

薄くなる政教分離の壁

——アメリカ合衆国——

青 山 武 憲

はじめに

アメリカ合衆国（以降、「合衆国」という。）憲法には、国教の樹立を禁止する規定は存在する（合衆国憲法修正（以降「修正」という。）一条）が、教会と国家とを分離する規定、いわゆる政教分離の規定は存在しない。そのこともあつてか、宗教的文化が人々に浸透していた合衆国では、憲法制定後一世紀半というものの、宗教と国家に係る訴訟は、非常に少なかった。^①ところが、二〇世紀中半から、その合衆国で政教分離の嵐が吹き荒れ始めた。^②

その合衆国によって押し付けられた憲法をもつわが国でも、二〇世紀も後半を過ぎると、程なくして、その種の嵐

が吹き始めた。二〇世紀も終わりに近づく、その勢いは、かなりに強まった。このような事象は、憲法に政教分離の規定をもつわが国では、いわば必然であった。政教分離主義は、元々、新たな宗教若しくは宗派あるいは外来の宗教および無神論者、とりわけ唯物的無神論者が歴史的、文化的に国家や国民と不可避に関わりを持つようになる歴史ある在来の宗教あるいは祭祀に対する抗争的性格を有する原理だからである。

その政教分離について、わが最高裁判所は、教会と国家との分離ではなく、国家と宗教とを分離する原理と解している。⁽³⁾これは、少なくとも文言上は、いわゆる神道指令の系譜に属するものである。しかし、合衆国では、宗教と国家とは、過去においても今日においても分離されていない。否、国家と宗教とを分離する原理は、元々、合衆国の建国の思想と矛盾するのである。そのこともあって、合衆国では、政教分離は、多くの者によって、教会と国家の分離というかたちで表示されている。ピルグリムたちの宗教的難民の地に誕生した合衆国は、当初より、宗教と無縁の家ではなかったのだ。その独立が、「自然のおよび自然の天主の法」(the Laws of Nature and of Nature's God)の摂理に基づいたものであったからだ(「独立宣言」)。合衆国憲法は、非キリスト教徒や無神論者に対しても配慮した規定を有するが、その根底には、歴史的にキリスト教的な文化を原理とする姿勢が存したのである。そもそも、合衆国国民は、「独立宣言」が示している如く、「造物主」(Creator)から「生命、自由および幸福追求権」という奪われることのない権利を与えられ、国家の独立の企図を「世界の至高の審判者」(the Supreme Judge of the world)に訴え、「聖なる天主の摂理の保護」(the protection of divine Providence)を固く信賴して、生命と財産と名誉をかけて国家の独立を宣したのである。⁽⁵⁾そのことは、一九世紀の連邦最高裁判所も確認したところである。そこでは、国教樹立の禁止と信教の自由とを規定する修正一条が「アメリカ法の基底に一般的なキリスト教が存するとする歴史的な見解の下に制定

されたこと」が認められているのである。⁽⁶⁾ 因みに、ここで「一般的なキリスト教」とは、国教としてのキリスト教、一〇分の一税を課すキリスト教、宗教裁判所を持ったキリスト教ではなく、すべての人々に良心の自由を認めるキリスト教と解されている。⁽⁷⁾

ところで、連邦最高裁判所は、二〇世紀中葉、教会と国家の分離の「壁」の理論を認め、その「壁」の堅固化に一役買った。そのことによって、合衆国民の世俗化も進んだ。その世俗化の契機となったのは、「独立宣言」の起案者 Jefferson がバプテスト協会に対して発した一八〇二年の書簡を誤解した Everson 事件における Black 判事の法廷意見であった。⁽⁸⁾ その書簡には、「宗教と政治」あるいは「教会と国家」を切り離す当時の共和主義者の選挙運動上のことば、「教会と国家との間に壁を構築する」が、認められていたからだ。Black 判事は、共和主義者の意図を解析することなく、その書簡を論拠にして国教樹立禁止規定を厳格な「分離の壁」を定めたものと解した。そして彼が、その壁を教会と国家との間に築き、また、国家の宗教および無宗教に対する中立性をも説いたことが、世俗化への端緒となったのだ。その Everson 法理に影響を受けた連邦最高裁判所の裁判官たちは、いわゆる政教分離主義（以降、単に「分離主義」という。⁽⁹⁾）を掲げて国教樹立禁止規定に係る問題と取り組み続けたのである。

しかし、昨今、一時存在した、とりわけ連邦最高裁判所に見られた「分離の壁」の理論には、衰退現象が存する。連邦最高裁判所の「壁」は、かなり劣化しているのである。

一 Black 判事の Jefferson に関する誤解

Black 判事が Danbury の Baptist 協会からの書状に反応した Jefferson の書簡を引用したのは、州税による通学用

のバス・サービスが問題となった事件においてであった。⁽¹⁰⁾ 州税の恩恵は、もとより、宗教系学校にも及んだが、そのことが、修正一条との関係で問題となったのである。その事件で、Black 判事は、Jefferson の書簡に触れた Reynolds v. U.S., 1878⁽¹¹⁾ を引用しながら、何ら証拠を示すことなく、修正一条の起草や採択に指導的な役割を果たした人物として Madison と共に、Jefferson を上げたのである。⁽¹²⁾ そして、その Jefferson に依拠しながら、修正一条の意味を、(イ) 州政府および連邦政府に対して一つの教会を設立することを禁じていること、(ロ) 州政府および連邦政府に対して一つの宗教を支援したり、すべての宗教を支援したり、若しくは或る宗教を他の宗教に優先させる法律を制定することを禁じていること、(ハ) 州政府および連邦政府に対して人をしてその意に反して教会に行くよう若しくは距離を置くよう強要若しくは誘導することを禁じ若しくは一切の宗教の信仰若しくは不信仰の告白を強制することを禁じていること、(ニ) 何人も宗教的な信仰若しくは不信仰を受け容れ若しくは告白したことを理由として(あるいは、…筆者)、教会に行くことあるいは行かないことを理由として処罰されることはないこと、(ホ) 州政府も連邦政府も、多寡を問わず、いかなる額の税も、名目に拘わらずあるいはいかなる形の宗教教育あるいは宗教業務がなされようとも、およそ宗教活動若しくは宗教施設を支援するために課してはならないこと、(二) 州政府も連邦政府も、公にも秘密裏にも、およそ宗教組織若しくは団体の問題に関与してはならず、また、宗教組織若しくは団体も、州政府および連邦政府の問題に関与してはならないことを定めたものと解したのである。⁽¹³⁾ 要するに、彼は、修正一条を州に対して宗教の信仰者若しくは不信仰者の団体との関係で「中立」を要求しているとし、⁽¹⁴⁾ また「分離の壁」を説き、⁽¹⁵⁾ そして、その壁は、「高く堅固」でなければならぬと述べたのである。

