

宗教条項の議論を巡って

— アメリカ憲法 —

樋口美佐子 (UCLA School of Law)

はじめに

アメリカ憲法における宗教条項の問題を浮き彫りにするための一つの有効な方法として、「国教樹立禁止条項」(Establishment Clause)と「信教の自由条項」(Free Exercise Clause)の発生の歴史的な背景とその後の発展に注目する事が挙げられる。今回は、二条項の違いを踏まえ、連邦最高裁で両条項がどのように解釈され、どのようにケース・ローが適用されてきたのかその変遷に注目し、何故、「宗教条項が退化しつつある」のか、その本質に迫りたいと思う。

I. 宗教条項の概略

(1) アメリカ憲法制定以前の状況

まず、最初に宗教条項が成立する以前の状況とその状況が後にどのような影響を与えていくのか多少触れてみたい。アメリカでは、独立戦争以前、宗教的権利は、「信教の自由」、つまり「良心の自由」(Freedom of Conscience)を中心として保護されており、現在のように、活発な議論が行われている「国教樹立禁止条項」(Establishment Clause)によってではなかった。

アメリカでは、植民地時代、多様な文化あるいは宗教的背景を持つ人々が移住し、また、それらの移民が広大な土地に点在しつつも、共存していった事実がある。特に、東海岸の一带、北部では、それぞれの地域が独立し、邦として政府を持ち、例え、各自の邦の中で公定宗教(Establishment)を定めたとしても、大半の邦では、公定宗派の人口が半数を超えることが殆どなかった(意

外にも、この当時教会に所属していたおよその割合は、宗教的色彩の強いニューイングランドにおいても7人に1人であり、この時代の宗教に対する無関心さが浮き彫りとなっている¹⁾。つまり、イギリスのように、同一の宗派が国家の下に集まるという形式は取れず、「国家」が強制した「Establishment」の概念を持ち込んだ議論を行っても実質的な意味を持たなかったからである。

確かに、イギリスからもたらされてきた「Establishment」という概念も、当時の人々には、認識されていたものの、法的に公定宗教が確立 (Legal Establishment) されていた邦でも複数の宗教が共存し、実質的には多様化 (Diversity) がかなり進んでいた。また、「Establishment」に対する定義や対応は、宗派ごとに異なるという状態であった。つまり、「Establishment」に対して共通の認識が持たれておらず、これを議論しようにも、厳密な意味で、何が「国教 (公定)」なのか議論する土台も持たなかったのである。

また、当時の社会は経済発展を目標の一つとして掲げていたために、多くの移民を誘致しなければならない状況にもあった。しかし、移民を募るために、「信教の自由」を謳わなければ、実際、移民は集まらなかった。そのような意味で、「信教の自由」を早くから標榜したフィラデルフィアは、当時としては、最も繁栄し、宗教の多様化が進んだ都市として有名である。この時代は、どこの邦においても政治的側面あるいは、宗教的側面から考えても、ある程度の宗教の多様化を受け入れていかなければならない状況にあったのである。一方、その多様化の進展によって、「Establishment」の意味が微妙に変化し、そこから認識の変化あるいは州や宗教間の対応の違いが生まれた事も確かである。この認識の違いは、今なおアメリカ社会に存在し続け、ある意味で、その違いが現在「国教樹立禁止条項」を含む宗教条項の議論を行う根本的な発想の違いとして、その影響が色濃く残っている。

独立革命以前では、先程触れたように、個人の宗教的権利を争うにしても、「良心の自由」 (Freedom of Conscience) が中心であり、『自分の信じる宗派以外にお金を出すことを強制されるのは、「個人の宗教的良心」に反するから拒否する』という「個人の信教」の理念に根ざしたものである。少なくとも、現在議論されている「国家 (政府) の干渉を拒否する」という「Establishment」

の次元ではなかったと考えられる。

このように、アメリカでは独立戦争以前から、憲法修正第1条の宗教条項 (Religion Clauses) を構成する「国教樹立禁止条項」と「信教の自由条項」の概念の基礎は互いに異なり、その後も異なる発達を遂げ、このプロセスの違いはイギリスから独立を勝ち取り、国家が建設され、国家として正式に出発するために制定されたアメリカ憲法にも、また、その後の宗教条項の議論の変遷においても反映されている。

アメリカ憲法は憲法制定会議後、フェデラリスト (Federalists)、反フェデラリスト (Anti-Federalists) の争いである憲法批准の政治論争を経て、1788年に批准成立条件であった9邦が合意に達するという形で成立している。その過程で、反フェデラリストは、宗教的権利が保障されている修正第1条など、権利章典 (Bill of Rights) が憲法に含まれていないと憲法の欠陥を指摘し、その反論を受けて、マディソンはあわてて「Bill of Rights」の原案を議会に提出している。この10条からなる権利章典は、最終的には、1791年新憲法の修正条項として追加されている。その後、「国教樹立禁止条項」 (Establishment Clause) が、連邦最高裁判所で本格的に解釈された20世紀に入っても、「国教樹立禁止条項」と「信教の自由条項」の関連は保たれつつも、微妙な発展の違いを残しているのである。

(2) 宗教条項の諸問題

「国教樹立禁止条項」が本格的に解釈され始めた20世紀の半ば、宗教条項の二つの条文が、宗教的権利を守るという共通の目的を持っているにもかかわらず、全く反対の結論を導く、また、性質が根本的に異なる存在として、激しく衝突し合っていた。これは、連邦最高裁の意見が本格的に対立した最初のテーマ²⁾ だったと思われる。当時、連邦最高裁は両者をどのように整合性を持たせ、調整していくのか、その問題を巡って苦労の日々は続いていたのである。

現代においてもなお、「国教樹立禁止条項」と「信教の自由条項」の性質の違いを指摘する意見がある。それは「国教樹立禁止条項」は、連邦政府つまり国家に対する注文でありながら、個人の権限を守る憲法修正第1条に組み込まれ、

「国教樹立禁止条項」は「対政府（少なくとも政府の行為で個人の問題ではない）」、「信教の自由条項」は「対個人」という性質の異なる二つの条項が個人の人権規定に存在しているということである。

1971年以降は、この二つの性質の異なる論争もさることながら、議論の重心は「Lemon Test」へと移行していった。勿論、二条項の基本的な性質の違いはテーマになり続けたが、それ以上に「Lemon Test」の使いづらさや適用の複雑さが意識に上り始めたのである。1980年代の半ばには、このテストが公然と批判され、さらに、「国教樹立禁止条項」の適用さえも差し控えるというような議論へと急展開していくのである。

原理の内容としては、「Lemon Test」が成立する以前は、「Neutral」が中心であったが、この「Neutral」の概念は広すぎて茫漠としており、具体的な事例を分析し評価する基準としては、雲を掴むような存在であると論議が起ってきた。連邦最高裁の次の苦悩は、この「Neutral」の「曖昧さと茫漠さ」と戦うことである。ある意味で、それを解消するために、1963年のSchool District of Abington v. Schemppで「目的・効果」規準が、1970年に入るとWalz v. Tax Commission of the City of New Yorkで「過度の係り」規準などが生み出されてきたとも考えられる。そして、1971年の判例Lemon v. Kurtzmanにおいて、WalzとSchemppの原理が合併され、有名な「Lemon Test」の3条件が完成したのである。

1971年以降の10年間程は「Lemon Test」が文字通り全盛期で、宗教条項を解釈する統一基準として盛んに使用されていた。一方、おかしな事に、この時期あるいは多少遡った時期から、一つの事例において、常に「国教樹立禁止条項」と「信教の自由条項」の二条項から合憲か違憲かという二つの判断が併記されている³⁾。ただでさえ性格が異なると言われてきた二条項を、一つの事例において同時に使用するという矛盾。連邦最高裁はそれを收拾するために、益々苦勞を背負っていかなければならない羽目に陥るのである。

「信教の自由条項」(Free Exercise Clause)において、1963年のSherbert v. Vernerでは、現在において主流となりつつある「Balancing Test」が使われている。但し、この時期の「Balancing Test」は、1990年の全く新たな原理

として採用されたSmithとは多少異なると考えられる。例えば、Sherbertでの「Balancing Test」は、宗教条項の解釈を支える切り札ではなく、一方、Smithは全ての原理を捨てて、最後の切り札として、「Balancing Test」が再導入されている。一方、他の原理として、1980年代の半ば以降「Lemon Test」からの切替えの一時的な動きとして、Wallace v. Jaffreeで「Preference」（優遇）の原理が、Alleghenyで「Coercion」（強制）の原理が使用されている。

「国教樹立禁止条項」の解釈に関しては、もう一つの根深い問題が潜んでいる。それは、実際の基準や原理と具体的に出された判断との間に「振れ」が存在することである。この「振れ現象」は初期の頃、「国教樹立禁止条項」の解釈が正面から提示された1947年のEverson v. Board of Educationの判例から見られる。Eversonでは、政府が私立の宗教学校に支払うバス代が、「国教樹立禁止条項」に違反していると訴えられた事例で、連邦最高裁は法廷意見の中で、「国教樹立禁止条項」を解釈する8箇条の原理⁴⁾を掲げつつ、最終的な結論として、支払い行為自体を「合憲」としている。また、その判決理由も、8個の原理である厳格主義とは異なる「宗教といっても、政府の財政支援から排斥される事はない」という次元のものであった。

では、何の為に厳格原理8個も挙げたのかという疑問が起ってくる。言うまでもなくEversonで解釈を支える原理と実際の判断の整合性が取れておらず、両者が乖離する現象が起っている。この乖離を埋めるのに、連邦最高裁はその後の50年以上苦悩している。ある意味で、この「乖離」を解消しようとする過程こそが、宗教条項の歴史と言っても過言ではない。

次元が変わるが、アメリカにおいて憲法訴訟のスタートとなる地位、特に「連邦納税者」に対する地位は余り安定していない。つまり、連邦政府による税金の使途に反対する方法としての訴訟は、基本的に許されてはいなかった過去がある。1923年のFrothingham v. Mellonに「原告適格」が否定されて以来、1968年のFlast v. Cohen（宗教学校への補助金に関して、「Establishment Clause」の侵害が問題となっている）まで、納税者に原告適格は認めておらず、この判例に至って原告適格の壁が多少低くなったのである。その過程で、「国教樹立禁止条項」に対する納税者の地位は例外であり、「原告適格」があると連

