

# アメリカにおける宗教学校に対する 政府援助に関する判例法理の新展開

— スクール・ヴァウチャ合憲判決をめぐって —

神尾 将紀 (早稲田大学)

- I. はじめに
- II. Zelman判決のリーズニング
  - A. 事実
  - B. レーンクイスト首席裁判官による法廷意見
  - C. スータ裁判官による反対意見
- III. 宗教学校に対する政府援助に関する判例法理の回顧
  - A. 「分離」原則と「中立性」原則のアンチノミ
  - B. 「援助禁止」原理の高揚
  - C. 「平等援助」原理の台頭
- IV. Zelman判決のインプリケーション
- V. おわりに

## I. はじめに

合衆国最高裁判所は、2002年6月27日のZelman v. Simmons-Harris<sup>1)</sup>において、合衆国憲法修正第1条にいう国教樹立禁止条項 (Establishment Clause) の下で、オハイオウ州のスクール・ヴァウチャ・プログラムを合憲とした<sup>2)</sup>。

周知のように、スクール・ヴァウチャは、1955年にノベル賞経済学者のフリードマンが提唱した、公立学校によって支配されてきた公教育分野に、市場原理 (競争原理) を導入するべく、公金を投じて私立学校を参入させる、というアイディアに端を発するものであるが<sup>3)</sup>、具体的には、政府が、親に対して、初等・中等教育費 (学校の授業料) に充当させるべく、ヴァウチャ券を支

給し、自ら選択した学校——公立学校であれ私立学校であれ——においてそれを利用させる、という制度である<sup>4)</sup>。

もつとも、1990年代以降に導入の気運が高まったヴァウチャ・プログラムは、かのような経済効率の観点よりもむしろ<sup>5)</sup>、公立学校における法律上の人種別学制度が修正第14条にいう平等保護条項 (Equal Protection Clause) の下で違憲とされた1954年のBrown v. Board of Education<sup>6)</sup>後の、都市部の学校区——黒人 (ないしヒスパニック) の貧困層が多数を占める——と、郊外の学校区——白人の富裕層 (ないし中産層) が多数を占める——との間における事実上の人種別学の形成、および、各学校区ごとに住民の財産税を主たる財源として学校を維持する伝統的な公立学校制度の下で<sup>7)</sup>、そのような居住者分布と相俟って現出した、都市部と郊外の学校区間での学校財政格差、ならびに、それらの現象に伴って深刻化してきた、都市部の学校区の退廃した公立学校に通学する子供の学力低下を背景として<sup>8)</sup>、1970年代半ばから創設され始めた、いわゆるマグネット・スクール——魅力的な (magnet) 特別教育課程を設置する公立学校——、あるいは、1990年代初めから創設され始めた、いわゆるチャータ・スクール——学校開設許可 (charter) を受けて学校区から自律しつつも公金で運営される公立学校——と共に<sup>9)</sup>、とりわけ、都市部の学校区に居住する人種的マイノリティの低所得家庭の親 (ないしその子供) に対して学校選択 (school choice) の機会を付与することによって、社会経済的・人種的に不釣り合いな状態に陥った公立学校制度を改革するための1つの手段として考えられてきた<sup>10)</sup>。しかしながら、ヴァウチャ・プログラムは、そのように、たとえいかに教育上の目的に資するものであろうとも、宗教系の初等・中等学校——宗教学校——を参加対象に包摂する場合、合衆国最高裁判所の判例上、宗教機関 (宗教学校を含む) に対する政府援助を厳格に禁止するものと解釈されてきた<sup>11)</sup>、国教樹立禁止条項に基づく合憲性の問題を生じさせる<sup>12)</sup>。

このような状況の下で、1990年にウィスコンシン州は、全米で初めて本格的に、ミルウォーキ市学校区においてヴァウチャ・プログラム (Milwaukee Parental Choice Program (MPCP)) を導入するに至った<sup>13)</sup>。もつとも、MPCPは、当初、学校区内の非宗教系の私立学校に参加対象を限定したプロ

グラムであったが、1995年にウィスコンシン州が、学校区内の宗教学校の参加も許容するべくMPCPを拡大・修正したところ<sup>14)</sup>、国教樹立禁止条項に基づく違憲主張が提起され、1998年にウィスコンシン州最高裁判所が合憲判決を下し、これに対して、合衆国最高裁判所がサーシオレイライを受理しなかったために<sup>15)</sup>、ヴァウチャ・プログラムに関する合衆国最高裁判所による合憲性判断は、Zelman判決まで先送りされることとなった<sup>16)</sup>。

さらに、宗教学校を参加対象に包摂するヴァウチャ・プログラムは、たとえ合衆国最高裁判所によって連邦憲法上の合憲性が支持された後でも、州裁判所レベルにおいて州憲法上の合憲性を争う訴訟が提起され得る<sup>17)</sup>。実際、1999年にフロリダ州が全州的なプログラムとして創設したヴァウチャ・プログラム (Opportunity Scholarship Program (OSP)) は、公立学校および非宗教系の私立学校と共に、宗教学校も参加対象に包摂するものであったが<sup>18)</sup>、Zelman判決が下された2ヶ月後の2002年8月に、フロリダ州の一般的管轄裁判所が、宗教機関に対する公金支出を明文上禁止する州憲法上の規定<sup>19)</sup>、すなわち、いわゆる“Little Blaine Amendment”<sup>20)</sup>の下でOSPを違憲としている<sup>21)</sup>。

かくして、合衆国最高裁判所は、Zelman判決において、かねてから法的・政治的な論争的であったスクール・ヴァウチャに関して<sup>22)</sup>、国教樹立禁止条項の下での合憲性の問題について回答を出したわけであるが、Zelman判決以後でさえも、州によって策定された、宗教学校を参加対象に包摂するヴァウチャ・プログラムに対する違憲訴訟は、その根拠を、連邦憲法上の国教樹立禁止条項よりも厳格に宗教機関に対する政府援助を禁止するものと州裁判所によって解釈される余地がある州憲法上の公定宗教樹立禁止条項 (state Establishment Clauses) — Little Blaine Amendmentsを含む — にシフトさせることによって<sup>23)</sup>、州裁判所レベルにおいては、なおも提起され続けるであろう (従って、そのようなヴァウチャ・プログラムは、州憲法に基づいて、なおも違憲とされ得る)<sup>24)</sup>、ということが留意されなければならない<sup>25)</sup>。

ともあれ、本稿は、何よりもまず、Zelman判決それ自体を分析するべく、Zelman判決のリーズニングを明らかにした上で (Part II)、Zelman判決に至るまでの国教樹立禁止条項の下での宗教学校に対する政府援助に関する判例法

理を回顧し (Part III)、Zelman判決のインプリケーションを確認することによって (Part IV)、合衆国最高裁判所が、Zelman判決において、国教樹立禁止条項の下での宗教学校に対する政府援助の合憲性について、いかにドラスティックな判例法理を宣明するに至ったかを検証する<sup>26)</sup>。

## II. Zelman判決のリーズニング

### A. 事実

オハイオ州クリーヴランド市学区の公立学校に在籍する75,000人余りの大部分の児童・生徒は、人種のマイノリティの低所得家庭の子供であり、全米の中でも最も劣悪なインナ・シティ特有の学力低下の状態に陥っていた<sup>27)</sup>。このような状況を是正するべく、1995年にオハイオ州は、ヴァウチャ・プログラム (Pilot Project Scholarship Program (PPSP)) を創設し、1996-97学年度からクリーヴランド市学区において実施するに至った<sup>28)</sup>。

PPSPは、学区内の私立学校 (宗教学校を含む)<sup>29)</sup>、および、隣接学区の公立学校を参加対象とし、学区内の公立学校に通学する子供の親に対して、次のような3通りの選択肢を与える。すなわち、(1) 学区内の私立学校に子供を転校させる場合には、親に対して、所得に応じて最高2,250ドル相当のヴァウチャ券を支給する、もしくは、(2) 隣接学区の公立学校に子供を転校させる場合には、当該公立学校に対して、受け入れた児童・生徒の人数分の通常の州補助金に上乗せして1人につき2,250ドルを配分する<sup>30)</sup>、または、(3) 従前の公立学校にそのまま子供を在籍させる場合には、チュータによる個別指導を子供に受けさせるべく、親に対して、所得に応じて最高360ドルを支給する、というものである<sup>31)</sup>。

1999-2000学年度の時点でのクリーヴランド市学区におけるPPSPの実施状況は、次のようなものであった。すなわち、隣接学区——市郊外の学区——の公立学校は1校もPPSPに参加することはなかったが<sup>32)</sup>、PPSPに参加した市内の私立学校は56校にのぼり、そのうち宗教学校が46校 (82パーセント) を占めたために、結局、ヴァウチャ券が支給された3,700人余りの児童・生徒のうち96パーセントが宗教学校に在籍することとなった<sup>33)</sup>。

もつとも、オハイオ州は、クリーヴランド市学区における公立学校制度の改革事業の一環として、ヴァウチャ・プログラムの導入に加えて、コミュニティ・スクール——チャータ・スクールの別称<sup>34)</sup>——、および、マグネット・スクールの整備にも着手し、1999-2000学年度の時点で、学区内の10校のコミュニティ・スクールに1,900人余り（各学校に対して1人あたり約4,500ドルの州補助金が配分される）、23校のマグネット・スクールに13,000人余り（学区に対して1人あたり約7,700ドルの州補助金が配分される）の児童・生徒が在籍することとなった<sup>35)</sup>。

そこで、1999年にオハイオ州の納税者（Simmons-Harris）らは、州教育長（Zelman）らと相手取り、連邦裁判所においてPPSPに対する国教樹立禁止条項に基づく違憲主張を提起したところ、オハイオ州北地区合衆国地方裁判所はPPSPを違憲とし<sup>36)</sup>、第6巡回区合衆国控訴裁判所も原判決を支持し<sup>37)</sup>、これに対して、合衆国最高裁判所がサーシオレイライを受理した<sup>38)</sup>。

かくして、レーンクイスト首席裁判官による法廷意見（オコナ、スカリア、ケネディ、トマスの各裁判官が同調）は、原判決を破棄し、国教樹立禁止条項の下でPPSPを合憲とした<sup>39)</sup>。これに対して、スータ裁判官による反対意見（ステイヴンズ、ギンズバーグ、ブライアの各裁判官が同調）は、国教樹立禁止条項の下でPPSPは違憲であると反論した<sup>40)</sup>。

## B. レーンクイスト首席裁判官による法廷意見

### 1. 司法審査基準の枠組

宗教機関（宗教学校を含む）に対する政府援助の領域における国教樹立禁止条項に関する司法審査基準——修正されたLemonテスト——によれば、当該法律ないし政府行為は、宗教を促進する「目的（purpose）」ないし「効果（effect）」を有するものであってはならない<sup>41)</sup>。この点、PPSPが、宗教を促進する目的よりもむしろ、退廃した公立学校制度の下にある低所得家庭の子供に対して教育援助を提供する、という世俗的目的を有するものであることには争いが無い以上、本件の争点は、PPSPが宗教を促進する効果を有するものであるか否かに絞られる<sup>42)</sup>。

## 2. 「直接的な援助」と「間接的な援助」の二分論

PPSPが宗教を促進する効果を有するものであるか否かを審査する前提として、当法廷の先例を参照すれば、そこでは、宗教機関に対する政府援助について、「直接的な援助 (direct aid)」——政府から直接的に宗教機関に提供される政府援助——と、「間接的な援助 (indirect aid)」——個々の受益者を介して間接的に宗教機関に提供される政府援助——とが一貫して区別され、「直接的な援助」に関する判例はともかく、「間接的な援助」に関する判例は確立されたものとなっている。すなわち、当法廷は、本判決に至るまでに、1983年の *Mueller v. Allen*<sup>43)</sup>、1986年の *Witters v. Washington Department of Services for the Blind*<sup>44)</sup>、1993年の *Zobrest v. Catalina Foothills School District*<sup>45)</sup> の3つの判決において、「間接的な援助」プログラムの合憲性を審査してきたが、それら3つすべての判決において、当該プログラムの合憲性を支持したのである<sup>46)</sup>。

