禁止条項原則の焦点となるエンドースメント・テスト(Endorsement Test)を展開したことである。

エンドースメント・テストは、オコナ判事によれば、レモン・テストの目的及び効果分枝を部分的に改めることによって当該テストを明確にしたものであるとする。このテストの下では、政府行為は、二段階審査の分枝を満たさなければならない。レモン・テストの目的分枝に類似する第一の審査基準は、政府の主観的意図に焦点をあて、「政府が宗教へのエンドースメント又は否認(disapproval)のメッセージを伝達することを意図しているか否か」を決定するというものである。レモン・テストの効果分枝に類似する第二の審査基準は、政府行為の客観的效果に焦点をあて、政府行為が実際に政府による宗教のエンドースメント又は否認のメッセージを伝達するものであるか否かを決定するというものである。そして、二つの基準の一方が積極的に解されたならば、当該政府行為は違憲である、とするにある⁽¹¹⁾。

オコナ判事は、このテストをWallace判決の同意意見の中で更に精密化していくが、ノン・エンドースメント原則は、分離主義に取って代わる指導的役割を果たすものとして支持され⁽¹³⁾、一九八九年のCounty of Allegheny v. ACLUの法廷意見の中で採用されていく⁽¹⁴⁾。

⁽¹⁵⁾ *Co. Wallace v. Jaffree*

本件において争点となったのは、全公立学校の全学年の担任教師が一分以内の「黙想又は自発的祈祷」のために

沈黙の時間を告げることができ旨規定した「一九八一年アラバマ州法 (ALA. CODE & 16-1-20.1 (Supp. 1984))」の合憲性が争われた。

ステイブンズ判事が書いた法廷意見は、分離主義の立場に立ち戻り、同法にレモン・テストの目的分岐を適用し、次のように判示している。修正第一条は、法律が宗教を促進するという目的に動機づけられている場合無効とされなければならないことを要請している。本件にこの目的テストを当て嵌めた場合、「政府の実際の目的が宗教をエンドースメントにあるか否か又は否認するにあるかどうか」を審査するのが適切であると考える (Lynch, 465 U.S. at 690 (O'Connor, J., concurring))。本件訴訟記録から一九八一年法の制定は、世俗的目的に動機づけられていると言えないことは明かであり、実際、同法は、世俗的目的をもたないのである。法案提案者のD・ホームズは、立法目的は公立学校に自発的祈祷を再び取り戻すことであつたと議事録の中で述べている。また州自体も、いかなる世俗的目的の証拠も提出していない。公立学校へ祈祷を取り戻そうとする立法意図は、勿論始業時から終業時までの授業時間中の適切な沈黙の間に自発的祈祷を行う全生徒の権利を単に保護することとまったく異なつて⁽¹⁶⁾いる。

オコナ判事は、その同意見の中で、エンドースメント・テストについて次のように論及する。

アメリカにおいては、教会と国家は、必然的に同一の共同体内で機能しなければならない。この共存の故に政府の世俗的利益と種々の宗派及びその支持者の宗教的利益がしばしば交差し、衝突しそして結びつくのはどうしても不可避である。その結果、表面上世俗的利益を促進する法律は、しばしば宗派信仰を援助し又は妨げるといふ付随的若しくは主要ですらある効果をもつのである。このようなすべての法律が国教禁止条項の下で無効とされるならば、結果として混乱状態が生じて当然である。エンドースメント・テストは、政府が宗教を承認すること又は法律

制定及び政策決定に宗教を考慮にいれることを排除するものではない。当該テストは、政府が宗教又は特定の宗教的信念が奨励され、若しくは優先されるメッセージを伝達し、或いは伝達しようとすることを排除するのである。かかるエンドースメントは、非信奉者の信教の自由を侵害する。というのは、政府の権力、威信及び財政援助が特定の宗教的信念の背後に確信された場合、優勢な公的に承認された宗教に従うようにとの宗教的少数者に対する間接的な強制、圧迫が明白となるからである。⁽¹⁷⁾

レモン・テストの厳格適用は、一般に適用される政府義務から宗教の違法者を免除する立法を無効とする。かかる立法は、宗教の自由な活動を促進する点において宗教的目的及び効果を有する。他方、宗教の自由な活動の促進を目的とするすべての立法は、完全に国教禁止条項を侵害する。宗教に関するいかなる法律も、自由な活動の権利へのエンドースメントと見做され得るのである。二つの宗教条項のいずれも、もし、論理的極端にまで拡大されたならば、他方と衝突する方向へと向かう。最高裁判所は、長い間に亘ってこの衝突を宗教に対する政府の「中立性」を要求することによって悪化させてきた。政府は時として宗教の違法者に別の状況では、一般に適用される義務を免除しなければならぬとする自由な活動条項に「完全なる中立性」概念を適合させるのは、困難である。利益を明かに宗教的ベースに付与する政府は、もはや宗教に対して中立ではない。

宗教条項間の衝突を解決するには、中立性にそれを求めるのではなくして、むしろ宗教の自由な活動を促進する政府許可に対する実行可能な制約を明らかにするにある。自由な活動条項の文言は、宗教の自由な活動を禁止する法律について規定しているのであって、文面上当該条項は、政府の自由な活動への介入に向けられている。政府は、宗教の自由な活動に政府が課した負担を取り除いた場合に当該条項の価値を追及するとまことしやかに主張される。ある法律がこのカテゴリーに含まれるとするならば、基準となる国教禁止条項テストはしかるべく修正されなければ

ばならない。法律の明白な目的が、政府が課す負担を取り除くことによつて宗教を促進することにある場合、単に世俗的目的を審査するのは不誠実なのである。むしろ、最高裁判所は、かかる法律の宗教的目的は、自由な活動条項によつて正当化されることを認めるべきである。かかる法律の効果を評価するに際して、すなわち法律が宗教又は特定の宗教的信念のエンドースメントのメッセージを伝達するか否かを決定するに際して、裁判所は、「客観的観察者 (objective observer)」は自由な活動条項及び当該条項が促進する価値を知っていると仮定すべきである。従つて、宗教的違法者が特定の政府の要求を免除されるという個人的認知又は憤りは、自由な活動条項が強力に当該免除を支持するならば、ほとんど重要視されないであらう。⁽¹⁸⁾

レーンクイスト判事は、その反対意見の中でレモン・テストに対して過酷な評価を加えている。すなわち、レモン・テストの目的分枝は、非常に不明瞭であり、有効な世俗的法律ですら無効とする。この分枝が、宗教を援助するという定まった立法目的に基づいて為される宗教施設への援助を無効とするために意図されるとするならば、当該分枝は立法機関が世俗的目的を述べ、また宗教への援助についても何も言及していないならば、何についても非難できないであろう。従つて、法律の合憲性は、立法者が立法史に何を挟むか、そして更に重要なことは、立法者が何を除外するかに依拠する結果になる。目的分枝が、ただ立法者に世俗的目的を表明するよう要請しているならば、明言されようがされまいが、ほとんどの法律は、すべての法律の背後にある諸目的の一つがその目的全般に援助するにあるが故に作用しなくなるであらう。換言すれば、目的分枝が、表明されていようといまいと宗派施設への援助の意図がないを要請するとすれば、かかる領域における州法は目的分枝をパスしなくなるのであつて、我々が既に支持してきた宗教への幾つかの州援助を取り消すよう要請されるであらう。

