

論文

合衆国最高裁の政教分離判例における ブラック判事の「分離の壁」論

— 表現の自由の「絶対主義」理論を手掛かりにして —

根 田 恵 多*

1. はじめに

連邦最高裁は、「連邦議会は国教の樹立に関する法律を制定してはならない (Congress shall make no law respecting an establishment of religion)」と定める合衆国憲法修正第1条⁽¹⁾の国教樹立禁止条項の意味について、1947年の *Everson v. Board of Education* 判決⁽²⁾において、次のような見解を提示した。

「国教樹立禁止条項は、少なくとも以下のことを意味している。州政府も連邦政府も、教会を設立することはできない。両政府は、1つの宗教、あるいはすべての宗教を援助する法律、もしくは1つの宗教を他の宗教よりも優遇する法律を制定することはできない。両政府は、その意思に反して個人を教会に参加する、あるいは参加しないように強制したり、影響を及ぼしたりすることはできず、いかなる宗教であってもその信仰あるいは不信仰を告白するように強制することはできない。何人も、宗教的な信念あるいは不信仰を心に抱くこと、または告白すること、も

しくは教会への出席または欠席を理由に処罰されてはならない。その金額の多寡にかかわらず、宗教活動や宗教的組織を援助するための税金は、どのような名称で呼ばれ、どのような形態で宗教を普及し実践するものであっても、徴収されてはならない。両政府は、公然、非公然を問わず、どのような宗教的組織、あるいは団体の事項にも関与することができず、その逆も同じである。ジェファソンの言葉を借りれば、法律による国教樹立を禁ずるこの条項は、“国家と教会の間を分離する壁 a wall of separation between church and State”を構築することを意図したものである」[*Everson*, at 15-16]。

この「分離の壁」論は、一見すると国家と宗教のかかわり合いを一切認めないものであるように思われ、しばしば「厳格分離主義の象徴」と言われてきた [佐藤 2012: 9]。

しかし、ブラック判事の手による同判決の法廷意見は、国家と宗教のあらゆる接触を禁止するものとして修正1条を理解してはいないと考えられる。この事件では、公共バスを利用して

* 早稲田大学大学院社会科学研究科 博士後期課程2年

通学する子どもの世帯に交通費の払い戻しを行う州法が宗教学校に通う子どもの世帯に対しても通学助成を行うことが国教樹立禁止条項に違反するかどうか争われたが、同法廷意見はこの州法を合憲であると判断している。結果として宗教者に公金が支出されるとしても、通学の安全を守るという一般的なサービスの一環としてなされているために、当該州法は「分離の壁」を壊すものではないとされているのである。

ここにおいて、少なくとも問題となる政府行為が「一般的プログラムの一環」であれば修正1条に違反しないことが示されているわけであるが、それ以外の場合に何をもって「分離の壁」が壊されるか否かを判断するのは、必ずしも明らかではない。

そこで、本論文は、「厳格分離主義」の象徴とされてきたブラック判事の「分離の壁」論がいかなる意味内容を持つものであるかを検討する。その際、同判事が表現の自由について示してきた理論を手掛かりとする。ブラック判事は、我が国においても表現の自由「絶対主義者」としてよく知られており、修正1条が「絶対的なものabsolutes」を保障する規定であることを繰り返し強調している。その主張においては、宗教の自由も、言論の自由や結社の自由と並んで「絶対的なもの」として語られており、「分離の壁」論を理解するためには、ブラック判事が表現の自由領域で示している見解を参照することが重要であると考えられる。

まず次章において、ブラック判事の著作や表現の自由判例における意見を分析し、その権利章典や連邦最高裁の役割についての基本的理解について検討する。そこで得られた結果を踏まえて、第3章では、国教樹立禁止条項関連の判例におけ

るブラック判事の見解について考察する。

2. ブラック判事の表現の自由理論

2.1 表現の自由「絶対主義」

ブラック判事は、1960年にニューヨーク大学 (NYU) で行われた「ジェームス・マディソン・レクチャー」において、自身の「絶対主義」理論について解説している。

ブラック判事によれば、権利章典とは基本的に、「政府が特定の領域において活動すること、あるいは特定の規定された手続き以外の方法で活動することを禁ずることによって、個人の自由を守るもの」であり、権利章典には「絶対的」な規定が存在する。すなわち、修正1条は「宗教、言論、結社、請願」を、政府の活動がまったく排除される領域として画定しているのであって、明文によって規定された領域に対する政府の侵入禁止ルールを定めるものであるとされる。“Congress shall make no law respecting ……”という修正1条の文言は、条文で規定された領域において政府が「法律を制定してはならない」ということを文字通り示していると解されるのである [Black 1960: 865-867]。

権利章典についてのこのような理解に立つとき、「言論の自由」や「宗教の自由」といった領域に侵入する政府行為について、利益衡量によって合憲性を判断することは明白に否定される。「政府から特定の領域で活動するすべての権限を取り去ること」が連邦憲法および権利章典の目的なのであるから、「特定の権利を何らかの連邦議会に与えられた権限と“衡量する”ということはまったく正当化できない」のである [Id, at 874-875]。

ブラック判事は、憲法解釈についての衡量的なアプローチを、「憲法の禁止規定を単なる訓告」と捉える立場であるとして非難する。憲法には絶対的な禁止規定が存在しないということを前提とするこのアプローチは、すべての憲法問題を合理性 *reasonableness* や程度の問題とするものであり、「英国における立法府の優越性に近い見解」であるとされる。ブラック判事は、成文憲法を持たない英国による専制的な植民地統治が招いた宗教迫害の歴史を強調し、建国の父たちが成文憲法を定めたのは、そうした歴史的背景の中で「政府権力の権限を定義し、より特定のするためであった」と主張している。そして、衡量的アプローチは、「立法府と司法府に制憲者が想定したより多くの権限を与える」点において問題があると批判している [Id, at 866-879]。

以上のように、権利章典を特定領域における政府権力の侵入禁止ルールとして捉え、衡量的アプローチを否定するブラック判事の「絶対主義」の見解は、言論の自由をめぐる多くの連邦最高裁判例において示されている。