## 3. 「中立性」と「私的選択」の要件

そこで、かかる3つの判決を回顧すれば、まず、公立学校ないし私立学校(宗教学校を含む)に通学する子供の親に対する授業料を含む教育費全般に関する所得控除プログラムを合憲とした *Mueller* 判決は、当該プログラムの受益者の大部分(90パーセント以上)が宗教学校に通学する子供の親であった、ということよりもむしろ、当該プログラムが、受益者を画定するにあたって、宗教を考慮することなく、公立学校であれ私立学校であれ、あるいは、宗教系学校であれ非宗教学校であれ、あらゆる学校に通学する子供の親を包摂している、という宗教に対する当該プログラムの「中立性 (neutrality)」を重視すると同時に、当該プログラムの下で宗教学校に流入する政府援助は、受益者たる個々の親が「私的選択 (private choice)」によって宗教機関に当該政府援助を注入した結果に過ぎないものである、ということを強調した。次に、聖職者になるべく宗教教育を受けるために宗教系大学に通学する視覚障害学生に対して、奨学金を支給する職業リハビリテーション・プログラムを適用することを合憲とした *Witters* 判決も、*Mueller* 判決によって明らかにされた「中立性」と「私的選択」の2つの要件に依拠したが、特筆すべきことに、5人の裁判官が与した

同意意見は、「個々の受益者によって宗教機関に注入された政府援助の総量は、憲法上の審査とは無関係である」<sup>47)</sup>、すなわち、「宗教学校において政府援助を利用することを選択した受益者の数の大小ではなく、受益者一般が、自ら選択した学校ないし機関に対して当該政府援助を自由に注入し得るか否かが憲法上問題とされる」<sup>48)</sup>というMueller判決のリーズニングを明示的に支持していた。そして、宗教学校に通学する聴覚障害生徒に対して、手話通訳者を派遣するプログラムを適用することを合憲としたZobrest判決もまた、かのようなリーズニングを支持するものであった<sup>49)</sup>。

#### 4. レイシオ・デシデンダイ

かくして、Mueller判決、Witters判決、Zobrest判決の3つの判決を併せて考えれば、「間接的な援助」プログラムは、たとえ宗教を促進する効果を有するものと違憲主張されようとも、私人が政府援助を宗教機関に注入する際の「私的選択」が認められるものである限り、「政府と宗教の関係性が切斷さ[れ]」<sup>50)</sup>、宗教を促進する効果が「政府ではなく、個々の受益者に起因するものと合理的に考えられる」<sup>51)</sup>と同時に、政府が私人に政府援助を提供する際の「中立性」が認められるものである限り、受益者に対して当該政府援助を利用するにあたって「宗教学校を選択するよう動機づけること (incentive [ ])」<sup>52)</sup>によって、宗教を促進する効果を有することもない以上、「ある政府援助プログラムは、[1]宗教に関して中立的で、かつ、[2]広範な市民層に対して直接的に政府援助を提供し、政府援助がもつぱらかかる市民の真正・自律的な (genuine and independent) 私的選択の結果として宗教学校に流入する、というものである限り、容易に、国教樹立禁止条項に基づく違憲主張を免れる」<sup>53)</sup>という判例法理が導出されるのである<sup>54)</sup>。

#### 5. PPSPの合憲性

以上のような確立された判例法理に基づいて、PPSPの合憲性を審査すれば、以下に述べるように、「間接的な援助」プログラムであるPPSPは、「中立性」と「私的選択」の要件を満たすものである以上、Lemonテストの下で宗教を促進する効果を有するものではなく、従って、国教樹立禁止条項に違反しない<sup>55)</sup>。

まず、PPSPは、宗教を考慮することなくクリーヴランド市学校区のあらゆる親に対して教育援助を提供するものであると同時に、参加対象学校として、公立学校であれ私立学校であれ、あるいは、宗教系学校であれ非宗教系学校であれ、学校区内のあらゆる学校を（さらには、隣接学校区の公立学校さえも）包摂している、という点で、中立的なものである<sup>56)</sup>。

また、PPSPは、クリーヴランド市学校区の親に対して、ヴァウチャ券を受給して宗教系ないし非宗教系の私立学校に子供を転校させるか、あるいは、個別指導料の補助金を受給して従前の公立学校に子供をそのまま在籍させるかを選択する機会を与えていると同時に、PPSPだけに着目するのではなく、公立学校制度の改革事業全体を見れば、オハイオ州は、クリーヴランド市学校区の親に対して、コミュニティ・スクールないしマグネット・スクールに子供を通学させる選択の機会も与えている、という点で、クリーヴランド市学校区の親は、宗教学校を選択するか否かについて、真正・自律的な選択を行使し得る<sup>57)</sup>。

この点、PPSPに参加している宗教学校の割合が高いこと（82パーセント）は、クリーヴランド市学校区に存在する宗教学校の割合をそのまま反映するものであると同時に、全米の数多くの都市に共通する実態に過ぎない。また、ヴァウチャ券を受給して宗教系の私立学校に在籍する子供の割合が高いこと（96パーセント）についても、ヴァウチャ券を受給して非宗教系の私立学校に在籍する子供だけではなく、個別指導料の補助金を受給して公立学校に在籍する子供、および、コミュニティ・スクールないしマグネット・スクールに在籍する子供の人数をも合算して比較するのならば、その割合は、わずかに20パーセント足らずになる<sup>58)</sup>。

いずれにせよ、すでに確立されている判例法理からすれば、「[宗教に関して]中立的な教育援助プログラムの合憲性は、特定の地域で、あるいは、特定の時期に、[サービス提供者たる]大部分の私立学校が宗教系であるかどうか、あるいは、大部分の受益者が当該政府援助を宗教学校において利用することを選択しているかどうか、という問題とはまったく無関係である」<sup>59)</sup>。

## 6. 先例との関係

当法廷はかつて、1973年のCommittee for Public Education & Religious



Liberty v. Nyquist<sup>60)</sup>において、私立学校（宗教学校を含む）に通学する子供の親に対して授業料を払戻ないし税額控除するプログラムを違憲としたが、Nyquist判決において違憲とされたプログラムは、PPSPとは違って、公立学校に通学する子供の親を排除し、私立学校——そして、その大部分が宗教学校であった——に通学する子供の親のみに教育援助を提供するものであったが故に、親に対して子供を宗教学校に通学させるよう動機づけることによって、Lemonテストの下で宗教を促進する効果を有するものと判示された、という点で、本件は、Nyquist判決とディスティンクウィッシュユされ得る。そして、当法廷は、Nyquist判決において、PPSPのような、「受益機関が公立か私立か、あるいは、宗教系か非宗教系かにかかわらず、一般的に利用可能な政府援助（例えば、奨学金）」については、その合憲性判断を留保したわけであるが、まさに、本件において——もっとも、Mueller判決、Witters判決、Zobrest判決によってすでに示唆されてはいたが——、その合憲性を明示的に支持する機会を得るに至った<sup>61)</sup>。

## C. スータ裁判官による反対意見

### 1. 「援助禁止」原理の違背

国教樹立禁止条項の下での宗教学校に対する政府援助の合憲性をめぐる問題は、公立学校ないし私立学校（宗教学校を含む）に通学する子供のバス運賃を親に払い戻すプログラムを合憲とした1947年のEverson v. Board of Education<sup>62)</sup>から始まった。当法廷は、Everson判決において、国教樹立禁止条項に関する基本的な解釈法理として、「いかなる税金も、その額の大小にかかわらず、いかなる宗教的活動ないし宗教機関を支援するためにも賦課されてはならない」という宗教に対する「援助禁止 (no aid)」原理を宣明した。そして、Everson判決において、法廷意見を形成した5人の裁判官は、かかる児童・生徒のバス輸送を、警察・消防のような、宗教を考慮することなくあらゆる市民に対して提供される一般的な公共サービスの一環として見なし得るものと考えたのに対して、反対意見に回った4人の裁判官は、「援助禁止」原理を厳格に貫いて、当該プログラムを、宗教を援助するものと考えたが、いずれにせよ、当法廷の全裁判官が「援助禁止」原理を支持していた。しかしながら、

本判決におけるレーンクイスト首席裁判官による法廷意見は、PPSPの下で、たとえ多額の公金が宗教学校に流入しようとも、あるいは、たとえ宗教学校に流入する公金が宗教学校における世俗教育のみならず宗教教育にも利用されようとも、PPSPを合憲であると結論づけることによって、まさに、Everson判決において宣明された「援助禁止」原理を完全に等閑視している<sup>63)</sup>。

## 2. 「中立性」と「私的選択」の要件の曲解

さらに、法廷意見は、PPSPを合憲とするべく、「中立性」と「私的選択」という2つの要件に依拠したが、PPSPは、かかる2つの要件さえも満たすものではない。すなわち、まず、「中立性」の要件について、法廷意見は、PPSPは、親に対して、学校区内の宗教系ないし非宗教系の私立学校に子供を転校させる選択肢と同時に、学校区内の従前の公立学校に子供をそのまま在籍させる選択肢も付与している、という点で、参加対象学校として、公立学校であれ私立学校であれ、あるいは、宗教系学校であれ非宗教系学校であれ、学校区内のあらゆる学校を包摂している、と主張しているが、法廷意見が援用したWitters判決およびZobrest判決におけるプログラムにおいては、受益者は、公立学校であれ私立学校であれ、あるいは、宗教系学校であれ非宗教系学校であれ、いかなる学校を選択しようとも同様の政府援助を受給し得たのに対して、PPSPにおいては、受益者は、私立学校を選択した場合には、授業料に充当されるヴァウチャ券として最高2,250ドルを受給し得る一方、公立学校を選択した場合には、個別指導料に充当される補助金として最高300ドル余りしか受給し得ない以上、「中立性」の要件を曲解している。また、「私的選択」の要件について、法廷意見は、PPSPの下での親の学校選択肢に加えて、オハイオ州によるクリーヴランド市学校区における公立学校制度の改革育事業全体に目を向けることによって、クリーヴランド市学校区の親は、コミュニティ・スクールおよびマグネット・スクールの選択肢も付与されている、という点で、宗教学校以外の学校を選択する十分な機会を有している、と主張しているが、法廷意見が援用したMueller判決におけるプログラムにおいては、政府援助は、直接的に親に対して提供され、かかる親が選択した学校において当該政府援助を利用することによって、間接的に当該学校に流入するものであったのに

対して、クリーヴランド市学校区において、コミュニティ・スクールおよびマグネット・スクールに配分される州補助金は、親が選択した学校に子供を在籍・通学させることによって、直接的に当該学校に対して提供されるものである以上、「私的選択」の要件を曲解している<sup>64)</sup>。

かくして、法廷意見（および、オコナ裁判官による同意意見）<sup>65)</sup>は、クリーヴランド市学校区におけるPPSPの下で、ヴァウチャ券が利用し得る私立学校の大部分（56校中46校）が宗教学校であった（そして、実際に、ヴァウチャ券を受給した親の96パーセントが宗教学校を選択した）にもかかわらず、そこでの宗教学校に対する親の代替的な学校選択肢として、ヴァウチャ券が利用し得ない公立学校（従来型の公立学校、および、新しい形態の公立学校であるコミュニティ・スクールないしマグネット・スクール）を俎上に載せることによって、PPSPが「中立性」と「私的選択」の要件を満たすものと見なすと同時に、公立学校に通学する児童・生徒の莫大な人数、および、公立学校に投入される莫大な公教育費を比較対象にして、PPSPの下で、ヴァウチャ券を受給して宗教学校に通学する児童・生徒の数、および、宗教学校に流入する公金の額を過小評価しようとしているのである<sup>66)</sup>。

### 3. PPSPの違憲性

ともあれ、PPSPは、たとえ法廷意見のいう「中立性」と「私的選択」の要件を満たすものであろうとも、宗教学校に対して「実質的な量（substantial amount[ ]）」の政府援助を提供するものである限り、必然的に、宗教学校の活動全体（世俗教育と宗教教育の双方）を援助することになるが故に——と同時に、PPSPは、法廷意見が援用したMueller判決（所得控除によって最も恩恵を受けた親でも、112ドルの恩恵に過ぎなかった）、Witters判決（当該学生が唯一の受益者であった）、Zobrest判決（当該生徒が唯一の受益者であった）における各プログラムとは比較にならないほどに、多額の公金を組織的に宗教学校に流入させるものである点で——、国教樹立禁止条項に違反する<sup>67)</sup>。