レモン・テストのかかり合い分枝は、教区学校への援助の事例に解決できないパラドックスを提供する。もつ

ばら宗教的目的にのみ使用される教会財産についての免税事件のごときケースにおいては、教会と州との間のかかり合いの回避は重要な要素となるが、かかわり合いの分岐が学校援助に適用されてきたように、自動的方法で、あらゆる州と教会との関係に適用されたならば、州は財政援助の受領条件として教会関係施設に何も要求できなくなるであろう。これらの困難な問題は、レモン・テストが修正第一条の歴史にその根拠づけを置かないが故に生ずる問題なのである。⁽¹⁹⁾

オコナ判事は、国教禁止条項の目的は、何等かの方法で政治的共同体内の個人の地位に関連する宗教に政府が執着することを禁止することにあるが、ステイブーン・G・ゲイ教授は、エンドースメント・テストを次のように批判している。すなわち、エンドースメント・テストの真の問題点は、オコナ判事が一度に二つの方向に注意を向ける国教禁止条項基準を理論構成しようと試みたことにある。オコナ判事は、教会と国家という分離という長い憲法的伝統を認めると同時に、宗教に対する州の利益付与を一定レベルで過度にすぎないことを条件に認めている。オコナ判事は、国教禁止条項解釈を分離主義者の用いる用語で表現しているにも拘らず、厳密な分離がよいことであると確信してはいない。例えば、祈祷をもって議会を開催する慣行は特定の宗教的信念のエンドースメントのメッセージを伝達しないから合憲であるとしている (Allegheny, 492 U.S. at 630-31 (O'Connor, J. concurring))。州の宗教活動が長期間存在すればエンドースメントの印象は否定されるといふ見解は、オコナ判事が一定レベルの継続的な州の宗教との結合を許していることを意味する。すなわち、教会と国家の結合は、それがほんのわずかな境界線を越えた場合にのみ許されないエンドースメントを意味することになるのである。また、「客観的観察者」をエンドースメントに混入したことは、オコナ判事が分離主義原則にもつばら優柔不断にコミットしているにすぎないという理解を補強する。オコナ判事は、客観的観察者を政治的多数者の宗教と州を結びつけるあらゆる政府行為

に対する憲法上の拒否権を宗教的少数者に付与するのを回避するために考案したといえる。しかしながら、客観的観察者を宗教的少数者から遠ざけることによって、エンドースメント基準は、宗教的少数者への政府行為の影響に不適切に鋭敏となっている。それによって実質的には、宗教的少数者の保護を少数者の宗教的自治侵害で訴えられる正に多数者の判断に基づかせている。⁽²⁰⁾

更に、国教禁止条項に関する本件反対意見におけるレーンクイスト判事の新たな解釈基準は、分離、便宜供与、中立性に関して従来とまったく根本的に異なつた着想を示唆するものであり、その後の最高裁判決に多かれ少なかれ、重大な影響を与えていくことになる。N・レドリツヒ教授は、本判決は広い意味において一九四七年以降国教禁止条項解釈について最高裁判所を導いて来た基礎的原理を再考察するチャンスであつたと評しているが、⁽²¹⁾かかる意味において、本判決は、国教禁止条項解釈をめぐる最高裁判決の一つの時代を画する判決だといえよう。

4. Aguilar v. Felton ⁽²²⁾

本件は、ニューヨーク市が、「一九六五年初等・中等教育法」第一表題の計画の下で市内の教区学校で不利な境遇の生徒の治療教育にたずさわる公立学校の正規の教員、カウンセラー、心理学者、精神科医、ソーシャルワーカーに対して連邦資金から給与を支払うことの合憲性が争われた事件である。一九八五年、最高裁は、教育が教区学校内で行われることを理由に国教禁止条項を侵害するとしたが、分離主義に対する批判がますます痛烈となつている。法廷意見を書いたブレナン判事は、レモン・テストの第三分肢にエンドースメント・テストの要素を取り入れ、第一に援助は圧倒的に宗派的環境の下で提供されており、第二に援助が教師という形で提供されているが故に宗教的なメッセージを伝えないことを確保する手段として継続的な監視が求められているとする。そして、公的機関に

よるかかる教区学校における全面的監督は、明らかに過度のかわり合いの禁止の根幹のところ、国教禁止条項の追及求める価値を侵害するとして⁽²³⁾いる。

これに対して、バーガー、レーンクイスト、オコナ、ホワイトの各判事が反対意見を書いているが、中でもバーガー首席判事は、その反対意見の中で、法廷意見は本件プログラムによって誘引される相互の影響がいかに国教禁止条項の根底にある価値の脅威になるかを立証してはいない。宗教学校の生徒に本件のような奉仕を否定することが我々を公定教会 (established church) から保護するための中立的行為であると考えるのは、論理、経験或いは歴史にその支持を持ちあわせてはいない。当法廷が誇りとしている中立性を示しているというより、むしろ宗教及び教会が後援する学校に通学する子供達への敵愾心を誇示している⁽²⁴⁾のであると反論している。

更に、レーンクイスト判事が一部同意する反対意見の中で、オコナ判事は、本件第一表題のプログラムに宗教的目的及び宗教を助長する効果はまったく見当たらないと強説した後、法廷意見が拠って立ったレモン・テストの第三分肢基準に疑問を投げかけている。すなわち、当法廷の国教禁止条項に関する諸判決に見られる矛盾の多くは、正当な目的及び効果をもつ教区援助計画が、なおおなかわり合いによって無効であるとする当法廷の主張にその原因が帰されるのである。例えば、教区学校へのバス輸送費用の償還は合憲とした (Everson v. Board of Education, 330 U.S. 1 (1947)) が、教区学校の見学旅行にバスを州が提供することは生徒を引率する教区の職員に対する州の過度の監督を含むという理由で無効とした (Wolman v. Walter, 433 U.S. 229 (1977))。当法廷の国教禁止条項に関する判例に見られる変則的な結果は、大部分、このかわり合い分肢にその原因が帰因するのである。「制定法が、宗教を促進し、又は是認する目的若しくは効果を欠く場合、私は、当該制定法が教会と国家の間に何等かの継続的協同を要請し、或いは州の基金が宗教を促進しないよう州の監督を要請していることのみ

をもって当該制定法を無効とはしない」と述べている。⁽²⁵⁾

5. *Witlers v. Washington Dept. of Services for the Blind* ⁽²⁶⁾

私立のキリスト教系大学に通学する目の不自由な学生が、「ワシントン州歳入法典 (Wash. Rev. Code & 74.16.181 (1981))」により職業訓練のための財政的援助申請をワシントン州盲人委員会に拒否された本件事件において、最高裁は、援助が直接的に宗教学校に支払われるものではないことを理由に、財政的援助を行うことは国教禁止条項違反にならないと判決を下した。

マーシャル判事は、その法廷意見の中で次のように述べている。

国教禁止条項は、宗教的機関へのあらゆる公金支出を禁じてはいない。例えば、州がその従業員に給料を支払い、その従業員が給料の全額又はその一部を宗教的機関に寄付したとしても、それは憲法があまり知らないところである。他方、州は、現金であろうと現物であろうと、援助の目的が州からの宗教学校への直接的な補助金のそれである場合は、宗教学校への援助を認められないのである (Grand Rapids School District v. Ball, 473 U.S. at 394)。援助は、それが生徒又は両親への援助の形式をとったとしても、右に述べた効果をもち得る。本件において、学生への財政的援助が、仮定で述べた給料の寄付或いは直接的な援助に類似するものであるかどうかの問題であるが、本件訴訟記録に拠る限り、ワシントン州の計画の下で提供される職業訓練の援助は、学生に直接支払われるのである。当該学生は自らの選択に基づいて当該補助金を教育機関に転用するにすぎない。最終的には宗教団体に流出する本件計画の下での提供されるすべての援助は、援助受取人の純粋に独立し且つ私的な選択の結果以外のなものでもない。本件計画は、「利益を受ける機関の宗派的—非宗派的、又は公的—私的性質に関係なく一般的に利用で

