

宗教条項理論の有用性

山口 智 (神戸市外国語大学)

日本でもアメリカでも、宗教条項 (広義の信教の自由に関わる条項)、その中でも特に、いわゆる政教分離原則に関わる判例の合憲性審査基準にはさまざまな批判がある。しかしアメリカでは、基準の背景にある理論、つまり宗教条項に関する考え方の枠組みそのものを疑う議論が現れている。

1. 日本 — 基準や理論の羊頭狗肉

宗教条項に関する日本の問題は、判例が示す合憲性審査基準や有力学説を、その言葉通りに受け取ることができない点にある。

津地鎮祭訴訟以降の最高裁判例が示す目的効果基準は、憲法20条3項が禁じている国による宗教的活動の範囲を、「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」か否かによって判断する。そして当てはめの際には、「行為の外形的側面のみにとらわれることなく、行為の行われる場所、行為に対する一般人の宗教的評価、行為者が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、行為の一般人に与える効果、影響等、諸般の事情を考慮し、社会通念に従って、客観的に判断しなければならない」とする¹⁾。

このように多くの判断要素を並べ立てる手法は、憲法の他の領域でも見られる。例えば生存権を実現する生活保護基準の設定について、朝日訴訟判決は一般論として、「国民所得ないしその反映である国の財政状態、国民の一般的生活水準、都市と農村における生活の格差、低所得者の生活程度とこの層…の全人口において占める割合、生活保護を受けている者の生活が保護を受けていない多数貧困者の生活より優遇されているのは不当であるとの一部の国民感情お

よび予算配分の事情」といった「生活外的要素」の考慮に言及している²⁾。また、議員定数配分不均衡訴訟について、1976年の判決は、選挙区の区分について「考慮されてしかるべき要素」として、「従来の選挙の実績や、選挙区としてのまとまり具合、市町村その他の行政区画、面積の大小、人口密度、住民構成、交通事情、地理的状况等諸般の要素」を挙げている³⁾。さまざまな要素を列挙して、その判断には裁判所よりも国会や行政機関といった政治部門が適しているとの論理を導くのである。

これらの判例と目的効果基準とを単純に同一視することはできない。生活保護基準の設定や定数配分は、国の積極的行為を必要とするのに対して、憲法20条3項は、国による特定の行為を禁じるものである。ところが、生存権については原則として介入しない、衆議院の定数配分については最大較差1対3（この数字を明言したことはないが）を超えると憲法違反という最高裁の態度は、批判はありながらも確立しているのに対して、目的効果基準を適用した結果、どのような行為が憲法違反になるのかは明らかでない。愛媛玉串料判決で高橋裁判官は、目的効果基準を「目盛りのない物差し」と評した⁴⁾が、憲法学が用いる合憲性審査基準なるものは、ほとんどが「目盛りのない物差し」に過ぎず、裁判所によって判断が異なる可能性は大きい。とは言え、尾崎裁判官が指摘するように、「検討対象の量も多く、検討事項も広範に及び、特に総合評価という漠然たる判断基準に頼らざるを得ず、客観性、明確性の点で大きな不安を感じさせる。判断基準という以上、単に考慮要素を列挙するだけでは足りず、各要素の評価の仕方や軽重についても何らかの基準を示さなければ、尺度として意味をなさない」との批判⁵⁾は免れない。後に判例の態度について、「政府がかかわり合いをもった対象…の宗教性が否定できず、かつ、かかわり合いの態様もまた宗教的意義をもつ場合には、宗教的活動に当たると判断されることになるであろうことが予想されたのである」とする分析⁶⁾が現れたが、判例自体はこれほど明快な指針を示しているわけではない。

玉串料判決については、目的効果基準を厳格に適用したものと捉える論評⁷⁾がある。しかし同判決の法廷意見は、従来の判例と同様、目的判断に重点を置き、目的・効果の両面についてきちんと当てはめをしたわけではなく、前述の判

断要素をどのように考慮したのかも明らかでない。これを結論の点から「厳格な分離」に傾いたものと捉えることはできても、「厳格な適用」と呼べるのかは疑わしい⁸⁾。

これに対して可部裁判官の反対意見は、判断要素を行為の場所、一般人の評価、行為者の主観、一般人への影響の4点に絞ったうえで個別に当てはめを試みており、これを「厳格な適用」と呼んでも良いように思われる。この反対意見自体は、祭祀が神社境内で行なわれるのは当然として場所の要素を無視するなど、実は当てはめになっていない⁹⁾。しかも、このような判断手法は、可部裁判官を代表とする、いわゆるキャリア裁判官が通常とってきた態度とは相容れない。判例が判断要素について「その他諸般の事情」を加えているのは、判断要素を絞ることによって違憲判決が出やすくなる事態を避けるためだと思われる、調査官解説も、判例が挙げる判断要素は「あくまで例示にとどまる」と述べる¹⁰⁾が、可部反対意見は4点を判断すれば十分としている。しかし、可部裁判官が関与した箕面忠魂碑判決では、そのような示唆はなかった。また、家永第一次訴訟で可部裁判長が下した最高裁判決は、教科書検定について「看過し難い過誤」がなければ合法という、かなり緩やかな裁量統制基準を設定した上で、多数の係争箇所を「その内容が細部にわたり過ぎるものが若干含まれているが」と述べただけで簡単に合法としている¹¹⁾。このように通常の最高裁判決は、多くの判断要素の「総合的考慮」と称して、できるだけあっさりとは合憲・合法判断を下してきた。可部反対意見が詳細な合憲判断を示したのは、拘束が少ない個別意見であり、反論の要素が強いためであろうが、このような首尾一貫しない態度は、基準を合憲判断を導くための単なる便宜として用いてきた実態を明らかにしたものと言える。この反対意見を「結論は別として評価できる」との声があった¹²⁾のは、基準の不明瞭さに対する学界の苛立ちが大きかったことを反映するものであろう。

このような基準は必要だったのであろうか。憲法20条3項の「文字主義解釈」に由来する「純粹主義解釈」は、過剰に違憲判断を招いて好ましくないとの所論¹³⁾はあった。しかし、玉串料判決以前の判例の事実認定を見れば、基準を用いるまでもなく「宗教的活動に当たらない」との結論に至るのは明らかであ

る¹⁴⁾。地鎮祭を「起工式」と呼び、それは「もはや宗教的意義がほとんど認められなくなった建築上の儀礼と化し」と述べ（津地鎮祭判決）、自衛隊職員の行為は事務的協力にとどまる（殉職自衛官合祀判決）、忠魂碑は戦没者記念碑であり、遺族会は宗教的活動を目的とする組織・団体ではない（箕面忠魂碑判決）、寺院の外にある地蔵像への信仰は習俗化した（大阪地蔵像判決）、というように。玉串料判決においても、県が特定の宗教団体の重要な宗教上の祭祀にかかわり合いを持った、他の宗教団体の儀式に同種の支出をした事実がうかがわれ、戦没者の慰霊や遺族の慰謝は、特定の宗教と特別のかかわり合いを持つ形でも行うことができる、などと理由づけをしている以上、基準を用いなくても違憲と判断できる。基準の必要性は、「どの事件でも適用している」という判例の一貫性を取り繕うためだけではなからうか¹⁵⁾。

