

合衆国最高裁の政教分離判例における 「エンドースメント・テスト」の諸相

—「エンドースメント論」と「エンドースメント・テスト」の緊張関係—

根 田 恵 多*

1. はじめに
2. 連邦最高裁の判例法理におけるエンドースメント・テスト
 - 2.1 レモン・テスト
 - 2.2 エンドースメント・テスト
 - 2.3 歴史的慣行, 強制テスト, 中立性アプローチ
 - 2.4 小括
3. オコナー判事の「エンドースメント・テスト」
 - 3.1 「エンドースメント・テスト」の射程答
 - 3.2 文脈依存性
 - 3.3 「合理的観察者」の視点
 - 3.4 小括
4. むすびにかえて

1. はじめに

日本国憲法第20条1項後段, 3項, 第89条にいう, いわゆる「政教分離原則」の意味については, 学説・判例において様々な議論がなされてきた。最高裁は1977年の津地鎮祭判決以降, 政教分離規定の目的は「国家の非宗教性ないし宗教的中立性」の確保にあり, 間接的に信教の自由を保障するものであるとして, いわゆる「目的効果基準」によって合憲性の判断を行ってきた。

しかし, 最高裁は2010年の空知太神社判決に

おいて, 国家と宗教の「かかわり合いが相当とされる限度を超える」か否かの判断を, 目的と効果の検討を通してではなく, 複数の要素を考慮して総合的に行うという判断を示し, 従来の目的効果基準を明示的には採用しなかったことが学説上の議論を呼んだ。この目的効果基準の「不採用」については, 最高裁が問題となっている行為の性質によって適用すべき基準を変えているとする見解 [安西 2010: 62], 事案に対する適用条文の違いによる見解 [林 2010: 85], 最高裁の厳格分離論からの離脱, あるいは相対化に向けた動きを反映するものであり, エンドースメント・テストへ接近するものであるとの見方 [山本 2013: 214-216]などが示されているが, いずれにせよ, この判決を機に, 「何が政教分離の問題か」ということを改めて問い直す必要が生じたと思われる。この点につき, 学説においては, 政教分離違反が問題となる様々な局面を類型化し, 多様な局面に応じて憲法の要請を明らかにしていくという方向性が主流になりつつある [宍戸 2011: 123-125]。

本稿の目的は, このような日本の状況を踏まえて, アメリカ憲法における国教樹立禁止条項

*早稲田大学大学院社会科学研究所 博士後期課程1年 (指導教員 西原博史)

の合憲性判断基準としてのエンドースメント・テストについて再検討することである。日本の最高裁の目的効果基準がアメリカのレモン・テストに範をとったものであることから、日本の学説においてはアメリカの判例法理を参照した議論が盛んに行われてきた。レモン・テストに修正を加えたものとされるエンドースメント・テストについても、愛媛玉串料判決への影響〔諸根 2011: 96-109; 高畑 2001: 351-377〕、政教分離と信教の自由の緊張関係〔野坂 1992: 27-28〕、平等保護との関連〔安西 1996: 94-108〕などで紹介・検討されてきた。空知太神社判決において目的効果基準の位置づけにも変容が見られる中、日本においてエンドースメント・テストが盛んに紹介された90年代半ば以降のアメリカの判例動向も踏まえつつ、エンドースメント・テストについても改めて分析・検討を行う必要があると思われる。

そこで、本稿では、まず連邦最高裁の判例法理においてエンドースメント・テストがどのように受け止められたかを検討する。次に、同テストを提唱したサンドラ・デイ・オコナー判事が在任期間中（1981年9月～2006年1月）に国教樹立禁止条項に関する諸判決において執筆した意見を分析し、オコナーの理論の射程や構造、意義について考察する。

2. 連邦最高裁の判例法理におけるエンドースメント・テスト

2.1 レモン・テスト

アメリカ連邦最高裁の判例法理における最初の定式化された国教樹立禁止条項の違憲性審査基準は、1971年のLemon v. Kurtzman判決⁽¹⁾において提起された、いわゆる「レモン・テスト」

である。

宗教学校の世俗教科の教員に対する給与を補填する州のプログラムの合憲性が争われたこの事件において、バーガー首席判事は、国教樹立禁止条項が防止しようとした主たる害悪は宗教への後援 sponsorship、財政支援 financial support、積極的な関与 active involvement の3つだと述べた上で、国教樹立禁止条項に関する従前の判例からの「累積的基準」として、問題となる法律は、①世俗的な立法目的を有するものでなければならない、②その主要な効果は宗教を促進することも阻害することもないものでなければならない、③政府と宗教の過度な関与を生じさせるものであってはならない、とするテストを提示した〔Lemon, at 612-613〕。

そして、本件州法の「目的」は、「義務教育法の下にあるすべての学校で世俗教育の質を向上させること」として容認できるが、「主要な効果」について判断するまでもなく、宗教学校の教員は世俗教科教員であっても宗教教育をしてしまうという「憲法上許されない宗教の促進の可能性が現実にある」ため、州は助成を受けた教員が宗教教育をしないようにするために宗教学校に対する「広範囲に及ぶ共同で継続的な政府の監督」を要するので、政府と宗教の過度なかわり合いを生じさせるがゆえに違憲であると判示した〔Id, at 613-623〕。

法廷意見が「累積的基準」と述べているように、Lemon判決以前の連邦最高裁判例においても、問題となっている政府行為の「目的」「効果」「過度のかわり合い」といった要素は審査されてきた。それがLemon判決において先の3つの要件を問う形で定式化され、国教樹立禁止条項違反が争われるケースにおいて「中

心的な役割を果たしてきた」とされる [門田 2009: 294]。

しかし、連邦最高裁の判例法理は、それ以降も「あらゆる憲法学者が一致できる数少ない事柄の1つが、連邦最高裁の国教樹立禁止条項の判例法理が首尾一貫していないということである」と揶揄されるほどに混乱している [Gey 2006: 4]。

事案の類型によってはレモン・テストが適用されないことがあるだけではなく、1997年の *Agostini v. Felton* 判決⁽²⁾ においては、「過度なかわり合い」の要件が「主要な効果」の要件に組み込まれるという形で、明示的にレモン・テストの修正が行われている。