きわむ」(Committee for Public Education and Religious Liberty v. Nyquist, 413 U.S., at 782-83, n. 38) のとおり、決して宗教に向かつて斜傾するものではない。本件において、援助が個人に対して行われるという事実は、宗教教育を支援する決定は個人によってなされたのであって、州によってなされたのではないということ意味するのである。

原告が、自らの宗教教育の費用支払いの助けのために中立的に利用可能な州の援助を利用することを選択したというだけの事情は、宗教に対する州のメッセージを与えるものとはならないのである。⁽²⁷⁾

ホワイト判事は、その同意意見の中で「私は、州が私立学校又はその生徒に援助の提供する場合、憲法を侵害するとする当法廷の判決は、国教禁止条項を誤って解釈しており、公共の利益に危害をなすものであると確信する」⁽²⁷⁾と述べ、国教禁止条項の持つ意味をさらに希薄化させている。

9. Bowen v. Kendrick ⁽²⁸⁾

十代の妊娠を取り巻く複雑な問題に青年が対処する援助として彼らにカウンセリング及びその他関連する奉仕の提供を目的とする「青年家族生活法 (the Adolescent Family Act, AFLA (42 U.S.C. & 300z (1982)))」は、宗教団体を含む種々の公私の非営利団体に連邦助成金の支出を規定していた。一九八三年三月、納税者、牧師及びユダヤ会議の団体は、同法が国教禁止条項に違反するとして、宣言的判決と差止命令を求めて訴訟を提起した。一九八八年、最高裁は、従来、宗教的に密接に関連する大学への援助との関係で文面上無効、適用上無効の区別に依拠してきたが、⁽²⁹⁾レモン・テストを適用し、AFLAは文面上国教禁止条項を侵害するものではないと判示した上で、適用上同条項を侵害するか否かを明らかにするため、連邦地方裁判所に事件を差し戻した。また、最高裁は、曖昧

模倣とした「極めて宗派的色彩の強い団体 (the pervasively sectarian institution)」への直接的援助となるか否かによって国教禁止条項侵害となる新たな解釈を試みることによって、当該条項侵害となる可能性を狭くしている。レーンクイスト首席判事が、法廷意見を書いている。

AFLAは、法律の文面からして全体的でないにしても正当な世俗的目的——十代の性的特質、妊娠及び親子関係によって生ずる社会的、経済的諸問題の排除と減少化——が動機となって制定されている。AFLAは、宗教団体のみならず、家族構成員、慈善団体、任意団体及びその他の私的分野における団体の援助協力をえることによって同法の目的達成を試みようとしているのであって、AFLA制定時の連邦議会の事実上の目的が、「宗教をエンドースメントする」という目的にあったとの証拠はまったく存在しない。³⁰⁾

文面上中立的である法律であっても、「宗教的に密接な関連のある団体 (religiously affiliated institution)」への直接的な政府援助は、宗教を促進するという主要な効果をもたないと保障するのに常に注意深くあらなければならないが、直接的な政府援助が主要な効果をもつ一つの方法は、かかる援助が「極めて宗派的色彩の強い団体」に行われる場合である。この点について当法廷は、*Hunt v. McNair* (413 U.S. 734 (1973)) で、「通例、援助は、宗教が非常に浸透しているがために団体の実質的部分が宗教上の任務に包摂される団体に行われる場合、宗教を促進する主要な効果を有する」(id. at 743) と判示している。従って、法律がその文面上宗教を促進する不当な効果を有するか否かを決定するには、当該法律が政府援助を「極めて宗派的色彩の強い団体」に向けているか否か及びその程度を審査しなければならない。本件において、AFLAの文面上、連邦基金のかかりの部分がかかる団体に歳出されることを示唆するものはなら存在せず、実際、直接的な援助を受けるかかる団体の実質的危険性が存在するとの主張は、文面上中立的な補助金要求によって相殺される。³¹⁾

当法廷が、レモン・テストの過度のかかあり合い分岐をめぐって意見が分かれた多くのケースは、教区学校への援助に関する事件である。例えば、*Aguilar v. Felton* (473 U.S. 402 (1985))において、当法廷の過度のかかわり合いの認定は、大部分、援助を受ける初等及び中等学校が極めて宗派的色彩の強いものであるという事実及び実質的目的として宗教上の価値基準を教化することを内容とするものであったという事実⁽³²⁾に依拠したものであった(*Id.* at 411)。本件において、補助金を受け取る宗教団体が、当法廷が教区学校に関して判決を下したと同様の意味合いにおいて、極めて宗派的色彩の強いものであると推定するに足る何らの理由も見出だされない。それ故に、それほどまでに徹底しているとはいえない本件監督は、政府が宗教に密接な関連があるAFLAの被授与者の日々の生活に不当に介入するとの懸念には理由が存在せず、保健・社会福祉長官による被授与者の計画審査或いは政府職員のクリニックや事務所訪問といった本件監督は、少なくとも極めて宗派的色彩の強い団体への補助金を認める同法との関係において過度のかかわり合いに達しているとは言い難いのである。⁽³²⁾

ブラックマ判事は、その反対意見(ブレナン、マーシャル、スティーブンスの各判事が同調)の中で、法廷意見が「極めて宗派的色彩の強い団体」基準を採用したことは、最高裁判所が、直接的な援助を無効としてきた多くの判例法体系を無視して、もっぱら最高裁判所が宗教に密接に関連する団体を含む私立大学への援助支出を合憲としてきた限られた判例に依拠する方向へと導いていくものである、と批判している。⁽³³⁾

7. Board of Education of Westside Com. Sch. v. Mergens ⁽³⁴⁾

連邦の財政的援助を受け、制限的オープン・フォーラムをもつ公立の中等学校は、言論の宗教的、政治的、哲学的或いはその他の内容に基づいてフォーラムの平等利用又は公平な機会を禁止し、或いは差別することは不法であ

ると定めた一九八四年の「平等利用法 (the Equal Access Act, 20 U.S. C. & 4071-4074)」が、公立中等学校が生徒の宗教クラブの学内での集会を禁止するものか否かが争われた本件事件において、最高裁は、同法を文面上も適用上も国教禁止条項に違反するものではないと判示した。オコナ判事が法廷意見を書き、八人の判事が同調し、スティーブンス判事が反対意見を述べている。

オコナ判事は、次のように述べている。

第一に、宗教を是認する政府言論と言論の自由並びに信教の自由な活動条項が保障する宗教を是認する私的な言論との間には、決定的な相違があり、中等学校の生徒は、学校が生徒の言論を是認し又は支援しているのではないことを理解するに充分に成熟してゐる。第二に、平等利用法は、明白に学校職員が集会に参加することを制限し、あらゆる集会が授業時間外に開かれなければならないと規定しているのであるから、生徒は無理なく学校職員のクラブ承認が宗教的言論のエンドースメントというより中立性をはつきり表わすものであると理解するであろう。第三に、本件学校における公的に承認される広い範囲の生徒クラブ及び生徒がさらなるクラブを組織することが自由であるという事実は、いかなる考えられ得る宗教への公的なエンドースメント又は優先のメッセージをも中和する。第四に、本件法律によれば監督生は、いかなる宗教集会にも参加し得ず、また学外人は生徒団体の活動を指示し、管理し或いはそれに正規に参加し得ない。さらに、同法は、宗教集会への学校の援助を禁止しているが、このことは、学校当局が、いかなるかかる集会を助長し、指導し、またはそれに参加できないことを意味するのであつて、過度のかわり合い分岐に違背するものではない。⁽³⁵⁾