憲法20条3項の解釈に関する有力説は、しばしば「完全分離」説と呼ばれてきた。しかし、解釈論に関して主に参照されるアメリカでは、宗教系私立学校に対する財政援助の制約が国教禁止条項をめぐる最大の論点であった¹⁶⁾にもかかわらず、日本ではさしたる議論が見られない。また、追悼の儀礼を無宗派形式で行なうことを黙認する¹⁷⁾など、実際には国と宗教を徹底して分離しているとは言い難い¹⁸⁾。このような「建前と本音のずれ」は、議論の中心にいわゆる靖国問題があり、神社神道の特別視を排除すれば20条3項の最大の目的は達せられるとの発想¹⁹⁾や、正面から例外を認めることが、靖国神社国営化論などにつながりかねないという懸念²⁰⁾によるものであろうが、仮にレモン基準²¹⁾や是認（endorsement）基準²²⁾を全面的に導入し、それを宗教的少数者の観点から適用するならば、提唱者自身も納得できない違憲判断が導かれる場合も生じるのではないか。こうして、基準や理論の背景には何か別の判断要素や思考があるとの疑いが生じ、その有用性は見かけ倒しになってしまうのである。

2. スミス — 理論は構築できない

アメリカでは、合衆国憲法修正1条が定める国教禁止について、レモン基準に結実した審査基準を中心に連邦最高裁の判例が展開してきたが、公立学校での聖書朗読などの伝統的な主流派宗教儀礼の排除に対する反発や、80年代以降

の判例の混迷を背景として、1995年に理論に対する懐疑論を説く本が相次いで出された。

スミス (S.D.Smith) の “Foreordained Failure”²³⁾ は、多くの裁判官や憲法学者が宗教の自由に関する理論を構築しようと努めたにもかかわらず、それが多くの不満を残しているのはなぜかを問う。そして、一貫した理論は不可能であり、書名通り、努力は「失敗する運命だった」とする。学者の作業を歴史的技法と理論的技法とに分けた上で、いずれによっても適切な理論は得られないと言うのである。以下、スミスの所説を紹介する。

歴史から理論を得ようとする方法として、原意主義(originalism)がある。憲法を、200年以上前の憲法制定者たちの意思に従って解釈せよと言う。これに対する根本的批判として、憲法制定時の議論が乏しいために、宗教条項の実体的意味に関する制定者の意思が明らかではないとか、それを補うために、憲法制定に直接関与しなかった同時代人(例えばヴァージニア宗教自由法の制定を推進したジェファーソン)の考えを援用して「制定者」の意思とすることに正当性があるのか、などと言われる(スミス書45～46頁)。

しかしスミスによれば、宗教条項で問題なのは、制定者の意思が不明確なことではない。修正1条の宗教条項「連邦議会は、国教の樹立に関する法律や、宗教活動の自由を禁止する法律を制定してはならない」の原意は明らかで、「宗教の自由に関する何らかの実体的権利または原則を採用するものではな」く、「宗教問題に関する管轄権を[連邦でなく]州に割り振ったものに過ぎない」と言うのである(17,18頁)。

その理由は、当時の各邦(州)の立場がまちまちであった点に求められる。国教問題については、公認教会を持つ邦(マサチューセッツやコネティカット)もあれば、教会に対する公的補助を排除する邦(ヴァージニア)もあった。宗教活動の自由については、公務員資格に宗教要件を含め、安息日の遵守を定め、神の冒瀆を処罰する邦もあれば、それに反対する邦もあった(38頁)。人々は、宗教は社会・政治秩序の安定に不可欠との認識で一致していたが、政府と宗教の適切な関係については激しい対立が存在した。伝統派は、社会の宗教的基礎を維持するために政府の支援が必要だとしたが、自発性尊重派(voluntarist)は、政

府の支援は、宗教にはむしろ有害だと主張した。このような状況で、憲法制定者は、対立を避けるために実体的問題には触れず、各州の判断に委ねたと言うのである（19～21頁）。実際、宗教条項の制定に際して連邦議会での議論は乏しかったが、もし実体的内容を検討したならば、各邦で行なわれた激しい議論がそのまま持ち込まれたはずである。また、初期の連邦議会は、議会専属の牧師を認めたり、連邦直轄地において特定宗派に補助を行なうといった、厳格分離 (strict separation) 論でも宗派平等 (no preference) 論でも説明のつかない政策をとって、問題に対する無頓着さを示している（29～30頁）²⁴⁾。従って、制定者の意思から実体的問題に関する理論は導けない。

それでは、政治哲学や政策的正当化によって理論を構築する方法はどうか。スミスは、単一の原則や理想ではなく、時代や思想的立場に応じてさまざまな宗教の自由が存在すると考える（11～12頁）。そして、宗教の自由は、理論という、全体として首尾一貫し、組織化された体系を用いるよりも、むしろ事例ごとの判断や賢慮 (prudence) によって判断できる問題ではないかとする。「政府と宗教との適切な関係は、変動する状況と考慮に応じた判断によって適切に決まる。その判断を、何らかの指導原則にうまく還元することはできない」（60頁）。

次いでスミスは、理論の可能性について検討する。宗教の自由に関する理論は、全く無の状態から生じる自律的な (autonomous) ものではなく、「宗教や神学、政府の適切な役割、人間の本性といった問題に関する、より基本的な背景となる見解」に基づいている（63頁）。一例としてジョン・ロックの「寛容に関する書簡」について検討すると、宗教は内心の問題であり、外的な権力に強いられるものではあり得ないから、政府は魂の問題について権限を持たないとしているが、いずれも議論の余地がある見解に基づく主張である。公認の教義を排した純粋に自発的な信仰によって魂の救いを得られるとの主張は、欧米での教会や宗教運動の実態とは相容れない。制限的・自由放任主義的な政府観は、現代社会のそれとは異なる。自律した個人から成り立つ社会の構想は、共同体の価値を軽視しているが、共同体の市民は、異端が寛容に扱われることで他者に影響を及ぼすことを恐れるであろう。また、人が心から抱く信念の多くは、

ある時点で外からの力によって形作られるのかも知れない (64~67頁)。

前提となる見解について、さまざまな立場が対立するときに、そのうち一つを選んでそれを排除することは、宗教の自由に関する近代の理論が避けようとしてきたことであった (68頁)。特定の立場を優先して得られる理論は、純粹な理論と言えるであろうか。これでは専制者が、「禁じていることでなければ、したいようにするのは全く自由だ」と認めるのとあまり変わりがない。特定の立場を前提に得られる「理論」は結局、「政府は、ある宗教的または世俗的正統派の基準及び価値に従って行動し、反対派には、正統から逸脱する自由を、正統派自身が許す限りで認めるべきである」と主張しているのである。率直に特定の立場の選択を認めるものとして、憲法の国教禁止条項は「世俗的社会秩序」を国教として樹立したのだとする説²⁵⁾がある。しかしこれは、特定宗派の国教化とさしたる違いはない。そのような場合でも、あらゆる問題で正統派と異端が対立するわけではなく、「宗教的社会秩序」と両立する範囲で宗教の自由を認めているからである (73~74頁)。

