

VII 政教分離判例理論の思想

高 柳 信 一

序

合衆国における政教分離原則は、その建国の由来にかかわるものとして、憲法思想史上重要な意義をもち、その観点からわれわれの注目を強く惹きつけるものであるが、しかし、同時にまた、同原則について定める憲法条項（修正第一條）の規範内容の理解及びその具体的解釈適用をめぐって、学説判例上、未だに問題の基本にかかわるような論争が絶えないという意味においても、われわれの関心をかき立てて止まないものをもっている。すなわち、同条項は、「連邦議会は、宗教の国教化（establishment of religion）に関する（respecting）法又は宗教上の自由な行為（free exercise of religion）を禁止する法を制定してはならない」と定め、これが、普通にいう「国教会」（established church）の設立の禁止の趣旨を包含することはいうまでもないが、しかし、決してそれに限られるものではなく、⁽¹⁾ 国家行為のより、広い範囲の制限禁止を含意しているものであることについては、さしたる異論のないものであるところ、⁽²⁾ それでは、具体的に、国教会設立以外のどのような国家行為が、いかなる趣旨において禁止されているかということになると、この点については、広く承認・確立されている理論を見出しえないような状況にあるのである。問題は、前記憲法条項の文言そのものと、これに関する判例法理の両面にかかわっているように思われる。

まず、憲法の文言との関係でいえば、例えば、フランクファーター裁判官は、マッカラム事件(解放時間制 released time の憲法適合性が争われた)の補足意見において、「われわれはすべて、修正一条及び同一四条が、単に国教会 (established church) を禁止するに止まらず、政府行為内にはるかに、深く浸透する世俗的射程 (ecclesial reach) をもつものであるということについて意見を同じくしている。しかし、抽象的に、修正一条が『教会と国家との間の分離の壁』を樹立することを企図しているということについて見解が一致しているということは、壁が『具体的に』何を分離しているのかについて見解の衝突がないなどということの意味するものではない」とのべて、後者について少なからぬ意見の対立があることを示唆していた。

また、教会財産の免税措置の憲法適合性が争われたワルツ対ニューヨーク市税務委員会事件についての法廷意見(「バーガー長官」は、つぎのようにのべている。「宗教」条項は、憲法の中で、非常に厳密に案文 (draw) された簡条だとはとてもいえない。宗教条項において、一挙全面的な絶対的禁止 (the sweep of the absolute prohibitions) が目差されたのであろう。しかし、「同条項の」目的は、法文を書く (to write a statute) というよりは、方針を明らかにする (to state an objective) ということににあったとすべきである」と。

バーガー長官は、他所においても、しきりに同旨の発言をくりかえし、或いは「率直に言えば、われわれは、この繊細微妙な憲法訴訟の領域において、許容可能な政府活動の領域をきわめてぼんやりとしか看取することができないということを確認ざるをえない」とし、或いはまた、「『政教』混淆 (entanglement) に対する司法的警告は、分離の線が『壁』とはほど遠いところの、特定の関係の全状況に左右されるぼやけた、不明瞭な、流動的な境界帯 (a blurred, indistinct, variable barrier) であるということを確認ざるをえない」と等のべている。

さらに、ホワイト裁判官も、ニュー・ヨーク州の非公立初等中等学校(教区学校を含む)に対するその校舎の維持

修繕費の直接の補助措置等を違憲としたナイキスト事件判決(パウエル裁判官)に対して反対意見を書き、つぎのようにのべている。「政教分離条項の稀薄な文言から、州が、宗教に対して、どんな態様においてであろうと、援助することを一切禁止されていること……が読みとれると主張する人はどこにもいないであろう。また、修正一条の歴史が、教会—国家関係に関する多くの基本的争点について明確な回答を提供していると本気で信じ込んでいる人もいないであろう。結局、裁判所が、最大限の努力を傾けて、これらの諸問題に対する回答を仕立て上げてきたのであり、憲法の文言とその歴史は、裁判所に、多数の選択肢間の広い選択の余地を残していたのである」と。

そして、また、このように、憲法典の宗教条項の文言が簡潔すぎたのであれば、さいごに引用したホワイト意見が示唆するように、連邦最高裁判所が、同条項に関する争訟の裁断に当たって、これを敷衍する中間原則を創出し、これによって、その間隙を埋めていくほかに、現に憲法現実はそのように進展してきたわけであるが、ことが、各自の最奥の内的確信にかかわるものであるだけに、裁判官の間に特異多彩な意見の分岐がみられ、それらが多角的な政治的・社会的含蓄をもつ具体的争点をめぐって相互に複雑に、或いは結合し合い、或いは反撥し合い、かくして、政教分離原則をめぐる判例法理は、必ずしも見る人をして十分に納得せしめえないところの、多分に撞着動揺の気味をもつものとなったのである。

このこととの関係において、とりわけ注目を強いられるのは、一連の政教分離関係事件に干与し、有力な意見を展開していた連邦最高裁判官が、二人までも、旧事件に寄せた自己の意見を、少なくとも結論的には一八〇度転換する旨を、後の事件において自ら公けに表明するという態度をとったことであって、このような異例の事態は、判例の首尾一貫性の欠如を一層強く印象づける一助となったもののように思われる。例えば、ブレナン裁判官は、公立・私立を問わないすべての中等学校(七学年—一学年)の生徒に対して、教科書を無償貸与することを定めたニュー・

ヨーク州法の憲法適合性が争われたアレクサンダー事件⁽⁷⁾において、これを合憲とする法廷意見（ホワイ特裁判官）に組みしたが——合憲論・違憲論の対比は六対三であった——、後のミーク事件において、ベンシルヴァニア州法の定める私立学校の経済的困難救済のための諸措置の一つであるところの、教科書貸与措置の憲法適合性が問題になった際には、態度を変更し、本件同措置はアレクサンダー事件判決において承認された措置と「あらゆる重要な諸点において同一（in every material respect identical）である」とする法廷意見に反対して、違憲の結論をとったのであった⁽⁸⁾。

もっとも、ブレナン裁判官の場合には、仮りに彼がはじめから訂正後の意見をとっていたとしても、アレクサンダー事件についての最終審の判断が逆転していたはずのものではなかった（六対三が五対四になったに止まる）のであるから、実害は必ずしもないわけであるが、もう一つの判断訂正の例であるダグラス裁判官の場合には、そのような要因を含むものであるから、事態はより深刻であった。すなわち、エヴァソン事件（一九四七年）において、ニュー・ジャージー州法にもとづく、ユーイング町教育委員会による、学童のバス通学費の親への払戻し措置の憲法適合性が争われ、ダグラス裁判官は、これを辛うじて合憲（it [state statute] approaches the verge of that [the state's constitutional power]⁽⁹⁾）とするところの法廷意見（ブラック裁判官）に加わり、同措置は、五対四で合憲とされたのであるが、同裁判官は、一九六二年のエンゲル事件（公立学校の毎日の授業開始行事中における祈りの唱和を違憲とした）の補足意見及び前出のワルツ事件の反対意見中において、エヴァソン事件に言及し、エヴァソン事件については、違憲判断が下さるべきであったと現在においては確信するとのべているのである⁽¹⁰⁾。エヴァソン判決は、政教分離問題が現代的関心を喚起するようになった時期の始点において下された判決であり、その判旨は、後の政教分離関係事件の判断の指標となったものであるが、その指標が本来は正反対のものであるべきはずであったというのであるから、そのこと自体、政教分離判例法理の時系列的形成展開の首尾一貫性に大きな疑念をなげかけるものであるわけであるが、それは

さらに、訂正後のダグラス裁判官の立場を前提にして、判例の流れを整理理解しようと試みる者をして著しい困惑を感ぜしめずにはおかない体のものでもあるのである。

というのは、ダグラス裁判官とブラック裁判官との本稿主題に関する意見の対立一致関係一つとして考えてみても、理解に苦しむ事態がかえって出てきてしまうということである。一九四〇—五〇年代において連邦最高裁の判断が求められた政教分離関係事件は、エヴァソン事件以外では、ともに宗教教育のための解放時間制が問題になったマッカラム事件（一九四八年）及びゾラック事件⁽¹¹⁾（一九五二年）であるが、両裁判官は、前者においては、ともにシャンペイン郡の解放時間制を違憲とする立場をとり（ブラック裁判官が法廷意見を書いた）、後者のニュー・ヨーク市の解放時間制については、ダグラス裁判官がこれを合憲と判断する法廷意見を書いたのに対し、ブラック裁判官はこれを違憲とする立場をとった。すなわち、ブラック裁判官は、両解放時間制は、具体的態様において若干の相違点をもつが、ともに、要するに、公立学校の正規の授業時間を宗教教育のために提供するものであり、宗教教育自体は、公立学校当局・教師とは別個独立の宗教教育のための組織及び教師がこれを主催遂行するものであったも、同授業への出欠が学校当局に報告されるべきものとされている等、住民の税金によって維持される義務制の公立学校機構（compulsory public school machinery）の何らかの力を背景にして宗教教育を推進する点においては本質的相違をもたないものであるとして、したがって、ともに違憲と断じたのに対し、ダグラス裁判官は、シャンペイン郡の解放時間制には、たしかに、右のような要因の付着が認められるが、ニュー・ヨーク市のそれにおいては、宗教教育は公立学校外において行われ、公立学校はその間校門を閉じ、活動を停止するにすぎないのであって、政教分離が国家として宗教に對し敵対することを旨とするものではなく、むしろさまざまな宗教的信条をしてそれぞれの信者の熱意に従って自由（freedom）に榮え（flourish）しめることを趣旨とするものである以上、公共の役務を人民の霊的要求に適合するよう調整し

て運営することは、なんら政教分離原則に抵触するものではないとしたのであった。

政教分離の理解に若干の偏異が避けられず、また解放時間制の具体的制度の立て方にも種々の相違がある以上、具体的事案の如何によって、このような対立する二つの判断が導き出されること自体は、さして異とするに足るものではない。訂正前のダグラス裁判官意見を前提にした場合、エヴァソン事件において同一の結論をとった両裁判官が、ゾラック事件の処理をめぐっては、袂を分つても、そのこと自体は、別に奇異の感を呈するものではないであろう。エヴァソン事件合憲判決には、一方、政教分離原則を比較的緩く解し、全児童に対する一律の通学バス賃の補助のときはとうてい宗教学校に対する補助に当るといえるものではないとする論者と、他方、ユーイング町の本件補助措置は、それがとられず、宗教学校への通学費だけが自己負担とされたならば、宗教学校への通学を止める児童が出てきたかも知れない——そのような可能性があったことを裁判所は認めている——という意味においては、結果的に宗教学校への補助になったことは疑いなく、ただ本件補助が児童をして安全に通学せしめるという一般福祉計画の一環として実施されたものであるから、その限りで辛うじて政教分離に反しないのだとする論者とが、結果的に同調していたのであって、ゾラック事件において、両者が、片や合憲説、片や違憲説に分裂したとしても、それはわれわれの理解を苦しめるものではない。《両事件とも合憲》とする前者の立場をとったのが、ヴィンソン長官及びリード裁判官であり、《エヴァソン事件合憲・ゾラック事件違憲》という後者の立場をとったのがゾラック裁判官にほかならなかったわけである。

ところが、ダグラス裁判官が、後に訂正したとおり、《エヴァソン事件違憲、ゾラック事件合憲説》だとすると、この論者の立場はかなりわかりにくいものとなってくる。ゾラック裁判官がギリギリ辛うじて合憲とするエヴァソン事件を違憲とするところのダグラス裁判官が、ゾラック裁判官がそのギリギリの線を越えて明らかに違憲と認むるほ

かないと断じたところのゾラック事件の措置について、なおこれを合憲として有効視することが合理的に可能なのか、常識的立場からは疑問とせざるをえないところであろう。もっとも、訂正後のダグラス裁判官と軌を一にする《エヴァソン違憲、ゾラック合憲》の立場をとるものとしては、他にバートン裁判官もあり、また、エヴァソン事件とゾラック事件とは、前者が地方公共団体の公金の支出が宗派学校の援助を構成するかどうかの事件であるに対して、後者は公立学校が解放時間制を採用することが、公的教育機構として宗教教育にコミットしたことになるかどうかの事件であって、両者は、事案の内容を性質的に異にしており、同一座標軸のグラフの上に載せてその違憲性の程度の大を単純に量的に比較しうるような関係にあるものではない。したがって、ダグラス裁判官のエヴァソン事件に対する態度の事後訂正の結果、合理的に理解できない意見配置になったことはできないし、またそのように断ずるつもりもない。ただし、ダグラス裁判官の、多数・少数の意見配置の逆転を齎す判断訂正は、それだけでも異例であるが、そのことによって、政教分離の判例の流れの把握を一層混迷させる一助になっていることはいえるのではないかと思われる。本稿が、今、序論において指摘しておきたかったのはそれに止まるのである。

かくして、政教分離判例の首尾一貫性の欠如については、法廷の内外において、さまざまに示唆されることになる。例えば、バーガー長官をして、「[政教分離関係事件に関する]本裁判所の意見におけるかなりの内在的不整合 (the considerable internal inconsistency) 云々」とこわしめ、或いは、「修正一条の国教樹立の禁止及び自由な宗教行為の保障の条項を解釈適用したわれわれの〔従前の〕諸判例には、それらを貫き通すところの一本の直線が欠けている」と断ぜしめる等である。また、パウエル裁判官は、宗教条項下において提示されたきわめて困惑させる (perplexing) 諸問題に関し、「連邦最高裁の尊敬すべき先人裁判官によるつつ込んだ、思想豊かな法思考・法判断」が展開されてきたことを敬意を払いながら回顧しつつも、しかし「これらの諸判断・諸意見の結果、宗教条項が混迷する諸先

例から解き放たれているとはもはやいえないであろう」のとべている。⁽¹⁴⁾

さらに、学説においても、一九五〇年代の宗教判例について、「予見可能性 (predictability) は依然として不確か (elusive) である」⁽¹⁵⁾とされ、一九七〇年代のそれについても、最高裁判所は、本主題に関し、「首尾一貫した (coherent) 憲法理論を展開し得ていない」⁽¹⁶⁾と評されているのである。

以上のごとくであるから、合衆国における政教分離原則に関する多年にわたる判例を明快に整理し、その法理の全体像をヴィヴィッドに描き出すことは容易なことではない。しかし、また、日本国憲法典によって初めて政教分離原則に接したわが国の憲法学の立場において、細部に関して異論は絶えなからうとも、建国の大義に支えられ、且つ少なくとも二世紀の憲法実践を閲して、それなりに独自の宗教自由状況を形成して来たところの彼の国の政教分離原則の理念と法理とを、そのあるがままの姿において正確に把握したいという学的関心もきわめて高い。思うに、一方、両国においては、宗教的伝統も、政教分離原則の採用された経緯・趣旨も、またこれに関する憲法条項の文言も異なっているのだから、他国の政教分離判例法理を安易且つ形式的に輸入模倣することの生硬未熟は慎まなければならないが、他方、しかし、政教分離原則は、近代国家における政治権力と人民の内面的自由の関係の基本にかかわる重要な原理を内包するものであるから、彼の国の法廷の内外において積み重ねられた法理的探究の成果を、ただ、宗教伝統・国情の相違を理由に、単純に無視して、自国内においてのみしか通用しないような浅薄独善的な政教分離論に耽ることの知的頹廢についても厳に戒しむべきものがあるであろう。

そこで、本稿としては、合衆国における同原則の判例法理の現在の全体像を把握することを究極の意図としつつ、当面とりあえず、同法理を構成する若干の基本的要因を析出し、これらを相互に関係づけながら論理内在的に展開せしめて、同法理の大まかな理論的骨組みを明らかにするという序論的作業を行うに止めることとしたい。問題意識の

観点からいいなおせば、「超越的な一神教」的宗教状況⁽¹⁷⁾の下における政教分離の思想は、「宗教意識の雑居性」⁽¹⁸⁾といわれる思想環境に生を育んだわれわれの視野においては、一筋縄では理解不能の逆説の体系として立ち現われるのである。したがって、現代の合衆国において最大関心事となっている同原則の適用上の基準の探究に進む前に、このような同原則にまつわる逆説の体系そのものに立向い、これをその内面から解きほぐして行くことが——彼の国においては、そのようなホットな論議は過ぎし時代のこととなりつつあるが——必要であり、また興味深いことがらであると考えられるのである。その際、方法的には、——究極的には判例法理の全体像を追究することを意図しているもの故当然のことながら——主として、連邦最高裁の諸裁判官が、諸宗教関係事件の裁断に当たって展開したところの法理論を素材として使うこととしたい。具体的事案は、その限りで、視野のなかにとりいれられるが、本来の判例法理研究のすじみちよりすると、やや変則的な形態においてであり、その点について予め釈明しておかなければならぬ。つまり、具体的事案の解決のために下された判決理由 (ratio decidendi) の論理的核心とそのカバーする範囲を厳密に確定し、それらを積み重ねていって、最大公約数的な主原理と副原理を帰納的に導き出してくるというのではなくて、そのような作業がすでになされていることを——残念ながら未だ形をえていないのであるが——前提にして、それをむしろ解きほぐし、新たに前述のいくつかの基本的理論要因を柱にして再構成してみようというやり方である。前者の前提作業がまえもって提示されておらず、後者のようなまとめ方の論理だけが提示されると、それは、論者の主観的思考に発する抽象的理論の自己展開に墮する——判例はその材料として御都合主義的に使われる——恐れが多分にあるのであるが、諸種の事情のため、時間的には後者の作業をこのような形で先にしなければならなかったことについて赦を乞う外ない。

(1) 「修正一条は、その最後の形態においては、單純に国教会を樹立 (establishing a church) する、合衆国議会の法規定立を

- 禁したに止まるものではない。それは「宗教の国教化に関する (respecting an establishment of religion) あらゆる法を禁止したのである」(McGowan v. Maryland, 366 U. S. 420, at 441-442, 81 S. Ct. 1101, at 1113 (Warren, C. J. (1961)). 傍点原文イタリック)。「修正」条の「立法者達は、単に、国教会 (state church) 又は国教 (state religion) を禁じたのではない。……そうではなくて、かれらは、『宗教の国教化に関する法』があつてはならないと命じたのである。法は、その禁止された目的の全面的実現に及ばないものであつても、禁止された目的に『関する』法たりうる。特定の法が国教を樹立するものではないかもしれないが、しかしなお、そのような『国教の』樹立へと進む一歩たりうるという意味においては、そのような帰結に『関する』法であり、したがって修正一条に抵触するものたりうるのである」(Lemon v. Kurtzman, 403 U. S. 602, at 612, 91 S. Ct. 2105, at 2111 (Burger C. J. (1971)) (傍点原文イタリック))。その他 *Everson v. Board of Education*, 330 U. S. 1, at 31-32, 67 S. Ct. 504, at 519 (Rutledge, J., dissenting) (1947) ; *McGowan v. Maryland*, *supra*, 366 U. S., at 465-466, 81 S. Ct., at 1156-1157 (Frankfurter, J., sep. op.) (1961).
- (2) *McCollum v. Board of Education*, 333 U. S. 203, at 213, 68 S. Ct. 461, at 466 (Frankfurter, J., sep. op.) (1948).
- (3) *Walz v. Tax Comm'n*, 397 U. S. 664, at 668, 90 S. Ct. 1409, at 1411 (1970).
- (4) *Tilton v. Richardson*, 403 U. S. 672, at 678, 91 S. Ct. 2091, at 2095 (1971).
- (5) *Lemon v. Kurtzman*, *supra*, 403 U. S., at 614, 91 S. Ct., at 2112 (1971).
- (6) *Committee for Public Education v. Nyquist*, 413 U. S. 814, at 820, 93 S. Ct. 2993, at 2996 (White, J., dissenting) (1973).
- (7) *Board of Education v. Allen*, 392 U. S. 236, 88 Ct. 1923 (1968).
- (8) フレナン裁判官の意見変更の理由は主要につきのとおりである。アレシ事件判決は「レモン事件判決が、係争国家行為が政教分離原則違反を構成するかどうかを判断するに当っては、政治的分断性 (political divisiveness) の要因を斟酌すべきことを命じる以前に下された判決であり、したがって、そこでは当然に、アレシ事件の当事者も当該要因についての審理判断を申立てず、裁判所もこれを判断の対象としなかった。アレシ判決がレモン判決及びナイキスト判決によって判例変更されたと解すべきかどうかの問題はしばらくおくとして——本裁判官は判例変更されなかったとすることについて疑問をもつが——レモン判官が前記要因の審理判断を求めていることは明らかであり、その趣旨に忠実に審理判断すれば、本件 (ミーク事件) の教科

- 書貸与計画は違憲と断ずるはかならずのいふべき。Meek v. Pittenger, 421 U. S. 349, at 378, 379, 95 S. Ct. 1753, at 1770 (Brennan, J., concurring and dissenting) (1975). それで、同裁判官は「やはり、『私は』レモン事件におらず、個別意見 (separate opinion) を書した際、政治的分断性の要因の意義に気が得なかつたことを告白する」と付言してゐる。id. U. S., at 382 n. 3, S. Ct., 1771 n. 3.
- (9) *Everson v. Board of Education*, *supra*, 330 U. S., at 16, 67 S. Ct., at 512 (1947).
- (10) 「ロマンマン事件判決は、振り返つて考えるに、修正一条と調和しなかつた (out of line with) ために思われる」(Engel v. Vitale, 370 U. S. 421, at 443, 82 S. Ct. 1261, at 1274 (1962) (Douglas, J., concurring)). 「ロマンマン判決は『私は』私は重大な疑義をもつようになった。何故ならば、私は、宗派的教義を教える社会組織 (institutions) に対する補助は政教分離条項に違反すると確信するに至つたからである」と (*Walz v. Tax Comm'n*, *supra*, 397 U. S., at 703, 90 S. Ct., at 1429 (Douglas, J., dissenting) (1970)).
- (11) *Zorach v. Clauson*, 343 U. S. 306, 72 S. Ct. 679 (1952).
- (12) *Walz v. Tax Comm'n*, *supra*, 397 U. S., at 668, 90 S. Ct., at 1411.
- (13) *Committee for Public Education v. Nyquist*, *supra*, at 799, 93 S. Ct., at 2989 (Burger, C. J., concurring and dissenting) (1970).
- (14) *Committee for Public Education v. Nyquist*, *supra*, 413 U. S., at 761, 93 S. Ct., at 2959 (1973).
- (15) *Kempner, The Supreme Court and the Establishment and Free Exercise of Religion*, in *RELIGION AND THE FREE SOCIETY*, July, 1968 at 65, 91. Jesse H. Choper, *The Establishment Clause and Aid to Parochial Schools*, 56 CALIF. L. REV. 262 (1968) 461引用。
- (16) *The Supreme Court, 1974 Term*, 81 HARV. L. REV. 110 (1975).
- (17) 松下正寿「宗教と政治」(編著者名なし『法と宗教』一九七二年、所収)一四頁。なお、中山健男「日本国憲法における政教分離の原則」(前掲書所収)八一頁参照。
- (18) 津地鎮祭違憲訴訟控訴審判決(名古屋高判昭和四六・五・一四判例時報六三〇号七頁)三二頁参照。

一 政教分離の理念的基礎

1 信仰の絶対排他性

政教分離保障条項は、いうまでもなく、諸個人の信仰の自由、宗教実践の自由及び布教伝道の自由（以下、これらを総合して、狭義の宗教の自由と呼ぶことにする）の保障を前提にし、この保障をより、全からしめんがために、これに附加されたところの、狭義の宗教の自由を強化ないし拡大する人権保障条項である。⁽¹⁹⁾そこでまず、諸々の古典的人権のなかで、何故に、宗教の自由が、とくにとりたてて、このような特殊の形態の保障を追加的に与えられているのか——ないしは与えられるべきものとされるのか——が問題となる。

思うに、それは、第一に、信仰という、人間の霊的存在としての存在根拠——観点をかえていえば、魂の永遠の救済——にかかわる人の内面的確信が絶対的であるというところにあると思われる。

