

“Pluralism”（社会の多様性）を支える 宗教的権利に関する議論

— アメリカ憲法 —

樋口美佐子 (UCLA School of Law)

はじめに

2004年の6月、連邦最高裁は*Elk Grove Unified School District v. Newdow*という「無神論者の権利」を争う事例の判断を下し、この「権利」を巡ってアメリカでは激しい論争が巻き起こった。本稿は、その「無神論者」(Atheist) 或いは「非信仰人」(Non-believers) の権利を取り上げ、現代において「『無神論者の権利』はどのような意味を持つてくるのか」、「連邦最高裁は何故この問題に苦慮しているのか」という視点で分析を行った。

内容として、21世紀の連邦最高裁の傾向を概観し、次に*Newdow*の事例を中心に「無神論者の権利」の本質に迫り、さらに、これらの事例に対する様々な議論を紹介し、最後に、「無神論者の権利」が現代文明の中でどのような意味を持っているのか、に言及している。

I. 21世紀における連邦最高裁の傾向

(1) *McCreary County v. ACLU*と*Van Orden v. Perry* (2005年6月) の事例

昨年の2004年10月12日、連邦最高裁判所は驚くべき行動を取っている。「十戒」に関する2つの連邦最高裁への嘆願 (Petition of Writ of Certiorari) を同時に認めた。ケンタッキー州の*McCreary County v. ACLU*とテキサス州の*Van Orden v. Perry*の事例である。

この声明が、何故アメリカを驚かしたのか。1980年の判例*Stone v. Graham*において、既に「十戒」(Ten Commandments) の公的な場所での掲示は違憲で

あると明快な判断が下されていたからである。その後、連邦最高裁は提出された「Certiorari」の嘆願（2002年の*O'Bannon v. Indiana Civil Liberties Union*の事例など）をことごとく拒否し続けている。

そのような事情の中で、2004年に「十戒」の問題を連邦最高裁で審議すると宣言した。ただ最高裁がこのような行動を取らざるを得ない状況が以前より燻っていたことは事実である。1980年の最高裁の判断以降も、「十戒」に関して、激しい論争と訴訟が続いていた。下級裁判所では次々と訴訟が持ち込まれ、連邦裁判所で係争中であった。その渦中で、連邦裁判所が混乱し、巡回裁判所では、合憲と違憲の異なる判決を殆ど同時に出すことになるのである。

第3巡回裁判所の2003年6月*Freethought Society of Greater Philadelphia v. Chester County*の事例では合憲判断がなされ、5日後の第11巡回裁判所の*Glassroth v. Moore*の事例では違憲判断が下されている。確かに、「宗教を象徴するような展示物」は「宗教性」があるのかという点と同時に、「展示の仕方」によって印象が変わる微妙な問題である。それらを考慮したとしても、下級裁判所では判断はほとんど一定していないのが現実である。この混乱に対応を迫られた連邦最高裁は、事態を收拾するために*McCreary County v. ACLU*と*Van Orden v. Perry*の事例を再び取り上げる事を決定している。しかし、本年（2005年）の6月27日に出された連邦最高裁の判断は、結果として巡回裁判所と同じ状況を生むことになった。アメリカ市民の論争と分裂がそのまま反映されたのである。

この「十戒」の論争にさらなる混乱を引き起こしたのが、元州最高裁のロイ・モア（Roy Moore）の行動であった。この裁判官は早くから「十戒」の合憲性を主張したために、この問題を裁判所に持ち込まれている。それが*Glassroth v. Moore*の事例であった。しかし、結果として、このアラバマ州最高裁判事は、連邦裁判所から下された「十戒」のモニュメントの撤去命令に従わず2003年に州最高裁判事の職を追われている。

「十戒」の問題の本質は、単に「宗教的掲示物」の合憲性あるいは違憲性にとどまらず、最終的には「有神論者の権利」と「無神論者の権利」との権利の争いになっていく。つまり、連邦最高裁が直面している課題は、「宗教性」の基準

を争いつつも、「無神論者の権利」をどのように理論化し、確立していくのかという所に向かっているのである。

（2）Locke Governor of Washington v. Davey（2004年4月）の事例

この事例では、将来聖職者を目指している学生に公的資金による奨学金を提供しても許されるのかどうか争われた。この問題は18世紀の終わりに激しく議論され、ある意味では歴史性を持っている。

法廷意見を述べたのは、宗教に対して比較的寛大な判断を行ってきたリンクエスト首席判事（Chief Justice Rehnquist）であった。結論から言えば、首席判事は、この事例に対しては違憲判断を下している。その理由は、将来、牧師となる学生を公的資金で応援すれば、明らかに「国教樹立禁止条項」違反となるというものであった。首席判事自身の言葉によれば、「職業として、将来、牧師になる学生を公的支援から排斥しても、国教樹立禁止条項違反にはならない」¹⁾となる。

この奨学金はワシントン州のプログラム（Promise Scholarship Program）を基本にして提供される。受給対象者は、ワシントン州で教育を受けた経験があり、成績が指定される水準以上、家庭の収入が一定以下である事に加え、「信仰的神学」（Devotional Theology）の学位や課程を目指す学生は除外される²⁾というものであった。

Davey（学生）は、最後の要件の対象となるために、奨学金受給を諦め、このプログラムを「国教樹立禁止条項」及び「信教の自由条項」で訴えたのである。彼は、1993年の判例 *Church of the Lukumi Babalu Aye, Inc. v. City of Hialeah* での「文言中立（Facially-Neutral）」の原理を掲げ、プログラムの条件「『信仰的神学』を専攻するものを除外する」という文言は、「宗教的に中立」の原理から外れており、憲法違反だと主張したのである。

それに対し、リンクエスト首席判事は、宗教上の儀式である動物の生贄を犯罪化した条例を対象とした *Lukumi* と、単に個人の権利と自由を主張する *Locke v. Davey* の事例とは背景が全く異なるとし、*Lukumi* の原理をそのまま援用する事は出来ないと、彼の主張を退けている。

この事例で注目されるのは、今まで連邦最高裁において散々対立してきた「国教樹立禁止条項」と「信教の自由条項」の2条項が、この事例では衝突なく適用できる珍しいケース³⁾であるとわざわざ確認している点である。

先程触れたように、聖職者を公的資金によって支援する是非は、18世紀の終わりに激しく議論されている。アメリカがイギリスから独立し、「英国国教会」を解体させる段階で、公的資金による支援を差し控えていった。その際に、「教会」という団体だけでなく、「牧師」という個人レベルにおいても、徹底して公的資金の提供を差し止めるべきという議論が起こった。

この議論を大胆に推し進めたのが、言うまでもなくマディソンである。特に、1786年の「ヴァージニア州信教自由法」の成否を巡って、「一般課税」に関する論争をジェームズ・マディソン (James Madison) とパトリック・ヘンリー (Patrick Henry) とによって繰り広げられ、最終的にマディソンは議会闘争を成功させ、公的資金による支援を遮断している。

アメリカでは1791年に憲法修正条項が成立しているが、その後も、保守的な風土を持つマサチューセッツ州は1833年に至るまで、州による教会への公的支援を続けている。

このように *Davey* の事例では、宗教に対する公的支援の意味を改めて問い直し、「国教樹立禁止条項」の解釈原理のあり方に一つの示唆を与えている。

(3) *Hibbs, Director, Arizona Department of Revenue v. Winn* (2004年6月) の事例

この事例では、連邦裁判所がどこまで州に介入できるのかが争われた。ただし、あくまでも「国教樹立禁止条項」下での問題であり、一般的な行政権での議論ではない。州の税制度と連邦裁判所の管轄権が衝突した最初のケースとして注目されている。

「州の税制度」とは、アリゾナ州の税額控除であり、この州はこれを駆使して奨学金を提供しうるシステムを考案している。また、このシステムを機能的に稼働させるために、民間の非営利団体である STO (School Tuition Organizations) を結成している。STOでは少なくとも集められた資金の90%

は奨学金として支給されなければならない⁴⁾。また、その寄付を促進するために税額控除（Tax Credit）の特権が納税者に与えられていた。

STOの組織は州法 § 43-1089に基づいて運営され、人種、皮膚の色、障害、家族のステイタス、国籍などによって支給対象の生徒を差別することができない。一方、この法律は私立の宗教学校に通う生徒に対して奨学金を支給することを排除しておらず、その結果、STOの資金の多くが私立の宗教学校へ通う生徒に流れる事になった⁵⁾。それに対して、アリゾナ州の納税者は、この資金の流れを阻止するために、州法を「国教樹立禁止条項」違反として訴え、差止請求（Injunctive Relief）を起こしたのである。

州政府側はこの差止請求に対して、「STOの資金はアリゾナ州の税制度を駆使して集められ、州の運営の範囲内であり、連邦裁判所は州に干渉することはできない。また、州の納税者はこの件に関して連邦裁判所に提訴できない」と主張したのである。

また、「州の税制に対して干渉を排している規定は、むしろ連邦法の『課税差止法』（Tax Injunction Act／28 U.S.C. § 1341）であり、TIAには、『州の裁判所における明確で迅速、しかも効果的な救済（Remedy）を保持している州法の下では、いかなる税の徴収、賦課、査定（Assessment）に対しても、下級連邦裁判所が規制することはできない』⁶⁾と、州の税制度に関して連邦裁判所は介入できないと反論している。

巡回裁判所、或いは連邦最高裁では、「査定」（Assessment）の意味を中心に議論が展開された。最終的には、TIAは州の納税者の訴訟行為まで禁止したものではないと、修正第1条の「国教樹立禁止条項」の下で、州の納税者は連邦裁判所に提訴できる事を確認し、州の税制度に連邦裁判所が介入できると宣言したのである。

連邦最高裁のこの判断は多くの州政府に甚大な影響を与えることになる。というのは、アリゾナ州と同じような税額控除制度を採用している州が他に約44州⁷⁾ほど存在し、それらの州は連邦裁判所に税制度を監視され、時には税制の変更も迫られる事になるからである。また、税に関して市民から一々訴訟されたのでは、行政活動が成り立たないという懸念の声も挙がった。

一方、児童の両親にとっても、この連邦最高裁の判断は不利に働くことになる。奨学金の廃止は、現実問題として、子供を私立学校へ通わせる可能性が低くなり、教育の選択の幅が狭められることになるからである。

また、「国教樹立禁止条項」における解釈という点においても新たな問題が起こる。連邦レベルでは、宗教系私立学校への公的資金の援助を比較的寛大に解釈される一方、州レベルでは厳格に扱われるという相反する2つの流れが生じ、これによって「国教樹立禁止条項」の解釈が分れ、さらに「School Vouchers」の問題が複雑化することになる。

II. 「無神論者の権利」を巡って

Elk Grove Unified School District v. Newdow

(1) 「忠誠の宣誓」に関する事例—*Minersville School District v. Gobitis*と
*West Virginia State Board of
Education v. Barnette*

「忠誠の宣誓」(Pledge of Allegiance) が扱われたのは、*Elk v. Newdow*が初めてではない。1940年の*Minersville School District v. Gobitis* また1943年*West Virginia State Board of Education v. Barnette*の先例がある。

・*Minersville School District v. Gobitis*の事例

これは、「エホバの証人」を信仰する生徒が、聖書は最高の権威を持つと信じ、神に似た像の前で頭を垂れる事が禁止されていることから、国旗に対する宣誓を拒み、生徒は学校から追放されたという事例である。ペンシルベニア州法では、教員及び生徒が、学校においては日常の儀式として「宣誓」をすることを法律で要求されていたのである。

この州では、児童を学校へ通わせる事自体が義務付けられ、経済的余裕のない両親ならば公立学校へ子供を通わせる以外に選択肢はなく、そのような状況の中で、「忠誠の宣誓」を行う合憲性が争われていたのである。