スカリア判事が同調する同意意見の中で、ケネディ判事は、エンドースメント・テストの字義どおりの適用は、名目上は中立性を結果するが、問題が政府と何等かの宗教的優先を表明する者との適切な関係である場合、事実上

敵愾心を結果するとして、右テストを批判し、強制 (coercion) テストを主張している。すなわち、同判事によれば、強制に関する審査は、宗教活動に参加する生徒に対して政府が強制を課すか否かでなければならぬ。⁽³⁶⁾

ケネディ判事のいう強制テストは、レモン・テストに反映される国教禁止条項の解釈原理は宗教に対する敵愾心と合衆国の歴史と先例に対する敵愾心を反映するものであるとして、County of Allegheny v. ACLU⁽³⁷⁾における同判事の一部同意、一部反対意見の中で展開され、一九九二年のLee v. Weisman⁽³⁸⁾で法廷意見で採用されている。

ケネディ判事は、先例から二つの限定的原理が明らかになると主張する。すなわち、政府は何人に対してもいかなる宗教又はその活動を支持するよう、或いは関与するよう強制し得ず、第二に政府は、事実上州の宗教又は宗教的教義を樹立する程度に至る宗教に対して利益を与え得ないのである。二つの原理は異なるが、関連のないものではない。というのは、州樹立の教義を支持するであろう実質的利益を供与するための課税、遵奉への直接的強制又は事実上改宗に繋がる宗教的なものへの政府の勧誘といった多かれ少なかれ何等かの強制の手段なくして宗教を樹立することは困難であるからである。最近の幾つかの先例では、強制は国教禁止条項侵害の唯一の基準であると考えるを拒否しているが、このことは、強制ということによって憲法起草者たちが知っていた宗教の樹立という古典的意味における直接強制が意味されるならば、その限りでは正しいであろう。しかし、強制は、宗教への援助のための直接課税又は就任宣誓である必要はない。宗教教義の象徴的承認または便宜供与は、極端な事例の場合国教禁止条項侵害となり得る。⁽³⁹⁾

かかる見解を展開するケネディ判事の基本的立場は、宗教への便宜供与、承認及び援助は、合衆国の政治的且つ文化的伝統の一般に容認された属性であり、国教禁止条項は、宗教を承認し又は援助するいかなる行為をも回避するよう政府に要求するよりも、宗教がアメリカ社会の中で果たす中心的役割を承認し、又は便宜供与することにお

ける政府の何等かの自由の範囲を容認しているのである。そして、今世紀に入り、現代行政国家が市民生活に多様な方法で接触し、国家自体の計画を通して市民の財政的選択を向け直すようになり、政府に宗教へのあらゆる援助を回避するよう要求することが、公平に見て中立目的に適うものと見做されるという虚構を堅持するのは困難である、としている⁽⁴⁰⁾。

ゲイ教授は、次のように述べている。すなわち、強制論者と分離主義者との重要な相違点は、前者は宗教を国家から独立したものとして堅持しようとはするが、政府を宗教から独立したものとして堅持することには敏感ではない。強制論者は、信教の自由は宗教が政治領域から遠ざけられた場合のみ栄え得るとする分離主義者の見解には強弁に異議を唱える。彼らは、宗教がアメリカ合衆国憲法体系の中で重要な政治的機能を果たしていると論ずるのであり、宗教が合衆国の公的文化の正に基礎をなし、裁判所は国政への宗教的価値の注入を妨げる人工の壁を設けることによって宗教の政治的効果を無視すべきではない、とする⁽⁴¹⁾。

さらに、教授は、強制テストの鍵となる用語が非常に不明確であるがため、同基準をめぐつての実際的問題が生ずるとする。すなわち、強制という用語は広い範囲に亘る定義が可能であり、各々の解釈によって異なった結論が導き出される。強制テストの下での結果として出てくる解釈可能性の範囲は、レモン・テストにおけるそれよりも広く、オコナ判事のエンドースメント・テストから引き出される結果よりも広範であり、このことは強制テストが信教の自由の保護のために非常に脆弱な根拠しか持ち合わせないことを意味する、と主張している⁽⁴²⁾。

(1) Ira C. Lupu, *The Lingering Death of Separationism*, 62 *Geo. W. L. Rev.* 230, 237 (1994).

(2) 472 U.S. 38 (1985).

- (c) *Id.* at 92 (Rehnquist, J., dissenting).
- (4) *Id.* at 98-99 (Rehnquist, J., dissenting).
- (5) 463 U.S. 783 (1983).
- (6) *Id.* at 792.
- (7) See, e.g., Steven G. Gey, *Bowen v. Kendrick: Establishing a Relationship Between Church and State*, 38 AME. U. L. REV. 953, 970-71 (1989).
- (8) 465 U.S. 668 (1985).
- (9) *Id.* at 678-85.
- (10) Donald D. Beschle, *The Conservative at Liberal: The Religion Clauses, Neutrality, and the Approach of Justice O'Connor*, 62 NOTRE DAME L. REV. 151, 169 (1987).
- (11) 465 U.S. 668 at 687-94 (O'Connor, J., concurring).
- (12) 472 U.S. 38, 67-84 (1985).
- (13) Beschle, *supra* note 10, at 175-82; William P. Marshall, "We Know It When We See It": *The Supreme Court and Establishment*, 59 S. CAL. L. REV. 495, 531-37 (1986).
- (14) 492 U.S. 573, 578 (1989).
- (15) 472 U.S. 38 (1985).
- (16) *Id.* at 56-59.
- (17) *Id.* at 69-70 (O'Connor, J., concurring).
- (18) *Id.* at 82-83 (O'Connor, J., concurring).
- (19) *Id.* at 108-10 (Rehnquist, J., dissenting).
- (20) Steven G. Gey, *Religious Coercion and the Establishment Clause*, 1994 U. ILL. L. REV. 463, 480-81. See Steven D. Smith, *Symbols, Perceptions, and Doctorial Illusions: Establishment Neutrality and the "No Endorsement" Test*, 86 MICH. L. REV. 266 (1987); Note,

- Development in the Law: Religion and the State*, 100 HARV. L. REV. 1606, 1648 (1987); Robert A. Holland, *A Theory of Establishment Clause Adjudication: Individualism, Social Contract, and the Significance of Coercion in Identifying Threats to Religious Liberty*, 80 CALIF. L. REV. 1623, 1663 (1992).
- (21) N. Redlich, *The Separation of Church and State: The Burger Court's Tortuous Journey*, in THE BURGER YEARS, 79 (H. Schwartz ed. 1987).
- (22) 473 U.S. 402 (1985).
- (23) *Id.* at 412-13.
- (24) *Id.* at 420 (Burger, C. J., dissenting).
- (25) *Id.* at 429-30 (O'Connor, J., dissenting).
- (26) 474 U.S. 481 (1986).
- (27) *Id.* at 488-89.
- (28) 487 U.S. 589 (1988).
- (29) *Roemer v. Board of Pub. Works*, 426 U.S. 736, 755-61 (1976); *Hunt v. McNair*, 413 U.S. 734, 742-45 (1973); *Tilton v. Richardson*, 403 U.S. 672, 678-82 (1971).
- (30) 487 U.S. at 602-604.
- (31) *Id.* at 609-619.
- (32) *Id.* at 616-17.
- (33) *Id.* at 630-31 (Blackmun, J., dissenting).
- (34) 496 U.S. 226 (1990).
- (35) *Id.* at 250-53.
- (36) *Id.* at 261-62 (Kennedy, J., concurring in part and concurring in the judgement).
- (37) *County of Allegheny v. ACLU*, 492 U.S. 573 (1989).