### 4. PPSPの3つの害悪

PPSPは、国教樹立禁止条項が防止しようとした主たる3つの害悪を併発させるものである。すなわち、PPSPは、宗教学校を税金で維持することによつ

て、納税者の良心の自由を侵害し、また、宗教学校を墮落させ、そして、宗教学校に対する政府援助の賛否・獲得をめぐる政治的・社会的対立を誘発させる。とりわけ、PPSPは、宗教学校を墮落させる。すなわち、PPSPは、参加する宗教学校に対して、宗教に基づいて差別すること、および、宗教に基づく個人ないし団体に対する憎悪を教育することを禁止しているが<sup>68)</sup>、かかる禁止は、宗教学校における児童・生徒の入学条件、および、教職員の採用条件、さらには、宗教教育全般にまで及ぶものと考えられる以上、PPSPの下で、宗教学校は、政府援助に依存する代償として、自律権を貶められ、世俗化させられてゆくことになるであろう<sup>69)</sup>。

### Ⅲ. 宗教学校に対する政府援助に関する判例法理の回顧

#### A. 「分離」原則と「中立性」原則のアンチノミ

合衆国最高裁判所の判例上、国教樹立禁止条項に関する永続的な争点の1つは、政府が、宗教機関（宗教組織）に対して財政支援することの合憲性であるが、そこでは、チャーチ、シナゴグ、モスクのような“宗教団体”そのものよりもむしろ<sup>70)</sup>、宗教系の学校、病院、社会事業団体（慈善団体）のような“宗教系団体”に対する政府援助の合憲性が<sup>71)</sup>、その中でも、とりわけ、宗教系の初等・中等学校——宗教学校——に対する政府援助（資金援助、人的援助、物的援助）の合憲性が問題とされてきた<sup>72)</sup>。

この点、合衆国最高裁判所は、Zelman判決におけるスータ裁判官による反対意見も回顧するように<sup>73)</sup>、1947年のEverson v. Board of Education<sup>74)</sup>において、公立学校ないし私立学校（宗教学校を含む）に通学する子供のバス運賃を親に払い戻すプログラム（ニュー・ジャージー法に基づいて、ユーイング町教育委員会によって策定されたプログラム）を合憲とするにあたって、国教樹立禁止条項に関する基本的な解釈法理として、国家（政府）と教会（宗教）の「分離（separation）」原則<sup>75)</sup>、および、宗教と非宗教（世俗）との間での政府の「中立性（neutrality）」原則<sup>76)</sup>、という2つの原則を宣明した上で、とりわけ、宗教機関に対する政府援助に関して、「援助禁止（no aid）」と「平等援助（equal aid）」という2つの競合する原理を明らかにした。すなわち、

Everson判決におけるブラック裁判官による法廷意見（ヴィンソン首席裁判官、リード、ダグラス、マーフィの各裁判官が同調）は、「分離」原則に基づいて、「いかなる税金も、その額の大小にかかわらず、いかなる宗教的活動ないし宗教機関を支援するためにも賦課されてはならない」<sup>77)</sup>という「援助禁止」原理を明らかにする一方で、「中立性」原則に基づいて、「[政府]は、個人の信仰ないし不信仰を理由に、…個人を、一般的な福祉立法の利益を享受することから排除してはならない」<sup>78)</sup>という「平等援助」原理を明らかにし——ラトリッジ裁判官による反対意見（フランクファータ、ジャクソン、バートンの各裁判官が同調）が、「分離」原則を強調して、いやしくも「援助禁止」原理を貫徹するのならば、当該プログラムは違憲とされなければならない、と反論したにもかかわらず<sup>79)</sup>——、当該プログラムを、「[世俗よりも]宗教を優遇する」ものでも「国家と教会の間の壁を破る」ものでもない<sup>80)</sup>、と判示することによって、理論上、「分離」原則と「中立性」原則を調和させつつも<sup>81)</sup>、實際上、「援助禁止」原理よりも「平等援助」原理を優先させると同時に、「援助禁止」原理と「平等援助」原理の緊張関係を露呈させたのである<sup>82)</sup>。

かくして、公立学校ないし私立学校（宗教学校を含む）に通学する児童・生徒に教科書を貸与するプログラム（ニュー・ヨーク州法）が合憲とされた1968年のBoard of Education v. Allen<sup>83)</sup>において、かつてEverson判決において法廷意見を執筆したブラック裁判官が、一転して反対意見に回ったように<sup>84)</sup>、あるいは、まさにそのAllen判決において、ハーラン裁判官が、同意意見の中で、「中立性」原則を「彩れる衣 (coat of many colors)」<sup>85)</sup>と特徴づけたように、あるいは、1970年のWalz v. Tax Commission<sup>86)</sup>において、Everson判決およびAllen判決が回顧されるにあたって、「完全かつ絶対的な分離は、現実的に不可能である」<sup>87)</sup>と判示されたように、Everson判決以降、国教樹立禁止条項の下での宗教学校に対する政府援助の合憲性に関する判例法理は、Everson判決において抽象的に整合する法理として措定された「分離」と「中立性」という2つの原則の名の下に、かかる2つの原則を具現化するにあたって矛盾し得る「援助禁止」——宗教に対する政府の「不作為 (inactivity)」——と「平等援助」——宗教に対する政府の「無差別 (nondiscrimination)」——

という2つの原理の相克によって形成されてゆくのである<sup>88)</sup>。

## B. 「援助禁止」原理の高揚

合衆国最高裁判所は、1970年代に入って、Everson判決によって明らかにされた「援助禁止」原理と「平等援助」原理を両立しつつも、後者よりも前者を前面に押し出してゆくが、その端緒となった1971年のLemon v. Kurtzman<sup>89)</sup>において、私立学校（宗教学校を含む）の世俗教科担当教員の給与を補助するプログラム（ロウド・アイランド州法およびペンシルヴェイニア州法）を違憲とするにあたって、国教樹立禁止条項に関する一般的な司法審査基準として、当該法律ないし政府行為は、（1）「世俗的目的（secular purpose）」を有するものでなければならず（「目的」プロング）、また、（2）宗教を促進する「主要な効果（primary effect）」を有するものであってはならず（「効果」プロング）、さらに、（3）政府と宗教の「過度な関与（excessive entanglement）」を創出するものであってはならない（「関与」プロング）、という3つのプロングから成る<sup>90)</sup>、いわゆるLemonテストを定式化した。もともと、Lemon判決以降、宗教学校に対する政府援助に関する諸判決においては、当該プログラムは、Lemonテストの下で、「義務教育法の下にある、[宗教学校を含む]あらゆる学校における世俗教育の質を向上させる」<sup>91)</sup>というような世俗的目的が認められるが故に、「目的」プロングを容易にパスするものと一貫して判示され、従って、「効果」プロング（そして、それと表裏一体のものとして機能する「関与」プロング）をパスするか否かが争点とされてきた<sup>92)</sup>。

この点、合衆国最高裁判所は、Lemon判決（および、そのコンパニオン・ケースである、公立大学ないし私立大学（宗教系大学を含む）の施設建設費を補助するプログラム（連邦法Higher Education Facilities Act of 1963）を合憲としたTilton v. Richardson<sup>93)</sup>）を契機に、何よりもまず、宗教学校——初等・中等教育機関——と、宗教系大学——高等教育機関——とをカテゴリー的に差別化し<sup>94)</sup>、宗教学校を、宗教系大学とは違って、そこにおける世俗教育と宗教教育とが区別され得えないほどに「もっぱら宗教的な（pervasively sectarian）」<sup>95)</sup>機関と措定した上で、Lemon判決以降、宗教系大学に対する政府援助については、宗教系大学が「もっぱら宗教的な」機関ではない点で、形

式上、宗教的利用が禁止され、かつ、實際上、宗教的利用の証拠が存在しない限りにおいて<sup>96)</sup>、一貫してLemonテストの「効果」プロングをパスする、と判示してきたのに対して<sup>97)</sup>、宗教学校に対する政府援助については、宗教学校が「もっぱら宗教的な」機関である点で、形式上、たとえ宗教的利用が禁止されていようとも、また、實際上、宗教的利用の証拠が存在するか否かにかかわらず、宗教的利用（宗教教育）に流用される「実質的な危険（substantial risk）」が存在するが故に、Lemonテストの「効果」プロングをパスしない<sup>98)</sup>——あるいは、そうである以上、政府が宗教学校における政府援助の宗教的利用を予防するためには、宗教学校に対する「広範囲に及ぶ強度で継続的な政府による監督（comprehensive, discriminating, and continuing state surveillance）」が必要とされるが故に、Lemonテストの「関与」プロングをパスしない<sup>99)</sup>——と判示し、さらに、1975年のMeek v. Pittenger<sup>100)</sup>、および、1977年のWolman v. Walter<sup>101)</sup>においては、公立学校ないし私立学校（宗教学校を含む）に対して教材・教育機器を貸与するプログラム（ペンシルヴェイニア州法（Meek判決）、および、オハイオ州法（Wolman判決））を違憲とするにあたって、当該政府援助の名宛人が、形式上、宗教学校であれ、宗教学校に通学する子供（ないしその親）であれ<sup>102)</sup>、實際上、宗教学校に流入する政府援助が「実質的な量（substantial amount[ ]）」に達するものであるや否や、必然的に、宗教学校の活動全体（世俗教育と宗教教育の双方）を援助することとなるが故に、Lemonテストの「効果」プロングをパスしない<sup>103)</sup>、と判示し——Everson判決において合憲とされたバス輸送、および、Allen判決において合憲とされた教科書貸与の合憲性を支持しつつも<sup>104)</sup>——、そのようにして、しばしば、宗教学校に対する政府援助プログラムを違憲としてきた<sup>105)</sup>。

かくして、1970年代における「援助禁止」原則に基づく一連の諸判決を総括するべく、1985年のSchool District v. Ball<sup>106)</sup>において判示されたように、「国教樹立禁止条項は、政府によって財政支援ないし後援された宗教教育を絶対的に禁止している。…[宗教学校という]環境の中で執行される[政府援助]プログラムは、宗教教育のために利用される実質的な危険がある」<sup>107)</sup>、また、「各事件において問われるべきことは、[宗教学校に対する]当該政府援助の効

果が、直接的 (direct)・実質的 (substantial) なものであるか、あるいは、間接的 (indirect)・付随的 (incidental) なものであるかである<sup>108)</sup>、という判例法理が確立されていたのである。しかしながら、このBall判決 (および、そのコンパニオン・ケースであるAguilar v. Felton<sup>109)</sup>) において、当該プログラムを違憲としたのを最後に、合衆国最高裁判所が、2002年のZelman判決に至るまでに、宗教学校に対する政府援助を違憲とする判決を1つも下していないどころか、「援助禁止」原理に基づく諸判決 (Meek判決、Wolman判決、Ball判決、Aguilar判決) を覆していることから明らかなように<sup>110)</sup>、「援助禁止」原理は、衰退の一途をたどってゆく<sup>111)</sup>。

### C. 「平等援助」原理の台頭

合衆国最高裁判所は、1980年代に入って、「援助禁止」原理を後退させつつ、「平等援助」原理に回帰してゆくが、その端緒は、まさに、レーンクイスト首席裁判官が、Zelman判決における法廷意見の中で、PPSPを合憲とするために何よりもまず援用した<sup>112)</sup> —そして、かつて陪席裁判官時代に自ら法廷意見を執筆した—1983年のMueller判決に見出される<sup>113)</sup>。

この点、Mueller判決におけるレーンクイスト裁判官による法廷意見 (バーガ首席裁判官、ホワイト、パウエル、オコナの各裁判官が同調) は、Lemonテストの「効果」プロングの下で、公立学校ないし私立学校 (宗教学校を含む) に通学する子供の親に対する授業料を含む教育費全般に関する所得控除プログラム (ミネソウタ州法) を合憲とするにあたって、「広範な市民層に対して中立的に (neutrally) 政府援助を提供するプログラムは、容易に、国教樹立禁止条項に基づく違憲主張を免れる」<sup>114)</sup> という「中立性」の要件と、「親に対して提供される財政援助は、最終的には、その子供が通学する学校に対して直接的に提供される政府援助と同様の経済的効果を有する [か]、… [当該学校にとって] 利用可能な公金は、個々の親の私的選択 (private choice[]) の総体的な結果に過ぎない」<sup>115)</sup> という「私的選択」の要件を明らかにし、それら2つの要件に依拠した。しかしながら、Mueller判決において、マーシャル裁判官による反対意見 (ブレナン、ブラックマン、スティーヴンズの各裁判官が同調) が、「初等・中等学校の授業料に関する一般的に利用可能な財政援助は、授業料を請求する