ただ、現代の「忠誠の宣誓」の論争との違いは、1940年代では、まだ「Under God」という文言が「忠誠の宣誓」に含まれておらず、この言葉が加えられた

のは、1954年である。

法廷意見を述べたフランクファーター判事（Justice Frankfurter）は、憲法修正第1条の個人の権利は尊重するものの、「国家の統合は国民の安全の基盤である⁸⁾」とし、国民の統合が最も優先されるべき価値と考えた。故に、「安全、健康の増進、防衛などに関する政府の行動は、秩序だった政治的社会が前提となり、自由な社会の究極の基礎は統一された感情によって結ばれた連帯である。このような感情こそ、国旗への礼によって養われていく⁹⁾」と述べ、社会の連帯を促進するペンシルベニア州法は憲法的に許されると判断したのである。

この事例では、「無神論者の権利」についても言及されている。「政府は、信仰を信じる或いは信じないという、団体若しくは個人の表現に干渉してはならない。どの様な場所、例えば、教会、礼拝堂、モスク、シナゴグ、ターバナクル（礼拝堂）、公会堂であろうと、『信仰』あるいは『非信仰』に関する布教また促進は保護されている¹⁰⁾」と述べられている。ただし、これが「無神論者の権利」をどの程度保障したものかは明らかでない。

・ West Virginia State Board of Education v. Barnette の事例

1943年に下された *Barnette* の事例では、*Gobitis* の判断を覆し、連邦最高裁は「忠誠の宣誓」を生徒に強制させる州法は違憲と判断している。*Barnette* では「強制」（compulsion）の原理を中心に分析されている。

Gobitis で主張されたように、確かに「国家の統合」は重要であり、尊重されるべきであるが、その「統合」を実現する手段として、生徒の行為を法律で「強制」するのでなく、「説得¹¹⁾」によって実現されるべきだと最高裁は述べている。

一方、憲法が保障する個人の「自由権」に触れつつ、『『権利章典』（憲法修正条項）は、法律によって同意を強要するいかなる機会も拒否し、『権威』とは大衆の意見によって支配され、『権威』自身の意見によって支配されるものではない¹²⁾』とし、国益が追求される場合でも、「個人の権利」が優先されると説明している。

一方、連邦最高裁も「個人の権利も無制限ではない」と一定の規制が存在することを確認している。「表現」に対して監視や規制を行う場合は、該当する表

現が「明白かつ現在の危険」を喚起し、現実には危険を起こさせうる場合でなくてはならない。また、その表現や行為が国家によって禁止され、罰せられる対象であり、国家がそのような権限を保持し、規制される基準を明確にしている¹³⁾ 場合でなくてはならないとしている。

反対に、政府が規制してはならない憲法的な基準について、「憲法の星雲の中に決定された星が存在するならば、それは政府の役人が職責の上下を問わず、政治、国家主義、宗教、また他の事柄について、何が正統であるのかを彼らが述べることであり、これは禁止されている。また、市民に対して言葉によって『宗教』を告白させたり、ある一定の行動を強制させたりする事¹⁴⁾も禁止されている」と、述べている。

(2) *Elk Grove Unified School District v. Newdow*での議論

この事例は、無神論者の父親であるNewdowが、娘の通う公立学校で毎日行われている「忠誠の宣誓」の実践、あるいは「宣誓」の中に含まれている「Under God」の文言は宗教の「教化」に相当し、「国教樹立禁止条項」、「信教の自由条項」違反にあたると争ったものである。

法廷意見を述べたスティーブズ判事 (Justice Stevens) は、「無神論者の権利」を正面から議論するというより、「原告適格」に関する法的な技術論に終始し、父親が相手の女性と一度も婚姻をしていない¹⁵⁾ ことから、「原告適格」(Standing) の欠如を指摘し、「無神論者の権利」を実質的に審議する事なく、Newdowの主張を退け、「Under God」の文言に対して事実上、合憲に相当する判断を下したのである。

このある種の肩透かしのような対応は、連邦最高裁の中からも批判が出ている。リンクエスト首席判事は法廷の判断には賛成しているものの、スティーブズ判事の理論に対して、「風変わり」な「新説」であると批評している。

多数派の意見を支持したオコーナー判事 (Justice O'Connor) も独立補足意見で、Newdowが「原告適格」を満たしている事を認めた上で、「Ceremonial Deism」(儀式的理神論)を掲げて、「Under God」の合憲性を主張している。また、トーマス判事 (Justice Thomas) は補足意見の中で独自の理論を展開し

つつ、合憲を支持している。

① スティーブズ判事の「原告適格」の理論

「原告適格」に関しては、1923年の*Frothingham v. Mellon*及び1968年*Flast v. Cohen*の先例があるが、これらの事例で対象となったのは「連邦納税者」の地位であり、*Newdow*のように伝統的に州法が扱うべき「家族関係法」(Domestic Relations/Family Law)の諸問題を連邦裁判所に持ち込めるのかどうかという問題ではない。両者の論争はその性質が異なっていると思われる。

・一般的な「原告適格」の議論

最高裁では、「原告適格」には2種類¹⁶⁾あると説明している。1つは憲法訴訟(Article III)の「原告適格」であり、もう1つは、裁判所自身の判断による「思慮的原告適格」(Prudential Standing)¹⁷⁾である。

憲法訴訟としての「原告適格」の条件は主に3点あるとされ、具体的な「被害が存在する事」、被害と該当行為との間に「因果関係がある事」、「救済性が存在する事」を挙げている¹⁸⁾。

後者の「思慮的原告適格」は、「権力の分離」の観点から裁判所が不必要な権限の拡大を抑制することであり、特に「公益」に関することは裁判の介入を極力控える。リンクエスト首席判事の説明によれば、第三者の利益や法的権利を根拠に自己の主張を起こせず、苦情を受け付ける適切な機関が他にある場合はその機関で扱われ、一般的で広範な嘆願は議論の対象とならず、原告の苦情が法的及び憲法的に適切な保障の範囲にあることなどの要件が挙げられている。

政府の土地を宗教系の大学に払い下げた*Valley Forge*の事例¹⁹⁾では、憲法的要件と「思慮的」要件の両者を考慮して、「原告適格」が形成されると説明している。

ただし、「原告適格」の要件は一定ではなく、連邦最高裁の原理も明快ではない。最高裁の混乱振りに対しては、学者や専門家は「連邦最高裁が扱いたい事例が『原告適格』の要件である」と酷評²⁰⁾している。例えば、先程の*Valley Forge*では、リンクエスト首席判事は「原告適格」の多くの要件を挙げながら、結局、

「被害」が存在しているかどうかという議論に終始した形となっている。

・Newdowにおける「原告適格」の特殊性

スティーブンズ判事は「原告適格」に関して、異質な理論を展開している。例えば「州籍相違に基づく民間訴訟管轄権に対する家族関係法例外」(Domestic Relations Exception to Diversity Jurisdiction)の原則や、判事は言葉として明示していないが「回避の法理」(Abstention Doctrine)、さらに「原告適格」に関しての「第三者の権利」(Third-Party Standing)という3つの原則を、緩やかではあるけれども融合させて議論し、一つの「思慮的原告適格」を形成している。

先程、「思慮的原告適格」の一般的な概念について言及したが、その中には「家族関係法例外」や「回避の法理」の原則は含まれておらず、スティーブンズ判事のいう「思慮的原告適格」は、やはり奇妙に感じられる。

この3つの原則について、多少の説明を加えると、「家族関係法」(Domestic Relations Law)は伝統的に州で扱われてきており、連邦最高裁がこの問題に最初に触れた事例が1859年の*Barber v. Barber*で、次の代表的な事例が1890年の*In re Burrus*である。連邦裁判所(federal courts)は、「家族関係法」の中でも特に離婚(Divorce)、扶養(Alimony)、親権(Child-Custody)に関しては審議を避けてきた100年ほどの歴史がある。しかも非常に広く「家族関係法例外」が設定されていた。

しかし、近年、家庭内暴力などの問題が増加し、連邦裁判所が「家族関係法」に関する係争の審議を拒否することが果たして適切であるのかどうか注目されるようになってきた。そこで1992年の*Ankenbrandt v. Richards*の事例では、基本的に「家族関係法例外」の原則を認めつつも、その根拠と範囲を明確にし、原則を狭く解釈して連邦裁判所で審議を行えるように判断された。特に、不法行為が含まれる事例に関しては連邦裁判所で審議する事ができ、*Ankenbrandt*のケースでは家庭内暴力に関する賠償金の問題が争われていたので、「原告適格」が認められている。

一方、「州籍相違に基づく民間訴訟管轄権に対する家族関係法例外」の原則とは、異なる州の市民の間で係争が起こった場合、「合衆国憲法第3条2節1項」（州籍の相違に基づく裁判権）の憲法条文によって、係争を連邦裁判所に持ち込むことができる。しかし、その条文に対しても例外があり、離婚、扶養、親権に関してはなるべく州で扱う事が基本とされてきたのである。

「回避の法理」とは、連邦と州の間でなるべく不必要な摩擦を避けるために、連邦裁判所が管轄権をもっている事案でも、州に関して未確定な部分があれば、その事案を州の裁判所に委ねるという考え方である。

「原告適格」に関する「第三者の権利」とは、基本的にはアメリカ憲法では「第三者の権利」の下で訴訟することはできないとされている。ただし幾つかの例外があり、例えば避妊器具の使用禁止を争った判例である1943年の *Tilston v. Ullman* では、医師が患者を代理できるのかどうかという「第三者の権利」に対する本格的な議論が始まり、このケースでは「原告適格」は否定されている。次の代表的な事例である1976年の *Singleton v. Wulff* では、一定の被害が存在し、かつ訴訟を行うに対して重大な障害がある場合においては、医師の「第三者原告適格」が認められている。

一方、*Newdow* の事例で展開されたスティーブズ判事の考えは、「原告が主張する権利の源泉となっている第三者に不利益を与えるような訴訟は連邦裁判所が取り上げるべきではない」という視点が強調されている。

このような特異な理論を使って、*Newdow* の事例に対応せねばならない背景に、*Newdow* の家族関係の複雑さもある。*Newdow* のパートナーであるバニング (Banning) が裁判が進行していく過程で新たな訴訟を起こし、そのたびに、両者の法的な立場が異なってくる。最終的にバニングは、2002年2月に独占的親権 (Sole Legal Custody) を獲得し、*Newdow* も2003年に親権 (Joint Legal Custody) を獲得している。ただし、子供に関して両親の意見が異なる場合、「母親のBanning」が最終的に決定しうる権利を保持している。

スティーブズ判事は、このような展開を踏まえ、先程述べた3つの原理に基づいて、新たな「原告適格」の要件を定めたのであろう。しかし、このように新たな複雑怪奇な「原告適格」の原理を駆使してまで、何故「Under God」

の合憲性に関する実質的な議論を避けたのか。この奇妙な姿勢こそ非難の対象となっている²¹⁾。

② 合同補足意見

・リンクエスト首席判事による「原告適格」の説明

リンクエスト首席判事はスティーブズ判事の手法を批判し、「家族関係法例外の原理」とか「回避の法理」などは、法律によって規定されている原理であり、裁判所による「思慮的」あるいは「裁量的」な原理とは性質が異なると述べている。

スティーブズ判事はこれらの法理を *Ankenbrandt v. Richards* の事例から主に引用したが、リンクエスト首席判事はこの事例で議論された「家族関係法例外の原理」や「回避の法理」は、その背景が *Newdow* と異なり、*Ankenbrandt* では、州の異なる当事者間の家庭内の問題ではあるが、父親の虐待 (Abuse) に悩まされてきた子供に対する不法行為 (Tort) の損害賠償の問題であり、連邦裁判所で争う論点が存在していると判断している。*Newdow* も「Pledge Ceremony」の合憲性の問題があり、連邦裁判所で審議する実体が伴っている²²⁾ と首席判事は分析している。

一方、*Newdow* の「原告適格」も、第三者の権利 (娘) に基づいて訴訟を起こしているのではなく、「娘と父」という関係 (Relationship) に基づいて行われており、第三者に依存している権利ではないとしている。これらの理由から、連邦裁判所がこの事例を取り上げ、審議する事に何ら支障はないと首席判事は主張している。

・「Under God」を合憲と考える理論

リンクエスト首席判事が「Under God」の文言は憲法に反していないと考える理由の一つに、歴史的な観点がある。「神」への言及はアメリカの歴史に根付いてきた伝統であり、「『神』を使って演説した大統領の言葉は、歴史的な事柄として国家の指導者の態度を要約してきている」と、伝統と歴史を強調している。また、「長い時間それが重ねられてきたことは、国家の文化が我々の国家