近代市民革命の前夜において、政治社会の任務・機能の外面性と宗教的信条の内面性とを鋭く指摘して、近代における宗教的自由理念の理論的礎石を置いたJ・ロックの所論は、われわれの本節の主題の考察に当たっても、その出発点に置かれるべき論点を提示してくれる。⁽²⁰⁾かれは、一方、国家が、人民の地上の幸福——生命、自由、健康、身体の安全、財産の所有等——の確保・実現を任務とし、これを外面的物理力の行使——刑罰付科——によって達成すべきものであるのに対し、他方、宗教は魂の永遠の救済をこととし、真の救済は「心の内面的確信」に基礎づけられるものであることを明らかにし、かくて、世俗の権力は、宗教の内実を損うことなしには、宗教に干与しえないものであることを論結した。

すなわち、世俗政府は、「平等な法を公平に執行することによって、人民全般及び臣民一人一人が現世的なものの正当な保有を安固たらしめられるようにすること」を以てその存在目的としているのであり、そのために、全臣民の物理力 (force) と強力 (strength) とを集めて武装しており、公の正義と衡平 (public justice and equity) とを侵犯し、又は他人の権利を侵害しようとする者に対しては、これらの物理力・強力を発動して、それを阻止鎮圧すべきことを職責としている。これに対して、「真の宗教の生命と力とは、すべて、内心から発する力強い確信 (inward and full persuasion) に存する」のであり、人は「それぞれの良心において全能の神に受け容れられると確信したことをなすべきであり……神の心にかない、受け容れられることこそ永遠の幸福（『魂の救済』の条件である）⁽²¹⁾」わけである。換言すれば、信仰箇条の告白も礼拝も、「それを行う人々が心の底からその告白の真実性を信じ、その礼拝が神に受けいれられることを信じているのでないかぎり、魂の救済には役立たない」のである。

ところが、世俗政治の固有の手段である「刑罰」は、「絶対にそういう信念を生み出すことはでき」ず、また、「人の内面的判断をかえさせる」こともできない。仮りに、人が、「自らの理性の光を捨て、自らの良心の命令に背いて」、外面的力を背景にした世俗政府の教え又は命ずるところの神を礼拝し、これに対して信仰告白を行うならば、それはかえって神の御心を損うばかりであり、それだけでなく、「宗教によってほかの罪を償う代わりに……ほかの多くの罪に加えて、偽善と神の權威の冒瀆という罪を犯すことになる」のだということになる。

このように、「本当の救済のための宗教は心の内面的確信に存し、これなくしては何事も神に受け容れられない」のであるならば、一方において、「そのことが神の心にならうかどうかは、それをやる人が考えるべきことであ」り、また、他方、人が「自分の救済についての配慮」を、いかなる人であれ、他者——したがってまた世俗権力執行者——に委ねるということはありうべからざることとなる。また、同じことを、やや異なる視角より見ていいおせば、

「人はすべて不死の魂をもっており、それによって永遠の幸福を得ることもできれば、破滅に墮することもできる」⁽²³⁾のであり、かれがそのいずれの道を歩むかは、「各個人の、ただ神のみに対して責任をとるべき良心の問題」であり、仮りにかれが誤った信仰をもちその故に破滅に墮しても、それは、他人の地上の幸福の獲得を妨げたり、他人の権利を侵害したりするものではないから、世俗政府の関するところではなく、この意味においても、「各個人の救済について配慮することはただその本人にのみ属する」⁽²⁴⁾といわなければならないことになる。つまり、宗教——魂の救済に關する營為——は、ただひとえに、これを行う者が、「神に受け容れられると信じて」行う場合にのみ宗教たりうるのであり、かれの外なる權威・権力がこれに干渉介入するならば、それはたちまち当該營為を非宗教に転化せしめることになる。かくて、宗教はその名に値するものたりうるためには、「自由を本質的に必要とする」⁽²⁵⁾ということができ、或いはまた、宗教に關する限り、「何人も自分で信する以上には、他人の勸告や命令に強制的に服従させらるべきではないのであり、その点ではすべての人が、自ら判断する最高絶対の權威をもつ」⁽²⁶⁾というべきことになる。ここに、われわれは、近代における宗教の自由の絶対性の基礎づけを見出すことができるのである。

魂の救済に關する人の宗教的信条は、このような意味で、絶対的に自由であり、また自由であるべきものであるが、それは、つぎに、内面的確信であるが故に、また、独自固有にして排他的・非妥協的たるべき必然性をもっていることが注意されるべきである。すなわち、J・ロックののべるように、「私は、その信じない宗教によって、またその嫌悪する礼拝によって救われることはできない」⁽²⁷⁾というのであるならば、「真実は一つしかなく、天国へ到る道は一つしかない」のであり、ただ一つの道のみが魂の永遠の救済を保証し、他はすべて地獄における破滅をもたらすものだということになる。

ダグラス裁判官は、政教分離関係事件において、再三この論点に触れ、例えば、教会財産免稅事件反対意見におい

て、「ある人の教義 (creed)、教え (teaching)、信仰 (belief) は、他の人にとって好ましくなく (undesirable)、それどころか嫌悪すべきもの (repulsive) であるかもしれない」ということを指摘している。⁽²⁸⁾かれは、また、日曜日営業禁止法事件反対意見においても、豚を食べることを禁ずる宗教上の掟を例に引きながら、「このような宗教上の掟は、ある人々にとっては、どんなにか奇怪 (bizarre) に感じられるかもしれないが、しかし、修正一条の保障の枠内に属することがら」であるということを明らかにしつつも、しかし、他方、このような宗派の人々が多数派となったと仮定して、かれらが異教徒の豚肉の販売を処罰する法令を制定した場合、一体われわれはどのような立法の憲法上の正当性を認めうるだろうかという論法で、この理を説いている。⁽²⁹⁾

このように、宗教的信条は、いかなる他者も代替しえない、その人自身の内面的確信の生み出し、支えるものであるから、きわめて独自固有であり、一にとって永遠の幸福を保証する教えは、他にとっては魂の破滅に至る悪魔の誘惑であるかもしれないという関係にあり、ここに、およそ宗教的信条は、異なるそれ同士の間には内容上の妥協の余地を持ちえないという意味において、排他性を属性とするといえるのである。

もっとも、この側面は、それだけを孤立的に取り出せば、ある程度政治的信条についても認めることができる。エホバの証人派に属する活動的信徒がカトリック教徒居住区域において、ローマ教会攻撃の戦闘的街頭演説をして、屋外宗教活動規制法違反及び治安案乱罪に問われた事件において、連邦最高裁 (ロバーツ裁判官) は、つぎのような判旨を開陳したことがあった。「宗教的信仰及び政治的信条の領域においては、尖鋭な衝突が生ずる。両領域においては、ある人の主義 (tenets) は、その隣人には大それたまちがい (ranked error) と思われるかもしれない。自分の観点を他人に説得しようとして、論者は、われわれも知るとおり、時に、誇張に訴え、また、教会又は国家において重きをなしていたところの、或いは現在も重きをなしているところの人々をそしり、さらにはあえて虚言を弄すると

いう挙に出ることがある。しかし、この国の人民は、歴史の教訓にてらし、これらの自由は、逸脱と乱用の蓋然性にもかかわらず、長い眼でみれば、デモクラシー下の市民の政治意識の啓発と正しい行動とにとって必要不可欠(essential)である(「憲法によって」)宣示(ordinain)したのである」⁽³⁰⁾。

ここでは、宗教的信条が、異なるそれ同士の間には妥協の余地をもたない独自排他性を属性としてもつものであることが認められているとともに、これにもとづいて、その表出行為の、その逸脱と濫用の蓋然性にもかかわらないところの高度の自由の保障の必要性が根拠づけられているのであって、その点において注目し値するのであるが、それはともかくとして、本稿の現在の論点の観点よりすると、そのような高度の自由が、同一の根拠にもとづき、政治的信条の表出行為についてもほぼ同列に認められているところに注意を払わないわけにはゆかない。

たしかに、本件で問題にされている局面においては、宗教的信条と政治的信条とを同列に扱うことができるであろう。しかし、両者は、信条内容の根拠づけについての対世俗社会的説明責任に関して、全く異質の法則に服している点において、明確に区別されなければならないものをもっている。政治は、近代民主政下において、公共の福祉の追求であり、具体的政策は、しばしば一政党——それは文字とおりバルタイ(全体の一部分)でしかない——の掲げるものであり、また、えてして国民の一部階層の卑近な特殊利益の実現を訴えるものであるとはいえず、あくまで国民家の一公共体として追求すべき地上の幸福のあり方をめぐって提起されることになる。議会制民主主義的な政治決定は、架橋できない特殊利益と特殊利益との間の争いを、それぞれの受益者・支持者の頭数の多少によって決着づけるというのではなく、いかなる地上の幸福がいかにして追求されるべきかについて判断しうる理性と、その判断の結果を要求する意思をもつところの能動的市民が、まさにそのような公共政策の判断・意思権者としての立場において、——かれらはそのような理性的存在者として同質・平等である——公共善の目的と手段とに関する複数の選択肢——

政策——の間の選択を行うものである。したがって、政府権力の荷担者たろうとする者は、それに理性的判断を加えれば当然に当該政策の目標を理解し支持するに至るはずであるところの諸事実にもとづき、また、能動的市民がその点において同質性をもつところのかれの理性と公共心とに訴え、政策をこれらの能動的市民の前に提示すべきものであり、これらのプロセスに対し、事実と理性にてらして説明できないものを混入せしめれば、政治的プロパガンダとして説得性を失うだけでなく、政治的責任を問われ、場合によっては法的責任を負わしめられることにならざるをえなくなる。

これに反して、宗教的信条は、永遠の幸福についての神のことばに、人間が、霊的存在として、心の耳を傾ける衝動を感じるかどうかという点に関係する。例えば、有限の生と不可抗の罪を運命づけられた人間が、永遠の生を追求する立場において、キリストの十字架上の死とその甦りについて、いかなる精神的インパクトを受けるか、というような問題である。ことがらは、はじめから、五感で触知し確かめうるところの現世の事物を超える魂の永遠の生についての内面的意義づけにかかわっているのである。

ダクラス裁判官は、常識の目においては甚だ荒唐無稽であるところの教義を説く一新興宗派が、連邦郵便を用いて布教及び宗教的献金収集活動を行ったことにつき連邦郵便法違反(詐偽取材のための郵便利用)に問われた事件に関して、次のような法廷意見を開陳している。「それ(宗教的信仰の自由を含む思想の自由)は、生と死及び来世について、正統の教義の信徒にとっては大それた異端とされるような考え(thories)を説く権利を包含する。異端裁判はわが憲法にとって無縁である。人々はいかに証明できないことを信じていることができる。かれらは、かれらの宗教的教理や信条を証明しなければならない立場におかれてはならない。ある人にとって実生活と同様にリアルな宗教的経験も、他人にとっては理解と常識を超えるものであるかもしれない。しかし、それらが、有限の生命しかもたない人間の祝

界の外に存するという事実は、それらが法の前にいて存在を疑われてよいということの意味しない。多くの人は新約聖書の教義を信じる。しかし、かれらが、陪審の審理に付され、陪審がこれらの教えが虚偽の内容としているかどうかを決定するなどということは、ほとんど想像することさえ困難である。新約の奇蹟、キリストの神性、死後の甦えり、祈りの力は、多くの人の宗教的確信中に深く根を下している。もし、陪審が、これに対して敵意をもつ環境下において、これらの教えは虚偽であると認定したという場合には、人は刑務所に投げ込まなければならないというのであれば、まことに、宗教の自由として残されるところのものは極く僅かだとしきれないであろう。憲法制定者達は、さまざまな宗派がさまざまな異なり、極端に異なるいろいろの考え方をもっているということについて、また、それらの間に争いがあるということについて、さらに、どのようなであれ、すべての人が一致しうるような一つの宗教的信条などというものは存在しないということについて、知らなかったのではない。かれらは、対立衝突する諸々の考え方に對する最大限に可能な寛容を慮るところの政治憲章を仕立て上げたのである。人のかれの神に對する關係は、國家の關心の外に置かれた。人は、かれの思うとおりには礼拝し、かれの宗教上の見解の眞實性に關して何人にも對しても申し開きをすることを強いられない權利を認められているのである⁽³¹⁾と。

さらに、宗教的信条は、人の内面的確信のみに根拠づけられるものであるが故に、外面的力を手段として地上の幸福の実現を追求する世俗權力の管轄の外にあることをみたのであるが、宗教的信条はその眞否を世俗權力の前において証明する責務を負わないものであり、換言すれば宗教の自由は、証明できないことを信ずる自由であるという意味においても、それは、世俗權力の与りかかわりえないものであるわけである。

(19) 合衆國憲法修正一条の政教分離事項の、歴史的にみた直接の意図が、「宗教の自由を、とりわけ宗教的目的のための課税を禁止することによって保障しようとするところにあったということについてはほとんど論争の余地はない(Beyond reason-

able dispute)」と述べた Choper, *supra* note 15, at 267-268. 国費による国教会の樹立はともかく、それに至らない単なる国費の宗教目的の支出は、従前の觀念においては、宗教の自由(狭義の宗教の自由)の侵害とは考えられなかったわけであるから、政教分離事項は、狭義の宗教の自由の保障によって保障された範圍を超える新しい宗教自由保障範圍——裏からいへば新たな國家行為の制限範圍——をもち来したものであるわけである。

わが國においては、政教分離は、「間接的に信教の自由の保障を確保しようとする」ところの「制度的保障」であるとして、これにつき、人權保障性を否定しようとする考え方があつた。例えば、津地鎮祭違憲訴訟最高裁判決(最民判昭和五二・七・一三最高民集三一巻四号五三三頁)は、政教分離の保障は、右のような趣旨の故に、「多数者によつても奪うことのできない……自由を直接保障する」ところの狭義の信教の自由の保障と異なり、「無条件」の保障ではなく、そこには「おのづから限界がある」のであり、その限界は、「一般人の見解」を基準にして決定されるべきものであり、つまるところ、同保障は、國家と宗教とのかわり合いが、その目的及び効果にかんがみ、「相当とされる限度」を超えると認められる場合にのみ、これを許さないとするものだとする。判旨が「当該行為の目的が宗教的意義をもち、その効果が宗教に對する援助、助長、促進又は圧迫、干渉等になるような行為」は許されないとする場合、それは、それが狭義の信教の自由を侵害するが故に許されないとするの、或いは、それが狭義の信教の自由を侵害しなくても、許されないとするの、判旨には、論理的つめについて甘さがあるため不明の所が多いが、少なくとも一つのことは明らかであるように思われる。すなわち、そこにおいては、一般人(多数者)が目的・効果において宗教的でないとするような國家の宗教營爲の実施は、少数者の意識においては右を肯定されるようなものであつても、憲法上許されるとされているということである。これは、前述のように、政教分離原則を人權保障上の原則ではなく、立法・行政上のそれと受け取る考え方といえる。

アメリカ合衆國の政教分離判例法理においては、前述のように、右のような発想は、少なくとも現在においては、全く認められないのであるが、この問題は、合衆國憲法上の論議としては、つぎのような形で問題とされた。すなわち、同憲法論においては、周知のように、合衆國憲法修正一条乃至一〇条が連邦レベルで保障する基本的諸自由のうちのどれだが、修正一四条によつて、州に對する關係においても保障されるのかという問題があり、この点について、E・S・コーウインは、かつて「政教分離事項は、個人の「自由」を保護するものでないから、修正一四条の保障する「自由(liberty)」の中には論理的に包摂され得ないと論結したのであつた。しかし、連邦最高裁判所は、一九四七年エヴァンソン事件判決以来一貫して、政教分離条

項を修正一四条によって対州関係においても適用されるべきものとしてきたのであって、この厳然たる事実によってコーウィンは却けられているとみることが出来る。

したがって、この論点に言及する判旨は今や稀にしか見出されないが、例えば、ブレナン裁判官のシェンブ事件補足意見は、コーウィンの説に言及しつつ次のようにのべている。「私は、この「コーウィン」説の誤りは、それが、政教分離条項の、自由宗教行為条項とならぶところの、宗教の自由の共同保障条項としての役割を軽視したところにあると思う。憲法制定者は、宗教的信条の自由〔の保障〕を、どちらか一方の条項のみに託したのではなかった」と(School District of Abington v. Schempp, 374 U.S. 203, at 256, 83 S. Ct. 1560, at 1589, Brennan, J., concurring) (1963)。また、フランクファーター裁判官のマクガワン事件の個別意見(separate opinion)は、修正一条の立法者が、宗教行為の自由を保障する条項を成文化する際、当時みられた宗派的多数者(sectarian majorities)による宗教的抑圧に神経を立てていたことを指摘した後、「しかしながら、この「自由宗教行為条項による」保護が、修正「一条」の、政府による信仰事項への介入からの自由の保障の全部を担うべきものとされたのではなかった」として、さらに、政教分離条項によって、「自分の信じない教説の伝播のために餽金を強いられた」ことの自由等の保障が追求されたものであったことを明らかにしている。McGowan v. Maryland, *supra*, 366 U.S., at 464-465, 81 S. Ct., at 1156 (Frankfurter, J., sep. op.) (1961)。

(20) John Locke, *A Letter concerning Toleration, being a Translation of the Epistola de Tolerantia* (in *The Works of John Locke in Ten Volumes*, New Edition, 1823. Reprinted by Scientia, 1963, Vol. 6). 浜林正夫訳「ロック『宗教的寛容に関する書簡』」(河出書房新社『世界大思想全集』社会・宗教・科学思想篇第二巻)。以下の引用は、特に頁数を掲げない場合は、*op. cit.*, pp. 9-12; 訳書一八九—一九一頁からである。なお、訳出は大体において前掲浜林訳によったが、若干変更させてきたところがあることをお断りしておく。

- (21) Locke, *id.* at 43; 訳書二四頁。
- (22) *Id.* at 34; 訳書一〇七頁。
- (23) *Id.* at 41; 訳書一一一—一二三頁。
- (24) *Id.* at 53; 訳書一二一頁。
- (25) *Id.* at 30; 訳書一〇四頁。

- (26) *Id.* at 41; 訳書一二三頁。
- (27) *Id.* at 28; 訳書一〇三頁。
- (28) Walz v. Tax Commission, *supra*, 397 U.S., at 710, 90 S. Ct., at 1432 (Douglas, J., dissenting) (1970)。なお、シャクソン裁判官も、「宗教的信条においては」ある人にとって慰め(comfort)であり、靈感(inspiration)であるところのものが、他の人にとっては物笑し(jest)であり、あざけり(scorn)である場合があるというのを指摘している。West Virginia State Board of Education v. Barnette, 319 U.S. 624, at 633, 63 S. Ct. 1178, at 1183 (1943)。
- (29) McGowan v. Maryland, *supra*, 366 U.S., at 575, 81 S. Ct., at 1225 (Douglas, J., dissenting) (1961)。
- (30) Cantwell v. Connecticut, 310 U.S. 296, at 310, 60 S. Ct. 900, at 906 (1940)。
- (31) United States v. Ballard, 322 U.S. 78, at 86-87, 64 S. Ct. 882, at 886-887 (1944)。

2 宗教的信条の強烈性

ところでしかし、宗教がこのように、本性上、世俗権力の責任を負いうるような性質の事項ではないということは、世俗権力が現実には、これに対して関心をもち且つこれにかかわったし、また、傾向的に、えてしてそうしがちなのである。それはしばしば、宗教に深い関心をもち且つこれにかかわったし、また、傾向的に、えてしてそうしがちなのである。それは一般的にいえば、いかなる政治的支配も物理力による権力的強制だけで貫徹し維持されうるものではなく、それに加えるに、被治者の精神的支援をかき立て結集してゆくならぬかの精神的動員の術を必要とするということに根ざす。とはいえ、もとより、統治が、被治者の理解と承認を得ながら遂行されるべきことは、ことに民主政下においては当然のことであり、政府権力の荷担者が、統治の基本や具体的政策の趣旨に関して、魅力的な綱領を構想し、これについての被治者の同調をかちとろうとして、各種の思想的働きかけをすること自体については格別の問題はない。問題は、その際、宗教的イデオロギーが世俗支配の要因に組み込まれ、統治が人民の宗教意識に訴えかけられながら行われる場合である。それが、何故に、またいかなる意味において問題であるかは、後に考究することとして、こ

では、およそ外面的力によつては生み出せない人間の内面的確信にかかわる霊的営みについて、世俗権力が、前述のように、しばしば乃至はえてして関心をもつとすれば、それは何故であるかについて考えておくことが必要であろう。中世においては、宗教は封建的支配の重要な一環を構成していたのであり、中世後期において次第に齟齬された人民の内面的自由の自覚に伴う宗教的価値観の分裂——教皇を頂点とする一元的普遍的教会權威の崩壊——及びそれに由来する宗教戦争の故に、政治権力は、現実政治的利害打算の見地から、宗教を政治的支配の手段として用いることを不得策として断念せしめられることになるのであるが、右のような消極要件——つきつめていえば、宗教的少数者の強力な内面的確信と自覚——さえなければ、宗教が世俗的支配の手段として有用であるということ、したがって政府権力を行使すべき立場に立った者が宗教に無関心ではいられないということ自体は変わるものではなかった。それは、宗教が人間の霊的存在としての全意義にかかわるものであるから、人の宗教意識は、一般的に強烈であり、その故に、人の文化的生及び社会的生の迫力ある推進力となるという事実に関係する。ことに、政治的危機——ななく当該政治体制のよつて立つ基本的価値観自体が挑戦を受けるような深刻な危機——の状況下においては、事実と合理的推論に基礎を置くまっとうな単なる政治的説得では不十分であるとして、非合理的な、しかし強力な精神的酵母に働きかけ、これを発酵させようとするところのなんらかの程度において宗教的色彩をもった精神動員が試みられることになりやすい。しかし、もしそのようなことが実行されるならば、さきに示唆したとおり、人權論の観点からは、ゆゆしい事態が生ずることになるのである。それは何故であり、またいかにしてであらうか。つぎにこの問題を考察しよう。

(32) 高柳「近代国家における基本的人権」(東京大学社会科学研究所編『基本的人権』第一巻、東京大学出版会、一九六八年)六〇頁以下参照。

(33) Donald A. Giannella, *Religious Liberty, Nonestablishment, and Doctrinal Development*, Part II, 81 Harv. L. Rev. 562, 584 (1968).