スミスは、宗教の自由についてしばしば語られる「中立性」の理論も批判する。ここでも、対立の余地がない見解を前提とすることは、実際には不可能だからである。

第一に、ルールの中立的適用は、ルール自体の中立性を保障しない (79頁)。

第二に、特定の世俗的・宗教的立場を差別しないことを中立とするのも、異なる取り扱いの適否に関する実体的判断を前提としている。ここでスミスは、レイコック (D.Laycock) の「実質的中立性 (substantive neutrality)」論²⁶⁾を取り上げて批判する。「宗教的信念や行為に対する助長や妨害を最小限にすべきであり、政府は宗教的信念や選択に、強制や説得によって影響を及ぼしてはならない」との理論は、自発的に選ばれた宗教的信念や行為は、非宗教的なものより価値があり、尊重に値するという前提に基づく。しかし、宗教が宗教以外の個人的な選択に優越するとか、「説得」でさえ選択の自発性を害すると考える点で、宗教の性質や価値の捉え方について異論のある見解を採っていると言う (80~81頁)。

第三に、世俗目的・効果を要求するレモン基準のように、「世俗主義」を中立

性と同視する立場があるが、宗教的価値と世俗的価値が競合し、対立する局面を考えると、この立場は奇妙であり、混乱をもたらす。例えば、公立学校での進化論教育を禁じる州法を違憲としたエパーソン判決²⁷⁾は、キリスト教原理主義という特定宗教に反対するのではなく、科学的研究に基づく真理を教えるものと説明されるが、原理主義者にとって、世界は神が造ったとする創造説は「宗教的ではあるが誤っている」のではなく、「宗教的であり、正しい」のである。従って、違憲判決は結局、原理主義の排除を意味する(82～84頁)。

第四に、価値観を宗教的・非宗教的・反宗教的(irreligious)に三分し、「世俗性」は非宗教的であって反宗教的ではないとの説明も成功しない。非宗教性の判断には、特定の立場をとる必要がある。また、多くの宗教思想家は、「宗教的でなければ反宗教的」の二分法をとっているためである(86～87頁)。

第五に、社会で共有されている価値に沿って政府が行動していれば中立とする考え方がある。しかしこれも、「世俗的考慮」による公共政策には宗教者・非宗教者が一致するが、「宗教的考慮」に基づく政策には一致がなく、前者だけが実施されることになる(88～89頁)。こうして、いずれの考え方も中立的とは言えない結果をもたらす。

アメリカ人は「世俗的共和国」の「宗教的人民」あるいは「キリスト教国民」であるといった発想を同時に受け入れてきており、世俗的立場にのみ特権を認めることを必ずしも望んでいない。この問題を措くとして、世俗的根拠に基づいて宗教の自由に関する理論を構築してはいけないのかと問うことはできる。しかし、ある状況では宗教の自由を支える論理が、他の状況にも当てはまるとは限らない(100頁)。

宗教の自由を世俗的に正当化する第一の論理は、宗教は市民の徳性(civic virtue)の重要な源泉として社会に必要であるから、政府は社会における宗教の活力を確保するために、何らかの宗教の自由(例えば、政府と宗教との厳格な分離)を受け入れることが必要だとする(101頁)。宗教が徳性の源泉であるとの主張には、宗教は権威的・非民主的で憲法とは相容れないとする批判もあるが、一般的・画一的な答えにはなじまない。この問題は、宗教の内容、社会の状況、徳性を育む他の仕組み(家族、学校、社会团体など)の存在や効果、社会が求める

徳性の内容によって答えが変わる(102～03頁)。また、仮に宗教が市民の徳性に不可欠の基礎であるとしても、それは宗教の自由に関する一般原則や理論を導く確実な根拠ではない。かつては徳性を向上させるために政府が宗教を支援すべきという議論が一般的であったが、今では、政府による特別扱いは、嫉妬や怒りを招いて長期的には宗教の弱体化につながりかねないと指摘される(104,06頁)。

第二の論理は、宗教は社会紛争の大きな原因であるから、何らかの宗教の自由によって危険を抑えるのが最善であるという(106頁)。これも、宗教的多元化の進み具合や、宗教に対する規制や支援のあり方といった、共同体の状況に応じた注意深い判断が必要である(107～09頁)。

第三の論理は、宗教は、政治共同体から市民を疎外しかねない特に強い要素であるから、疎外を避け、あるいは減らすために、何らかの宗教の自由(例えば、政府による特定宗教の是認を禁ずる)によって共同体の包括性を促進することが最善であるという(109頁)。しかし、アメリカのように多元化の進んだ社会では、論議の対象となる事柄をどのように解決しても疎外を生む。政府による宗教の是認を禁じることで文化状況が変わり、一方ではこれまで受け入れられてきた慣行に対する過敏反応が増す。他方で多くの人々が、政府は宗教に無関心または敵対的だと感じることになる。判例の是認基準を支持する学者も、社会全体の疎外を測る有用な方法を示していない(110,113～14頁)。

判例は、公立学校から宗教表現や象徴を取り除き、宗教系学校への公的補助を減らしたが、それは多くの信者にとっては、世俗主義の哲学を公共生活に押し付けるものであり、その疎外感は、かえって宗教右翼勢力の進出による緊張や紛争を引き起こした。ここから得られる教訓は、宗教的・世俗的に多元化した共同体では、社会の平穏や包括性は、妥協、洗練された寛容、相互の忍耐や戦術的沈黙によって、しかも不完全にしか実現されないということである。裁判による一貫した明確な原則の提示は、妥協や寛容の可能性を損ない、対立と疎外の危険を強めることになりかねない(116～17頁)。

学者の関心は、司法審査(合憲性審査)による自由の実現に集まっていた。これは、裁判所が反多数決原理に基づく制度であり、その活動には憲法原則によ

る正当化が必要だったためであるが、宗教の自由は理論化に向かない領域であり、学者の作業は過度の単純化と混乱を生む結果に終わった(121頁)。しかし、司法審査を縮小しても宗教の自由が消え去るわけではない。アメリカは建国以来、宗教の自由についてそれなりの見解を持ってきた。それは一般原則にできるものではなく、宗教に対する援助の是非に関しては激しい議論が続いている。それでも、特定宗派を公認教会にしないとか、特定宗教運動への参加を強制・禁止しないといった、限定され、さほど対立がない理念もある(123~24頁)。また、政治過程では少数派宗教が不利に扱われる可能性があるが、これまでも宗教活動の自由、特に宗教に対する配慮(accommodation)の分野では、免税措置、徴兵免除、雇用関係法などのように、政治過程が裁判所より敏感に対応してきた。このように考えると、司法審査が示す憲法原理よりも、多元的政治過程の方が、宗教の自由の保障に適しているのかも知れないのである(126~27頁)。