学校の大部分が宗教学校である以上、主として、宗教を促進するであろう<sup>116)</sup>、また、「本判決において初めて、宗教学校に対する財政支援は、宗教学校の世俗的機能に限定され、宗教教育を支援するよう利用されない、ということを前提とされないままに合憲とされた<sup>117)</sup>と反論したように、「援助禁止」原理によれば、当該プログラムの下では、実際のところ、授業料を支払うことによって所得控除の十分な恩恵を受ける受益者の大部分が宗教学校——私立学校の90パーセント以上を占める——に通学する子供の親となるが故に、宗教学校に“実質的な量”の政府援助を流入させるものであった、と同時に、宗教学校の授業料が補助されるが故に、政府援助の宗教教育への“流用可能性”があるところか、“実際的な流用”がなされるものであった、という点で、本来ならば、当該プログラムは、Lemonテストの「効果」プロングをパスし得ないはずのものであった<sup>118)</sup>。

また、Zelman判決におけるレーンクイスト首席裁判官による法廷意見は、Mueller判決のリーズニングを支持するものとして1986年のWitters判決を援用するにあたって、Witters判決において、パウエル裁判官による同意意見（バーガ首席裁判官、レーンクイスト裁判官が同調）が、「Mueller判決において判示されたように、宗教を考慮することなく画定された市民層に対して教育援助を提供する、という完全に中立的な政府プログラムは、宗教に対する政府援助が個々の受益者の私的選択の結果である以上、Lemonテストの[効果プロング]をパスする。従って、Mueller判決において、当法廷は、たとえ受益者の大部分が、宗教学校に通学する子供の親であっても、[当該プログラム]を合憲としたのである<sup>119)</sup>と主張し、ホワイト裁判官による同意意見、および、オコナ裁判官による同意意見も、パウエル裁判官による同意意見の中のかかる主張に賛成する旨を述べていた<sup>120)</sup>、ということに着目し、Witters判決におけるマーシャル裁判官による法廷意見（バーガ首席裁判官、ブレナン、ホワイト、ブラックマン、パウエル、レーンクイスト、ステイーヴンズの各裁判官が同調）のリーズニングよりもむしろ、5人の裁判官（バーガ首席裁判官、ホワイト、パウエル、レーンクイスト、オコナの各裁判官）が与した、Witters判決におけるパウエル裁判官による同意意見の中のかかる主張を重視している<sup>121)</sup>。

なぜならば、Witters判決における法廷意見を執筆したマーシャル裁判官は——Mueller判決において、ブレナン、スティーヴンズ、ブラックマンの各裁判官と共に反対意見に回っていたことから窺えるように——、Mueller判決の法廷意見を形成し、そして、Witters判決におけるパウエル裁判官による同意意見の中のかかる主張を支持した、まさにその5人の裁判官によって、「平等援助」原理が推し進められることを阻止するべく、Lemonテストの「効果」プロングの下で、聖職者になるべく宗教教育を受けるために宗教系大学に通学する視覚障害学生に対して、奨学金を支給する職業リハビリテーション・プログラム（ワシントン州法）を適用することを合憲とするにあたって、当該プログラムの下での、政府援助の宗教的利用への流用の問題——“流用可能性”であれ、“実質的な流用”であれ——を差し置くべく<sup>122)</sup>、「中立性」と「私的選択」の要件に依拠しつつも<sup>123)</sup>、「援助禁止」原理に基づいて、宗教機関に流入する“実質的な量”の政府援助を懸念し、「当該プログラムの受益者[たる当該学生]の選択は、多種多様な職業選択肢の中からなされたものであって、その中での宗教職の選択肢は、ごく限られたものである。…従って、たとえ[当該学生]が政府援助を受給しようとも、当該プログラムの下で提供される政府援助全体の実質的な部分が宗教教育に流入するようなことにはならないであろう<sup>124)</sup>と判示することによって、Mueller判決のリーズニングに歯止めをかけようとしていたからであった<sup>125)</sup>。

さらに、Zelman判決における法廷意見の中で、レーンクイスト首席裁判官は、Mueller判決およびWitters判決の延長線上にあるものとして、かつて自らが法廷意見を執筆した1993年のZobrest判決を援用している<sup>126)</sup>。すなわち、Zobrest判決におけるレーンクイスト首席裁判官による法廷意見（ホワイト、スカリア、ケネディ、トマスの各裁判官が同調）は、Lemonテストの「効果」プロングの下で、宗教学校に通学する聴覚障害生徒に対して、手話通訳者を派遣するプログラム（連邦法 Individuals with Disabilities Act）を適用することを合憲とするにあたって、Mueller判決のリーズニングを強固なものとするべく、「宗教を考慮することなく画定された広範な市民層に対して中立的に利益を提供する政府プログラムは、容易に、国教樹立禁止条項に基づく違憲主張を

免れるが、それは、たとえ宗教機関も同時に経済的利益に浴するとしても、かかる利益が希薄なものに過ぎないからである。そして、当法廷は、この原理を、まさに、Mueller判決およびWitters判決において宣明したのであった<sup>127)</sup>と判示した上で、「当該サービスは、通学する学校が『公立か私立か、あるいは、宗教系か非宗教系か』にかかわらず、当該法律の下で『障害者』として認定されたあらゆる子供に対して中立的に利益を提供する、という一般的な政府プログラムの一部である。また、当該法律は、親に学校を選択させる自由を与えることによって、公務員たる手話通訳者がもつばら個々の親の私的決定の結果として宗教学校において存在する、ということを保証するものである[以上]、…宗教学校における公務員たる手話通訳者の存在は、政府の意思決定に起因するものとは考えられ得ない<sup>128)</sup>と判示し、「中立性」と「私的選択」の要件に依拠した<sup>129)</sup>。これに対して、Zobrest判決におけるブラックマン裁判官による反対意見（スーパ裁判官が同調）は、然るべく「援助禁止」原理に基づいて、法廷意見が当該プログラムの下での政府援助の宗教教育への“実質的な流用”の問題を等閑視している点を批判するべく、「本判決に至るまで、当法廷は、公務員が直接的に宗教教育に関与することを決して認めてはこなかった<sup>130)</sup>、すなわち、「[当該生徒に提供される]公務員たる手話通訳者は、[宗教学校における]当該生徒の宗教教育の導管として機能するであろう<sup>131)</sup>と反論した。

かくして、合衆国最高裁判所は、Zelman判決に至る前までにすでに、宗教機関に対する政府援助について、Mueller判決、Witters判決、Zobrest判決の3つの判決を通じて、「平等援助」原理を推し進めるべく、「中立性」と「私的選択」の要件の下で、「援助禁止」原理の構成要素のうち、少なくとも、宗教機関における政府援助の宗教的利用への“流量可能性”の懸念を——それどころか、“実質的な流用”の懸念さえも——喪失させていたわけであるが<sup>132)</sup>、それでもなお、Zelman判決以前においては、まさに、Zelman判決におけるスーパ裁判官による反対意見も指摘しているように<sup>133)</sup>、Mueller判決、Witters判決、Zobrest判決におけるプログラムとは比較にならないほどに「実質的な量」の政府援助——多額の公金——を宗教学校に流入させるようなヴァウチャ・プログラムに関する合憲性については、未だ回答を出してはいなかつ

たし、また、そもそも、Zelman判決におけるレーンクイスト首席裁判官による法廷意見によって色分けされたような<sup>134)</sup>、「間接的な援助」プログラムと「直接的な援助」プログラムの線引きについても、未だ明確なものとしてはいなかった<sup>135)</sup>。

#### IV. Zelman判決のインプリケーション

合衆国最高裁判所は、「平等援助」原理が台頭する契機となった1983年のMueller判決の2年後、公立学校ないし私立学校(宗教学校を含む)に対して教員を派遣しての補習授業プログラム(ミシガン州グランド・ラピッズ市学区によって策定されたプログラム)を違憲とした1985年のSchool District v. Ball<sup>136)</sup>、および、そのコンパニオン・ケースであり、それと類似のプログラム(連邦法Elementary and Secondary Education Act of 1965のTitle Iに基づいて、ニュー・ヨーク市教育委員会によって策定されたプログラム)を違憲としたAguilar v. Felton<sup>137)</sup>において、「援助禁止」原理に再び依拠した。すなわち、ブレナン裁判官による法廷意見(マーシャル、ブラックマン、パウエル、スティーヴンズの各裁判官が同調)は、Ball判決において、当該政府援助が親ないし子供の私的選択を介して宗教学校に流入するものではないことを理由に、Mueller判決をディスティンクウィッシュした上で<sup>138)</sup>、Lemonテストの「効果」プロングの下で、当該プログラムを違憲とするべく、宗教学校における政府援助の宗教教育への“流用可能性”の懸念から、「[宗教学校に派遣された公立学校]教員は、微妙に(あるいは、公然と)、[世俗]教育を[宗教学校の]環境に順応させてしまう可能性が高い」<sup>139)</sup>と判示すると同時に、宗教学校に流入する“実質的な量”の政府援助の懸念から、「当該プログラムは、宗教学校によって負担されるべき世俗教育を実質的に肩代わりすることによって、宗教学校の宗教的機能を助成している」<sup>140)</sup>と判示する一方、Aguilar判決においては、Ball判決のかかるリーズニングを前提として、Lemonテストの「関与」プロングの下で、当該プログラムを違憲とするべく、「[宗教学校に派遣された公立学校教員による世俗教育が]故意であれ不意であれ当該宗教学校における宗教教育に利用されることを予防するために役立つであろう[監督制度]は、…必然的に、効

果[プロング]とは異なる国教樹立禁止条項の懸念である、国家と教会の過度な関与を生じさせる」<sup>141)</sup>と判示した<sup>142)</sup>。

しかしながら、合衆国最高裁判所は、Ball判決およびAguilar判決後、1986年のWitters判決、および、1993年のZobrest判決を通じて、「平等援助」原理が台頭してきたことを背景として<sup>143)</sup>、1997年のAgostini v. Felton<sup>144)</sup>において、一転して、12年前にAguilar判決によって違憲とされたまさにそのプログラムを合憲とするべく、Aguilar判決（および、それと類似のプログラムを違憲としていたBall判決）を覆した<sup>145)</sup>。すなわち、Agostini判決におけるオコナ裁判官による法廷意見（レーンクイスト首席裁判官、スカリア、ケネディ、トマスの各裁判官が同調）は、スータ裁判官による反対意見（スティーヴンズ、ギンズバーグ、ブライアの各裁判官が同調）が「援助禁止」原理に依拠してBall判決およびAguilar判決を維持すべきことを主張したのに対して、「中立性」と「私的選択」の要件に依拠した諸判決（Mueller判決、Witters判決、Zobrest判決）を援用するべく<sup>146)</sup>、当該プログラムの下での本来的な受益者は、「学校」それ自体よりもむしろ、公立学校であれ私立学校であれ、あるいは、宗教系学校であれ非宗教系学校であれ、自ら選択した学校に通学する“児童・生徒”である、という点を強調し<sup>147)</sup>、「ある政府援助プログラムの合憲性は、中立的な政府援助を結果的に受給した、宗教学校の児童・生徒数によって左右されるものではない」<sup>148)</sup>、そして、「当該政府援助は、宗教を優遇することも冷遇することもない、という中立的・世俗的な基準によって配分され、宗教的受益者および非宗教的受益者が無差別的な基準によって利用可能なものである場合、…宗教を促進する効果を有する可能性が低い」<sup>149)</sup>と判示すると同時に、当該プログラムの下での補習授業は、宗教学校によって負担されるべき世俗教育（経費）を「肩代わりする (supplant)」ものではなく、「補充する (supplement)」ものに過ぎない<sup>150)</sup>、と判示することによって、宗教学校に流入する“実質的な量”の政府援助の懸念を縮減する一方、Lemon判決におけるような、政府によって助成された、世俗教科担当の宗教学校教員の場合はともかく<sup>151)</sup>、「公務員[たる公立学校教員]は、[宗教学校]に配置されるや否や、児童・生徒に宗教教育をするであろう、という——Ball判決およびAguilar判決が依拠した——仮