3 政教融合の分断的效果

宗教は、外的強制によつては決して生み出せない内面的確信にかかわる事項であるにかかわらず、人の文化的・社会的行動の強力な推進力であるが故に、世俗的権力荷担者によつて、世俗政治目的達成のために、その手段として用いられ易い。そのようなことが行われた場合、どのような事態が生じるであらうか。宗教を手段として用いる具体的態様の如何によるところの諸問題は別個に考察することとして、今まで明らかにしてきたこととの関係において、一般的に措置しうる限りにおいてのべれば、なによりもまず、前記の措置が、人民の心のなかに強い分断的效果(divisive effect)を及ぼすことが注目されるべきである。

いうまでもなく、一方、政府は、本来、万人にとって共通共有(common to all)⁽³⁴⁾のものであり、「平等な法の公平な執行により、全人民一般に對し、またその国民の一人一人に對して、これらの現世に属するもろもろの事物(生命、健康、安全、財産等の外面的利益)の正当な享有を安固たらしめること」⁽³⁵⁾をその職責としている。これに對して、他方、宗教は、度々指摘したごとく、それぞれ独自固有であつて、他者との間に教義内容上の公約数をおよそもたないものである。しかるに、政府権力が、政治目的を宗教的手段によつて追求しようとするならば、宗教的価値観は近代現代においては多元化しているから、当該施策は、その手段として用いられた当該宗教に同調する立場の人々からは、熱烈な支持を受けるであらうが、それと宗旨・教義を異にする人々からは、強い反撥を受けざるをえないことになるからである。

もっとも、いかなる政治的施策であつても、賛否の分れないものは、稀の例外を除いてありえず、これをめぐつて、

賛成の立場と反対の立場とが対立するのは、むしろ自然且つ健全なことであらう。しかし、今ここで問題にしている場合については、二つの特殊な要因が付着していることが注意される。

第一は、当該政府施策をめぐっての賛否の対立が、この場合には、異宗派間の教義上の対立とからみ合せて、とりわけ強烈なものとなり、単にそれだけでなく、調整の余地のない固定的なものになる性質をもつということである。前段についてはさらにのべるまでもないであらう。後段は例えばこういうことである。政治的意見の相違は、さきにも述べたところの民主政の建前に即していえば、何が公共の福祉であるかに関する見解の対立であり、後者は、事実を基礎にして、これに理性的推論を積み重ねることによって形成されるものであるから、異なる意見というものは、互いに事実をつきつけ、理性に適った説得を加えることによって、より正しいそれに変更せしめることができ、また変更せしめられるという関係にある。このように、討議は、民主政においては、諸見解のいずれが正当であるかを決定し、或いは第三の新しい正当な見解を発見せしめる技術として貴重であり、それが貴重であるのは、そこに、事実と合理的推論に依拠した論旨には説得される用意があることが、少なくとも建前上は前提されているが故であるわけであるが、世俗政治上の施策をめぐる賛否の対立であっても、それが宗教的信条上の対立によって裏打ちされている場合には、右の前提が失われ、対立する立場間の妥協・調整は原則としてありえないものとなる。世俗政治目的の宗教的手段による追求は、単に、民主政下において当然みられるところの、これをめぐっての賛否の意見対立を招くに止まるのではなくて、国民のなかに、永久に架橋されない深い心の亀裂を生ぜしめることになるのである。

それは、また、つぎのようにして、民主政の機能原理の倒錯をもたらしめるものでもある。すなわち、民主政が多数決を機能原理とする場合、それは、決して多数者の選択が常に——まして永遠に——正しいとするものではなく、そうではなくて、仮りにそれが誤りである場合があるとしても、われわれは自らのある時点の決断の過誤に自ら学んで、

つぎの機会により、賢明な判断選択をすべく、過去の多数決の結果に対する批判検討と同僚市民に対する啓発説得とを怠らず、かくて、このような思想の自由、思想の表現の自由のたえざる動態的活性化により、少しでもより多く正義や真理に近づいて行くべきだとするものであらう。ところが、世俗政治上の目的を宗教を手段として用いることによって追求する場合には、それが一度び多数決によって選択されると、宗教的少数者からは忽ちこれに対して反対・批判が提起され、それはさらに止むところなくくりかえされることになるであらうが、そのことによって、事態は、問題のより、賢明な解決へと前進せしめられるのではなくて、かえってより、烈しいより、頑なな反撥を含んだ対立関係へと泥沼化せしめられる危険を孕むことになる。民主政の機能原理の活性化は、ここでは、人民と社会の前進を展望せしめるのではなくて、社会の重要な部分の不毛の相克と、その故の硬塞を運命づけるのである。

例えば、バーガー長官は、私立初等中等学校の財政的危機を救済するために、教師の給料、教育機器等の一部を補助することを定めたペンシルヴァニア州非公立初等中等教育法 (Pennsylvania Nonpublic Elementary and Secondary Education Act) を違憲としたアレクサンダー事件の法廷意見において、主としてフロイント教授の所説に依拠しつつ、つぎのように説示している。「通常は、政治的討議と対立は、たとい如何に激烈であり、或いはそれどころか党派的なろうとも、われわれの民主的統治システムの正常なまた健全な表出である。しかし、宗教的色分けに沿った政治的対立 (political division along religious lines) は、修正一条が阻止せんとした主要な悪の一つである」⁽³⁶⁾と。

また、ダグラス裁判官は、エンゲル事件 (公立学校における祈りの唱和を違憲とした事件) 補足意見において、本件において、信条を異にする生徒は唱和に加わらないことが許され、そこに強制的要素が認められないことを確認したがって、「本件において」判断されるべきポイント⁽³⁷⁾は、国家権力による狭義の宗教の自由の侵害があったかどうかではなく、「政府が宗教的営為 (exercise) に合憲的に公費支出 (finance) することかできるかどうか」にあ

ることを指摘しつつ、つぎのごとく説いている。「単に、そうすることを選択した人々を、公立学校教師の音頭をとる祈りの文句に唱和させることによって、通常の意味において、国教が樹立されるわけではない。しかし、一度び政府が宗教的営為に関して公費支出すると、それはわれわれのコミュニティに分断的影響力 (divisive influence) を挿入することになるのである。」「修正一条の」⁽³⁷⁾ 原理は、もし政府が霊的事項に介入するならば、それは分断を齎す力 (divisive force) となるということである。修正一条は、政府が宗教の領域において中立である時、すべての宗教的利益に最もよく奉仕するということを教えている」と。

さらに、フランクファーター裁判官は、この理を、前引の、義務制の公立学校機構の威信と影響力を背景にした宗教教育の推進であるとして違憲と判断されたところのシャーンペイン郡の解放時間制をめぐる事件 (マッカラム事件) の補足意見において、つぎのような脈絡で説いている。すなわち、同意見は、本件シャーンペイン郡の公立学校機構は本件解放時間制の実施により、ある種の宗教的信条の教え込み (inculcation) を能動的に推進し、これにより、「その保護監督下に委ねられたところの少なくとも何人かの児童の間に、宗教上の違いを鋭敏に意識せしめ」る役割を果たしたのだときめつけ、さらに、「合衆国」憲法が厳格に分離しようとしたところのもの「(国家と宗教) の融合 (fusing) とまではいわないにしても、その混同 (confusing) を防ぐために、(宗教の) 分断を齎す力を排除しなければならぬ」ところの州活動の諸領域として、州の学校より、重要 (vital) な領域はなし」としたのであった。同裁判官にとっては、公立学校は「われわれの民主主義の象徴であると同時に、われわれの共同の使命 (感) を助長する最も滲透的な手段 (most pervasive means)」なのであり、宗教は情操を高め忠誠心を養う重要な営為であるとはいえ、各宗派にとり絶対排他的なものであるから、宗教が公立学校の機能のなかにはいり込むことを許すということは、その分断を齎す力が公立学校制度の最も肝腎の使命を破壊するのを拱手傍観しなければならぬことを意味するわけである。

同裁判官が、新来の移民として、アメリカ的生活信条の形成のつぼとしての公立学校の価値を身を以て実感し、また宗教的少数者として自らの固有の宗教的信条をとりわけ貴重視する立場にあるものであるだけに、これらの重要な価値は、まさに重要であるが故に政治から分離されていなければならないとする論旨には、ことのほか強い説得力が感じられるわけである。

第二は、政治目的達成の手段としての宗教の利用は、世俗政治権力自身にとっても、——しかも、現実政治的利害の観点からみて——必ずしもプラスではないということである。すなわち、特定の政治目的のこのような方式による追求は、度々指摘したように、当該施策に対する支持と反対とを、宗教的色分けに沿って配列せしめる結果を伴うことになるのであるが、それは、当該施策を純粹に世俗政治上の 이슈として提示した場合には獲得しえたかも知れない支持者、並びに説得により見解を変えしめて引き付けえたかも知れない将来の支持者を、宗教的反感の故に永久に失うことを意味する。それは、自己の政策の正当性と支持糾合力とについて自信をもつ政府権力荷担者としては、決して有効得策とする方式ではないといわなければならない。

しかし、このことはまた、実は、特定の条件の下では、この政治方式がきわめて有効であることを示唆するものでもある。すなわち、(i) 政府権力荷担者において、当該政策の正当性と支持糾合力とについて自信を欠き、反面、(ii) 圧倒的宗教的多数者を利用しうる立場にある場合である。この場合、かれらは、たしかに、まっとうな民主政的手続によらないで、きわめて安易即効的に政策を実現することができる。しかし、それが、広い視野でみた場合、果して真の成功になるといえるかどうかは十分に疑われてよい。例えば、バーガー長官は、前引のアレン事件の法廷意見において、教区学校へのこのような公費補助が、宗教的色分けに沿った政治的対立をもたらすものであることを確認した上、つぎのようにのべている。「かかる紛争の潜在的的分断性 (potential divisiveness) は正常な政治的プロセスを脅か

す危険を秘めている。……州又は市町村を、州の教区学校に対する援助より生ずるイシューをめぐる内部分断に陥らせることは、重要喫緊な他のイシューを混乱 (confuse) させ、おおい隠す (obscure) こととかなりがちである。(中略) 宗教条項関係諸問題をして、われわれの立法府やわれわれの選挙において、各級政府の当面する無数のイシュー及び問題から人々の注意を一切逸らしてしまうほどの重要な地位を占めしめるということは、われわれの全歴史・伝統と相いれないことがらである⁽⁴⁰⁾と。

このように、本節で問題にしている政治的方式は、前述の(i)及び(ii)の要件の備わる場合においては、局部的には有効であるかもしれないが、政府が人民に対して負う全責任の観点からみるならば、他の重要な各般の問題を疎かにせしめる危険乃至必然性をもつものとして、民主政下の「正常な政治のプロセス」を企める恐れのあるものである。

しかし、それでもなお、政治にとって宗教利用の誘惑は強く、このようないわば『民主政の建前』論によって、それを絶ち切りうるものではない。すなわち、もう一つの要件の充足、つまり、(iii)宗教的少数者の力量——反対、権利主張ないしはことあげ、する用意——がとるに足らないものであるということが政府権力荷担者によって認定される場合には、政府が、なおあえて宗教利用に乗り出す十分の可能性が残されているのである。

例えば、アメリカ合衆国々民の大多数はユダヤ・キリスト・人文主義 (Judeo-Christian Humanist) 的伝統の宗教を奉ずる点において共通性をもつが、政府が、その程度において宗教的な、しかし宗派色をもたないファクターを、これと異質の宗教的少数者の存在を無視して、世俗政治上の措置に混入せしめた場合、或いはまた、仏教と神道との平和的共存という宗教状況にあるわが国に例をとれば、政府が、当該状況に順応的な、しかし宗教的極少数者であるキリスト教徒等にとって違和的な宗教的な措置を、国政中においてとった場合等である。これらの場合、圧倒的乃至支配的な宗教的雰囲気からはみ出している、極少の、これと全く異質の宗教の信奉者が、格別良心の傷みを感じない

か、或いはこれを感じてもあえてことあげしなければ、激しい宗教論議によって、他の重要な政治課題との取り組みのエネルギーが割かれるということも起らず、バーガー長官のいう「デモクラシーの正常な政治のプロセスの毀損」も生じないことわりであり、政治による宗教の利用はデメリットなしにメリットを挙げうることになる。

しかし、よく考えてみると、これは、宗教的極少数者の存在を歯牙にもかけず、これを国政の視野において切り捨てる発想である。すなわち、国家の宗教的遺産に背を向ける一にぎりの特異分子がどう思おうと意に介するほどのこともなく、仮りに反対の声を挙げようとも、国家の宗教的伝統に忠実な大多数の国民の注意を惹くこともないであろうから、政府としては、単純にこれを黙殺し、後者の大多数の国民の支持をとりつけるについて有効な路線を推進するについて躊躇すべきいわけではないとするものであろう。もしそうであるとするならば、それは、政教分離原則に特殊にかかわることがらではなく、それ以前の、およそ最低限の(狭義の)宗教の自由の保障すら放棄する立場にかかわる問題となる。そこで、ここでは、その点を指摘するに止め、これ以上これに立ち入ることを差し控えることが許されるであろうと思われるのである。

このように、宗教は、社会・文化・歴史の形成・発達の強力な推進力なのではあるが、国家権力が、世俗政治上の目的・思惑でこれにかかわり携わる場合、宗教を政治の侍女たらしめることによってその本質を毀損するだけでなく、政教混淆の政治的分断的效果を発揮せしめる結果となることによって、政治運営そのものの観点よりしても、目的を裏切ることになるのである。

合衆国憲法の宗教条項の實質的起草者ともいえるJ・マディソンが、ヴァージニア州において、国教会税法案 (Assessment Bill) に強く反対した根拠の一つもここにあった。かれは、同法案においては、「世俗権力執行者 (Civil Magistrate) が宗教を世俗的政策 (civil policy) の発動機 (engine) として利用しうること」が含蓄されているということ

を指摘し、「これは〔魂の〕救済の業 (means) の罪深い悪用 (unhallowed perversion) である」⁽⁴²⁾ときめつけたのであった。

ブラック裁判官は、直接この論旨を受けて、公立学校の教室における祈禱の唱和を違憲としたエンゲル事件法廷意見において、「政教分離条項は、かくのごとく、宗教は、世俗権力執行者による罪深い悪用を許容するには、あまりにパーソナルであり、あまりに不可侵 (sacred) であり、あまりに神聖 (holy) であるということについての、わが憲法制定者達の信念 (principle) の表明である」と説示している。

また、ダグラス裁判官も、同エンゲル事件の補足意見において、やや異なる視角からではあるが、マディソンの論旨に接続して、つぎのようにのべている。「われわれの権利章典の下においては、われわれは、その思うがままに宗教をしてわれわれの生における活動力 (active force) として働かしめてよいということを認められている。しかし、宗教的発酵力 (religious leaven) がわれわれ人民の業務中にくみ入れられるべきであるとするならば、それは個人又はその集団によってそうされるべきであって、政府によって組み入れられてはならない。(中略)〔修正一条の〕根本義は、政府が霊的事項にかかわり合うと、それは分断を齎す力となるというところにあるのである」⁽⁴³⁾と。

或いはラトレジ裁判官 (エヴァソン事件反対意見) も、世俗権力の宗教教育に対する厳格な無介入を主張し、「憲法が州にそれ〔宗教教育介入〕を禁じたのは、宗教教育が公の福祉又は個人の福祉を推進しないが故ではなく、一度び州が宗教教育を推進すると、公の福祉も個人の福祉もどちらも増進されなくなるからである」⁽⁴⁴⁾としている。

これらによって、宗教的信条が高度に個人的且つ内面的であり、また絶対的且つ強力であり、地上の幸福の実現を追求する世俗権力は、外面的強制力を行使することによってはそのような内面的確信をつくり出すことはできないものであるが故に、世俗権力が人民に特定の宗教的信条をもたせようとして又は現にもっているそれを変えさせようと

してこれに干渉することは、ことがらの性質上並びに人権原理上許されないだけでなく、世俗権力が世俗政治上の目的実現のための手段として宗教に干与介入することも、宗教の政治的分断的效果の故に、民主政の基本原理を侵害することなしには、なしえないものであることが示されているとみることかできよう。ここに、当然に、全く異質の目的、機能原理及び手段をもった政治と宗教との分離と相互不干渉の要請が出てくることになるのである。

- (34) *McCullum v. Board of Education*, *supra*, 333 U. S., at 228, 68 S. Ct., at 473 (Frankfurter, J., sep. op.) (1947).
- (35) *Locke*, *supra* note 20, at 10; 記書一九〇頁。
- (36) *Lemon v. Kurtzman*, *supra*, 403 U. S., at 623, 91 S. Ct., at 2116 (1971).
- (37) *Engel v. Vitale*, *supra*, 370 U. S., at 442-443, 82 S. Ct., at 1273 (1962).
- (38) *McCullum v. Board of Education*, *supra*, 333 U. S., at 228, 68 S. Ct., at 473 (Frankfurter, J., sep. op.) (1947).
- (39) *Id.*, 333 U. S., at 231, 68 S. Ct., at 475.
- (40) *Lemon v. Kurtzman*, *supra*, 403 U. S., at 622-623, 91 S. Ct., at 2116 (1971).
- (41) *Giannella*, *supra* note 33, at 562.
- (42) *JAMES MADISON, MEMORIAL AND REMONSTRANCE AGAINST RELIGIOUS ASSESSMENTS*, [5], 1785. 本稿では「便宜上」*Everson v. Board of Education* の Appendix に付け付けられたいしを引用する。330 U. S. 67, 67 S. Ct. 536.
- (43) *Engel v. Vitale*, *supra*, 370 U. S., at 431-432, 82 S. Ct., at 1267 (1962).
- (44) *Id.*, 370 U. S., at 442-443, 82 S. Ct., at 1273 (Douglas, J., concurring).
- (45) *Everson v. Board of Education*, *supra*, 330 U. S., at 52, 62 S. Ct., at 529 (Rutledge, J., dissenting) (1947).

4 宗教の自由と宗教の国家からの分離

われわれは、前二節において、宗教的信条の排他的絶対的本質にかんがみ、万人の地上の幸福を追求すべき世俗権

力としては、国民の間の架橋できない心の亀裂の危険を冒すことなしには、宗教にかかわり合うことができず、ここに、両者の分離が要請されてくるものであることを考察した。しかし、実は、この政治と宗教との「分離」なるものは、決して単純なことではなく、また容易なものでもない。というのは、つまりこういうことである。

一方、近代以前において、諸封建的支配者によって分有され、量的に分散しており、また質的にも、人民の生活関係のごく一部分をしか規制対象としてもたなかった統治権は、近代においては、主権的意思主体——それが具体的に誰であるか、またどのような機関形態をとるか、は国により異なる——によって一元的に独占されるものとなり、また、いかなる事物も国内において本来的に主権の管轄の外に逃れることはできないという意味において、それは、人民の生活関係のあらゆる局面には入り込んでこれを規制しうるものとなった。⁽⁴⁶⁾近代国家における統治権は、中世的な「旧きよき法 (altes gutes Recht)」や封建諸侯の特権を定める封建法によって一切制約されず、自らが公共の福祉のために必要だと判断して定立した国家法以外の何物によっても制約されないところの——換言すれば、公共の福祉のために必要な事項とあれば、事項的に無制限に、何事についても定め得る——強力一元的な権力となったのである。

他方、かつて教会権力の体制的イデオロギーによる馴致の下にあった人民の内面生活は、近代市民社会において、強力な自由とエネルギーを獲得した。中世封建社会においては、社会的生産は直接生産者の身分的義務たる労働によって行われ——農奴の耕作・貢納義務は単なる地主に対する私法的義務ではなく、同時に政治的支配者——荘園領主に對する公法的義務でもあった——、このような人間の人間に対する超世代的な一方的人格的支配（直接生産者の自由の超世代的喪失）は、物理的強制を内容とする権力的支配のみによって貫徹維持することは困難であったから、イデオロギー的支配による強力な補完を必要とし、そこでは、このような状態を正義乃至神の思召しとするオーソドクシイが、封建的支配の重要な一環として、人民の精神生活社会生活を広く且つ深く規制していた。人生の意義は来世に

おける永遠の救済の達成にあり、現世はそのための準備の時期にすぎず、人々の魂の良心は、来世において真の救済を得ることができるよう、天国の鍵を預かる教会の全面的管理の下に置かれていた。そこで、市民革命期において前記の直接生産者の身分的超世代的不自由を内容とする旧体制の廃棄が時代の課題となった時、同体制のイデオロギー的背骨をなす宗教的支配に反抗するところの《信仰・良心の自由》の主張が革命の思想的原動力となったのは当然であった。体制的管理を撥ねのけた人間の良心（＝人間の内面生活）は、現世において、その自由が確保されるところの、人間の尊厳を基調とする政治的社会的諸関係の創出を求めて止まなかったのであって、かくして宗教的信条は、さきにも言及したごとく、社会と文化の形成の強力な推進力となり、単に市民革命を主導した——ピューリタン革命・アメリカ革命——だけでなく、また革命後の市民国家体制形成の重要なバン種 (Leaven) となったのである。以上のごとくであったから、市民生活の全範囲を対象領域としてもつにいたった強力な近代政治権力と、近代市民社会形成の思想的原動力を形づくった発酵力豊かな宗教的信条とは、そう簡単に分離されうるものではなかった。現に、イギリス本国の国教制による信仰の自由の抑圧に反抗して、この自由の確保の土壌を求めて新大陸に植民した非国教徒達は、そのほとんどの植民州において、国教会又は国教を樹立したのであった。⁽⁴⁷⁾

したがって、近代の宗教的信条の本性と近代的民主政の原理とが拮抗されれば、そこから当然に政教分離が実現して来るものと考えざるべきものではないであらう。⁽⁴⁸⁾また、個々の国家の国柄乃至はその国民の特異の宗教意識として、政教分離になじむようなものが建国当初から伝統的に存在し、政教分離は、そのような国家においてはじめて、或いはそこにおいてのみ、円滑自然に成立するのであって、異なる国柄、異なる宗教意識の土壌の上に無理に導入すべきではないとする論旨も妥当力をもたないといえる。⁽⁴⁹⁾

アメリカ合衆国についてみると、前述のように英本国を追われた非国教派プロテスタントが、宗教的多数派として

自らの宗派を国教化しつつ定着していた植民州において、一八世期末、一つの宗教上の変動が起り、国教派プロテスタントに転化した旧勢力に対して、新非国教派プロテスタントが擡頭して反抗したのであり、かくして、後者が前者をして後者の新しいエトスに服せしめようとしたのが、ヴァージニア州におけるJ・マディソンの国教会税法案の成立阻止をめぐる闘争であり、これが後者の勝利に終った成果確認書が修正一条の宗教条項であったわけである。⁽⁵⁰⁾

とするならば、典型的政教分離国の一つといわれるアメリカ合衆国の政教分離原則も、宗教的少数者の支配的宗教的風土に反抗する闘争の結果はじめて成立したものと考えるべきこととなろう。この場合、少数者の主張であるに拘らず、既成の支配的宗教勢力をして、最終的にはこれを承認せしめうるに至ったのは何故であろうか。思うに、一つは、簡単なことであるが、一植民地において、国教的地位を占めた支配的宗教勢力が絶対多数者としての地位を失ったことである。例えば、ヴァージニアにおいては、長老教会派(Presbyterians)、ルター派、クウェイカー派及び浸礼派(Baptists)等の宗教的少数者は次第に勢力を増大し、合衆国憲法制定時においては、それらを合計すると、国教会たる英国聖公会(Episcopal Church)信徒数を凌駕するほどになっていたのである。⁽⁵¹⁾しかし、このことから、今や多数・少数の關係が逆転し、新たに多数派となった宗派連合体が、多数意見を数の力で押しつけたのだというように簡単に考えるべきではあるまい。マディソン及びTh・ジェファソンは、前述のこれら宗派のいずれにも属していなかったものであり、当時の事態はもう少し内面的な意義を含んでいたと考えられるべきものなのである。

思うに、二重の意味でエスタブリッシュメント(国教と既成勢力)化した旧宗教勢力も、英本国脱出以来、宗教の自由の追求者であったことに変わりはなく、かれらの強烈な信仰が、本節はじめにのべたような動因に押されて、特定の条件の下において——個々の植民地は多かれ少なかれ同質的な宗教意識の植民者によって占められていた——その正しいと信ずる宗教的理念の政治的実現へと短絡して行ったのであろうが、おそらくは、宗教価値の多元化の条件の

下で、宗教的少数者より問題をつきつけられて、改めて信仰の自由の基本に触れる問題をより、普遍的な枠組みとより、長期的な視野の下において、真に原理的に考えることを強いられ、そのような見地から新エトスを、宗教の自由共存のために、宗派の違いをこえて共通に認むべき原則として理解し承認せざるをえなかったのではなからうかと考えられる。つまりは、政教分離原則は、信仰の自由の主張者達が創出した政治体制が、狭義の信仰の自由の保障において欠けるところがなかったに拘らず、知らず識らずのうちに良心と政治にある種の圧迫と歪曲を加えて行ったこと——或いはその兆し——の苦い認識の上に立って、これを原理的に受けとめ、神への至純の愛と民主政の大義に立ち返って沈思した時に想到され練り上げられて来たところの経験的原則といえよう。換言すれば、政教の融合乃至かわり合(Involution)が、政治と宗教のそれぞれに何らかの負のインパクト——それは可視的とは限らない——を与え又は与えんとしていたことの胎む問題が、宗教的少数者の眼においては原理的に洞察されえたのである。しからば、それは何々であったらうか。つぎに政教分離原則を、この視角からとらえ直してみよう。

(46) 高柳、前掲「近代国家における基本的人権」三三頁以下参照。

(47) ブラック裁判官のエンゲル事件法廷意見によれば、北米大陸の一三の植民地中少なくとも五——メアリランド、ヴァージニア、ノース・カロライナ、サウス・カロライナ及びジョージア——においては、英国教会(The Church of England)が国教会とされた。ニュー・ヨーク及びニュー・ジャージーにおいて、同教会が国教会とされたかどうかについては争いがあるが、それが州より実質的な援助を受けていたことは疑いがないとされている。マサチューセッツ、ニュー・ハンプシャー及びコネチカットにおいては、組合教会派教会(the Congregationalist Church)が国教会とされた。ペンシルヴァニア及びデラウェアにおいては、すべてのキリスト教宗派は平等に扱われたが、カトリックは若干の諸点において差別された。ロード・アイランドにおいては、すべてのプロテスタントは平等の権利を享受したが、カトリック教徒が選挙権を与えられたか否かは明らかでないことである。Engel v. Vitale, *supra*, 370 U. S., at 428, n. 10, 82 S. Ct., at 1265, n. 10.