3. ゲディックス — 世俗主義の困難

ゲディックス(F.M.Gedicks)は、“The Rhetoric of Church and State”²⁸⁾で、「アメリカ人の多くは、国と教会の分離という一般原則を支持するものの、最高裁が示し、規制してきた限界の厳格さと強烈さにはほとんどの者が強い異議をもっている」(同書3頁)と述べ、判例分析を通じて理論構築の難しさを指摘する。多くの学者は、レモン基準の下で生じた判例の状況を混迷あるいは矛盾と捉えるが、ゲディックスは、国と宗教との関係について二つの言説がせめぎ合っているために生じたものと考え。19世紀の発想に支えられた宗教慣行を、20世紀の言説によって正当化しようとしたために生じた現象であり、矛盾と考えられていることの多くは、最高裁が世俗主義に固執している結果として説明がつくと言うのである。

ゲディックスは、国と教会の相互関係を理解するために用いられる思考の枠組みを言説(discourse)と呼び、それを二つに大別する。一つは宗教的共同体主義(religious communitarianism)であり、「宗教は…文明社会の基礎をなす価値や慣行の主たる源泉である」と理解して、「国と教会は制度の上では分離す

るが、政治的文化的には分離しない」ことを前提とする。そこでは「政府は特定の信条を強制せず、反対者がある程度寛容に扱うことが求められるが」、「保守的な文化価値を強化育成する宗教的伝統を奨励するために行動してよい」ため、「社会秩序を脅かす宗教慣行は抑圧できる」。無神論者などは、生命・自由・財産を奪わない程度に保護すれば足りるのである（11～12頁）。もう一つは世俗的個人主義（secular individualism）であり、「知識は個人の批判的理性の働きによって得られる」ことを前提に、「宗教は不合理かつ反動的な反社会的勢力であるから、社会の分裂や暴力を避けるために、宗教を私的な領域に厳しくとどめるべき」だと考える。従って、政府は宗教的に中立であることが求められる。「政府がその行動を宗教的に正当化することは、決して認められない」。理性の働きは主として個人的なものであるから、理性を信仰や伝統より優先させることは、個人を共同体より優先させることを意味する（12頁）。

19世紀は宗教的共同体主義の時代であり、ハウ（M.D.W.Howe）は「事実上のプロテスタント国教化（de facto Protestant establishment）」と表現している^{29）}。公立学校では聖書朗読や祈りが行なわれ、クリスマスなどの宗教祭日が公の祝日とされ、政治言論では全能の神がしばしば言及され、貨幣や政府文書などでも神への忠誠が表現された。各州は神の冒瀆を禁じ、日曜休業法を定めた。プロテスタントは秩序ある社会の支柱であり、最高裁は1890年に、当時モルモン教の慣行であった一夫多妻について「キリスト教精神と、キリスト教が西洋で生み出した文明に反する邪悪な慣行」と判決した^{30）}（16～17頁）。

このような状況は、20世紀の初頭から、進化論を初めとする自然科学の発展や、アメリカ高等教育の専門化、リアリズム法学の興隆などによって脅かされるようになった。1930年代には、欧米の知識人は「世俗化の仮説」を論じ、政府や社会の世俗化は避けられない傾向であり、宗教は公的な影響を失なうに至ると考えた。宗教は、文明社会に不可欠の基礎ではなく、世俗的進歩に対する反動的な障害と見られるようになったのである（18～19頁）。この流れの中で、1947年のエヴァーソン判決^{31）}は、プロテスタント諸派に対する政府の中立性ではなく、プロテスタントと非プロテスタントや、信者と無神論者の間での中立を述べ、「分離の壁（wall of separation）」という言葉で、国と教会との制度上

の分離にとどまらず、文化的・政治的な分離をも示唆した(20頁)。

二つの言説の違いは、国と教会との関係についての理解の違いをもたらす。宗教を公共生活から排除することは、宗教的共同体主義にとっては宗教を差別する許されない行為だが、世俗的個人主義からすれば、単なる中立性である(27頁)。世俗的個人主義の前提にあるのは、ロック流の自然権思想に基づく、公私領域の相互に排他的な二分論である。私生活では、個人は他人に危害を及ぼさない限り、好みに応じて自由に行動できる。これに対して公共生活では、単なる個人の好みを越えた公益が重視される。政府は、個人の選択の自由を恣意的に奪うことを避けるために、特定の価値ではなく、客観的事実に基づいて行動しなければならない。価値や願望を私的領域に、事実や理性を公的領域に仕分けることによって、宗教的信念や慣行は私生活へと押し込まれるのである(29～31頁)。

このように世俗的知識を客観的なものとして優先させ、宗教的信念を主観的なものとして周縁に追いやる世俗的個人主義は、宗教条項に関する判例の考え方の基礎となっている。これにまったく対立する宗教的共同体主義の言説を用いるのは現実的な選択肢ではなくなってしまい、最高裁は、宗教的共同体主義的な結果を正当化する場合でも、世俗的個人主義に基づく議論を用いている(32、42～43頁)。

宗教系私立学校に対する財政援助について、判例は、学校(すなわち宗教組織)を直接に援助する制度を認めず、生徒や親の選択を通じて、間接的に学校が利益を受ける形態を求める(47頁)。この考え方は世俗的個人主義と一致する。個人は私生活では宗教的であってよいが、私的な選択を越える公的な役割を宗教に認めてはならないからである(52頁)。しかしこれは、宗教と非宗教との中立性とは言えない。現代の政府は、諸組織を広範に援助しており、宗教であることだけを理由に受給資格を奪うのは、かえって私的な選択を歪めることになるからである。判例が、政府が援助しないことを中立性の基準にしているのは、公立学校に対する多額の財政支出による世俗的影響を無視するものである(57～59頁)。

学校以外の領域では、判例は必ずしも19世紀以来の宗教慣行を排除していな

い。この態度は、多数派の宗教的信念や慣行の奨励を求める宗教的共同体主義の言説とは一致する。しかし判例は、これらの慣行を宗教的中立性によって正当化するために、宗教性が明らかな行為でも、本質的には世俗的な動機や効果を持つものとして再構成している(63頁)。日曜休業法は休息などの世俗目的に基づくと述べた判決³²⁾や、キリスト生誕群像などの宗教的象徴を公共空間に展示することは、休日を祝い、その起源を示すものとした判決³³⁾がその例である。後者は、深遠な精神的意義を持つ宗教的象徴を、単なる文化的遺物として捉えてしまっている(75~79頁)。