1951年の *Dennis v. United States* 判決⁽³⁾ におけるブラックの反対意見は、この立場を明確に提示するものの1つである。この事件においては、共産党を組織した被告人たちが、合衆国政府の転覆を唱道したとして、政府の転覆を目的とする行為を禁ずるスミス法違反に問われた。ヴィンソン判事の執筆した法廷意見は、「明白かつ現在の危険」の原則を、害悪の重大性と発生蓋然性を勘案して判断するものとして再定式化する衡量的なアプローチを採用し、被告人たちの有罪を維持する判決を下した。これに対し、ブラック判事は反対意見を執筆し、「私は

常に、修正1条は我々の連邦政府のキーストーンであり、この条項が保障する自由は、すべての自由の破壊に対する最善の保護手段を提供するものであると信じている」と述べ、「修正1条が、単なる“合理性”についての連邦議会、あるいは裁判所の認識に基づいて言論・プレス自由を縮減する法律を維持することを許すことには賛成できない」として、少なくとも公的事項の領域では、法廷意見が再定式化した「明白かつ現在の危険」テストは不適切であると主張した [Dennis, at 580]。

また、1959年の *Smith v. California* 判決⁽⁴⁾ においても、ブラック判事はその「絶対主義」の立場を明確に表明している。この事件では、わいせつ表現の販売者を、商品の中身について知らない場合であっても処罰することを定めた条例の合憲性が争われた。ブレナン判事による法廷意見は、問題となった条例が故意についての要素を含んでいないために修正14条のデュー・プロセス条項に違反すると判示したが、ブラック判事は、故意のわいせつ文書販売であっても禁止することはできないとして、同意意見を執筆している。この同意意見においてブラック判事は、「修正1条は、単純に“連邦議会は言論やプレスの自由を縮減する法律を制定してはならない”と述べている。私は、“縮減する法律を制定してはならない”とは、縮減する法律を制定してはならないという意味だと読む。つまり国の最高法規である修正1条は、言論とプレスの自由を、自由を縮減する連邦権力のまったく“手の届かないところ”に置くことによって、これら自由への評価を確定したのである」と述べ、利益衡量によって表現の自由を制約することは許されないと強調している [Smith, at 156-157]。

このように、政府権力に対するカテゴリカルな禁止命令として修正1条を捉え、衡量的アプローチを否定する立場を取ったブラック判事は、マッカーシズムの嵐が吹き荒れる時代においても表現の自由の重要性を強調し続けた。しかし同時に、ブラック判事はSmith判決で問題となったわいせつ表現だけでなく、名誉毀損を含む表現であっても「言論」の絶対的な保障を主張したために、「教条主義的」とあるとの批判を受けた。

1952年のBeauharnais v. Illinois判決⁽⁵⁾では、白人至上主義者による人種差別的なリーフレットの展示を処罰するイリノイ州の集団的名誉毀損法（group libel law）について争われた。ブラック判事は、反対意見において、当該州法を州による検閲を認めるものであると評価し、曖昧な文書誹謗の概念によってその検閲を正当化することは許されないと主張した〔Beauharnais, at 271-274〕。

また、1964年のNew York Times v. Sullivan判決⁽⁶⁾同意意見でも、ブラック判事は名誉毀損的な言論について、その保障の絶対性を主張している。この事件では、不正確な記述を含むNYタイムズ紙の意見広告について争われた。ブレナン判事による法廷意見は、公職にある者がその公職に関して名誉毀損的な虚偽の言論で損害を受けた場合には、それが「現実の悪意」をもってなされた場合のみ損害賠償責任を問うことができると判示した。これに対し、ブラック判事の同意意見は、「悪意」は捉えどころがなく、抽象的な概念であり、立証も反証も困難であるとして、NYタイムズ紙が「公職を批判する広告を発行する絶対的で無条件の憲法上の権利を有している」ことを主張した〔Sullivan, at 254〕。

このようなブラック判事の「絶対主義」の硬直性に対する批判の急先鋒に立ったのは、フランクファーター判事であり、両者の対立は我が国においてもよく知られている〔山口 1971: 266-280; 町井 1989: 56-58; 高橋 1996: 165-172; 塚田 2006: 265〕。

フランクファーター判事は、前述のDennis判決の同意意見において、「絶対的なルールは、不可避免的に絶対的な例外を招くことになり、そしてこのような例外はやがてそのルールを侵食するものである。民主的社会における自由な言論の要求も、国家の安全の利益も、非ユークリッド的な問題を解決するにはあまりにも柔軟性のないドグマを宣告することによってではなく、司法プロセスの範囲内で競合する利益について率直かつ洗練された衡量を行うことによって、よりよく実現される」と述べている〔Dennis, at 524-525〕。

また、Smith判決の同意意見では、英国におけるコモンローによるわいせつ表現規制が建国期の米国に影響を与えたことに触れつつ、「わいせつ表現の法的規制を自由言論の否定であるとして禁止するのは教条主義的絶対主義」と非難している〔Smith, at 163〕。

こうしたブラック判事とフランクファーター判事との対立は、言論の自由についての判断に留まるものではなく、憲法解釈に対するアプローチや司法の役割についての理解における両者の見解の相違を表すものである。そこで、次節では修正14条によって権利章典の人権規定を州にも適用する、いわゆる「編入incorporation」理論に関する両者の主張の対立について検討してみよう。

2.2 全面的編入論

権利章典の人権規定の文言は、連邦議会（政府）に向けられたものであり、州政府の権限を直接的に制限するものではない。これに対し、修正14条は、「いかなる州も、法のデュー・プロセスによらず、何人からもその生命、自由、または財産を奪ってはならない」としており、連邦憲法によって州政府に制約を加えるものである。連邦最高裁は、権利章典の人権規定の大部分をこの修正14条の「自由」に「編入」することによって、州にも適用されるものとする解釈を確立している。

連邦最高裁の多数派は、判例を積み重ねる中で1つひとつの人権規定が「編入」されるか否かを個別に判断する、「選択的編入 selective incorporation」の立場を採用した⁽⁷⁾。ブラック判事はこれを否定し、修正14条は人権規定をすべて州に対しても適用することを意図して制定されたとして、「全面的編入 total incorporation」を主張している。この全面的編入論には、ブラック判事の憲法や司法の役割についての基本的な理解が示されている。