邦最高裁は一般的に判断してきている。

この納税者に対する「原告適格」の問題の基本は言うまでもなく、権力の分権 (Separation of Powers) である。例えば、政治部門 (Political Process) や立法部門が裁量を持ち、具体的には、課税権限や支出権限 (Taxing and Spending Power / Article I, Sec.8) のことであるが、その権限が司法権の行使と衝突するという事である。しかし1968年以降、司法 (Article III) において、訴訟禁止の壁を低くしようという考えが取られ始めた。しかし「Establishment Clause」に基づく政府による財政支援に関する訴訟が、殆どの場合、「原告適格」を備えていると判断されてきたことは、アメリカの歴史と共に、現代のこの国の特徴をも反映している。カソリック教系を代表とする宗教系の私立学校への公的資金の流れに関しては、今もなお非常に厳しい視線が注がれているのである。

話は戻るが、本来、Eversonの判例で示された「政府と宗教に完全な壁を設ける」というジェファースン的な考えは、アメリカの歴史の中で、「政府と宗教の金銭の授受を断つ」ということが核心であり、ある意味で、この最後のつながりを断つために、「国教樹立禁止条項」が存在すると考えられていた。確かに、ジェファースンの「完全な壁を設ける」ということは理想であり、これを追求する事はこの「国教樹立禁止条項」の目的にかなうことであるが、実際、それが実現できないところに大きな悩みがある⁵⁾。その悩みの本質とは、18世紀に存在した政府の性質と20世紀に存在している政府の性格が変化した事である。つまり、政府の中心的な役割は、市民にサービスを提供することであり、ジェファースンの原理では、この主たる政府の役割が果せない事になる。

その代表的な例が、政府による教育への財政援助である。政府は、政治的な目標として、教育に力を入れることを掲げている。また児童の福祉と言う側面からも、学校へ財政援助を行うことは当然の事である。連邦最高裁は、この政府の「健全な目的」のために、また、市民の公益という次元からも理解のある対応を示したいと考えている。しかし、政府がサービスを提供する場合、「国教樹立禁止条項」侵害の問題が伴ってくる。「国教樹立禁止条項」をダイレクトに反映したEversonやKurtzmanの原理では、政府が宗教系の私立学校へ財政

援助を行うことが許されるような積極的な理論は生まれず、その矛盾の中で、連邦最高裁は、現実的な対応を模索し苦闘することになる。しかし結局、諸原理と判決の乖離が益々激しくなるばかりで、また両者の整合性を求めるあまり、「国教樹立禁止条項」を支える理論あるいは、諸原理の適用を益々複雑怪奇にしていくのである。

この葛藤の中で、連邦最高裁は、単に原理の適用だけでなく、原理を生み出す本体である「国教樹立禁止条項」の有効性にも疑いを向けるようになる。この「国教樹立禁止条項」に対する不信感が最高潮に達するのが、低所得層の児童を援助できなかった1985年のAguilar v. Felton の判例である。貧困層の児童教育に携わる学校に対して、それがカソリック教の宗教系学校の援助というだけで、財政支援を違憲と判断し、支援を拒否しなければならない（支援プログラムの対象となる私立学校の大半がカソリック教系であることから）。このように、肝心なときに、肝心な援助ができない「Lemon Test」の存在は、殆ど憎悪の対象となるのである。さらに、「Lemon Test」の憎悪は、「国教樹立禁止条項」の不信となって跳ね返ってくる。

それ以降、連邦最高裁の議論はますます混迷の度を増し、遂に「国教樹立禁止条項」を放棄し、宗教的権利の保護を一身に「信教の自由条項」に背負わせようという極端な意見までも飛び出してくるのである。このピークは1980年代半ばから90年代初期の頃に達し、その渦中で有名なSmithの判例が下されたのである。

Smithにおいては「Lemon Test」はおろか、「国教樹立禁止条項」そのものの放棄をも示唆し、さらに「国教樹立禁止条項」だけでなく、「宗教条項」を支える従来の原理、全てを放棄することも提案されている。従来の宗教条項の二条項に渡る統一基準を放棄し、その事例に即した原理を生み出し、ケースバイケースで解決していく。このSmithの考えは宗教条項全体を揺るがし、大きな方向転換を強いた判例であった。一方、連邦最高裁が期待し、「信教の自由条項」によって一切の宗教的権利を保護させようという試みが、現実的な効果をあげたのかというとそうではなく、むしろ「信教の自由条項」の適用範囲が狭められ、この条項に伴う「Accommodation」（便宜供与）や「Exemption」

(免除)すらも切捨てられていく運命になる。

「国教樹立禁止条項」も適用されない。「信教の自由条項」の適用も縮小される。一体、今、何が起っているのか。この疑問を基底部に捉えながら、「国教樹立禁止条項」の諸原理を詳しく検証していきたい。

II. 宗教条項の原理の変遷

(1) “Establishment Clause” 「国教樹立禁止条項」の場合

(i) 厳格分離と理論の乖離

「国教樹立禁止条項」の解釈を本格的に行った1947年のEversonの判例では、先程触れたように、宗教条項を解釈する8個の原理が創設されている。また1963年のSchool District of Abington v. Schemppにおいては、「修正第1条の国教樹立禁止条項の下では、立法が世俗的目的を持ち、立法の主要な目的と効果が宗教を促進したり、禁止したりするものは立法的権限を超えている」という主張を行い、厳格な分離のスタンスを踏襲している。

一方、このSchemppにおいて、「宗教は歴史との関係を切り離す事が出来ない」とし、宗教と政治が完全に分離する事は不可能であると述べ、ジェファーソン型の「完全な分離の壁」の実現が不可能であることに触れている。つまり、この判例においても、「掲げた原理」と「実際の判断」の「振れ現象」が引き続き起っていることになる。

1970年のWalzの「宗教団体の建物などの財産に課税をする」という事例において、連邦最高裁は「宗教的財産の課税」は憲法違反であると「Exemption」を認めつつも、法廷意見の中で政治と宗教が過度な係りを持つことは禁止されているが、「これは程度の問題である」と述べ、完全に分離する事が不可能であることを示唆している。1971年には、Lemon v. Kurtzmanで、有名な「Lemon Test」の3原理が確立され、その3原理の1番目は「立法には世俗的目的が必要であること」、2番目は「立法の主たる効果が、宗教を促進・抑制をしないこと」、3番目は「政府と宗教の過度の係りを禁止する」というものである。

「Lemon Test」が確立する以前の判例である1968年のBoard of Education v. Allenでは、最高裁は教科書の無償配布を合憲と判断し、教育に関しては「国教樹立禁止条項」をやや緩やかに解釈している。同じ教育問題であっても、「Lemon Test」が完成した後の1973年のLevitt v. Committee for Public Education & Religious Libertyでは、宗教学校の教員が作成した試験と管理業務の検査の払戻しを、「Lemon Test」の3条件に基づいて違憲と見なしている。

同年1973年のCommittee for Public Education & Religious Liberty v. Nyquistでも、連邦最高裁は「Lemon Test」を適用し、修繕維持費・授業料の払戻しあるいは両親に対して行われる税金の控除を違憲と判断し、その理由として、「Direct/Indirect Theory」(直接/間接理論)を使い、財政的支援が宗教に直接影響を与えるのかどうかという基準で分析している。この判例においても「財政支援自体は宗教を促進し、違憲である」と判断しつつも、「間接的で、離れて、付随的な恩恵を与える法が憲法的に常に、否定されると言う事ではない」という含みのある表現を行い、「財政支援を与えても、全て憲法違反ではない」という「捩れ」を示唆している。

1975年のMeek v. Pittengerでは、この「捩れ現象」に関して、かなり不気味な様相を呈している。連邦最高裁は「何が合憲で、何が違憲であるのか」、まるで机の上の文房具を手で分けるように、病的なほど細かく分類を行っている。例えば、教科書の無償配布はAllenの判例を受け継ぎ合憲と考え、補助サービスであるカウンセリングのサービス、スピーチおよび聴覚診断と治療の費用は違憲と、また地図、フィルム、記録、定期刊行物、映写機、レコーダー、実験装置も授業用の教材・備品として、同じく違憲と判断している。1977年のWolman v. Walterにおいても、この現象は続いている。教科書の無償配布、学力を測るテスト、スピーチおよび聴覚診断、治療サービスは合憲、教材・備品、野外遠足の費用は違憲と判断している。

(ii) “Inculcation Theory” と “Lemon Test” の破綻

連邦最高裁が、ここまで神経質に細かく立ち入って分析するには理由があ

る。それは、「Lemon Test」の3条件の相互の関係性と2番目の規準の性質から来ている。例えば、2番目の規準とは、「宗教を促進あるいは抑圧する立法効果があるのは、国教樹立禁止条項を侵害する」というもので、この原理を使うと、最初に「何が宗教を促進するのか」という分析を行わなくてはならない。つまり、連邦最高裁が財政支援を提供するたびに、一々「何が宗教を促進するのか」を吟味し、分類することになる。

では、連邦最高裁は教育問題、特に学校関連の財政支援に対し、どのような分類を展開したのかと言えば、例えば教科書では、教科書は前もって記述がなされており、「内容が確定され、確認することができる」⁶⁾ので、教員が授業中に勝手に「宗教教義を教える可能性が少ない」と考え、「教義の教え込みの可能性が低い」と分類した。しかし、教員自身や、あるいは教員が使う周辺の備品や材料に関しては、その教員が「宗教的な影響を生徒に与える可能性」があり、そのような周辺教材、あるいは教員のサラリーに対して、政府が財政支援を行うことは、結果として、「宗教の促進」をもたらすと考えた。そして、この支援を最高裁は違憲と判断したのである。

実際、「教員が教室で教義を教える可能性」があるのかどうか、これこそ慎重に分析をしなければならない基準であるが、少なくとも連邦最高裁は、このような線引きを行った。この「教義を教える」事になるのかならないのか、という点に神経を注いだ基準を「Indoctrination Theory」あるいは「Inculcation Theory」と呼び、この時代の中心的な基準となっている。

政府が、宗教系の私立学校へ財政援助を行うことにもう一つの大きな障害があった。それは、2番目と3番目の関係性である。例えば、「Lemon Test」の第2番目の「宗教の促進」違反を警戒し、「Indoctrination」の原理を採用すれば、その「Indoctrination」が行われていないかどうか、確認するために検査を行わなければならない。その監視制度は「Monitoring System」と呼ばれ、実はこの制度こそ重大な問題を引き起すのである。

2番目の規準違反を避けるために監視を行うと、第3番目の「宗教との過度の係り」の問題が起ってくる。「国教樹立禁止条項」違反を避けるために取った処置が、今度は、政府と宗教学校の「恒常的な係り」を生んでしまうことにな