それでも、2005年の *McCreary County v. ACLU* 判決⁽³⁾ の法廷意見においてレモン・テストの「目的」要件の有効性が強調されるなど、連邦最高裁は少なくともレモン・テストを公式に放棄しているわけではなく、「目的」と「効果」という国教樹立禁止条項に関する基本的な判断枠組みを示すものとしては一応維持していると思われる。しかし、テストの運用方法も考慮に入れると、必ずしも *Lemon* 判決で示されたような強い違憲性の推定をかける基準として用いられているわけではなく⁽⁴⁾、多様なテストが併存・混在しているのが現在の連邦最高裁の判例法理の状況であると言えよう [諸根 2005: 175; 榎 2009: 38; Tomlinson 2008: 269-272; Alamblik 2006: 1180-1188]。

2.2 エンドースメント・テスト

こうした判例状況の中、1980年代以降にレモン・テストを修正するものとして注目されたのが、オコナー判事が提唱した、政府が宗教を

「是認endorsement」あるいは「否認disapproval」するメッセージを伝達するかどうかを問題とするエンドースメント・テストである。

(1) 「エンドースメント論」の提示

オコナーが最初に「是認」という要素に着目した見解を提示したのは、1985年の *Lynch v. Donnelly* 判決⁽⁵⁾ の補足意見においてであった。市が商店街で行っていたクリスマスの展示にキリスト降誕のシーンや幼いキリスト像が含まれていたことが問題とされたこの事件において、パーカー首席判事による法廷意見は、展示の内容が国民の祝日として長く認識されている伝統的行事の起源を描くものであるとして正当な世俗的目的を認定し、展示の効果も宗教の促進や是認にあらず、宗教への行政的な関与も存在していないとして、本件の展示は合憲であると判断した。これに対してオコナーは、法廷意見の「結論には同意するが、国教樹立禁止条項のドクトリンの明確化を提示するため」に補足意見を執筆している [*Lynch*, at 687]。

まず、オコナーは国教樹立禁止条項の中心的原理は、「政府が個人の政治的共同体における地位に宗教への信奉を関連付けることをいかなる方法でも禁じている」ことであると述べ、そのような禁止に抵触する原理的なあり方は、①宗教的組織との過度なかわり合い、②政府の宗教の是認あるいは否認の2つであるとした [*Id.*, at 687-688]。

このうち、「過度なかわり合い」については、レモン・テストにも含まれていたものであるが、その意味が曖昧であるとして、彼女の二段階アプローチの中では国家と宗教の「制度的なかわり合い」に限定して捉えるというモデ

ルを提示した [Id, at 688-689]。

「是認」については、「政府がある宗教を是認することは、その宗教の非信奉者に対して、アウトサイダーであって政治的共同体の完全な成員ではないというメッセージを伝達し、同時にその宗教の信奉者に対しては、インサイダーであって政治的共同体において好まれているというメッセージを伝達する。また、否認はその反対のメッセージを伝達する」として、その害悪を説明している [Id, at 688]。

そしてオコナーは、これら2つの違憲な政府行為を識別するために用いられてきたのがレモン・テストであるが、国教樹立禁止条項の諸原理とレモン・テストの3つの要件がどのように関係するかが完全に明確ではないとして、制度的なかかわり合いと是認・否認に注目することが、分析装置としてのレモン・テストを「明確化」するものであるとした。この観点から、レモン・テストの「目的」要件については、是認・否認のメッセージを伝えることを意図しているかどうかの問題とされ、「効果」要件については、是認・否認のメッセージを伝達する効果を有しているかどうかと問われるとして、それを本件に具体的に適用した場合は合憲と判断されると主張した [Id, at 688-692]。

このLynch判決補足意見の時点においては、「是認」あるいは「否認」というかたちで「政府が個人の政治的共同体における地位に宗教への信奉を関連付ける」ことによって政治的共同体内部における個人の地位を階層化することが国教樹立禁止条項違反の中心的問題であるという見解（以下、この見解を「エンドースメント論」と呼ぶ）が提示された。しかし、この時点では、そのような是認・否認をいかなる観点か

ら、どのように判断するかについては明示されておらず、「エンドースメント・テスト」として定式化されたとは言い難い。

そもそも、連邦最高裁の判例法理においては、Lynch判決以前から「是認」やそれに類似する「宗教に対する象徴的利益」を問題とする判断がなされており⁽⁶⁾、「是認」に着目することそれ自体はオコナーのオリジナルな発想ではない。しかし、オコナーのエンドースメント論は、「関連する諸問題に一貫して適用可能な原理を打ち立てる」⁽⁷⁾ことを目標として展開されており、「是認」という形で「政治的共同体における地位」の問題を国教樹立禁止条項解釈の中心に据えている点において、1947年のEverson v. Board of Education判決において示された、国家と宗教の間に「分離の壁」を打ち立てるものという従前の連邦最高裁の国教樹立禁止条項理解⁽⁸⁾とは異なるものであると考えられる。

その後、オコナーはエンドースメント論が問題とする「是認」の要素について、「客観的／合理的観察者」の視点から判断するという審査枠組みを提示し、これを「エンドースメント・テスト」と名付けた。

(2) 「エンドースメント・テスト」の定式化

オコナーが自身の判断枠組みを初めて「エンドースメント・テスト」と呼んだのは、公立学校における祈祷や沈黙の時間が問題となった1985年のWallace v. Jaffree判決の補足意見においてである。オコナーはこの補足意見で、州法が是認のメッセージを伝達する効果を持つかどうかを「法律のテキスト、立法史、執行について精通している」仮想的存在である「客観的観察者 objective observer」の視点から判断すると

いうモデルを提示した [Wallace, at 76]。

また、この「客観的観察者」は、1986年の Witters 判決補足意見において、特段の説明を付されることなく「合理的な観察者 reasonable observer」と言い換えられ⁽⁹⁾、公的施設でのクリスマスの展示の合憲性が争われた1989年の Allegheny 判決の補足意見においても、問題とされた展示が「是認」の目的・効果を有しているかは「合理的観察者」の視点から判断すべきとされている⁽¹⁰⁾。