New Jersey の事件を裁いた Black 判事は、修正一条を沿革解釈するために Jefferson に依存したが、「権利の章典」

の審議および諸州による批准の時期、Jefferson はパリにいたから、修正一条の制定や審議に関わったわけではなかった。⁽¹⁶⁾ Black 判事の中立論や分離論は、窮極において、宗教と国家との分離へと道を拓き兼ねない理論であるが、それは、Jefferson が想定したところでもなかった。一体、Jefferson とその「分離の壁」に論及する場合、彼の起案による一七七六年の「独立宣言」を看過してはならない。そこには、(既述した如く)、国家と少なくとも宗教とを分離する考え方など存在しなかったのである。また、Jefferson は、Virginia の州知事であった一七七九年に、「全能の天主に対して皆で厳粛に感謝し祈る」日を命ずる宣言を発してもいる。⁽¹⁷⁾ さらに、一七八五年に Madison によって Virginia の立法府に提出された「皆で断食し感謝する日を指定する法案」は、元々、Jefferson を委員長とする委員会によって練られたものであった。⁽¹⁸⁾ 彼は、そのような立法を思慮したとき、必ずしも聖俗に関して中立ではなかったのだ。彼の脳裏には、常に「全能の天主」が想定されていたのである。そのようなこともあって、彼の労作には、「これまで確立された法による教会の財産を守る法案」さえ確認されるのである。⁽¹⁹⁾ 彼は、宗教の大切さを知っていたから、信教の自由の保障の問題にも熱心であった。その熱心さは、彼が自ら執筆したその墓碑に、「Virginia の信教の自由のための法の作者」という一文が刻まれていることから窺知できる。⁽²⁰⁾ 彼は、至極く宗教的人物であったのであり、その「分離の壁」論によっても、連邦主義の問題として、連邦政府と教会との関係について述べたが、州政府と教会との関係については述べていないのである。⁽²¹⁾ その際、彼は、その分離論によって、少なくとも国家と宗教とを分離したわけでは決してなかった。それ故、彼は、たとえば、一八〇一年と一八〇五年に大統領選に勝利したとき、合衆国大統領になる者として聖書に手を置いて宣誓をしている。以降、少しく無作為に Jefferson と宗教との関係に注目すれば、彼には、一七八六年に Virginia において安息日違反の部分については成功した「宗教上の礼拝の妨害者および安息

日違「反者を厳罰にする法案」を制定させる意図が存在した。⁽²²⁾ 彼には、連邦議会がキリスト教の礼拝に議事堂の使用を認めたことから、毎曜日、その議事堂内の教会に出席した事実もある。彼はまた、政府のミュージシャンをして礼拝を手助けさせたり、また、財務省や軍務局 (the War Office) の双方の建物において、日曜日にキリスト教による礼拝を行わせたりもしている。⁽²³⁾ 一体、Jefferson による教会と国家の「分離」ということは、修正一条と深く関係し合っていたわけでは決していないのだ。修正一条には、「分離」ということはなく、そこに規定されているのは、連邦議会が「国教に関する法律」を制定することの禁止に過ぎないのである。⁽²⁴⁾ Jefferson には、建国間もない合衆国の法政上の脈絡から、少なくとも国政から宗教だけを排除しようとする意図など存在しなかったのである。⁽²⁵⁾

Black 判事は、自己の解釈を正当化するために過去を自分なりに想定して論じたに過ぎなかった。⁽²⁵⁾ にも拘わらず、その後かなりの間、連邦最高裁判所は、大筋、Black 判事の理説に従った。そして、Jefferson の見解を修正一条の宗教に係る解釈に対して関連性を有するものとする姿勢を続けたし、その政教分離に関する言辞が政府と宗教との間に厳格な障壁を生み出すことを意味するものと考えたのである。⁽²⁶⁾

しかし、暫時とはいえ継続した連邦最高裁判所のそのような姿勢には、問題があった。Everson 事件に関連して、Edward Corwin の論文には、「(連邦最高…筆者) 裁判所は、歴史を作る権利を有する。」「しかし、それは、歴史を捏造する権利はこれを有しない。」という文章があるそうである。⁽²⁷⁾ Everson 事件における Black 判決が、政教の完全分離を説いたわけではないが、「分離の高い堅固な壁」を求めた修正一条の解釈によって「一犬虚に吠ゆれば、万犬実に伝う。」如き事象が生じ、その事象が今後も顕現するとすれば、これは、決して軽視あるいは無視されるべき問題ではない。