定」<sup>152)</sup>、すなわち、宗教学校における政府援助の宗教教育への“流用可能性”の懸念を明示的に放棄し<sup>153)</sup>、その帰結として、政府は、宗教学校に対する「強度な監督」なしに、政府援助の宗教教育への流用を予防し得る<sup>154)</sup>——それどころか、そもそも、Lemonテストの「関与」プロングは、「効果」プロングから独立して機能するものではなく、宗教機関に対する政府援助が宗教を促進するものであるか否かを審査する「効果」プロングの中の1つの要素に過ぎないものと見なされるべきである<sup>155)</sup>——と判示すると同時に、当該プログラムにおいては、宗教学校に派遣された公立学校教員による宗教教育——政府援助の宗教教育への“実質的な流用”——の証拠が存在しない<sup>156)</sup>、と判示し、Lemonテストの「効果」プロングの下で、当該プログラムを合憲とした<sup>157)</sup>。

さらに、合衆国最高裁判所は、Agostini判決のリーズニングを足がかりにして、「平等援助」原理を推し進めるべく、2000年のMitchell v. Helms<sup>158)</sup>において、公立学校ないし私立学校（宗教学校を含む）に対して教材・教育機器を貸与するプログラム（連邦法Elementary and Secondary Education Act of 1965のTitle IIに基づいて、ルイジアナ州ジェファスン・パリッシュによって執行されたプログラム）を合憲とするにあたって、かつて同様のプログラムを違憲としていたMeek判決およびWolman判決を覆した<sup>159)</sup>。すなわち、Mitchell判決におけるトマス裁判官による相対多数意見（レーンクイスト首席裁判官、スカリア裁判官、ケネディの各裁判官が同調）は、スーク裁判官による反対意見（スティーヴンズ、ギンズバーグの各裁判官が同調）が「援助禁止」原理に依拠してMeek判決およびWolman判決を維持すべきことを主張したのに対して、当該プログラムのような、宗教機関に対する「直接的な援助 (direct aid)」——政府から“直接的に”宗教機関に提供される政府援助——を、Mueller判決、Witters判決、Zobrest判決におけるような、宗教機関に対する「間接的な援助 (indirect aid)」——個々の受益者を介して“間接的に”宗教機関に提供される政府援助——と同等するべく<sup>160)</sup>、当該プログラムの下での政府援助は、公立学校であれ私立学校であれ、あるいは、宗教系私立学校であれ非宗教系私立学校であれ、各学校に対して在学者の「頭割りで (per capita)」配分されているものである、という点を強調し<sup>161)</sup>、「頭割りによる援助配分という当該プ

プログラムの仕組の故に、私的な意思決定が政府援助を方向づけ、また、当該プログラムの中立性の故に、かかる私的決定は自律的なものとなる。すなわち、まさに、児童・生徒およびその親——政府ではなく——が、自己の学校選択によって、当該政府援助の受益者を決定づけるのである。…従って、当該政府援助は、私的選択によって[学校に対して]提供されるものである以上、たとえ『直接的な』援助と評されようとも、それは問題にはならない<sup>162)</sup>、すなわち、「学校に対する政府援助は、たとえ『直接的な援助』であろうとも、[個々の受益者にとって]中立的に利用可能なものであり、(文字通りであれ比喩的であれ)当該政府援助を公立学校ないし非宗教系の私立学校にも自由に注入し得る多数の私人を介して宗教学校に流入するものである限り、政府による宗教の支援とはならぬ[i]」<sup>163)</sup>と判示することによって、当該プログラムは、「中立性」と「私的選択」の要件を満たすものである以上、宗教学校に対して世俗的な「内容(content)」の教材・教育機器を貸与するものである限り、かかる世俗的物品が、たとえ宗教学校において宗教教育への「実質的な流用(actual diversion)」にさらされようとも——従って、そもそも、「流用可能性(divertibility)」があるとも——<sup>164)</sup>、あるいは、たとえ宗教学校によって負担されるべき世俗的物品(経費)を「肩代わりする」ものであろうとも<sup>165)</sup>、Lemonテストの「効果」プロングをパスする、と判示した<sup>166)</sup>。そして、詰まるところ、Mitchell判決において、トマス裁判官による相対多数意見が、「宗教的であれ、非宗教的であれ、あるいは、反宗教的であれ、あらゆる個人ないし団体が等しく政府援助の受益者となり得るのならば、[相対的な問題として]、特定の受益者による特定の教育は、政府に起因するものとは考えられないであろう」<sup>167)</sup>——それどころか、逆に、「もっぱら宗教的な」機関として宗教学校を政府援助から排除することは、「宗教に基づく差別」を呈することになるが故に、そのような観念それ自体が放棄されるべきである<sup>168)</sup>——と判示したことは、まさに、スータ裁判官による反対意見が危惧したように、宗教学校に対する政府援助に関する判例法理において、「援助禁止原理の終焉」を意味するものであった<sup>169)</sup>。しかしながら、まさにそのMitchell判決において、オコナ裁判官による同意意見(ブライア裁判官が同調)が、当該プログラムを合憲とするトマス裁判官による相対

多数意見の結論（ならびに、Meek判決およびWolman判決が覆されるべきこと）に賛成しつつも、当該プログラムのような、在学者の「頭割りによる学校援助」は、Mueller判決、Witters判決、Zobrest判決におけるような、「真の私的選択 (true private-choice)」を介在した、宗教学校に対する「間接的な援助」、すなわち、「政府が受益者たる児童・生徒に対して直接的に政府援助を提供することによって、かかる児童・生徒は、宗教学校に通学し得ると同時に、なおも、世俗的な政府援助を宗教教育のために利用するか否かについての選択権を保持している」<sup>170)</sup> というプログラムではない以上、それよりもむしろ、Agostini判決におけるプログラムの延長にある、宗教学校に対する「直接的な援助」として位置づけられるものであり<sup>171)</sup>、そのような政府援助については、かつてAgostini判決において自ら執筆した法廷意見の中で明らかにしたように、Lemonテストの「効果」プロングをパスするためには、公立学校であれ私立学校であれ、あるいは、宗教系学校であれ非宗教系学校であれ、自ら選択した学校に通学する本来的な受益者である児童・生徒に対して宗教を考慮することなく中立的に配分され利用可能なものである、という要件に加えて、世俗的な内容のものであることはもとより、宗教学校において宗教教育への「実的な流用」がなされていないこと、および、宗教学校によって負担されるべき経費を「肩代わりする」ものではないこと、という要件が加重されるべきであり<sup>172)</sup>、とりわけ、当該プログラムは、宗教学校において政府援助が宗教教育に流用されないようにするための「十分な予防措置 (adequate safeguard[ ])」—— Agostini判決において、もはや“流用可能性”の懸念が放棄されている以上、Agostini判決におけるような、宗教学校に派遣された“公立学校教員による世俗教育”と同様に、当該プログラムにおけるような、宗教学校に貸与された“世俗的物品”についても、政府は、宗教学校に対する「強度な監督」なしに、宗教教育への流用を予防し得る——を備えている、と主張し<sup>173)</sup>、トマス裁判官による相対多数意見に同調しなかったがために——スーク裁判官による反対意見と相俟って<sup>174)</sup>——、結果的に、宗教機関に対する政府援助に関する判例法理において、「直接的な援助」と「間接的な援助」という二分論を浮上させると同時に、宗教学校に対する「直接的な援助」については、宗教学校における宗



教教育への“实际的な流用”の懸念と、宗教学校によって負担されるべき経費を“肩代わりする”ことの懸念、という「援助禁止」原理の構成要素の一部分だけをかろうじて残存させることとなった<sup>175)</sup>。

かくして、Zelman判決におけるスーパ裁判官による反対意見が、Mueller判決以降の、宗教学校に対する政府援助に関する判例法理の展開をいみじくも評するように、一方で、「1983年[のMueller判決におけるレーンクイスト裁判官による法廷意見]を出発点として、[宗教学校における政府援助の宗教教育への]流用可能性の懸念は、徐々に、喪失されてきた」<sup>176)</sup>が、「[1985年の]Ball判決は、…[Mueller判決のような]、宗教学校に対する[間接的な政府援助に関する事例においては]ともかく、Ball判決のような]、直接的な政府援助に関する事例においては、依然として、流用可能性が問われる、ということを明らかにしていた」<sup>177)</sup>にもかかわらず、最終的に、「[1997年の]Agostini判決において、[オコナ裁判官による]法廷意見は、[1971年のLemon判決以来の]約30年間にわたる流用可能性の仮定を放棄した」<sup>178)</sup>、他方で、「[Mueller判決においては、所得控除という意味で]、宗教学校に対して実質的な利益をもたらす可能性が低い量の政府援助」<sup>179)</sup>であったし、「[1986年のWitters判決、および、1993年のZobrest判決においては]、宗教に対する政府援助は、偶発的・付随的なものであった[し]、…また、Agostini判決においては、当該政府援助が[宗教学校に対する]組織的・実質的なものと言い得るものであった」<sup>180)</sup>にもかかわらず、「[オコナ裁判官による]法廷意見は、Ball判決の判示内容とは対照的に、当該政府援助を、[学校それ自体よりもむしろ]、『児童・生徒に対して直接的に提供される』ものと見な[す]」<sup>181)</sup>と同時に、「当該政府援助を『補充的なもの』に過ぎないものと見な[し]、さらに、[2000年の]Mitchell判決においても、当法廷における判例法理を決定づけた[オコナ裁判官による同意意見]は、Agostini判決におけるのと同様の手法で、[同様の]政府援助を、宗教学校の経費の『一部』しか援助しないものと見なした」<sup>182)</sup>ということからすれば、最終的に、「[2002年の]Zelman判決において初めて、[レーンクイスト首席裁判官による]法廷意見によって、明確に、[宗教学校に対する]実質的な政府援助が憲法上許容されるに至った」<sup>183)</sup>のである。そして、Zelman判決におけるレーンクイスト首席

裁判官による法廷意見は、「当法廷の諸判決は、[Agostini判決、Mitchell判決におけるような]、宗教学校に対して直接的に政府援助を提供する、というプログラムと、[Mueller判決、Witters判決、Zobrest判決において判示したような]、政府援助がもつぱら私人の真正・自律的な選択の結果として宗教学校に流入する、という真の私的選択プログラムとを一貫して区別してきた。当法廷の判例は、直接的な政府援助プログラムの合憲性に関しては、[Ball判決以来]、ここ約20年間で著しく変更されてきたのに対して、真の私的選択プログラムの合憲性に関しては、安定し、確立されたものとなっている」<sup>184)</sup>と判示し、まさに、Mitchell判決におけるオコナ裁判官による同意意見によって主張された、宗教機関に対する「直接的な援助」と「間接的な援助」の二分論を追認することによって、さしあたり、「直接的な援助」についてはともかく、「間接的な援助」については、「中立性」と「私的選択」の要件の下で、宗教機関における政府援助の宗教的利用への“流用可能性”および“実質的な流用”の懸念、ならびに、宗教機関に流入する“実質的な量”の政府援助の懸念、という「援助禁止」原理の構成要素のすべてを葬り去ることに成功したのである<sup>185)</sup>。

## V. おわりに

以上のように、Zelman判決は、国教樹立禁止条項の下での、宗教学校を参加対象に包摂するヴァウチャ・プログラムの合憲性の問題に終止符を打ったわけであるが、と同時に、新たな憲法上の問題を浮上させた。すなわち、ある論者が指摘するように、「[今後の]憲法上の問題は、宗教の自由な実践条項 (Free Exercise Clause) …の下で、政府が、[ヴァウチャ・プログラムの参加対象から宗教学校]を排除することが許容されるか否かになった。そして、かかる新たな憲法上の問題は、多数の州が、政治上の理由により、あるいは、『宗教』機関ないし『宗教』教育に公金を提供することを禁止する州憲法上の[Little Blaine Amendmentsを含む公定宗教樹立禁止条項の]理由により、[ヴァウチャ・プログラムの参加対象から]宗教学校を排除する傾向がある、という点で、生じ[る]」<sup>186)</sup>のである。

注)