の宗教的歴史と本質を市民がそのように認識する事を許してきた」と、この歴史認識が国民に受け入れられていると述べている。さらに、『Under God』の挿入は、アメリカの早い時期から、国家は神に対する根本的な信仰から建設されたという伝統的な概念を反映している²³⁾とし、「Under God」に関する議論を行っている「連邦最高裁」の理論的骨格を築いたマーシャル第4代連邦最高裁判事自身が「神がこの合衆国と名誉ある連邦最高裁を救い給う事を」²⁴⁾と演説していると、神への言及の正当性を強調している。

また首席判事は『忠誠の宣誓』は、旗に象徴されている思想に対して一般市民がそれを受け入れ認めたこと (Acknowledgment) によって発達し、斉唱は国民の統合とそれらの原理に対する誇りを促進するために考案された愛国的実践である」と述べ、「忠誠の宣誓」は、『宗教的な実践を促進しているわけではなく、アメリカ共和国である合衆国に対する忠誠を宣言するだけである』²⁵⁾と、「忠誠の宣誓」には「宗教性」がない事を重ねて確認している。

首席判事は、多数派の権利と少数派の権利のあり方にも言及している。「Newdowが純粋に無神論 (Atheism) を信じ、神を拒否している事は疑いない。しかし、参加者が勇んで連邦議会で規定した方法で国旗に向かって忠誠を誓い、その行為を喜んで行う生徒を擁する公立学校の決定に対して、宣誓の一部分と意見が合わないというだけで、宣誓全てを否定するような拒否権を与えることはできない」²⁶⁾ と、少数派は多数派の宗教行為を中止する事は出来ないとしている。

③ オコナー判事の独立意見 — 「Ceremonial Deism」の基準

オコナー判事は、独立補足意見の中で「儀礼的理神論」(Ceremonial Deism) の概念を詳述している。その一方で、1990年のSmithの事例ですでに提唱されていた「統一基準の放棄」に関して、1994年のBoard of Education of Kiryus Joel Village School District v. Grumetを引用しつつ、統一基準 (Single Test) によって、「宗教条項」の全ての問題を処理する事は出来ず、性質の異なる事柄には、新たな原理を用意しなければならないと、「統一基準」の放棄を確認している。Newdowにおいては、「文化性」と「歴史性」を計る基準として、新

たな原理「Ceremonial Deism」を導入し、その理論を完成させている。

・「Ceremonial Deism」とは何か

*Newdow*の事例では、政府による宗教の「支持」(Endorsement)を阻止するより具体的な原理として、「Ceremonial Deism」のテストが使われている。言うまでもなく、「支持テスト」(Endorsement Test)とは1984年の判例*Lynch v. Donnelly*でオコナー判事が提唱した「宗教を信じる人が優遇され、それによって、無神論者が政治的アウトサイダーであるというメッセージを送らない」²⁷⁾という基準である。

「支持テスト」は同じく宗教的陳列物の合憲性を扱った1989年の*County of Allegheny v. ACLU*、また、州議会を聖職者の祈祷で始めることの合憲性を争った1985年の*Marsh v. Chambers*、さらに「表現の自由」(Freedom of Speech)と「国教樹立禁止条項」とに渡る問題として、KKKが広場に十字架を立てた事が憲法上許されるのかどうかを争った1995年の*Capital Square Review and Advisory Board v. Pinette*の事例などがある。

「儀礼的理神論」(Ceremonial Deism)という言葉を最初に紹介した人物はイエール・ロー・スクールの学長であったロストウ (Rostow) だと言われている。1962年に「伝統的で憲法的にも論争のない行事や行為」を社会の中に根付いた慣習と認め、特定の「宗教性」が含まれる行為とはならないと考えた。

ロストウは「理神論」(Deism)に関しても一定の見解を示している。「理神論」とは18世紀の末、アメリカ憲法制定時に多くの指導者が持っていた宗教観で、「一神教を信じ、多くのアメリカ建国の父と呼ばれている指導者たちが保持していた宗教形態で、神が宇宙を創造し、自然や生命の法を創造したと考え、宇宙が創造されてからは、人間の『自由意志』によって世界が展開されていく」²⁸⁾としている。

ロストウによれば、「理神論」とは、ピューリタンのカルビン派によって信奉されてきた「『救済』は神によって予定されている」という「予定説」を用いるのではなく、一切の「奇跡」、神からの干渉、神の「啓示」も認めない宗教観だと考えていた。神によって人間の行動の全てが決定されるのではなく、宇宙が

成立した後、神の力は後退し、「人間の自由意思」が働く事を示唆している。その「自由意思」の空間に「世俗」としての憲法を成立させる余地が生まれたのであろう。

アメリカ建国の父達は、この理神論的な宗教信条を持ったがために、「自然権」を基本とした「世俗の政府」を建設することができた。この政府はイギリスの中世のように王の権力を実現する機関ではなく、「市民の権利」を守る機関として誕生している。この「自然権」を根本に、「宗教を实践する自由権」も成立した。

「自然権」を根本に起草された1776年のヴァージニア州権利宣言（The Virginia Declaration of Rights）の第16条において、マディソンは「良心の自由」が単なる「寛容」ではなく、「権利」である事を示した。「完全なる寛容」（Fullest Toleration）という文言を「権利」（All men are equally entitled to the free exercise of religion）という言葉に置き換えている。アメリカにおいて「宗教的自由」が「寛容」から「権利」に昇華された瞬間であった。

アメリカ憲法の思想的基盤を提供したトマス・ジェファーソン（Thomas Jefferson）も、「国教会」に属しているものの、思想的には「Deism」の系譜に位置付けられている²⁹⁾。「自然権」を基礎として「アメリカ独立宣言」を起草し、「信教の自由」を法制化する理論を提供したが、「自然権」の概念を詳細したわけではない。これがどのような権利であるのか、それを基本とする「信教の自由」もどのような権利かその概念を確立した訳ではない。

「Ceremonial Deism」の用語自体は1962年以降の連邦最高裁の意見の中で既に使われている。公立学校で祈祷や聖書の朗読が許されるのかどうかを争った1962年の*Engel v. Vitale*、公費で雇われた牧師の祈祷で議会活動を始める事の合憲性を議論した1984年の*Marsh v. Chambers*、公的な場所における宗教的陳列物の合憲性を争った1985年*Lynch v. Donnelly*、同じような内容の1989年の*County of Allegheny v. ACLU*などがある。ただ、各事例において「Ceremonial Deism」の内容やその基準に関しては、殆ど説明されていない。

・「Ceremonial Deism」の基準

オコーナー判事は、憲法制定者当時の精神を尊重しつつも、多様化が進んだ現代社会において、「無神論者の権利」をどのように評価すべきか、その一つの基準として、「Ceremonial Deism」の概念を挙げている。しかし、この原理は、結果として、「少数派の権利」を確立するというより、多数派と少数派権利の調整を行う次元に留まっている。「無神論者の権利」の侵害を最小限に食い止める方法として、使用されたのである。

この原理には4つの条件が設けられ、これらの条件を満たす行為や儀式は「Ceremonial Deism」の範疇内とされ、合憲と判断される。

1. 歴史と普遍性 (History and Ubiquity)

「Ceremonial Deism」に該当する行為は、非宗教的な目的を持ち、憲法の範囲内に存在するという共通した認識が持たれている。その行為に関しては国民の歴史の重要な部分を占め、普遍的に見られ、相当数の人々 (enough persons) が日常的に見受け、かつそれを受け入れている時のみ、「共通の理解」が存在している³⁰⁾と考えている。その行為は「Ceremonial Deism」の範疇にあり、「歴史・文化」として扱われる。反対に、「明らかに奇妙で、普通でない宗教への言及」は政府による「支持」(Endorsement)と判断される。

2. 「具体的な祈りや祈祷者がいない」(Absence of worship or prayer)

宗教において最も危険な現象は、「ある特定の祈祷者、ある形体の宗教的行為が、政府よって公式的に認証されたようなスタンプが押される事³¹⁾である」とし、このような行為や儀式が許されれば、大半の政府の行為が野放しになってしまうと危惧する。

3. 「特定の宗教への言及がない」(Absence of reference to particular religion)

ある意図を持って「特定の宗教」に言及することを避ける³²⁾べきである。しかし、宗教に言及した全てが「国教樹立禁止条項」に違反するという事ではな

い。ただ「宗教に対する認識が明らかにある特定の宗教が他の宗教よりも優遇されている」ような場合があれば、それは「許される範囲」を超え、「国教樹立禁止条項」違反と考える。

4. 宗教的内容に関する最小限度の言及

宗教に関する言及をなるべく最小限に抑える³³⁾。しかし、宗教に全く触れなかったとしても該当する「行為」や「儀式」自体が「国教樹立禁止条項」の審査（Scrutiny）を免れるものではない。

アメリカにおいて宗教に言及される意義をオコーナー判事はこのように表現している。「それは宗教を支持するというより、対象となっている行事自体を厳粛化するためである。また、宗教を認識するための重要な機会である」。一方、少数派と多数派の行動の調整として、「宗教的な言及があっても、行事全体を拒否する必要はなく、攻撃的な宗教的言葉さえ避ければ、人々にとってもより寛容で受け入れやすいものとなる。多くの人々が参加することは、『特定の宗教を他の宗教よりも優遇する』政府の能力を抑制することになる」と、宗教色を軽減する努力を行い、少数派は寛容の精神に立つべきだとしている。

・「Endorsement Test」と「Coercion Test」の関係

オコーナー判事は独立補足意見の中で、強制テスト (Coercion Test) にも言及している。第9巡回裁判所が「Endorsement Test」と「Coercion Test」の原理を使い、「Under God」を分析しているからであろう。少なくとも、*Newdow*の事例において、「Ceremonial Deism」の原理は、「Coercion Test」と「Endorsement Test」と同じように適用できると考えている。新しい原理と他の原理との整合性を意識してのことであろう。

一方、判事はこの新しい原理が非常に広い範囲で適用される事にも警戒している。「これは政府が公然と『Ceremonial Deism』が象徴する行動を人に強制してもよいという事ではない。この国の指導者はいかなる信条に対して、それが宗教であれ、哲学であれ、政治であれ、我々に宣誓を強制することはできな

い」³⁴⁾と、「Ceremonial Deism」の範囲が「強制テスト」を超えるような事はないとしている。

また、Newdowに対して「学校区域の政策に対するNewdowの挑戦の意図はよく理解できる。しかし、『One Nation Under God』の言及を彼が好まないとしても、そのことが『国教樹立禁止条項』の問題の目安にはならない。神や宗教に対するある一定の言及は宗教的歴史から考え、避けられない事である」³⁵⁾と述べ、アメリカでは、宗教的言及や儀式が全くなくなる事はないとし、少数派はある程度の宗教的色彩の儀式であれば、宗教的行為に納得せずとも受け入れていかねばならないと示唆している。

一方、オコナー判事はアメリカの憲法史の中で追求されてきた「自由権」の本質と限界にも触れている。「宗教的歴史が『自由の原理』を確立してきた事実がある。しかし、確立した自由を尊重するために、『自由』を発展させてきた(母体である)伝統への絆を切断する事に、連邦最高裁が憲法的努力を振るわなければならない事は、全く皮肉なことである」³⁶⁾と。

④ 「Ceremonial Deism」の理論の限界と問題点

新たな原理として「Ceremonial Deism」が「Endorsement Test」をより精密化し、新たな環境に対応する原理の一つとして提示された功績は大きい。しかし、一方でこの原理には多くの問題も抱えている。何よりも、1つの「権利」を確立するというより、多数派と少数派とのバランスを取るというスタンスに終始している点である。言い換えれば、「多数派の宗教的行為、宗教的要素が広く認められているならば、少数派はその行為を我慢して受け入れるべきである」と考えている。これでは、過去の長い歴史の中で乗り越えてきた「寛容」の理論へ逆戻りする事と変わらない。