(38) 505 U.S. 577 (1992). 同、本判決にのみならず、拙稿「Lee v. Weisman - U.S. - 112 S. Ct. 2649 (1992) - 公立学校の卒業式に際して、聖職者の invocation 及び benediction を捧げることは、第一修正の国教禁止条項を侵害する」アメリカ法(一九九三)二九八頁以下参照。

(39) *Id.* at 651-61.

(40) *Id.* at 657-58. 強制的にスーパースタイルを支持する立場を「*See* Michael W. McConnell, *Religious Freedom at a Crossroads*, 59 U. Chi. L. Rev. 115 (1992); Michael W. McConnell, *Coercion: The Lost Element of Establishment*, 27 Wm & Mary L. Rev. 933 (1986); Michael W. McConnell, *Accommodation of Religion*, 1985 Sup. Ct. Rev. 1; Jesse H. Choper, *The Religion Clauses of the First Amendment: Reconciling the Conflict*, 41 U. Pitt. L. Rev. 673 (1980).

(41) *Gay*, *supra* note 20, at 484.

(42) *Id.* at 492-93.

三 分離主義の放棄と中立性理論

一九九〇年代に入ってから、の宗教条項をめぐる最高裁判決は、第二次世界対戦後、アメリカ社会のリベラルな文化の中で優勢であった国家―教会関係の分離主義者的エートスからの離脱の傾向を強め、宗教・非宗教間或いは宗教間での政府の中立性の要請を前面に出した判断を下していくようになる。

1. *Zobrest v. Catalina Foothill School District* (1)

生まれながらにして聴覚障害をもつ本件原告人は、「障害者教育法 (the Individuals with Disabilities Education Act ((IDEA)), 20 U.S.C. & 1400 et seq.)」に基づき被告原告学区に対して原告人が通学しているローマカトリック

ク教会系の高等学校の授業に同行する手話通訳を付すよう申請した。右申請に対して学区は、郡検事及びアリゾナ州法務長官の意見に従ってこれを拒否した。連邦地裁、連邦控訴裁は、レモン・テスト適用し棄却したが、最高裁は、上告人の主張を容認した。

法廷意見を書いたのは、レインクイスト首席判事である。同判事は、レモン・テストを適用した *Muller v. Allen* (463 U.S. 388 (1983))、*Witlers v. Washington Dept. of Services Blind* (474 U.S. 481 (1986)) に依拠する形で右テストの適用を回避している。

当法廷は、決して宗教団体が公的に援助される社会福祉計画から修正第一条によって無資格とされるとは判示していない。当法廷は、宗教に関係なく幅広い市民層に中立的に利益を供与する政府計画は、州は団体もまた薄く広まった (attenuated) 財政給付を受給するというまさにその理由によって国教禁止条項違反に問われるものではないと絶えず判示してきた。本件において問題となる援助は、生徒が通学する学校の「宗教・非宗教、或いは公立・非公立という性格」に関係なく、IDEAの下で「障害がある」と認定されたあらゆる子供に中立的に等しく援助する一般的な政府計画の一部である。自らの子供が通学する学校を選択する親の自由を尊重することで、当該法律は、個々の親の個人的判断の結果として政府支給の通訳が宗派系学校に派遣されることを保障しているのである。⁽²⁾ 教区学校が最終的にIDEAから受ける財政給付は、「個々の親の私的な選択」に帰因するものであって、宗派学校ではなく、障害をもつ子供が主たるIDEAの受益者であって、宗派学校は付随的なそれに過ぎず、許し難い「直接的な助成」とはなり得ないのである。⁽³⁾

2. Board of Education of Kiryas Joel v. Grumet ⁽⁴⁾

ニューヨーク州オレンジ郡キリヤス・ヨエル村(以下、単に村という)は、厳格なユダヤ教の一派、Satmar Hasidimの宗教的飛び地である。一九八九年州特別法が制定されるまではモンロー・ウッドバレー・セントラル学区内に位置していた。村内の子供達は、私立の宗派系学校で教育を受けていたが、学校は障害をもつ子供達に何等の特別措置も講じてはいなかったが、本来、州法及び連邦法で私立学校に入学しても特別教育を受けることができなかつたのである。一九八四年、セントラル学区は、村の障害をもつ子供達に特別措置を提供したが、翌年の宗派系学校へ補習授業を実施する政府計画を違憲とした最高裁判決(Aguilar v. Felton, 473 U.S. 402 (1985)) : School Dist. of Grand Rapids v. Ball, 473 U.S. 373 (1985))を受け、右措置を取り止めた。一九八九年、ニューヨーク州議会は、村を一つの学区とし、村学区を管理する教育委員会は村民をもつて構成することとする法律を制定した。新学区は、現在、障害をもつ子供達に特別な教育計画を実施しているが、村内の宗派系学校に通学するその他の子供達は、通学、補習授業、健康及び福祉のサービスを提供されているにすぎない。これに対して、州教育委員会連合会及び納税者が、訴訟を提起した。

スータ判事が法廷委意見を書き、宗教と非宗教或いは宗教間での政府の中立性の要請に基づき、特定の宗教で結び付いている有権者に公立学校を監督する政府権限を委任することを違憲であると判示した。

自由な活動条項と国教禁止条項の両者を適切に尊重することは、一つの宗教を他の宗教よりも、または宗教を信仰する者を総体として信仰をしない者よりも厚遇することなく、「国家に対して宗教への『中立』を求めよう強いることである」。本件学区を新設する州法は、政府の権限が中立的に行使されてきた、或いは行使されるであろうという保障がまったくない法律上、歴史上の具体的状況において、公立学校に対する州の裁量的権限を宗教的共同体の性格を持つ団体に委任するものであるから、この憲法の要請に反するものである。⁽⁵⁾

本件における憲法に関する問題の根本的な原因は、立法府自体が政府の権限を宗教的に中立な方法で行使しないであろうということである本件において一つの宗派にのみ援助が付与されているが、この只一つの小規模な宗教団体を援助することは、より規模の大きい宗派または宗教全体に援助する場合と同様な憲法上の問題を引き起こすのであり、従って当法廷は、州は修正第一条に違反したと結論するものである⁽⁶⁾。

同意意見を書いたブラックマン判事は、レモン・テストを堅持すべきであるとの論を強力に主張し⁽⁷⁾、反対にオコナ判事は、言論の自由をめぐる種々の司法審査基準が展開されてきていると同様に、国教禁止条項をめぐる司法審査基準もケース・バイ・ケースで考察すべきであると主張し、一九八〇年代半ばに自らが主唱したエンドースメント・テストを主張していない⁽⁸⁾。

c. *Rosenberger v. Rector and Visitors of the University of Virginia*⁽⁹⁾

ヴァージニア州の援助を受けている被上告人ヴァージニア大学は、学生から徴収した資金を元に学生活動基金(SAF)を設け、大学の教育目的に資する学生の課外活動を補助する出版費用援助金を交付していた。学内でキリスト教的観点を強調する雑誌を発行していた学生組織が、当該雑誌の発行費の補助金を被上告人に申請したところ、特定の信仰を主に煽動または明示することを禁止する大学のSAF綱領に抵触するとして、右申請を拒否した。上告人学生ローゼンバガー(創設者)は、学内の救済手段を尽くしたが容れられなかったため、訴訟を提起した。ケネディ判事が、法廷意見を書いている。