判例は、宗教系学校(初・中等教育)以外の教育や社会事業を行なう宗教組織に対する直接の財政援助や、宗教団体に対する免税措置を比較的認める傾向にある。これを世俗的個人主義によって正当化するために、宗教系大学の宗教性を相対的に弱いものとしたり、社会事業などを行なう宗教団体の性格を、世俗的な非営利事業と類似のものと位置付けたりしている(83頁)。しかし前者は、一方では宗教系学校における宗教の影響力を過度に強調して、教科内容の大部分が公立学校と大差ないことを無視しながら、他方で大学での宗教の影響を過小に評価しているが、いずれも実態にそぐわない(86~87頁)。また後者は、宗教団体による社会事業の背景にある動機が信仰であることを軽視している(96~97頁)。

一般的法規制と個人の信仰とが対立した場合、判例は法規制を厳格に審査して、規制の免除があり得ることを一応の原則としてきたが、1990年のスミス判決³⁴⁾は、これを大部分の領域で放棄した。個人の権利が社会全体の要求に優越すると考えるのは世俗的個人主義に適合するが、宗教的信念のみを理由に遵法義務を免除するのは、信者だけに利益を認めることによって私的な宗教的選択を歪めることになる(109~11頁)。スミス判決が、裁判所による規制の免除を否定しながら立法による免除を認めたのは、多数派の宗教価値を優先させる宗教的共同体主義の帰結と一致するものである(116頁)。

このように、宗教的共同体主義で容易に説明できる慣行を世俗的個人主義によって正当化しようとすることは、各領域で困難に直面している。多くのアメリカ人は、徹底した世俗化を好ましいと思っておらず、判例の態度は、公立学

校での祈りを禁ずる判決のように、世俗的施策を脅かす宗教的慣行には厳しく、インディアンの聖地に道路建設を認める判決³⁵⁾のように、宗教的慣行を脅かす世俗的施策には鈍感な、不可解なもの映っている。憲法上の法理が成功したものと言えるためには、理論の継続性と一貫性や、世論の幅広い支持が必要だが、最高裁の宗教判例は、そのいずれも確保していない。それでは宗教的共同体主義はどうか。多数派の宗教組織への財政援助や、公立学校での宗派教育のように、強い反発を招きそうなものもあり、これも成功は難しい。二つの言説は相互に相容れず、中間的解決は、現在の判例のように中途半端で不満を残すことになる(120～23頁)。

ゲディックスは、「説明のための本であり、規範的主張はしない」と各所で述べているが、125頁では、「再活性化された宗教的共同体主義」の可能性や、世俗的個人主義の放棄を示唆している。しかし、論旨の背景にある判例の整理の仕方には疑問が残る。19世紀以来の宗教慣行を正当化したり、宗教を理由とした法規制の免除を放棄した判決など、世俗的個人主義の無理な結果として批判されている判決には、宗教的共同体主義の立場に近い裁判官が主導したものも多く、都合の悪いことはすべて世俗的個人主義の責任に帰そうとする意図さえ感じられるのである。

ただしゲディックスは、後の論文で少し異なる説明を加えている。リベラル派と保守派は、国教禁止の問題では意見が異なるが、宗教活動の自由では一般的法規制の免除を認める点で一致している。そのためには、宗教が特別な保護に値することを説明する必要があるが、それは以下の点で世俗的個人主義とも現代の法文化とも相容れないと言う³⁶⁾。

第一に、修正1条が“press”の自由を規定していても、判例は出版も報道も特別扱いしていないように、条文が宗教に言及していることは特別扱いの理由にならない。第二に、制憲者意思による議論も、宗教的理由による規制の免除は、憲法制定時に知られていなかったわけではないから排除されていないという程度にとどまり、有力な否定説もある。第三に、信者の神に対する忠誠と国に対する忠誠との衝突を取り除くという議論も、神の命に従わない者が死後に罰されることを否定する信者も多いから過大包摂であり、非宗教的信念を持

つ者が精神的苦痛に苦しむことを軽視する点では過小包摂である。第四に、宗教を特別に保護することで、暴力や社会秩序の破壊を避けられるとの議論は、宗教への抑圧が、暴力によらない差別や、敵意を含んだ冷淡さといった形で現れる現代では通用しない。第五に、宗教と宗教人が倫理を独占しているわけではなく、宗教だけが公共善に仕える独特の存在であるとは言えない³⁷⁾。

4. 懐疑論への反響

スミスの議論は、判例が社会の対立を呼んだことを強調し、合憲性審査の有効性を疑問視するなど、実際には宗教的共同体主義の立場に近いように思われる。これに対しては、①政治を通じてキリスト教の信念や慣行を社会に押し付けようとする動きは、現代の宗教右翼に限らず、過去にもあったことを無視している³⁸⁾。②現代の社会対立は、主流派宗教が力を失い、原則の遵守を求める少数派宗教が強くなった結果であり、判例への反発は、主流派信者の不当な社会的特権意識が大きな要因である。対立が好ましくないと言うのであれば、人種分離教育も違憲とすべきでなかったことになる³⁹⁾との批判がある。

しかし批判の中心は、割り切り過ぎの点に向けられている。スミスについては、①どの立場にも受け入れられるのが純粋な理論であるとの主張は、確かに多くの理論の目標ではあったが、それでは現代の多元主義社会には宗教の自由などあり得ないことになる⁴⁰⁾。②自らの信念を絶対とし、他者の抱く価値に敬意を払わない人々ばかりを想定して、議論をことさら困難にしている⁴¹⁾。③そもそも理論が中立的である必要はない。自由とは、それをするのが良いとか重要だと考えられること（例えば宗教活動）をする権利であり、そのような価値判断に反対する者もいる。必要なのは、架空の全員一致ではなく、政府がある種の行為を規制すべきではないという一般的合意である⁴²⁾。④宗教の自由を含む多くの憲法条項は、制定時に強い反対を受けており、考えるべきなのは、誰にでも受け入れられることではなく、特定の状況において、どのような自由の理論が最善なのかということである⁴³⁾。⑤賢慮と言うが、何がより望ましい解決になるのか判断するには、理論や尺度が必要になるのではないか⁴⁴⁾、と言われる。ゲディックスについても、宗教の自由に関する見解を二つに分け、中間

的立場は不満足な妥協に過ぎないと切り捨てているが、多くのアメリカ人は両極端のいずれにも属しておらず、宗教の自由という目標で合意した上で、何らかの妥協を求めていると指摘される⁴⁵⁾。

懐疑論を批判しながら我田引水的に自説の優位を主張する書評もあるが、そのうち二つの方向を挙げておく。一つは実質的中立性または自発性尊重主義 (voluntarism) の主張である。政府は、宗教に関する自発的な判断に対する影響をできるだけ最小限にとどめるべきであると言う⁴⁶⁾。政府が宗教的信条の表現や活動を強制することはもちろん、説得などの形で特定の信仰を非強制的に優遇することも不適切である。宗教を理由とした規制の免除は、自己の利益と結び付いて、その宗教を奨励する結果にならない限り認めるべきである。ただ、政府が全く宗教問題と関わらないことを求めるのではなく、現代国家の実情では、学校や福祉事業について、宗教系であることを理由に非宗教系団体には認めている補助を拒むのは、世俗性を優遇し、個人の選択を歪めることになると言う。文化と宗教との密接な関係を考えると、政府の政策を宗教的信条や価値に基づいて策定することも認められる。これは、社会に対する宗教の有用性を主張し、世俗化を徹底させるのではなく、公的領域で宗教を現状より尊重することを求める立場である。