二 混迷する連邦最高裁判所

連邦最高裁判所は、修正一条の制定後長い間、宗教問題で苦慮することは然してなかった。その裁判所が国教樹立禁止問題で敏感になり始めたのは、Everson 事件以降のことである。そこで Black 判事が、国教の樹立を禁止する規定について、政府の宗教に係る「中立性」(neutrality)や信仰や良心に係る「主意主義」(voluntarism)と共に、政教の「分離主義」(separatism)を展開したのである。⁽²⁸⁾ それも、彼は、その規定を州にも適用し、また、分離の壁を高く堅固なものでなければならず、一寸した違反をも認めることはできないとして、⁽³⁰⁾ 分離主義を力強く且つ高らかに宣したのである。その見解は、最小多数によるものであったが、その分離主義は、以後ほぼ三五年間というもの、連邦最高裁判所を支配し続けた。⁽³¹⁾ その分離主義の影響の下、学校に対して毎日聖書の朗読をもって始めることを求めた州の行為が問題となった Schemp 事件では、政府の行為の合憲性を判断する基準が示された。Clark 判事が、国教の樹立を禁止する規定に反しないためには、州の行為が世俗的な立法「目的」を持ち、主要な「効果」が宗教を促進したり禁止したりするものではあつてはならないという二つの基準を示したのである。⁽³²⁾ このいわゆる目的・効果論は、その後、数件で用いられた。⁽³³⁾ 私立学校の教員に対する給与を州税で補充する法律が問題となった Lemon 事件において、Burger 長官によつて、その目的・効果論に対する肉付けもなされた。長官は、中立性の外に、Black 判事の厳格な「分離の壁」論についてはこれを不可能としながらも、⁽³⁴⁾ (イ) 世俗的な目的、(ロ) 主要な効果および (ハ) 過度の関わりという三叉 (three prongs) の基準を設けたのである。⁽³⁵⁾ この Lemon テストは、幾つかの事件で適用され、⁽³⁶⁾ その後も時としてその鎌首を擡げた。⁽³⁷⁾ しかし、その基準が必ずしも明確ではなく、一貫した結論を導き出し難かったことか

ら、当初から絶えざる批判を受けた。Rehnquist 長官や White 判事は、総じて Lemon テストの適用に反対であった⁽³⁹⁾し、Scalia 判事および Thomas 判事は、Lemon テストにとって「酸っぱい」存在であった⁽⁴⁰⁾。そのような批判や反対もあって、それは、安定的継続的に適用されたわけでは決してなかった。その適用は、飽くまでも断続的で、極限すれば、場当たり的であったのだ。⁽⁴¹⁾Burger 長官自身、このテストを当初から自信をもって用いたわけでは決してなかった。彼は、後の Lynch 事件において、その一般的な適用に明らかな疑義を呈した程であったのだ。⁽⁴²⁾Lemon 事件から約一〇年経つと、私立学校における教育に関連した州の支出に係る Meek 事件において、Stewart 判事は、Lemon テストが容易く適用されるものではないことをはっきりと宣した。⁽⁴³⁾一定の宗教組織にのみ登録・報告を義務づけている法律が問題となった Larson v. Valente, 1982 では、⁽⁴⁴⁾Brennan 判事は、中立性の原理については連邦最高裁判所の姿勢として確認したものの、Lemon テストについては、これを用いなかった。その年には、Rehnquist 判事によって、政府財産の宗教組織への譲渡に係る問題で被上訴人の納税者および市民としての当事者適格が否定された如く、⁽⁴⁵⁾政教問題に関して司法部における手続的面で「分離の壁」論者にとっては期待を裏切る判決が確認されてもいた。Brennan 判事は、Larson 事件で、実体的面で明確に、「国教樹立禁止条項が最も明白に命じていることは、一つの宗派が他の宗派より公式に優遇されることはないということである。」と述べ、⁽⁴⁶⁾立法や政府の行為が名前をもつてはつきりと宗教を優遇しているとか、金銭融資あるいは教義のようなはっきりした特徴に基づいて宗教を区別している場合に違憲判断をするものとし、「分離の壁」論に少しく風穴を空けたのである。⁽⁴⁷⁾Larson 事件におけるこの審査基準は、通常、「宗派の優遇」(the denominational preference) のテストとして論じられている。このテストの定義は、正確には必ずしも明確ではないが、宗派として優遇された宗教については宗教を促進する主要な効果を有するものとし、他方、優遇

されていない宗教についてはそれを禁止する主要な効果を有するものとするルールとする見方がある⁽⁴⁸⁾。このような見方は極端としても、このテストで、優遇されていない宗教が差別されていることは、間違いないところである。そのテストの下では、先ずは、法律に文面上宗教間の差別があるかどうか審査され、宗派の優遇が認められている法律については、強度な政府の利益と緊密に合致するものでなければならぬとされている⁽⁵⁰⁾。そのため、宗派の優遇がある立法については、合憲性を「疑わしいもの」として扱う「厳格な審査」の法理が主張されているのである⁽⁵¹⁾。

Larson 判決の翌年、州の立法府がチャプレインの祈祷をもつて始まることが問題となった Marsh 事件では、Burger 長官が法廷意見を述べた⁽⁵²⁾。にも拘わらず、この事件でも、Lemon テストは用いられなかった。ここでは、アメリカ政治における立法府の祈りという長い歴史、立法者の意思を尊重する姿勢に立つ歴史的証拠のテスト⁽⁵³⁾あるいは歴史的解決法のテスト⁽⁵⁴⁾、いわゆるユニークな歴史論に基づいた判決が下されたのである⁽⁵⁵⁾。歴史的判例を集積した Lemon テストを創った Burger 長官によつて、Lemon テストではなく、伝統を重んじる歴史的証拠のテストが用いられたのである。彼は、立法府の祈り等多くの植民地期の伝統が国教会制度に結びついていたことを認めながらも、それを踏襲した第一回連邦議会の意図は、歴史の重みを尊重した Walz 事件⁽⁵⁶⁾を引きながら、「破られていない慣行は、軽々しく捨て去られるべきものではない。」という姿勢を踏襲したのである⁽⁵⁷⁾。その後、たとえば、New York における公立学校における学内宗教団体の施設利用に係る Good News Club v. Milford Cent. Sch., 2001⁽⁵⁸⁾、Lemon テストは無視されたし、宗教系学校に対するものを含む奨学制度に係る Zelman v. Simmons-Harris, 2002⁽⁵⁹⁾でも、それは用いられなかった。「分離の壁」は、かなり低くなったのである。