一方、アメリカの現在の社会状況は、連邦最高裁が直面している課題が決して簡単に解決される状態でない事も示している。例えば、「忠誠の宣誓」に対してもアメリカ人の83%以上が違和感を感じていない³⁷⁾との世論があり、また「忠誠の宣誓」に反対した裁判官に対する政治的圧力も凄まじいものがある。

2002年に第9巡回裁判所で、「Under God」の違憲判決を下したグッドウィ

ン裁判官 (Judge Goodwin) は上下両議院から猛烈な批判を浴び、上院では99-0、下院では413-3という圧倒的な数字で非難決議³⁸⁾が出されている。議員の中には、「彼は正気の沙汰ではない」と露骨に罵倒する者も現われた。このような政治的環境、あるいは社会的環境で、無神論者の「権利」を確立していく事は、非常に困難である事は予測される。

・多数派と少数派が同程度の権利を享受しているのか

では、このような現実に対して、連邦最高裁は少数派の「権利」を寛容の次元で解決すべきなのか。言うまでもなく「無神論者の権利」は1つの権利であり、しかも、連邦最高裁が自ら1947年に確認したものである。また「権利」とは多数決や選挙によって左右されない領域を持つ存在であろう。そうであるならば、「有神論者」と同じ権利を「無神論者」も享受すべきと思われる。

さらに深刻な事に、「宗教条項」に関して、「多数派宗教」と「少数派宗教」の権利のあり方をチェックする現実的な原理が存在していないと言われている。確かに、それに近い役割を担う原理は存在している。それがDoveyの事例で触れられた「狙い撃ちの原理」(Targeting)であろう。「一つの宗教を狙い撃ちしたいかなる法律も許されない」というもので、「多数派宗教」が「少数派宗教」を抑圧していないかどうか審査する際に使用されてきた。しかし、これも十分ではないと考えられている。

アメリカ憲法に「多数派宗教」と「少数派宗教」との権利のあり方を審査する基準が事実上、存在していないという潜在的な問題に対して、適正に対処するようにUCLA School of Lawのケニース・カースト (Kenneth Karst) 教授は³⁹⁾指摘している。

・拒否しうる権限

「権利」として機能する一つの要素として、干渉や侵害が起こった場合に、それらを拒否する権限がある。「無神論者の権利」が、自己の宗教的信条と違反する場合に、それを「拒否しうる権限」は必要であろう。「Ceremonial Deism」の原理では、その機能が働く余地がほとんどない。

元々、この「拒否する権利」は、連邦最高裁の歴史の中で認められつつあった。例えば、1985年の判例*Wallace*では、聖書の朗読あるいは瞑想中に退出する自由が許されているものの、生徒が1人出て行く事はほぼ不可能であろう。それは回りの環境を悪化させ、生徒が孤立する事になるからである。そのような状況を考慮し、連邦最高裁は生徒を我慢させるよりも瞑想自体を違憲と判断し、その制度を除去している。

- ・先例からも逸脱している

先程触れたように、*Newdow*の事例の連邦最高裁の判断は過去の歴史から見てもかなり特異な存在であった。1940年の*Gobitis*の判断を覆し、1943年の*West Virginia Board of Education v. Barnette*の事例では、「国旗の敬礼」を違憲と判断している。それ以降、最高裁の姿勢はほぼ一貫している。1962年の*Engel*の判例で祈祷や聖書の朗読を違憲である判断し、1963年の*Schempp*の事例においても、聖書の一節を朗読することは違憲と判断し、先程触れた1985年の*Wallace v. Jaffree*の学校開始時における黙祷も違憲としている。さらに、1992年の*Lee v. Weisman*で、卒業式に牧師を招聘して祝福と祈祷を行う事も違憲と判断している。しかし、2004年の*Newdow*では、「Under God」の入った「忠誠の宣誓」を合憲としている。

- ・抽象的な権利は許されなくなる

一方、社会の急速な多様化のために、「無神論者の権利」が実体のない「権利」として存在する事は許されなくなっている。アメリカ社会では様々な宗教的背景を持つ人々が活躍し始め、各人が自己の良心に基づいて宗教を実践する自由を主張している。非キリスト教徒も、自己の宗教的権利を多数派宗教と同じように扱われることを要請している。

そのような環境の変化とそれに伴う緊張関係が発生している社会では、「無神論者の権利」を抽象的な理念とは位置づけられず、現実的で、具体的な問題を処理する確固とした権利として機能することが必要とされる。また、現実社会の緊張を緩和するためにも、多様化を保障しうる「権利」として確立され

ていく事が重要である。

・「Endorsement Test」の許される「宗教性」の範囲が曖昧である

「Ceremonial Deism」の議論が進むにつれ浮かび上がってきた課題は、「宗教性」が許容される範囲をどのように設定するのかという点であった。これは「Endorsement Test」の議論とも共通している。

例えば、「支持テスト」であれば、「政府が支持を与えるメッセージ性」の判断を誰が行うべきかという問題に対して、従来では漠然とした「合理的な観察者」（Reasonable Observers）が標準にされてきた。*Newdow*の事例においても「その人間が合理的な判断を行うだけでなく、社会的判断においても、地域の考えを反映しうる。故に、このテストを使えば、歴史や社会の源やその文脈から切り離された判断あるいは評価などはしない。例え、宗教的判断に傾いても、それは国民の文化的な風景として理解されうる範囲なのである」と、「合理的な人間」の判断は、歴史や文化の影響を受けつつも、中立的な判断が下せるとオコーナー判事は考えていた。

しかし、そうであろうか。例えば、次のような問題が起こる。アメリカでは、「合理的な人間の基準」がしばしば一神教的基準へ傾き、さらに、その基準に傾く人間が社会で圧倒的な数を占めている。その人々がさらにその価値観を強く主張すれば、「宗教的に中立性」が保たれていると言えるだろうか。むしろ、ある特定の「宗教性」を反映した基準となるであろう。

反対に、ある一定の方向へ傾く事を少しでも緩和するためにも、多様性を尊重し、最も対極に位置する「無神論者の権利」に注意を払っていく事は、連邦最高裁にとって非常に重要な仕事になっていくと思われる。

・オコーナー判事の歴史認識とは

*Newdow*において触れられたオコーナー判事の歴史認識の一端にも触れておきたい。判事は、「最高裁の合理的判断は変化するかもしれないが、宗教的な言語で表現されても、合理的な人間はそれを世俗目的に対して使用したものだ」と理解するであろう。個人的な観点から言えば、公的な場所で政府が宗教に言

及することは避けられないと思われる。近代における宗教条項の範囲を説明する際にも、我々の国家における宗教的要素の変遷を無視して説明することは出来ない」と述べ、政府の行為に宗教色が含まれても仕方がないとしている。

また、「わが国は宗教的避難民によって建国され、宗教的自由に貢献してきた。その国が象徴、歌、モットー、宣誓に、神に対する言及があったとしても驚くにあたらない。宗教への言及を根絶する事は、国家を支える歴史を切断するようなものである」としている。

また、「宗教条項」の解釈にも言及している。「宗教条項は、本来キリスト教宗派間での不寛容を制止することを意味していたとしても、現在は、全ての宗教的良心の形式が包摂されている」。現代において、「宗教条項」が「全ての宗教的良心の形式を包摂」している、つまり「無神論者の権利」が既に存在している事を確認している。

⑤ トーマス判事 (Justice Thomas) の特異な分析

- ・過去の連邦最高裁の判断は誤り

トーマス判事はリンクエスト首席判事、オコーナー判事と共に多数派意見を形成しているが、その意見を支える理論は他の判事とかなり異なっている。例えば、判事は連邦最高裁の先例から見て、*Newdow*の事例は本来違憲になるべき位置にあると主張している。しかし、それは、*Newdow*の「Under God」が違憲だというのではなく、過去の連邦最高裁の判断が間違っていた⁴⁰⁾と言うのである。例えば、*Lee v. Weisman*などを合憲にすべきであると述べている。

- ・「国教樹立禁止条項」は州には適用できない

長年、論争の渦中にあった「国教樹立禁止条項」と「信教の自由条項」の性質の違いにも言及しつつ、「Free Exercise」に対しては修正第14条の編入理論 (Incorporation Theory) が成立し州にも適用できるが、「Establishment Clause」には編入理論が成立せず、州には適用できないと発言している。「『国教樹立禁止条項』は、むしろ連邦政府が州の公定宗教に干渉してはいけないという規則を意味する」⁴¹⁾と、極端な発言を行っている。これは連邦最高裁の従

来の見解ともかなり異なっている。

確かに、アメリカ憲法制定当時は「宗教」は基本的には州が扱うものという一般的な認識があった。しかし、連邦憲法、あるいは修正条項が制定され、連邦主義 (Federalism) が拡大されてくると、修正第1条 (宗教条項が含まれる) の殆どは、修正第14条を通じて州に適用されている。

「国教樹立禁止条項」が正式に修正第14条によって編入された事実を、1970年の *Walz v. Tax Commissoin of City of New York* の事例で、少数反対意見を述べたダグラス判事 (Justice William Douglas) も触れ、「『国教樹立禁止条項』は1947年の *Everson v. Board of Education* の事例になって初めて編入された」と確認している。

編入理論には、ブレナン判事 (Justice William Brennan) によって提示された選択的編入理論 (Selective Incorporation) と主にブラック判事 (Justice Hugo Black) によって主張された全体編入理論 (Total Incorporation) とがある。どちらの説をとっても修正第1条は殆どの条項が州に適用される。現在、「国教樹立禁止条項」だけを除くという説は多数派ではない。ちなみに連邦最高裁は選択的編入理論を採用している。

過去において、「国教樹立禁止条項」の適用の難しさから、「国教樹立禁止条項」と「信教の自由条項」の性質の違いが論争されたことはあった。その際に、何故「個人の権利」を保障する修正第1条に「国教樹立禁止条項」が含まれているのかという疑問も提示されている。しかし、それは「国教樹立禁止条項」が州に適用できないという次元の問題ではない場合が多い。ただし、この2つの議論が連結されている時もある。そのような理論を展開する1人が次に触れるアマー教授である。

トーマス判事は、イェール・ロー・スクールのアマー教授 (Akhil Amar) の論文から、憲法第1条8項18節の「必要かつ適切条項」 (Necessary and Proper Clause) に関する議論を引用して、「国教樹立禁止条項」の性質⁴²⁾に言及している。トーマス判事はこの議論からも、あくまで「国教樹立禁止条項」は州には適用できないと主張している。

言うまでもなく、「必要かつ適切条項」の解釈を進展させたのは、第4代連邦

最高裁判事であるマーシャル (Marshall) である。国立銀行の合憲性を争った1819年の*McCulloch v. Maryland*で、憲法において明示的な権限 (立法・行政・司法に関する) を連邦政府が円滑に遂行するために、「必要かつ適切な」法律を制定する権限が連邦議会に与えられているとし、この条項を柔軟に解釈することによって、連邦議会には黙示的権限が与えられているとの理論を提供していた。これによって州に分裂していたアメリカで連邦主義が強化され、連邦憲法の司法権が及ぶ範囲を拡大していったのである。

一方、トーマス判事の『「国教樹立禁止条項」は「連邦議会」が「州」に干渉する事を阻止する条項である』という解釈は歴史を遡ってもかなり異質な存在だと思われる。憲法修正条項の原案を起草したマディソンは、先程触れたように、ヴァージニア権利宣言で「寛容」を「権利」へと転換させ、宗教的権利に確固たる法的地位を与えている。また1786年に「ヴァージニア州信教自由法」の成立にあたって、教会だけでなく、牧師に対しても公的財政支援の「一般課税」(General Assessment) を廃止し、「宗教の公定化」の最大の要因を排除している。

このような経歴を持つマディソンが「国教樹立禁止条項」の精神を「連邦」だけでなく、「州」に適用したとしても、それが彼の本意に背くとは考え難い。

・「強制」とは法律で規制されること

トーマス判事は「強制テスト」(Coercion Test) に関しても独特の分析を展開している。「強制」とは、基本的には法律によって強制されて初めて「強制テスト」の違反となる⁴³⁾ という意味合いで定義している。それ以外は「強制」とは考えない。つまり、「Coercion Test」の範囲を最も狭く設定しているのである。