1947年の *Adamson v. California* 判決⁽⁸⁾ では、編入理論に関するブラック判事とフランクファーター判事の対立が明確に表されている。この事件では、被告人に証言拒否権を与えないカリフォルニア州法について、修正5条の自己負罪拒否特権を侵害するかどうか争われた。リード判事の執筆した法廷意見は、*Palko* 判決の選択的編入論を踏襲している。「編入」されるのは、「秩序ある自由 ordered liberty」の概念に含まれ、それを否定すると「我が国の伝統と良心に深く根ざし、基本的と呼ぶべき正義の原理」が失われるもののみであるという立場を採用し、修正

5条は州に適用されないと判示した。

これに対し、ブラック判事は反対意見において、法廷意見の立場を主観的で恣意的な判断を許すものであるとして批判し、修正14条の制定過程を詳細に検討した上で、全面的編入こそが制憲者の意図であると主張している。

ブラック判事は、法廷意見が *Palko* 判決と共に先例として依拠する1908年の *Twining v. New Jersey* 判決⁽⁹⁾ について、その時々連邦最高裁の「基本的自由と正義」についての構想に応じて憲法の基準を周期的に拡張したり、縮小したりする無制限の権力を裁判所に与えるものであるとして強く批判する。*Twining* 判決では、自己負罪拒否特権は「普遍的正義の不変の真理」ではないとして州への適用が否定されたのであるが、ブラック判事は同判決が依拠する「自然法」理論について、「権利章典の憲法的な保護 safeguard を侵食するもの」であるという。ここでブラック判事は、自然法理論がもたらしたロックナー期におけるデュー・プロセス条項の拡張的解釈の害悪を強調し、判事たちの「基本的正義」という曖昧な観念についての構想が、権利章典の文言に置き換えられることを懸念しているのである [*Adamson*, at 69-89]⁽¹⁰⁾。

ここで示されている見解は、彼の表現の自由についての絶対主義理論と符合する。すなわち、「連邦憲法の基本的な目的と計画は、連邦政府は明白もしくは暗示的に与えられたもの以外の権限を有するべきではなく、政府のいかなる部門——執行府、立法府、司法府——も連邦憲法によって与えられた、もしくは否定された権限を取り去ったり、追加したりする権威を有していないということ」であるがゆえに、ブラック判事の憲法解釈における「決定的な要素

は、文言と歴史」であって、「連邦最高裁の判事たちによって決定される合理性や望ましさではない」のである [Black 1968: 8]。

このようなブラック判事の見解と鋭く対立したのが、フランクファーター判事の同意意見であった。フランクファーター判事は、全面的編入論が先例において否定されていること、修正14条のデュー・プロセス条項が修正5条と異なる独自の意義を有することを理由に、法廷意見の結論を支持している。彼によれば、過去の連邦最高裁判事たちが選択的編入の立場を採用していたのは、「南北戦争後においても州に残された権限」の射程を正しく尊重していたからであり、機械的な全面的編入は連邦の州に対する過剰な介入を行うことを意味する。そして、フランクファーター判事は、修正14条の柔軟な「デュー・プロセス」概念は、「定着した正義という概念の制限の範囲内」において解釈・適用されるべきものであって、判事たちの単なる個人的な判断によって決せられるものではないと主張している [Adamson, at 62-68]。

ここで注目されるのは、両者が共に司法の恣意的な判断を避けるべきことを根拠としながらも、まったく反対の結論を導き出していることである。ブラック判事が自然法理論を批判し、憲法の文言と制定史にこだわることで司法の裁量の射程を制限しようとしたのに対し、フランクファーター判事は、むしろ一連の先例を重視するコモンロー的なアプローチを取ることでこそが、司法の過剰な介入を防ぐことになる主張したのである。

フランクファーター判事は、ある判決において、連邦憲法は「英国本土から移植された、有機的な生ける制度 organic living institutions」で

あると述べている⁽¹¹⁾。したがって、彼の理論においては、憲法は制定時の文言に拘束されるものではなく、判事たちは先例との関連において個別の事件についての判断を積み重ねていく役割を担うものとされる。

しかし、ブラック判事によれば、合衆国は「それが少数派の権利を多数派の専制から守る最善の方法であるという理由」で成文憲法を定めたのであり、判事たちはその文言と歴史（制憲者意思）に忠実でなければならないのである⁽¹²⁾。

このような両者の司法の役割に対するアプローチの違いは、表現の自由理論における相違にもストレートに表れている。政府権力の侵入禁止ルールとして修正1条を捉えるブラック判事の理論においては、判事たちが衡量的な判断を行うことや、「わいせつ」や「現実の悪意」といった曖昧な観念を用いることは許されない。憲法の文言によって画定された特定の保護領域に政府権力が侵入しているかどうかをカテゴリカルに判断することこそが、判事たちのなすべきこととなる。これに対し、フランクファーター判事のコモンロー的アプローチは、判事たちに個別の利益衡量を行うことを要求する。

フランクファーター判事の利益衡量論は、「司法の自己抑制」の理論と結びついて展開されたことによって、Dennis判決のようなケースにおいて表現の自由の制約を容認する結論につながるものであった [阪口 2010: 719-721; 山口 1971: 269-271]。それとは対照的に、ブラック判事の「絶対主義」理論は、マッカーシズム期においても表現の自由の重要性を強調する結論を導き出したのであった。しかし、ブラック判事は、晩年の判例において一定の表現の制約を容認する意見を多数執筆しており、「保守化」

したと評されることがある [Dennis et al. 1978: 160-169; Magee 1980: 183]。

そこで、次節では、それらの意見におけるブラック判事の憲法判断の構造について分析を行う。

2.3 晩年の「保守化」

1966年のBrown v. Louisiana判決⁽¹³⁾では、公立図書館で人種分離に対する抗議の「座り込み sit-in」を行った者が州の治安妨害罪によって処罰されたことが問題となった。フォータス判事による法廷意見は、平和的な座り込みは修正1条の保障範囲内にあるとして当該州法を違憲であると判断した。