Marsh 判決の翌年、一九八四年には、Lemon テストに好意的であったが、これに満足しなかった O'Connor 判事が、

Lemon テストが明確ではなかったこと⁽⁶⁰⁾あるいは本質的に難解であったことに注目して新たな提言をした。クリスマスのキリスト生誕画の展示が事件化した Lynch 事件における同意意見で、それを明確化する修正意見を述べたのである。⁽⁶¹⁾ O'Connor 判事自らが名付けたいわゆる是認テストである。⁽⁶²⁾ その意見を述べるに際して、O'Connor 判事は、過度の関わりの基準については、適切に制度的なものに限定されているとしてこれを問題視せず、目的と効果に関連して、問題の行為で何を伝えようとしたかの「意図」の問題と実際に伝えられた「メッセージは何か」という二つのことを説いた。⁽⁶³⁾ そこでは、Lemon テストの目的基準についてはそれとなく意図へと改変し、主要な効果基準については政府による宗教の認否のメッセージへと明確に修正したのである。しかし、その際、彼女は、政府が宗教を是認しているか否かを判断したと認定する基準となる者は誰かについては、確と述べなかった。彼女がそれをはつきりと述べたのは、公立学校における祈りと瞑想に関する法律の問題と取り組んだ Wallace 事件⁽⁶⁴⁾における同意意見においてであった。そこで、法律の条文、その立法史およびその実施あるいは信仰の自由規定およびその規定が促進する価値に詳しい「客観的な観察者」なるものが示されたのである。⁽⁶⁵⁾ ところが、彼女は、キリスト教の大学で聖書を研究している学生に対する「盲人のための Washington 州委員会」による経済、職業支援が問題となった Witters v. Washington Dept. of Services for the Blind, 1986 において、その「客観的な観察者」ということばを用いず、「分別ある観察者」ということばを用いた。⁽⁶⁶⁾ ただ、その Witters 事件で、彼女は、「分別ある観察者」に対する説明をしたわけではなかった。彼女による「客観的な観察者」ということばは、後に連邦最高裁判所も用いたが、頻用されたわけでは決してなく、彼女自身、「客観的な観察者」ということばには拘らなかった。たとえば、一九八〇年代末、自治体庁舎のキリスト生誕画や建物外のメノラーが問題となった Allegheny 事件において、Blackmun 判事は、是認テストを採用

したもの⁽⁶⁸⁾、Witters 事件における O'Connor 判事の同意意見を引用して、「分別ある観察者」論を採用したが、O'Connor 判事も、その用法に同調したのだ⁽⁷⁰⁾。彼女がその「分別ある観察者」について定義をしたのは、公の広場にラテン十字架を建てることに對する許可の差止めが求められた Capitol Square Review and Advisory Bd. v. Pinette, 1995 においてであつた。パーブリック・フォーラムにおける私的な宗教言動に対する中立的な州の政策が問題となつているという背景においてはあつたが、「分別ある観察者」とは、「共同体の理想であつて、総体的な社会の判定によつて定まる分別ある行動を擬人化したものであり、その知識が、問題とされている展示物を見て得られる情報に限られず、展示物がある場所の一般的な知識にまで及んでいるものである。」と定義されたのである⁽⁷¹⁾。Kirsten K. Wendela は、この定義を Wallace 法理における「客観的な観察者」と同じ意味に捉えて、それを「十二分に分別ある人」と解説している⁽⁷²⁾。しかし、「分別ある人」と「十二分に分別ある人」とは明らかに異なるものであり、「分別ある観察者」が Wallace 法理で示された法的知識に裏付けられた（と思われる）「客観的な観察者」を意味するかは、疑問である。それが、常識的分別を有するものであることは明らかであるとしても、法的側面では「客観的な観察者」を明らかに劣化させたものであり、少なくとも法的知識の面で優れたものであるかは、疑問無しとしないからだ。ともあれ、是認テストは、当初から O'Connor 自身に内容的に確たるものがなかったようで、一九九〇年代半ばの或る報告によれば、当時、未だ流動的な状態にあつたとされている⁽⁷³⁾。この是認テストは、曖昧なレモン・テストによる司法の専恣を防ぐことができる分、分離主義における「壁」を低める機能を営んだが、しかし、そのテストにおいては、政府が宗教を是認あるいは否認しているかどうかのメッセージの判定者について不明なこともあつて、当初から批判が存在したのである⁽⁷⁴⁾。是認テストが法廷意見となつた Allegheny 事件において既に、そのテストは根本に

において欠陥があり、実際には、役に立たないものと批判された程なのである。そのような批判のトップに立ったのは、Kennedy 判事であった。⁽⁷⁵⁾ Scalia 判事や Thomas 判事と共に、Kennedy 判事は、しばしばレモン・テストや是認テストに反対した判事であった。

その是認テストに批判的であった Kennedy 判事は、強制の要素に触れながら、歴史的解決法のテストを用いた Marsh 法理を評価し、先例と歴史的慣行を重んずる立場から、⁽⁷⁶⁾「分別ある人」の判断に依存して判決をする姿勢を評価しなかった。彼は、成人による出席も欠席も自由に判断できる立法府の開会における宗教儀式の場合と異なり、公立学校の卒業式のような実質的に生徒の出席あるいは欠席の自由の無い場における宗教儀式においては、「分別ある反対者」が受忍あるいは忍容することになり、結果的に宗教の是認あるいは否認を強制されることになることを嫌悪したのだ。⁽⁷⁷⁾したがって、Kennedy 判事が注目したのは、宗教活動に対する政府による強制の有無であった。強制こそ、国教樹立禁止規定の違反の有無を判断する基準 (touchstone) であると説いたのである。⁽⁷⁸⁾ Kennedy 判事は、彼が法廷意見を述べた Lee v. Weisman, 1992 年の強制テストを採用した。⁽⁷⁹⁾この Weisman 事件は、公立学校の卒業式において祈りのかたちで祈願と祝福がなされることに對する差止め訴訟事件であった。この事件では、判決のために専ら強制が論じられ、他のテストは、問題とされなかった。Kennedy 判事は、政府は何人にも宗教あるいは宗教活動を促進したり参加したりすることを強制し得ない等を論じて、⁽⁸⁰⁾政教分離の分析よりも、国教樹立禁止条項における強制の有無の分析によって違憲判断をしたのである。連邦最高裁判所は、Weisman 事件の八年後、Steven 判事による法廷意見でその強制テストに肩入れをした。高等学校の生徒の主導と発案によるフットボールの試合前の祈りが認められたことが問題となった Santa Fe 事件においてである。⁽⁸¹⁾この強制のテストの下では、たとえば、通貨にある「天主を信賴し