もう一つの方向は、宗教の自由を平等あるいは表現の自由から説明するものである。ここでは宗教・非宗教を問わず、人が深く傾倒している信条を平等に取り扱うこと、あるいは宗教活動の自由を表現の自由と同様に扱うことを求め、宗教の特別扱いを退ける。現代の多元的社会でさまざまな信条が現れているためである⁴⁷⁾。政府は、法的な義務や利益を宗教と結び付けたり、政策を宗教的理由によって正当化してはならない。ただし、財政援助や情報の流通、資本主義社会の展開といった、憲法上の自由や政府の政策は、信仰のあり方に大きな影響を及ぼしており、宗教に影響を与えないという意味での中立性や、すべての信条体系を等しく好意的に扱うことは不可能とする。この立場は、宗教活動の自由について裁判を通じた規制の免除に消極的だが、立法に際してさまざまな信条を平等に顧慮 (equal regard) して扱うように求める。また、宗教系学校に対する援助も従来の分離主義に比べて緩やかに認める方向にある。この

点では実質的中立性に近いが、宗教の有用性だけでなく、抑圧につながる陰の面を併せ考えるという違いを見せる。宗教共同体主義と世俗的個人主義との対立が穏やかな形で続いていると言える。

1990年代の最高裁は、審査基準については相変わらず混迷を続けたように見える。その典型例が、学校が関与してフットボールの試合前に祈りを捧げることは、宗教活動の強制であり、世俗目的を持たない点でレモン基準にも反し、反対する生徒を排除するメッセージのゆえに是認基準からも違憲とした判決⁴⁸⁾である。しかし、その背後でゲディックスが“normalization”と呼んでいる変化が見られる。つまり、宗教的要素の存在を決定的なものとして捉え、国教禁止の分野では違憲判断、宗教活動の分野では規制の免除を原則としていた状況から、宗教・非宗教を同等に扱う方向への転換である。宗教系私立学校への援助や、公立学校の課外活動での宗教表現は、表現内容の平等な取り扱いを理由に、従来の判例が示した細かな制約をはずして緩やかに認められつつある⁴⁹⁾。そして宗教活動の自由では、一般的法規制であれば、宗教を理由とした規制の免除を認めないとの判例が確立している。これを覆そうとした宗教の自由回復法は、裁判所の認めない形で権利の拡大を試みた点で連邦議会の権限逸脱とされ、違憲判決を受けた⁵⁰⁾。

5. おわりに

スミスのような考え方では、どの分野でも理論など成立しないことになりかねない。また、裁判所より政治過程の方が宗教活動の自由に敏感だと言うが、訴訟を契機に政治が反応した事例も多い⁵¹⁾ ことを見落としている。しかし、(広義の) 信教の自由においては、他の分野以上に議論の裂け目が大きいのではないか。例えば表現の自由では、各論では意見が分かれるとしても、有害な表現は規制できるという基本線で一致が見られる。ところが日本の場合、信教の自由(憲法20条1項前段)はともかく、憲法20条3項については、その存在自体について賛否が分かれているとの印象さえ受ける。学説の議論は一見すれば、宗教的活動に当たるか、単なる社会的儀礼かをめぐる対立のようだが、実際には、伝統的宗教儀礼(特に神社神道)を公的に認めるか否かという、宗教的

共同体主義と世俗的個人主義との対立に似た状況が展開されているように思われる⁵²⁾。スミスやゲディックスの所説は、本稿筆者が時に覚える徒労感の淵源を示唆するものである。

スミスやゲディックスの議論には、宗教が公的な議論の場から排除されている⁵³⁾ことへの強い不満が見え隠れしている。宗教の尊重を求める、極めてアメリカ的な議論と言えるが、そこで社会に有用な存在として評価される「宗教」とは、歴史と伝統のある、いわば「試験済み」の既成宗教(特に多数派、主流派)を意味するのではなからうか。既存の社会や宗教に対する不満から生じ、摩擦や対立の原因となりがちな新宗教の場合、いかなる扱いを受けるのか、気にかかるところである。

「理論の構築」は、どのような意味で、どの程度に可能なのか、筆者には今のところ必ずしも明らかではない。ただ、時に言われる「信教の自由と政教分離との統一理論」は、ゲディックスが指摘したように、いわゆる政教分離原則の緩和をもたらす可能性が大きいように思われる。これまで日本の多くの学説が採ってきた<厳格な政教分離、広い信教の自由>には、「一般に、少数派宗教に対する配慮には肯定的に、多数派宗教に対する配慮には否定的に反応してきた…おらかな判官鼯鼠」とする評価がある⁵⁴⁾。これを「侵されやすい少数派の信教の自由を尊重するため」と説明することはできるが、果たして「統一理論」の名に値するのだろうか。とは言え、「靖国神社問題群」は、周縁部分から『憲法問題性』を失ってゆくのではなからうかと思う⁵⁵⁾との観測は、1990年代から進んできた軍事法制の再編成や、2001年8月の内閣総理大臣による靖国神社参拝をめぐる議論を見る限り、にわかに肯定し難いものがある。殉職自衛官合祀判決⁵⁶⁾は、今なお確固たる判例であり、「おらかな判官鼯鼠」は、このような文脈から説得力を持ち続けるのであろう。

注

- 1) 最大判昭和52(1977)年7月13日・民集31巻4号533頁以下、541-42頁。
- 2) 最大判昭和42(1967)年5月24日・民集21巻5号1043頁以下、1047頁。
- 3) 最大判昭和51(1976)年4月14日・民集30巻3号223頁以下、246頁。
- 4) 最大判平成9(1997)年4月2日・民集51巻4号1673頁以下、1702頁。