これに対し、ブラック判事は、「連邦憲法のいかなる条項も、連邦の50の州に対して、州の政策への抗議を宣伝するために公立の図書館で座り込みをすることを違法にすることを禁じてはない」として、座り込みの規制を容認する反対意見を執筆した。同反対意見は、「修正1条は、正統に、そして適切にコミュニケーションされるあらゆる様式における、言論、執筆、見解の表明を保護している。しかし、私は修正1条があらゆる人もしくは集団に対して、州法や私的・公的財産を無視して望むところどこにでも行き、好きなときにいつでも行為する憲法上の権利を保障しているとは決して思わない」と述べている [Brown, at 166]。

また、1965年のTinker v. Des Moines判決⁽¹⁴⁾においても、ブラック判事は法廷意見が修正1条の保障範囲に入ると認めた表現行為について、規制を容認する立場から反対意見を執筆している。この事件では、ベトナム戦争に反対する意思を表示するアームバンドを着用して高校に登

校した生徒らが停学処分を受けたことが問題となった。フォータス判事の執筆した法廷意見は、学校という特別な場所において表現の自由が一定の制約を受けることを認めつつも、生徒らの行為は修正1条によって保障されており、停学は違法であると判示した。ブラック判事はここでも、修正1条は「演説やデモを好きなところ、好きな時間に行う権利を誰にも与えていない」として、学校の処分を容認する判断を下している [Tinker, at 517]。

こうしたブラック判事の「保守化」の転換点となったとされるのが、1965年のCox v. Louisiana判決⁽¹⁵⁾であった。この事件では、裁判所周辺でのデモ行進の許容性が争われた。この事件で問題となったデモ行進は、席の人種分離を行う食堂をピケで封鎖しようとした黒人たちが逮捕されたことに対する抗議として実施されたものであった。リーダーのcockスらは、警察との交渉の上で、裁判所の近くで演説や歌を歌う集会を行っていた。しかし、この演説の中で座り込みの煽動を行ったとして、警官によって強制的に解散させられ、後日逮捕・起訴された。この事件では、州法の治安妨害罪、道路交通妨害罪、裁判所の建物近くでピケや行進を禁じる罪の3つについて合憲性が争われ、ゴールドバーグ判事による法廷意見は3つとも違憲であるとの判断を下した。ブラック判事の反対意見は、治安妨害罪と道路交通妨害罪については違憲であるとしたが、3つ目の罪については合憲であると主張した。ここでブラック判事は、裁判所を「群衆mobの脅し」から守ることの重要性を、マッカーシズム期に共産党の脅威を説く見解に強く反対してきた「彼の手によるとは思えないほど」強調し [毛利 2008: 155-159]、ピケや行

進を規制することを容認したのである。

ここでのブラック判事の合憲判断のポイント
は、ピケや行進が修正1条によって保護される
「言論」以外の「行為」を含んでいるということ
である。ブラック判事は、「「言論」と区別され
る“行為”を規制する法律は、もしそのような
法律が言論、プレス、宗教の自由に間接的に衝
突する効果を持つ」ならば、「行為を抑圧する政
府利益が、修正1条の自由と緊密に関わる行為
に携わる個人の利益よりまさるとき、違憲となり
うる」と述べている。つまり、「行為」に対する
規制が結果的に表現の自由と衝突するような場
合には、利益衡量によって合憲性を判断する
という立場を示しているのである〔*Cox II*, at 577〕。

このような「言論」と「行為」の区分論は、
晩年にブラック判事が「保守化」した結果とし
て生み出されたものというわけではない。Cox
判決と同じくピケ規制の合憲性が争われた1949
年のGiboney v. Empire Storage & Ice Co.判決⁽¹⁶⁾
においても、「ピケは言論以外の行為を含むも
のであり、その行為は規制立法に服されうる」
と述べている〔*Giboney*, at 501〕。

また、ピケ事例以外の判例においても、この
区分論は示されている。1950年代～60年代初
頭にかけて、共産党員に対する政治的弾圧をめぐ
って争われた一連の判決において、ブラック
判事はこの区分論に言及している。

たとえば、1959年のBarenblatt v. United States
判決注⁽¹⁷⁾の反対意見がある。「赤狩り」を推進
した下院非米活動委員会（HUAC）による共産
党員歴の調査が問題となったこの事件で、ハー
ラン判事による法廷意見は、衡量的基準を採用
し、HUACの行為は修正1条に違反しないと判
示した。ブラック判事の反対意見は、ここでも

「絶対主義」理論を展開し、言論の自由を縮減
する法律に衡量的基準を適用することを批判し
ているのであるが、「行為を主に規制し、言論
に間接的に影響を及ぼす法律」については、利
益衡量を行うことを容認している〔*Barenblatt*,
at 137-142〕。その他、ブラック判事は1961年の
Konigsberg v. State Bar of California判決⁽¹⁸⁾、同年
のScales v. United States判決⁽¹⁹⁾においても、同
様の主張を行っている。

これらの判決から読み取れるのは、この区
分論が、言論の自由の「絶対性」を確保しつ
つ、「言論」の拡張的解釈を防ぐために用いら
れているということである⁽²⁰⁾。ブラック判事
はGiboney判決反対意見で、修正1条の「言
論」の拡張的解釈が多くの法の執行を不可能
にしてしまうことを問題にしている〔*Giboney*,
at 502〕。それゆえに、「直接的」に言論領域に
侵入する規制については衡量の余地なく禁止さ
れるが、言論ではない「行為」に向けられた規
制、結果的に言論に影響を及ぼすにとどまる規
制については、利益衡量による判断を認める理
論構成をとっているものと考えられる。

共産党弾圧をめぐる一連の判例の法廷意見に
おいては、ブラック判事の考えでは「直接的」
に言論の自由を縮減する法律が、「間接的」あ
るいは「付随的」規制の名の下に、利益衡量に
よって容認されていた⁽²¹⁾。これは、ブラック
判事にとっては到底許容できるものではなかつ
たのである。

しかし、晩年のブラック判事の目には、争わ
れている座り込みやピケに対する規制は、直接
的に「言論」を狙い撃ちにするようなものとは映
らなかった。この点が、「保守化」以前と以後の
判断を分けるポイントであったと考えられる⁽²²⁾。