そして、この「合理的観察者」がいかなる存在であるかについては、州政府が私人によるパブリック・フォーラムでの宗教的展示を拒否できるかが争われた1995年の Pinette 判決補足意見において、「理に適ったふるまいについての共同体の理念を人格化したもの」であると述べられており、実在する市民の視点でも多数派あるいは少数派の視点でもなく、そのような共同体の歴史とコンテキストを知っている仮想上の観察者の視点から審査がなされなければならないとされている⁽¹¹⁾。

「是認」という要素それ自体はレモン・テストの枠内でも考慮されていたのに対し、この「観察者」の視点というポイントは、オコナーの判断枠組みの大きな特徴と言って良いだろう。

「是認」に当たるかを「観察者」の視点から判断するというこの「テスト」は、Allegheny 判決の法廷意見において採用された。しかし、法廷意見を執筆したブラックマン判事は「キーワードが「是認」、「優遇」、「促進」のいずれであろうとも、本質的原理は同じ」であると述べており、これをレモン・テストといかなる関係にあるものとして採用しているかについては明示していない⁽¹²⁾。

いずれにせよ、連邦最高裁の判例法理においては、Allegheny 判決以降も「是認」を「観察者」の視点から判断するという手法が様々な形で用いられている。こうした状況について、連邦最高裁が「国教樹立禁止条項の下で提訴されるすべての政府行為に対してエンドースメント・テストを適用している」といった評価もなされている [Schragger 2004: 1875-1876]。

しかし、学説からはエンドースメント・テストにおける「観察者」の概念が曖昧であるとの批判が数多くなされており⁽¹³⁾、連邦最高裁の判例法理においても「観察者」の位置づけは一貫していない。

たとえば、公立高校のフットボールの試合の開始時に聖職者を招いて祈祷することが問題となった2000年の Santa Fe Independent School District v. Doe 判決法廷意見において、スティーブンス判事は、Wallace 判決補足意見でオコナーが「客観的観察者」について述べた部分を引用しつつも、実際にメッセージの直接的な受け手がどう受け取ったかという点を重視して「是認」についての判断を行っている⁽¹⁴⁾。ここでスティーブンスは「合理的観察者」について述べた先例の引用は避けており、「客観的観察者」にしてもオコナーが想定したような仮想的な存在としてではなく、具体的な個人の存在を前提として判断しているように思われる。それゆえ、ここでは何をもって「是認」とするかについて、オコナーの定式とは異なった判断がなされている可能性が高い。

先述のように、連邦最高裁においてはレモン・テスト以前から「是認」や「宗教に対する象徴的利益」についての関心があったことも踏まえると、連邦最高裁がいかなる基準としてエ

ンドースメント・テストを用いているのかは、不明確と言うほかない⁽¹⁵⁾。

2.3 歴史的慣行、強制テスト、中立性アプローチ

事案の類型によっては、そもそもレモン・テストやエンドースメント・テストが採用されないケースや、「私的選択の原理」といった異なった解釈原理を用いて判断がなされることもある。本節では、そのような事案の類型による判断基準・アプローチの違いについて概観する。

(1) 歴史的慣行

ネブラスカ州議会の開会時に聖職者が祈祷を行うという慣行の合憲性が争われた1983年のMarsh v. Chambers判決⁽¹⁶⁾の法廷意見は、レモン・テストを適用することなく合憲判断を下している。

レモン・テストの提唱者でもあるバーガー首席判事の手による同法廷意見は、「修正1条の起草者たちは本件で争われているような祈祷の慣行によって国教樹立禁止条項に対する現実的な脅威が発生することはないと理解していた」のであり、長い歴史を持つ議会での祈祷の慣行は、宗教学校への通学補助や宗教組織に対する税金の免除以上に「国教樹立の潜在性を有するものではない」とした [Marsh, at 791]。

このように歴史的慣行であることを主たる理由として合憲と判断するあり方は「マーシュ・テスト」や「歴史的慣行テスト」と呼ばれ、歴史的慣行の合憲性が争われる事例についての先例として確立している [Alemblík 2006: 1180-1181]⁽¹⁷⁾。

このような歴史分析に依拠した議論は、合憲

性判断についての明確な基準を提示しているものではなく、独立した「テスト」と捉えるべきではないと思われるが、少なくともMarsh判決のような事案に対してはレモン・テストが適用されないことが示されている。

(2) 強制テスト

ケネディ判事は、Allegheny判決の補足意見において、宗教を促進ないし是認する政府行為であろうとも「強制」するものでない限りは合憲であるという見解を提示している [Allegheny, at 659-663]。この判断基準は、公立学校の卒業式で聖職者を招いて祈祷を行う慣行について争われた1992年のLee v. Weisman判決⁽¹⁸⁾の法廷意見において採用された。

ケネディ判事の手によるこの法廷意見は、「最低限、憲法は政府が何人も宗教を支持し、あるいは宗教実践に参加するように強制してはならないことを保障」しており、「本件で争われている学校での祈祷への州の関与は、この中心的原理に反している」ものであって、「学区による高校の卒業式の監督とコントロールが、式典に参加した生徒に対して、祈祷と祝福の間は起立するか、少なくとも敬意をもって沈黙を保つように、公的な圧力と生徒たちからの圧力をかけるものであることは否定し難い事実である。この圧力は、潜在的で間接的なものであるとしても、明白な強制と同じくらい現実的なものである」として、祈祷の慣行は違憲であると判断した [Weisman, at 587, 593]。

この法廷意見は、当該事件を処理するにあたっては、あえてレモン・テストを採用せずとも、強制の有無を問う「強制テスト」を適用すれば十分と判断したものであり、連邦最高裁の

判例法理においてレモン・テストやエンドースメント・テストに取って代わる一般的に適用可能な基準として強制テストが採用されたわけではないが、「それらと並立する」審査基準として確立されたと見る事ができる〔神尾 2005: 359〕。

(3) 中立性アプローチ

近年、特に宗教学校やその生徒に対する政府援助をめぐる事例においては、その援助が「中立的」に行われているかどうか判断の中心とされるようになった〔ファロン 2010: 65-69〕。

2002年の *Zelman v. Simmons-Harris* 判決では、クリーブランド学区で行われていた教育バウチャー・プログラムが、そのプログラムを利用する生徒の9割以上が宗教学校を選択していたことから、宗教に対する援助として国教樹立禁止条項違反にあたるかが争われた。同判決の法廷意見は、当該バウチャーは宗教に関わらず居住地や所得といった中立的な基準によって分配されており、受給金の使用先が個人の選択に委ねられているため、宗教に関して完全に中立性を保持しているとして、当該プログラムを合憲と判断した⁽¹⁹⁾。