- 5) 同1710頁。
- 6) 安念潤司「重点講座・憲法判例50年 政教分離」法学教室208(1998年1月)号57頁以下、63頁。
- 7) 小泉洋一「大法廷判決における政教分離原則違反の判断方法」ジュリスト1114号38頁以下(1997)、芦部信喜「政教分離と信教の自由」『宗教・人権・憲法学』71頁以下、83頁(有斐閣・1999)など。
- 8) 戸松秀典・長谷部恭男・横田耕一「<鼎談>愛媛玉串料訴訟最高裁大法廷判決をめぐって」ジュリスト1114号4頁以下、10頁[横田]は、「目的がどうであったのか、効果がどうであったのかという具体的判断が明示的に示されておらず、いきなり結論が出てきているわけです」と言う。野坂泰司「愛媛玉串料訴訟大法廷判決の意義と問題点」同29頁以下、34頁は、「結論が違憲であるからといって本判決が目的・効果基準を厳格に適用したといえるかどうかは疑問である。むしろ違憲の結論を導く判断過程は、厳密な論証を欠き、目的・効果基準の問題性を示すものとなっている」とする。
これに対して厳格な適用、あるいは基準の厳格化とする評価は、「特定の宗教への関心を呼び起こす」といった精神的効果を判断要素に含めたり、行為の目的を客観的に判断しようとする態度などを根拠とする。また、高畑英一郎「エンドースメント・テストと愛媛玉串料訴訟最高裁判決」日本法学66巻3号351頁以下、359-67頁(2000)は、アメリカで80年代以来の判例に現れる是認基準を採用したものと分析している。
- 9) 土屋英雄「国家と宗教の分離の新たな位相」国際協力論集(神戸大学)5巻2号77頁以下、94-95頁は、これを「判断の重点が…より精神的、抽象的、主観的な要素に移らざるを得な」くする「恣意的」なものと批判する。
- 10) 『最高裁判所判例解説 民事篇(平成9年度・中)』561頁以下、580頁注7[大橋寛明](法曹会・2000)。
- 11) 最(三小)判平成5(1993)年3月16日民集47巻5号3483頁以下、3499-3501頁。
- 12) 戸松・長谷部・横田、前掲注(8)21頁[戸松]。また、野坂・前掲注(8)35頁は、「その判断過程は多数意見のそれに比して、数段すぐれたものと評価することができると思われる。しかしながら、可部反対意見における目的・効果基準の理解そのものには同意し難い」とする。芦部信喜「愛媛玉串料訴訟大法廷判決管見」前掲注(7)105頁以下、115頁も、「裁判官の法解釈、憲法判断のあり方として一応オーソドックスなものと言えます。内容も可部裁判官ならではの綿密な論理構成になっていると思います。しかし、こういうアプローチは、ともすると、いわゆる機械法学…の弊に陥り易いという大きな問題もある」と言う。
- 13) 小嶋和司「信教の自由」『憲法学講話』203頁以下、219-23頁(有斐閣・1982)。
- 14) 安念潤司「信教の自由」樋口陽一編『講座憲法学3 権利の保障1』189頁以下、

- 202-04頁（日本評論社・1994）、安念・前掲注(6)60-63頁。ただし、本稿筆者は判例の事実認定や結論を必ずしも肯定しているわけではない。
- 15) 芦部・前掲注(12)108-10頁は、従来の諸判決について、「どの事件にも、結論を左右するような決め手になるポイントが別にあるんですね」、「目的効果基準が形式的に、いわば、結論を正当化するためのレトリックとして使われているにとどまる観がある」、「効果の点に関する判断は、何かつけ足しの観がある」と評する。
- 16) 詳細は、熊本信夫『アメリカにおける政教分離の原則 増補版』第二部第三章（北海道大学図書刊行会・1989）、瀧澤信彦『国家と宗教の分離』第三編第二章、第三章（早稲田大学出版部・1985）を参照。
- 17) 佐藤幸治『憲法（第三版）』500頁（青林書院・1995）は、「分離原則をあまり機械的に厳格に貫くと、常識に反する非現実的な結果を招いたり（例えば、広島、長崎の原爆祈念式典さえ違憲としなければならなくなる）…する」と述べる。また、芦部・前掲注(12)119頁は、遺族会に対する供花料、国立大学医学部による猷体者の慰霊祭といった例を挙げながら、自らの判断を加えていない。
- 18) 安念・前掲注(14)205頁は、「現実には、宗教に対する政府の組織的・体系的な関与であって、それゆえに、長期的に重大な宗教的效果を及ぼしかねない行為であっても、学説上、合憲論が定着しているか、少なくとも意識的な違憲論が提起されないままになっているものが多い」と指摘する。おそらくこのような事情から、「完全分離」という表現は、「厳格な分離」に取って代わられたのであろう。
- 19) 佐藤功『憲法（ポケット註釈全書）新版・上』311頁（有斐閣・1983）は、「政教分離の原則は…国家と神道との結合を排除するところに特別の意味をもつ」とする。また、宮沢俊義『憲法Ⅱ（新版）』347-61頁（有斐閣・1974）を参照。浦部法徳「『靖国問題』と裁判所の憲法感覚」芦部信喜先生古稀祝賀『現代立憲主義の展開・上』443頁以下（有斐閣・1993）は、政教分離問題の法的判断には、「靖国問題」と「軍国主義」、「国家主義」的思想の鼓舞とのつながりという「本質理解」が必要であると説く。
- 20) 玉串料判決で可部反対意見が、「宗教関係学校法人への巨額の助成を許容しながら微細な玉串料等の支出を違憲として、何故、論者は矛盾を感じないのであろうか」と述べた（民集51巻4号1746頁）ことは、この懸念を裏書きする一例である。
- 21) *Lemon v. Kurtzman*, 403 U.S. 602(1971)が示した審査基準。政府の行為について、①世俗的な目的を持ち、②主要な効果が、宗教を促進または抑圧するものでなく、③政府と宗教との過度の関わり合いを助長しない、との三要件をともに満たすことを求める（*Id.* at 612-13）。③を独立の要件としている点で目的効果基準とは異なる。基準の形成過程については、瀧澤・前掲注(16)第二編第三章を参照。
- 22) オコーナー判事が、*Lynch v. Donnelly*, 465 U.S.668 (1984)の同意意見で示した基準。政府の行為が、宗教を是認または否認するメッセージになっているか否かを

- 審査する (*Id.* at 687-88)。土屋英雄「アメリカにおける政教分離と“保証”テスト」
 芦部古稀『現代立憲主義の展開・上』509頁以下、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(日本大学学
 院) 25号1頁以下(1995)を参照。
- 23) STEVEN DOUGLAS SMITH, *FOREORDAINED FAILURE: THE QUEST FOR A
 CONSTITUTIONAL PRINCIPLE OF RELIGIOUS FREEDOM* (1995).
- 24) 憲法制定前後の状況については、熊本・前掲注(16)第二部第一章、第二章を参照。
- 25) Kathleen M.Sullivan, *Religion and Liberal Democracy*, 59 U. CHI. L. REV. 195,
 198 (1992).
- 26) Douglas Laycock, *Formal, Substantive, and Disaggregated Neutrality Toward
 Religion*, 39 DEPAUL L.REV. 993 (1990).
- 27) *Epperson v. Arkansas*, 393 U.S. 97 (1968).
- 28) FREDERICK MARK GEDICKS, *THE RHETORIC OF CHURCH AND STATE: A CRITICAL
 ANALYSIS OF RELIGION CLAUSE JURISPRUDENCE* (1995).
- 29) MARK DE WOLFE HOWE, *THE GARDEN AND THE WILDERNESS*, 11-15 (1965).
- 30) *Late Corp.of the Church of Jesus Christ of Latter-Day Saints v.United
 States*, 136 U.S. 1, 48, 49 (1890).
- 31) *Everson v. Board of Education*, 330 U.S. 1 (1947).
- 32) *McGowan v. Maryland*, 366 U.S. 420 (1961).
- 33) *Lynch v. Donnelly*, 465 U.S. 668 (1984) [キリスト生誕群像を含むクリスマス
 の展示・合憲]; *County of Allegheny v. ACLU*, 492 U.S. 573(1989) [生誕群像単
 独の展示・違憲、ユダヤ教燭台の展示・合憲].なお拙稿「公的空間における宗教的展
 示」神戸外大論叢49巻7号85頁以下(1998)を参照。
- 34) *Employment Division, Oregon Department of Human Resources v.
 Smith*, 494 U.S. 872 (1990). 拙稿「信仰と世俗的法規制(1,2・完)」六甲台論集
 (神戸大学大学院) 41巻1号141頁、41巻2号64頁以下(1994)は、1960年代から
 スミス判決に至るまでの判例とその問題点を論じたものである。
- 35) *Lyng v. Northwest Indian Cemetery Protective Association*, 485 U.S. 439
 (1988).
- 36) Frederick Mark Gedicks, *The Impossibility of Religion Clause Theory*, 27 SETON
 HALL L.REV. 1233,1258 (1997).
- 37) Gedicks, *An Unfirm Foundation: The Regrettable Indefensibility of Religious
 Exemptions*, 20 U.ARK.LITTLE ROCK L.J. 555,558-68 (1998).
- 38) Stephen M.Feldman, *Principle, History, and Power: The Limits of the First
 Amendment Religion Clauses*, 81 IOWA L.REV. 833,843 (1996).
- 39) Christopher L.Eisgruber & Lawrence G.Sager, *Unthinking Religious Freedom*,