2.4 小括

ここまで見てきたように、ブラック判事は修正1条を政府権力の侵入禁止ルールと捉えていた。この解釈においては、議会や政府の権限が制限されるだけでなく、司法の裁量も統制されることとなる。すなわち、衡量的なアプローチや曖昧な法的基準による判断を行うことは許容されず、判事たちは憲法の文言と制定史（制憲者意思）に基づいて、争われている政府行為が特定の保護されている領域に侵入するものであるかどうかをカテゴリーカルに判断することが求められる。ブラック判事自身の言葉を借りると、「半分奴隷・半分自由」という状態はありえないのである [Cahn 1962: 555]。

ブラック判事は、こうした理論枠組み自体は、「保守化」したと評される晩年においても維持している。結果的に、あるいは意図せずに「言論」領域に影響を及ぼすような規制については許容しているが、「直接的」に言論に向けられたものについては一貫して反対の立場を取っている。これらのことから、ブラック判事のアプローチは、政府行為のもたらす「効果」よりも、その「動機」や「理由」に重きを置くものであると考えられる。

晩年の「保守化」と呼ばれる現象が示しているのは、ブラック判事の司法哲学の根本的転換といったことではない。むしろ、時代状況が変化していく中で、「言論」と「行為」、あるいは「直接的」と「間接的」をいかに区分するのかという、ブラック判事の理論がその初期から抱え込んでいた困難が顕在化したというべきであろう⁽²³⁾。

3. 宗教の自由と「絶対主義」

3.1 Everson判決と「分離の壁」論

ブラック判事は、自身の著作において、「修正1条の言論、プレス、宗教の自由の保障は、権利章典によってアメリカ国民に与えられた、専制的な政府からの卓越した保護であり、裁判所はこの保護をいかなる方法においても薄めたり、弱めたりすることを許してはならない」という信念を表明している [Black 1968: 44]。すなわち、修正1条の国教樹立禁止条項と自由行使条項が「宗教の自由 religious freedom」を保障しているということは、ブラック判事の理論においては、両条項が画定する「宗教」という特定領域に対する政府の侵入禁止ルールを定めていることを意味するものと解される。

このことは、Everson判決の法廷意見においても示されている。ブラック判事は、まず、問題となったバス通学助成のプログラムが「国教を樹立する establishment of religion」ことに關するものであるかは「とりわけ課税についての、この文言の意味についての理解にかかっている」と述べ、修正1条の制定史についての考察を行っている。ブラック判事は、植民地時代に政府の支援を受けた公定教会がもたらした市民の争いや宗教的迫害といった害悪を指摘し、そうした害悪に対抗するものとして、宗教上の課税に対するヴァージニア州の反対運動について述べている。マディソンの有名な「請願と抗議」と、ジェファソンが起草した「ヴァージニア信教の自由法」を取り上げ、この2名が修正1条の採択において「指導的な役割」を果たしたと主張する。この制定史の検討によって示されるのは、「課税、支援、その他のあらゆる

る宗教に対する援助、あるいは宗教者個人もしくは宗教集団の信仰への干渉についてのすべての権限を政府から剥奪することによって、個人の宗教の自由はもっともよく実現しうる」という、当時のヴァージニアの人々の信念である。そして、ブラック判事はこのような歴史的背景から、修正1条はヴァージニア信教の自由法と「同じ目的」を有する、すなわち、「宗教の自由に対する政府の侵入governmental intrusionに対抗する意図」を持つものであると主張している[*Everson*, at 8-13]。

したがって、国教樹立禁止条項の規範内容についての「分離の壁」論も、表現の自由の場合と同じく政府権力の侵入禁止ルールを定めるものとして提示される。「分離の壁」論の示している「厳格さ」は、「宗教の自由」という特定領域に侵入する政府権力については、程度問題や合理性についての判断、衡量的なアプローチの余地が存在しえないことを意味しているのである。

そして、「分離の壁」論に続く具体的な事案についての判断では、当該プログラムが宗教に関係なく助成を行うものであることから、「修正1条がニュージャージー州に対して、税金によるファンドを一般的なプログラムの一環として教区学校の子どもたちのバス通学費を支払うために用いることを禁止していると言うことはできない」として、「壁」を壊すものではないと判示している [*Id.*, at 16-18]。

ブラック判事の表現の自由理論が「言論」と「行為」をいかに区分するかという困難を抱えていたのと同様に、*Everson*判決は、具体的な事案の判断に際して何が「壁」を壊すものであるかということについて、明確な基準を提示す

ることに成功していない。しかし、少なくとも、結果的に宗教者に公金が支出されるとしても、その政府行為の動機が宗教に対する援助ではないということが、ここでの合憲判断を支えていると考えられる⁽²⁴⁾。

このような *Everson* 判決の国教樹立禁止条項解釈は、通学助成という事案の類型にあわせてなされたものであり、その射程はこの判決だけでは明らかではない。

そこで、次節では、他の国教樹立禁止条項事例におけるブラック判事の合憲性判断のポイントを概観する。

3.2 その後の国教樹立条項判例におけるブラック判事の見解

(1) 解放の時間

1948年 *McCollum v. Board of Education* 判決⁽²⁵⁾、1952年 *Zorach v. Clauson* 判決⁽²⁶⁾ という2つのケースでは、公立学校の生徒が正規の授業時間内に宗教教育のクラスに参加することを許す、「解放の時間」制度について争われた。ブラック判事は、*McCollum* 判決では法廷意見、*Zorach* 判決では反対意見を執筆している。

McCollum 判決では、問題となっている制度について、住民の税金によって維持される財産である公立学校を宗教的指導のために用いるものであり、宗教教育を促進することにおける学校当局と宗教団体の緊密な協力関係を示すものであるとした。そして、このような州の義務教育システムの利用は、まさに「*Everson* 判決の解釈における修正第1条によって禁止されることそのもの」であるとして、違憲と判断している。また、ブラック判事はこの法廷意見において、*Everson* 判決の「分離の壁」論をそのまま

引用し、「修正1条は、宗教と政府が各々の領域において他方から自由であるときに、その高尚な目的を果たすためにもっともよく機能するという前提に立っている」と述べて、修正1条が打ち立てた壁を「高く、堅固に保つべき」ことを強調している [McCollum, at 209-212]。

Zorach判決の反対意見でも、同様の判断がなされている。ブラック判事は、Zorach判決で問題となったプログラムとMcCollum判決で違憲とされたプログラムの間に重要な差異はないとして、違憲であると主張している。すなわち、義務教育システムを宗教的セクトに利益を与えるために利用することは、修正1条が禁じている「強制的な権力の行使」であるため、許されない [Zorach, 318-319]。