「中立性」という概念それ自体は、1947年の *Everson* 判決のうちに既に見られる。ブラック判事は同判決の法廷意見において、「修正1条は、政府に対して信仰者の集団と非信仰者の集団との関係において中立的であることを要請している。すなわち、修正1条は政府に対して両者の敵となることを要請しているのではなく、政府の権力は宗教を援助するためにも、宗教を不利な立場に立たせるためにも行使されてはならない」と述べている〔*Everson*, at 18〕⁽²⁰⁾。

しかし、*Everson* 判決では政府と宗教の厳格な分離をいう「分離の壁」論の一部として「中立性」についての言及がなされていたのに対し、*Zelman* 判決では「形式的に中立性を保っていれば、政府が宗教に対して公金を支出しても国教樹立禁止条項に違反しない」と判断されており、その「中立性」への着目の仕方は大きく異なるものである⁽²¹⁾。

また、この *Zelman* 判決においては、「州の援助が単に私的な諸個人による多くの独立した決定の結果として宗教学校にわたっている場合には、合理的観察者はそうした中立的な私的選択のプログラムが政府による是認の裏付けを伴うとは考えない」とされている。ここでも「是認」の要素について「合理的観察者」の視点から判断するというエンドースメント・テストの基本枠組み自体は用いられているわけであるが、実際の判断としては、「形式的に中立的に援助が行われているか」ということと、「援助が純粹に私的選択の結果であるか」という2点によって、是認の有無についての判断は大きく規定されている〔*Zelman*, at 654-655〕。

2.4 小括

国教樹立禁止条項についての連邦最高裁の判例法理は、レモン・テストを一応は維持しつつも、事案の類型によって多様なテストを併存・混在させている状況にある。レモン・テスト自体も、判事によってその適用のされ方は一貫しておらず、*Agostini* 判決において明示的に修正がなされていることも踏まえると、*Lemon* 判決においてパーガーによって提示されたテストと同じものとして維持されてはいない⁽²²⁾。

そうした中で、オコナーによって提示された

エンドースメント・テストは、*Allegheny*判決法廷意見において採用され、その後の判決においても「是認」という要素を「観察者」の視点から判断するという手法が採り入れられてはいる。しかし、この用い方も各判事によってばらつきを見せており、必ずしも同テストの提唱者であるオコナーの意図通りに採用されているわけではないと思われる。

それでは、オコナー自身はどのようなテストとしてエンドースメント・テストを提唱してきたのか。以下で、その射程や構造的な特質、意義について検討してみよう。

3. オコナー判事の「エンドースメント・テスト」

3.1 「エンドースメント・テスト」の射程

オコナーは、少なくともエンドースメント・テストを提唱し始めた初期の意見においては、同テストを国教樹立禁止条項違反が争われる事例一般に対して広く適用可能なものと想定していたと考えられる。

*Lynch*判決においては、エンドースメント論はレモン・テストを「明確化」するものとして提示されている [*Lynch*, at 687]。また、*Wallace*判決では、オコナーは「過度の関わり合い」要件の曖昧さなどを指摘してレモン・テストに対する批判を展開した上で、「関連する諸問題に一貫して適用できる原理を打ち立てる」ためにエンドースメント論を主張し、合憲性審査基準としてのエンドースメント・テストの提示を行っている [*Wallace*, at 68-69]。

こうしたことから考えると、*Lynch*判決や*Wallace*判決といった初期のオコナーの主張においては、エンドースメント・テストは表面的

にはレモン・テストを補完・明確化する基準として提示されているが、その背後にはレモン・テストを実質的に修正する新しいテストを打ち立てるという意図があったのではないかと思われる⁽²³⁾。

しかし、オコナーはエンドースメント・テストを多様な事案に機械的に当てはめられる基準として用いてはならず、事案の類型によって異なった判断を示している。

(1) 儀礼的の神性 ceremonial deism

ケネディ判事は、エンドースメント・テストを厳格に適用すると、アメリカに広く存在する歴史的慣行が違憲になると批判している [*Allegheny*, at 670]。

オコナーはこの批判に対して、ドル紙幣の「我々の信じる神の下に」という文言などは、それらが*Marsh*判決で認められたような儀礼的・世俗的な目的に仕えているがゆえに、そしてアメリカの歴史において重要な位置を占める慣行であり、アメリカ社会に偏在するものと公正に認められうる（「歴史と偏在性 History and Ubiquity」を有する）ものであるがゆえに、特定の宗教の是認を伝達するものとは理解されないとしている [*Id.*, at 625]⁽²⁴⁾。

オコナーは、政府が憲法に反することなく神聖なものに言及できるこうした慣行を、「儀礼的の神性 ceremonial deism」という特定のカテゴリーであるとする。「神」という文言を含む「忠誠の誓い」の公立学校での朗読について争われた2004年の*Elk Grove v. Newdow*判決補足意見において彼女は、政府行為がこの儀礼的の神性に当てはまるかどうかを判断するための基準として、①「歴史と偏在性」を有していること、②

礼拝と祈祷の不存在、③特定の宗教への言及の欠如、④宗教的内容が最小限であることの4つを提示している。また、この基準に該当するかの判断は「合理的観察者」の視点から行われるとして、このような儀礼的神性についての判断を「エンドースメント・テストの特定のな適用 specific application」であるとしている⁽²⁵⁾。

(2) 「中立性」と「私的選択」の支持

宗教学校への政府援助をめぐる事例についてオコナーは、Zelman判決の補足意見において、直接的援助と間接的援助を区分した上で、間接的援助の事例において「主要な効果」を判断するために、①援助の受益者もしくは提供者の宗教的なステータスの違いに関わらず、プログラムが援助を中立的な様式で行っているか、②受益者が真の選択 genuine choice を有しているかを問う必要があるとして、法廷意見の「中立性」に対するアプローチと「私的選択」の原理を支持することを表明している。