る⁷⁾。このように、「Lemon Test」の条件の規準違反を忠実に避けようとするれば、結果として、恒常的な「国教樹立禁止条項」違反となり、大きな矛盾をきたすことになる。

つまり、「Lemon Test」の適用に一貫性が貫徹なくなるのである。連邦最高裁はその矛盾を埋める為にさらに屈曲した理論を作らなくてはならなくなる。それがまた「Lemon Test」の考え方や適用の複雑さを増幅させる。このような泥沼の悪循環の中で、連邦最高裁は事例そのものを解決することよりも、「Lemon Test」適用の理論的整合性を保つためだけに神経を注がなくてはならなくなる。しかし、その努力も功を奏することなく徐々に破綻に向かう。1980年代に入ると連邦最高裁によって「Lemon Test」に対して正面きった非難が起るようになるのはこのためである。

(iii) “Endorsement Test” の有効性への疑問

一方、そこに新たな問題が被さってくる。1980年代の半ば頃から教育関係以外の今までとは性質の異なる問題、1983年、牧師の祈祷を公費によって会議を始めることで争われたMarsh v. Chambers、宗教陳列物が問題となった1984年のLynch v. Donnelly、1989年のCounty of Allegheny v. ACLUなどがある。これらの事例の内容は多少異なるものの、この3つに共通する事は、公費の支払いだけでなく、何らかの形で地方政府が宗教に関与しており、それが「国教樹立禁止条項」の問題を引き起すということである。

これらの事例の核心は、特に宗教的陳列物においては、その陳列物が一般の人々に対して、どれほどの宗教的メッセージ性を発しているかという問題で、反対に、見る側の宗教性の判断、つまり「通常の人々がどれ程、宗教的なものを感じるのか」という個人の主観、認識の問題とも関係してくる。これは時代の社会的雰囲気を含めたアメリカ市民の文化性にも帰着するもので、このような文化性の問題までも、「Lemon Test」を使って判断しなくてはならない状況が起ってくる。ある意味で「Lemon Test」の範囲外の問題を、強引に「Lemon Test」を使って分析しなければならず、これが「Lemon Test」に対して、さらに屈折した理論を生み出すことを要求するようになり、「宗教条項」の理論全体

を複雑怪奇にさせていくのである。

この渦中、複雑な状況を打開するために、1984年のLynch v. Donnellyでオコーナー判事 (Justice O'Connor) は、「Endorsement Test」(支持テスト)を打ち出す。しかし、この規準は「Lemon Test」の2番目の「宗教を促進」するという規準と変わることがなく、また具体的な事例を解決する基準としては曖昧であり、また基準が増えた割には解決に繋がっていないと言う不満がくすぶるのである。1989年のAlleghenyでも、オコーナー判事の「Endorsement Test」が使用されているが、この頃になると「Endorsement」は「Lemon Test」の「Promotion」(促進)、あるいは「Favoritism」(不公平な偏重)と何ら変わることがない⁸⁾と正面切って批判されている。さらに、持ち越された諸問題とも相俟って、連邦最高裁が混乱し、裁判官の一人一人の意見が対立するという收拾のつかない状態に陥るのである。

(iv) “Balancing Test” の登場

この頃では、「国教樹立禁止条項」に対してもかなり否定的な見方が定着してくる。Donnellyの判例では、リンクエスト首席判事 (Chief Justice Rehnquist) が、「我々はデリケートな分野において、いかなる単一のテストや基準を喜んで使用することはしない」「絶対的な意味での全体的な分離など不可能である」「係り (Entanglement) は程度の問題である」「何らかの政府と宗教の関係は必然的である」などと述べ、従来 of 厳格分離的な解釈である「Lemon Test」の限界のみならず、「国教樹立禁止条項」の存在をも有名無実化している。

このような状況を経て、「Lemon Test」の3番目の「過度の係り」はほぼ使われないことが確認され、また先程の80年代の宗教的陳列物などの議論を通じて、2番目の規準も機能しないことが明らかになった。最後に残った第1番目の規準「世俗目的⁹⁾」も、「これを中心的な原理として使用すべき」という意見もあるが、「立法目的が世俗であっても、法律の結果が特定の宗教団体に偏よる」ケースが起り、解釈の原理として十分ではないと考えられるようになるのである。

このように「Lemon Test」の3条件は、1980年代の10年程で全てが疑問視されるようになり、それ以降「Lemon Test」をきっぱり捨てるような方向へ進んでいく。その傾向がくつきりと現れたのが1990年のSmithであり、この判例を境に、「Lemon Test」がほとんど放棄され、憲法の他の条項の原理が導入されていくのである。ただしSmithは「信教の自由条項」の問題として処理されているが、この事例が何故「国教樹立禁止条項」にとっても重要なのかと言えば、この判例の中で、「国教樹立禁止条項」の中心的な原理である「Lemon Test」、さらに「統一基準」をも放棄することに触れられているからである。

同時に、再び強調された「Balancing Test」の有効性の限界も、この判例において露呈されている。「Balancing Test」は、元々宗教条項以外の条項で中心的に使用されていた基準であるが、その歴史は通商条項（Commerce Clause）による州際通商規制に関する1945年の判例Southern Pacific Co. v. Arizonaぐらいまで遡れる。ただ現在の「Balancing Test」の形式が定着したのは1970年のPike v. Bruce Church, Inc.以降だと言われている。このテストは、様々な論争が戦わされながらも「言論の自由条項」でも発達し、「宗教条項」に至っては、先ほど触れた1963年のSherbertから注目され始めている。

Sherbertとは、「宗教的な理由で土曜日に働けない人が就業を拒否し、その結果失業し、今度は失業保険を申請すると政府がこの申請を却下した」という内容である。連邦最高裁は「この失業保険の却下は憲法違反に当たる」と判断し、「Compelling Interest」（やむにやまれぬ利益）と「Strict Scrutiny」（厳格審査）によって、宗教行為を保護している。この「Compelling Interest」は、その後の「信教の自由条項」を支えるスタンダードな原理となるが、これを捨てたSmithとたびたび対比されることになる。

（v）“Unitary Test”「統一基準」の放棄へ

先程述べたように、Smithにおいて、大きな路線変更が図られたものの、「Balancing Test」が決して万能薬ではないことも明らかになった。詳しくは後に触れるが、最大の理由は、比較する「政府の利益」と「宗教的権利の利益」を計る基準を明示出来なかった事による。そのために対立する二つの利害を挙

げてみたものの、両者の程度を測ることが出来ず、それ故「Balancing Test」を使ったとしても、場合によっては全く反対の結論を導くことも可能になるからである。それでは、統一基準を捨て、対立する利益を詳細に分析することを求めた「利益衡量」の導入の意味がなくなることになる。

1963年のSherbertでは、憲法上保障された重要な権利として、宗教は尊敬的に扱われていた。宗教的権利が実質的に規制される場合は、「Compelling Interest」が丁寧に適用され、そこで厳格審査基準 (Strict Scrutiny) が課せられる。厳格審査基準は、「Substantive Due Process」(実体的デュープロセス)、「Equal Protection Clause」(平等条項)の修正第14条などでも発達した司法審査基準 (Standard of Review on Judicial Review) の一つだが、この基準を提示する事によって、宗教行為の保護をより力強く押し進めていた。しかし、1990年のSmithでは、これらの基準を放棄している。法廷意見を述べたスカリア判事は、「Drug Laws」(薬物法)、いわゆる刑罰的法規に触れた行為は「Compelling Interest」を考慮する必要がなく、そのような違反行為に対しては、一々「Balancing Test」を使う必要もないと極端な姿勢を示している¹⁰⁾。

このように、対象となっている行為が最初から刑法上の行為に当たると判断されたのでは、「最初に、結論ありき」で、実質的な憲法的論議はできなくなってしまう。刑罰的領域と憲法的領域に係るような微妙な行為は、最初から刑法の違反行為と判断された上に、刑罰的な原理が優先されかねない。Smithでは、ペヨーテの吸引行為が「宗教の中心的行為」と認められたにも拘らず、「Compelling Interest」は考慮されず¹¹⁾、行為を直接規制していても「過度な負担」とは見なされない。しかも連邦最高裁は、宗教あるいは哲学論争の泥沼を避けるため、「宗教の中心的行為」に関する定義あるいは議論は行わないと主張し¹²⁾、これに対して一貫して消極的姿勢を取っている。これでは、宗教的行為は無制限に規制されることになる。

「国教樹立禁止条項」に関する最近の代表的な事例としては、1994年のBoard of Education of Kiryas Joel Village School District v. Grumetがある。これは、文明社会との交わりを拒絶し、一つの共通した宗教を保持する宗教団体、というよりコミュニティーが、障害児童の教育に対して特別な学校を創

設・運営するために総合的な行政権の譲渡を要求した事例である。連邦最高裁は、このような総合的な行政権の譲渡は憲法違反と判断しているが、この事例において注目すべき点は、「Lemon Test」が機能しなかった理由と、将来どのような宗教条項の原理を選択すべきか、連邦最高裁がその方向性を示している記述である。それはオコーナー判事の意見の中で展開されている。

『今日の最高裁の意見が示すように、「Lemon Test」の統一的方法から乖離していく傾向は続いている。例え、可能だとしても、「Lemon Test」へ回帰することは不毛であり、どのような重要な国教樹立禁止条項問題を踏まえても、より統一的でない方法がよりよい分析の組み立てを提唱しようと考えている。あるテストがより狭まった、より多様な分野を包括してくれるならば、それらのテストは、適用するのにより正確で簡単はずである。そして、各分野の特殊で困難な問題に、より注意を払ってくれる機会が増えるはずである。広い範囲を包括するテストよりも狭い範囲を包括するテストに、よりコンセンサスが生まれると思っている。しかし、「Lemon Test」の枠組を捨てることは、そのテストが反映した洞察あるいは「Lemon Test」が適用されたケースの洞察を捨てることではない。— 私には、この「Lemon Test」の頑迷な影響から自由になったならば、ケース・ローは、これに向かって、よりよく進化する事が出来るように思われる。勿論、困難な問題は山積している。しかし諸問題は、より注意深く狭められ、より理論構造を屈曲しないと考える』 (Kiryas Joel)

オコーナー判事は、「宗教条項」が「言論の自由条項」(Freedom of Speech Clause)のように、事例によって、カテゴリーを類型化し、その類型化に伴ってケース・ローの蓄積を行い、その集積によって「宗教条項」の体系を造り上げていきたい、いくべきであると考えている。統一基準を持つという発想は捨て、具体的な問題はケースバイケースで判断していくと、「宗教条項」の方向性に触れている。ただし、「類型化」と「Balancing Test」の関係は「言論の自由条項」において既に議論となっており、果して絶対的な線引きをする「類型化」と全体を相対化させる「Balancing Test」が両立するののかという問題は残っている。