(48) ジャクソン裁判官は、政教分離原則を、国家と教会との相互的突き放し (hands off) を内容とするものとして説いた後、つぎのようにのべているが、これは、このような趣旨においてであろうかと思われる。「わが連邦憲法のこの方針 (policy) は、大部分の宗教団体にとって、決して全面的に満足のいくものではなかった。かれらは、すぐ憲法の保護 (宗教行為の自由の保障) をもち出した。しかし、かれらは、すべて、憲法の抑制 (『宗教に対する援助禁止』の影響を受けるといふ立った) と」

(Everson v. Board of Education, *supra*, 330 U. S., at 27, 67 S. Ct., at 517; Jackson, J. dissenting) (1947)。

(49) 松下正寿、前掲「宗教と政治」一二頁参照。

(50) McGowan v. Maryland, *supra*, 366 U. S., at 565 n. 1, 81 S. Ct., at 1220 n. 1 (Douglas, J., dissenting) (1961); Engel v. Vitale, *supra*, 370 U. S., at 428-429, 82 S. Ct., at 1265-1266 (1962)。

(51) Engel v. Vitale, *ibid.*

二 政教分離の経験則的根拠

前章において、われわれは、近代市民社会において目覚めた宗教的信条の基本的特質を、主として政治権力との関係において追究しつつ、政教分離の、かなり抽象度の高い次元における根拠を探ってみた。そのような発想にもとづく論理の展開は、以上によって、一応ある程度の完結を遂げたかと思う。そこで、つぎに、以下、やや抽象度を下げて——その意味で、前章の考察態度との違いは全く程度の差にすぎない——、前章さいごにのべたような意味において、歴史的経験的に自覚せしめられて来た認識などに依拠しつつ説かれているところの政教分離原則の根拠を追究することにする。その際、まずなによりも、このような問題意識から問題を的確に提起したブラック裁判官のエンゲル事件法廷意見における説示が、以下において追究すべき問題の見取図を示してくれるものであることを感じないわけにはゆかない。

同裁判官は、後にもふれるように、政教分離条項は、政教の事実上の融合が宗教的少数者に対して加えるであろうところの間接的な圧迫を排除しようとするものであることをのべた後、つぎのごとく説いている。「しかし、政教分離条項の根底にある目的は、それよりはるかに、深いところを目差している。同条項の第一の、最も直接的な目的は、政府と宗教との連合 (union) は政府を破壊 (destroy) し、宗教を墮落 (degrade) させるに至るといふ所信に基礎を置いているのである」と。(52) われわれは、この問題点の提示に沿って、つぎに、しからば、政教の融合は、どのような意味において、そのような結果をもたらすものであるのかを考究してみよう。

(52) Engel v. Vitale, *supra*, 370 U. S., at 431, 82 S. Ct., at 1267 (1962)。

(53) ほぼ同旨の洞察として、ブレナン裁判官のシェンプ事件補足意見も注目されるべきであろう。同意見は、政教分離条項が禁止したのは、宗教団体と世俗機関とのつぎのような掛わり合 (involvement) —— (a) 宗教団体の本質的に宗教的な活動に奉仕する掛わり合い、(b) 本質的に宗教的な目的のために政府の諸機関を利用するところのそれ、(c) 政府目的達成のために、世俗的手段で間に合うのに、本質的に宗教的な手段を用うところのそれ——であることを明らかにした上、つぎのように説く。「世俗機関と宗教団体とがこんなふうに関わり合いになる場合には、そこには、まさに憲法制定者達が、宗教の自由と世俗政府システムの力を破壊 (subvert) することになるものとして恐れたところの危険——教会と国家との双方に対するそれ——が固有内在的につきまとう (inhere) ことになるのである」と。School District of Abington v. Shempp, *supra*, 374 U. S., at 294-295, 83 S. Ct., at 1609-1610 (Brennan, J., concurring) (1963)。

1 宗教の自由の間接的圧迫

まず、さきに示唆されているように、政教の混淆が厳しく警戒されない場合には、宗教的多数者の教義や宗教行為が、やがて公の支持乃至お墨付きを得るに至り、人民の狭義の宗教の自由を間接的に圧迫する蓋然性を伴うことが注意されなければならない。

例えば、公立学校における聖書の一節の唱和事件の法廷意見（クラーク裁判官）はつぎのように指摘している。「本裁判所が、その諸判例において「国家の」健全な中立性について判示しているのは、つぎのような歴史の教訓の認識にもとづいてである。すなわち、強力な宗派（sects）又は分派（groups）は、州又は連邦の政府の公の支持が一の又はすべての正統の教義の背後に加えられんことを求めて、政府の機能と宗教のそれとの融合（fusion）又は協調（concert）又は一の他に対する従属（dependency）を招来する傾きなしとしないということがそれである。これをこそ政教分離条項は禁じているのである」⁽⁵⁴⁾と。

また、公立学校における祈りの事件の法廷意見（ブラック裁判官）も、イギリスにおいて、公定の祈禱書（The Book of Common Prayer）の内容が、権力の座を占める政治的指導者の交代とともに、その主観に従って度々書き換えられて、イギリス人の信仰に混乱を惹起したという歴史的事実にてらし、アメリカ国民は、合衆国憲法制定時におきて、教会と国家との連合（union）の危険に気付いていたとして、つぎのように説示している。「アメリカ」国民は、——ある者は苦い個人的経験から——個人の思うままに礼拝する自由に対する最大の危険の一つは、政府が一つの特定の種類の祈り又は一つの特定の形態の礼拝に対して公の裁可の印章を押すことであるということを知っていた。かれらは、熱狂的な宗教団体が、うつけみの権力の座（temporary power）についた各国王、女王又は護民官（Protector）から政府の裁可の証印を得ようものと互いに相競う時に生ずる苦悩、苦難及び激烈な争闘を知っていた。合衆国憲法は、この国の統治をいかなる君主の手にも与えず、国民の手にも委ねることによって、この危険の一部を避けようとした。しかしこの保証条項（safeguard）「だけで」は十分でなかった。わが建国の父祖達は、かれらの祈りの内容やかれらの祈りたう時に祈る権利（privilege）とった自らの良心の最重要事項を、王位継承の如何に依存せしめなかっただけでなく、これらが投票箱によって影響される結果になることをも拒んだのである。修正一条は……

人民の宗教が、新しい政権が選挙にもとづいて登場するごとに、その圧力によって変更せしめられることなからしめんがための保障として、合衆国憲法に付加されたのである」⁽⁵⁵⁾と。

これらにおいて危惧されている事態は、既に現実には狭義の宗教の自由が侵害されている事態では必ずしもない。しかし、容易にそれに至りうる事態である。すなわち、それは、世俗権力者において、全宗教を二つの範疇に分けて考えているということ——つまり、正統的な宗教として、かれらがその背後にその權威と威信を置くことをいとわないうところのものと、「その他大勢」的宗教との別を設けているということ——を表わし、またそれを一般に意識させるものであって、そのことにより、狭義の宗教の自由の保障に負のインパクトを与えずにはおかぬ体のものである。

前引のエンゲル事件法廷意見（ブラック裁判官）は、この趣旨をつぎのように説いている。「もし、政府の権力、威信及び財政的支持が、特定の宗教的信条の背後に置かれるならば、それが宗教的少数者をして支配的な公認の宗教（prevailing officially approved religion）を遵奉（conform）せしめるところの間接的強制圧力（the indirect coercive pressure）となることは明らかである」⁽⁵⁶⁾と。

また、ここで、マディソンの、国教会税法案についてのつぎのような警告も想起されるべきであろう。曰く、「この法案は、立法院の宗教上の所信に屈服しない宗教上の所信をもつ人々を、平等な全市民より一段低いランクに押し下げるものである。それは、現在の形態においては、宗教裁判所（the Inquisition）から程遠いとはいえ、それとこれとの相違は程度の相違でしかない。片方は、非寛容形成過程上における最初の一步であり、他方は、その最終の一步であるわけである」⁽⁵⁷⁾と。

アメリカ革命を経ることによって、非国教徒の各種の法的能力の制限を伴うところの、直接王権にもとづくあからさまな国教会制度の拘束は絶ち切られたが、市民の信条と意思を基礎にした新しい「民主的」政府が、これらに忠実

であることによって、知らず識らずのうちに、このような事実上の国教制ともいべきものにのめり込んで行ったということは注目に値する興味ある事実であろう。そして政教分離条項が、狭義の宗教の自由保障条項のほかに想到されたのは、このような事態を、たとい狭義の宗教の自由の侵害を伴わないものであっても非とせんがためであったこととはいうまでもないのである。

(54) *Id.* 374 U. S., at 222, 83 S. Ct., at 1571.

(55) *Engel v. Vitale, supra*, 370 U. S., at 429-430, 82 S. Ct., at 1266 (1962).

(56) *Id.* 370 U. S., at 431, 82 S. Ct., at 1267.

(57) *MADISON, REMONSTRANCE*, [9], 330 U. S., at 69, 67 S. Ct., at 537.

2 政府の破壊

(イ) 疎外宗派の敵意の醸成

政治と宗教との結合はどのような意味において政府を破壊するのであろうか。まず、ブラック裁判官自身が答えるところを聞こう。

かれはつぎのごとく説く。「政府の樹立する宗教の歴史は、イギリスにおいてもこの国においても、政府が一の特定の形態の宗教と提携すると、その不可避の帰結は、つねに、当該宗教と信仰を異にする人々の憎悪 (hatred)、敬意喪失 (disrespect) 及びそれどころか侮蔑 (contempt) の招来であるということを示している⁽⁵⁸⁾」と。これは、前章でのべたところの、政教融合によってもたらされる政治的分断的効果論の楯の反面ともいべきものであろう。

マディソンも、国教会税法案が、国教会以外の宗派の人々の反感を挺子にして社会の解体をもたらす危険を随伴することを指摘している。曰く。「われわれは同法案に反対するのであるが、それは、市民中のかくも大きな部分を

占める人々が反撥を抱く法を、法的サンクションによって執行 (enforce) しようと試みることは、法一般を無力化 (enervate) し、社会のきずな (the bands of society) を弛緩せしめるに至るが故である。国民一般によって、必要又は有益とは思われていない法を執行することがいかに困難であるかは、容易に察しうるところであるが、もしそうであるならば、無効で危険だと考えられている法を執行する場合は、一体どういふことになるであろうか⁽⁵⁹⁾」と。

(ロ) 宗派間対立の復活

つぎに、宗教的価値の多元化 (宗教改革) 以降、政治権力が宗教に対する干渉介入をなんらかの形において自制するまでの歴史が、激烈な血なまぐさい宗教戦争・宗派間対立に彩られていたことも、人々の心に広く記憶されているところであろう。諸宗教・諸宗派のうちの一つが、世俗政治権力を媒介として、正統乃至準正統の宗教としての権威を身にまとい余地がある限り、天国 (救い) への道はただ一つしかないとしている宗教の本性上、いずれもが、この正統 (的) 宗教の座に登らんものと、互いに対立抗争することは避け難いところであり、政教の融合が、そのような対立抗争をなんらかの程度形態において復活させるであろうことは目に見えているといえる。マディソンは、国教会税法案に対する反対の理由の一つとして、同法案が、「われわれの法が新教 (the Religion) に介入することを差し控えていた結果、その諸宗派間において保たれていたところの平穏と和合 (moderation and harmony) を破壊する⁽⁶⁰⁾」ことになるからであるということを挙げていたのであった。

フランクファーター裁判官は、マッカーラン事件の補足意見において、前にもふれたように、シャンプैन郡解放時間制が児童の心のなかに、宗教的相違の意識を鋭敏化したということを指摘した後、これに続けて、つぎのように述べている。「これらの結果は、合衆国憲法が、万人のものである政府に対して、破壊的な宗教紛争に——その一部は、わが国の歴史の暗い頁中にさえ記録をとどめている——たとい意図的でなく (innocently) とも巻き込まれることを

禁止した時に、まさに、阻止しようとしたところのものである」⁽⁶¹⁾と。

ジナエラ教授の指摘するように、政教分離条項は、諸宗派間の「講和条項（“an article of peace”）」であつたのであり、その破棄は、歴史の「暗い頁」を再現させ、政府になんらか破壊的インパクトを与えずにはおかないのである。

(イ) 民主的判斷形成手続の潜脱

しかし、政教融合が民主的政府過程に加える最大の負のインパクトは、近代民主主義原理にてらして考察すると、つぎの点にあると考えるべきであろう。それは、一部はすでにふれられたところであるが、政治の論理と宗教の論理は全く異質であるのに、世俗政治目的が宗教を手段として追求され、政治が宗教の論理によって進められる結果、民主政治の判斷形成の重要な手続過程が潜脱されるということである⁽⁶²⁾。

思うに、世俗政治は、ロック流に言えば人民の地上の幸福の実現であるが、立法や行政という政府活動は、大雑把にいえば、市民法（市民社会の内部法）及びその司法権による担保（以下これを仮りに《市民法+司法的担保方式》とよぶことにする）を以てしては、市民の生命・健康・安全・財産・幸福が保全できない場合に登場するものと考えざるべきであろう。例えば、市民を交通事故にもつぐ各種の災難から護ろうとする場合、民事市民法（不法行為法等）及び刑事市民法（業務上過失傷害罪、同過失致死罪、器物損壊罪等の法案）のみによっては、十分実質的にこれをなさない時、道路交通法等の行政的予防法規の定立と、その適用執行が必要になるが如きである。その際、立法に当たっても、行政に当たっても、事実と合理的推論を根拠にした客観的な証明と説得とが重要となる。前記の道路交通法を再び例にとれば、これは、交通の安全を確保するために、市民に対し各種の自由制限を課す（運転免許を得ないと自動車運転できない、一定の速度内で走行しなければならない等々）ものであるが、そのような新たな自由制限・義務賦課が何故必要であるかは、客観的根拠にもとづき合理的推論に即して逐一説明されなければならない。大要を示せば、(1)現在の法状

態——《市民法+司法的担保方式》——の下でどのような問題・困難が生じているか。(ii)この問題・困難に対してどのような解決・克服方式ないし目的を立てるべきであり、それが複数考えられるとすれば、そのうちどれがどのような理由で最適であるか。(iii)いかなる手段（自由制限）が選択された方式・目的にとって適格的であるか等々である。これらはすべて、さきにふれたように、事実にもとづき合理的推論に即して説明されなければならない。そして、また、このようにして主権者国民によって、また国民代表議会にもとづいて定立された法規は、適正手続——法定要件該当事実の存否の公正な証拠手続による認定と法規のあてはめ——を経て執行されなければならないのである。

これに対して、宗教は、これまたすでにふれられたように、証明できないことを信ずる内面的判斷である。それは、超自然的啓示によつて触発され沈思・冥想によつて反芻される内面的ためらいと確信である。政治のように、客観的事実にもとづき、合理的推論によつて展開されるのではなくて、宗教は、自らの内なる魂の苦悩を癒す神のことにばに対する畏敬と信頼を基礎とし、神に対する愛と献身によつてくりひろげられる。それは、ある意味においては、迷信と隣り合わせのものである。しかし、人權論の立場においては、「真の」信仰と迷信とを区別する基準は存在せず、近代市民法は迷信を知らない——他人の生命・健康・安全・財産等の基本的権利を侵害しない以上——のである。仮りに、他の観点——例えば宗教学——において、ある信仰が迷信かどうかを決定できるとしても、J・ロックの理論を裏返して使えば、刑罰によつては人の確信を変えさせることはできないのであるから、それを信じる者が、永遠の幸福を追求する自らの内面生活の深みにおいて、その迷信であるゆえんを自ら悟って行くほかにこれを迷信と認める道はないわけである。

政治の論理と宗教の論理はこのように異なるのであるが、それにも拘らず、政府権力荷担者が、世俗政治目的を宗教的手段により追求し、もしくは宗教目的を世俗政治的手段により追求する等して、政治と宗教とを混同乃至混淆す

るならば、民主政原理上ゆゆしき問題が生ずる。すなわち、さきにも述べたように、多くの宗教は、世俗政府によって一国民国家における正統的宗教として——或いはであるかのように——扱われる誘惑に對してきわめて弱い立場にあるが、政府はまた政府で、現実政治の円滑な処理を狙って宗教を利用する以上、国民中の多数乃至大多數を包含する宗派を利用の対象として選ぶであろうから、政治目的を宗教的手段によって推進するにせよ、宗教目的を政治的手段によって追求するにせよ、そのプロセスは、事実にもとづき合理的推論に沿って進められる説得ではなくて、国民大多數の迷信と隣合わせの情緒的反應に訴えかける短絡した手続のものとして進められることになりがちとなる。そして、議會制民主主義とは、国民の多數の支持を受けた政党が、少数党や一般国民の批判・反対によって妨げられることなく円滑迅速にその政策を具体化してゆくということではなく、むしろ国民代表議會において多數党のプログラムが審議にさらされ、少数党がこれに對して批判又は反対を加えることによって国民に對する問題提起をなし、これをきっかけとして形成されるところの国民代表議會と主権者国民との對話をとおして、最も賢明な選択肢が発見されて行くプロセスのことだと考えるならば、このような短絡的政治過程は、議會制民主主義の最も重要な内実を侮辱しつつ進行せしめられるということにならざるをえないのである。

また、能動的政府活動（立法・行政）は、前述のように、《市民法十司法的担保方式》では十分実質的に解決できない《課題》の解決のために展開せしめられるのであり、それは、内容的には、《市民法十司法的担保方式》で支えられている利益關係を變動せしめて、特定範圍の者の自由・利益を新たに又は従前以上に制限することによって、他の特定範圍の者の自由・利益を新たに又は従前以上に保護伸張したり（前述の道路交通法の例を想起されたい）、或いは特定範圍の者に特別の利益を与えて、他の一般の者を相対的に不利の立場に置いたり（例えば補助金の場合）するものであり、一般的にいえば、《市民法十司法的担保方式》下において実現し保障されている利益關係を變動せしめ

て、新しい利益・不利益關係を形成するものである。だからこそ、それは、客觀的根拠及び目的等によって基礎づけられ正当化されなければならないのであるが、本節で問題にしている事態においては、政府の掲げる大義と宗派の唱える教義の大局的一致のかもしれない出ず同調的情緒状況の下で、そのような基礎づけや正当化は、すべて有耶無耶にされてしまうおそれがある。すなわち、《市民法十司法的担保》によって保障されている自由・利益が、被保障者に目的や根拠を示すことなく、一方的に制限削減されるということになる。これは、政府過程が民主的たりうるための最重要の要件を潜脱することにほかならないのであり、政教融合は、往々にして、そのような非合理的政治過程を常道とするおそれを随伴することにより、政府——それが民主的な政府たることを標榜せんとするものである限り——を「破壊」する危険を内在せしめているものであるのである。

(58) Engel v. Vitale, *supra*, 370 U. S., at 431, 82 S. Ct., at 1267 (1962).

(59) MADISON, REMONSTRANCE, [13], 330 U. S., at 70, 67 S. Ct., at 538.

(60) MADISON, REMONSTRANCE, [11], 330 U. S., at 69, 67 S. Ct., at 537.

(61) McCollum v. Board of Education, *supra*, 333 U. S., at 228, 68 S. Ct., at 473 (Frankfurter, J., sep. op.) (1948). なお Everson v. Board of Education, *supra*, 330 U. S., at 53, 67 S. Ct., at 530 (Rutledge, J., dissenting) (1947) 参照。

(61a) 座談会「精神的自由と政教分離」(『法学セミナー』一九七一年八月号)三四頁における宮田光雄教授発言参照。

(62) Giannella, *op. cit.*, *supra* note 33, at 517.

(63) 高柳「国民の議會」(『世界』一九七三年七月号)八一頁以下参照。

3 宗教の墮落

つぎに、ブラック裁判官のいう「政教融合による宗教の墮落」について考察しよう。その際、筆者としては、右の

命題の趣旨を広くとり、狭い意味の墮落に限らず、政教融合が、宗教に与える負のインパクト一般について問題にすることにする。

(イ) 援助は規制を随伴する

第一に、政府による援助は、性質上当然に、対象に対する政府の規制権を導き出すことが注意されるべきである。政府の規制・統制権に対してきわめて神経過敏なアメリカ法においても、政府がその援助したものを規制することは、デュー・プロセスに違反するものではないとされている。ジャクソン裁判官のエヴァンソン事件反対意見は、そのリーディング・ケースを引きつつ、つぎのように論じている。「もし州がこれらの宗教学校を援助しうらば、州はその故にこれらを規制しうることになる。多くの宗教団体は租税収入基金 (tax funds) からの援助を求めたが、その結果、援助が政治的統制 (control) を伴うということを思い知らされたのがおちであった。まことに、本裁判所は、『政府がその補助したところのものを規制 (regulate) するのは、到底デュー・プロセスの欠缺 (lack)』とはいえない (Wickard v. Filburn, 317 U. S. 111, 131, 63 S. Ct. 82, 92, 87 L. Ed. 122. と宣言したのである) 」。と。

(ロ) 政教融合による宗教の自主自発性の侵害

第二に、政府と宗教との結合は、宗教の宗教性そのものを害する。例えば、ブラック裁判官 (エンゲル事件法廷意見) は説く。「政府の樹立した宗教の」歴史は、また、多くの人々が、自らの信条を拡めるために政府の支持に頼るような宗教に対しては、どんなそれに対してであれ、敬意を失ったということを教えている」と。

この発想は、同裁判官が注記するごとく、J・マディソンに由来しているのであり、後者は、つぎのように説いている。「国家による宗教の樹立」は、さらに、この宗教を奉ずる人々の心の中において、当該宗教の固有の卓越性 (innate excellence) 及び当該宗教の創始者の加護 (the patronage of its Author) に対する敬虔な信頼を弱め、また、

この宗教を依然として信奉しない人々のうちに、この宗教の支持者達とはとても安心して当該宗教自身の真価にまかせておけないと思うほどの宗教の根拠薄弱さ (fallacies) を意識している「から国家と手をつなごうとしている」のではないかという疑惑の念をつのらせることになろう」と。

そのほか、この論点に関しては、ラトレジ裁判官 (エヴァンソン事件反対意見) の「宗教的自由の重要な条件は、宗教が、国家的干渉からの自由とならんで、国家的扶養 (sustenance) からの自由を確保することである」との意見、或いはエヴァンソン事件法廷意見 (ブラック裁判官) のマディソンに依拠しつつの「真の宗教は法の支持を必要としなく」との判示等々、少なからぬ同旨の発言を挙げることができる。

思うに、この論点は、政教分離原則を基礎づける諸要因のうちにおいて、近代的宗教自由理念の核心に直接ふれる最も重要なものの一つであろう。すなわち、かつて、直接生産者大衆の不自由を正当化し、かれらの不自由性を支配の槓杆とする体制をイデオロギー的に支えていた宗教は、かれらの魂の天上における永遠の幸福を約束することによって、この約束を果すために、地上におけるかれらの魂 (良心) を包括的に管理したのであるが、中世後期における人間の内的自由の自覚は、そのような地位・役割を担った宗教を打倒するとともに、宗教を支配の一環としてもつ政治体制そのものを廃絶したのであった。人の良心はあらゆる体制的管理から解放されるとともに、宗教も地上の支配体制と完全に切り離され、人は、永遠の生をも永遠の破滅をも選択しうる絶対的自由の立場で、神のことばに耳を傾けるものとなった。かれが特定の神を愛するとすれば、それは、かれ自身のその破滅を賭けた決断——それは、そのようなものとして、まさに他人に譲渡しえず (unalienable)、またいかなる他人によっても代行しえないものである——の結果であり、かくて、かれの「神に対する義務は、時間的順序 (order of time) においても、拘束性の等級 (degree of obligation) においても、世俗社会に対する義務に先行優先する」ものとされ、あらゆる政治社会は、た