ブラック判事は、このZorach判決反対意見において、「政府が禁じられたフィールドに立ち入っているかどうかを考えるということではなく、少しでも立ち入っているかを問うことである」と述べており、ここでも程度問題を排したカテゴリーカルな判断を行っていることが分かる [Id, at 318]。

また、「各宗派、全宗派、そしてすべての非信仰者の自由が保たれうるのは、州が宗教の領域からまったく隔離され、完全に中立的であるように強制されることによってのみである」として、修正1条がある種の「中立性」を要求するものであることを確認している。ここで、本論文の関心との関係で重要なのは、連邦最高裁が「解放の時間制度」を許容することが、この中立性の放棄を意味すると述べられていることである。ブラック判事は、州に「中立性」を保たせるのであれば、連邦最高裁が「正統な教

派を法的に奨励し、非信仰者を軽んじる」ことになり、宗教の自由に対する危機となると主張しているのである [Id, at 319]。

ここにおいて、修正1条が政府に要求する「中立性」は、政府の立法部門と行政部門だけではなく、司法部門も拘束するものであるということが確認されている。この論理構造は、表現の自由絶対主義理論における政府の侵入禁止ルールと類似のものであるといえよう。

（2）公務員就任の際の「信仰の表明」の要求

1961年のTorcaso v. Watkins判決⁽²⁷⁾では、メリーランド州憲法が公務員の就任に際して「神の存在に対する信仰の表明」を要求することの合憲性が争われた。ブラック判事は法廷意見を執筆し、このメリーランド州の宗教審査が修正1条に反すると判示している。

ブラック判事は、植民地時代に行われていた宗教審査について、特定の宗教的信念を「形式的に、あるいは実際に“公定 establishment”する」ものであり、その宗教を信じない者の「信仰の自由な行使に結果的に負荷を与える」ものであったと述べている。そして、制憲者たちはそうした宗教審査を禁じる連邦憲法6条 (Article VI) を制定したのであるが、それに加えて修正1条を定めているとして、修正1条の射程について論じている [Torcaso, at 489-493]。

そこで、ブラック判事はEverson判決の「分離の壁」論の部分とあわせて、1940年のCantwell v. Connecticut判決⁽²⁸⁾から、「修正1条は2つの構想を含んでいる。——信じる自由と、行為する自由である。前者は絶対的であるが、事物の本性において、後者は絶対的ではありえない」と述べられている部分を引用してい

る。そして、Everson判決を確認するものとしてMcCollum判決、Zorach判決があることに言及しつつ、問題となった宗教審査は、「申立人の信仰と宗教の自由に、違憲に侵入するinvadeものであり、彼に対して執行されえない」と述べている [*Id.* at 492-496]。

ここでも、修正1条について、国教樹立禁止条項と自由行使条項によって「宗教の自由」という侵入禁止領域を画定するものであるという理解が示されている。ブラック判事は、本件の宗教審査について、連邦憲法6条違反であるかどうかを直接的に問うていないだけでなく、2つの宗教条項のどちらに違反しているのかということも明確に示してはいない。「信仰と宗教の自由」への侵入をもって違憲と判断しているのである。

また、Cantwell判決を引用することによって、「信仰」と「行為」の区分論を示していることも注目される。そのことが本件の合憲性判断自体に直接影響を及ぼしているわけではないと思われるが、後年の著作においてもこの区分について語っており、表現の自由理論と同様の立場を示すものであると考えられる [Black 1968: 56]。

(3) 公立学校における祈祷

公立学校での「全能の神」という言葉を含む祈りの是非が争われた1962年のEngel v. Vitale判決⁽²⁹⁾において、ブラック判事は法廷意見を執筆し、州によって定められた祈祷文を推奨するために公立学校システムを利用することは国教樹立禁止条項に反すると判示している。

ここでもブラック判事は、修正1条の制定史を検討した上で、問題となっている政府行為が「壁」を壊すものであるかどうかをカテゴリ

カルに判断している。16世紀英国での聖公会祈祷書に抵抗したピューリタンの歴史、建国時のマディソンらのヴァージニア州での運動を参照し、「憲法制定時、多くのアメリカ人は政府が特定の祈祷に公印を押す危険性を認識していた」ことを主張し、本件で問題となった祈祷は「教会と国家を分離する憲法上の壁を打ち壊すもの」であるとしている [*Engel*, at 424-436]。

そして、本判決では、国教樹立禁止条項と自由行使条項の関係についても言及している。ブラック判事は、「2つの条項は特定の例において重なり合うが、これらは2つのまったく異なる種類の政府による宗教の自由への侵入を禁止している」と述べ、国教樹立禁止条項についての判断は、自由行使条項とは異なり、政府による直接的な強制の存在に依存しないとしている。ブラック判事はここで、政府による特権や財政的支援が特定の宗教的信念の背後に置かれるときに発生する、支配的な公的宗教に従うようにという宗教的マイノリティへのプレッシャーを害悪として指摘している [*Id.* at 430-431]。

したがって、ブラック判事の枠組みにおいては、ある政府行為が修正1条の保障する「宗教の自由」に侵入するものであるかどうかは、「国教樹立」と「自由行使」という2つの条項それぞれについての制憲者意思を根拠に判断されると解される。

3.3 小括

ブラック判事の「分離の壁」論は、修正1条を「宗教の自由」への侵入禁止ルールと捉える理解を示すものであった。「壁」を超えて「宗教の自由」に侵入する政府行為については、利

益衡量や程度問題の判断の余地は存在しえないのである。そこで、個々の具体的な政府行為の合憲性判断に際しては、「壁」を壊すものであるか否かをカテゴリーカルに問うことになるが、「国教樹立」という文言は、「言論」以上に抽象度が高い。したがって、実際に何がこのカテゴリーに該当するかの判断は、表現の自由の判断以上に制憲者意思（制定史）の解釈に大きく依存することとなる。

それゆえ、ブラック判事の理論には、その制憲者意思の解釈が妥当なものであるかという問題が重くのしかかってくるのであるが⁽³⁰⁾、ここまで検討してきた判例からは、少なくとも以下のことが明らかにされている。