先程の*Lee*の最高裁の判断が間違っていたと発言した事も「強制テスト」(Coercion Test) の捉え方が間違っていたからだと説明している。*Lee*の事例では、法律によって祈祷は強制されていない。しかし、卒業式の重要な日に生徒が欠席できるとは思えない。その式典で、牧師が祈祷と祝福を行うという事は暗黙のうちに、生徒に選択の負担を強いる事になる。従来では、このよう

な選択を迫る場合、それを「強制」と連邦最高裁は考えていた。しかし、トーマス判事のように「強制テスト」を法律で規制すべきと狭義に解釈すれば、今まで最高裁が下してきた判断の殆どを覆さねばならなくなる。

判事は『教会と国家の分離』の意義にも触れている。「国家と宗教の分離」の広範で、しかも典型的な概念はマディソンが形成したもので、その概念の多くは、憲法の「非公定化」の原理というより、「自然法」あるいは「自然権」、「社会契約」に由来している⁴⁴と述べている。「国教樹立禁止条項」は「分離」の原意に関係がないという意図があるのであろうか。

Ⅲ. 21世紀における無神論者の権利を巡る議論

多様化の時代に入り、Newdowの主張がどのように分析され、どのように位置付けられてきたのか。第9巡回裁判所での論争を初め、憲法学者の意見を取り上げてみたい。

(1) 第9巡回裁判所で展開された理論

・3原則を適用する

先程も触れたように、2002年の第9巡回裁判所のグッドウィン裁判官 (Judge Alfred Goodwin) の判断は全米を驚かせ、且つ激しい論争を引き起こした。しかし、この裁判官が法廷で展開した意見は、むしろ、過去に連邦最高裁が取ってきたアプローチそのもので、いわゆる端正でクラシックな理論であった。ある意味で、将来の連邦最高裁での反論を予測していたのかもしれない。

ここで使用された原理は、1984年の *Lynch v. Donnelly* の事例でオコーナー判事が提唱した支持テスト「Endorsement Test」であり、1989年の *Allegheny* の事例でケネディ判事 (Justice Kennedy) が提唱した「強制テスト」(Coercion Test)、1972年に提示された「Lemon Test」であった。歴代の原理を並べて分析を行っている。ただし、手法としては、全ての原理を均等に適用するというより、「強制テスト」を中心に分析を行い、このテストの審査を通過

すれば、他の原理も同じ結果が得られると考えたのである。

- ・「忠誠の宣誓」は「宗教的告白」に相当する

「神の下の国民」(One Nation Under God) という文言は、「忠誠の宣誓」の文脈を考慮に入れれば、ある種の「宗教的告白」に相当するとグッドウィン裁判官は述べている。特に一神教に対する告白だと言う。この裁判官の考えでは、「神の下の国民」は、「アメリカ国民が神の存在を信じる」という認識の問題、あるいは、「建国当初の共和政時代における宗教に対する歴史的意義」というだけでなく、むしろ規範性とイデオロギー性に富み、ある種の「宗教的告白」と同一視しうる」と分析している。

このような「宗教的告白」は、例えば、他の宗教である「ユダヤ教の下の国民」あるいは「ヒンズー教の下の国民」というように、特定の宗教を全面に打ち出した表現と同じであり、宗教に対して中立を保っているとは言えないとしている。このような表現を含む「宣誓の斉唱」を教員が先頭に立って行う事は、国旗が象徴する「宗教的価値を生徒に教導していく」ようなものであり、「国教樹立禁止条項」に違反すると判断した。

- ・「強制の効果」は存在する

「忠誠の宣誓」は1943年*West Virginia State Board of Education v. Barnette*の事例で、既に規範的であり、イデオロギー的性質を含むもので、拒否する生徒を罰するのは憲法違反であると判断されている。2002年の*Newdow v. Congress*の事例では、さらに「宗教性」の高い「Under God」という文言も挿入されている事から、違憲と判断されるのは当然であるとしている。

また、*Newdow v. Congress*の事例の中で、「宣誓」を法律で強制されていないという理由によって、現代の*Newdow*の事例と法律で規制した*Barnette*の事例とを切り離すべきではないとしている。回りの生徒が毎日斉唱を行っている環境自体が「強制の効果」を生み、*Lee*の場合と同じような「間接的な強制」は働いているとグッドウィン裁判官は判断している。

（2）「One Nation Under God」の合憲・違憲性を巡る専門家の見解

「Under God」を巡って、憲法学者はどのような見解を持っているのか、代表的な意見を挙げつつ、合憲を支える理論と違憲を支える理論を比較していきたい。

① 「Under God」を合憲と考える意見

・認識（Acknowledgement）とは何か？

判例*Newdow*に関する論文、あるいは法廷意見の中で、頻繁に使われている言葉の一つに「認識」⁴⁵⁾がある。最新の事例である*McCreary County v. ACLU*と*Van Orden v. Perry*でもしばしば使用されている。例えば*Elk v. Newdow*の事例では、「歴史が示しているように、我々の旗が象徴している概念を通常の人々が認識することによって、『忠誠の宣誓』は進展してきた。その斉唱は、これらの原理を誇りにし、国家の団結を養うために考案された愛国的な実践である」⁴⁶⁾と記述されている。

「文化性」を議論する事例では、この「Acknowledgement」の言葉が重要な位置を占めている。この言葉は文脈の中で、「国民が認識し、受け入れている」という意味合いで使われている場合が多い。つまり、「Endorsement」ほど強くはないが、市民がその宗教行為や儀式を「納得」して許している状態が示唆されている。

ただ、あまり頻繁にこの言葉が使用されると、議論の前提となる行為や儀式が既に市民に納得され、憲法的審査の対象とならないというイメージを与える可能性がある。角度を変えて見れば、「文化性」を判断する適切な原理や概念が存在しない事が最大の原因かもしれないが、いずれにせよ、言葉の意味をもう少し明確にしつつ、使用すべきだと考える。

・軽度性（Triviality）と最小限（De Minimis）の原理

「Under God」を合憲と判断する考え方として「権利侵害の軽度性」（Triviality）が挙げられる。確かに「少数派の権利」が侵害される事があるかもしれないが、その侵害は非常に軽度であり、過度の負担にならないと考え、そ

の軽度性 (Triviality/De Minimis) では、憲法的論議が起こる余地はないとするのである。

この考えを比較的明確に打ち出したのが、第9巡回裁判所のフェルナンデス裁判官 (Judge Fernandez) である。3人の裁判官の中で、ただ1人反対意見を述べている。この裁判官によれば、「『In God We Trust』や『Under God』のようなフレーズは、この国において『国教を樹立』する傾向、あるいは『宗教の自由』や『非信仰人の自由』を抑圧する傾向は全く見られず」、「このような表現は1791年以来、実際、被害を与えた事もなく、将来起こす可能性も薄い」。このように、「忠誠の宣誓の『Under God』の文言は、『神権政治』をもたらしたり、人々の宗教を抑圧したりする危険は殆どない」(de minimis)⁴⁷⁾と、権利侵害の可能性が低く、憲法的問題の余地がほとんどないと考えている。

・「国教樹立禁止条項」の最小限の解釈原理

このように分析するフェルナンデス裁判官の思考の前提には、「国教樹立禁止条項」に関する2つの解釈が基本になっていると思われる。「国教樹立禁止条項」とはあくまで「国教」を禁止するために存在し、さらに、1つの宗派を優遇する事は禁止されているというものである。

このような最小限の「国教樹立禁止条項」に対する解釈原理は、憲法学者⁴⁸⁾によってあまり支持されていない。それは「『宗教条項』が『平等条項』と変わらない条文として扱われている」ことになるからである。確かに、「国教樹立禁止条項」の基本的な解釈として、「国教樹立の禁止」は含まれているであろうし、また特定の宗教を取り出して優遇する事も禁止されているであろう。反対に、「国教樹立禁止条項」の解釈原理が、この2つの解釈だけでは「全ての宗教を優遇してもよい」と言う解釈が生じてくる。つまり、「国教樹立禁止条項」は「無神論者」を保護しないということになる。実際、連邦最高裁はこれ以上に厳格に解釈している。例えば、先程挙げた1947年の*Everson*の事例では8個の原理を示している。

フェルナンデス裁判官によれば、上記の2つの要件を侵害しない限り、「国

教樹立禁止条項」の違反にはならず、憲法問題は起こらないとしている。故に、*Newdow v. Congress*の事例では、グッドウィン裁判官が「Under God」は規範性があると「宗教性」を認めたのに対し、フェルナンデス裁判官はこの文言によって「国教が樹立される」わけでもなく、「特定の宗教を優遇」しているわけでもないので、憲法に違反する理由がないと分析している。

（3）「Under God」を違憲と考える議論

・ 違憲とする代表的な意見

「忠誠の宣誓」を違憲と考える代表的な意見は、「Under God」の文言は単に「歴史」や「文化」の表現ではなく、「宗教性」を含んだ言葉であり、その言葉を含む「忠誠の宣誓」を繰り返し実践させることは、特定の「宗教」を「教化」しているようなもので、「非信仰人」の良心に反する。当然、「無神論者の権利」を侵害し、その「侵害度」も決して軽度なものではない。それゆえ、憲法問題が発生すると考えるのである。

・ その他の意見

チャールズ・ウォレン (Charles Gregory Warren) の論文⁴⁹⁾では、「Under God」を挿入した「忠誠の宣誓」は「宗教性」があると分析しつつ、反対に、「宗教性」のあるものを「世俗的」扱いをする事は危険であると警告を発している。

ウォレンの論文では、具体的な「危険性」として次の3点を挙げている。

1. 現代社会において、「世俗化」(Secularization) や「儀礼的理神論」(Ceremonial Deism) は、政府の行為に対して常に象徴的に支持(Endorsement)を与え続ける機能を果たし、「無神論者」あるいは「非信仰人」を政治的分野から排斥することになる⁵⁰⁾。また、「非信仰人」は、市民宗教(Civil Religion)に押され、多数派が支持する宗教的行為を拒否する事が出来ず、それによって、「無神論者」が取りうる宗教的行動の幅は狭まり、最終的には「無神論者」の市民権が否定されていく事になる。多様化が進んだ社会においては、このような暗黙の服従を要求されることは、個人の「信仰の自由」の

権利が著しく侵害されている事を意味する。

2. 「宗教」を「世俗化したもの」あるいは「儀礼的理神論」として扱う事は、結果として、多数派が支持する宗教的行為が社会的において力を増強させ、少数派との共存を放棄させるように仕向ける。それは「宗教的寛容」を諦めさせ、多様化の社会の中で、多数派と少数派の宗教が平和的に共存する事が不可能と解釈されるようになる。それでは社会に否定的な害を与える事になる⁵¹⁾。

また、多数派の政治的発言権が増し、「儀礼的理神論」や「市民宗教」の実践を促進すれば、多数派の宗教は政治的にさらに優遇され、少数派に対して非寛容な行動を取る動機を提供してしまう。これはアメリカ社会構造自体に脅威を与える結果となる。

3. 多数派が信奉する「宗教」であるにも拘らず、それを「宗教」ではないと否定し、さらに、宗教的肖像物や展示物を世俗であると「宗教性」を否定すれば、信仰を持つ人々の宗教的精神に打撃を与えることになる。それは宗教全体への損害となる⁵²⁾。

連邦最高裁は、長い間、「国家と宗教を分離する」事は、「宗教的实践」あるいは「信教の自由」を保持するために不可欠なものと主張してきた。しかし、その連邦最高裁が「国教樹立禁止条項」の解釈原理として「儀礼的理神論」(Ceremonial Deism)を使用する事は、宗教に対する政府の介入を招き、宗教の「自律権」を崩壊させる事になりかねないと主張している。

・歴史的解釈の限界

チャールズ・ウォレンは論文の中で、「Under God」を合憲と考える人々の多くが「歴史」を過度に重視する危険性があると注意を促している。合憲派は「国教樹立禁止条項」の解釈原理を憲法制定者の意図に求めようとするが、「憲法制定者 (Framers)」の意図 (Original Intent) を詳細に分析したとしても、18世紀と現代の社会では、環境や価値観が非常に異なり、当時の宗教感覚が現代社会でどこまで意味を持ってくるのか疑問だとしている。