だ、人のこの神に対する義務と軋触しない限りにおいて存在を認められ、人の神に対する自由な献身を保障せんがために存在するものと考えられることになる。旧時代の不自由な支配体制を覆えしたところの近代市民社会のブルジョア民主主義は、その点において、人間の自由の伸張について画期的役割を果たしつつも、それ自体また一つの階級支配の体制として、人間自由の抑圧を不可避的に営まざるをえないものであったが、前述のような、あらゆる政治的諸関係に先行し優位する良心の絶対的にして不可譲の自由の理念は、近代民主主義の統治のしくみを、少しでもより、少く階級的支配の道具として、少しでもより、多く人権の伸張の方向に機能させる役割を営むべきものとして、その躍動が強く期待されたところのものであった。宗教的信条の、世俗政府の侵害的授益的のいづれをも問わない一切の干渉介入からの自由を志向する自主自発性 (voluntarism) の原則は、宗教の体制に対するかわり合いのこのような一八〇度の転換を象徴的にあらわすものにほかならないのである。そこでは、「全能の神は、人の心を、自由なものとして創り給うた」(ウッジニア宗教自由法前文)と確信されており、その自由な心が、神に対する真正の愛からこれを礼拝する時、神の御心にかない得ると信じられている。この最も内面的で、自由で、至純なプロセスに、世俗権力の手が触れることは、このような意味での宗教の自由を侵害するものと考えられざるをえないものとなる。政府と宗教のどちらのイニシャティヴに発したものであろうと、またいかなる目的のためであらうと、さらに、直接的であるか間接的であるかを問わず、両者が結合又は共同しているという結果乃至事実それ自身が、宗教の宗教性にとって致命的となるのである。ブレナン裁判官は、シェンブ事件補足意見において、第一連邦議会の権利章典(修正一条以下)案の討議の際の議員発言を引用しつつ、「良心の権利は、その本性上、格別繊細 (of peculiar delicacy) であり、政府の手がごく軽く触れただけでも (the gentlest touch of governmental hand) これに対して全く耐えることができないのだ」とのべている。

以上の理は、人の行為及び人と人との関係の局面においては、信徒又は教会の布教伝道の自由・自発性の原則として現象する。すなわち、それが魂の永遠の救済に至りうる唯一の道であるとの確信に到達した人は、この神の教えを隣人又は他宗の信徒に説いて、かれらを当該福音に浴せしめようとするのは当然であり、ここに、そのような営為を主要な業務の一つとする宗教結社の登場する必然性があるのであるが、このような宗教結社及びその成員のこれらの諸活動も、全くその自主自発性に委ねられ、かれらが専らただ当該教義の正しさと自らの説得力と献身のみによってこれらに従事する時に、宗教活動の純粋性と生命力とが保障されると信じられることになる。⁽²¹⁾ これらの営みの背後に、世俗の政府の支持はもとより、その単なる威信・声望等を人が感じざるをえないような状況が、なんらかの事情によって生ぜしめられる場合、宗教は、社会における人民の精神的エネルギー解放の中核としての役割を疑われ、一転して体制による人民のイデオロギー的馴致の道具とみなされることになるのである。

ダグラス裁判官は、シェンブ事件補足意見において、フランコ・スペインのローマ教皇庁との間の国立学校における公教要理 (catechism) の義務教科制に関する協約などの例についてのべた後、つぎのように説いている。「政教分離条項の下、これらすべての取り極めにおける最大の汚点 (vice) は、国家が、教会の信者 (adherents) を獲得し維持しようとする努力に力を貸している点に存する。修正一条の下では、個人がどの教会に属し、信仰・時間・活動又は金銭の点で、教会のためにどれだけ力を割こうとするかは、厳密に個人及びその教会自身の問題である。『この純粹の宗教の自由は』『あらゆる形式の政教結合』……をば、神及び自然があらゆる生ける魂に与えたところの良心の抑圧であり、また、宗教の自由の縮減 (abridgment) であると宣言したのである」⁽²²⁾と。

以上のように、信仰及び宗教活動——なかななく布教伝道——の純粹の自発性を考察した上で、ブラック裁判官の「政教融合は宗教を墮落させる」という命題に立ち返ると、その含意はきわめて鮮明になってくるであらう。すなわ

ち、本来、礼拝は神に対する愛から捧げられ、入信を誘う布教伝道は、「光と明証 (light and evidence)」にもとづく説得により行われるべきであるが、これらの宗教的営為の背景に世俗政治権力の威信と權威が控える時、一方において、人民の「信じるか、信じないかの全き自由」が奪われるとともに、他方において、宗教の側においては、ただ神に対する愛のみによって人を礼拝に導き、ただ光と明証のみによって入信させる熱意と、それどころか、その力量そのものが次第に失われて行くことになるのである。

ブラック裁判官は、ゾラック事件の反対意見において、つぎのように警告している。「宗教に対する州の援助は、神聖なる領域に政治的及び党派の偏頗を注入する。それは、また、祈りに対して力を、愛に対して憎しみを、説得に対して迫害を代置する。政府は『協力 (co-operation)』という口当りのよい婉曲語法 (soft euphemism) の隠れ蓑に隠れて、宗教的選択の聖なる領域に忍び込むことを許されてはならないのである」と。

また、ラトレッジ裁判官は、エヴァソン事件反対意見において、前引のように、宗教的自由の重要な要件は、国家による扶養からの自由であることを指摘した後、これに続けて、「何故ならば、宗教がそのような世俗的土台を支えとする (rest upon that secular foundation) ようになると、それは安息により衰弱して行く (vanish with resting) からである」とのべている。

さらにまた、エンゲル事件法廷意見 (ブラック裁判官) も同旨の逆説を説き、政教分離原理の最も早い時期の提唱者であるロジャー・ウィリアムズ (ロード・アイランドの創建者でもある) のつぎのようなことを引用している。すなわち、ローマのコンスタンティン等の「よき皇帝達」は、キリスト教の学者を優遇する等、かれらの宗教を実質的な剣 (material sword) によって擁護したが、その結果、キリスト教は光彩を失く (was eclipsed)、教授達は眠り込んでしまったのであって、「コンスタンティン及び他の皇帝達の無知の熱意 (unknowing zeal) は、イエス・キリス

トとその王冠及び王国を、あの残虐きわまるネロ達の猛り立った狂暴以上に傷つけたのだ」というのである。

(イ) 宗教の世俗化

第三に、政教融合は、融合関係にある宗教の教義・信念の世俗化 (secularization of creed) をもたらす。なぜならば、世俗的政府権力が、或いはその政府目的達成の手段としてなんらかの宗教営為を実施し、或いは特定の宗教団体に財政援助を与える等する場合、当該行為があらさな宗教的行為のままで行われたり、被援助宗教団体が補助金乃至補助物資を当該宗教団体の存在目的のためにその欲するままに投入したりすることは歴然たる憲法違反になるので、政教融合下の宗教行為は、宗教色——少なくとも宗派色——をなんらか薄めた形で行われたり、また、被援助宗教団体は、補助金・補助物資の使用方法について制約を受けざるをえなかったりすることになりやすいからである。

(a) 公行政機関の宗教行為

例えば、公立学校における聖書一節の唱和事件 (シェンブ事件) 補足意見において、ブレナン裁判官は、この点についてきわめて興味深い鋭い観察を下している。本件被告上告人・エイビントン町は、本件行事を、道徳的価値の振興、当世の唯物的風潮に対する抵抗、われわれの「IIアメリカ的」制度の永続及び文学教育等の世俗的目的のために実施しているものであり、その証拠に、朗読唱和される聖書は特定の翻訳 (version) (宗派により翻訳が異なる) に限定されず、どれでも柔軟に用い得るようにされており、また朗読唱和に際しては、なんらの解説 (comment) も付け加えないことにされている等と主張した。しかし、ブレナン裁判官は、法廷の内外における調査や宗教者・識者の発言に依拠しながら、そのような措置が衝き当たっている深刻なディレンマをえぐり出してみせる。すなわち、一方、最近の調査によれば、聖書の一節の解説なしの朗読は、幼い学童にはなんらの思想伝達の効果も果さず、調査におけるある教師の回答によれば、どの教科課程においても、児童の質問に対して教師が回答を拒むのは教育的に不健全であるが、聖

書朗読に際してのみ解説を付けず、仮りに質問されても回答しないという方式を厳格に守ると、「生徒の心のなかに、何かが『隠されているのではないか』或いは、何か『具合が悪い事があるのではないか』という印象を生ぜしめる」ということになる、というのである。他方、ある外国の識者の語るように、教育的に有意義たらしめるためには、説明的解説を伴わしめるほかに、それは教師自身の個人的（価値）選択（personal preference）を表わすことになり、しかしそれは政教分離原則あくまで戒めなければならないこととされている、というわけである。

かくして、このような世俗目的のための聖書朗読唱和の措置は、合憲的にこれを行おうとすれば、教育的に無意義、或いはそれどころが、有害なものとなり、さればといって、教育的に有意義たらしめようとすれば違憲の譏りを免れないものとなることになるのである。さらに遡っていえば、聖書を道徳的価値の振興等世俗目的のために用いることは、ユダヤ・キリスト系以外の宗教の信徒にとって嫌悪的（offensive）であるばかりでなく——これは、前章で考察した心の亀裂の問題であり、ここではこれ以上立ち入らない——、ユダヤ・キリスト系宗教内においても、目的を裏切る結果を伴うものであるということが注意されるべきである。すなわち、ある宗派にとっては、聖書は、「読む」べきものではなく、独り静かに「学び（study）」また「沈黙考（reflection）」すべきものであって、かれらにとっては、聖書を公衆の前で朗読（public reading）したり朗唱（recitation）したりすることは渾身の（sacriligious）でしかなく、また、ある立場の人々にとっては、聖書朗読行事のごときは、「仮りになんらか霊的意味合いを伴うとしても、極く僅かしかそれをもたない空虚な形式的儀礼（empty formality）」であり、したがって、それは、かえって「現実には生きた宗教（vital religion）を教えることに対して有害に作用する」とされたものである。⁽²⁶⁾これらはつぎのことを教えている。すなわち、世俗政治目的——それ自身はいかに正当であろうとも——の達成が宗教を手段として追求される時、宗教は、地上の世界（世俗）の論理との妥協を強いられて、宗教としての本質を損わ

ざるをえず、ここに、宗教信条の世俗化（secularization of creed）とどうグロテスクな鬼子を残すということがそれである。

(b) 宗教団体に対する公費援助

同様のことは、宗派立学校に対する公費援助によっても生ずる。宗派立学校は特定宗派の教義の教え込み（inculcation）を目的とするものであるから、公費援助は、原則的には許されず、ただ例外的に、宗教教育に直接関係しない事項に関してのみ許されることになるわけであるが、宗派立学校、ことにその初等中等学校は、『世俗的一般教科の教育は公立学校、宗教教育は宗派立学校』という分業体制では真の宗教教育はできないという前提に立って設けられたものであるから、これに対する公費援助は、そのままでは、なんらかの程度において間接的に宗教教育をも援助することにならざるを得ない。

そこで、例えば、レモン事件で司法審査の対象とされたところの、非公立初等中等学校に対する教員給料の一部及び教科書・教育器械等についての公費補助を内容とするペンシルヴァニア、ロード・アイランドの州法においては、右の結果を避けるための手当てとして、世俗教科の内容、教育素材及び教科書の規格化並びにそれが遵守されているかどうかの授業の監察（policing）等が定められていた。ブレナン裁判官は、補足意見において、「州の監察官（inspectors）が教区学校の講堂をうろつき廻り、教室の授業を監察（audit）するの図とったものは、まことに、われわれが想像の世界で語るところの・政府による『宗教信条の世俗化』の妖怪を現実の世の中に呼び現わさしめた体のもの」にほかならないではないかという辛辣な批判を加えている。⁽²⁷⁾

また、公費補助の受給体には、合衆国憲法修正一四条の平等保護条項が適用になるのではないかという指摘も無視できないであろう。ロード・アイランド州法に関する事件の原審の連邦地方裁判所は、これを積極に解し、そうだと

すれば、公費補助の交付を受けた教区学校は、生徒の入学許可や教員の採用・罷免に当たって、宗教的要因を考慮に入れられなくなることになるとの判断を示し、ブレナン裁判官はこれを肯定的に引用している。⁽⁸⁰⁾ いずれの場合も、宗教学校に対する公費援助は、後者の狭義の宗教の自由を侵害する効果を伴わざるをえないのであって、これらの州法が違憲と判断されざるを得なかったのは当然であつたわけである。

宗派立大学に対する連邦の補助については、合衆国最高裁判所裁判官の意見は大きく分れ、初等中等学校に対する公費補助の場合と結論を異にする根拠は見出されないとするダグラス裁判官の見解は少数説に止まったが、その論旨自体は豊かな説得力をもっているように思われる。審査の対象となつた連邦法条項の一つは、建物補助を内容とするものであるが、同裁判官反対意見はつぎのようにのべている。「本法による補助の代償は自由な宗教行為条項 (Free Exercise Clause) の侵犯である。連邦補助金で建てられた建物の中では、メソジスト派教義 (Methodism) の歴史の教科を教えることはできるのであるか。宗教改革の宗教の立場からの解釈 (religiously slanted version) をのべることは許されるのであろうか。政府は、連邦補助金で建てられた建物の中で何が教えられているかについて、教室の講義を絶えず監察することなしに、いかにして知りうるのであろうか。しかし、連邦政府の出先官憲 (Government agent) が、授業の内容が申し分のないものであるかどうかを判定するために同席していなければならぬことゝうのであれば、自由な宗教行為条項も学問の自由とともに侵害されているといふべきであらう」と。⁽⁸¹⁾

以上の諸意見において、若干のニュアンスの相違を伴いながら、共通に強調されていることは、世俗政府の世俗目的達成のための宗教団体に対する補助は、特定の条件が整っている場合以外——それが何であるかは、この理論的序論においては考究する余裕がない——受給者たる宗教団体が宗教として本領を発揮することを阻碍する効果をもつということである。

前節において、われわれは、外面的強制を機能上の原則とする政治が宗教と結合乃至提携することによって、後者の機能上の原則たる自主自発性を毀損し、宗教の衰弱に至らしめることをみたのであるが、政教融合は、また、宗教が宗教としての自らの固有の価値をないがしろにして世俗化し、又は世俗勢力に従属化する道でもあるわけである。

以上、われわれは、本章において、政教融合の負の効果を、節を分けて個別的にみたのであるが、それは、これらの効果が、政教融合の具体的形態の如何に依じて、個別的に発生するということを意味するものではない。そうではなくて、一つの政教融合措置が、一見正反対の効果を同時的にもたらすのである。

例えば、宗派立を含む非公立初等中等学校に対する公費補助の適否をめぐるレモン事件補足意見において、ダグラス裁判官は、本件措置のつぎのような逆説的な二重効果について注意を喚起している。「[政教融合] は二つの側面 (aspect) をもつ。政府の、補助、監督 (supervision) 又は監視 (surveillance) を通じて、宗教学校に対する侵入 (intrusion) は、州が、特定の宗派の教義の公然又は非公然の宣教 (propagation) に対して正統のお墨付きを与える (enthronement) という意味において、憲法という宗教の国教化をもたらず。州のこれらの行為は、また同時に、報復のおどしの下で、教員から、歴史や文学に対して宗派的解釈乃至説明を加える権利を奪い、又は歴史や文学を教えることを通じて宗教的信条又は教義を教え込むという権利を剝奪することによって、自由な宗教行為の条項をも侵犯するのである」⁽⁸²⁾と。

また、ごく最近の、宗派立カレッジに対する使途を特定しない補助金 (noncategorical grants) の給付に関するメアリランド州法の憲法適合性が争われたレーマー事件 (一九七六年) ——そこでは、ティルトン事件と同様、法廷意見は合憲判断を下し、違憲説は少数に止まった——において、違憲論をとったスティーヴンス裁判官は、前引のレモン事件におけるダグラス補足意見の線に沿って、つぎのような反対意見を付している。「私は州の補助金が、宗教学校

をして、宗教的使命を全的に放棄することなしにそれを妥協的に曖昧化せしめるよう誘惑するという危険な傾向をもつことを強調したい。すなわち、「政教の」癒着 (entanglement) という疾患は、「州による」特定の信条の宣伝の助長という理法に罹患せしめると同時に、それだけでなく、健全な宗教活動の妨害という理法にも罹患させる可能性をもつのである」⁽⁸³⁾と。

つまり、政教融合は、疎外された宗教に不利益・負担を強いるが、融合の対象となった宗教に対して利益・優位を与えるといったものではない。世俗権力が特定の宗教・宗派とならぬかの形態・程度において結合することは、本章のはじめにのべたように、当該宗教・宗派を正統乃至準正統のものと現象せしめることによって、その他の宗教の教義のたしかさに有権的な疑惑を投げかけ、——天国への道は唯一つであることを想起されたい——後者の宗教の自由に対して重大な打撃を与えることに疑問の余地はないが、しかしだからといって、世俗政治権力と結託した宗教において、宗教の自由がよりよく保障されることになるかという点、そうではなく、本章さいごにみたように、政教融合は、むしろ、逆に、結託した宗教自身の自由をも同時に浸蝕しないではおかないのである。しからば逆に、本章さいごにみられたように、世俗政治権力と融合した宗教が、かえって宗教の自由の侵害を味わしめられるならば、その他の宗教は、それによって、宗教そのものとしての立場において利するところがあるかといえ、そうでないことも明らかであろう。

ということは、つまり、こういうことではなからうか。現実政治の価値基準によって評価すれば、政教融合は、他の多くのものもろの政策と同様、政府からみても、宗教からみても、メリットもあれば、ディメリットもあり、例えば宗教の側において、前者が後者より大であるとして、政教融合が決断される場合もある。しかし、政教融合の当事者たる宗教にとって、メリットとみられた要因も、宗教の価値基準からみて、真に宗教の価値を高からしめるもの

といえるのか、ということが問われているのである。信者が増加したり、宗教活動の物的手段が豊かになったりして、一見宗教の隆盛化がとげられたかの如き観が呈されても、それは現実政治の尺度からみてそう見えるだけで、霊的存在としての永遠の生という宗教の価値基準からみれば、むしろ失うところの方が多いのだということが、前引の諸説示によって指摘されていると考えるべきであろう。

もしそうであるとすれば、宗教が宗教の論理において衡量する限り、宗教にとって政教融合によって得るところは何もないことになる。そして、世俗政治も、近代民主政の原理に忠実た然とするものたる限り、近代民主政の基本的前提をなす人権の最重要なものうちのひとつたる宗教の自由を犠牲にしてもなお追求すべき政治上の価値というものは考えられないのであるから、政教融合によって利するところは同じく何もないといわなければならないことになる。そうであるならば、政教融合は、宗教間の対立を惹起するだけでなく、宗教の論理に立って考えれば、ダグラス裁判官ののべるように、「教会と国家との間の不和とあつれき (division and dissension) を生み出す」⁽⁸⁴⁾ものにほかならないわけである。

- (64) *Everson v. Board of Education*, *supra*, 330 U. S., at 27-28, 67 S. Ct., at 517 (Jackson, J., dissenting) (1947). 同旨
- Tilton v. Richardson*, *supra*, 403 U. S., at 694, 91 S. Ct., at 2103 (Douglas, J., dissenting) (1971).
- (65) *Engel v. Vitale*, *supra*, 370 U. S., at 431, 82 S. Ct., 1267 (1962).
- (66) *Madison, REMONSTRANCE*, [6], 330 U. S., at 67, 67 U. S., at 536.
- (67) *Everson v. Board of Education*, *supra*, 330 U. S., at 53, 67 S. Ct., at 530 (Rutledge, J., dissenting) (1947).
- (68) *Id.* 330 U. S., at 12, 67 S. Ct., at 510.
- (69) *Madison, REMONSTRANCE*, [1], 330 U. S., at 64, 67 S. Ct., at 535 (傍点引用者).
- (70) *School District of Abington v. Schempp*, *supra*, 374 U. S., at 231, 83 S. Ct., at 1576 (Brennan, J., concurring) (1963).
- (71) *Giannella*, *supra* note 33, at 517.

- (72) School District of Abington v. Board of Education, *supra*, 374 U. S., at 228, 83 S. Ct., at 1574-1575 (Douglas, J., concurring) (1963).
- (73) Locke, *supra* note 20, at 12; 訳書一九一頁。
- (74) Zorach v. Clauson, *supra*, 343 U. S., at 320, 72 S. Ct., at 687 (Black, J., dissenting) (1952).
- (75) Everson v. Board of Education, *supra*, 330 U. S., at 53, 67 S. Ct., at 530 (Rutledge, J., dissenting) (1947).
- (76) Engel v. Vitale, *supra*, 370 U. S., at 434, n. 20, 82 S. Ct., at 1268, n. 20 (1269) (1962).
- (77) School District of Abington v. Schempp, *supra*, 374 U. S., at 285, n. 63, 83 S. Ct., at 1605, n. 63 (Brennan, J., concurring).
- (78) *Id.* 374 U. S., at 284, n. 60, 83 S. Ct., at 1604, n. 60.
- (79) Lemon v. Kurtzman, *supra*, 403 U. S., at 650, 91 S. Ct., at 2130 (Brennan, J., sep. op.) (1971).
- (80) *Id.* 403 U. S., at 652, 91 S. Ct., at 2130. cf. *The Supreme Court, 1968 Term*, 85 HARV. L. REV. 170, n. 23 (171) (1971).
- (81) Tilton v. Richardson, *supra*, 403 U. S., at 694, 91 S. Ct., at 2103 (Douglas, J., dissenting in part) (1971).
- (82) Lemon v. Kurtzman, *supra*, 403 U. S., at 634, 91 S. Ct., at 2121-2122 (Douglas, J., concurring) (1971).
- (83) Roemer v. Board of Public Works of Maryland, 426 U. S. 736, at 775, 96 S. Ct. 2337, at 2358 (Stevens, J., dissenting) (1976).
- (84) Lemon v. Kurtzman, *supra*, 403 U. S., at 636, 91 S. Ct., at 2122 (Douglas, J., concurring) (1971).

三 政府と宗教の平和的共存

1 相互的介入抑制

われわれは、前二章において、第一に、政治と宗教とが、一方、きわめて異質の本性をもち、それぞれ全く別種の

運動の論理によって展開せしめられるものであること、他方、それにも拘らず、それぞれ他方に対して強烈な関心と干与意欲につきまといわれていることをみた。第二に、その結果、両者の結合乃至融合が時に生ずることになるが、それは、原理的にみても、経験則にてらしてみても——二つの視角の区別はもとより相対的なものにすぎない——一方、宗教の宗教性の基本を構成する契機を毀損する必然性をもつとともに、他方、政治の目的を裏切る結果になるものであること並びにそのゆえんを考察した。ここに、近代市民社会における市民生活の重要な局面——地上の幸福の実現と魂の永遠の救済——について職責を担う両者が、それぞれの職責を最大限に果しうるように、両者を分離することの要請が想到されることになる。つまり、政治は政治として、自らの運動の論理に則って自由に自己展開を遂げて、政治の本領を発揮し、宗教は宗教として、自らの運動の論理に則って自由に自己展開を遂げて、宗教の本領を発揮することがそれである。

政教分離論の基石を据えたJ・ロックは、つぎのように説いている。「もし、それら〔教会と国家〕の各々が、それぞれの限界内にひきこもり、一方は国家 (commonwealth) の現世的な福祉につとめ、他方は魂の救済につとめたいたら、両者の間に不和は生じえなかつたであらう」⁽⁸⁶⁾と。

この理は、政教分離原則が現代的関心を惹起する以前に、連邦最高裁により明確に打ち出され、その後の判例により一貫して支持されて来ている。すなわち、南北戦争中において、奴隷制の支持・不支持をめぐる分裂した長老派教会の教会財産の管理権をめぐる紛争に関する *Watson v. Jones* (1872) において、連邦最高裁 (ミラー裁判官) は、「われわれの政府の機構は、市民的自由の保全のために、世俗の制度を宗教的干渉から解放した。他方において、それは、宗教的自由を世俗権力 (civil authority) の侵害から安固に保全 (secure) したのである」⁽⁸⁶⁾と判示した。

そして、現代においては、マッカラム事件法廷意見 (ブラック裁判官) は、「修正一条は、つぎのような前提を基

礎にしている。すなわち、宗教も政府も、それぞれが、自らの領域において、他方から干渉されず自由にしておかれる場合に、その高尚な目的 (lofty aims) の達成を最もよく果たしようということがそれである⁽⁸⁷⁾と判示し、また、ブレナン裁判官 (シェンブ事件補足意見) は、「政教分離条項は、政府と宗教とは全く別箇の関心 (discrete interests) をもっており、その関心は、政府と宗教のそれぞれが他方に対する緊密すぎる接近 (too close a proximity) を避ける場合に、ともに最もよく充たされるという制定者の推論結果 (conclusion) を包蔵して⁽⁸⁸⁾いる」と説いている。

さらに、比較的最近のレモン事件判決法廷意見 (バーガー長官) も、さきに言及したように、政教混淆により、宗教の色分けに沿った政治的分断が生じ、正常な政治的プロセスが脅かされる結果になることを指摘した後、つぎのように説示している。「教会と国家との関係のハイウェイは一方通行道路ではないものごとくであって、合衆国憲法の制定者達は、宗教的礼拝を政府の滲透的権力から保護しようとした。多くの国家の歴史は、宗教が政治の舞台に侵入し、或いは政治権力が宗教的信条の正当にして自由な発現に介入干渉することの危険を示している⁽⁸⁹⁾」と。

(85) Locke, *supra* note 20, at 54; 訳書二二頁。

(86) Watson v. Jones, 13 Wallace 679, at 730, 20 L. Ed. 666, at 677 (1871).