- 1) 536 U.S. 639 (2002).
- 2) See *infra* Part II .A-B.
- 3) See JOSEPH P. VITERITTI, CHOOSING EQUALITY: SCHOOL CHOICE, THE CONSTITUTION, AND CIVIL SOCIETY 2 & 225 n.1, 53-54 & 240 n.1 (1999) (citing Milton Friedman, *The Role of Government in Education*, in *ECONOMICS AND THE PUBLIC INTEREST* 123 (Robert A. Solo ed., 1955)).
- 4) See George W. Dent, *Vouchers*, in 6 *ENCYCLOPEDIA OF THE AMERICAN CONSTITUTION* 2814, 2814 (Leonard W. Levy & Kenneth L. Karst eds., 2d ed. 2000); see also Mark E. Chopko, *Vouchers Can Be Constitutional*, 31 *CONN. L. REV.* 945, 947 (1999) (“voucher” とは、…初等・中等学校における子供の教育に用途が限定されて親に対して振り出される[有価]証券である).
- 5) See TERRY M. MOE, *SCHOOLS, VOUCHERS, AND THE AMERICAN PUBLIC* 17-40 (2001).
- 6) 347 U.S. 483 (1954).
- 7) See ALLAN R. ODDEN & LAWRENCE O. PICUS, *SCHOOL FINANCE: A POLICY PERSPECTIVE* 10-11 (3d ed. 2004). なお、住民の財産税以外からの学校区の財源は、連邦政府よりもむしろ、州から配分される補助金でほぼ占められている。See *id.* at 5-8.
- 8) See James E. Ryan, *Schools, Race, and Money*, 109 *YALE L.J.* 249, 258-96 (1999).
- 9) See Jeffrey R. Henig & Stephen D. Sugarman, *The Nature and Extent of School Choice*, in *SCHOOL CHOICE AND SOCIAL CONTROVERSY: POLITICS, POLICY, AND LAW* 13, 18-19, 23-24 (Stephen D. Sugarman & Frank R. Kemerer eds., 1999).
- 10) See generally James E. Ryan & Michael Heise, *The Political Economy of School Choice*, 111 *YALE L.J.* 2043 (2002) (都市部の学校区と郊外の学校区とを対置させて、学校選択プログラムの背景、現状、問題点について論じている).
- 11) See *infra* Part III.B.
- 12) See, e.g., Laura S. Underkuffler, *Vouchers and Beyond: The Individual as Causative Agent in Establishment Clause Jurisprudence*, 75 *IND. L.J.* 167, 167 (2000).
- 13) See MOE, *supra* note 5, at 3.
- 14) See HERITAGE FOUND., *SCHOOL CHOICE 2001: WHAT'S HAPPENING IN THE STATES* 244-45 (Robert E. Moffit et al. eds., 2001) [hereinafter *SCHOOL CHOICE 2001*].
- 15) *Jackson v. Benson*, 578 N.W.2d 602 (Wis. 1998), *cert. denied*, 525 U.S. 997 (1998).
- 16) See Steven K. Green, *The Illusionary Aspect of "Private Choice" for Constitutional Analysis*, 38 *WILLAMETTE L. REV.* 549, 550-51 (2002).
- 17) See Ira C. Lupu & Robert W. Tuttle, *Zelman's Future: Vouchers, Sectarian*

*Providers, and the Next Round of Constitutional Battles*, 78 NOTRE DAME L. REV. 917, 957-60 (2003).

18) See SCHOOL CHOICE 2001, *supra* note at 14 at 46-47.

19) FLA. CONST. art. I, § 3 (「州ないし州の機関は、直接的であれ間接的であれ、教会、宗派ないし宗教機関を援助するために、公金を支出してはならない」).

20) See MICHAEL W. MCCONNELL ET AL., RELIGION AND THE CONSTITUTION 451-58 (2002).

諸州の憲法上の Little Blaine Amendments の文言は、多様であるが、そこには、少なくとも、州による宗教機関——とりわけ、宗教学校——に対する公金支出の禁止、という点で共通項が見出され、州憲法上のどの規定が Little Blaine Amendments として同定されるべきかについては議論の余地もあるが、現在までのところ、およそ30州の州憲法の中に Little Blaine Amendments が存在する、という。See Toby J. Heytens, Note, *School Choice and State Constitutions*, 86 VA. L. REV. 117, 123 & n.32 (2000). なお、そもそも Little Blaine Amendments は、1875年に連邦議会下院議員のブレインによって提案された、とりわけ、「いかなる州においても公立学校を維持するための税金は、…宗派の支配の下に置かれてはならない」と規定する連邦憲法修正案——いわゆる“Blaine Amendment”——に由来する。See generally Steven K. Green, *The Blaine Amendment Reconsidered*, 36 AM. J. LEGAL HIST. 38 (1992) (Blaine Amendment の背景と意義について詳説している)。そして、この Blaine Amendment は、当時、宗教的マジョリティであったプロテスタント教徒によって支配されていた公立学校——そこでは、欽定訳聖書の朗読が慣行とされていた——から排斥されたカトリック教徒の移民が増加するのに伴ってカトリック系学校を創設し始めたのを背景として、プロテスタント教徒による反カトリック思想によって動機づけられたものであり、結局、連邦憲法上は不成立に終わったが、多数の州が、Blaine Amendment に類似した規定—— Little Blaine Amendments ——を自州の州憲法に採用するに至った、という。See John C. Jeffries, Jr. & James E. Ryan, *A Political History of the Establishment Clause*, 100 MICH. L. REV. 279, 297-305 (2001). *But cf.* Laura S. Underkuffler, *The "Blaine" Debate: Must States Fund Religious Schools?*, 2 FIRST AMEND. L. REV. 179, 195, 197 (2003) (「[Little Blaine Amendments] の由来がいかなるものであろうとも、その多くは、現在に至るまでに、州議会ないし州民投票によって再考され、再承認されてきた」、すなわち、「[Little Blaine Amendments の] 現在における趣旨と効用に目を向けるべきである」).

21) *Holmes v. Bush*, No. CV 99-3370, 2002 WL 1809079 (Fla. Cir. Ct. Aug. 5, 2002), *aff'd*, 886 So. 2d 340 (Fla. Dist. Ct. App. 2004).

22) See Kent Greenawalt, *Religion and American Political Judgments*, 36 WAKE

FOREST L. REV. 401, 402-03 (2001) (「2000年の大統領選挙における重大な争点の[1つ]は、…スクール・ヴァウチャであ[り]、ブッシュ候補が賛成したのに対して、ゴア候補は反対した。一方で、スクール・ヴァウチャに関する問題は、私教育を援助することによって、退廃した公立学校の子供のために新たな教育機会を生み出し、そのような学校の改善を促すか、あるいは、公立学校から運営資金と有能な子供を奪い取り、公立学校を現状よりも劣悪な状態に貶めるかどうかにある[が]、他方で、宗教教育[に対する政府援助]の問題がある。すなわち、私立学校の大部分は宗教学校であ[り]、さらに、宗教学校の大部分がローマ・カトリックと福音派プロテスタントの学校である[以上]、非宗教系の私立学校のみを参加対象とするいかなるヴァウチャ・プログラムも、現実性に欠ける」).

23) See Michael W. McConnell, *Legal and Constitutional Issues of Vouchers, in* VOUCHERS AND THE PROVISION OF PUBLIC SERVICES 368, 389 (C. Eugene Steuerle et al. eds., 2000) (「幾つかの州[裁判所]は、自州の公定宗教樹立禁止条項を解釈するにあたって、合衆国最高裁判所による国教樹立禁止条項の解釈に追随するが、幾つかの州[裁判所]は、そうすることをしない」).

24) Cf. *Witters v. Wash. Dep't of Servs. for the Blind*, 474 U.S. 481, 489 (1986) (「当然のことながら、州裁判所は、国教樹立禁止条項よりも『はるかに厳格な』自州の州憲法上の規定を自由に適用し得る」). そして、実際、このWitters判決の差戻審において、ワシントン州最高裁判所は、合衆国最高裁判所によって国教樹立禁止条項の下で合憲とされた当該州行為を、自州の公定宗教樹立禁止条項——州憲法第1条II節の「いかなる公金ないし公共財産も、礼拝、宗教の実践、もしくは、宗教教育のために、または、宗教機関の支援のために支出・利用されてはならない」という規定——に基づいて違憲とした。Witters v. State Comm'n for the Blind, 771 P.2d 1119 (Wash. 1989). なお、合衆国最高裁判所によるWitters判決の判示内容については、see *infra* text accompanying notes 119-25.

25) See THOMAS C. BERG, *THE STATE AND RELIGION IN A NUTSHELL* 250-53 (2d ed. 2004).

なお、宗教学校を参加対象に包摂するヴァウチャ・プログラムを禁止し得る州憲法上の規定は、概して、(1) あらゆる私立学校——宗教系であれ非宗教系であれ——に対する政府援助を禁止する規定、(2) 宗教機関ないし宗教学校に対する政府援助を禁止する規定、(3) 宗教的活動ないし宗教教育に対する政府援助を禁止する規定、という3つのカテゴリに分類され得る。See Thomas Berg et al., *Joint Statement by Church-State Scholars on School Vouchers and the Constitution: What the United States Supreme Court Has Settled, What Remains Disputed*, SCHOOL VOUCHERS: SETTLED QUESTIONS, CONTINUING DISPUTES (Pew F. on Religion & Pub. Life, Washington, D.C.), Dec. 2002, at 2, 7-8, *available at*

- http://pewforum.org/issues/files/VoucherPackage.pdf. この点、ある論者によれば、全米50州のうち、少なくとも、17の州（アラスカ、カリフォルニア、デラウェア、フロリダ、ハワイ、アイダホウ、キャンザス、ケンタッキー、マサチューセッツ、ミシガン、ミズーリ、ノース・ダコウタ、オウクラホウマ、サウス・ダコウタ、ヴァージニア、ワシントン、ワイオウミング）においては、もし州が宗教学校を参加対象に包摂するヴァウチャ・プログラムを策定した場合、当該プログラムは、州憲法上の諸規定、および（あるいは）、州最高裁判所の判例から、州憲法それ自体が修正されない限り、または、州最高裁判所による判例変更がなされない限り、州憲法の下で違憲とされ得る、という。See Frank R. Kemerer, *State Constitutions and School Vouchers*, 120 EDUC. L. REP. 1, 3-20, 39-40 tbl.1 (1997).
- 26) 本稿は、2004年6月12日に、甲南大学において開催された第48回宗教学会における研究報告に基づくものである。
- 27) See *Zelman v. Simmons-Harris*, 536 U.S. 639, 644-45 (2002).
- 28) See Ira C. Lupu & Robert Tuttle, *Sites of Redemption: A Wide-Angle Look at Government Vouchers and Sectarian Service Providers*, 18 J.L. & POL. 539, 586-87 (2002).
- 29) PPSPは、参加する私立学校に対して、宗教、人種、民族性ないし出身国に基づいて差別すること、および、それらに基づく個人ないし団体に対する憎悪を教育することを禁止する。See *Zelman*, 536 U.S. at 645.
- 30) 原則として、ある学校区内に居住する親の子供が、学校区内の公立学校に通学する限り、親に対して授業料が請求されることはないが、学校区外の公立学校に通学する場合には、親に対して授業料が請求されることになるが故に、当該規定が設けられている。See Mark Tushnet, *Vouchers After Zelman*, 2002 SUP. CT. REV. 1, 3.
- 31) See *Zelman*, 536 U.S. at 645-47. この点、PPSPは、ヴァウチャ券の支給について、低所得家庭を優先しつつ、申請者が定員を超えた場合には、受給者を抽選によって選定する。See Lupu & Tuttle, *supra* note 28, at 586 & n.134. また、個別指導料の補助金を支給される人数は、ヴァウチャ券を支給された人数と同数でなければならない。See *Zelman*, 536 U.S. at 646-47. なお、ヴァウチャ券の定員は、毎学年度、州教育長によって各学校区ごとに決定される。See *id.* at 646 n.2.
- 32) Cf. Tushnet, *supra* note 30, at 38（「クリーヴランド市郊外の公立学校が1校も〔PPSPに参加しなかった〕、ということは、驚くべきことではない。すなわち、市郊外の親は、インナ・シティの学校の児童・生徒を受け入れることによって、自身の学校における教育の質が低下することを危惧したのである」）。
- 33) *Zelman*, 536 U.S. at 647.
- 34) See Lupu & Tuttle, *supra* note 28, at 587.
- 35) *Zelman*, 536 U.S. at 647-48.