また、「憲法制定者」が予期しなかった社会や宗教事情あるいは社会意識の変化などが起こり、「憲法制定者」の宗教的感覚から生まれてきた当時の「国教樹立禁止条項」に関する原理がどこまで現代社会で機能するのか、慎重にならざるをえない⁵³⁾と歴史にあまりに重心を置く姿勢に懸念を表している。

・1954年の連邦法は合憲性を議論する論点がない？

1954年の「忠誠の宣誓」の「連邦法」とNewdowが訴訟の対象としたカリフォルニア州法の違いに言及する意見もある。「Under God」を加えた1954年の「忠誠の宣言」の法律では、市民（生徒も含め）に一定の行為を強制する内容は含まれておらず、漠然とアメリカの歴史あるいは一般的な信条が表現されているに過ぎない。それ故、この連邦法は「強制テスト」によって、その「合憲性」が争われる実体が存在しない⁵⁴⁾とする考え方である。

一方、カリフォルニア州法（Cal. Educ. Code 52720）は、具体的な行為を要求しており、「国教樹立禁止条項」によって「合憲性」を争う実体が存在すると言う。州法には「どの公立初級学校でも、適切で愛国的な訓練が施される必要があり、アメリカ合衆国の国旗に対して、『忠誠の宣誓』を行う事は、このセクションの規定を満たす事になる⁵⁵⁾」と規定されている。

（４）「Neutrality」の原理への回帰

「宗教性」あるいは「文化性」を争う事例、或いはそれに関連する憲法学者等の論文で、「中立性原理」（Neutrality）の回帰を主張する意見が増加している。このような傾向が生じてきた理由として次のような背景がある。

・「強制テスト」の問題点

最近、「強制テスト」の基準が事例分析に使われることが多い。しかし、この「強制テスト」自体にも批判がないわけではない。「強制」とは、どのような状態を指し、どのような範囲を言うのか。

「強制テスト」の適用範囲を最も狭く解釈しているのは、先程触れたスティーブンズ判事に代表されるような意見であり、「強制」とは「法律で行為を強要さ

れる場合」のみを指すという考え方である。

一方、1992年の*Lee v. Weisman*の事例で法廷意見を述べたケネディ判事の「強制テスト」の範囲は、スティーブズ判事よりも広く設定されている。このケネディ判事の「強制」では、一定の行為を強制するような物理的側面だけでなく、「間接強制」(Indirect Coercion)と言うように、微妙で間接的な状況から生まれる「強制」も含まれている。ケネディ判事の「間接的な強制」に精神的な圧力まで想定されていると考えられる。

しかし、「強制テスト」は全ての事柄に対応できるわけではなく、宗教的陳列物などを扱う場合には、「強制テスト」は殆ど適用する場面がない。この場合は展示物が発するメッセージ性が対象となり、行為を強要しているわけではないからである。

また、「国教樹立禁止条項」の解釈の中心原理が「強制テスト」であるならば、「信教の自由条項」の解釈原理を支えている「強制テスト」はどうなるのか。両者が同一の原理を使用するならば、2条項は実質的にどのような違いがあり、どのような使い分けをするのか、様々な疑問が起こってくる。

・「支持テスト」の客観性への疑問

「支持テスト」(Endorsement Test)においては、先程触れた「合理的な観察者」(Reasonable Observers)が問題となる。さらに「支持テスト」は「レモンテスト」と変わらないという古くて新しい議論もある。第9巡回裁判所のグッドウィン裁判官によれば、「支持テスト」は「レモンテスト」の2つの原理を効果的に破壊したもの⁵⁶⁾と説明している。つまり、この2つの原理に大きな違いはないという事であろう。

・「世俗目的テスト」の曖昧さ

また、レモンテストの3条件の一つである「世俗目的」の原理に対しても批判がある。論争の対象となっている「法律」が制定される過程で、立法者が「世俗目的」を持っていたかどうか、立証することは不可能に近い。各立法者の動機を明らかにしたり、また各立法者が異なる考えをもっていた場合に、どれが

立法「目的」となるのか。このように「世俗目的」も現実的には、かなり実用性に乏しい原理と批判されている。

以上の理由から、「中立性テスト」を基準として使用すべきという意見が増えているのである。「中立性テスト」は憲法制定以来の「国教樹立禁止条項」における一貫した中心的原理である。「強制テスト」も、「支持テスト」も、「中立性」を保持するために存在していた⁵⁷⁾と主張する学者もいる。ただし、「中立性原理」も問題がないわけではない。*Everson*の判例以来、議論され続けている論争、つまり「『Neutrality』とは一体何か」という根源的な問題がある。

・「中立性原理」の代表的なカテゴリー

現在では、「中立性原理」(Neutrality)は大きく分けて2つのカテゴリーを持つと言われている。1つは「形式的中立性原理」(Formal Neutrality)であり、2つ目は「実質的中立性原理」(Substantive Neutrality)である⁵⁸⁾。

前者は、1961年フィリップ・カーランド (Philip Kurland) によって紹介され、「政府の行動のための目的として、『宗教』を分類のカテゴリーとして使用する事はできない」という説明から分るように、「形式的中立性原理」とは「宗教」を理由にいかなる差別も許さないという考えであろう。この概念では、「法律」が文言的に「中立」で、一般的に適用されているならば「宗教」に対してのみ適用が免除されるという事はほとんど起こらない。つまり、免責である「Exemption」を与えないという事で、「平等条項」の概念に近い。この原理によれば、「忠誠の宣誓」は「宗教」に対して中立ではなく、「神」という言葉を削除しなければならなくなるという。

後者は、ダグラス・レイコック (Douglas Laycock) が提唱した原理である。この「実質的中立性原理」は、宗教の実践に対して奨励もしなければ、阻害もしないと言う。実質的には、「支持テスト」に近いという印象は受ける。ただ、前者と後者の違いは、前者は「宗教」に負担をかける場合が比較的多いが、後者では「宗教」に対する負担をかける場合が少ないと見られている。ただし、「国教樹立禁止条項」の解釈に関しては、両者は殆ど同じような結果をもたらすと言われている。

(5) 最新の事例でも見られる「宗教性」と「歴史・文化性」の論争

2005年6月27日に連邦最高裁から下された*Van Orden v. Perry*の事例も、「宗教性」の有無を中心に分析されている。

① 「十戒の展示」を合憲と考える意見

- ・西洋文化の「法律的起源」を示している

*Van Orden v. Perry*の事例では、連邦最高裁は「十戒の展示」を合憲判断している。その主な理由は3つあり、1つは、「十戒」は国民の歴史として定着し、公的な機関においても受け入れられている。法廷意見を述べたリンクエスト首席判事は、「この十戒は少なくとも1789年からアメリカでの宗教的役割を三権によって公的に認められ、受け入れられてきた歴史である」⁵⁹⁾と述べている。

2つは、「十戒」は「宗教性」も含まれるが、一方、歴史的側面も表現している。過去の事例の*Lynch v. Donnelly*でも、「宗教性」が含まれているが、それが即「国教樹立禁止条項」違反と判断されていないと、「宗教性」が含まれていても問題ではないと言う意見である。

3点目は、陳列の仕方が全く環境に溶け込み抑制的である。「宗教性」が全面に出てくるような展示を行っていないと言う。このような理由から、テキサス州の場合は、「合憲」と判断されたのである。

- ・40年間の歴史が証明している

ブレイヤー判事 (Justice Breyer) は多数派意見に賛成し、このように述べている。「確かに『十戒』は『宗教性』を持っているかもしれないが、同時に、社会行為のモラルや規範性を表現し、法律的起源を明らかにしている。

人権に対する配慮は必要であると確認しつつ、「修正第1条の『宗教条項』は全ての人々に対する最大限の『宗教的自由』と『寛容』を保障しなければならない。『国家』と『宗教』の分離を維持し、宗教的分裂からくる社会的騒乱を避けなければならない」と「分離」の重要性にも言及している。

判事は、「十戒の展示」を合憲と判断する1つの理由に、「十戒」のモニュメントが設置されて以来40年間、何の苦情も起こらなかった事を挙げている。こ

の事実から、「十戒」の掲示は必ずしも「宗教を公定化する」ことに結びつく訳ではない。モニュメントが設置されている場所を訪れる人々は、その展示が宗教的メッセージを発しているとは受け取らず、文化的遺産と感じるに違いないと述べている。

② 違憲判断を支える意見

・「宗教性」を認める

一方、反対意見を展開したスティーンズ判事とギンズバーグ判事(Justice Ginsburg)は、「十戒」の展示は明らかに「宗教性」を発していると反論している。「十戒」の展示は“I AM the LORD thy God”というフレーズで始まり、これは「神」に対する賛嘆の言葉であると。

多数派の宗教的記念物が公的な場所で展示されれば、その記念物は政府から支持されているようなメッセージを与える。それによって多数派はさらに自らの宗教に肯定的な意義を認める。一方、「非キリスト教徒」あるいは「非信仰人」は、その展示から攻撃的なメッセージを受け取る事になる。

両判事は「宗教条項」を支える解釈原理にも言及している。「『国教樹立禁止条項』と『信教の自由条項』の両条項の共通する根本的な原則は、『政府は分断と排斥を避ける事』。そのために『分離の壁』が設けられている。『十戒』の掲示は、結局、『分断』を促進する結果になる」と、国家の分断を阻止するためにも、「宗教性」を含む展示物の設置は避けるべきであると主張している。

・「中立性原理」を適用すべき

また、両判事は「国教樹立禁止条項」の根本的な解釈原理は「宗教的中立性」(Neutrality)であると「中立性原理」へ回帰すべき事を示唆している。「『中立性原理』には『多くの宗教の中で一つの宗教を優遇してはならない』という事だけでなく、『全ての宗教が優遇されてもいけない』という原理も含まれている」と、「無神論者の権利」を擁護すべき事に触れている。

「全ての宗教を優遇する」事は、結局、「非信仰人の権利を侵害する」事になると、「国教樹立禁止条項」の解釈に「全ての宗教を優遇する事を禁止する」原

理を含めるべきと主張している。また、両判事は「国教樹立禁止条項」の精神は「連邦政府」だけでなく、「州政府」にも適用すべきと主張している。トーマス判事の独特な意見を牽制しているのであろう。『「連邦」や『州』において、政府は憲法的な見地から、全ての宗教を優遇する法律を通過させ、また、そのような要件を市民に押し付ける事は出来ない。「中立性原理」とは、「有神論者」も「無神論者」も同じように尊敬される事だとその意義を強調している。

・40年間で市民の意識は変化している

「十戒」のモニュメントが設置されてから40年間で、「宗教はさらに多様化し、このモニュメントが示すような宗教を信じている人は少なくなり、一方、信仰を持たない人は増加している。『十戒の展示』は、『無神論者』あるいは『非信仰人』に『部外者』というメッセージを発し、このようなメッセージを許せば『中立性』と言う概念も消滅し、危険な道へと進む事になる」と、社会的意識が変化しつつある事を指摘している。

最後に、アメリカの「自由」の本質について言及し、「この国の『信教の自由』の歴史は、キリスト教派内でその権利が拡大されていく原理に過ぎなかった。アメリカは『宗教国家』と言われるが、『宗教』というより『キリスト教国家』だったのである」と、そのアメリカの「自由権」の限界を認めている。

また、憲法制定時代の「国教樹立禁止条項」の解釈の限界にも触れ、「憲法制定者 (Framers) は、政府が『信仰者』と『非信仰人』 (Non-believers) との間で、「中立」を保つという概念は知らなかった」と、現代の「国教樹立禁止条項」の解釈とは異なるとし、現代では「『無神論者』への差別を防止する原理は含まれている」と、「無神論者の権利」の擁護を確認している。

IV. むすび——「歴史・文化」の問題ではなく、「権利」の問題

2005年に引退を表明したオコーナー判事は、「Ceremonial Deism」という画期的な原理を提供している。国家を二分するような激しい論争の中で、現実的な「落とし所」を弁えた堅実な判断をこの判事は世に送り出してきた。