一方、1997年には、Agostini v. Feltonという重要な判決が出され、1985年のAguilarの原理が完全に覆されている。事例は、貧困層の児童をあずかる教会区学校へ政府が財政支援すること、つまり教育プログラムの支援の一環として公立学校の教員が派遣され、その費用を政府が支給する事が、「国教樹立禁止条項」に違反するのかどうか争われたのである。1985年のAguilarの時点では、連邦最高裁は財政支援を違憲と判断し、12年後の1997年のAgostiniでは合憲と判断している。その理由として、Aguilarの前提である「Indoctrination」の効果を疑っているからである。つまり97年のAgostiniでは、この前提条件である「Indoctrination Theory」を1つの基準として、信頼をおかず放棄しているのである。この「Indoctrination」の放棄は、1990年代だけでなく、2000年以降の判例Helmsにも受け継がれている。

このように、これらの連邦最高裁の原理の変遷は、結局、宗教的権利の縮小へと突き進むことになる。では「何故このような現象が起るのか」。さらに分析を続けるために「信教の自由条項」の状況を検証してみたい。

(2) “Free Exercise Clause” 「信教の自由条項」の場合

(i) “Exemption” は憲法的要請か——(Constitutionally Compelled Free Exercise Exemption)

「信教の自由条項」で議論されている核心部分は、ある意味で、「Exemption」(免除)と「Accommodation」(便宜供与)の提供を巡る議論だと考えられる。つまり「信教は、あくまで個人の問題であり、それ故、他の法律と利害が衝突しない限りその権利は保護されるべき」で、むしろ「衝突した場合、どのように対応し調整する」のか。その対応が「Exemption」(免除)の問題だということになる。

ここでいう「Exemption」と「Accommodation」は、あくまでも「宗教条項」内での意味であり、両者には基本的な違いは見受けられないと思われる。中には、両者を同義語として使用する学者もいるくらいである。ただ若干の差に触れると、「Exemption」は「宗教を理由に、衝突する法律に対して適用の免除が提供されるのかどうか」という意味で、一方「Accommodation」は「宗

教を持ったが為に何らかの事情が発生し、政府にその事情の改善を要求できるのかどうか」という意味で使われることが多いと思われる。この制度に深く言及したのが、先程の1994年のKiryas Joelである。

多少角度が異なるものの、憲法の精神を尊重し、立法的措置から「Accommodation」が提供される場合もある。例えば、税金などの分野で、連邦法以下（federal and state statutes and regulations）の法律において「Accommodation」が設定され、その法律に基づいて政治部門（Political Process）が「Accommodation」を提供する場合がある。これは「Legislative Accommodations」（立法的便宜供与）と呼ばれ、この制度に関しても政治あるいは立法部門が「Favoritism」（不公平な偏重）を起し、その行為が「Endorsement」に繋がる、つまり「国教樹立禁止条項」違反を引き起す恐れがあると言う批判も存在している。また政治部門が提供するという意味で、「Accommodation」の提供には、常に多数派の力が反映され、この制度自体が許されるのかどうか¹³⁾という論争もある。

言うまでもなく、これらの制度は「宗教条項」に特有なものではなく、他の条項や法律においても提供されている。ただ「宗教条項」の場合、この制度が憲法的に要請されたもの（Constitutionally Compelled Free Exercise Exemption）であるのかどうかという、憲法的要請あるいは憲法構造上の議論が伴っている点の特徴である。憲法的要請と考えれば「Exemption」を提供するのは必然であり、反対に憲法的要請でない場合は、「Exemption」の提供は、ほとんど政府部門などに任されているということになる。しかし、この論争は憲法制定の背景から現在の解釈論まで及ぶ広い範囲で展開され、その論争に決着はついていない。Sherbertにおいては憲法的要請と判断¹⁴⁾され、Smithでは憲法的要請ではないと判断されている。

ただSmithの判例においては「Exemption」が憲法的要請かどうかという議論はあったものの、憲法制定時の背景までは言及されておらず、「Exemption」が憲法上必然かどうか、あるいは憲法制定者が予測していたのかどうかは、先程触れたように論争され続けている。ある憲法学者の意見¹⁵⁾として、「Religious Exemption」（宗教的免除）に関して、『憲法制定者は必然である

とは言わないまでも、その概念や予測は持っていたと考えられる。故に「Exemption」は歴史的な流れからも考慮すべきである』という主張もある。ただし、記録的な面から見れば、当時の憲法制定会議で展開された議論に関する資料、マディソン・ノート（Madison's Notes、1787年5～9月）には、直接「Exemption」に言及されている箇所は見受けられなかった。

いずれにせよ、「Exemption」の提供を必然と考える見解は、「宗教条項」が憲法上で特別な位置にある¹⁶⁾と言わないまでも、「宗教的自由」が慎重に扱われてきたという考えを後押ししており、それはまた「Exemption」を積極的に活用し、「宗教条項」を擁護する理論となっている。反対に、憲法的要請でないと主張する意見は、「Exemption」を積極的に提供する理論ではなく、「宗教的権利」の擁護に対しても消極的な方向へと展開されている。

議論の次元は多少異なるが、「宗教条項が特別な地位にある」¹⁷⁾と行うことに関して憲法構造上から言及している意見もある。それは、『「宗教的権利」は「宗教条項」と「言論の自由条項」の二つの条項に渡って保護されている』という考えで、「宗教的信条などの精神的な側面」は「宗教条項」と「言論の自由条項」によって、「宗教的行為」は「宗教条項」と「言論の自由」の「象徴的表現」(Symbolic Speech)から保護されていると主張するものである。勿論、「宗教条項」と「言論の自由条項」での行為の判断基準は異なるが、結果として、宗教的権利はこの二条項に跨っているという意見である。

「宗教的権利」が二条項によって守られているという憲法上の構造は、「宗教が特別な地位である」という議論と同時に、他に、意外な方向へ議論が誘発されている。それは、『「宗教的権利」が、実質的に、「言論の自由条項」と「宗教条項」で保護されているならば、問題の多い「宗教条項」を使う必要がない』という方向である。現在は、それが理論的に可能であるという段階に止まっているが、このような考えは宗教的権利を否定的に扱い、「宗教条項」自体が機能しないという議論と相俟って、「宗教条項」の存在を埋没させる方向へ作用している場合が多い。

「宗教条項」の存在を重要視する意見では、「言論の自由条項」と「宗教条項」を分ける実質的な分岐点は「Exemption」だと考えられている場合が多い。「宗

「宗教的権利」が適用されなくなると「Exemption」が使われなくなり、「宗教的権利」の縮小に直結するという懸念が持たれているのである。ただ、「Exemption」に関して、『利害が衝突する法律を、違憲という形で全面的に無効にするよりは、特殊な事情を持つ場合を「Exemption」で処理する方が効率的であり、法秩序を守る』という実務的な考えから議論されている場合もある。しかし、殆どが憲法上の問題であり、憲法上「宗教的権利」をどのように考え、位置付けていくのかという根本的な側面を伴いながら進展している。

(ii) “Compelling Interest” の背景

「信教の自由条項」においては、「宗教行為」を規制する場合、本来ならば、憲法の最も厳しい審査基準である厳格司法審査 (Strict Scrutiny) が使われ、政府側の法的利益も「Compelling Interest」(やむにやまれぬ利益) が要求されるのが普通である。しかし、Smith以降、このような姿勢は崩れ、実質的には司法審査基準が低くなってきている。

言うまでもなく、「宗教的行為」は制限の対象であり、例え保護されたとしても、その範囲には限界がある。但し「言論の自由条項」では、「宗教条項」よりも基準の類型化が進み、行為の規制のカテゴリーが、宗教条項よりも多少明確になっている点もある。「言論の自由条項」の原理の分類は、表現内容に基づく場合 (Content-based) と内容中立な場合 (Content-neutral) との二つの分類があり、前者は幾つかの特定されたカテゴリーを持ち、それらを除いては簡単に規制することは出来ず、後者は、表現の形態、場所、方法においては細かい分類を持つものの、この領域ではある程度の規制が許されると考えられている。

「Compelling Interest」の理論が厳格ではなくなってきた原因の一つに、この「Interest」の範囲が徐々に広げられてきた経緯がある。政府は、最近では、「市民の安全、健康、福祉」を「Compelling Interest」に指定し、その広い範囲を「Compelling Interest」の利益に押し込めている。さすがに、これに対しては、最高裁も『法律が制定されるときは、常に、市民の安全、健康、福祉に関係があり、この広範囲な政府の利益が、「やむにやまれぬ利益」として優先さ

れるなら、殆どの分野で、政府の法規制が憲法の人権よりも優遇されることになる』と批判している。

また、宗教的権利が縮小されやすい土壌の一つとして、『連邦最高裁が「宗教の中心的行為」の意味を明らかにしない』ことにもあると考えられる。具体的には、「宗教」にどれ程の負担を強いようとも、「過度な負担」と判断されないことで、Smithにおいても、ペヨーテの吸引は「宗教の中心的行為」であると最高裁は認めつつも、保護の対象としていない。過去の例では、「宗教の中心的行為」と判断されれば、殆ど「過度の負担」と見なされ、違憲と判断されていたものが、Smith以降は、実質的に「過度な負担」と判断されようと一般的な法律が優先される傾向が強いのである。

話は多少遡るが、1878年にReynolds v. United Statesが出されている。この判例は、比較的早い時期に判断された「信教の自由条項」の一つであるが、内容は、モルモン教の一夫多妻制度、重婚がアメリカの連邦法（刑罰付）に触れるかどうか争われた例である。連邦最高裁は「Exemption」は与えず、宗教上の理由があったとしても重婚を「犯罪」と判断している。ただ注目すべき点は、この結論自体ではなく、宗教に対して比較的厳しい態度を取ったにもかかわらず、「宗教的行為」と見なす範囲あるいは宗教の意味を明確にしていない所である。つまり、現在と共通する問題が既に現れていたことになる。

連邦最高裁が違憲と判断した理由は、「宗教を理由に例外を認めれば、いかなる人の行為も法律となる」¹⁸⁾というもので、これを文字通り取ると、「宗教ということだけで、何らかの配慮を行う必要もなく、自動的に一般の法律を適用すべき」という考えも導き出せる。つまり、「Exemption」を提供する余地が殆どないことになる。では、連邦最高裁は「宗教的行為」をどのように考えていたのか。確かに、この問題に関して連邦最高裁は一貫して消極的な姿勢を取ってきたが、時と共に避けては通れない重要なテーマになりつつあるのではないかと思われる。