- 74 TEX.L.REV. 577,611 (1996).
- 40) *Id.* at 598-99.
- 41) *Id.* at 595-96.
- 42) John H. Garvey, *Is There a Principle of Religious Liberty?*, 94 MICH. L. REV. 1379, 1389-91 (1996).
- 43) Thomas C. Berg, *Religion Clause Anti-Theories*, 72 NOTRE DAME L. REV. 693, 728-29 (1997).
- 44) Eisgruber & Sager, *supra* note 39, at 592; Berg, *supra* note 43, at 749-750 nn.229-230.
- 45) George W. Dent, Book Review, 46 J.LEGAL EDUC. 130,133 (1996) ; Berg, *supra* note 43, at 738.
- 46) Berg, *supra* note 43, at 703-06; Laycock, *supra* note 26; Michael W. McConnell, *Religious Freedom at a Crossroads*, 59 U.CHI.L.REV. 115 (1992).
- 47) ここでは平等保護の手法を紹介する。Eisgruber & Sager, *supra* note 39, at 600-01,605-08; *The Vulnerability of Conscience:The Constitutional Basis for Protecting Religious Conduct*, 61 U.CHI. L. REV. 1245 (1994)。表現の自由から説明する手法については拙稿前掲注(34)で詳論した。See William P.Marshall, *Solving the Free Exercise Dilemma: Free Exercise as Expression*, 67 MINN. L. REV. 545 (1983) ; *The Case Against the Constitutionally Compelled Free Exercise Exemption*, 40 CASE W. RES. L. REV.357 (1989-90); *Religion as Ideas: Religion as Identity*, 7 J. CONTEMP. LEGAL ISSUES 385 (1996)。これらの手法についてスマスは、現世の問題にのみ関心を持つ共同体は、言論の自由や平等の名において宗教的信念や慣行に法的保護を与え続けるが、「純化した世俗共同体は、もはや何らかの『宗教の自由理論』を持つ…とは主張しないであろう」と言うのみである。Steven D.Smith, *Is a Coherent Theory of Religious Freedom Possible?*, 15 CONST. COMMENTARY 73, 81 (1998)。
- 48) Santa Fe Independent School District v. Doe, 120 S.Ct. 2266 (2000)。おそらく、特定の基準に拠ると、法廷意見(過半数)を形成することが困難だったのであろう。
- 49) Gedicks, *supra* note 36, at 1234-36.
- 50) City of Boerne v. Flores, 521 U.S. 507 (1997)。宗教の自由回復法の運用と違憲判決については花見常幸「信教の自由回復法と合衆国最高裁の判断」宗教法17号195頁以下(1998)、拙稿「90年代アメリカにおける宗教活動の自由」神戸外大論叢50巻1号87頁以下(1999)、「権利の『救済』と『実体』」外国学研究(神戸市外大)48号39頁以下(2001)を参照。
- 51) 原告(信者側)敗訴を契機とした対応の例として、次のものがある。①United States v. Lee, 455 U.S. 252(1982)の後、教会や教会経営の組織について、信仰を

- 理由とした社会保険料納付の免除を認めた (26 U.S.C.A. § 3121(w)[1984])。②Goldman v. Weinberger, 475 U.S. 503 (1986) の後、信仰を理由とした軍隊服装規則の例外を限定的に認めた (10 U.S.C.A. § 774 [1987])。③リング判決 (前掲注35) の後、連邦議会は林道建設予算支出を撤回し、森林局は建設計画を変更した (See Eisgruber & Sager, *supra* note 47 at 1304)。④スミス判決 (前掲注34) の後、事件のあったオレゴン州法と連邦法は、宗教目的によるペヨーテ (サボテンから得られる一種の幻覚剤) の使用を認めた (Or.Rev.Stat. § 475.992 (5) [1993]; 42 U.S.C.A. § 1996a [1994])。それぞれの判決については拙稿前掲注(34)を参照。
- 52) デイヴィッド・M・オブライエン (大越康夫・補著と翻訳) 『政教分離の憲法政治学』(晃洋書房・1999) 128頁によると、「阿部[美哉教授]は眞面忠魂碑が宗教的ではないと書面で証言した。…かなり後に法廷外で、阿部は『宗教学者としてはその立場はとらない。私はこの特定の事件に限定し、どうすれば勝てるかに限定した』ことに同意した。忠魂碑が宗教的ではないと述べることは『多分に策略や技術を要する』と告白した。『忠魂碑を神社にしようとするれば、それは可能である』と彼は認めた」。また、百地章「最高裁判決を狂わせた『国家神道という神話』」祖國と青年・平成9年5月号24頁以下、35頁 (1997) は、玉串料判決について、「条文そのものはかなり厳格な分離を謳っているわけですから、それを文字通りに解釈すれば今回のような判決が出て来ざるを得ません。いくら条文と現実を合致させようと苦勞してきても、原理主義者が出てくればおしまいです。そうなると、やはり原理そのものを変えなければ、つまり条文を変えるしか、今回のような現実を無視した判決を封じる手はない」と言う。
- 53) もっとも、宗教を尊重すべきとの立場では共通するBerg, *supra* note 43, at 724 は、このような主張を、アメリカの歴史と社会の実情に照らして「説得力がない」と批判している。
- 54) 佐々木弘通「学界展望」国家学会雑誌111巻5・6号153頁以下、156頁 (1998)。
- 55) 奥平康弘「愛媛玉串料訴訟大法廷判決について (下)」時の法令1548号26頁以下、41頁 (1997)。
- 56) 最大判昭和63(1988)年6月1日・民集42巻5号277頁以下。