しかし、現代の連邦最高裁の軌跡の後ろから見えてくるものは、むしろアメ

リカが直面している深い苦悩であった。それは「自由権」の限界である。つまり、従来の発想を持ってしては、問題の解決が得られないという現実であった。

社会の多様化が進む中、「信教の自由」を標榜すればするほど、憲法と伝統的価値とが相克し、矛盾をきたしている。

この相克のもう一つの断面図は、アメリカ憲法の「自由権」を支えた「自然権」の概念に起因する問題であろう。それはある意味でアメリカの文明そのものが問われている事になる。「無神論者の権利」の問題は、アメリカのこの深刻な矛盾を映し出している。

言うまでもなく、21世紀においては「無神論者の権利」は一つの理想ではなく、現実的な「権利」として存在している。1947年の*Everson*の事例で既に「権利」として宣言され、現代では差し迫った課題となっている。

反対に、「無神論者の権利」を「宗教条項」、あるいは「憲法」によって位置付けられない事は、「譲れない権利」である「自然権」を根幹に形成された「信教の自由」は、結局、「有神論者の権利」のみを保障する不完全で不平等な権利となってしまう。連邦最高裁は、この現実気付いており、「無神論者の権利」を認め、確立すべきことを急いでいるのである。

しかし、問題は「無神論者の権利」をどのようなドクトリンで支えていくのかという事である。

今までのように、「神の絶対的な権威」から許されたわずかな「寛容」の空間で、「無神論者の権利」を位置付けることはできない。むしろ、全く新しい思想で「世俗の人間」の権利を支えていかねばならないであろう。

何故なら、およそ200年前に、アメリカ憲法が選んだものは、紛れもなく「世俗の政府」⁶⁰であり、世俗の「人間」の自由であったからである。

Bibliography

・ Precedents

McCulloch v. Maryland (17 U.S. 316/1819)

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

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

- West Virginia State Board of Education v. Barnette* (319 U.S. 624/1943)
Everson v. Board of Education (330 U.S. 1/1947)
Engel v. Vitale (370 U.S. 421/1962)
School District of Abington v. Schempp (374 U.S. 203/1963)
Flast v. Cohen (392 U.S. 83/1968)
Walz v. Tax Commission of the City of New York (397 U.S. 664/1970)
Sierra Club v. Morton (405 U.S. 727/1972)
Warth v. Seldin (422 U.S. 490/1975)
Stone v. Graham (449 U.S. 39/1980)
Valley Forge Christian College v. Americans United for Separation of Church and State, Inc., (454 U.S. 464/1982)
Marsh v. Chambers (463 U.S. 783/1983)
Lynch v. Donnelly (465 U.S. 668/1984)
Wallace v. Jaffree (472 U.S. 38/1985)
County of Allegheny v. ACLU (492 U.S. 573/1989)
Lee v. Weisman (505 U.S. 577/1992)
Lujan v. Defenders of Wildlife (504 U.S. 555/1992)
Ankenbrandt v. Richards (504 U.S. 689/1992)
Board of Education of Kiryas Joel Village School District v. Grumet (512 U.S. 687/1994)
Church of the Lukumi Babalu Aye, Inc. v. City of Hialeah (508 U.S. 520/1993)
Capitol Square Review and Advisory Board v. Pinette (515 U.S. 753/1995)
Newdow v. U.S. Congress (No. 00-16423/2002)
O'Bannon v. Indiana Civil Liberties Union (No. 01-966/2002)
Freethought Society of Greater Philadelphia v. Chester County (334 F.3d 247/2003)
Glassroth v. Moore (335 F.3d 1282/2003)
Locke, Governor of Washington v. Davey (540 U.S. 712/2004)
Hibbs, Director, Arizona Department of Revenue v. Winn (542 U.S. 88/2004)
Elk Grove Unified School District v. Newdow (542 U.S. 1/2004)
McCreary County v. ACLU (No.03-1693/2005)
Van Orden v. Perry (No.03-1500/2005)

• Recent Dissertations and Theses

- Steven H. Shiffirin — The Pluralistic Foundations of The Religion Clauses
 Cornell Law Review in 2004 (90 Cornell L. Rev. 9)
 Douglas Laycock — Theology Scholarship, The Pledge of Allegiance, and
 Religious Liberty : Avoiding The Extremes but Missing The Liberty,

- Harvard Law Review in 2004 (118 Harv. L. Rev. 155)
- Charles J. Russo — The Supreme Court and Pledge of Allegiance : Does God Still Have a Place in American Schools ? Brigham Young University Education and Law Journal in 2004 (2004 BYU Educ. & L. J. 301)
- Emily D. Newhouse — I Pledge Allegiance To The Flag of The United States of America: One Nation Under No God, Texas Tech Law Review in 2004 (35 Tex. Tech L. Rev. 383)
- The Harvard Law Review Association — Leading Case: C. Standing Harvard Law Review in 2004 (118 Harv. L. Rev. 426)
- Linda P. Mckenzie — The Pledge of Allegiance: One Nation Under God ? Arizona Law Review in 2004 (46 Ariz. L. Rev. 379)
- Arnold H. Loewy — The Positive Reality and Normative Virtues of A “Neutral” Establishment Clause, Brandeis Law Journal in 2003 (41 Brandeis L. J. 533)
- Steven G. Gey — “Under God”, The Pledge of Allegiance, and Other Constitutional Trivia, North Carolina Law Review in 2003 (81 N. C.L. Rev. 1865)
- Charles Gregory Warren — No Need to Stand on Ceremony : The Corruptive Influence of Ceremonial Deism and the Need for a Separationist Reconfiguration of the Supreme Court's Establishment Clause Jurisprudence, Mercer Law Review in 2003 (54 Mercer L. Rev. 1669)
- Paul Andonian — One Nation, Without God ? -A Note on The Ninth Circuit's Decision in *Newdow v. United States Congress* Holding that Reciting The Pledge of Allegiance in Public Schools Violates The Establishment Clause and therefore Unconstitutional, Southwestern University Law Review in 2003 (33 Sw. U. L. Rev. 119)
- John E. Thompson — What's the Big Deal? The Unconstitutionality of God in The Pledge of Allegiance, Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review in 2003 (38 Harv. C.R.-C.L. L. Rev. 563)
- Keith Werhan — Navigating the New Neutrality: School Vouchers, The Pledge, and The Limits of A Purposive Establishment Clause, Brandeis Law Journal in 2003 (41 Brandeis L. J. 603)
- Edward J. Eberle — Roger William's Gift: Religious Freedom in America Roger Williams University Law Review in 1999 (4 Roger Williams U. L. Rev. 425)

Steven B. Epstein — Rethinking The Constitutionality of Ceremonial Deism, *Columbia Law Review* in 1996 (96 *Colum. L. Rev.* 2083)

Notes

- 1) *Locke v. Davey* — Given the historic and substantial state interest at issue, we therefore cannot conclude that the denial of funding for vocational religious instruction alone is inherently constitutionally suspect.
- 2) Wash. Rev. Code § 28B.10.814 (1997) — “No aid shall be awarded to any student who is pursuing a degree in theology”
- 3) *Locke v. Davey* — If any room exists between the two Religion Clauses, it must be here.
- 4) *Hibbs v. Winn* — STOs must disburse as scholarship grants at least 90 percent of contributions received, —
- 5) By Emily Dupuis, *Medill News Service* — Overwhelmingly the funds went to religious-based institutions. Out of a total \$ 1, 815, 799 received by these organizations from taxpayers in 1998, at least 94 percent went to students attending religious schools.
- 6) *Hibbs v. Winn* — The Director moved to dismiss the action, relying on the TIA, which reads in its entirety : “The district courts shall not enjoin, suspend or restrain the assessment, levy or collection of any tax under State law where a plain, speedy and efficient remedy may be had in the courts of such State.” (28 U. S. C. § 1341)
- 7) By Gina Holland, *Associated Press* (Jan. 20, 2004) — Goddard said 44 states have some type of income tax credit and are worried about extensive federal court fights.
- 8) *Gobitis* — National unity is the basis of national security.
- 9) *Id.*, — “But all these specific activities of government presuppose the existence of an organized political society. The ultimate foundation of a free society is the bidding tie of cohesive sentiment. Such a sentiment is fostered by all those agencies of the mind and spirit which may serve to gather up the traditions of a people, transmit them from generation to generation, and thereby create that continuity of a treasured common life which constitutes a civilization.”
- 10) *Id.*, — Government may not interfere with organized or individual expression of belief or disbelief. Propagation of belief-or even of disbelief in the supernatural-is protected, whether in church or chapel, mosque,

synagogue, tabernacle or meetinghouse.

- 11) *Barnette* — National unity as an end which officials may foster by persuasion and example is not in question. The problem is whether under our Constitution compulsion as here employed is a permissible means for its achievement.
- 12) *Id.*, — We set up government by consent of the governed, and the Bill of Rights denies those in power any legal opportunity to coerce that consent. Authority here is to be controlled by public opinion, not public opinion by authority.
- 13) *Id.*, — It is now a commonplace that censorship or suppression of expression of opinion is tolerated by our Constitution only when the expression presents a clear and present danger of action of a kind the State is empowered to prevent and punish.
- 14) *Id.*, — If there is any fixed star in our constitutional constellation, it is that no official, high or petty, can prescribe what shall be orthodox in politics, nationalism, religion, or other matters of opinion or force citizens to confess by word or act their faith therein. If there are any circumstances which permit an exception, they do not now occur to us.
- 15) By Richard Tomkins, UPI White House Correspondent (Oct. 25) — Newdow had, until last month, little or no custodial rights to the child, whose mother he never marred.
- 16) *Warth v. Seldin* — In essence the question of standing is whether the litigant is entitled to have the court decide the merits of the dispute or of particular issues. This inquiry involves both constitutional limitations on federal-court jurisdiction and prudential limitations on its exercise.
- 17) 19) *Valley Forge* — Beyond the constitutional requirements, the federal judiciary has also adhered to a set of prudential principles that bear on the question of standing. Thus, this Court has held that “the plaintiff generally must assert his own legal rights and interests, and cannot rest his claim to relief on the legal rights or interests of third parties.” (*Warth v. Seldin*) In addition, even when the plaintiff has alleged redressable injury sufficient to meet the requirements of Art. III, the Court has refrained from adjudicating “abstract questions of wide public significance” which amount to “generalized grievances,” pervasively shared and most appropriately addressed in the representative branches. (*Id.*, at 499-500) Finally, the Court has required that the plaintiff’s

complaint fall within “the zone of interests to be protected or regulated by the statute or constitutional guarantee in question.” (*Association of Data Processing Service Orgs. v. Camp*)

- 18) *Warth v. Seldin* — The Art. III judicial power exists only to redress or otherwise to protect against injury to the complaining party, even though the court's judgment may benefit others collaterally. A federal court's jurisdiction therefore can be invoked only when the plaintiff himself has suffered “some threatened or actual injury resulting from the putatively illegal action ...”
- 20) Constitutional Law (Principles and Policies) by Erwin Chemerinsky p.56 — Thus, it is hardly surprising that standing has been the topic of extensive academic scholarship and that the doctrines are frequently attacked.
- 21) *Elk v. Newdow* — The Court today erects a novel prudential standing principle in order to avoid reaching the merits of the constitutional claim.
- 22) *Id.*, — Instead it involves a substantial federal question about the constitutionality of the School District's conducting the pledge ceremony, which is the source of our jurisdiction
- 23) *Id.*, — Congress revisited the Pledge of Allegiance 12 years later when it amended the text to add the words “under God.” Act of June 14, 1954, ch. 297, 68 Stat. 249. The House Report that accompanied the legislation observed that, “[f]rom the time of our earliest history our peoples and our institutions have reflected the traditional concept that our Nation was founded on a fundamental belief in God.” H. R. Rep. No. 1693, 83d Cong., 2d Sess., p.2 (1954). The resulting text is the Pledge as we know it today : “I pledge allegiance to the Flag of the United States of America, and to the Republic for which it stands, one Nation under God, indivisible, with liberty and justice for all.” 4 U. S. C. § 4.
- 24) *Id.*, — Our Court Marshal's opening proclamation concludes with the words “‘God save the United States and this honorable Court.’” The language goes back at least as far as 1827. O. Smith, *Early Indiana Trials and Sketches: Reminiscences* (1858) (quoted in I C. Warren, *The Supreme Court in United States History* 469 (rev. ed. 1926)) .
- 25) *Id.*, — As its history illustrates, the Pledge of Allegiance evolved as a common public acknowledgement of the ideals that our flag symbolizes. Its recitation is a patriotic exercise designed to foster national unity and