1963年のSherbertの判例に目を移すと、『宗教に付随的 (Incidental) な負担であっても、「Compelling Interest」で正当化されねばならない』と、更に「法

の目的あるいは効果が、一つの宗教、また、全ての宗教の宗教的実践を阻害するならば、負担がたとえ、間接的(Indirect)であっても、その法は憲法的に有効ではない」と述べられている。法律と宗教的行為が直接衝突していなくとも、宗教に実質的な負担を強いる事が「Compelling Interest」の適用を考えるケースだと見なされていた。このようにSherbertにおいては、宗教的権利保護の範囲が非常に広く設定され、宗教に慎重に対応する姿勢が示されている。

Sherbertの原理は、1972年のWisconsin v. Yoderから、1981年Thomas v. Review Board of the Indiana Employment Security Divisionに至るまで使用されている。しかし1982年以降は徐々にこの原理が使われなくなっている。例えば、1982年のUnited States v. Leeでは社会保険負担の支払いを宗教上の理由から拒んだが、連邦最高裁は州側の利益を重く見て、支払いは州にとって「Compelling Interest」に相当すると、支払いを要求している。

1983年のBob Jones University v. United Statesでは、人種差別を宗教上の理由から容認した大学が非営利団体として税の免除(Tax Exemption)を要求したところ、IRS (Internal Revenue Service/内国歳入庁)が、この大学は“Revenue Ruling” (内国歳入庁細則) で定めた「Charitable」の団体に該当しないと判断し、「Tax Exemption」を却下している。連邦最高裁は、このIRSの連邦法の解釈を支持している。確かに、この事例の結論は妥当であるものの、議論において宗教的側面が殆ど注目されなかったことは、多少問題が残ると思われる。続いて、1986年のGoldman v. Weinberger、同年Bowen v. Roy、1988年のLyng v. Northwest Indian Cemetery Protective AssociationもSherbertの原理は使用されなかった。

(iii) “Compelling Interest” と “Balancing Test” の関係

近年において、Sherbertが適用されなかった典型的なケースが、1990年のSmithの判例である。先程も触れたが、Smithは、ネイティブ・アメリカン(Native Americans)が長年保持してきた宗教的習慣、ペヨーテの吸引により解雇され、申請した失業保険が拒否された事例である。法廷意見を述べたスカリア判事(Justice Scalia)は『「Compelling Interest」を使用する必要がな

い』と、さらに、『このような刑罰的な法律違反による問題を、一々「Balancing Test」を使って分析する必要もない』と極端な意見を述べている。

このスカリア判事の強硬な姿勢に対して、オコーナー判事は、連邦最高裁としての結論自体は支持するものの、補足意見では「Balancing Test」は適用すべき¹⁹⁾と、その必要性に触れ、「Lemon Test」から「Balancing Test」に至るまでの宗教条項の諸問題を辿りつつ、このテストの導入の理由を丁寧に説明している。

しかし最終的な段階で、「政府の利益」と「宗教的権利の利益」の両者をどのように衡量したのか、その基準に触れることなく、突然オレゴン州法の利益が宗教的権利よりも優ると結論を出している。当時、社会で乱用されつつある麻薬を阻止することは、国家の重要な利益であったとしても、憲法的保護の重みを持つ「宗教的権利」との衝突において「何故、国家の利益が優先されるのか」、一定の説明は行うべきだったと思われる。

このSmithにおける強引な判決は、アメリカの宗教界でも大きな批判を巻き起している。連邦議会は、この連邦最高裁の極端な結論を調整しようと、1993年に「信教の自由回復法」(Religious Freedom Restoration Act)を制定している。しかし、連邦最高裁は、1997年のCity of Boerne v. Floresで、この「信教の自由回復法」の制定を連邦議会の越権行為として、違憲判断している。ただし、オコーナー判事自身は、Smithの判断の行き過ぎを指摘し、少数反対派へと回っている。(オコーナー判事は、行き過ぎというよりも、明らかにSmithの結論は間違いだった²⁰⁾と指摘している)

(iv) “Generally Applicable Laws” の無条件に近い導入

Smithの判例においてさらに重要なことは、「Compelling Interest」や「Strict Scrutiny」の適用が避けられたことだけでなく、新しい潮流として、「積極的に、他の条項の多くの原理が導入された」ことである。その代表的な原理が「Generally Applicable Laws」である。この基準は「宗教的権利と衝突する法律が、宗教分野だけでなく、宗教以外の分野においても一般的に適用されているならば、宗教分野だけ特別に免責することは出来ない」と考えるもの

である。つまり、宗教に対していくら負担をかけようとも、その負担は付随的なもの (Incidental) と考え、他の分野と同じように宗教に対しても、「平等に」法律を適用していくというものである。

また、「Generally Applicable Laws」と判断されたならば、当然、「宗教条項」に伴う「Accommodation」また「Exemption」も考慮される余地は殆どなくなる。この原理の核心は、「平等条項」(Equal Protection Clause) で議論されるような「形式的に一律に扱うことが平等に近づく」ということで、この考えを借りるならば、「宗教条項」での「中立」は「宗教に対して、一切特別扱いをせず、何ら配慮も与えないこと」と言う事になる。例えば、ステイーブズ判事の考え方²¹⁾では、「Generally Applicable Laws」というのは、もともと、宗教を「Neutral」に扱い、規制条文も「Facially-neutral」(額面上中立)で、宗教に対して何ら支障を与えていない法律であるから、この法律の適用において、宗教に対して特別な配慮を見せる根拠がないというものである。しかし、例え法律の文言において、宗教を中立に扱い差別しない表現であったとしても、法的効果がある特定の集団や少数派の宗教団体、あるいは特定の宗教を持つ個人に一方的に偏る場合、この法律が果たして中立と言えるのかどうかという疑問も起ってくる。

そのような例はSmithで既に示されており、またマイケル・マッコネル (Michael McConnell) 氏の著書 “Origins of Free Exercise”²²⁾ の中でも、宗教的な信念 (懺悔を受けたカソリック教の牧師は証言が宗教上の問題で出来ない) に基づく証人の証言を巡って指摘されている。このように宗教問題は、その宗教の背景や社会の実情を考慮しなければ、現実的に宗教的権利を保護できない場合がある。つまり、文言が中立であっても、現実的に法的効果が偏る場合をどのように対応するのかという問題を考慮せねばならないということである。このように宗教が持つ特別な背景を無視することは、結局、「宗教を敵対的 (Hostilely) に扱い、冷淡な無関心 (Callous Indifference) を置くものではない」²³⁾ という早くから確立していた連邦最高裁の原理をも侵害することになる。

「General Applicability」は、「平等条項」など修正第14条で発達し、憲法の

諸原理の全体的な成長と圧力に押され、無条件に近い形で「宗教条項」へも導入²⁴⁾²⁵⁾されたものだと考えられるが、このような安易な導入には実は、連邦最高裁の中でも批判が起っている。このような導入や原理の使われ方は、「宗教条項に最低限の保障しか与えないことになる」²⁶⁾と、また、新たな原理を導入するならば、その内容と性質、その範囲などをよく考慮すべきであると警告を発している。

他の条項から導入された代表的な基準をさらに挙げると、1993年のLukumiにおいて、「言論の自由条項」などで発達した「Narrowly Tailored」——これは政府の利益を達成する必要不可欠な範囲へと規制を狭め調整する原理、他に「Underinclusive」——これは規制範囲が小さく適正でないことを意味し、反対に、規制範囲が広すぎるのは、「Overinclusive」という原理であり、更に、法的効果が偏っている場合は「Targeting」²⁷⁾である。法律の文言が中立でない場合は「Facial Neutrality」なども使われている。言うまでもなく、これらの諸原理が適用されれば違憲判断が下される。

先程触れたように、「信教の自由条項」における最も重要な問題の一つは、他の条項の諸原理が導入されるということ自体にあるのではなく、盲目に近い形で導入されるという点にある。各原理の性質をよく考え、深い考察の上立った導入と適用をすべきである。しかし、実際は、これらの諸原理が「宗教条項」を生かし、助ける形で使用されているのではなく、むしろ「宗教条項」の特質を抑制し、否定する形で導入されている。これは言うまでもなく「Exemption」や「Accommodation」が削減され、「宗教的権利」がさらに縮小されていくという悪循環を伴っている。

結果として、「宗教条項」は配慮される事はおろか、むしろ、益々隅へ追いやられ、憲法の中においてもその存在が埋没し、刑法や一般行政法よりも下に扱われていく——このような危険な傾向が生み出されているのである。

Ⅲ. 2000年以降の傾向

ここで、2000年以降の最新の判例の動向に目を移したい。2000年以降、注目を浴びている事例は、2000年のMitchell v. Helms, 2001年Brown v.

Gilmore、同年のAdler v. Duval County School Board, 2002年Zelman v. Simmons-Harris、同年O'Bannon v. Indiana Civil Liberties Union、同年のWatchtower Bible & Tract Society of New York, Inc., v. Village of Stratton 等である。

これらの事例の中には、連邦最高裁によって「Certiorari」が却下され実質的な論議に入れなかった、いわゆる過去に同じような内容のものがあったために、連邦最高裁が審議を拒否したものもある。今回は、連邦最高裁で本格的に議論された2つの判例、2000年のHelmsと2002年のWatchtower Bibleを取り上げ、連邦最高裁の傾向を検証したい。

(1) Mitchell v. Helmsの判例

Helmsは、「国教樹立禁止条項」を中心とする宗教系学校と政府の財政支援の問題である。支援の内容がコンピューターや図書館、メディア関係などの費用に関するもので、そういう意味では新しさがあったが、問題の基本は学校の備品や設備の財政支援をどのように考えるのかという、過去において散々議論されてきたものでもある。この事例ではトーマス判事（Justice Thomas）が法廷意見を述べている。過去からの「国教樹立禁止条項」の変遷を遡りつつ、コンピューター費用の支援は合憲と判断し、1997年のAgostiniの原理を汲んでいる。

ここでは、長い歴史を持っている「Direct/Indirect Theory」（直接・間接理論）にも多少触れている。この理論は、『宗教を「直接促進する形」で財政支援が行われているのか』どうか判断する際に使用され、その使用期間も長い。既に、1947年のEversonにおいても、この言葉が登場し、1990年代、またHelmsの事例においても扱われている事から2000年に入っても議論の対象となっていることが分かる。（ただし、今回はトーマス判事によって、最終的にはこのテストは機能しないと批判されている）