判例から導き出される教訓は、国教禁止条項違反に問われている政府計画を支持するに際しての重要な要素は、宗教に対する当該計画の中立性にあるということである。当法廷は、政府が中立的判断基準及び公平無私な政策に

従つて宗教的なそれを含む幅広く多様なイデオロギー及び観点をもち受益者に利益を付与する場合、宗教に対する中立性の保障は尊重されるのであつて、侵害されるのではないと判示してきた。国教禁止条項は、計画段階で中立である多くの人々に開放されている政府計画に加わる宗教的言論を行う人々に言論の自由を否定することを正当化し、まして要求さえしているという立場を当法廷は拒絶してきた。

本件政府計画は、宗教に対して中立的である。大学が宗教を促進するために右計画を創設したとか宗教的主張を援助する目的をもつ巧妙な計画を採用したとの指摘は存在しない。本件計画の中立性は、学生会費を教会或いは教会団体への直接的援助のために徴収される税金から区別しているのである。宗教に対する政府の中立性は、州の包括的大綱に明らかである。本件計画は、「国教禁止条項が禁止する宗教を是認する政府言論と言論の自由条項及び宗教の自由な活動条項が保障する宗教を是認する私的な言論」との決定的な相違を重視してゐる (Board of Ed. of the Westside Community Schools (Dist. 66) v. Mergens, 496 U.S. 226, 250 (1990))。本件において、生徒新聞が本件大学を代弁しているとのいかなる誤つた印象をも、「政府は故意に助長し、または奨励してきてはいない」(Capitol Square Review and Advisory Bd. v. Pinette, 115 S. Ct. 2440, 2448 (1995)) のであつて、本件発言が州によつて是認若しくは強制されているとの真の可能性は存在しない⁽¹⁰⁾。

政府は、通例、金品を支出することによつてその活動を行うが、学生が利用する施設の運営に学校がその基金を使用することと学校に代わつて当該施設を運営する第三者の請負人に学校が支出することとの間には、理論上或いは原則上相違はなく、また憲法上重要な相違はないのである。宗教へのいかなる利益も、宗教上中立的な立場に立つ世俗的目的をもつ政府の世俗的サービス提供の規定に付随する⁽¹¹⁾。

スーパ判事は、その反対意見(スティーブンズ、キングスバーク、ブレイヤーの各判事が同調)の中で、「最高

裁は、今日、初めて、国家の腕により核心的な宗教活動への直接的な資金援助を承認した⁽¹²⁾と冒頭に述べている。同判事は、最高裁が中立性に焦点を当ててきたことを認めているが、過去の判例で最高裁が中立性が合憲性を保障するものとは判示してはこなかったと主張している⁽¹³⁾。

- (1) 509 U.S. 1 (1993).
- (2) *Id.* at 8-10.
- (3) *Id.* at 12.
- (4) 512 U.S. 687 (1994).
- (5) *Id.* at 696.
- (6) *Id.* at 703-705.
- (7) *Id.* at 710-12 (Blackmun, J., concurring).
- (8) *Id.* at 718-21 (O'Connor, J., concurring).
- (9) 115 S. Ct. 2510 (1995).
- (10) *Id.* at 2521-23.
- (11) *Id.* at 2524.
- (12) *Id.* at 2533 (Souter, J., dissenting).
- (13) *Id.* at 2542 (Souter, J., dissenting).

四 中立性概念をめぐる諸見解

今日、国教禁止条項をめぐる事件において「中立性」が、政府による宗教への利益供与に關しての基礎的な抑制としてその機能を果たしているかに思われる。Rosenberger v. Rector & Visitors of Univ. of Va. (1)、「中
 法廷の諸判決の主要な教訓は、国教禁止条項違反の矢面に立たされる政府計画を支持する際の一つの重要な評価要
 素は宗教に対する政府計画の中立性にあるということである。……政府が、中立的判断基準及び公平無私な政策に
 従って宗教的なそれを含む幅広く多様なイデオロギー及び観点をもつ受益者に利益を付与する場合、中立性の保障
 は守られるのであって、侵害されるのではない」と法廷意見の中でケネディ判事は述べている。

最高裁は、宗教に対する政府の中立性を二つの宗教条項の基礎を流れる原理であると長い間述べてきたが、実
 際の形式的中立性のテストは、レモン・テストの下では適用されなかつた。しかし、近年、レモン・テストは批判
 の下にさらされ、従来と違ってほとんど適用されなくなつてきており、中立性が憲法適合性の決定的な指標となつ
 てきていることは、これまで述べたところより明らかと言えよう。

1 Lee v. Weisman (4)におけるスーパ裁判官の見解

国教禁止条項をめぐる中立性の概念は、自明ではないが、当法廷の最近の諸事例は中立性に特別の意味内容を与
 えてきた。すなわち、州は非宗教に対して宗教一般を、又は他の宗教に対して一宗教を支持し、或いは是認し得な
 い。支持及び是認を禁止するこの原則は、宗教的信念が政治的共同体内のすべての市民の地位にとつて無関係であ
 ることを保障するために、また政府による支配という品位を落とす影響から宗教を保護するために国教禁止条項法

理の基礎となってきたのである。修正第一条に具体化された信教の自由に対する我々の切望は、これ以外の判断基準を許さないものである。

しかし、政府が宗教に対して中立性を保たなければならぬということは、いかなる時でも政府が宗教を考慮に入れることを排除するということ意味するものではない。州は、宗教上の召命に介入する一般的に適用可能な規則から人々を解放することによって宗教の自由な活動に便宜を付与し得るのである。かかる便宜付与は、異論はあるが、不信仰を超えて宗教的儀式を公的に是認することを示すものではない。

多くの宗教は、信仰者の生活にとつて非常に重要でもあり、非信奉者の目にとつては特異でもある信仰活動を奨励する。当然、一般的に適用可能な世俗の規則は、非信奉者優位の立場から規定され、そして、結果的にかかる宗教活動を考慮に入れてはいないのである。しかし、かかる規則の強制が、宗教的感受性を傷つける場合——しばしばそうであるが——その強制は、これら影響を受ける人々を神と政府のいずれを支持するかを選択に追いやることになる。そのような状況下において、宗教に便宜を供与することは、一般的規則が世俗社会の良心を全く侵害しない場合に不必要に宗教的良心を侵害し得るという認識を越える以外のなものも示してはいない。⁽⁵⁾

2 Board of Educ. of Kiryas Joel v. Grumet⁽⁶⁾におけるオコナ裁判官の見解

宗教的要求は、宗教に関して中立的な法律を通して便宜供与され得る。

我々は、しばしば、政府は一般的に人々を彼らが礼拝し又は礼拝しない神若しくは諸々の神に基づいて異なつて処遇し得ないと判示してきた。「国教禁止条項の最も明白な要請は、一つの宗教上の教派が他の教派を超えて公的に優先権を与えられ得ないと言ふことである (Larson v. Valente, 456 U.S. 228, 244 (1982))」。「国教禁止条項