て」といった国家のモットーを示しただけの場合、宗教的性格があるとしても、強制は存在しないから、当然に合憲ということになる。この強制テストは、連邦最高裁判所によって時として、また連邦最高裁判所裁判官や下級裁判所によってかなりに支持されている⁽⁸²⁾。しかし、そのことは、そのテストが連邦最高裁判所等で安定的地位を占めていることを意味したわけでは決してない。

その他に、未だに注目しない論者もいるが、連邦最高裁判所のかんりの裁判官の底流には、たとえば、Marsh 判決を「儀式的理神論」(ceremonial deism)⁽⁸³⁾のテストを用いたものと説く者もいる⁽⁸⁴⁾。国教樹立禁止規定の分野における「儀式的理神論」は、Eugene Rostow によって初めて用いられたもので、彼は、それによって、宗教的なものであっても、「合憲である程に月並みのものとされ、議論されることも無く受け入れられている：一般的な活動の一種」がある⁽⁸⁵⁾と説くのである。この E. Rostow の考え方は、Lynch 事件における Brennan 判事の反対意見に反映された⁽⁸⁶⁾。彼は、合衆国の通貨にあるその国のモットーである「天主を信頼して」⁽⁸⁷⁾というような一定の宗教的な表現が、機械的に繰り返されることによって、宗教的な意味を失う場合があり得ることを想定したのである。O'Connor 判事も、たとえば、「星条旗よ、永遠なれ」のような伝統的な愛国歌における宗教への言及や裁判所の開廷における「天主よ、合衆国とこの名誉ある法廷にご加護を」⁽⁸⁸⁾ということばを歴史性と遍在性という価値を有するという理由で「儀式的理神論」の内容をなすものとしている。しかしながら、連邦最高裁判所そのものは、総じて「儀式的理神論」という合憲性の審査基準と正面からは大して取り組もうとしていない⁽⁸⁹⁾。

連邦最高裁判所の裁判官たちは、依然として、国教樹立禁止規定の意味するところに関して未だ意見の一致を見ていないし、況してや、それに係る事件の合憲性の判断基準に普遍的なものを発見してもいない。そのようなことから、

二〇〇五年六月二七日に判決が下された二つの事件で、郡庁舎の壁に掛けられた十戒の展示に係る McCreary 事件⁽⁹⁰⁾では、Souter 判事が違憲判断をし、州議事堂の構内の十戒のモニュメントの展示に係る Van Orden 事件⁽⁹¹⁾では、Rehnquist 長官が、合憲判決を下している。このような判決の一見一貫性が欠けるように思える連邦最高裁判所の姿勢は、一般人には理解できないところである。否、実際、連邦最高裁判所、したがって、その裁判官たちには、政教関係の問題では、依然として混沌があるのである。それでも、政府による政教関係の問題で Black 判事が高らかに築こうとした「分離の壁」については、総じて低めたり薄める傾向にあるといえるようだ。

三 分離主義への批判論管見

Everson 事件⁽⁹²⁾において、Wiley Rutledge 判事は、「修正一条の宗教条項ほどその生成史が内容と緊密に結びつけられ、あるいは内容を与えている憲法の規定はない。それは、外ならぬその生成史の精製品であり簡約品である。」と述べた。その宗教条項が、この半世紀以上にわたって、憲法学界およびその他のところで活発な論議を呼んでいる。その事象は、もともと英国教会の異端であり、その教会からの分離を主張した者の宗教的な避難民の新天地として出発した新大陸に誕生した国家あるいは国民の属性の顕現といえるものかも知れない。Jeremy Patrick-Justice によれば、連邦最高裁判所が下した判決で議論となり対立を生じているすべての問題の中で、信教の自由および宗教と政府との適切な関係に関する裁判所の判決程、批判を生じているものは少ないということである⁽⁹³⁾。そのような批判に関連して、Rutledge 判事の右の宗教条項に対する評価は的を射ているようで、以降、憲法や宗教に関する学者や活動家たちは、連邦最高裁判所による宗教条項に係る歴史の見方の妥当性の如何あるいはその裁判官たちの善良な歴史家としての程

度について議論を交わしている⁽⁹⁴⁾。連邦最高裁判所の裁判官たちは、判決を下すに際して、主に宗教条項が制定された時代の人々の見解に注目し、その評価に関する意見の一致あるいは近似によって何らかのかたちの多数を得て、その裁判所の見解として来ている。他方、憲法や宗教に関する多くの学者や活動家たちは、その判決等を踏み台にして、宗教条項の制定期の諸見解あるいは諸事象から導き出したそれぞれの「正論」なるものを論じ合っているのである。そのような論議に際して、Everson 判決以来、修正一条の宗教条項は、かなりの裁判官や学者ら多くの者によって恰も政教分離規定であるかの如く解されて来た⁽⁹⁶⁾。それも、多くのアメリカ人にとって、政教分離ということばは、今日依然として、国教の樹立の禁止ということば以上に口にされているところである。Black 判事によって誤用された Jefferson の「分離の壁」論に魅了され虜になってしまった如くである。それでも、その間にも、分離主義に対する疑念は呈されていた。そのような疑念を呈する立場から、とりわけアメリカの二〇世紀末の政教関係が論じられる場合、Philip Hamburger による論文その他の著作ほど話題に上るものは、他には存すまい⁽⁹⁷⁾。P.Hamburger は、分離主義が依然として有力な理念として存続していることを認めているが、それでも、その原理に疑念を呈して、政教関係の歴史や諸判決を注視しながら論を進め⁽⁹⁸⁾、その論が、識者の耳目を集めているのである。

連邦最高裁判所が分離主義に徹する考え方から後退していることは、既に見た通りである。宗教に係る憲法問題に詳しい C.Lupu は、既に一九九四年の論文で、「分離主義には翳りが存する」という評価をしている⁽⁹⁹⁾。P.Hamburger も、二〇〇二年のシンポジウムで、その C.Lupu の論文を引用しながら、現在では、連邦最高裁判所が後退していることは、「はっきりしているようだ」と述べている⁽¹⁰⁰⁾。さらに、B. Ledewitz の（二〇〇九年—二〇一〇年）論文によれば、昨今では、憲法上の分離主義は実施し得ない、少なくともかつて程には実施し得ないというような一般的な感情が、