この理論は複数の概念を持っており、複雑で捉えにくい存在である。中心的な概念を挙げれば、例えば1973年のNyquistで展開されている「宗教学校へ直接財政支援すること」あるいは「児童や両親などに個人レベルで渡ること」

が「Direct/Indirect」として対比する存在として扱われており、さらに、「宗教を直接的かつ重大な形 (direct and substantial advancement of the sectarian enterprise) で促進する」ことを「Direct Aid」、「宗教機関に間接的に付随的な恩恵しか与えないもの」を「Indirect Aid」と呼ばれている場合もある。連邦最高裁は、この理論の意味を明確にさせないまま、多くの事例で使用している。しかし長い年月の中で、この理論は紆余曲折しつつも一定の意味を表す言葉として収束している。それがHelmsの判例においてトーマス判事により、「Private Choice」(この言葉自体は以前にも使われている)と呼ばれ、この事例を分析する基本的なドクトリンとなっている。

「Private Choice」とは、政府の公的支援が学校などの教育機関に所属する児童及びその両親など、個人対象の支援において、個人が支援金を受取った後どのように支援金を使用しようとも個人の自由な選択であり、たとえ、宗教学校や機関へ流用される事(Diversion)があっても、個人の意思でなされる場合は「Establishment Clause」違反は免れるという考え方である。これが重要な意味を持つてくるのは、学校教育、特に教科書などの財政支援において、「Neutral」の意味を実質的に決定していく基準あるいは「Lemon Test」の第2規準である「宗教促進に対して許されない効果 (Impermissible Effect)」を測る基準へ成長したことによる。

反対に、このような背景を持っている事から、この規準が「Neutral」、「Lemon Test」さらに、「Establishment Clause」の動向を忠実に反映し、その運命に翻弄される傾向にある。そういう意味で、今回、法廷意見を述べたトーマス判事が、過去の多くの原理を掲げつつ反駁を行っていることは、「Establishment Clause」の歴史の混沌を写し出し、一方オコーナー判事が「Indoctrination」の放棄を基本とした展開を行っていることは、「統一基準」を捨てた「宗教条項」以降の流れを反映していると考えられる。

Helmsでの両判事の理論の展開は、「Lemon Test」以前の「Neutral」の次元まで議論を掘り起す必要がある事を示し、ある意味でSmith以来の中心的な基準が存在しない暗中模索の状況を反映している。つまり、Helmsでは過去と共通する議論が蒸し返されることによって、その過程で「国教樹立禁止条項」

の根幹である「政府と宗教の関係とは何か」という鋭い視点にさらに注意を向けていくことを迫っている。オコーナー判事がKiryas Joelで触れた『「Lemon Test」を放棄することは、「これまでの洞察と叡智を捨てることではない』』という『「宗教条項」を巡って議論された洞察』が、文字通り問題となっているのである。

いずれにせよ、この事例は再び中立性「Neutrality」を巡って論争され、その中で政府の支援プログラムは「宗教を促進する許されない効果」(Impermissible Effect)を与えるものではないと、政府による財政支援が合憲と判断されている。また補足意見の中でオコーナー判事は、トーマス判事が多くの原理を挙げたことに対して、Agostiniで結論が反転した基本的な理由は「Indoctrination」を放棄²⁸⁾したことによると指摘し、Helmsでも同じように、この前提条件が放棄されていることを確認している。

(2) Watchtower Bible & Tract Society of New York, Inc., v. Village of Strattonの判例

2002年Watchtower Bible & Tract Society of New York, Inc., v. Village of Strattonは「エホバの証人」の「Canvassers」に関する問題である。この「Canvass」というのは一般的には勧誘して回る事であるが、アメリカ宗教社会、特に「エホバの証人」においても伝統的に受け継がれてきた活動形態の一つである。いわゆる「教義に関する本を戸別訪問しながら配布する」ことで、この宗派では、この活動が教義の中に組み込まれており、重要な宗教的行為と考えられている。そのため、配布された書物の対価は、代金としてでなく宗教上の寄付として受取られることもある。

村の当局は、何らかの理由で村を訪問する者に対して、村が用意した届出の書類に記入させ、その上で戸別訪問の許可を与えている。しかし、個別訪問者は村に滞在する期間中、その許可証を常に携帯し、許可証の提示を求められれば、それに応じなければならない。「エホバの証人」は、この「許可制」こそが「信教の自由条項」、「言論の自由条項」、「出版の自由条項」の侵害に当たると主張している。村側は、『規制自体も「Content-neutral」(内容中立)で緩やかな

ものであり、目的も詐欺の予防、プライバシー保護、犯罪防止という重大な利益に当たり、かつ、規制の程度は軽微なもので、この規制が修正第1条を侵害することはない』と考えている。

連邦最高裁は、「Balancing Test」を取り入れるにあたり、幾つかの点に触れている。例えば、条例の規制文言が既に、「Overbroad」であると指摘し、さらにこの許可制も検閲に相当すると考えている。スティーブンズ判事 (Justice Stevens) は、「エホバの証人」の教義から見るならば、この「Canvassers」の行為は宗教の重要な活動に当たり、過去においてもアメリカでは許されてきた行為であるとその伝統を紹介し、この宗教的行為を安易に規制できないことに触れている。

これに対して反対意見を持つリンクエスト首席判事 (Chief Justice Rehnquist) は、戸別訪問から犯罪に繋がる現在の状況に触れ、小さな村の安全を優先的に考え、この村を保護する事は、重要な利益であると言及している。また、この規制に関して、書類に記入すれば直ちに許可 (Discretionless Permit) が出ること、つまり、村長の裁量の余地がないことなどを挙げ、内容中立 (Content-neutral) である場所、時間、手法に関する合理的な規制であり、表現の内容 (Content-based) 自体に関する規制ではないことに幾度も触れ、村の利益も犯罪、詐欺防止などの「やむにやまれぬ利益」 (Compelling Interest) と言わないまでも、「重要な利益」 (Significant Governmental Interest) には当たると主張している。この内容中立で、裁量の余地を入れない規制は、結果として、それが村の利益を守る程度にまで狭められ (Narrowly Tailored)、規制実施においても、表現 (勧誘) を行うための他の手段あるいは選択 (Ample Alternative Channels for Communication of the Information) も残していること、さらに、この規制は厳格な司法審査基準を要請するパブリック・フォーラムではなく、あくまでもより規制しやすい私有地 (Private Residence) に関するものであることから、政府側の利益を重く見た司法審査基準、つまり、規制を合法化させる、より緩やかな審査である中間審査基準 (Intermediate Scrutiny) レヴェルで分析することを繰り返し強調し、首席判事はこの規制を支持している。

連邦最高裁は「村の規制の条文は、宗教的な行動に従事する人々、また、政治のキャンペーンに参加する人々など、ビジネスに関係のない多くの人々をも排斥」していることから村の規制が「Overbroad」であると述べ、事前の許可を要求していることから検閲と判断し、文面が規制の利益、つまり村の保護の利益を「適切に反映し、調整していない」ことから「Tailored」違反であると指摘している。最終的には、これらの「Breadth」、「Nature」、「Tailored」の3点から、この規制が違憲であると判断し、宗教行為を保護している。

このように、2000年以降の判例においても、「Balancing Test」が採用され、「言論の自由条項」などの「宗教条項」以外の諸原理が積極的に導入され、Smith以来の流れを汲んでいると考えられる。

IV. 結 論 — “Neutral” は機能するのか

最後に、「何故、このような宗教的諸権利が縮小されるのか」という根本的な原因を、「Neutral」の概念を通して分析したい。

言うまでもなく、「Neutral」は「宗教条項」、特に、「国教樹立禁止条項」の原理としては最も早く出てきた基準の一つであり、最も広く、また、最も姿を変えた原理であると言われている。ある意味では、扱われた判例ごとにその意味を変え、アメリカの学者はSherbertの「Neutral」あるいはSmithの「Neutral」などと、判例の名前で各「Neutral」の概念を区別している時もある。

言い換えれば、「Neutral」の概念の広さを補うために、「Lemon Test」、「Coercion Test」、「Endorsement Test」などが生まれたと言っても過言ではないと考えられる。反対に、適切な原理や基準が存在しない時、殆どいつも「Neutral」の原理が代役として使われてきたのである。では、『何故、最後になって、わざわざ「Neutral」の概念を持ち出してくるのか』と言うと、「Neutral」の概念は、ある側面から見れば、連邦最高裁が「宗教条項をどのように見ているのか」という姿勢をくつきりと映し出す、ある種のリトマス紙でもあるからである。

「Neutral」は確かに、様々な側面を持った概念であり、また原理であるが、私個人は、最終的には、二つの角度に集約されていくと考えている。一つは「宗教に関して、敵意を持ち、徹底した無関心な態度を取る」ことを意味するものか、あるいは、「宗教を尊敬的に (Respectfully)、慎重に扱っていく」ことを示すものか。現在の理論的な展開としては、前者は「修正第14条の他の条項の原理を自動的に適用するのみで、十分宗教的権利は処理できる」という方向へ進み、後者は、『「宗教条項」の存在と特質を憲法の中で認め、「Compelling Interest」や「Strict Scrutiny」を丁寧に適用していく』という方向へ進展すると考えられている。

憲法が制定されて約200年が経ち、今なお、その憲法が現役で運用されているアメリカでは、何らかの形で憲法の原理が時代の変化に対応し変遷していくことは、当然であり避けられないことだと思われる。また、簡潔であるもののある種の「曖昧さ」を残す憲法であるからこそ、長い歳月を生き延びることができたとも言われている。そして、一方で、その「曖昧で、短い」条項が問題を生み出し続けたことも事実である。この条文の足らないところを補うように、ある意味で、コモン・ローと成文法の間を縫うケース・ローが発達し、アメリカの司法制度を補い支えてきたと思われる。

時代と共に変化し続けるアメリカ憲法の原理は、常に、アメリカの同時代的な価値を体現化し、かつ、司法を支える判事の個人的な思想、憲法解釈、哲学なども込められた、ある種のアメリカの複合的文化であるとも言われてきた。しかし、このような時代の変遷の中で、連邦最高裁が導き出す結論は、ある時には、振り子のように大きく揺れ、しかもそこには、一定の原理やドクトリンさえも存在することがなく、恣意的とも思われる判断がなされることもある。また、連邦最高裁判所も判決に対する一貫性に余り神経を使うことなく、言い換えれば、「先例拘束」(Stare Decisis) に対して、最高裁自身が『憲法の分野において「先例拘束」は非常に弱い規則の一つである』²⁹⁾ (Agostini) と言って憚らない。