ただし、「中立性」については、ただ中立的な基準で配分されているという理由のみで違憲性審査をパスすることはないとし、「私的選択」の原理に関しても、「頭割りでの援助の場合は、宗教学校が生徒に宗教を教え込むために援助を用いるのであれば、政府が是認のメッセージを伝達していると述べることは合理的なことである。合理的な観察者は政府の援助を受けた教化を宗教の促進と受け止める。しかし、学校の宗教的な使命に対する政府の支援が、ただ諸個人の独立した決定の結果であるならば、合理的な観察者は政府自身の宗教的信念・実践の是認を見出さない」として、自らの提唱する「エンドースメント・テスト」と接合させる形で議論

を展開している [Zelman, at 670-673]。

(3) 統合理論の否定？

事案の性質に応じてアプローチを変えるというオコナーのスタンスは、Kiryas Joel v. Grumet 判決⁽²⁶⁾の補足意見に端的に表されている。オコナーは、「特定の条項の下で起こるあらゆる問題を解決できる包括的な統合理論 Grand Unified Theory, 単一のテストは魅力的」であるが、「同じ憲法原理が、異なる文脈においては非常に異なった機能を持つことがある」、「異なったアプローチを要求する、異なったカテゴリーが存在する」と述べている [Grumet, at 719-721]。

オコナーは、「是認」を「観察者」の視点から判断するという「エンドースメント・テスト」の基本枠組みは維持しつつも、歴史的慣行や間接的援助といった「異なったカテゴリー」に応じて補助的基準を用いた判断を行ったのであった。

そもそも、オコナーの理論における「エンドースメント・テスト」は、Lemon判決時のレモン・テストのように、「この基準を充たさなければ違憲である」という立証ラインを示す性質のものではない。オコナーの言う「エンドースメント・テスト」は、「観察者」の視点から「是認」について判断するという大きな枠組みを示すに留まるものであり、初期のレモン・テストと同じ意味における「テスト」ではないと考えられる。

先述のように、オコナーはLynch判決で「一貫して適用可能な原理」の確立を主張していた。このことを踏まえるならば、オコナーの枠組みにおいては「包括的な統合理論」が存在し

ないのではなく、むしろ「観察者」による「是認」の判断という統合理論のみが存在するとも言える。この統合理論に基づいて、個々の事例の具体的な判断については事案のカテゴリーによっては補助的基準を用いつつ分析を行うというのが、オコナーの「エンドースメント・テスト」の構造的特徴であると言えよう。

3.2 文脈依存性

そもそも、オコナーの提起した「エンドースメント・テスト」は、事案の類型にかかわらず、その判断のあり方が個々の事例の文脈に依存する性質を有している。この点は学説において指摘されている⁽²⁷⁾のみならず、オコナー自身も認めている。

オコナーは、Lynch判決の補足意見において、「ある言明の聴き手にとっての意味は、話者の意図とその共同体における客観的意味の両方に依存する」として、メッセージの言葉、発せられた状況や背景、話者の発言などからメッセージの主観的内容と客観的内容を判断すべきと述べている [Lynch, at 690]。そして、「あらゆる政府の実践は、それが宗教の是認あるいは否認を構成するかどうかを決定する、その特有の状況において判断されなければならない」と主張している [Id, at 694]。

こうした個々の事例の文脈を重視するオコナーの立場⁽²⁸⁾は、共にクレージュと呼ばれるクリスマスの展示の合憲性が争われた事例であったLynch事件とAllegheny事件についてのオコナーの判断の違いに明確に現れている。オコナーは両判決の補足意見において、前者の展示を合憲と判断し、後者の展示を違憲と判断している。オコナーは、Lynch事件のクレージュ

が私的な公園において幅広い伝統的な世俗的シンボルの一部として展示されていたことに対し、Allegheny事件のクレージュは市と郡の合同庁舎という「政府の中核的な建物の公共エリア」に展示されていたという違いを強調して、後者の展示について合理的観察者はキリスト教を是認するメッセージを受け取ると判断している [Allegheny, at 626]。

オコナーは、エンドースメント・テストが文脈依存的であるとの批判に対して、「たしかに、エンドースメント・テストは争われている事例に特有の状況と文脈に対する感度に依存しており、境界事例においては常に全員一致の結果をもたらすものではない。しかし、そのことは憲法における他の多くの審査基準にも当てはまるし、ケネディ判事の強制テストも、境界事例での判断やハードな選択を含むものである」と主張している [Id, at 629]⁽²⁹⁾。

オコナーの言うように、個々の事案の性質を考慮に入れて判断を行うということ自体は珍しいことではない。ただし、オコナーは何が「是認」に当たり違憲であるかということについて、歴史的慣行や間接的援助といった特定のカテゴリーに関しては一定の判断基準を示しているものの、それ以外は個々の事例の文脈に即して判断すると述べるに留まっている。したがって、ただ「是認」に着目するということのみでは、レモン・テスト以前からの「促進promotion」や「優遇favoritism」といった要素に注目する判断にどのような変更を加えているかは必ずしも明らかではない。

このようなオコナーの枠組みにおいては、いかなる視点から政府行為について判断するかということが、何が「是認」であるかを決定する

ためのカギを握っていると考えられる。

3.3 「合理的観察者」の視点

オコナーがエンドースメント・テストを定式化する際に「合理的観察者」という視点を導入したことには、こうした「是認」とは何かの判断についての曖昧さを回避するという意図があったのだと推察される。何をもって「是認」とされるかが個々の事例の文脈によって左右されるにすぎないのであれば、その認定は判断を下す判事の主観性によって大きく揺らぎ、恣意的な判断に陥ってしまう可能性が高いと考えられる。そこで、オコナーは個々の判事の主観性から切り離された仮想的存在としての「観察者」の視点から「是認」についての判断を下すことによって、そうした恣意性を回避可能なものとして「エンドースメント・テスト」を確立しようとしたと考えられる。

このような判断の恣意性を回避するという意図は、「合理的観察者」の導入についての以下の2つのポイントに現れている。

第1に、歴史的慣行についての評価を合憲性判断の中にどのように組み込むかという関心が、「観察者」の視点の導入に大きく影響を与えたのだと思われる。ケネディは、*Allegheny* 判決の補足意見において、少数派の視点から「自分はアウトサイダーとされた」という感覚を問題にするのであれば、あらゆる歴史的慣行について「是認」の主張がなされうることになってしまうと批判している [*Allegheny*, at 670]。この批判に対し、オコナーは、儀礼的神性については「是認」のメッセージを伝達することはないと主張しているわけであるが、特に宗教的少数派の視点から見るのであれば、儀礼