は、政府が教派又は宗教的組織の信奉者を支持するために……世俗的目的を放棄することを禁止している (Gillette v. United States, 401 U.S. 437, 450 (1971))。[州政府のみならず合衆国政府もまた、憲法上、非信仰者に対して全ての宗教を援助する法律を制定し、又は非信仰者に対して全ての宗教を援助する要求を課し得ず、また、神の存在を信することを基礎とする宗教を異なった信念に基礎づけられた宗教に対抗して援助し得ない] (Tronzo v. Watkins, 367 U.S. 488, 495 (1961))。私の見解では、宗教条項は——自由な活動条項、国教禁止条項、憲法六条三項に言う宗教上の審査条項並びに宗教に適用される場合の平等保護条項——全てこの点について同じことを言っているのである。すなわち、最も異常な状況下に置かれていない場合、一人の宗教は一人の法的権利、義務又は利益に影響を与えてはならない。私が以前に述べたように、「国教禁止条項は、政府が宗教への信奉を政治的共同体における人の地位に関係させた場合に侵害されるのである (Wallace v. Jaffree, 472 U.S. 38, 69 (1985) (opinion of O'Connor, J., concurring in judgment))」。

政府が宗教に便宜を供与するように活動するということは、一般的にいま述べた分析を変更するものとはならない。何が便宜供与を許し得るものにするかは、政府がある特定の宗教団体それ自体のためにその生活をより安楽にするということではない。むしろ、それは政府が深遠に抱かれた宗教に便宜供与しているということである。便宜供与は、従って、この信仰を共にする人々をそうではない人々と異なつて処遇することを正当化し得るのである。しかし、便宜供与は、教派に基づく差別を正当化するものではない。アルコールの消費を禁ずる州法は、聖餐用葡萄酒を免除し得るが、当該法律はユダヤ教徒ではなくしてローマカトリック教による聖餐用葡萄酒の使用を免除し得ないのである。徴兵法は良心的拒否者を免除し得るが、当該法律はその拒否が無神論的信仰とは対照的に有神論的信仰に根ざす良心的拒否者を免除し得ないのである。憲法は、「非差別的な」宗教的活動の免除を認めている。⁽⁷⁾

3 ステューベン・D・スミス教授の見解

中立性の観念は、宗教上の論争に巻き込まれている当事者のいずれをも侵害することのない公平且つ不偏不党の立場を維持すると同時に冷静に宗教上の論争とのかかり合いを避けて、騒々しい争いに超然として立つ政府のイメージを喚起する。

最初の現代的な国教禁止条項をめぐる事件であるEverson事件において、最高裁は中立性の観念についての見解を述べている。すなわち、国教禁止条項は、州が宗教的信仰者と非信仰者の団体との関係において中立であらねばならないことを要求する(Everson v. Board of Educ., 330 U.S. 1, 18 (1947))。後の事例は、より確固として教会—国家関係を規制する指導的原理として中立性をとらえている。そして中立性の強調は、レモン・テストの採用を通して維持されたのである。最近の事例においても最高裁は、中立性が確立された理念であるとする立場を追認している。最高裁自体と同様、数多くの注釈者が中立性を国教禁止条項の基本的教義であると推奨している。

この中立性への全面的に広がった言及は、中立性が実際に論理的必然として何を意味するのかについてのいかなる明白且つ説得力ある説明をも今だしては来なかったのである。むしろ、中立性は「多くのカラーをもつコートである(Board of Educ. v. Allen, 392 U.S. 236, 249 (1968)). (Harlan, J. concurring)」であることが、徐々に明らかになってきた。今までのところでは、中立性概念の多様性のある特色は、著しくその魅力を傷つけてはこなかったし、またその魅力を高めさえしてきた。すなわち、ほとんどすべての人が、中立性の箱の中に自らを結び付けるために妙薬を見出だし得るのである。しかしながら、中立性概念の変性は、首尾一貫し且つ予言し得る原理の発展を妨げてきたのである。Everson判決が、混乱の徴候を示していた。本件における問題は、教区学校へのバス通学生の費用を州が償還し得るか否かにあった。全裁判官が、中立性という観念と合った答えを見出ださう

とした。しかし、幾人かの裁判官は、州は既に公立学校の生徒を輸送しているので、中立性は教区学校の生徒が類似の取扱いを受けることを要求していると考え、一方、他の裁判官は、中立性の要請は全生徒に彼らが望むならば公立学校に出席することを許可することによって完全に満たされると信じたのである(多数意見(330 U.S. at 18))とラトレッジ裁判官の反対意見(330 U.S. at 58-60)を比較せよ)。

しばしば言及されるレモン・テストの下での結果の不一致は、本質的な不確定性が以前同様に断固として残存していることを示唆している。弊害の矯正の見込みもない。もし問題が、単純に注釈者がしばしば示唆するように、政府は明白な原理に固執する意思を欠いているということであれば、訴訟はより望みあるものとなる。宗教的抑圧に抵抗し、定着した宗教的伝統を無視するためにそれ自体をはがねのように強固にすることによって、最高裁は、簡単に中立であるよう政府に強く主張し得るのである。実際、たとえ国教禁止条項によって要求されると考えられる中立性と自由な活動条項によって要求される便宜供与との間の緊張状態が考慮に入れられるとしても、望みの部屋はなお存在し得るのである。すなわち、最高裁は、緊張関係を薄める宗教の自由な活動条項の解釈をまさにヒットアップし得るのである。

不幸にも、困難性の原因は、いまだ深まっていくばかりである。学者は、中立性というまさにその概念は、本質的に決定し得ないことを認めつつある。ジョン・バロリー教授は、最近、国教禁止条項が要請する中立性は二つの要素、すなわち、非かかわり合いと不偏不党を含むものと考えられなければならないと論じている。多くの脈絡において、これらの要素は、反対の方向に追いやられる。したがって、「中立性の概念は、それが解決できず、また複合的に多義的であるが故に、確定し得ない(John Valauri, *The Concept of Neutrality in Establishment Clause Doctrine*, 48 U. PITT. L. REV. 83, 93 (1986))」のわけだ。

概念上の崩壊のその他の徴候は、中立性と分離及びヴァランタリズムといった他の国教禁止条項が追い求める価値との間の関係についての意見の相違にある。多くの注釈者と同様、*Everson*事件において最高裁は、これらの諸価値は調和的で、相互に支持し得ると考えたが、批判者はかかる諸価値は事実上しばしば相いれないと論じている(Michael W. McConnell, *Neutrality Under the Religious Clauses*, 81 NW. U. L. REV. 146, 147 (1986))。同様の脈絡で、中立性は幾人かによって宗教への「便宜供与」を要求すると主張され、他の人によってそれを禁止すると主張される(Cornelius, *Church and State-The Mandate of the Establishment Clause: Wall of Separation or Begun Neutrality?*, 16 ST. MARY'S L. J. 1, 36 (1984)) 及び J. WHITEHEAD, *THE FREEDOM OF RELIGIOUS EXPRSSION IN THE PUBLIC HIGH SCHOOL* 10-17 (1983) 及び Note, *Rebuilding the Wall: The Case for a Return to the Strict Interpretation of the Establishment Clause*, 81 COLUM. L. REV. 1463, 1474-75 (1981) 及び比較せよ。中立性への探求は、それゆえに、難問を作り出してきた。我々は、政府に中立であるよう要求する。しかし、何ももって中立と言うかの我々の試みは、結局決定し得ず、著しく不明瞭であることがわかるのである。⁽⁸⁾

- (1) 115 S. Ct. 2510 (1995).
- (2) *Id.* at 2521.
- (3) See, e. g., *Committee for Public Education v. Nyquist*, 413 U. S. 756, 792-93 (1973); *Abington Sch. Dist. v. Schempp*, 374 U. S. 203, 226 (1963).
- (4) 505 U.S. 574 (1992).
- (5) *Id.* at 626-28.
- (6) 512 U. S. 687 (1994).