つまり、これは最高裁の判断が大きく揺れることがあっても、その変化を理論化し、正当化、あるいは、時には調整することに対して積極的な対応を取ら

ないということを告白しているようなものである。これこそ程度の問題であろうが、これでは司法の信用が損なわれ、法秩序の不安定さを招く事になる。そして、この大きな振幅は、やがては多くの市民に多大な影響を与えていくことになる。

一方、急激に変化する社会を背景に、扱う憲法訴訟の間口が格段に広がったとしても、少なくとも、デリケートで直接市民の行動に影響を与える「宗教条項」に、憲法で発達した他の条項の諸原理が時代と共に導入されていくなれば、その導入によって何を体現しようとしているのか、何を保障しようとしているのか、その意図を明確にしなければならない。さらに、それらの諸原理が、少なくとも憲法ではどのように機能し、憲法のどのような価値を支えているのか、ある一定の説明は為されなければならないと考える。

連邦最高裁は、憲法で発達した諸原理が支えている最終的な価値を「憲法的価値」(Constitutional Value)と呼び、この言葉を切り札として使用している。しかし、この「憲法的価値」の定義こそが最も曖昧で、何を意味しているのか、その実体が分からないのである。これは、憲法の土台を支える価値が弾力ある強固なものではない事、その屋台骨の下で「宗教条項」を運用していかねばならないことを意味している。このような状況こそが、「宗教条項」の在り方を最も不安定にしている要因かもしれない。

「宗教条項の退化」——これは、「自由」が最も哲学的に、長く議論されてきたアメリカでさえも起っている現象であり、それはある意味で、どこの国でも起り得る事だと思われる。人間社会における人間の権利を考えた場合、いかなる時代であれ、例え、「政府の性質」が変化する時代が来ようとも、「宗教とは何か」、更に、「社会の中で宗教が存在する意味とは何か」ということを意識することなくして、「信教を信じる自由」、「信教を信じない自由」を含めた宗教的権利を守っていくことは出来ないと考える。そのことが、宗教条項の存在をより意義あるものにすると思われる。

結局、我々は、社会の中で、常に宗教に視線を送り、宗教が存在する意義を考え、議論を続けることによって、初めて宗教的権利は存在し得るのだということを経験し、これを最後に指摘し、この報告を終りたい。

Bibliography

- Everson v. Board of Education (330 U.S. 1 / 1947)
- McCollum v. Board of Education (333 U.S. 203 / 1948)
- Zorach v. Clauson (343 U.S. 306 / 1952)
- Engel v. Vitale (370 U.S. 421 / 1962)
- School District of Abington v. Schempp (374 U.S. 203 / 1963)
- Board of Education v. Allen (392 U.S. 236 / 1968)
- Epperson v. Arkansas (393 U.S. 97 / 1968)
- Walz v. Tax Commission of the City of New York (397 U.S. 664 / 1970)
- Lemon v. Kurtzman (403 U.S. 602 / 1971)
- Tilton v. Richardson (403 U.S. 672 / 1971)
- Committee for Public Education & Religious Liberty v. Nyquist (413 U.S. 756 / 1973)
- Levitt v. Committee for Public Education & Religious Liberty (413 U.S. 472 / 1973)
- Meek v. Pittenger (421 U.S. 349 / 1975)
- Roemer v. Board of Public Works of Maryland (426 U.S. 736 / 1976)
- Wolman v. Walter (433 U.S. 229 / 1977)
- Stone v. Graham (449 U.S. 39 / 1980)
- Widmar v. Vincent (454 U.S. 263 / 1981)
- Larson v. Valente (456 U.S. 228 / 1982)
- Larkin v. Grendel's Den, Inc., (459 U.S. 116 / 1982)
- Mueller v. Allen (463 U.S. 388 / 1983)
- Lynch v. Donnelly (465 U.S. 668 / 1984)
- School District of Grand Rapids v. Ball (473 U.S. 373 / 1985)
- Aguilar v. Felton (473 U.S. 402 / 1985)
- Wallace v. Jaffree (472 U.S. 38 / 1985)
- Tony & Susan Alamo Foundation v. Secretary of Labor (471 U.S. 290 / 1985)
- Witters v. Washington Department of Services for the Blind (474 U.S. 481 / 1986)
- Edwards v. Aguillard (482 U.S. 578 / 1987)
- Corporation of the Presiding Bishop of the Church of Jesus Christ of Latter-Day Saints v. Amos (483 U.S. 327 / 1987)
- Bowen v. Kendrick (487 U.S. 589 / 1988)
- Texas Monthly, Inc. v. Bullock (489 U.S. 1 / 1989)
- County of Allegheny v. ACLU (492 U.S. 573 / 1989)

Board of Education of Westside Community Schools v. Mergens (496 U.S. 226 / 1990)

Lee v. Weisman (505 U.S. 577 / 1992)

Zobrest v. Catalina Foothills School District (509 U.S. 1 / 1993)

Board of Education of Kiryas Joel Village School District v. Grumet (512 U.S. 687 / 1994)

Rosenberger v. University of Virginia (515 U.S. 819 / 1995)

Agostini v. Felton (521 U.S. 203 / 1997)

Reynolds v. United States (98 U.S. 145 / 1878)

Minersville School District v. Gobitis (310 U.S. 586 / 1940)

West Virginia State Board of Education v. Barnette (319 U.S. 624 / 1943)

Murdock v. Pennsylvania (319 U.S. 105 / 1943)

Prince v. Massachusetts (321 U.S. 158 / 1944)

McGowan v. Maryland (366 U.S. 420 / 1961)

Braunfeld v. Brown (366 U.S. 599 / 1961)

Sherbert v. Verner (374 U.S. 398 / 1963)

Wisconsin v. Yoder (406 U.S. 205 / 1972)

Wooley v. Maynard (430 U.S. 705 / 1977)

Thomas v. Review Board of the Indiana Employment Security Division (450 U.S. 707 / 1981)

United States v. Lee (455 U.S. 252 / 1982)

Bob Jones University v. United States (461 U.S. 574 / 1983)

Marsh v. Chambers (463 U.S. 783 / 1983)

Estate of Thornton v. Caldor, Inc., (472 U.S. 703 / 1985)

Bowen v. Roy (476 U.S. 693 / 1986)

Goldman v. Weinberger (475 U.S. 503 / 1986)

Lyng v. Northwest Indian Cemetery Protective Association (485 U.S. 439 / 1988)

Hernandez v. CIR (490 U.S. 680 / 1989)

Employment Division, Oregon Department of Human Resources v. Smith (494 U.S. 872 / 1990)

Church of the Lukumi Babalu Aye, Inc. v. City of Hialeah (508 U.S. 520 / 1993)

City of Boerne v. Flores (521 U.S. 507 / 1997)

Frothingham v. Mellon (262 U.S. 447 / 1923)

Martin v. City of Struthers (319 U.S. 141 / 1943)
 Southern Pacific Co. v. Arizona (325 U.S. 761 / 1945)
 Flast v. Cohen (392 U.S. 83 / 1968)
 United States v. O'Brien (391 U.S. 367 / 1968)
 Street v. New York (394 U.S. 576 / 1969)
 Pike v. Bruce Church, Inc., (397 U.S. 137 / 1970)
 Texas v. Johnson (491 U.S. 397 / 1989)
 Capitol Square Review and Advisory Board v. Pinette (515 U.S. 753 / 1995)

After 2000

Mitchell v. Helms (530 U.S. 793 / 2000)
 Brown v. Gilmore (No. 01-384)
 Adler v. Duval County School Board (No. 01-287)
 Zelman v. Simmons-Harris (No. 00-1751 / 2002)
 O'Bannon v. Indiana Civil Liberties Union (No. 01-966)
 Watchtower Bible & Tract Society of New York, Inc., v. Village of Stratton
 (No. 00-1737 / 2002)
 (As of May 3, 2004)

Other Materials

Madison's Notes (May ~ September in 1787)
 Federalist Papers (Number 1~85, in 1787~88)
 House of Representatives, Amendments to the Constitution
 (8 June, 21 July, 13, 18...19 August in 1789)
 Religious Freedom and Equal Citizenship: Reflections on Lukumi
 By Kenneth L. Karst (Tulane Law Review)

Notes

- 1) America at 1750 (A Social Portrait) P. 181~5 By Richard Hofstadter
- 2) どちらを適用するかによって、結果は全く異なることから、「連邦最高裁は、国教樹立禁止条項あるいは信教の自由条項解釈のジレンマと戦う義務がある」と述べている。

Sherbert v. Verner — With all respect, I think it is the Court's duty to face up to the dilemma posed by the conflict between the Free Exercise

Clause of the Constitution and the Establishment Clause as interpreted by the Court.

- 3) 国教樹立禁止条項と信教の自由条項は常に緊張が横たわっていると述べ、最高裁の長年の悩みである国教樹立禁止条項と信教の自由条項の関係について触れられている。

Tilton v. Richardson — Numerous cases considered by the Court have noted the internal tension in the First Amendment between the Establishment Clause and the Free Exercise Clause.

- 4) Everson v. Board of Education — 法廷意見では、6つの文章から成り立っており、6個の原理と紹介されている場合もあるが、原理の内容を考えた場合、8個が適当ではないかと考え、今回は8個の原理と紹介している。

- 5) 中立性理論の欠点…完全な中立は不可能であると触れている。

Wallace v. Jaffree — The Court has long exacerbated the conflict by calling for government “neutrality” toward religion. It is difficult to square any notion of “complete neutrality” with the mandate of the Free Exercise Clause that government must sometimes exempt a religious observer from an otherwise generally applicable obligation.

- 6) 教科書の内容は確認し易い。

Lemon v. Kurtzman Chief Justice Burger — a textbook's content is ascertainable, but a teacher's handling of a subject is not.