- pride in those principles.
- 26) *Id.*, — There is no doubt that respondent is sincere in his atheism and rejection of a belief in God. But the mere fact that he disagrees with this part of the Pledge does not give him a veto power over the decision of the public schools that willing participants should pledge allegiance to the flag in the manner prescribed by Congress. There may be others who disagree, not with the phrase “under God,” but with the phrase “with liberty and justice for all.” But surely that would not give such objectors the right to veto the holding of such a ceremony by those willing to participate.
- 27) *Lynch v. Donnelly* (Justice O'Connor) Endorsement sends a message to nonadherents that they are outsiders, not full members of the political community, and an accompanying message to adherents that they are insiders, favored members of the political community.
- 28) Sutherland, Book Review, 40 Ind. L. J. 83, 86 (quoting Dean Rostow's 1962 delivered at Brown University)
- 29) The American Deists by Kerry S. Walters p.106
- 30) *Elk v. Newdow* — (Justice O'Connor) That sort of understanding can exist only when a given practice has been in place for a significant portion of the Nation's history, and when it is observed by enough persons that it can fairly be called ubiquitous.
- 31) *Id.*, — “[O]ne of the greatest dangers to the freedom of the individual to worship in his own way [lies] in the Government's placing its official stamp of approval upon one particular kind of prayer or one particular form of religious services.” (*Engel v. Vitale*) Because of this principle, only in the most extraordinary circumstances could actual worship or prayer be defended as ceremonial deism.
- 32) *Id.*, — Absence of reference to particular religion — the clearest command of the Establishment Clause is that one religious denomination cannot be officially preferred over another. (*Larson v. Valente*)
- 33) *Id.*, — Minimal religious content — The reference to “God” in the Pledge of Allegiance qualifies as minimal reference to religion ; —
- 34) *Id.*, — The coercion test provides that, “at a minimum... government may not coerce anyone to support or participate in religion or its exercise, or otherwise act in a way which ‘establishes a [state] religion or religious faith, or tends to do so.’” *Id.*, at 586 (quoting *Lynch, supra*, at

- 678). Any coercion that persuades an onlooker to participate in an act of ceremonial deism is inconsequential, as an Establishment Clause matter, because such acts are simply not religious in character. As a result, symbolic references to religion that qualify as instances of ceremonial deism will pass the coercion test as well as the endorsement test. This is not to say, however, that government could overtly coerce a person to participate in an act of ceremonial deism.
- 35) *Id.*, — Michael Newdow's challenge to petitioner school district's policy is a well-intentioned one, but his distaste for the reference to “one Nation under God,” however sincere, cannot be the yardstick of our Establishment Clause inquiry. Certain ceremonial references to God and religion in our Nation are the inevitable consequence of the religious history that gave birth to our founding principles of liberty.
- 36) *Id.*, — It would be ironic indeed if this Court were to wield our constitutional commitment to religious freedom so as to sever our ties to the traditions developed to honor it.
- 37) A Fox News/Opinion dynamics poll taken in late June 2002, after the 9th Court's original decision, indicated more than four out of five Americans disagreed with the court. A total of 83 percent of the 900 registered voters questioned nationwide believe the phrase “Under God” was within constitutional bounds ; 12 percent thought it was unconstitutional and 5 percent were unsure.
- 38) CNSNews.com (June 28, 2002)
- 39) Religious Freedom and Equal Citizenship : Reflections on Lukumi by Kenneth L. Karst (Tulane Law Review)
- 40) *Elk v. Newdow* — (Justice Thomas) I conclude that, as a matter of our precedent, the Pledge policy is unconstitutional. I believe, however, that *Lee* was wrongly decided.
- 41) *Id.*, — (Justice Thomas) As a textual matter, this Clause probably prohibits Congress from establishing a national religion. But see P. Hamburger, Separation of Church and State 106, n. 40 (2002) (citing sources). Perhaps more importantly, the Clause made clear that Congress could not interfere with state establishments, notwithstanding any argument that could be made based on Congress' power under the Necessary and Proper Clause. See A. Amar, The Bill of Rights 36-39 (1998).
- 42) The Constitution of The United States of America/Article I, Section 8

— To make all Laws which shall be necessary and proper for carrying into Execution the foregoing Powers, and all other Powers vested by this Constitution in the Government of the United States, or in any Department or Officer thereof.

Akhil Reed Amar — The Bill of Rights (Creation and Reconstruction) p36-39, in 1998

- 43) *Elk v. Newdow* — (Justice Thomas) *Lee* depended on a notion of “coercion” that, as I discuss below, has no basis in law or reason. The kind of coercion implicated by the Religion Clauses is that accomplished “*by force of law and threat of penalty.*” Peer pressure, unpleasant as it may be, is not coercion. But rejection of *Lee-style* “coercion” does not suffice to settle this case.
- 44) *Id.*, — And, although “more extreme notions of the separation of church and state [might] be attribut[able] to Madison, many of them clearly stem from ‘arguments reflecting the concepts of natural law, natural rights, and the social contract between government and a civil society,’ [R. Cord, Separation of Church and State: Historical Fact and Current Fiction 22 (1982)], rather than the principle of nonestablishment in the Constitution.” (*Rosenberger*) (*Thomas, J.*, concurring).
- 45) No Need to Stand on Ceremony: The Corruptive Influence of Ceremonial Deism and the Need for a Separationist Reconfiguration of the Supreme Court's Establishment Clause Jurisprudence by Charles Gregory Warren — The Court sustained the constitutional legitimacy of legislative prayer as permissible “acknowledgement” of religion that did not threaten the integrity of the Establishment Clause.
- 46) *Elk v. Newdow* — As its history illustrates, the Pledge of Allegiance evolved as common public acknowledgement of the ideals that our flag symbolizes. Its recitation is a patriotic exercise designed to foster national unity and pride in those principles. (Underline added)
- 47) *Newdow v. Congress* — “In short, I cannot accept the eliding of the simple phrase “under God” from our Pledge of Allegiance in any setting, when it is obvious that its tendency to establish religion in this county or to interfere with the free exercise (or non-exercise) of religion is de minimis.” (Underline added)
- 48) “Under God,” The Pledge of Allegiance, and Other Constitutional Trivia by Steven G. Gey — In Judge Fernandez's view, the Religion Clauses are

nothing more than “an early kind of equal protection provision [intended to] assure that government will neither discriminate for nor discriminate against a religion or religions.

- 49) Charles Gregory Warren — No Need to Stand on Ceremony : The Corruptive Influence of Ceremonial Deism and the Need for a Separationist Reconfiguration of the Supreme Court's Establishment Clause Jurisprudence, *Mercer Law Review* in 2003 (54 *Mercer L. Rev.* 1669)
- 50) *Id.*, — Threatening Conscience and Citizenship: Harm to the Individual. Secularization and ceremonial deism function as symbolic governmental endorsements of religion that threaten the nonadherent with potential ostracism from the political community.
- 51) *Id.*, — Encouraging Exclusion and Erecting Barriers : Harm to Society. The symbolic endorsements of religion represented by exercises of ceremonial deism or civil religion threaten the social fabric of American society because they provide an incentive for intolerance by those groups favored by the governmental endorsement.
- 52) *Id.*, — Secularizing the World and Enfeebling Spiritual Experience: Harm to religion — However, the Court's current reliance upon ceremonial deism as component of its Establishment Clause jurisprudence encroaches upon religious autonomy.
- 53) *Id.*, — it denies the fundamental dynamic of our constitutional system-judicial review. — Instead, it admitted that “standing alone, historical patterns cannot justify contemporary violations of constitutional guarantees.
- 54) Paul Andonian — One Nation, Without God? — A Note on The Ninth Circuit's Decision in *Newdow v. United States Congress* Holding that Reciting The Pledge of Allegiance in Public Schools Violates The Establishment Clause and therefore Unconstitutional. *Southwestern University Law Review* in 2003, (33 *Sw. U. L. Rev.* 119) — The 1954 Act makes no mention of reciting or participating in the recital of the Pledge. Section 52720 encourages the recital of the Pledge —.
- 55) California Education Code Section 52720 — “In very public elementary school — there shall be conducted appropriate patriotic exercise. The giving of the Pledge of Allegiance to the Flag of the United States of America shall satisfy the requirements of this section.”

- 56) *Newdow v. Congress* — (Judge Goodwin) Justice O'Connor's “endorsement test” effectively collapsed the first two prongs of the Lemon test : The Establishment Clause prohibits government from making adherence to a religion relevant in any way to a person's standing in the political community. Government can run afoul of that prohibition in two principle ways.
- 57) *Id.*, — United States Court of Appeals for The Ninth Circuit (2002)
Judge Fernandez — Were we to do so, the one that appeals most to me, the one I think to be correct, is the concept that what the religion clauses of the First Amendment require is neutrality —.
- 58) John E. Thompson—What's the Big Deal? The Unconstitutionality of God in the Pledge of Allegiance
- 59) *Van Orden v. Perry* — (Chief Justice Rehnquist) From at least 1789, there has been an unbroken history of official acknowledgment by all three branches of government of religion's role in American life.
- 60) Farewell to Christendom by Thomas J. Curry — p8-11, The United States Constitution defined American Government as secular, as having no power at all in religious matters, that is, religious belief, practice, doctrine, or devotion. — Thomas Jefferson explained that the federal government was endowed with “civil power alone” and could not prescribe “any religious exercises” or “assume authority in religious discipline.”

資料

Pledge of Allegiance（忠誠の宣誓）の歴史

- 1892年 コロンブス記念日のための国家の公式学校行事として、Francis Bellamyが「忠誠の宣誓」を書く。
- ” 「忠誠の宣誓」が「Youth's Companion」という雑誌に最初に紹介されている。
 - ” 40周年のコロンブス記念日を祝うために、全国の公立学校の生徒が国旗に敬礼し、「忠誠の宣誓」を斉唱している。
- 1898年 ニューヨーク州が国旗に敬礼する法律を最初に制定している。
* 米国がスペインと戦争を開始する。
- 1923年 国旗協議会 (National Flag Conference) が初めて開かれ、「忠誠の宣誓」の文言が“My Flag”から“The Flag of the United States”へと変更される。
- 1924年 国旗協議会において、「of America」の文言が加えられる。

- 1940年 *Minersville School District v. Gobitis*の判例で、連邦最高裁は、エホバの証人の生徒の訴えに対し、宗教よりも教育方針と国家の団結を優先させたペンシルベニア州法を支持し、合憲としている。
- 1942年 「忠誠の宣誓」を連邦政府が承認し、「国旗に関する規制」(Flag Code)に付け加えている。
- 1943年 *West Virginia State Board of Education v. Barnette*では、連邦最高裁が*Gobitis*の判例を覆し、宣誓の斉唱を生徒に強制させる州法は違憲と判断している。
- 1954年 宣誓に「Under God」の言葉を追加する事を決定した連邦議会の決議にアイゼンハワー大統領が署名している。
- 1978年 *Lipp v. Morris*の判例(第3巡回裁判所)において、「宣誓」の間生徒を起立させるニュージャージー州法は違憲と判断されている。
- 2002年 第9巡回裁判所において、*Newdow v. the U.S. Congress*の法廷意見を述べた上級裁判官(Senior Justice) Alfred T. Goodwinは、*Newdow*の原告適格を認め、「Under God」の含まれた「忠誠の宣誓」の斉唱は「国教樹立禁止条項」の違反と判断している。
*連邦上院・下院において、この判断に対する激しい非難と反対決議が出されている。
- 2004年6月 *Elk Grove Unified School District v. Newdow*において、連邦最高裁は「Under God」の文言が含まれた「忠誠の宣誓」の斉唱は事実上、合憲に相当すると判断している。

* 本稿は第48回宗教学学会(2004年11月13日於青山学院大学)における講演に加筆を行ったものである。