(7) *Id.* at 714-16.

(8) Steven D. Smith, *Symbols, Perceptions, and Doctrinal Illusions: Establishment Neutrality and the "No Endorsement" Test*, 86 Mich. L. Rev. 266, 313-16 (1987).

ま と め

キャセイ・M・ノールトは、厳格分離の立場に立って以下のように述べている。

支配的なアメリカの宗教の教義、特にキリスト教の教義は、思想の私的市場に大きな影響を与えている。政府は、自由な宗教の活動条項が提供する保護のゆえに私的領域に介入でき得ない一方で、政府は福音伝道に資金提供してはならない。ただし、良心の平等の保護は、政府が「福音を説く」個人または団体に影響を与え或いは財源を与えてはならないことを要求するからである。その目的のために、政府は、自ら直接的に資金提供したフォーラムが浸透した宗教的影響力からの救済を供与することを確保しなければならない。

憲法は、すべての人のために信教の自由を保障している。例えば、*Rosenberger* 事件におけるキリスト教的観点を強調する雑誌を発行している学生組織のような団体が、福音伝道の出版物のために政府の資金提供を確保するために言論の自由条項や出版条項を利用するならば、良心の自由を保障することは不可能となる。なぜならば政府の資金提供は、容易に何等かの種類のキリスト教の樹立への決定的なステップとなり得るからである。⁽¹⁾

国家と宗教は、相互にアメリカの文化及び政治の中で役割を果たすために重大なそれを担っている。政府は、その市民を教育し、公安のために予防手段を講じ、及びすべての人の憲法上の権利が保護されることを確保するといっ

たことを実現する重要な世俗的使命をもっている。宗教もまた常に、文化的及び政治的背景の全域で広範な役割を演じてきたし、演じ続けている。憲法の宗教条項は、宗教を「最も低く保障される地位」に追いやるように解釈されてはならない。実際、宗教は、権威の独立した中心として「国家の権威への対抗勢力として活動する」のである。制度としての宗教は、多くの個人の良心の自由の総発露を代表するがゆえに、制度としての宗教の高潔性を保つことは、正当な国教禁止条項の関心事である。

最近の幾つかの最高裁判決は、最高裁が今や国教禁止条項を非常にルーズに解釈し、それによって国家と宗教の両者の高潔性を蝕むほどに国家と宗教の不健全な結合を許しているという懸念を引き起こしている。もし宗教が道徳的模範の正当なる源や世俗的国家権力への力強い抑制の役割をつとめ続けようとするならば、宗教は自律的であらねばならない。⁽²⁾

中立性理論の最後の主要な害悪は、すでに支配的な宗教が事実上の国教樹立を達成するであろうと言うことである。最高裁がRosenberger判決でヴァージニア大学を行うように命じたそれに類似する方法で宗教に関して中立的に活動すると公言した場合、政府は民主主義的原理が誰が利益の一部を受取り、何が各自の分け前になるかを決定する飛び入り勝手の競争(Freedom)を作り出すことになる。このことは、支配的宗教、とりわけキリスト教の教派がフォーラムに支配力をふるうことを招来する。これらの状況下において我々は非キリスト教の儀式的挙行及び展示がパブリック・フォーラムで時間と場所についての等しい割り当てを与えられるという信頼を真にもてるであろうか。⁽³⁾

国教禁止条項との脈絡における政府の中立性は、二つの別個の側面を持っていると考えられる。すなわち、第一に、政府の中立性は、税制上の利益、特別な法律上の便宜供与と免除、公共施設へのアクセス、公有地の利用、宗

教上のメッセージを伝達する手段といった一宗教団体に認められた利益は、すべての宗教に認められるか或いは何等かの公平なプロセスを通して全宗教に利用可能にされるべきことを示唆している。政府は、もし政府が宗教間で一方に偏しないならば、この意味において宗教に対して中立的であるとされるのである。第二に、中立性は、宗教的活動が非宗教的活動と同じ取扱いと特権を認められるべきことを要請しているものとして考えられているということである。かかる意味において中立性は、宗教の影響を全体として増進し、そしてそれゆえに、宗教への便宜供与、その是認、或いは宗教一般への州の後援を促進するという働きを果たしていると言えよう。⁽⁴⁾

一九九七年六月二三日、合衆国最高裁は、*Agostini v. Felton* ⁽⁵⁾と一九八五年 *School Dist. of Grand Rapids v. Ball* ⁽⁶⁾及び *Aguilar v. Felton* ⁽⁷⁾を覆し、公立学校の教員を宗教的に中立な補助授業のために宗派学校に派遣するニューヨーク市の計画をレモン・テストの効果分枝及び過度のかかわり合い分枝を適用し、合憲とする判決を下した。判決内容の詳論は、紙幅の関係上別稿に譲るが、法廷意見を書いたオコナ裁判官は、*Aguilar*判決後の判例は、第一に教区学校への公務員の配置が不可避免的に州が後援する教化という許されざる効果、或いは政府と宗教の象徴的結合をもたらすという *Ball*判決及び *Meek v. Pittenger* (421 U.S. 349 (1975)) で打ち立てられた仮定を放棄してきたとし、第二に宗教学校の教育的機能に直接的に援助する政府援助のすべては無効であるとする *Ball*判決が依拠した準則から逸れてきたと判示している。⁽⁸⁾

本判決によって一段と国教禁止条項の厳格適用が緩和化され、公的領域への宗教の復帰現象が加速化される恐れがあるが、ミカエル・W・マコネル教授は、「ウォーレン・コートとバーガー・コートの犯した大きな誤りは、世俗的国家理念を奉じていたことにあり、宗教への無関心或いは敵愾心の傾向と一致する」と主張している。⁽⁹⁾しかし、ゲイ教授は、憲法が世俗国家を作り出さないとするならば、憲法はそれとは異なった何らかのものを作り出さ

なければならぬ。しかし、世俗国家にとって代わるものは、徹底的な神権政治か、或いは政府は教会から距離は置くが絶えず教会の教えや忠告によって導かれ、政府の世俗的アスピレーションは道徳的に宗教団体の高遠な目標に従属するというアウグスティヌスが描いたそれに類似する体制ということになるであろう、と批判している。⁽¹⁰⁾ 両教授の主張はさておき、政府は、宗教から分離されていなければならない。レモン・テストの厳格適用が必要とされる所以が、そこにあると結論する。

- (1) Casey M. Nault, Note, *Bridging the Separation of Church and State: How Rosenberger Threatens Religious Liberty*, 70 S. CAL. L. REV. 1049, 1063-65 (1997).
- (2) *Id.* at 1075-78.
- (3) *Id.* at 1079.
- (4) *See, e.g.*, Dhananjai Shivakumar, *Neutrality and the Religion Clauses*, 33 HARV. C. R. C. L. REV. 505, 514-15 (1998).
- (5) 117 S. Ct. 1997 (1997).
- (6) 473 U.S. 373 (1985).
- (7) 473 U.S. 402 (1985).
- (8) 117 S. Ct. at 2010-11.
- (9) Michael W. McConnell, *Religious Freedom at a Crossroads*, 59 U. CHI. L. REV. 115, 168 (1992).
- (10) Steven G. Gey, *Religious Coercion and the Establishment Clause*, 1994 U. ILL. L. REV. 463, 527.

* 本稿は、拙稿「分離主義と便宜供与主義の相剋」(憲法と行政法の現在)所収、二〇〇〇年二月)に、新たに第四節・中立性概念をめぐる諸見解を加筆し、宗教学学会に於いて口頭発表したものである。