(87) McCollum v. Board of Education, *supra*, 333 U. S., at 212, 68 S. Ct., at 465 (1948).

(88) School District of Abington v. Schempp, *supra*, 374 U. S., at 259, 83 S. Ct., at 1591 (Brennan, J., concurring) (1963).

(89) Lemon v. Kurtzman, *supra*, 403 U. S., at 623, 91 S. Ct., at 2116 (1971).

2 世俗権力の宗教的無関心義務

以上のことは、多少視角乃至ニュアンスをかえていいなおせば、マディソンののべるように、「宗教は、全的に世

俗の社会制度 (the institution of civil society) の管轄 (cognizance) 外 (exempt) にある^(89a)」ということであろう。

シェンブ事件判決 (クラーク裁判官) はこの趣旨をつぎのごとく判示している。「すでにのべたように、政教分離条項は、本裁判所において、過去二〇年間に八回直接に考察の対象となったが、本裁判所は、終始一貫、同条項は宗教的信条又はその表現に関するおよそ一切の立法権能というものを排除したものだということを判示してきたのであり、この点については、ただ一人の裁判官の反対意見が見出されるのみである⁽⁹⁰⁾」と。

また、ダグラス裁判官 (マクガワン事件反対意見) は、「修正一条は、政府に対して、神学又は宗教儀式に関心をもってはならないということを命じている⁽⁹¹⁾」とし、フランクファーター裁判官 (マクガワン事件個別意見) は、やや詳細につきのように説いている。「修正一条は、立法府の正統の関心及び権能の範域より、人間行動の特定の、しかし広汎な分野を取り去ってしまったのである。すなわち、なんらかの超越的理念の真理性についての人の信仰又は不信仰及び人の当該信仰又は不信仰についての行動を伴う表現がそれである。連邦議会も、この国のどの立法府も、これらの事項を、そのものとして、立法の対象としてはならないのである⁽⁹²⁾」と。

(89a) MADISON, REMONSTRANCE [1], 330 U. S. 64, 67 S. Ct. 535.

(90) School District of Abington v. Schempp, *supra*, 374 U. S., at 222, 83 S. Ct., at 1571.

(91) McGowan v. Maryland, *supra*, 366 U. S., at 564, 81 S. Ct., at 1219 (Douglas, J., dissenting) (1961).

(92) *Id.* 366 U. S., at 465, 83 S. Ct., at 1156-1157 (Frankfurter, J., sep. op.) (1961).

3 政教分離は宗教敵視ではない

以上のごとくであるとするならば、政教分離原則は、宗教に対する敵視、無視又は軽視を内容とするものではなく、

また、それらの結果としてとられたものでもないということが理解されよう。このことは、この原則が、単純常識的には、しばしば、宗教敵視政策と等置される傾きがあるが故に、特に明らかにしておく必要があると思われる。

この命題は、具体的には、いろいろ複雑な問題を含むが、その基本線においては、立法者の宗教意識からきわめて自然に導き出されてくるものである。Th・ジェファソンの起草になるヴァージニア宗教自由法(Virginia Bill for Religious Liberty) 前文は、公金による特定宗教の経済的支援は、他宗教の信徒たる納税者に、その信じない教義を広めるための金の醸出を強制することであり、そのようなものとして「罪深く且つ圧制的(sinful and tyrannical)」であるとするのであるが、同前文は、その直前において、つぎのごとく謳っている。「人の心を、世俗権力による処罰、負担又は市民法上の能力制限(civil incapacitations)によって変え(influence)させようとするのは、ただ、偽善及び卑劣の気質を生むに資するのみであり、それは、また、われわれの肉体と心の主にましまし、信仰を、誰に対してであろうと、これに強制することによって広めようとは望まれなかつた、われわれの宗教の聖なる作り主の御謀りに対する背反であるから云々」(傍点引用者)と。

そして、このような立法者の意識に忠実の立場で憲法を解釈適用するならば、判例中にあらわれる法思考は、当然、つぎのようなものとなってくる。公立学校における祈りの唱和を違憲としたエンゲル事件法廷意見(ブラック裁判官)はのべている。「合衆国憲法を、公立学校における宗教的礼拝実施に関する州法を禁ずる趣旨のものとして解釈適用することは、宗教又は祈禱に対する敵意を表明するものだという主張がなされた。もとより、これより誤りの甚だしきはない。(中略)これらの人々(アメリカ植民者達)は、宗教及び祈禱に対する政府の統制に終止符を打たんとした修正一条は、宗教と祈禱のいずれを破壊するために書かれたものでもないということを知っていた。かれらは、むしろ、過去の政府は、人々をして、政府がしゃべらせようと欲した思想のみをしゃべらせ、政府がそのために祈ら

しめようとした神のためにのみ祈らしめるために、人々の舌を縛ったのだという記憶……から生ずるところの、十分根拠のある恐怖を鎮めるために修正一条が定められたのであるということを知っていたのである」(83)。

また、ブレナン裁判官は、公立学校における聖書一節の朗読唱和を違憲とするシェンプ事件法廷意見を支持しつつ、つぎのごとく敷衍する。「法廷意見が、修正一条は宗教実践又は宗教教育に対する敵意を宣言したものではなく、教会と国家とによって等しく分ち持たれたところの歴史的要求(historic needs)の認識の下に、権利章典中に組み入れられたところの禁止をただ適用したものであるということについては、改めてのべるまでもないであろう」(84)。

これらから生き生きと感じとられてくるように、政教分離原則を打ち立てることは、自らの内面的確信のみにもとづいて信ずべきことを説く神の心に最も忠実に従うゆえんなのであって、決して神の意思を無視したり、神の教えを内容とする宗教をないがしろにしたりするものではない。そのことは、人民も教会も国家も、政教融合の歴史の苦い経験をおして、知りすぎるほど知っていることがらであり、そのようなかれらが共有している「歴史的要求」についての認識がそのまま規範化されたものが政教分離条項であると考えられているわけである。

(93) Engel v. Vitale, *supra*, 370 U. S., at 433-435, 82 S. Ct., at 1268-1269 (1962).

(94) School District of Abington v. Schempp, *supra*, 374 U. S., at 232, 83 S. Ct., at 1576 (Brennan, J., concurring) (1963) (傍点引用者)。

4 全宗教に対する平等の援助も許されない

つぎにまた、既述の諸原則から、世俗権力とすべての宗教との結合であっても、政教分離原則違反として許されないという副原則が導き出されてくる。この点は若干の説明を必要とするかも知れない。というのは、今まで政教融合

の負のインパクトを考究するに当たって、大体、一部の、特定の宗教・宗派と世俗権力との結合を例にとって論を進めてきたからである。世俗権力が政治目的達成の手段として支配的宗教を手段として利用するとか、公立学校が特定の聖典の一部の朗読行事を行うとか、政府が特定の宗教を経済的に支援するとか等々である。しかし、そのような政教結合が、専らただ結合から疎外された宗教に負のインパクトを与えるに止まるのであれば問題は別であるが、それは、既述のように、結合の対象となった宗教・宗派自体の狭義の宗教の自由をも脅かす内在的必然性をもつのであるから、原理的には、仮りに世俗政府が現存のすべての宗教・宗派に平等の援助を与える等の政教結合行為をしたとしても、それが憲法的価値を侵害するものとして許されないものたることに変わりはないことになるのである。

このことは、結論としては、連邦最高裁判所の本主題に関する現代判例法の形成の始点から、明確に認められている。エヴァソン事件法廷意見は、よく知られているように、政教分離条項の規範内容を定式化しているが、そこには、国教会樹立禁止に続いて、「州政府も連邦政府も、」一宗教若しくは、全宗教を援助し、又は一宗教を他宗教より優遇する法を制定することを得ない」と判示されていたのであった。⁽⁹⁶⁾

また、マッカラム事件の解放時間制では、公立学校の授業時間から解放された生徒達は、その選択に従って、それぞれユダヤ、ローマ・カトリック又はプロテスタントの宗教教育を受けること（現実にはユダヤ教を選択する生徒は過去数年間ゼロであった）とされており、特定の宗派を特に不利益に扱うものではなかったのであり、被上告人教育委員会訴訟代理人は、「歴史的には、修正一条は、ただ、政府の一の宗教の他の宗教の不利における優遇を禁止しよう」と意図したものであり、政府のすべての宗教に対する公平な援助を禁止しようと思図したものではないのである」から、本件解放時間制は同条項に違反しないと主張した。（この主張は、したがって、エヴァソン判旨の一部変更を求めるものであった。）しかし、法廷意見（ブラック裁判官）は、この主張をきっぱりと却け、フランクファーター裁判官

補足意見は、これに若干の説示を加えて、つぎのようにのべたのであった。「シャンペイン郡の〔本件〕制度は、かくのごとく、学校制度のもつ固有の強制という強力な諸要素（powerful elements of inherent pressure by the school system）を、宗教諸宗派の利益のために提供するのである。この権力が差別的に行使されなかったという事実は問題の本筋に関係がない。〔政教の〕分離とは、政府の諸機能と宗教諸宗派のそれとの融合を慎しむべきことなのであって、単にすべての宗教諸宗派を平等に扱うべきことではない。児童に複数の選択肢が提供されているということは、強制を減ずるかもしれない。しかし、それは、良心にとって神聖であり、〔公立〕学校の領分（domain）外に属する事項について、学校が影響力を及ぼすという事実を消去するものではない」と。⁽⁹⁷⁾

さらに、われわれは、政教分離原則の下においては、人の良心の問題は、世俗政府の正統の関心・管轄外にあると考えられるべきことをみたのであるが（前述二七一頁）、そのような基本的発想の下では、本節の命題は、ほとんど論議の余地なきものであらう。比較的保守的なバーガー長官も、仮りに宗教上（宗派を問わない）の礼拝に毎週（安息日の趣旨であらう）列席する者には誰にでも一〇ドル与えるという内容の制定法が制定されたとした場合、それは、政府による宗教活動の発起後援（sponsorship）になるから許されないとしているのである。⁽⁹⁸⁾

ところで、本命題は、さらに深い問題点を内含していることが注意されるべきであらう。つまり、こういうことである。例えば、ブラック裁判官は、ゾラック事件（ニュー・ヨーク市解放時間制事件）反対意見において、この命題を再確認し、慧眼にも、すべての宗教を援助するという国家政策の下では、何が「宗教」であり、何が「宗教」でないかを、援助主体である世俗政府が決定することにならざるをえないが、それは、政府に、特定の宗教的信条の宗教性を否認することによってこれを抑圧する権力を与えることになるのだということを指摘している。⁽⁹⁹⁾

また、ダグラス裁判官はワルツ（教会財産免税）事件反対意見において、E・カーン教授の所説を援用しつつ次の

ことを洞察している。すなわち、全宗教に対する公平な援助なら合憲だとの見解があるようであるが、宗教的信条は、物的尺度ではとらえられない無形 (intangible) のファクターによって相互に相違しているのであるから、さまざまな宗派同士の間において真に平等な援助を行うことは不可能であるというのである。例えば、政府がすべての宗派立学校を平等公平に援助しようとする場合、それぞれの宗派の宗旨の如何によって、或いは公立学校に全面的にとつて代るような宗派立学校を設けなければ当該宗派の教義に忠実な信徒を教育できないとするものもあれば、或いはそのような宗派立学校を一切必要と認めず、公立学校における世俗教育と家庭及び／又は日曜学校における宗教教育を人間形成の最善の方式とするものもあれば、或いはまたその中間を可とするものもあり得るのであるから、いかなる形・量の宗派学校に対する補助が、これらの諸宗派間において真に公平、平等かは到底決定しえないとする。そして、人種問題の判例理論は、おくれせながらこの無形のファクターを認知することによって、「分離、故に不平等 (separate therefore unequal)」の原則に到達したが、宗教においては、この無形のファクターの認知は、「平等、故に分離 (equal therefore separate)」の原則に接続すべきものであるとするのである⁽⁹⁶⁾。

思うに、宗教は、魂の永遠の生を追求し、地上の生活の尺度で証明できないことを信ずる霊的営みであり、異なる教義の間に公分母はありえないのであるから、地上の幸福を目的とする政治の次元においては、このような宗教上の価値を平等に推進するについての尺度がありえないのは当然であり、世俗権力は、宗教を尊重し推進しようというのであれば、——補助するというのはそのような意図があるからであろう——これを世俗権力の一切の管轄・関心の外に置き、宗教を宗教自身の論理による展開に全面的に委ねなければならないわけである。

(なお、全宗教に対する補助等の措置は、また、本来的にも実際的にも、無宗教・無神論に対する不利益を伴い、その観点からしても、違憲性を免れない。例えば、解放時間制は、しばしば、無神論の児童(多くの場合は親が無神論

者ということであろうが)を授業時間から解放せず、かれらを教室に留めて、通常の世俗教育(自習等)を受けさせることになり、かれらに孤立感・被差別感・被圧迫感を意識させることになるわけであるが、このような事態が——《心のなかの亀裂の論理》によるほか——無神論に対する差別として許されないことは、いうまでもない。ジャクソン裁判官(ゾラック事件反対意見)は、「正当に構成された宗教団体 (duly constituted religious bodies)」の管理下の宗教教育のために、正規の授業時間の一部を停止提供することを内容とする解放時間制との関係において、適切にも、つぎのごとく述べている。「此の国が無宗教 (irreligion) に対して自由たることを止める日は、それがまた宗教——政治権力を獲得しえた宗派を除いて——に対して自由たることを止める日でもあろう。(中略)そして、結局、もしわれわれが、州が義務的世俗授業に代る教育の担当主体として『正当に構成された宗教』団体を選抜する権能と判断力とをもつことを認めるならば、それは、また、論理上当然に、われわれとして、州がこれらの『正当に構成された』宗教のなかから、真正の信仰を選び抜く権能と判断力とをもつことを認めることになのである」⁽⁹⁷⁾と。

(まことに、宗教全体を好遇するということは、無宗教の自由を圧迫乃至侵害することであり、無宗教の自由の侵害を是認することは、宗教の自由そのものを否定することにほかならないわけである。

(96) *Everson v. Board of Education*, *supra*, 330 U. S., at 16, 67 S. Ct., at 511 (1947) (傍点引用者)。

(97) *McCollum v. Board of Education*, *supra*, 333 U. S., at 211-212, 68 S. Ct., at 465 (1948)。

(98) *Id.* 333 U. S., at 227, 68 S. Ct., at 473 (傍点引用者)。

(99) *Committee for Public Education v. Nyquist*, *supra*, 413 U. S., at 801, 93 S. Ct., at 2990 (Burger, C. J., concurring in part and dissenting in part) (1973)。

(100) *Zorach v. Clauson*, *supra*, 343 U. S., at 318, n. 4, 72 S. Ct., at 686, n. 4 (Black, J., dissenting) (1952)。

(101) *Walz v. Tax Comm'n*, *supra*, 397 U. S., at 711, 90 S. Ct., at 1433 (Douglas, J., dissenting) (1970)。

(10) *Zorach v. Clauson, supra*, 343 U. S., at 325, 72 S. Ct., at 689 (Jackson, J., dissenting) (1952) (傍点引用者)。

四 若干の基準

以上、筆者は、連邦最高裁判所の判例に現れているところの、従って同裁判所が理解する限りでの政教分離原則の思想ともいふべきものを、筆者の問題意識の見地から整理してみた。つぎに、当然、同原則の規範内容の分析が試みられなければならないわけである。しかし、序においてのべたように、筆者は、そのような考究は、全く異なる方法により、すなわち、本稿のような抽象的演繹的方法ではなく、具体的事案を基礎にした帰納的方法によってなされるべきであると考えている。本稿の作業は、後者の分析を進めるに当たって、言及せざるをえない抽象論次元の基礎原則を予め体系化しておくことが、後者の帰納的方法による考察を円滑にする上において必要であるとの認識にもとづいて進められたものである。序において本稿を理論的序論としたのもこの趣旨においてにほかならない。そして、また、他国の異質の思想的源流をもつ憲法原則を考察する場合には、そのような整理を独立に行うことが必要乃至有益であると考えられたのもあった。

ところでしかし、政教分離原則の主としては規範内容を構成する問題ではあるが、なお本稿の方法・問題意識の見地よりしても視野にはいつて来る問題点で、未だふれる機会のなかったものがいくつに残っている。そこで、本章において、それらを、本稿の方法によって把えうる限りに関して考察しておきたいと思う。

(102) 本稿「序」においてのべたごとく、政教分離関係諸事件における、連邦最高裁諸裁判官の具体的判断は、微妙複雑に分裂している。しかし、本稿が今まで扱ってきたところの政教分離原則の基礎理念に関する限りにおいては、それほど大きな意見

の対立というものは見出されなかった。本稿が、これまで、法廷意見のみでなく、反対意見や補足意見をも少なからず引用して来たのはこのような理由による。つまり、諸裁判官の意見の対立は、より多く、基礎理念の具体的事案への適用に関して生じているものと解しうる。本章の考察対象においては、そのような意見の対立が少しづつ顔を出し始めるのであって、慎重な注意が必要であると思われる。

小序 現実における政教接触の不可避

その際、まず、国家と宗教との「分離」という場合、それは、あくまで、濃淡さまざまにかかわり合いながら存立して来、また存立している二つの重要な社会的機能について、それらが、近代市民社会において、同社会に内在する基本的原理——人権と民主主義——に忠実に、それぞれ固有の使命を最大限に果しうるためには、相互にいかなる関係にあるべきかという見地からの追究の結果出てきたところの、両者の社会的・政治的関係を律するところの規範命題であるということを確認しておきたい。しかるに、もし、このような社会科学的視野と価値的視点を抜きにして、「分離」をば、機械的・無機的な無関係乃至無接触と等置してしまひ、その見地に立って、現実には、国家と宗教のそのような完全な「分離」はありえない、だから、政治と宗教の分離といっても、それは、単なるフィクションであるか、或いは、せいぜい、程度の問題にすぎないとしてしまふならば、そこには、命題の原理的核心と具体的適用上の周辺問題との混同があるといわなければならない。

とはいえ、ともかく、両者の「分離」が機械的な完全な無関係ではないということ自体は、憲法の具体的事案への適用に当面する場合、当然意識されていなければならないことであろう。

パウエル裁判官(ナイキスト事件法廷意見)は、「マディソンの警告及び〔宗教〕条項の『絶対的禁止の一難ぎ』」にも拘らず、わが国民の歴史は、教会と国家との間の完全無菌(entirely sanitized)の分離のそれではなかった」と

のべ、また、バーガー長官（ワルツ事件法廷意見）も、つぎのように判示していた。「完全な又は絶対的（perfect or absolute）な分離は現実には不可能である。〔憲法に〕宗教条項が置かれているということ自体、〔政府と宗教との〕ある種のかかわり合い（an involvement of sorts）——つまり、過度の癒着（excessive entanglement）を避けるために境界線を引こうとする体のかかわり合い——をもち来しているわけである」と。

また、ブラックマン裁判官（レーマー事件法廷意見）は、政府活動の現代の実態の認識をからませながら、つぎのごとく述べる。「わが国の統治システムのように、いたるところにその存在を意識させる統治システムが、教会と全然交錯（cross paths with）せずに機能を展開するなどということはほとんど考えられないところであろう。事実、わが州及び連邦の政府は、まことに、われわれのあらゆる活動に対して、なんらかの負担を課し、またなんらかの便益を賦与しているのであって、宗教的活動だけその例外たりうるものではない」と。

これらの諸意見において説示されていることがらは、それ自体としては、ほとんど異論のないところのものであろう。問題は、その先にあり、論者がここから、これを根拠にして、どのような解釈適用上の原理を導き出すか、というところにある。その考察の多くは、前に断わったように、他の機会に委ねられなければならないが、本稿の射程内の問題として、二、三の事項に言及しておきたい。

(103) Committee for Public Education v. Nyquist, *supra*, 413 U. S., at 760, 93 S. Ct., at 2959 (1973).

(104) Walz v. Tax Comm'n, *supra*, 397 U. S., at 670, 90 S. Ct., at 1412 (1970).

(105) Roemer v. Board of Public Works, *supra*, 426 U. S., at 745, 96 S. Ct., at 2344 (1975).