法思想家の中にあるということである。⁽¹⁰⁾

かつての熱に浮かされた譚言に似た分離主義への傾向に理論的に対抗し、分離主義の勢いを弱めた代表的人物として真っ先に上げられるのは、右の P.Hamburger である。彼は、その主張の中で、先ず、非歴史的論拠の問題として、政教分離が憲法上明示の根拠を有していないことを強調した。憲法規定そのものに注目して、政教分離など国教樹立禁止条項の数多くの「可能な」解釈の一つに過ぎないというのである。彼によれば、法的論拠となるものを公式に示している憲法は、政教分離ということばなど用いていない。そのことばは、国教樹立禁止から派生したことばおよび原理でもないのだ。大体、ある対象を他の上に格上げすることを意味する「樹立」ということばと二つの対象を引き離すことばである「分離」ということばとを対比すれば、明文にない政教分離が憲法上の根拠を欠くことは、瞭然であるというのである。次に、彼は、歴史的論拠の問題を論ずる。彼によれば、分離論者が歴史を持ち出すのは、それを持ち出さない限り、修正一条に根拠を示すものがないからである。それを持ち出すことによって、政教分離を国教樹立禁止条項の意味するところ、その条項の原則、内容、目標あるいは目的を説いているというのである。しかし、彼は、一八世紀後期に政教分離が真に追求されたわけではないという。一体、その世紀に求められたのは、信教の自由であって、その信教の自由の保障こそ、憲法の目的とされたというのである。国教制 (state establishment) においても、信教の自由を求める数多くの動きがあつたし、教会と国家の違いや断絶も認識されていて、「教会と国家との合一」に対する批判もあつたが、一般的なかたちでの政教分離の要求など、修正一条の審議のときを含めて、一八世紀後期には確認され得ないというのである。また、当時は、道徳が広く宗教に依存して理解されていたが、教会と国家との分離によつた示されたものは、政府をその道徳的な基盤から分離することであつたという。信教の自由を求め

た当時の殆どの異端は、今日的な政教分離の主張をしたわけではなかった。むしろ、教会と国家とが相当程度結びつくことを不可避かつ価値あるものと考える傾向にあって、制度的な政教の関わりの幾つかのものを拒絶しても、すべての結び付きを拒絶したわけではなかった。否、それどころか、宗教的な社会が市民の法を支え、市民の法が宗教的な社会を守る市民社会を望んだというのである。¹⁰²

P.Hamburger は、次に、教会と国家とを分離することの実行が不可能なことを説いた。その際、彼は、J.Madison に感化されて、憲法の価値を実行可能な制限を政府に対して課すことに限定する考え方があった。そして、政教分離について、それが物理的あるいは倫理的に不可能なことを要求する嫌いがあるとすれば、そのことによって政府を制限する筈の憲法に対する信頼が失われると考えたのである。彼によれば、「権利の章典」の多くの条項は、政府を規制することによって自由を保障しているが、政教分離ということばは、一般的に教会と国家との関係を禁止するものであって、政府だけを規制するものではない。彼は、そのように述べることによって、政教分離を憲法上相応しくないことばと考えるのであろう。それも、政府は、普通の人やその財産を守るように、教会やその財産を守ることがある。また、普通の人が、政治的にも倫理的にも発言したり請願したり等して政治に参加するように、教会も、政治的にも倫理的にも発言したり請願したり等して政治に参加することがある。教会と国家との関わりは、不可避というわけである。その不可避性は、連邦最高裁判所も認めたところである。Zorach v.Clauson, 1952 等が、¹⁰³それである。たとえば、Zorach 事件で、William O.Douglas 判事が、修正一条はあらゆる面で政教分離を命じているわけではないと述べている如くである。ともあれ、普通の日々においても、教会と国家の関わりは不可避であるが、政教分離は、その不可避の関わりを禁ずるものである。しかも、彼によれば、政教分離という考え方は、両者の無限の分離という

あり得ない期待を人々に与えるという。そのような期待から、人々は、たとえば、聖職者のロビー活動や政府による世俗的目的の教会支援等を政教分離の問題と解するようになる。宗教と関わり合う世俗的目的の政府の行為も違憲と考える彼らにとって、政府の行為は規制されておらず、「権利の章典」の中心的原理である筈の政教分離は侵されていることになる。にも拘わらず、その侵害が、連邦最高裁判所によって無視されていると考えるようになる。その結果、彼らにおいては、憲法に対する不信が生まれることになるというのである。彼は、そのようなことから、憲法の価値が損なわれることになることを憂慮する如くである。彼はまた、政教分離は人々の自由を脅かす結果をも齎すという。たとえば、宗教を持つ者の政治的発言等を躊躇させる萎縮効果を有するからである。その結果、言論の自由等が保障された意味が損なわれることになることを憂慮するのだ。要するに、彼は、実行不可能な政教分離は、憲法に対する信頼を損なう一方で、信教の自由を損なうという重大な結果を齎すというのである。⁽¹⁰⁴⁾

P.Hamburger は、第三に、政教分離ということに伴う諸教会すなわち宗教団体および特異な宗教等に対する差別について述べる。彼によれば、国教の樹立の禁止規定は、宗教、取り分け或るタイプの宗教に対するある種の差別およびペナルティとされる。それによって、政府の宗教に対する支援が認められなくなるからというのである。尤も、この点については、国教として樹立されなければ、国家による宗教に対する合理的な支援は合憲と思われるから、慎重な記述を要しよう。彼によれば、政教分離は、より以上にかなり直接的な差別およびペナルティであるとされる。修正一条の国教樹立の禁止が連邦議会を義務づけているのに対して、政教分離は、普通の人の捉え方では、国家だけではなく、直接に宗教にも負担を課すものとなるというわけである。教会による言論やプレスpressの自由や政府への請願等の権利が、制限されるというのである。その政教分離は、宗教間、取り分け特異な宗教を差別するものであり、ま