- 36) *Simmons-Harris v. Zelman*, 72 F. Supp. 2d 834 (N.D. Ohio 1999).
- 37) *Simmons-Harris v. Zelman*, 234 F.3d 945 (6th Cir. 2000).
- 38) *Zelman v. Simmons-Harris*, 533 U.S. 976 (2001).
- 39) *See infra* Part II.B.
- 40) *See infra* Part II.C.
- 41) *See Zelman*, 536 U.S. at 648-49; *see also id.* 668-69 (O'Connor, J., concurring) (quoting *Lemon v. Kurtzman*, 403 U.S. 602, 612-13 (1971); citing *Agostini v. Felton*, 521 U.S. 203, 232-33 (1997)) (「宗教機関に対する政府援助の」領域に属する諸判決における当法廷による中心的な審査手法は、Lemon テストである[が]、そのオリジナルな定式によれば、ある法律は、『世俗的な立法目的』を有するものであり、その『主要な効果』が『宗教を促進することも阻害することもない』ものであり、『政府と宗教の過度な関与を創出しない』ものである限りにおいて、Lemonテストをパスする、というものであった。しかしながら、Agostini 判決において、当法廷は、関与の審査を、主要な効果の審査の中に組み込[み]、…関与の程度は、ある法律が宗教を促進ないし阻害するものであるか否かを審査するための1つの要素とした」).
- 42) *See id.* at 649.
- 43) 463 U.S. 388 (1983).
- 44) 474 U.S. 481 (1986).
- 45) 509 U.S. 1 (1993).
- 46) *See Zelman*, 536 U.S. at 649; *see also id.* at 669 (O'Connor, J., concurring) (「当法廷の諸判決」は、Lemonテストの効果プロングが、[政府による宗教系団体に対する]間接的な援助に関する事例において、どのように適用されるべきか、という問題に光を投じている」).
- 47) *Id.* at 651.
- 48) *Id.*
- 49) *See id.* at 649-52.
- 50) *Id.* at 652.
- 51) *Id.*
- 52) *Id.* at 650.
- 53) *Id.* at 652.
- 54) *See id.* 652-54; *see also id.* at 669 (O'Connor, J., concurring) (「法廷意見によって判示されたように」、直接的にサービス提供者ではなく、受益者に対して政府援助を配分するプログラムが、[Lemonテストの効果プロングの下で]宗教を促進ないし阻害する主要な効果を有するものであるか否かについての基本的な審査[は]、…[1]当該プログラムが、受益者ないしサービス提供者の宗教的立場

を考慮しない、という中立的な方法で政府援助を提供するものであるか否か、[2] 個々の受益者が、宗教系団体ないし非宗教系団体の中から、かかる政府援助を注入する団体を決定するにあたって、真正な選択の機会を有するか否か、ということである」).

55) *See id.* at 662-63.

56) *See id.* at 653.

57) *See id.* at 655-56, 660 n.6; *see also id.* at 673 (O'Connor, J., concurring) (「本件において PPSP だけに着目するのならば、クリーヴランド市学区の教育システムが実際にどのように機能しているかを無視することになる。…従って、法廷意見が判示するように、ヴァウチャ券の申請資格を有する子供の親にとって利用可能なすべての学校選択の機会、すなわち、コミュニティ・スクールおよびマグネット・スクールを選択する機会も考慮するのならば、非宗教系の学校を選択する機会も、クリーヴランド市学区の親に対して十分に与えられている」).

58) *See id.* at 656-60. この点に関して、オコナ裁判官による同意意見は、金額の観点から、PPSPの下で宗教学校に流入する公金の総額は、最大で820万ドル程度にまで達するであろうが、コミュニティ・スクールおよびマグネット・スクールに配分される州補助金の総額(1億ドル以上)と比較すれば、微々たるものに過ぎないものとなる、と補足している。*See id.* at 664 (O'Connor, J., concurring).

59) *Id.* at 658.

60) 413 U.S. 756 (1973).

61) *See Zelman*, 536 U.S. at 661-62 (quoting *Nyquist*, 413 U.S. at 782 n.38).

62) 330 U.S. 1 (1947).

63) *See Zelman*, 536 U.S. at 686-90 (Souter, J., dissenting) (quoting *Everson*, 330 U.S. at 16).

64) *See id.* at 695-99 (Souter, J., dissenting).

65) *See supra* note 58.

66) *See Zelman*, 536 U.S. at 700-07 (Souter, J., dissenting).

67) *See id.* at 707-11 (Souter, J., dissenting).

68) *See supra* note 29.

69) *See Zelman*, 536 U.S. at 711-16 (Souter, J., dissenting).

70) *See, e.g., Walz v. Tax Comm'n*, 397 U.S. 664 (1970) (非営利団体(宗教団体を含む)に対する財産税に関する免税措置(ニュー・ヨーク州法)が合憲とされた事例).

71) *See, e.g., Bowen v. Kendrick*, 487 U.S. 589 (1988) (若年妊娠を予防推進する社会事業団体(宗教系団体を含む)に対して補助金を提供するプログラム(連邦法 Adolescent Family Life Act)が合憲とされた事例).



- 72) *See generally* STEPHEN V. MONSMA, *WHEN SACRED AND SECULAR MIX: RELIGIOUS NONPROFIT ORGANIZATIONS AND PUBLIC MONEY* (1996) (宗教系団体に対する政府援助をめぐる諸問題について概説している).
- 73) *See supra* Part II.C.1.
- 74) 330 U.S. 1 (1947).
- 75) *See id.* at 16 (「国教樹立禁止条項は、国家と教会の分離の壁を設けようと意図されたものであった」).
- 76) *See id.* at 18 (「宗教条項 (Religion Clauses)」が要求するところによれば、政府は、宗教組織と非宗教組織との関係において中立的でなければならず、…政府権限は、宗教を優遇することも冷遇することもないように行使されなければならない」).
- 77) *Id.* at 16.
- 78) *Id.*
- 79) *See id.* at 31-32, 45 (Rutledge, J., dissenting) (「国教樹立禁止条項」の趣旨は、政府による宗教に対するあらゆる形態の援助ないし支援を徹底的に禁止することによって、国家権力と宗教的活動のそれぞれの領域を完全かつ恒久的に分離しようとするにあった」にもかかわらず、「法廷意見は、[当該プログラムにおける]税金の使用によって、事実上、宗教教育が援助・促進される、ということ認めているし、それどころか、そのことを認めざるを得ない」); *see also id.* at 19 (Jackson, J., dissenting) (「国家と教会の完全かつ徹底的な分離を主張する法廷意見の基調は、[宗教教育]を支援することになる結論とまったく矛盾しているように考えられる」).
- 80) *See id.* at 18.
- 81) *See* Douglas Laycock, *The Underlying Unity of Separation and Neutrality*, 46 EMORY L.J. 43, 46 (1997) (「合衆国最高裁判所は、分離は、宗教に対する政府の関与を最小限にし、宗教的自由を最大限にすることによって、…世俗と宗教との間での政府の中立性を実現するものである、と考えているし、また、常に、そのように考えてきた。…実際のところ、合衆国最高裁判所は、分離は、根本的に、中立性と異なるようなものではない、と判示してきた」).
- 82) *See* BERG, *supra* note 25, at 16-20, 24-26, 210-12.
- 83) 392 U.S. 236 (1968).
- 84) *See id.* at 252-53 (Black, J., dissenting) (「教科書は、たとえ『世俗的な』ものであろうとも、必然的に、宗教的見解を伝達し易いものである[以上]、…[バス輸送]と区別されるべきである」).
- 85) *Id.* at 249 (Harlan, J., concurring).
- 86) 397 U.S. 664 (1970). なお、Walz判決の判示内容については、*see supra* note

70.

87) *Walz*, 397 U.S. at 670.

88) *See Laycock, supra* note 81, at 46-48, 53-54.

89) 403 U.S. 602 (1971).

90) *See id.* at 612-13.

91) *Id.* at 613.

92) *See BERG, supra* note 25, at 30, 219-21. なお、国教樹立禁止条項に関する司法審査基準について詳しくは、拙稿「合衆国憲法修正第1条にいう『国教樹立禁止』条項に関する司法審査基準のアーナ——Lemonテスト、Endorsementテスト、Coercionテストの位相——」早稲田法学80巻3号349頁（2005年）参照。

93) 403 U.S. 672 (1971).

94) *Compare Lemon*, 403 U.S. at 616（「宗教学校の趣旨および活動は、相当程度において、宗教的なものである」）、*and id.* at 657（opinion of Brennan, J.）（「宗教学校における世俗教育は、宗教学校の唯一の存在理由である宗教的使命と密接な関係にある。それどころか、両者は、密接不可分なものである」）、*with Tilton*, 403 U.S. at 685-86（plurality opinion）（「一般的に、宗教系の初等・中等学校と宗教系の高等教育機関の間には、宗教的側面に関して重大な相違がある。すなわち、宗教系の初等・中等学校の教育方針は、たとえ支配的ではないとしても、おおよそ、児童・生徒を、特定の宗教の信仰者にするために、その全教育を統制することである[のに対して]、…多数の宗教系大学は、高度の学問の自由によって特徴づけられる」）。

95) *Hunt v. McNair*, 413 U.S. 734, 743 (1973); *see also Roemer v. Bd. of Pub. Works*, 426 U.S. 736, 755 (1976)（plurality opinion）（「いかなる政府援助も、世俗的活動と宗教的活動とが区別され得ないほどに『もっぱら宗教的な』機関に提供されてはならない」）。

96) *See Roemer*, 426 U.S. at 750（plurality opinion）（「*Tilton*判決において、当該プログラムの主要な効果は、宗教を促進するものとは判示されなかった。なぜならば、当該施設の宗教的利用が禁止さ[れ]、また、かかる禁止は、[当該]大学が、世俗的機能と宗教的機能が区別し得ないほどにもっぱら宗教的な機関ではなかった、という点で、実現可能なものであった[し]、実際のところ、財政支援された施設において宗教的活動が行われた、といういかなる証拠もなかったからである」）。

97) *See BERG, supra* note 25, at 228-31.

98) *See, e.g., Levitt v. Comm. for Pub. Educ. & Religious Liberty*, 413 U.S. 472, 480 (1973)（「当法廷は、[政府によって助成された]試験が、宗教学校教員によって、故意であれ不意であれ、児童・生徒に宗教教育をするべく作成される、という実質的な危険を無視し得ない」）；*see also Lemon*, 403 U.S. at 619（「当法廷は、[政

府によって助成された]宗教学校教員が世俗教育と自身の宗教的信念とを区別し得ないものとは考えない[が]、それでもなお、憲法上許容され得ない、宗教を促進する可能性がある」).

- 99) *Compare, e.g., Lemon*, 403 U.S. at 619 (「政府は、助成した宗教学校教員が宗教教育をしないよう担保しなければならぬ[が]、…[そうするためには]、必然的に、広範囲に及ぶ強度で継続的な政府による監督が必要とされるであろう」), *with Tilton*, 403 U.S. at 687 (plurality opinion) (「当該宗教系大学は、その趣旨および活動が、相当程度、宗教教育ではない以上、[宗教系の]初等・中等学校よりも、宗教が世俗教育にまで浸透する可能性が低い。従って、[当該宗教系大学に対する]政府援助が宗教的活動を支援する危険性が低くなる[と同時に]、政府による強度な監督の必要性も低くなる」).
- 100) 421 U.S. 349 (1975).
- 101) 433 U.S. 229 (1977).
- 102) *See id.* at 250 (「[Meek判決とは違って]、本件[Wolman判決]における教材・教育機器は、[学校ではなく]、児童・生徒ないしその親に対して貸与されている[が]、いやしくもそのような区別が、Meek判決とは異なった結論を正当化するものとされるのならば、それは、実体よりも形式を重視することになるであろう。…たとえ法律上の名宛人を形式的に変更しようとも、本件プログラムの実体は、[Meek判決のそれと]同じである」).
- 103) *See Meek*, 421 U.S. at 365-66 (「宗教学校に対する]実質的な量の[政府援助]は、…必然的に、宗教学校の活動全体に対する援助となる[以上]、…たとえ完全に中立的・世俗的な教材・教育機器に限定されていようとも、…国教樹立禁止条項に違反する」); *Wolman*, 433 U.S. at 250 (「宗教学校に対する]実質的な政府援助は、…必然的に、[宗教学校の]宗教的活動を直接的・実質的に促進する主要な効果を有する」).
- 104) *See Meek*, 421 U.S. at 364-65 (「[Everson判決によって判示されたように]、あらゆる児童・生徒に適用可能な一般的な法律の下で、政府は、バス輸送、学校給食、公衆衛生設備——すなわち、宗教学校の主たる機能である宗教教育とは無関係な、世俗的・非イデオロギ的なサービス——を提供するプログラムの中に、宗教学校を包摂することが憲法上許容される。すなわち、[そのような]、宗教学校に対する間接的・付随的な利益は、国教樹立禁止条項に違反しない」); *Wolman*, 433 U.S. at 251 n.18 (「Allen判決は、教科書の教育内容は、事前に確認し得ると同時に、宗教的利用に流用され得ないものである、ということ的前提としていた。…従って、[Everson判決におけるバス輸送と同様に]、あらゆる[児童・生徒]に対して等しく提供される[教科書貸与]は、…宗教機関に対する政府の中立性を反映するものと考えられ得る。…しかしながら、当法廷は、[高等教育機関である宗教系大学とは

違つて]、下級教育機関[である宗教学校]の環境の中では、[教科書以外の]他の物品にまで、[Allen判決においてなされた]、かかる中立性の推定を適用することを拒絶してきた」).