1 《政教分離》と《自由な宗教行為》

第一は、さいごに引用したブラックマン意見も間接的に示唆しているように、現代において、資本の営利乃至蓄積の自由と諸個人の人格価値実現の自由とが形式的に平等に解放されたことから、諸種の社会的不正義（後者の自由の実質的侵害・抑圧）が発生し、国家がこれを克服するために、社会・経済的諸関係に広汎に干与介入している状況の下では、社会福祉実現のための政府の諸措置が、直接間接宗教団体の活動と接触交錯せざるをえなくなるのであるが、そのような事態に対処するところの憲法政教分離条項上の原則は何かということである。すなわち、例言すれば、政府が、病院・保育所等の社会福祉事業に社会国家的見地から公費補助を行おうとする場合、或いはまた、最近の石油ショック後の長期のスタグフレイション下の私立学校の財政的困難の状況の下において、各級政府が私立学校一般に公費補助を行おうとする場合等において、宗教団体の設置・運営する事業体にはこれを行うことが許されないのかという問題である。

これは、換言すれば、《自由宗教行為》条項と《政教分離》条項との間の衝突状況に対して適用されるべき原則如何の問題である。つまり、さきに示した諸例の場合、単に事業主体が宗教関係者であるというだけで補助を否定すれば、当該事業者又は当該事業の利用者は、特定の宗教又は宗教一般を信するが故に、その他のものと差別されて不利益に扱われ、だからといって、そのような宗教の故の差別的な不利益を一切排除しようとするれば、政府機能の拡大下の現代においては、政教分離原則は骨抜きになってしまうおそれがあるのであって、ここに、右のように、それぞれ両極端的に一辺倒である基準のいずれとも異なるところの、第三の基準が求められるのである。

この問題に対して、連邦最高裁判例は、相互に部分的に重なり合う二つの基準によって答えているといえる。一は、「一般的プログラムの一環（as a part of a general program）」の基準であり、他の一つは、「目的・効果」基準である。

(イ) 「一般的プログラムの一環」の基準

これは、主としては、前述のような福祉国家的状況の下で、政教分離原則を機械的に全面的に適用執行すると、宗教的信条の保持者が差別的不利益を蒙ることになることにかんがみ、政府の特定の行政措置が、一般的基準の下で、住(国)民全体の福祉の達成のために実施される場合には、たとえ間接的偶然的便益(indirect incidental benefit)が宗教に帰することがあっても、政教分離原則の禁ずる(政府の宗教に対する)補助乃至便益供与とは認めないとするものである。

この基準は、現代的政教分離関係判例の第一号であるエヴァンソン事件判決において、すでにかなり明確な形で打ち出されていた。同判旨は、公・私立の初等中等学校生徒全体(但し営利的学校の生徒を除く)に対する通学バス賃の公費補助措置は、「親に対して、その子どもを、その宗教にかかわりなく、認可学校に、安全且つ迅速に通学させることを援助しようとする」ところの学童の福祉のための一般的措置であり、それは、その機能と結果においては、教区学校に通学する学童を交通の危険から守るための交通警察官の派遣、さらには消防、下水道、公道、歩道等の諸行政役務の提供と同視されるべき体のものであって、このように受益宗教団体の「宗教的機能から分離され、かくも紛うかたなく明確に区切られた(so indisputably marked off)役務」を宗教団体へ提供することは宗教援助を構成しないとしたのであった。⁽⁶⁾

また、ブレナン裁判官のシェンブ事件補足意見は、前引のエヴァンソン判旨にコメントを加え、「このような政府の援助は、宗教団体の享受している消防・警察……等の他の無数の、必ずしもとるにたらぬとはいえないが、ともかく偶然的な政府便益と区別困難である」から、あえて宗教に対する援助とはされなかったのだとしている。⁽⁷⁾

これらの説示の論旨には、若干の掘下げ不足の物足らなさを感じさせるものがある。ジャネラ教授ののべるように、

前引諸意見で例示されている諸役務の提供が違憲でないのは、これらが「組織された社会の副産物(by-product)として社会構成員の誰でもが一般に享受しうるもの」であるからであろう。さらにいえば、宗教も、市民社会・政治社会の中に存在を得ているのであり、それに所属する人、またその所有する物は、市民法上の保護を受けるのを当然とする。政教分離だからといって、神父がその生命を脅かされる事態においても警察の保護を求めることができず、教会が火災に当面し又は当面せんとしても消防役務の提供を受けることができないなどということは、前に戒めた機械的無関係論によるほかは、想像することすら困難である。

とするならば、本基準は、それが、この当然のこと——宗教も市民法上の保護を受ける——を含蓄しているにすぎないのであれば、無意味であり、そうではなくして、それを超えたより複雑な政教関係を律することを意図したものであるとするならば、少なくとも、警察・消防・下水道等の比喩は不適切であり、また、基準の構成要件が粗いといわざるをえないことになる。換言すれば、それは、単独で機能しうる基準ではなく、他の基準の共働を必要とし、それが後述の目的・効果基準である——それと相俟つてある程度の有効性を発揮しうるものだといえよう。そして、本基準が憲法適合性審査に当たって、固有の準則性をもつとすれば、筆者には、それは、政府の宗教に提供しうる便益が、受益者の「宗教的機能から分離され、かくも紛うかたなく明確に区切られている」ことを要するという点であろうと思われる。詳しくは、事案の分析を中心にした別稿に譲るほかないが、後の判例——宗教学校に対する教科書の無償貸与を合憲としたアレン判決等⁽⁸⁾——は、この点において、本基準から逸脱している——或いは正しくは、この基準を変更している——といわなければならないように思われるのである。

(ロ) 目的・効果基準

この基準は、前述のように、(イ)「一般的プログラムの一環」の基準の所期したのとほぼ同趣旨の規律を、これと相

並び、それと相補いながら追求するものである。「一般的プログラムの一環」の基準を打ち出したエヴァンソン事件判決が、すでに、係争の通学バス賃補助措置は、その「目的」と「結果」において、警察官の通学児童の交通安全保持措置と異ならないではないかといういい方をして、目的・効果基準の登場を予告していたのであった。⁽¹⁰⁾ マクガワン事件法廷意見(ウォレン長官)は、依拠すべきリーディング・ケースとして、エヴァンソン事件を引きながら、その判旨をつぎのごとく理解要約した。すなわち、エヴァンソン事件の係争補助措置は、それが教区学校について認められなければ、そこへの通学が断念されたかもしれないという可能性があったという意味において、結果的に教区学校に対するなんらかの補助になったものであることは疑いないが、「しかし、本裁判所は、係争の制定法の目的と効果は一般的『公共福祉立法』であると認定したのである」と。⁽¹¹⁾

そして、シェンブ事件法廷意見(クラーク裁判官)は、過去の政教分離関係判例を忠実に跡づけた後、とくにエヴァンソン判旨(頁を特定せず)とマクガワン判旨(366 U.S. at 442, 81 S. Ct. at 1113-1114)を引証して、つぎのごとく整理したのであった。「かくて」基準(the test)は、つぎのごとく立てられることができるであろう。すなわち、立法の目的と主要な効果(the primary effect)は何であるか、がそれである。もし、そのどちらかが宗教の助成(advancement)又は抑圧(inhibition)であるならば、当該立法は、憲法によって画された立法府の限界を踰越するものである。換言すれば、政教分離条項によって非とされないためには(to withstand the strictures of the Establishment Clause)、世俗的立法目的と、宗教を助成も抑圧もしない主要効果がなければならないのである」と。⁽¹²⁾

この基準は、その後、一連の宗教に対する公費援助事件判例を経て、そのような事案の憲法適否の判断基準として定着し、最近の同種事件においても、ほぼ例外なく適用されている。一九七三年のニュー・ヨーク州の非公立初等中等学校に対する学校施設の保守修繕費補助等が違憲とされたナイキスト事件⁽¹³⁾、一九七五年のペンシルヴァニア州の非

公立初等中等学校に対する教育補助役務(auxiliary services)についての補助が違憲とされたミーク事件⁽¹⁴⁾及び一九七六年のメアリランド州の私立カレッジに対する使途の特定されない(noncategorical)毎年の補助金を合憲としたレーマー事件⁽¹⁵⁾等である。

この基準の具体的適用上の諸問題については、前述の趣旨において一切省略するが、本稿の問題設定の枠内でなお指摘しうべきこととして、次の二を付記しておかなければならないであろう。(i)第一に、この基準は、性質上、本来宗教に対する公費援助乃至便益供与の政教分離原則適合性の判断基準として有効なのであって、その他の事案について適用する場合には、慎重な配慮が必要であるということである。⁽¹⁶⁾

(ii)第二に、この基準については、判例法上、強固に定着しているに拘らず、また、このように適用対象を限定されてもなお、「これは、司法的探究のための有意義な指標(meaningful guides)としてよりは、判断結果に対する事後的なレッテルはり(conclusory labels)的のものとしてより、多く役に立つ」にすぎないという批判があることが注意されなければならないのである。⁽¹⁷⁾

(10) *Everson v. Board of Education*, *supra*, 330 U.S. at 17-18, 67 S. Ct. at 512-513 (1947).

(107) 宗教に対する援助以外の事件類型において、「一般のプログラムの一環」基準の形成に若干の寄与をしたのは、マクガワン判旨(ウォレン長官)である。それは、エヴァンソン判旨を受けて、傍論的に、「社会の一般福祉が宗教的考慮と全然無関係に」要請する規制は、形式・内容が結果的に宗教的戒律と一致していても(例えば、姦通や重婚の処罰)、政府として宗教に干渉したことになるのではなからしめるべきである。McGowan v. Maryland, *supra*, 366 U.S. at 442, 81 S. Ct. at 1114.

(108) *School District of Abington v. Schempp*, *supra*, 374 U.S. at 260, 83 S. Ct. at 1592 (Brennan, J., concurring) (1963).

(109) *Giannella*, *supra* note 33, at 521.

(110) *Board of Education v. Allen*, *supra* (1968).

- (11) *Everson v. Board of Education, supra*, 330 U. S., at 17, 67 S. Ct., at 512 (1947).
- (12) *McGowan v. Maryland, supra*, 366 U. S., at 443, 81 S. Ct., at 1114 (1961) (傍点引用)。
- (13) *School District of Abington v. Schempp, supra*, 374 U. S., at 222, 83 S. Ct., at 1571 (1963).
- (14) *Committee for Public Education v. Nyquist, supra*, 413 U. S., at 773, 93 S. Ct., at 2965 (1973).
- (15) *Meek v. Pittinger, supra*, 421 U. S., at 358, 95 S. Ct., at 1759-1760 (1975).
- (16) *Roemer v. Board of Public Works, supra*, 426 U. S., at 748, 96 S. Ct., at 2345 (1976).
- (17) 高柳「国家と宗教—津地鎮祭判決における目的効果論の検討—」(法学セミナー増刊「思想・信仰と現代」一九七七年)四頁以下参照。
- (18) *The Supreme Court, 1970 Term*, 85 Harv. L. Rev. 171 (1971).

2 国家の宗教的中立性

第二に、世俗政府は、前述のように、政治社会秩序の中に存在の座を占める宗教に対して、機械的な無関係・無接触ではあり得ず、両者は、現実には、なんらかの関係しながらでなければ存立しえないものであるならば、ここに憲法上要求されてくる基準は、両者の関係の切断ではなく、両者の関係を肯認した上での、その関係のあり方乃至内容の規定するそれであればならないと思考されて来ることになり、ここに、そのようなものとして、国家の宗教的中立性の基準が導き出されて来ることになる。それ故、この基準は、前節1でのべられた二命題(Ⅱ)と密接に関係しており、後者の両命題の提示が、同時に、本節の政府の中立性の命題を包含したり、これに言及したりすることが多いのは、その意味で、当然であろう。

エヴァソン判旨は、前引のごとく、警察・消防等の「宗教的機能から分離され、紛うかたなく明確に区切られる諸役務」の提供は、修正一条に反しないとした後、つぎのごとく説示している。「同修正は、国家が、その宗教的信仰者

及び無信仰者の諸集団との関係において中立的であることを要求している。それは、国家がこれら諸集団の敵対者(adversary)であることを要求しない。国家権力は、諸宗教に恩恵を与える(favor)ように行使されてはならないと同時に、宗教に不利を蒙らせる(handicap)ように行使されてもならないのである」と。

シェンブ事件判旨(クラーカ裁判官)も、目的効果基準をば、さきに引用したように、係争法令が「宗教を助成も抑圧もしない」ところの目的・効果をもつべきこととして説明していた(上述二八四頁)。

つまり、これらの説示は、世俗政府の諸活動が、宗教の存在自体及び／又はその諸活動とどうしても関係・接触せざるをえないことを認め、これを前提にした上で、そのかわり合い方が、宗教に対し、正・負いずれの方向のインパクトも与えないところの中立的なものでなければならないとするものといえることができるのである。

この理は、最近の政教分離関係判例においても確認されている。政教分離原則を厳格に適用して、宗派立教育機関に対する「一般的プログラム」にもとづく公費補助を違憲無効とすることは、当該宗派に属し当該教育機関を選択した子ども及びその親の宗教行為の自由を侵害することになるという見解は、この種事件をめぐって、法廷の内外においてくりかえし耳にされるものであるが、七〇年代のナイキスト事件(ニュー・ヨーク州の非公立初等中学校に対する学校施設の保守修繕費の補助を違憲とした)において、州側が同様の主張を提示したのに対して、連邦最高裁(パウエル裁判官)は、前引の諸意見とほぼ同様の見地に立って、つぎのように答えている。「しかし、本裁判所は、自由宗教行為条項と政教分離条項との間に対立緊張(tension)が不可避免的に存するということ、また、後者を侵害することなしには前者を推進することはしばしば不可能であるということを、くりかえし認めて来た。「引用判例略」このような対立緊張があるが故に、本裁判所の判例は、州に対し、宗教を『促進』も『抑圧』もしないところの『中立』の態度を保持すべきことを命じたのである」と。

このように、国家の宗教に対する中立性なる観念は、政教分離原則の内包を説明する命題として、同原則に関する理論のなかできわめて重要な地位を占めるものであるが、しかし、この観念が多義的であり、又はその外延が広すぎ、その判断基準としての有効性について各種の疑問が呈されていることも看過されてはならない。

例えば、レーマー事件法廷意見（ブラックマン裁判官）は、「この〔中立性の〕原則は、語るに易く、適用するに難く（is more easily stated than applied）」とのべ、また、フロイント教授も、その多義性を指摘し、つぎのように述べている。「中立性の観念は、はなはだところどころのなご（elusive）観念であり、他のいろいろなことが次第によって内容が変わるので、一般に、問題に答えるよりは、答えたのと同じ位の数の問題を新たに提起する体のものである。例えば、比較性（comparability）といった下位観念（subconcepts）に依存したり、（誰の）宗教活動・非宗教活動かという定義如何にかかったり、中立性が自主自発性（voluntarism）や相互的介入抑制（mutual abstention）を凌駕すべきかどうかという決定の結果次第であったり、さらにはまた、中立性の故にいかにも援助すべきなのか、或いは中立性の故に援助が許されるにすぎないのか、のどちらであるかに左右されたり等々である」と。

たしかに、政府が宗教に対して中立を維持すべきであるという命題は、すでにふれたところの政府と宗教との相互的介入抑制（前述三一）をいいなおすに過ぎない内容のものであるか、或いはそれに含まれない新しいことを含意するとすれば、その内容は論者によって、正反対であるとはいわないまでも、著しくことなるという論点混乱の要因を伴っている。

(イ) すなわち、一方において、(i)この命題は、さきに確認された《政教分離原則は宗教の敵視ではない》こと（前述三三）のことさらの強調の下に、これと結びつけて提示され、政教の厳格分離を緩和し、政府の宗教に対するなにがしかの干渉——とりわけ援助——を正当化する論拠として主張される場合がある。

例えば、レンキスト裁判官は、ナイキスト事件（ニュー・ヨーク州の非公立初等中等学校通学生徒の親に対する各種の財政上の優遇措置につき違憲判決）について反対意見を記し、エヴァンソン判旨（通学バス賃補助につき合憲判決）及びアレックス判旨（公・私立初等中等学校生徒に対する公費による教科書購入無償貸与につき合憲判決）は、「政府の宗教に対する」『好意的中立（benevolent neutrality）』の観念に対して注目し値する承認を与えたものであると理解し、その上に立って、「本件で違憲無効とされたところの〔親の支払った〕授業料についての払戻し及び課税上の優遇措置は、エヴァンソン事件及びアレックス事件の諸措置に劣らず、中立性原則と合致する」として、法廷意見を批判した。

同事件については、バーガー長官も反対意見中において、「私は、法廷意見のエヴァンソン判旨及びアレックス判旨の分析の中に、これらの事件において到達された結論を理由づけるところの中立性原則を見出すことができない云々」とのべて、宗教を決して敵視するのではないところの中立性原則を基準にして正しく審案すれば、本件のような、宗教教育に対する間接的（＝親に対する補助を通しての）助成は、政教分離原則違反にはされなかつたはずだと主張したのであった。

レンキスト裁判官は、また、非公立初等中等学校生徒に対するカウンセリングやテスト等の教育補助役務費用の補助及び同学校に対する教育材料・器械の貸付け等と内容とする措置を違憲無効としたミック事件判旨にも反対して、つぎのように述べている。「法廷意見は、明らかに、修正一条の政教分離条項が、単に、政府の宗教的中立を命じているだけではなくて、その上また、本裁判所として、さらに数歩を進めて、アメリカ社会は全体として純粋に世俗的な社会でなければならないと信じている人々の側に加担すべきことをも要求していると信じている」と解するほかないと。ここでも、政府が真に宗教的に中立であれば、この種、この程度の宗教援助は是認されるべきはずだと主張され

ているのである。

(ii) また、国家の宗教的中立性を実体化して理解し、さまざまな発想の宗教的信条間において、国家は内容的に中立の立場をとるべきだという考え方をとる立場がある。そのように解された中立性原則というものは、政教分離原則の適用を意外な方向に導く恐れをもつのであり、われわれは、それをつぎのような論旨に即してみる事ができる。

すなわち、公立学校の諸活動を聖書の一節の朗読唱和によって開始する措置の憲法適合性が争われたシェンブ事件において、ただ一人合憲論をとって法廷意見に反対したステュワート裁判官は、「自分の子どもの学校の一日が聖書の一節の朗読によって開始されることを積極的に希望する人々にとっての実質的な自由な宗教行為の権利」を論議の中心に据えるべきであるとして、この見地から、公立学校における右のような宗教行事の挙行を合憲視する中立性論を唱えていた。そして、自分の子どもが宗教的影響にまともにはさらされることを欲する親は、公立学校の敷地の外で、授業時間外においてその希望を果せばよいではないかという反論を再反論して、つぎのように論じていたのである。「州の義務制教育システムは、もし宗教営為が学校内では許されない活動であると判示されたならば、宗教を不自然な、国家の創出した日陰者の立場 (an artificial and stat-created disadvantage) に置かれたものとして意識するような、そういう子どもの人生というものを構築するであらう。この観点に立つて考えれば、そのような宗教営為を欲する者に対しては、もし学校が宗教事項に関して真に中立的であるべきであるならば、これを許容することが必要である。このような宗教営為を拒むことは、かくて、国家の中立主義の実行としてではなく、むしろ世俗主義という宗教 (a religion of secularism) の樹立と受け取られざるをえず、或いは少なくとも、宗教営為はただ私的 (private) に行われるべきだとする人々の信条に対する政府支持と受けとられざるをえないのである」と。⁽¹²⁾

また、前述のように、政府の宗教的中立性は、憲法の宗教重視の精神に忠実に考えれば、正しくは宗教に対する

「好意的中立」であるべきだとするレンキスト裁判官は、この見地から、教育費の実質的平等論を打ち出している。すなわち、同裁判官は、宗教教育を原則として家庭教育の問題として、子どもを、世俗教育のみに携わり、教育費負担の軽い公立学校に通わせる人々と、世俗教育もまた宗教的見地に立つて行われなければならないとして、子どもを教区学校に通わせ、租税負担のほかにさらに重い教育費負担を負う人々との間の負担があまり開きすぎないようにとの配慮の下に、立法府が後者に公費援助を行うことは、「好意的中立」原則に適合するとするのであるが、これも、ステュワート裁判官の所論と同性質の政府の宗教的中立論とみることができであらう。

このような宗教的中立論については、それが果して自家撞着を来さずして成り立ちうるかどうか、疑いなきをえない。例えば、しばしばみられるように、公立学校から宗教的営為を全的に排除し、宗教学校に対する公費補助を厳しく拒むことは、公立学校をして「世俗主義という宗教」の府たらしめることだとしてこれを批判するならば、それは、ともかく「宗教」(世俗主義というそれにせよ) が公立学校にはいり込むべきでないという立場なのであり、その立場においては、それにも拘らず現実において宗教(世俗主義というそれ)をはいりこませているところの公立学校の廃止乃至全面的改革の要求には至るであらうが、「だから宗教学校にも公費を注ぎ込むべきだ」という主張には至らないはずである。また、ステュワート裁判官のいうところの、「学校の一日が聖書朗読によって始まることを願う人々」の宗教的信条にかなうように公立学校を運営するということは、これと正反対の宗教的信条の人々の狭義の宗教的自由を侵害するという結果を伴わないではないはずである。つまり、公的施設内の宗教的営為を求める宗教的立場と、それを嫌悪排斥する宗教的立場との両者にとって、内容的に中立的な立場というものは論理的にありえず、国家が両者に対して同時に中立的であるということはそもそも不可能なのである。

ということはどういうことかといえ、一度び宗教的信条の内容にまで立ち入って考えると、それについての中立

というものはありえないであろう。つまり、人間能力の発達、全面的に宗教的雰囲気の中で行われるべきであり、宗教教育と知識教育（世俗教育）との別はありえないとする宗教的立場と、両者の別を認め、知識教育は地域社会の管理と負担に委ねるが、宗教教育は各家庭の責任に任せられるべきであるとする信条と——その他の立場もあろう——の両者乃至すべてに中立の立場は、積極的にはありえないのである。

ここまで考えてみると、この問題は、実は、本稿にとっては解決済みであるということに気づかされる。われわれは、さきに、全宗教に対する平等の援助も許されないという命題について論じ（三）、ダグラス裁判官の引用するところのE・カーン教授の所説によって、宗教的信条における無形の要素に注意を喚起せしめられ、これらを正しく測りうるような、そして、これらに関して真に平等たりうるような世俗的積極的制度というものはありえないということを認めたのであった（上述二七六頁以下）。ここで、国家の宗教的中立性の観点において問題になっていることも、結局は同一のことがらであり、国家は、もろもろの宗教に内含されるこのような無形の要素——そこにこそ、しばしば、宗教的信条の核心が含まれている——に関して中立的たる積極的制度をもちえないのである。

ということ、国家の宗教的中立性というものを、そのような性質のものとして考え又は扱ってはならないということであろう。しかれば、どのように考えるべきか。つぎに、国家の宗教的中立性に関するこれと対照的な考え方を考察することによって、これを追究してみよう。

(四) 他方の考え方は、国家の宗教的中立性の問題を、信仰及び布教伝達活動の自主自発主義 (voluntarism) を基底に据えて考える。例えば、ダグラス裁判官は、公立学校の聖書朗読唱和の朝礼行事（シェンプ事件）について、これは、「州が宗教的営為 (religious exercise) を行うこと」であり、それは、州に要求されている「中立性」の侵犯なしにはなされ得ないことであるとした上、つぎのように論じている。「それ〔修正一条〕は、また、州に対し、ある教

会またはすべての教会をして、自家成員によって獲得しうる力以上の力を社会において獲得せしめるという結果を招来するように、州の施設又は資金を使用することを禁じている。かくて、本件制度は、公の基金が、たとい少額であろうと、ある宗教的営為を促進するために用いられたというさらなる理由により、かの〔禁止〕条項に該当するのである^(四)」と。

ダグラス裁判官の中立性論においては、公の施設乃至資金のなんらかの態様における干渉・媒介の下に、公行政主体が宗教的営為をとり行い、又はこれを取り行わしめるということは、個人の心からなる自主自発的な宗教営為にもとづいて形成されるべき宗教状況に対して、外なる世俗力が変動乃至偏異を加えることにほかならないのであって、それは、まさにそのような意味において、国家の諸宗教間並びに宗教と無宗教間における中立性の原則に抵触することになるのである。

このことは、さらに、歴史的発展の契機を入れて考えることによって、より明らかとなる。ダグラス裁判官の政府の宗教的中立論は、人民の自由な宗教的創造のエネルギーの解放という動態的発想によって特色づけられている。つぎのように論ぜられる。「修正一条は、政府が、神学又は宗教儀式にいかなる関心ももってはならないと命ずる。それは、政府に対し、宗教的自由をして、——その結果が、カトリックをつくることになろうが、ユダヤ教徒をつくることになろうが、若しくはプロテスタントをつくることになろうが、或いは〔アメリカ〕人を仏陀の道に向けることになろうが、若しくはこれを大勢として回教的な国民に転化せしめることになろうが、或いはさらに、究極において、無神論者又は不可知論者を創出することになろうが、——隆盛に榮える (flourish) に任ざしめることに専ら関心を傾けるべきことを命じている。この種の事項について、政府は中立でなければならぬのである」^(五)と。

宗教の自由の理念は、近代以前において、直接生産者の人格的不自由を根幹とする支配の体制をイデオロギー的に

支え、支配体制の一環を構成していたところの宗教の役割を「一八〇度転換せしめて、これを人間の内面的エネルギー解放の挺子たらしめる」ということを以てその内実とする。狭義の宗教の自由の条項は、主として、世俗権力が、体制的価値観に刃向う信条に対して、抑圧的に対応することによって、内面的エネルギーの自主自発性原則にもとづく解放と競争の過程に歪曲を加えることを阻止しようとするものであり、政教分離条項は、世俗権力が、その他の諸々の統治の装置と資金とを手段として用いて、右の自由な解放と競争の過程に偏異を加えるように、これに干渉干渉することを阻止しようとするものであるといえるであろう。これらの諸々の内面的エネルギーの展開は、ただその荷担者の自主自発性にもとづく推進に全面的に委ねられなければならないのであり、世俗権力は、この競争の条件を自由公正なものとして保つことを以て使命とすべきものである。

そして、すでにみたように、これら諸々の内面的信条相互の異同については、外面的世界の尺度において、これを測定比較しうるものがないのであるから、それらの間の自由な競争の条件の確保は、世俗権力が、宗教的信条の内容にかかわる積極的政府制度を設置することによってではなく、統治装置・資金の干渉投入を——信条内容にかかわる限り——一切抑制することによって追求されるほかないと考えられることになる。このような世俗権力の厳格な自己抑制によって、国民の内面生活がいかに成熟するか、又は頹廢するか——神の御旨に近づくか、或いは神を否定するか——は、まことにダグラス裁判官ののべるように、政府の心配すべき問題ではあるまい。政教分離原則は、次の時代における人の内面生活を、全面的に、人民自身の模索と迷いと創造とに委ねようとするものであり、政府の宗教的中立性とは、「祈りではなくて力を、愛ではなくて憎しみを、説得ではなくて迫害を」(「ブラック裁判官」⁽¹²⁾)本質的属性とする世俗政治の手が、この自由な営為に能動的に介入すべからざることを内容としていると考えられるのである。

- (11) *Everson v. Board of Education*, *supra*, 330 U. S., at 18, 67 S. Ct., at 513 (1947).
- (12) *Committee for Public Education v. Nyquist*, *supra*, 413 U. S., at 788, 93 S. Ct., at 2973 (1973).
- (13) *Roemer v. Board of Public Works*, *supra*, 426 U. S., at 747, 96 S. Ct., at 2345 (1976).
- (14) *Paul A. Freund, Public Aid to Parochial Schools*, 82 Harv. L. Rev. 1686 (1969).
- (15) 「修正」条は「それ故、いかなる強力な宗派も、また宗派の連合も、かれらの教義に改宗できなかった少数派異教徒 (dissenters) を懲らしめるために、政治権力又は政府権力を用うることができないようにすることを担保すべきものであった。当時と同様今日においても、国家を宗教的領域から全的に隔離し、国家に完全な中立性を強いることによってのみ、各宗派及び全宗派並びに無宗教者の自由が確保されるべきである」(*Zorach v. Clauson*, *supra*, 343 U. S., at 319, 72 S. Ct., at 686, Black, J., dissenting) (1952)。
- (16) *Committee for Public Education v. Nyquist*, *supra*, 413 U. S., at 812, 93 S. Ct., at 2981-2982 (Rehnquist, J., dissenting in part) (1973).
- (17) *Id.* 413 U. S., at 804, 93 S. Ct., at 2992 (Burger, C. J., concurring in part and dissenting in part) (1973).
- (18) *Meek v. Pittenger*, *supra*, 421 U. S., at 395, 96 S. Ct., at 1778 (Rehnquist, J., concurring in part and dissenting in part) (1975).
- (19) *School District of Abington v. Schempp*, *supra*, 374 U. S., at 313, 83 S. Ct., at 1619 (Stewart, J., dissenting) (1963).
- (20) *Committee for Public Education v. Nyquist*, *supra*, 413 U. S., at 810, 93 S. Ct., at 2980 (Rehnquist, J., dissenting in part).
- (21) *Freund*, *supra* note 122, at 1685.
- (22) *School District of Abington v. Schempp*, *supra*, 374 U. S., at 229, 83 S. Ct., at 1575 (Douglas, J., concurring) (1963) (傍点引用者)。
- (23) *McGowan v. Maryland*, *supra*, 366 U. S., at 564, 81 S. Ct., at 1219 (Douglas, J., dissenting) (1961).
- (24) *Zorach v. Clauson*, *supra*, 343 U. S., at 320, 72 S. Ct., at 687 (Black, J., dissenting) (1952).