た、特に教会ということによって、宗教団体と（個人である）宗教人あるいは信教者とを区別する嫌いがあり、宗教と信仰心とを区別する嫌いがあるとされる。その際、前者に関連して、二〇世紀後半には、政教分離は、しばしばすべての宗教を政府から分離するものへと拡大されたようだという。しかし、その場合でさえも、それは、特異な宗教を政府から分離するものと解されたという。それも、特異な宗教を分離さえしていれば、政治と宗教との関わりは認められたから、歴史ある宗教団体と特異な宗教団体とは区別されることになったというのである。その結果として、個人および個人の信仰心も差別されることになったとされるのだ。また、政教分離においては、公金支出が社会保障、社会福祉、その他の支援についてなされる場合、その公金が個人に与えられその者によって宗教的に使用されたとしても問題とならないが、宗教団体に対する公金支出は、たとえ世俗的な目的であったとしても、問題とされることになる。その結果、個人と宗教団体との間に、差別が存することになるともされる。彼によれば、重婚を認める宗教に係る婚姻の問題⁽¹⁰⁵⁾や良心的な兵役拒否の問題⁽¹⁰⁶⁾に見られるように、取り分け個人に係る政教分離の問題は、想像するだに難しいとされる。これは、信者と教会とが不可分であることを前提とした論述と思われる。さらに、彼は続ける。このような差別が意味があり得るのは、一般化された精神的なものに殆ど不安を覚え、他方で、宗教および宗教組織に脅威が抱かれる場合である。特異な宗教においては、教義、教祖、組織の性格等が自由で民主的な政府に対する脅威となることや、宗教への随順の勧奨や個人の確信に不可欠な思考の独立や精神の自由が抑制されることが、恐れられるからである。ただ、より一般的に差別に意味があり得るのは、伝統的な宗教団体からの挑戦が脅威となり、近代的なるもの、取り分け進歩的な性格を有する真理への現代の確信に対して脅威となる場合とされる。それも、彼によれば、カソリックに対して不信がある場合には、殊に意味があるとされる。カソリックこそ、欧米でいわば宗教体制

の脅威を一般化させたものであったからだ。しかしながら、彼は、特異な宗教とか伝統ある既成宗教の脅威なるものは、憲法上認められる差別の根拠としては薄弱であるという。教義が公安や善良な秩序に有害な過度の行為を生じるに先立って、公吏は、市民政府の正当な目的を達成するために十分に関わり得るという理由からである。彼は、かつても現在も一部にある特異な宗教あるいはカソリックに対する脅威論が、宗教の内外からの政教分離への願望を強めたようであるとしながら、修正一条をそのようなことばによつて解釈することには、疑問を呈しているのだ。その際、彼は、カソリック等とその他というように諸宗教団体を分離して差別することは、しばしば宗教一般に対する差別となり、宗教に対するペナルティーとして機能するとされる⁽¹⁰⁷⁾。実際、或る教会が他の教会と政治との関わりを差別として否定すれば、それは、後者も前者の政治との関わりをも否定することとなり、そのようなことの繰り返しは、国家と宗教の分離を完全なものへと方向づけることになる。延いては、国家をして、間違はなく、世俗化の傾向を辿らせ、非宗教的なものへと導くことは、想像するに難くない。

最後に、P.Hamburger は、政教分離に係る歴史と偏見の問題を述べている。とりわけカソリックに対する偏見に関してである。彼によれば、政教分離ということばがアメリカの政治論争となつたのは、一八〇〇年の選挙の余波に伴つてのことであつた。そのことばは、当時、連邦主義者の聖職者たちが Jefferson を不信心で大統領に相応しくないと批判していたことに反応して生まれたものであつたのだ。共和主義者の側が、聖職者は宗教と政治とを分離し、あるいは、教会と国家とを分離すべきとする選挙運動上のことばとして反論したことを契機としたのである。一八〇二年の Jefferson の「分離の壁」で知られる書簡は、彼を批判した New England の聖職者に対する非難に外ならなかつたわけである。したがって、その文言は、必ずしも人々に一般的に親しまれたところではなかつたのだ。しかし、

一八四〇年代に入ると、カソリックによる政治の影響力や新たに移住して来たカソリックに対して反発したアメリカ人の間で、分離主義が恰もアメリカの理念であるかの如く高められた。アメリカ生まれのプロテスタントは、現地生まれの人の組織を結成したり、その他の反カソリックの者たちと連携したりして、自分たちの行動を棚上げにし、カソリックによる広範な政教結合に反対したのである。これらの反カソリックの動きに伴う偏見が、分離主義を憲法原理に高める一世紀余に及ぶ動きへの発端となったのである。その間、反カソリックの者たちは、教会と国家との分離を主張したものの、宗教あるいはキリスト教を国家から分離することには鈍感であった。その言行には、一貫性がなかったのだ。ただ、二〇世紀前半までに多くのプロテスタントやその他の反カソリックのキリスト者たちが想定した分離主義は、アメリカ人の信教の自由の保障を意味するものであった。もとより、分離論者には、プロテスタント、ユダヤ教徒その他の非キリスト教徒や無神論者もいた。彼によれば、すべての神学的なかつ政治的な自由主義者は分離論者であって、それらに共通していたのは、カソリックに対する恐怖感であった。また、そのような者たちの動きが、合衆国憲法の「権利の章典」の規定の州への適用を認める文化的な基盤を築いた。そのようにして発生した彼らのアメリカニズムとアメリカ的な自由¹⁰⁸に連邦最高裁判所も反応した。一九二〇年代に「権利の章典」の一部の自由が州にも適用されたこともあって、彼らがアメリカ的な原理として誇った修正一条の分離主義を一九四七年に州にも適用したのである。勢い、連邦最高裁判所において、分離主義が、暫時、幅を利かした。このようにして、政教分離ということばは、偏見の効果を永続かつ広範化させることに成功した。しかしながら、彼によれば、それが、修正一条の内容であったわけでは決してなかった。歴史は、むしろ、少数派であった福音教会派の緩やかな連合が信教の自由を求めていた時にできた修正一条の国教の樹立という文言が、直ちに分離主義を意図したわけではなかったことを示して