的神性のような歴史的慣行こそが、多数派の宗教（者）を政治的共同体において優位に立たせるものと見ることができるのであり、まさにエンドースメント論の指摘する害悪そのものを孕んでいるとも考えられる。しかし、オコナーはアメリカ社会における宗教の公的役割の重要性を強調し、*Marsh* 判決を支持しており、そうした主張とエンドースメント論の整合性を保つためには、宗教的少数者でも宗教的多数派でもない仮想的な「観察者」を設定せざるを得なかったのだろう。

また、オコナーは「観察者」が「是認のメッセージを伝達しているかどうか見極める文脈の一部を提供するもの」として「歴史と偏在性」の重要性を強調しているが、このような形で歴史的慣行に対する評価を合憲性判断に組み込むためには、観察者は単に「客観的 objective」だけでなく、「共同体の歴史とコンテクストに精通している」という「合理的 reasonable」な存在である必要があったのだと考えられる。

第2に、自由行使条項と国教樹立禁止条項の両方の価値を考慮に入れるということも、「合理的観察者」導入の重要なポイントであったと考えられる。修正1条は連邦議会による「国教樹立 establishment」を禁じていると同時に、宗教の「自由な行使 free exercise」を禁止する法律を制定してはならないと定めているが、政府が宗教者へのアコモデーションを行う場合などに、両条項の要請は対立しうるものである。オコナーは、「合理的な観察者は、政府が個人に負荷を課す場合には、自由行使条項の根底にある諸価値を考慮に入れつつ、エンドースメントのメッセージが伝達されているか否かを見極める」と述べており、「合理的観察者」を設定す

ることによって两条項の衝突を緩和させることを意図していたのである [Id, at 632]⁽³⁰⁾。

また、ケネディの提起した「強制テスト」への反論を行う中で、「強制」だけでは、特定の宗教の優遇を示したり、否認のメッセージを他の人々に伝達したりする政府のより巧妙な方法を考慮に入れることができず、宗教の自由の保護や、我々の多元的な政治共同体の宗教的に多様なメンバーの尊重を適切に行うことができず、「強制」を示すことを国教樹立禁止条項侵害の本質的な要素とすることは、自由行使条項を余分なものにしてしまうことになる」と述べている [Id, at 628]。

このように、国教樹立禁止条項と自由行使条項それぞれの独立した意義を認め、なおかつ両者の衝突を回避するために、両方の価値を適切に考慮に入れるための装置として、アメリカの法体系を熟知している「合理的観察者」が指定されたのだと考えられる。

これらのポイントから、オコナーは自身の判断枠組みに「合理的観察者」を組み込んでいった、もしくは“組み込まざるを得なかった”わけであるが、先述の通り、この「合理的観察者」という概念が曖昧なものであることについては、オコナーが「エンドースメント・テスト」を提唱した当初から批判されている。また、歴史的慣行や国教樹立禁止条項と自由行使条項の価値について「合理的観察者」がいかなる判断を下すのかということについては、オコナーの提示した「エンドースメント・テスト」の枠組みそれ自体からは明らかにされていない。

そして、先に指摘したように連邦最高裁の判例法理においては「観察者」の位置づけについての一貫した見解が確立されておらず、テスト

を用いる判事によって判断にばらつきが出ている点で、「合理的観察者」を導入することによっても、恣意性を回避し、判断を安定させるというオコナーの試みは成功しなかったと言える。

したがって、提唱者たるオコナーの枠組みにおいても、何が国教樹立禁止条項違反の害悪たる「是認」にあたるかということを明確にすることはできておらず、「エンドースメント・テスト」は「司法ドクトリンとして備えるべき具体性を依然欠いている」と見るべきであろう [山本 2013: 216]。

3.4 小括

ここまで見てきたように、「エンドースメント・テスト」は、オコナー自身によっても国教樹立禁止条項に関する万能の基準として提示されてはいない。ただし、「エンドースメント論」および「エンドースメント・テスト」を提唱した初期の意見においては、「一貫して適用可能な原理」を示すことが主張されており、オコナーはレモン・テストの「実質的な修正」を試みていた可能性がある。

しかし、オコナーは「テスト」として「エンドースメント論」を定式化していく過程において、ケネディらによる批判への応答として「合理的観察者」を導入した（導入せざるを得なかった）わけだが、そのことによって何が「是認」であるかを明確にすることはできず、国教樹立禁止条項にかかわる問題に広く適用可能な審査基準として「エンドースメント・テスト」を確立することはできなかった。「合理的観察者」の視点は、文脈依存的なオコナーの判断枠組みにおいて客観性を担保し、恣意性を回避するために導入されたものであったはずが、むし

る最大の問題点として多くの批判を集めることとなったのである。

オコナーは「テスト」の確立に失敗しただけでなく、「エンドースメント論」部分についても、Lynch判決時に述べた以上のことを付け加えることはなかった。それでもオコナーは、2006年1月の退任に至るまで、「政府が宗教への信奉を個人の政治的共同体における地位に関連付ける」という「是認」を国教樹立禁止条項違反の害悪として指摘することをやめなかった⁽³¹⁾。

このようなオコナーの一連の主張は、「分離の壁」論とは異なる形において国教樹立禁止条項違反の害悪を説明しようとした試みであり、「エンドースメント・テスト」が審査基準として不明確であるということのみを理由として切り捨てることのできない問題提起を行っていると思われる。

4. むすびにかえて

ここまで、エンドースメント・テストの連邦最高裁の判例法理における位置づけ、およびオコナーの国教樹立禁止条項解釈論について考察してきたが、翻って日本の状況を見ると、近年の日本の最高裁判例動向を「目的効果基準の一元的適用から事案の類型に応じて基準を変える方向へ進んでいる」と捉えるのであれば、それはアメリカ連邦最高裁がLemon判決以降にたどってきた道筋に類似しているようにも思える。