- 105) See DANIEL O. CONKLE, CONSTITUTIONAL LAW: THE RELIGION CLAUSES 178-81 (2003).
- 106) 473 U.S. 373 (1985). なお、Ball判決の判示内容については、see *infra* text accompanying notes 136-40.
- 107) *Ball*, 473 U.S. at 385-88.
- 108) *Id.* at 394.
- 109) 473 U.S. 402 (1985). なお、Aguilar判決の判示内容については、see *infra* text accompanying notes 137-41.
- 110) See *infra* Part IV.
- 111) See CONKLE, *supra* note 105, at 181-83.
- 112) See *supra* Part II.B.3.
- 113) See BERG, *supra* note 25, at 219-20, 236.
- 114) *Mueller*, 463 U.S. at 398-99.
- 115) *Id.* at 399.
- 116) *Id.* at 411 (Marshall, J., dissenting).
- 117) *Id.* at 416-17 (Marshall, J., dissenting).
- 118) See Daniel O. Conkle, *Indirect Funding and the Establishment Clause: Rehnquist's Triumphant Vision of Neutrality and Private Choice*, in THE REHNQUIST LEGACY (Craig Bradley ed., forthcoming 2005) (manuscript at 10-13, on file with author), available at <http://ssrn.com/abstract=716181>.
- 119) *Witters*, 474 U.S. at 490-91 (Powell, J., concurring).
- 120) See *id.* at 490 (White, J., concurring); *id.* at 493 (O'Connor, J., concurring in part and concurring in the judgment).
- 121) See *supra* Part II.B.3.
- 122) See *Witters*, 474 U.S. at 486-87 (「国教樹立禁止条項は、公金が宗教機関に流入するや否や、犯されるわけではない。例えば、政府は、たとえある公務員が給料の一部ないし全部を後になって宗教機関に寄附しようとも、それどころか、たとえある公務員が初めからそうしようとしている、ということを知っていたとしても、当該公務員に給料支払小切手を振り出すことが憲法上許容され得る」).
- 123) See *id.* at 488 (quoting *Nyquist*, 413 U.S. at 782 n.38) (「当該プログラムの下で提供され、最終的に宗教機関に流入するいかなる政府援助も、受益者の真正・自律的な私的選択の結果に過ぎない。また、当該プログラムは、『受益機関が公立か私立か、あるいは、宗教系か非宗教系かにかかわらず、一般的に利用可能なもので

ある』)。

124) *Id.*

125) *See* Conkle, *supra* note 118 (manuscript at 13).

126) *See supra* Part II .B.3.

127) *Zobrest*, 509 U.S. at 8.

128) *Id.* at 10

129) *See* Conkle, *supra* note 118 (manuscript at 14).

130) *Zobrest*, 509 U.S. at 18 (Blackmun, J., dissenting).

131) *Id.* at 22 (Blackmun, J., dissenting).

132) *See* BERG, *supra* note 25, at 237-39.

133) *See supra* Part II .C.3.

134) *See supra* Part II .B.2.

135) *See* Conkle, *supra* note 118 (manuscript at 15).

136) 473 U.S. 373 (1985).

137) 473 U.S. 402 (1985).

138) *See Ball*, 473 U.S. at 395 n.13.

139) *Id.* at 388.

140) *Id.* at 397.

141) *Aguilar*, 473 U.S. at 409.

142) *See* BERG, *supra* note 25, at 225-27.

143) *See supra* Part III .C.

144) 521 U.S. 203 (1997).

145) *See id.* at 235-36.

146) *See id.* at 225-26. 229-32.

147) *See id.* at 228-29. *But cf. Ball*, 473 U.S. at 395 (「当然のことながら、宗教学校に対するあらゆる政府援助は、最終的には、[宗教学校それ自体ではなく、そこに通学する]児童・生徒『に行き着く』が、いやしくも[そのような]主張を容認するのならば、宗教学校に対するあらゆる形態の非イデオロギ的な政府援助が合憲とされることになるであろう」)。

148) *Agostini*, 521 U.S. at 229.

149) *Id.* at 231.

150) *See id.* at 228-29. *But cf. Ball*, 473 U.S. at 396 (「宗教学校における[世俗教育]を『肩代わりする』教科と『補充する』教科との区別は、およそ明確なものではない[以上]、…いやしくも[そのような区別]を容認するのならば、公立学校は、徐々に、宗教学校におけるすべての世俗教科を肩代わりすることになってゆくであろう」)。

- 151) *Cf. Ball*, 473 U.S. 399-400 (O'Connor, J., concurring in the judgment in part and dissenting in part) (「宗教学校教員が、…宗教学校の児童・生徒に世俗教科を教えるべく、政府によって助成されている場合、…当該プログラムは、宗教学校の宗教的使命を促進する…効果を有する。…すなわち、宗教学校教員は、自身の教育内容全般にわたって宗教を用いることを通例としている」)。
- 152) *Agostini*, 521 U.S. at 224.
- 153) *See id.* at 223-26.
- 154) *See id.* at 234.
- 155) *See id.* at 232-33; *see also Aguilar*, 473 U.S. at 430 (O'Connor, J., dissenting) (「ある法律は、宗教を促進する…目的ないし効果を有するものでないのならば、…公金が宗教を促進しないように担保するための政府による監督を要することだけを理由にして、無効とされるべきではない」)。
- 156) *Agostini*, 521 U.S. at 226-27. *But cf. Ball*, 473 U.S. at 388-89 (「宗教学校という、もっぱら宗教的な環境の中で、…[公立学校教員による宗教教育]が発見・報告される、ということは考え難い。…従って、[公立学校教員による]宗教教育の証拠の不存在は、重要ではない」)。
- 157) *See BERG, supra* note 25, at 243-45; *CONKLE, supra* note 105, at 189-95.
- 158) 530 U.S. 793 (2000).
- 159) *See id.* at 808, 835 (plurality opinion); *see also id.* at 837 (O'Connor, J., concurring in the judgment) (「私は、Meek判決およびWolman判決が覆されるべきである、という点では[相対多数意見]に賛成する」)。
- 160) *See id.* at 815-20 (plurality opinion).
- 161) *See id.* at 829-31 (plurality opinion).
- 162) *Id.* at 830-31 (plurality opinion).
- 163) *Id.* at 816 (plurality opinion).
- 164) *See id.* at 820-25, 831-35 (plurality opinion).
- 165) *See id.* at 815 n.7 (plurality opinion).
- 166) *See BERG, supra* note 25, at 245-46.
- 167) *Mitchell*, 530 U.S. at 809 (plurality opinion).
- 168) *See id.* at 827-29, 835 n.19 (plurality opinion).
- 169) *See id.* at 911-13 (Souter, J., dissenting).
- 170) *Id.* at 842 (O'Connor, J., concurring in the judgment); *see also id.* at 902 (Souter, J., dissenting) (「頭割りによる学校援助と、個人によって決定され注入される学校援助との重大な相違は、受益者が、当該政府援助を[宗教学校に]注入しない十分・真正な選択の機会を有しているか否かにある」)。
- 171) *See id.* at 837, 840-44 (O'Connor, J., concurring in the judgment); *cf. id.* at

888-89 (Souter, J., dissenting) (「当法廷は、[Everson判決 (学校ではなく親に対する通学バス運賃の払戻)、および、Allen判決 (学校ではなく児童・生徒に対する教科書の貸与)]において判示したように、個々の受益者に対する政府援助プログラムと、その受益者が宗教学校それ自体である政府援助プログラムとを区別することによって、当該政府援助が、[宗教学校に対する]直接的な援助か、あるいは、間接的な援助かを審査してきた。すなわち、[宗教学校に対する]直接的な政府援助は、明らかに、[間接的な政府援助よりも、宗教学校の宗教的使命を支援する]危険が高いのである、もつとも、[Agostini判決は]、かかる危険を割り引いてしまったが。また、当法廷は、[Mueller判決、Witters判決、Zobrest判決における]ように、もつばら個人の選択の総合的な結果として付随的に宗教学校に流入する間接的な政府援助と、[Wolman判決における]ように、事実上、政府によって宗教学校に注入された、あるいは、宗教学校それ自身によって選択された政府援助とを区別してきた。…すなわち、児童・生徒に対する政府援助と、学校に対する政府援助とが有意義に区別され得ない場合には、個人に対する[政府援助]という観念は、明白な虚構とされるのである」)。

172) *See id.* at 844-60 (O'Connor, J., concurring in the judgment). *But cf. id.* at 898, 908 (Souter, J., dissenting) (「当法廷は、[Meek判決以降]、たとえ[国教樹立禁止条項に基づいて違憲主張を提起する]原告によって、当該政府援助が、さもなくば宗教学校が負担したであろう経費を肩代わりするものである、ということが立証されようがされまいが、[宗教学校に対する]『実質的な』量の政府援助であるや否や、当該政府援助を違憲としてき[た]」、また、「[Lemon判決以後の]当法廷の諸判決は、[宗教機関に対する]政府援助プログラムは、たとえ実際のな流用の証拠がなくとも、流用の『実質的な危険』があるだけで国教樹立禁止条項の下で違憲とされる、と繰り返し判示してきた」)。

173) *See id.* at 860-67 (O'Connor, J., concurring in the judgment). *But cf. Meek*, 421 U.S. at 366 n.16 (「国家と教会の過度な関与は、[宗教学校における]、宗教的利用に容易に流用可能な教材・教育機器の使用を[政府]が監督しようとする措置から生じるであろう」)。

174) *See supra* notes 170-72.

175) *See* BERG, *supra* note 25, at 246-250; CONKLE, *supra* note 105, at 189-95.

176) *Zelman*, 536 U.S. at 688 (Souter, J., dissenting).

177) *Id.* at 694 (Souter, J., dissenting)

178) *Id.* (Souter, J., dissenting).

179) *Id.* at 688 (Souter, J., dissenting).

180) *Id.* at 694-95 (Souter, J., dissenting).

181) *Id.* at 694 (Souter, J., dissenting).

- 182) *Id.* at 695 (Souter, J., dissenting).
- 183) *Id.* (Souter, J., dissenting); *see also id.* at 727 (Breyer, J., dissenting) (「当法廷が[Mitchell判決において]合憲とした政府援助プログラムは、[宗教学校]に対する限られた量の政府援助に関するものであった[のに対して]、本件[Zelman判決]における[ヴァウチャ・プログラム]は、相当な額の税金を、公立学校から宗教学校に流入させることを可能にするもののように考えられる。…この点で、[両者]は、著しく異なる」); *cf. id.* at 663 (O'Connor, J., concurring) (「本件は、ヴァウチャ・プログラムのために支出される公金の相当部分が宗教学校に流入する、という点では、[Mueller判決、Witters判決、Zobrest判決のような]、これまでの、[政府による宗教系団体に対する]間接的な援助に関する事例とは異なる」).
- 184) *Id.* at 649.
- 185) *See* Conkle, *supra* note 118 (manuscript at 16-18).
- 186) *See* Thomas C. Berg & Douglas Laycock, *The Mistakes in Locke v. Davey and the Future of State Payments for Services Provided by Religious Institutions*, 40 TULSA L. REV. 227, 227 (2004).