- 7) 最高裁判所はパラドックスを起している。国教樹立禁止条項に違反しないために監視制度を作ったが、その監視制度が国教樹立禁止条項違反となっている。結果として、貧困層の児童に援助提供を行うことが出来ない。自ら矛盾を作っている。

Aguilar v. Felton Justice Rehnquist (dissenting) — In this case the Court takes advantage of the “Catch-22” paradox of its own creation, whereby aid must be supervised to ensure no entanglement but the supervision itself is held to cause an entanglement. The Court today strikes down nondiscriminatory nonsectarian aid to educationally deprived children from low-income families. The Establishment Clause does not prohibit such sorely needed assistance…

- 8) 連邦最高裁は「宗教を促進」する原理を様々な言葉で述べている。

County of Allegheny v. ACLU Justice Blackmun — Although, in refining the definition of governmental action that unconstitutionally ‘advances’ religion, the Court's subsequent decisions have variously spoken in terms of ‘endorsement,’ ‘favoritism,’ ‘preference,’ or ‘promotion,’ the essential

principle remains the same : —

- 9) 「Lemon Test」の中の“目的”の規準も必要かどうか疑うとまで言及している。Edwards v. Aguillard Justice Scalia — As I explain below, I doubt whether that “purpose” requirement of Lemon is a proper interpretation of the Constitution; but even if it were, I could not agree with the Court's assessment that the requirement was not satisfied here.
- 10) 11) 「Balancing Test」に関して、スカリア判事は全ての事例を一々利益衡量する必要はないと言う。細かい事に利益衡量していたのでは裁判所はアナーキーになってしまい、宗教の多様性が進んだ社会では余計その欺瞞性が高くなると述べている。ただし、ここでは、「Balancing Test」を直接使用しているのではなく、「Compelling Test」を使って婉曲的に表現されている。ただ、いちいち衡量することを“Luxury”（贅沢）と書いたことには非常な反感を持たれ、反駁の論拠として何度も引用されている。

Employment Division, Oregon Department of Human Resources v. Smith

Justice Scalia — If the “compelling interest” test is to be applied at all, then, it must be applied across the board, to all actions thought to be religiously commanded. Moreover, if “compelling interest” really means what it says (and watering it down here would subvert its rigor in the other fields where it is applied), many laws will not meet the test. Any society adopting such a system would be courting anarchy, but that danger increases in direct proportion to the society's diversity of religious beliefs, and its determination to coerce or suppress none of them. Precisely because “we are a cosmopolitan nation made up of people of almost every conceivable religious preference,” Braunfeld v. Brown, and precisely because we value and protect that religious divergence, we cannot afford the luxury of deeming presumptively invalid, as applied to the religious objector, every regulation of conduct that does not protect an interest of the highest order.

- 12) 中心的行為でない「Compelling Interest」は使わない。しかし何が宗教的行為かは裁判所では扱わないと述べている。

Id., Justice Scalia — It is no more appropriate for judges to determine the “centrality” of religious beliefs before applying a “compelling interest” test in the free exercise field, than it would be for them to determine the “importance” of ideas before applying the “compelling interest” test in the free speech field. What principle of law or logic can be brought to

bear to contradict a believer's assertion that a particular act is “central” to his personal faith? Judging the centrality of different religious practices is akin to the unacceptable “business of evaluating the relative merits of differing religious claims.” (United States v. Lee—引用/スカリア判事)

- 13) 宗教的なニーズは法律を通じて調整 (Accommodation) されうる。

Board of Education of Kiryas Joel Village School District v. Grumet — Religious needs can be accommodated through laws that are neutral with regard to religion.

- 14) 「Accommodation」は憲法で許されている制度である。

Sherbert v. Verner — But there is, I believe, enough flexibility in the Constitution to permit a legislative judgment accommodating an unemployment compensation law to the exercise of religious beliefs such as appellant's.

- 15) 宗教的自由を守るために、「Exemption」は憲法的に許された手段であると考えられている。

Michael McConnell “The Origins and Historical Understanding of Free Exercise of Religion” (103 / Harvard Law Review / 1990 — p1415)

The conclusions of this analysis are (1) that exemptions were seen as a constitutionally permissible means for protecting religious freedom, (2) that constitutionally compelled exemptions were within the contemplation of the framers and ratifiers as a possible interpretation of the free exercise clause, and (3) that exemptions were consonant with the popular American understanding of the interrelation between the claims of a limited government and a sovereign God. While the historical evidence may not be unequivocal (it seldom is), it does, on balance, support Sherbert's interpretation of the free exercise clause.²⁰ (21)

- 16) 宗教は社会的にも憲法上も高い地位にあると考えられている。非宗教的な公益目的であっても、宗教の権利に侵入する場合には重大な利益で正当化されなければならない。

Braunfeld v. Brown — For religious freedom—the freedom to believe and to practice strange and, it may be, foreign creeds—has classically been one of the highest values of our society. …The honored place of religious freedom in our constitutional hierarchy, —. For in this case the Court seems to say, without so much as a deferential nod towards that high place which we have accorded religious freedom in the past, that

any substantial state interest will justify encroachments on religious practice, at least if those encroachments are cloaked in the guise of some nonreligious public purpose.

- 17) 「Compelling Interest」は修正第1条の要請に答えたものであり、憲法上優遇された地位にある。政府の利益は適切に絞られるべきである (Narrowly Tailored)。

Employment Division, Oregon Department of Human Resources v. Smith — The compelling interest test effectuates the First Amendment's command that religious liberty is an independent liberty, that it occupies a preferred position, and that the Court will not permit encroachments upon this liberty, whether direct or indirect, unless required by clear and compelling governmental interests “of the highest order,” Yoder, *supra*, “Only an especially important governmental interest pursued by narrowly tailored means can justify exacting a sacrifice of First Amendment freedoms as the price for an equal share of the rights, benefits, and privileges enjoyed by other citizens.” *Roy, supra* — The Court attempts to support its narrow reading of the Clause by claiming that “[w]e have never held that an individual's religious beliefs excuse him from compliance with an otherwise valid law prohibiting conduct that the State is free to regulate.”

- 18) 宗教を理由に例外行為を認めれば (宗教が重婚に対する抗弁となりうるならば、宗教条項は) 全ての市民が自分自身が法律となることを許すことになる。

Reynolds v. United States — *If religious beliefs could be a defense to polygamy, the Free Exercise clause would* “permit every citizen to become a law unto himself.” (斜字追加)

- 19) より完全な方法とはケースバイケースで事例ごとに「Compelling Interest」を考えること。政府の利益が「Compelling Interest」に適っていても、一回一回利益衡量することが大切。ただし、ここでは“First Amendment”という言葉が使われ、修正第1条に含まれる宗教的権利の重要性を婉曲的に指摘しながら表現されている。

Employment Division, Oregon Department of Human Resources v. Smith

Justice O'Connor — To me, the sounder approach — the approach more consistent with our role as judges to decide each case on its individual merits — is to apply this test in each case to determine whether the burden on the specific plaintiffs before us is constitutionally

significant and whether the particular criminal interest asserted by the State before us is compelling. Even if, as an empirical matter, a government's criminal laws might usually serve a compelling interest in health, safety, or public order, the First Amendment at least requires a case-by-case determination of the question, sensitive to the facts of each particular claim. Cf. *McDaniel*, (plurality opinion) (noting application of *Sherbert* to general criminal prohibitions and the “delicate balancing required by our decisions in” *Sherbert* and *Yoder*).

- 20) *City of Boerne v. Flores* Justice O'Connor — I remain of the view that Smith was wrongly decided, and I would use this case to reexamine the Court's holding there. — I believe that, in light of both our precedent and our Nation's tradition of religious liberty, Smith is demonstrably wrong. Moreover, it is a recent decision. As such, it has not engendered the kind of reliance on its continued application that would militate against overruling it. —

(下線追加)

- 21) 「Exemption」は憲法的要請ではない。

United States v. Lee Justice Stevens — The Court's analysis supports a holding that there is virtually no room for a ‘constitutionally required exemption’ on religious grounds from a valid tax law that is entirely neutral in its general application.

- 22) Michael McConnell “The Origins and Historical Understanding of Free Exercise of Religion” (103 / Harvard Law Review / 1990)

- 23) 「国教樹立禁止条項」は宗教を敵視する事ではない。

Wallace v. Jaffree — The Court does not hold that the Establishment Clause is so hostile to religion that it precludes the States from affording schoolchildren an opportunity for voluntary silent prayer.

- 24) 今の国教樹立禁止条項は平等条項の鏡のようであると述べ、国教樹立禁止条項を判断する場合に平等条項の観点から判断している。

Board of Education of Kiryas Joel Village School District v. Grumet — In this respect, the Establishment Clause mirrors the Equal Protection Clause. Just as the government may not segregate people on account of their race, so too it may not segregate on the basis of religion.

- 25) 平等条項を導入し、宗教を平等に扱う事が健全な方法であると述べ、宗教条項以外の条項の導入を示唆している。

Id., — This emphasis on equal treatment is, I think, an eminently sound

approach. In my view, the Religion Clauses—the Free Exercise Clause, the Establishment Clause, the Religious Test Clause, Art. VI, cl.3, and the Equal Protection Clause as applied to religion—all speak with one voice on this point: absent the most unusual circumstances, one's religion ought not affect one's legal rights or duties or benefits. As I have previously noted, “the Establishment Clause is infringed when the government makes adherence to religion relevant to a person's standing in the political community.”

26) 宗教条項に対して、平等条項で与えられる最低限の保障しか与えられていない。

Employment Division, Oregon Department of Human Resources v. Smith — As we have noted in a slightly different context, “[s]uch a test has no basis in precedent and relegates a serious First Amendment value to the barest level of minimum scrutiny that the Equal Protection Clause already provides.”

27) 特定の個人・団体に法的効果が偏ると「Targeting」の問題が起る。

Church of the Lukumi Babalu Aye, Inc. v. City of Hialeah — That this religious exercise has been targeted is evidenced by Resolution 87-66's statements of “concern” and “commitment,” and by the use of the words “sacrifice” and “ritual” in Ordinances 87-40, 87-52, and 87-71.

28) 国教樹立禁止条項の侵害を避けるために取られていたモニター制度、その制度の前提となる「Inculcation」や「Indoctrination」が発生するという考えは捨てる。これによって判決を変更した。

Agostini v. Felton — Because of this risk pervasive monitoring would be required. But after *Zobrest* we no longer presume that public employees will inculcate religion simply because they happen to be in a sectarian environment. Since we have abandoned the assumption that properly instructed public employees will fail to discharge their duties faithfully, we must also discard the assumption that pervasive monitoring of Title I teachers is required.

29) “Stare Decisis”「先例拘束性」は非常に弱いドクトリンである。この原理の下で判例は反覆できる。

Id., — The doctrine of stare decisis does not preclude us from recognizing the change in our law and overruling *Aguilar* and those portions of *Ball* inconsistent with our more recent decisions. As we have often noted, “[s]tare decisis is not an inexorable command,” — but instead reflects a policy judgment that “in most matters it is more

important that the applicable rule of law be settled than that it be settled right,” – That policy is at its weakest when we interpret the Constitution because our interpretation can be altered only by constitutional amendment or by overruling our prior decisions.

* 本稿は第46回宗教学学会（2003年6月21日於龍谷大学）における講演に加筆を行ったものである。