政府の行為が“No Establishment”というきわめて短い文言の要請と衝突すると考えられる場面は多様であり、近年のアメリカの学説においても、一元的な審査基準や単一の原理に問題を還元するのではなく、ボトムアップで事案の類型ごとの判断を積み重ねていくアプローチ

が有力に主張されている [Greenawalt 2008: 1]。しかし、ただ判例の積み重ねを待つのみでは、裁判所によって不明確な基準を用いた判断が蓄積されていく危険性がある。

オコナーが提起した「エンドースメント・テスト」は、「何が是認か」というその判断構造の根本において不明確な部分を多く持つものであり、社会的・文化的・歴史的背景を大きく異にする日本に直接輸入することはきわめて困難と思われる。しかし、憲法違反の政府行為の害悪を示し、個々の事例の判断の方向付けを行う可能性を秘めた「エンドースメント論」については、日本の学説にとっても真剣に取り組むべき余地をなお残していると言えよう。

[投稿受理日2013.12.21 / 掲載決定日2014.1.23]

注

- (1) 403 U.S. 602 (1971).
- (2) 521 U.S. 204 (1997).
- (3) 545 U.S. 844 (2005).
- (4) このような状況について、マーク・タシュネットは、連邦最高裁は1985年以来レモン・テストを適用していないとの見解を示している [Tushnet 2005: 184]。
- (5) 465 U.S. 668 (1984).
- (6) Engel v. Vitale, 370 U.S. 421, 436 (1962) および Widmar v. Vincent, 454 U.S. 263, 271 (1981) において、「是認」という言葉が用いられている。また、Larkin v. Grendel's Den, 459 U.S. 116, 125-126 (1982) で問題とされた「重大な象徴的利益」も「是認」に近い概念であると考えられる。
- (7) Wallace v. Jaffree, 472 U.S. 38, 69 (1985).
- (8) 330 U.S. 1, 15-16 (1947).
- (9) Witters v. Washington Department of Services for the Blind, 474 U.S. 481, 493 (1986).
- (10) County of Allegheny v. ACLU, 492 U.S. 573, 630-635 (1989).
- (11) Capitol Square Review and Advisory Board v. Pinette 515 U.S. 753, 779-780 (1995).

- (12) *Allegheny*, at 593-594. このような「是認」の位置づけや、「エンドースメント・テスト」という文言が用いられていないことなどを理由に、同判決ではエンドースメント・テストは採用されていないとの見方もある [土屋 1993: 519-521]。
- (13) スティーブン・スミスは、エンドースメント・テストは「観察者」概念が不明確なので政府の役人や下級裁判所に対する指針を与えないと批判している [Smith 1987: 292-295]。また、マイケル・マコンネルは、仮想的観察者の視点からの「是認」の判断には、各判事の宗教観によるバイアスがかかると指摘している [McConnell 1992: 149-154]。
- (14) 530 U.S. 290 (2000).
- (15) エンドースメント・テストは、少なくとも政府が「表現的な活動」をしているケースに用いられているとの指摘もなされている [Alembluk 2006: 198]。
- (16) 463 U.S. 783 (1983).
- (17) 十戒展示をめぐる *Van Orden v. Perry* 判決の相対多数意見 (レーンキスト首席判事執筆) も、*Marsh* 判決と同様に歴史分析によって合憲性判断を導いている。545 U.S. 677 (2005)。
- (18) 505 U.S. 577 (1991).
- (19) 536 U.S. 639 (2002). *Zelman* 判決と同様に宗教学校への政府援助に関して「中立性」を重視した判断を行った先例として *Mitchel v. Helms*, 530 U.S. 793 (2000)。
- (20) オコナーのように国教樹立を諸個人の政治的共同体における地位の問題として捉える発想は、*Everson* 判決が中立性について述べたこの部分に既に示されている。スミスはこの点に着目し、エンドースメント・テストは政府行為の伝達するメッセージの外観の中立性、すなわち「象徴的中立性」を志向するテストであるとしている [Smith 1987: 316-320]。
- (21) 形式的中立性と実質的中立性の区分論で知られるダグラス・レイコックは、連邦最高裁の判例法理上、「中立性」と「分離」は長らく調和的な概念とされてきたが、レーンキスト・コートにおいて保守的な判事たちが宗教学校への財政援助を認めるために「中立性」という言葉を用いるようになって以降、両者は対立する概念と捉えられるようになったと主張している [Laycock 2007: 56-67]。
- (22) バーガー自身も、*Lynch* 判決の法廷意見において、「連邦最高裁は国教樹立禁止条項についての絶対主義的な見方、機械的な違憲判断を採用していない」と述べ、レモン・テストは線引きのために有益なテストであるとしつつも、国教樹立禁止というセンシティブな領域における判断は何らかの単一の基準に限定されるものではないと主張している [*Lynch*, at 674-679]。
- (23) この点について、エンドースメント・テストを「原理的にはレモン・テストの系譜に属するもの」とする評価もあり [土屋 1993: 512]、*Allegheny* 判決以後の連邦最高裁の判例法理においてはレモン・テストと両立し得るものとして採用されたに過ぎないとも言われている [神尾 2006: 239]。しかし、少なくともオコナーの意図としては、レモン・テストに「実質的に修正を加えようとした」 [安西 1996: 90] ものとも見ることができらるだろう。
- (24) ただし、エンドースメント分析における「歴史と偏在性」は、合理的な観察者がエンドースメントのメッセージを伝達しているかどうが見極める文脈の一部を提供するものであるから重要であるとされ、ただ長期間にわたって歴史的に受容されてきたということそれ自体が樹立禁止条項の侵害を正当化することはないとされている [*Allegheny*, at 630-631]。
- (25) 542 U.S. 1, 33-45 (2004). なお、「儀礼的神性」はオコナーのオリジナルな用語ではない。*Marsh* 判決のブレナン反対意見は、儀礼的神性は宗教的内容を失っているために国教樹立禁止条項違反の審査を受けないとの見解を提示している [*Marsh*, at 818]。ただし、オコナーは *Allegheny* 判決の時点で「儀礼的神性」について言及しつつも、注 (23) のように述べていることから、これを修正1条の審査の枠外に置いているわけではなく、ブレナンとは異なる枠組みを採っていると考えられる。
- (26) サトマールと呼ばれるユダヤ教の一派が障害をもった子どものための教育援助プログラムを受けられるように学校区を特別に改編するという州の政策の合憲性が争われた事例。512 U.S. 687 (1994).
- (27) 国教樹立禁止条項についてのオコナーの判断は「非常に文脈依存的で、しばしばアドホック」であるとされるが [Brownstein 2001: 869]、こうした文脈依存的性質が *Allegheny* 事件のような展示事例を評価するには適しているとの見解もある [Merritt 2007: 940-941]。