まず、「分離の壁」論は、政府権力と宗教のあらゆる接触を「絶対的に」禁止することを志向するものではない。ブラック判事は、表現の自由理論と同様に、「信仰」と「行為」の区分論を主張していた。ブラック判事の枠組みでは、政府権力の行為が主として「行為」に向けられているとき、それが結果として宗教と接触するとしても、それは「宗教の自由」への侵入とはみなされないのである。

このことと関連して、ブラック判事の合憲性判断は、政府行為の「動機」に重点を置くものであると考えられる。程度問題を排してカテゴリーカルに判断を行うブラック判事の理論では、たとえば、支出される公金の額の多寡は問題にならない。それゆえ、ブラック判事が修正1条によって要求されると述べる「完全な中立性」とは、「結果の中立性」を意味するものではないのである。すなわち、それは政府が宗教と接触するときに生じるあらゆる「結果」が中立的であることを教条主義的に求めるものではない

く、主として政府行為の「動機」を制限する機能を持つものであると解される⁽³¹⁾。

4. むすびにかえて

ブラック判事の宗教の自由理論は、表現の自由理論と同様に、司法の裁量の射程を統制する意図を含むものであった。裁判所が衡量的アプローチや程度問題の判断を排し、カテゴリーカルな判断を行うことは、「政府の公職にあるもの全員が、厳格に定義された境界線の内側でその権力を行使するように強いられなければならない」という彼の強い信念を反映しているのである [Black 1968: 870-871]。

しかし、連邦最高裁多数派は、このブラック判事の枠組みをそのまま維持することはなかった。「分離の壁」論を読み替えながら、ブラック判事の否定する衡量的なアプローチを発展させていったのである⁽³²⁾。

ブラック判事の理論は、結局のところ何が「宗教の自由」への侵入にあたるかというカテゴリー該当性の判断において、制憲者意思の解釈に大きく依存する。そして、この点における裁判官の主観性・恣意性をいかに排するのかという疑問に答えるものではない。

こうした問題点を踏まえて、なおブラック判事の理論に再考すべきところが残るとすれば、「結果の中立性」とは異なる意味で「分離の壁」論を語っているという点であろう。この点に着目するならば、「分離の壁」論は、「憲法上の権利とは政府の行為理由を統制するものであるとの、ドゥオーキンの見方」[阪口 2011: 59]を示すものとして読み直すことができる。これまで連邦最高裁多数派は、事案の性質に応じて様々

な審査基準を乱立させることによって利益衡量の枠付けを試みてきたのであった。ブラック判事の理論は、そのような衡量的アプローチの限界を示すものとして、現在性を失ってはいない。

政府権力の行使のされ方や行為主体の多様化が進む現代においては、恐らくはブラック判事の活躍した時代以上に、政府行為と宗教が接触する局面は多様化している。ブラック判事が苦闘した、衡量的なアプローチが適する場面とそうでない場面をいかに切り分けるかという課題は、今なお残されているといえるだろう。

〔投稿受理日2014.8.22 / 掲載決定日2015.1.29〕

注

- (1) 修正1条の全文は、以下の通りである。「連邦議会は、国教の樹立に関する法律、あるいは宗教の自由な活動を禁ずる法律を制定してはならず、言論およびプレス of 自由を縮減する法律、ならびに、人々が平穏に集会する権利および苦痛の救済を求めて政府に請願する権利を制限する法律を制定してはならない」。
- (2) 330 U.S. 1.
- (3) 341 U.S. 494.
- (4) 361 U.S. 147.
- (5) 343 U.S. 250.
- (6) 376 U.S. 254.
- (7) *Palko v. Connecticut*, 302 U.S. 319 (1937).
- (8) 332 U.S. 46.
- (9) 211 U.S. 78.
- (10) ブラック判事は、後年の著作において、*Twining* 判決を「裁判所が明白な憲法の命令の代わりに合理性 *reasonableness* という概念を用いることを幅広く認めるものとしてデュー・プロセス条項を解釈する方向へ大きく踏み出した」ものであると批判している [Black 1968: 38]。
- (11) *Bridges v. California*, 314 U.S. 252 (1941), 293.
- (12) ブラック判事は公開インタビューの中で、自身の立場を「文言主義 *literalist*」と呼んでいる [Cahn 1962: 555]。このような立場は、「原典主義 *textualism*」とも呼ばれ、保守派の判事であるスカリアとの類似

性も指摘されている [Gerhardt 1994: 28-48]。

- (13) 383 U.S. 131.
- (14) 393 U.S. 503.
- (15) 379 U.S. 559.
- (16) 336 U.S. 490.
- (17) 360 U.S. 109.
- (18) 366 U.S. 36.
- (19) 367 U.S. 203.
- (20) ブラック判事は *Konigsberg* 判決反対意見で、修正1条を「文字通り」捉えるべきことを主張する中で、1953年のミクルジョンの論文を引用している [Konigsberg, at 64-65]。「言論」の範囲を限定することによってその保障の絶対性を保つという点においては、両者のアプローチは共通するものと考えられる [Meiklejohn 1953: 464; Meiklejohn 1961: 246-251]。
- ただし、ブラック判事はミクルジョンの基本的立場への敬意を表明しつつも、政治的言論のみが憲法上保護されるとする見解には反対している [Cahn 1962: 559; Black 1968: 46]。
- (21) ブラック判事は *Dennis* 判決反対意見においても、直接的に「言論」「行為」区分論に言及していないが、原告たちが訴追されたのは政府を転覆しようとしたためでも、転覆を意図した「行為」のためでもないとして述べている [Dennis, at 579]。
- (22) ブラック判事は、1970年に行われたインタビューにおいて、「直接」「間接」の区別を行わない絶対主義的解釈の下ではあらゆる政府の規制が実施不可能になるという懸念を示している [Yarbrough 1974: 275]。
- また、ブラック判事の連邦最高裁での同僚であったハーラン判事も、ブラック判事が「連邦の司法の役割についての伝統的観念への忠誠」という点において一貫しているとして、「保守化」したという言説に反論している [Harlan 1967: 1-3]。
- (23) ブラック判事の理論における「言論」と「行為」の区分の困難については、当然早くから指摘されている [Ash 1967: 853; McBride 1969: 48-49]。また、このような区分論に基づく「言論プラス *speech plus*」の概念に対しては、「あらゆる言論は必然的に言論プラスの要素を含む」との批判がなされている [Kalven 1965: 23; Kamin 1966: 210-212]。
- (24) ブラック判事の執筆した *Everson* 判決法廷意見のファースト・ドラフトは、宗教の自由の定義に