3 政教分離原則違反と強制の要因

以上のように見てみると、特定の政府行為が政教分離原則違反を構成すると判断されるについては、国民がそれに服従することを義務づけられるとか、国民がそれへの参加を強制されるとか等々、これに強制の要因が附着することを必要としないものであることが認識されてくる。この論点は、国・公共団体の宗教に対する援助の事件では性質上問題にならない場合が多く——論理上絶対に問題になりえないといったものではない——主として、国・公共団体の宗教行為の事件において問題になるわけであるが、初期のその種の事件においては、問題は必ずしも明確に意識され、又は論じられていなかった。

解放時間制は——その具体的形態はさまざまである——、その骨子において、公立学校が、正規の授業時間の一部について学校活動を停止し、多くの場合当該地域社会の諸宗派が共同して設置するところの宗教教育評議会的組織の管理実施する宗教教育のために生徒を解放し、かれらは、その（又はその親の）選択するところに従って、前記評議会の実施する宗教教育を受けるとされるところの制度であるが、それは、その具体的形態如何によつては、学校設置者たる地方公共団体が自ら宗教教育を実施するに近いものとなったり、諸宗教団体が公の教育機構・装置を手段として用いて宗教教育を遂行するという実質のものとなったり、或いはまた、地方公共団体の人的物的行政手段が宗教教育を援助する効果を伴うことになったり等して、その政教分離原則適合性を一応は疑われざるをえない宿命を伴っていた。連邦最高裁は、前にも触れたごとく、シャンペイン郡の解放時間制については、違憲判断を下し、その理由として、「宗教諸団体による、かれらの信条を拡めるための、租税収入によつて設置され租税収入によつて維持されている公立学校制度 (the tax-established and tax-supported public school system) の利用」が認められること、とりわけ、(i) 宗教教育につき、公費によつて維持されている公立学校校舎が使用されていること及び(ii)「州の義務制の

公立学校機構を通して、生徒が宗教教育クラスに出席せしめられる仕組みになっていた点において、州が諸宗派団体に多大の援助を提供する結果になっている」ことが指摘されていた⁽¹³⁾（マッカラム事件判決、ブラック裁判官）。同裁判所は、しかし、ニュー・ヨーク市の解放時間制については、シャンペイン郡のそれにおいて特徴的であった上記の二つの要因が存在しないことを認めて（同判旨は、マッカラム事件判旨(ii)につき、「公立学校の力 (force)」が宗教授業を推進するために用いられた」といinaおしている）、これを合憲とした⁽¹⁴⁾（ゾラック事件、ダグラス裁判官）。

また、両事件においては、マッカラム事件の場合、判決理由に現われていないが、訴訟代行者 (relator) 上告人の子どもは、公立学校の生徒であり、宗教教育評議会に参加している宗派の信条のいずれとも異なる信条の持主であったため、級友と別れて、特別の教室で世俗教育課目の学習に従事せしめられ、疎外感乃至圧迫感に苛まれるという事実があったのに対し、ゾラック事件においては、ニュー・ヨーク市の解放時間制が強制の要因を含んでいるという原告・上告人の主張が訴訟手続上の理由により排斥され、上告審においては、強制の要因の不存在が前提とされて判断が下されたという、重要な認定事実関係上の相違が存在した⁽¹⁵⁾。

これらの諸事情の結果、解放時間制であっても、強制の要因が存在しなければ合憲とされるが、同要因が存在すれば違憲となると連断される傾きなしとしないような観を呈していた⁽¹⁶⁾。しかし、もとより、両判決の総合的理解としては、そのように解すべきものではなかった。マッカラム判旨は、原審裁判所（イリノイ州最高裁）が、州判例法を分析し、州憲法違反とされたところの公立学校におけるキング・ジェイムズ訳聖書の朗読、主の祈り及び讃美歌合唱の事件は儀式的 (ceremonial) であり且つ強制的 (compulsory) であったのに対し、本件事案は教育に關係し、任意的 (voluntary) であるから合憲であるとしていた判断を破って本件を違憲としたものであること、また、判旨は、同事件についての唯一の反対意見（リード裁判官）の、本件解放時間制が「自由な宗教行為に干渉する蓋然性をもつよう

な種類のものであれば、その時、それを理由に違憲判断をすればよいとの主張に全く耳を傾けなかったものであること等に徴すれば、同違憲判断の基礎には、政府活動の諸装置又は公の資金が、一又は複数の宗派の教義の布教宣伝のために用いられた場合には、狭義の宗教の自由に対する侵害・干渉の有無を問わず、そのこと自体政教分離原則違反を構成するとする判断が横たわっていたと解することができる。フランクファーター裁判官は、他の機会において一部引用したように、同補足意見において、シャンプレーン郡の解放時間制が固有の強制を内在せしめていることを指摘しつつも、問題の本質は、そのような強制の存否・程度の如何によって変わるものではないとし、「宗教教育が……」

〔公立〕学校の作動機構 (working scheme) のなかに組み込まれている」ことによって、〔公立〕学校が、良心にとって神聖であり、また学校の領分の外に属するところの事項に関して影響力を行使している」という事態が許されるべきでないことなのだとしているものであって、これは、当該解放時間制の違憲性の核心を指し示していると解してよいように思われるのである。

その後、しかし、この問題は、きわめて明快に判示されることになった。エンゲル事件判旨 (ブラック裁判官) は、つぎのように、論点に真正面から答えている。「政教分離条項は、自由宗教行為条項とことなり、直接の政府の強制 (direct governmental coercion) の〔存在の〕主張立証 (showing) に依存しない。それは、公認の宗教を樹立する法の制定によって、同法が、それを遵奉しない諸個人に直接強制を加えるように作用するかどうかにかかわらず、侵犯されるのである」と。判旨は、続いて、もとよりこのことは、政教融合が個人の宗教的信条に「間接の強制的圧力」を加えることがないなどということの意味するものではないことを明らかにした後、さきに本稿が注目したところの《政教融合による政府の破壊と宗教の墮落》の命題 (上述二四七頁参照) に接続したのであった。そして、政教分離違反の成立にとって強制的要因の存在は必要でないとするこの命題は、シェンプ事件判旨及びナイキスト事件判旨

などによってくり返し確認され、確立した判例原則となったのである。

このような文脈において提示されている本節主題——政教分離違反の成立には強制的要因の存在を必要としない——の含意は明らかであろう。それは、政教分離が、個人の人権の保障とは直接関係のない原則であるなどということとを意味しているのではない。その正反対である。宗教の自由の保障は、全体として、古典的人権の中核である信仰・良心の自由を保障しようとしている。しかし、この内面的信条に訴えかける宗教は、強力な動員力を持ち、一方、糾合的にも (例えば中世神政政治)、他方、破壊的にも (例えば、ビュリタン革命等のいくつかの近代市民革命) 作用するものである。世俗政治権力はこれに対して無関心たりえず、これに対してさまざまな対応・接触を試みる。その対応・接触は、宗派の破壊的潜在力に対して、敵対的に立ち向い、地上の王国の力 (権力) によりこれを封じ込めようとする侵害的形態のものである場合もあるであろうが、それに限られるわけではなく、逆に、宗教の糾合力に対して迎合的に対応し、それを政治的支配の一環として包摂するという野合癒着的方式のものである場合もあるであろう。両者は、ともに、さきに確認したところの、人間の内面的エネルギーの自由な解放による歴史の創造という、基本的人権を基底にした民主主義の原理を蹂躪する政治路線である。後者の野合癒着的方式は、短視野においてみれば、人の市民法上の権利・自由を侵害していないようにみえるが、中視野においてみれば、国家の破壊と宗教の墮落を齎し、遠視野においてみれば、人の内面的エネルギーの自由な解放を構造的に抑止するという人権の根幹を侵蝕する作用を営む。見方によれば、政治権力の宗教に対する侵害的対応は部分的・一時的であるが、包摂的癒着的対応は構造的・半永久的であって、人権に対する危険度は比べものにならないほど大きいとすらいえる。彼の国の判例理論において、宗教授助の自己永久化傾向 (self-perpetuating tendencies) について、強い警戒と憂慮とを以て注意が喚起されているゆえである。⁽¹⁶⁾ 強制的要因を伴わず、したがって、短視野的に見て、人の権利・自由の侵害を伴わない政教分離原

() 則違反の国家行為こそ、人権保障の政治的枠組そのものをゆるがす違憲行為として、その第一歩において阻止鎮圧されなければならないものであるわけである。

- (133) ホワイット裁判官は、法廷意見が違憲無効としたところの、ペンシルヴァニア州の非公立初等中等学校に対する教員給与、教科書及び特定世俗教育のための教材の補助について、州法は、宗教学校に対してこれらの補助を受けることを強制しているわけではないのであるから、違憲ではないという論旨を展開している。ここでは「同じ「強制」の概念の下で、異なる問題が論じられているわけである。Lemon v. Kurtzman, *supra*, 403 U. S., at 670, 91 S. Ct., at 2139-2140 (White, J., concurring and dissenting) (1971). cf. Committee for Public Education v. Nyquist, *supra*, 413 U. S., at 786, 93 S. Ct., at 2972 (1973).
- (134) McCollum v. Board of Education, *supra*, 333 U. S., at 211-212, 68 S. Ct., at 465-466 (1948).
- (135) Zorach v. Clauson, *supra*, 343 U. S., at 308-309, 315, 72 S. Ct., at 681, 684 (1952).
- (136) McCollum v. Board of Education, *supra*, 333 U. S., at 227, n. 18, 68 S. Ct., at 473, n. 18 (Frankfurter, J., sep. op.) (1948).
- (137) Zorach v. Clauson, *supra*, 343 U. S., at 311, 72 S. Ct., at 682 (1952); *Id.*, 343 U. S., at 321, 72 S. Ct., at 687-688 (Frankfurter, J., dissenting).
- (138) 例えは「日曜休日法に関するマクガワン事件判決(ウォレン長官)は、同事件とマッカラン事件とを比較して、後者において「当該システムは子どもを宗教教育授業に出席することを強制する効果をもつと認定された」が、本件の事態においては、「日曜日に」教会へ通わせるためのそのような強制は存在しない」と判示して「強制的要因の不存在を以て同事件日曜休日法を合憲と判断することの少なくとも一つの根拠」とした。McCowan v. Maryland, *supra*, 366 U. S., at 452, 81 S. Ct., at 1119 (1961).
- (139) McCollum v. Board of Education, *supra*, 333 U. S., at 253, 68 S. Ct., at 485-486, (Reed, J., dissenting) (1948).
- (140) *Id.*, 333 U. S., at 256, 68 S. Ct., at 487 (Reed, J., dissenting).
- (141) *Id.*, 333 U. S., at 227, 68 S. Ct., at 473 (Frankfurter, J., sep. op.).
- (142) Engel v. Vitale, *supra*, 370 U. S., at 430, 82 S. Ct., at 1267 (1962).

- (143) School District of Abington v. Schempp, *supra*, 374 U. S., at 222-223, 83 S. Ct., at 1571-1572 (1963).
- (144) Committee for Public Education v. Nyquist, *supra*, 413 U. S., at 786, 93 S. Ct., at 2972 (1973).
- (145) 「それに、本件における宗教的営為は、修正一条に対する相対的に些細な侵害ではないかという主張も弁明として通用しうるものではない。今日はちょうど流れる小川であるところの「国家の宗教的」中立性の侵犯も、たちまち荒れ狂う奔流となってしまうのであり、マディソンの言葉にもあるとおり、「われわれの自由に対する最初の試み(experiment)に対し、警鐘をかき鳴らすを至当とする」[REMONSTRANCE [3] からじめる] (School District of Abington v. Schempp, *supra*, 374 U. S., at 225, 83 S. Ct., at 1573 (1963)).」。「政府の宗教に対するいかなる形態の援助であろうと、それは自己永久化傾向(the self-perpetuating tendencies)をもつということが、この裁判所の扱ったあらゆる政教分離関係事件において絶えずつきまとった重要関心事項(a matter of concern)であった」(Committee for Public Education v. Nyquist, *supra*, 413 U. S., at 797, n. 56, 93 S. Ct., at 2978, n. 56 (1973)).」。「世俗権力(the civil power)というものは、支配者(prince)の欲するままに宗教のすべてを変えうるか、或いは何も変えられないか、のいずれかである。もし法律や刑罰によって宗教に何ものかをもちこむことが一度び許可されると、それに限度を付することはできなくなる」(Locke, *supra* note 20, at 35; 訳書二〇八頁)。cf. Meek v. Pittenger, *supra*, 421 U. S., at 382 n. 4, 95 S. Ct., at 1771 n. 4 (Brennan, J., concurring and dissenting) (1975).

4 政教融合の外観

以上考察してきたように、政教分離原則は、人民の内面的エネルギーの自由な解放を担保するため、政府が宗教に關して中立的立場を堅持すべきことを命じているのであり、そして、政府がかかる中立性の原則に違反したとされるについては、前述の意味において、強制的要因の存在することを必要としないとされるのであるが、もしそうであるとなると、同原則の非とする政教融合は、単に、公式の乃至法的な、明確な制度としての政教融合のみでなく、事実上のそれを含まざるをえず、いわば、政教融合の外観を招来する一切の事態・措置が同原則の侵害と認められなければ

ばならないものであることが気づかれてくる。

(イ) 第一に、政府が、特定の宗教的営為(祈禱、儀式等々)を正式の権力的措置によって支持することのほか、その威信又は影響力を当該宗教的営為の背後に置くことも、宗教の自主自発性原則の侵犯と観念される。

例えば、エンゲル事件判旨は、「修正一条は、連邦政府の権力も威信(prestige)も、アメリカ人民が口にしうる祈禱の種類を統制し、支持し又はこれに影響を与えるために用いられることのないことを保証するために、憲法に付加されたのである」と説く。

また、教会財産免税措置の適否が争われたワルツ事件についてのハーラン裁判官補足意見は、同措置の合憲性の根拠として、同事案においては、州が、シェンプ事件、エンゲル事件、ゾラク事件及びマッカラム事件におけると異なり、「宗教を市民生活中にもち込むために、公的制度の『威信、権力及び影響力(influence)を用いる』と、いうことをしていない」ということを挙げ、裏返していえば、政府がその威信や影響力を右の目的のために用いれば、宗教の自主自発性原則の侵犯になるものであることを示唆している。

(ロ) 第二に、政府の宗教的中立性放棄の外観の創出乃至政府の宗教行為発起後援の雰囲気醸成が、政教分離原則に抵触する事態として厳しく戒められている。

例えば、ある論者は、宗教的教育機関への公費補助に関して、それが、具体的事案において、政教分離原則違反となるかどうかの問題の核心は、「そこに、政府基金が結果的に宗教的インドクトリネーションを後援しているにひとしいとみなされる重大なリスクが存在するか、また、もしそうでなければ、そこに、政府基金が、政府による特定宗派のその他一般宗派に対するひいき、若しくは宗教の非宗教(non-religion)に対するひいきの外観(appearance)をかもし出すようになる重大なリスクが存在するかどうか」というところにあると論じている。同論者は、また、レ

ーマー事件(メアリランド州の宗派立カレッジに対する使途を限定しない一まとめの補助金(lump sum grants)を合憲とした)のブラックマン裁判官による法廷意見が、分析の焦点を従前の同種判例と異なっており、「援助の形態」ではなくて、「受給機関の性格」に絞った点に注目して、「援助のタイプは、ただ、受給機関の吟味の結果、それらのすみずみにまで特定宗派色が滲み渡っており、その結果、『補助金の』使途についての一般的制限のみでは、政府の中立性を保持し、政府の発起後援性(sponsorship)の外観を防ぎえないような場合においてのみ、〔要考慮〕要因となるのだ」と断じ、「政府の発起後援性の外観」をもたらしうな公費補助は、援助形態において、この外観を消去しうる特別の手当てが講じられていない限り、違憲となるものであることを示唆している。

つぎに、レモン事件において、連邦最高裁(バーガー長官)は、非公立初等中等学校の教師の給料及び教育材料のそれぞれ一部を公費補助することを内容とするペンシルヴァニア州法を違憲とし、その際、補助受給学校が滲透的に宗教的である場合には、補助金が宗教教育に用いられないことを確保するために、政府による受給宗教学校機能に対する厳格な監視規制が不可欠となるとして、新たに政府と宗教との間の過度の癒着(excessive entanglement)の基準というものを打ち出したのであるが、ある論者は、この新基準の有効性に賛意を表しつつ、つぎのように解説している。「……従前規制されていなかった活動に対して政府当局が〔新たに〕干渉することになると、それは、被規制行動に対して、政府の発起後援性の気味(aura)を与え、そのことによって中立義務を破り、個人の宗教的選択を偏らしめる可能性を招来するおそれがあるのである」と。ここにおいても、政府の宗教干渉の気味乃至外観が齎されると自体が政教分離原則に抵触するとされていることができるのである。

思うに、以上のように、政府の公的権力が特定の宗教的営為の背後に置かれることのみではなく、その精神的な威信や事実上の影響力がそこに置かれることもまた政教融合と断ぜられ、また、政教の現実の融合のみでなく、その単

なる外観乃至気味も、政教分離原則上の見地からは非とされ、戒められているのは、ある意味においては、きわめて当然のことと思われる。この原則は、自由宗教行為条項のように、政府による狭義の宗教的自由の侵害——自由の侵害は当然に権力的であり、それが非とされる限りにおいては、侵害は必ず現実的である——を阻止鎮圧しようとするものではなく、人民が、心からの確信にもとづいて自主自発的に永遠の幸福に至る道を発見し、その内面的エネルギーを真に自由にほとぼしり出さしめ得るように、世俗政府による人民のこの神聖な選択に対する妨害攪乱を阻止鎮圧しようとするものであり、そのような自由な選択に対する妨害攪乱は、市民生活のすみずみにまではいり込みうる強大な行政管理手段を独占している近代国家の各種の事実上精神上の影響力によって、いくらでも惹起されうるのであるし、また、至高の政治的権威を戴く集権的近代国家の宗教的に偏頗な姿勢は、その外観性だけでも、人々の宗教的価値の自由な選択に対して、不当な圧力として作用しないではないからである。政教分離の憲法的保障が、狭義の宗教的自由の保障のみに止まる場合に比して、宗教の自由の保障を格段に強化するものとされるのはこの故であろう。

- (146) *Engel v. Vitale, supra*, 370 U. S., at 429, 82 S. Ct. 1266 (1962) (傍点引用者).
- (147) *Walz v. Tax Comm'n, supra*, 397 U. S., at 696, 90 S. Ct., at 1425 (1970).
- (148) *The Supreme Court*, 1975 Term, 90 HARV. L. REV. 139 (1976) (傍点引用者).
- (149) *Ibid.* (傍点引用者).
- (150) *Lemon v. Kurtzman, supra*, 403 U. S., at 616, 620, 91 S. Ct., at 2113, 2115 (1971).
- (151) *The Supreme Court*, 1970 Term, 85 HARV. L. REV. 173 (1971) (傍点引用者).

VIII アメリカ国家責任法の一断面

一 序 説

雄 川 一 郎

1 英米法の伝統的な特色の一つは国家の不法行為責任が認められて来なかつたことである。近時は種々の立法、特にイギリスにおいては一九四七年の Crown Proceedings Act, アメリカの連邦レベルにおいては一九四六年の Federal Tort Claims Act (FTCA) によって国家責任が導入されたけれども、今日においても、基本的には一般的な意味での国家責任は確立してゐない⁽¹⁾、ということができるのである。特にアメリカにおいては、なお広く連邦、州、さらには地方公共団体に及んで、いわゆる政府 (government) の不法行為責任 (tort liability) に関する免責 (immunity) が存する。このいわゆる政府免責ないし主権免責 (sovereign immunity) の法理は、多くの学者・法律家により今日の法思想に反するものとして批判にさらされており、裁判所の判決の中においてもしばしば論難されている。州レベルにおいて政府の不法行為責任を積極的に肯定したというところで画期的な判決と言われるカリフォルニア最高裁判所の *Muskopf v. Corning Hospital District* ⁽²⁾ の判示の中に見える次の言葉は好んで引用される。「政府の不法行為免責のルールは、アナクロニズムであり、合理的な基礎を欠き、ただ惰性の力によってのみ存在して来たものである。」しかし、それにも拘らず、制定法や判例によって認められている国家責任の領域は必ずしも広いとは言えないのが

2 巻執筆者紹介（執筆順）

阿部 斉	筑波大学教授
下山 瑛二	東京都立大学教授
福島 新吾	専修大学教授
佐藤 功	上智大学教授
和田 英夫	明治大学教授
時国 康夫	東京高裁判事
高柳 信一	東京大学教授
雄川 一郎	東京大学教授

アメリカ憲法の現代的展開 2 統治構造

1978年9月25日 初版

検印
廃止

© 編者

下山 瑛二
高柳 信一
和田 英夫
加藤 一郎

発行者

発行所 財団法人 東京大学出版会

113 東京都文京区本郷 東大構内 電話 (811)8814・振替東京6-59964

整版：三和印刷・印刷：平文社・製本：矢嶋製本

3032-31980-5149