- 28) オコナーが宗教以外の領域についても個々の事例の文脈、利益衡量を重視した判断を行っていることは、多くの論者によって指摘されている [Michelman 1986: 34-37; Sherry 1986: 604-613; Sullivan 1992: 79-80]。
- 29) オコナーはこの補足意見の中で、「エンドースメント・テストは慎重でしばしば難しい線引きを要求するものであり、高度に文脈依存的であるが、国教樹立禁止条項の本質的命令を適切に捉える代替的なテストはいまだ提示されていない」とも述べている [Allegbeny, at 631]。
- 30) 日本の学説においても、たとえば野坂泰司は、「観察者」概念の曖昧さを批判しつつ、「衝突の緩和」という点を強調してエンドースメント・テストが有用であると論じている [野坂 1992: 27-28]。
- 31) 十戒展示の合憲性についての McCreary 判決の補足意見において、オコナーは問題となった展示を「明白に是認のメッセージを伝達する」ものとしている [McCreary, at 883]。ただし、「政教関係の指導原理」から導きだされるものとして、意思に反する強制、特定宗派の優遇、是認の禁止の3つを並べて論じており、是認を国教樹立禁止条項違反の害悪の「コア」とする初期の主張からはやや後退しているとも考えられる。

参考文献

- 榎透 [2009] 「アメリカにおける国教樹立禁止条項に関する違憲審査基準の展開」専修法学論集第107号 23頁。
- 神尾将紀 [2005] 「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リーナ —Lemonテスト, Endorsementテスト, Coercionテストの位相」早稲田法学第80巻第3号 349頁。
- [2006] 「レモン・テストないしエンドースメント・テストと目的効果基準の狭間で —アメリカ憲法判例を参考にした政教分離原則をめぐる判例・学説の検証」大沢秀介・小山剛編著『東アジアにおけるアメリカ憲法 —憲法裁判の影響を中心に』（慶應義塾大学出版会）。
- 宍戸常寿 [2011] 『憲法解釈論の応用と展開』（日本評論社）。
- 高畑英一郎 [2001] 「エンドースメント・テストと愛媛玉串料訴訟最高裁判決」日本法学第66巻3号。

- 土屋英雄 [1993] 「アメリカにおける政教分離と“保証”テスト」樋口陽一・高橋和之編『現代立憲主義の展開 上』（有斐閣）。
- 野坂泰司 [1992] 「公教育の宗教的中立性と信教の自由：神戸高専事件に即して」立教法学第37巻1頁。
- 林知更 [2010] 『『国家教会法』と『宗教憲法』の間 —政教分離に関する若干の整理』ジュリスト第1400号 83頁。
- 諸根貞夫 [2005] 「アメリカにおける政教分離条項解釈の審査基準に関する覚書」元山健編著『平和・生命・宗教と立憲主義』（見洋書房）。
- 門田孝 [2009] 「政教分離原則の検討枠組みに関する一考察 —合衆国連邦最高裁判例解説の試みと併せて」名古屋大學法政論集第230号271頁。
- 安西文雄 [2010] 「政教分離と最高裁判所判例の展開」ジュリスト第1399号56-64頁。— [1996] 「平等保護および政教分離の領域における「メッセージの害悪」」立教法学第44巻81頁。
- 山本龍彦 [2013] 「政教分離と信教の自由」南野森編著『憲法学の世界』日本評論社。
- リチャード・H・ファロン・Jr. [2010] 平地秀哉／福嶋敏明／宮下紘／中川律訳『アメリカ憲法への招待』（三省堂）。
- Alemblik, Marcia S. [2006] *The Future of the Lemon Test: A Sweeter Alternative for Establishment Clause Analysis*, 40 GA. L. REV. 1172.
- Brownstein, Alen [2001] *A Decent Respect for Religious Liberty and Religious Equality: Justice O'Connor's Interpretation of the Religion Clause of the First Amendment*, 32 McGEORGE L. REV. 837.
- Gey, Steven G. [2006] *Vestiges of the Establishment Clause*, 5 FIRST AMEND. L. REV. 1.
- Greenawalt, Kent [2008] RELIGION AND THE CONSTITUTION VOL.2: ESTABLISH AND FAIRNESS (PRINCETON UNIVERSITY PRESS) .
- Laycock, Douglas [2007] *Substantive Neutrality Revisited*, 110 W. VA. L. REV. 51.
- Merritt, Deborah Jones & Merritt, Daniel C. [2007] *The Future of Religious Pluralism: Justice O'Connor and the Establishment Clause*, 39 ARIZ. ST. L.J. 895.
- McConnell, Michael W. [1992] *Religious Freedom at a Crossroads*, 59 U. CHI. L. REV. 115.
- Michelman, Frank I. [1986] *Foreword: Traces of Self-Government*, 100 HARV. L. REV. 4.

- Schragger, Richard [2004] *The Role of the Local in the Doctrine and Discourse of Religious Liberty*, 117 HARV. L. REV. 1810.
- Sherry, Suzanna [1986] *Civic Virtue and The Feminine Voice in Constitutional Adjudication*, 72 VA. L. REV. 543.
- Smith, Steven D. [1987] *Symbols, Perceptions, and Doctrinal Illusions: Establishment Neutrality and the "No Endorsement" Test*, 86 MICH. L. REV. 266.
- Sullivan, Kathleen M. [1992] *Foreword: The Justices of Rules and Standards*, 106 HARV. L. REV. 22.
- Tomlinson, Christopher D. [2008] *Changing the Rules of Establishment Clause Litigation: An Alternative to the Public Expression of Religion Act*, 61 VAND. L. REV. 261.
- Tushnet, Mark [2005] *A COURT DIVIDED THE REHNQUIST COURT AND THE FUTURE OF CONSTITUTIONAL LAW* (W.W.NORTON & COMPANY).