- 言及しておらず、シンプルに援助が間接的・非本質的で、交通安全という正統な政府利益があることのみを主張していた。「分離の壁」論部分は、ラトレッジ判事の主張を受けて追加されたものであることが指摘されている [Ball and Cooper 1992: 241]。
- (25) 333 U.S. 203.
- (26) 343 U.S. 306.
- (27) 367 U.S. 488.
- (28) 310 U.S. 296. なお、ブラック判事はこの判決において個別意見を執筆していないが、全員一致の法廷意見に参加している。
- (29) 370 U.S. 421.
- (30) ブラック判事の制憲者意思の特定方法が恣意的なものであるとの批判もなされている [Teeter and Smith 1978: 36-39]。
- (31) 阪口正二郎は、国家に要求される善き生の構想に対する中立性について、国家の行為の「帰結の中立性」を求める解釈と、「正当化理由の中立性」を求める解釈の2つがあることを指摘し、リベラリズムの要求する国家の中立性は後者であるとしている [阪口 2011: 54]。
- (32) 1970年代以降の連邦最高裁において支配的な基準となった「レモン・テスト」も、国家と宗教の関係を分離の程度問題で考える衡量的アプローチの発想に立って定立されたものであると考えられる [根田 2014]。
- 参考文献**
- 根田恵多 [2014] 「合衆国最高裁の政教分離判例における「レモン・テスト」の形成と混乱——ブラック判事の「分離の壁」論とバーガー判事の「ライン」論——」 社学研論集24号76頁。
- 阪口正二郎 [2011] 「憲法学と政治哲学の対話——リベラリズム、違憲審査基準、権利——」 公法研究73号42頁。
- [2010] 「憲法上の権利と利益衡量：「シールド」としての権利と「切り札」としての権利」 一橋法学9巻3号31頁。
- 佐藤圭一 [2012] 「T・ジェファソン：「教会と国家間の“分離の壁”原則」再考」 国士館大学政治学研究3号1頁。
- 高橋和之 [1996] 「審査基準論——個別的衡量論と「絶対主義」理論のあいだ」 ジュリスト1089号165頁。
- 塚田哲之 [2006] 「前期ウォーレン・コートにおける表現の自由法理の形成」 名古屋大学法政論集213号255頁。
- 町井和朗 [1989] 「ブラック判事と権利章典——法の支配の一考察——」 『大東文化大学法学部創設十周年記念論文集』 有斐閣。
- 毛利透 [2008] 『表現の自由 その公共性ともろさについて』 岩波書店。
- 山口和秀 [1971] 「アメリカにおける表現の自由と利益衡量論」 岡山大学法学会雑誌20巻3号59頁。
- Ash, Michael [1967] The Growth of Justice Black's Philosophy on Freedom of Speech: 1962-1966, 1967 Wis. L. Rev. 840.
- Ball, Howard [1996] HUGO L. BLACK: COLD STEEL WARRIOR, OXFORD UNIVERSITY PRESS.
- Ball, Howard and Cooper, Philip J. [1992] OF POWER AND RIGHT, OXFORD UNIVERSITY PRESS.
- Black, Hugo L. [1960] The Bill of Rights, 35 N.Y.U. L. Rev. 865.
- [1968] A CONSTITUTIONAL FAITH, ALFRED A. KNOPF.
- Black, Hugo L. and Black, Elizabeth [1985] MR. JUSTICE AND MRS. BLACK: THE MEMOIRS OF HUGO L. BLACK AND ELIZABETH BLACK, RANDOM HOUSE (NY).
- Cahn, Edmond N. [1962] Justice Black and First Amendment "Absolutes": A Public Interview, 37 N.Y.U. L. Rev. 549.
- Dennis, Everette, Lavick, Neil, and Edward, Gerald [1978] Expression and Conduct in the Oppions of Justice Black, in Dennis, Everette E. et al. (e.d.), JUSTICE HUGO BLACK AND FIRST AMENDMENT, IOWA STATE UNIVERSITY PRESS.
- Freyer, Tony [1993] HUGO L. BLACK AND THE WARREN COURT IN RETROSPECT, IN TUSHNET, MARK (E.D.), THE WARREN COURT IN HISTORICAL AND POLITICAL PERSPECTIVE, UNIVERSITY PRESS OF VIRGINIA.
- Gerhardt, Michael J. [1994] A Tale of Two Textualists: A Critical Comparison of Justices Black and Scalia, 74. B.U.L.Rev. 25.
- Harlan, John M. [1967] Mr. Justice Black ——Remarks of a Colleague, 81 Harv. L. Rev. 1.
- Kalven, Harry Jr. [1965] The Concept of the Public Forum: Cox v. Louisiana, 1965 Sup. Ct. Rev. 1.
- Kamin, Alfred [1966] Residential Picketing and the First

- Amendment, 61 Nw. U. L. Rev. 177.
- Magee, James J. [1980] MR. JUSTICE BLACK ABSOLUTIST ON THE COURT, UNIVERSITY PRESS OF VIRGINIA.
- McBride, Patrick [1969] Mr. Justice Black and his Qualified Absolutes, 2 Loy. U.L.A. L. Rev. 37.
- Meiklejohn, Alexander [1953] What Does the First Amendment Mean?, 20 U. Chi. L. Rev. 461.
- [1961] The First Amendment is an Absolute, 1961 Sup. Ct. Rev. 245.
- Reich, Charles A. [1963] Mr. Justice Black and the Living Constitution, 76 Harv. L. Rev. 673.
- Teeter, Dwight L. and Smith, Maryann Yodeli [1978] Justice Black's "absolutism": Notes on his Use of History to Support Free Expression, in Dennis, Everette E. et al. (e.d.), JUSTICE HUGO BLACK AND FIRST AMENDMENT, IOWA STATE UNIVERSITY PRESS.
- Yarbrough, Tinsley E. [1974] Justice Black and His Critics on Speech-Plus and Symbolic Speech, 52 Tex. L. Rev. 257.