いるといふのである。⁽¹⁰⁹⁾

P.Hamburger は、そのような主張に続けて、法の解釈に伴ういろいろな問題について述べている。その際、彼は、真つ先に、記録に無いことばによつて憲法を解釈したり、超憲法上のことばを適用したりして、偏見が人々や裁判官に現れる場合の危険について警鐘を発している。それも、彼によれば、そのような偏見に対する人々あるいは裁判官による矯正の機会は異常に少ないという理由から、その危険は、聊か厄介であるとされる。彼は、憲法上のことばを拡大あるいは縮小して解釈するかなりの自由を認める。しかし、それは、専ら予備的なステップに過ぎないもので、それも、飽くまでも憲法上のことばを適用するものであつて、憲法にない他のことばを処することとは異なるという。これに対して、憲法にないことばは、憲法上のことばを解釈するために持ち込まれるもので、真の解釈ではないといふ如くである。

したがつて、P.Hamburger によれば、修正一条について政教分離に依拠した解釈の努力は過ちであり、それ故、専らその一条の文言によつて解釈することに意味があることになる。そして、その文言が達成し得ること、達成し得ないことを知ることには価値があるといふのである。そのような見解に立つて、歴史的根拠に基づいて教会と国家とを平等に規制する政教分離と異なり、国教樹立禁止の規定は、専ら連邦政府、それも連邦政府の殊更議會を規制し、それ故、国教の樹立に関する法律を禁止しているものであつて、宗教に関する法律を禁じているわけではないとされるのである。「権利の章典」上の二条から八条にかけての「権利」が行政や司法とも関わっていることは異なるといふわけである。もとより、彼は、その拡大あるいは縮小の解釈を認めるから、たとえば、立法について、いわゆる委任立法への拡大適用を認めている如く、それを連邦政府のあらゆる部分に拡大して解釈適用することを否定しない。

しかし、修正一条の連邦議会の通常の意味をその他の意味で解することについては、困難としている。また、彼は、二つの対象を持つ政教分離ということばは一つの対象に関する国教の樹立ということばに代わるものではなく、国教樹立禁止条項の意味するところは、飽くまでも、政府が国教を樹立することを禁止することであると述べている。⁽¹¹⁾

もとより、この Hamburger の見解に対する批判は、決して少なくない。これについての紹介は、紙数の都合上別の機会に譲り、結論を急ぐ。

おわりに

基本的に宗教心の強い人が多い合衆国でも、一九世紀の後半ないし二〇世紀の初期にかけて近代なるものが幅を利かせると共に、宗教の後退を予言したり、宗教は後退したと論ずる者が少なからず存在した。⁽¹²⁾ 新大陸も唯物論と無関係ではあり得なかったから、その影響を受けた無神論者の動きは、政治的面に限らず、宗教面でも活発化していた。それも、合衆国には、教会の相克にも長い歴史があった。そのような状況で、合衆国において、二〇世紀になるまで未だアメリカ人の一般的な理念となつたわけではなかつた政教分離への動きは、いわば自然であつたかも知れなかつた。しかし、およそ宗教や祭祀は、多くの人の感性や理性と不可分であり、それが集団化社会化し、暦とか休祭日とか祭り等に確認されるように、やがては、社会の制度とか慣習とか等の内容をなすものとなる。それが世俗化し、伝統あるいは習律となることもあるのだ。歴史の長い国と歴史の長い宗教あるいは祭祀とはかなりの程度に結びつく。そのような宗教あるいは祭祀に起源をもつ文化、伝統、習慣が、公認されることは少なくないのだ。新興のあるいは外来の宗教および無神論者にとっては、そのことが目の上のたん瘤に思える。そこで、元々、宗教が持つ絶対性と民

主義の相対主義とを両立させるためにキリスト教社会の知恵として生まれた政教分離主義が、漸次、そのような者たちにとって恰好のあるいは便宜的な闘争のイデオロギーであり手段となったのである。

宗教的な避難の地であったアメリカでは、宗教、とりわけプロテスタントと諸州との関係には格別のものがあつた。しかし、その新天地にも、カソリックの移民が増加し始めた。勢い、各州において、新旧キリスト教の相克が生じた。無神論者もその争いに加わつた。特に教育の問題は、宗教および政治の問題でもあつた。カソリックの移入者とその移入者およびその教義をアメリカ人の生活の方式に脅威と思う者たちとは、とりわけ教育の場で衝突したのだ。プロテスタントの教育方式に妥協できなかったカソリック教徒は、教区学校を設けて解決を図つた。そのような経緯の中で、教育に係る公的支援とその教区学校との関係は、当然に問題化した。Everson 事件は、そのようなほぼ一世紀にわたる衝突あるいは問題の解決が、連邦最高裁判所に求められた事件の一つであつた。⁽¹¹³⁾ その事件で、Black 判事は、Jefferson を引いて修正一条を政教分離禁止規定と解し、それを修正一四条を通じて州にも適用した。修正一条の州への適用については、その規定を連邦主義を具現したものとして、今日依然として異論もある。⁽¹¹⁴⁾ この点については、Black 法理に理由不尽の欠点があるものの、南北戦争とそれに伴う憲法修正とは憲法制定者たちが予想しなかつたところであり、南北戦争修正は連邦主義の修正をも意味したから、結論において誤りとはいえない。

Everson 事件における Black 判決以来、連邦最高裁判所は、宗教問題の戦場と化した。それも、政教分離主義が前面に躍り出て、国教の樹立の禁止以上に修正一条の内容をなしているかのように扱われる動きが生まれた。そして、それが、激しい論議を呼んだのだ。およそ法を解釈する場合、その正文、立法目的、正文の構成および立法の沿革は、その法律の合憲性を判断するために不可欠に考慮されるべきである。⁽¹¹⁵⁾ しかし、Black 判事には、そのような慎重さが

欠け、Everson 判決のための裁判官の評議から窺われるが、教会に与するわけには行かないという彼自身の決意のよ
うなものが先行していたようであった。そのために、彼は事実と虚構とを織り込んだ物語を作り上げたのである。⁽¹⁶⁾そ
の結果樹立された政教分離の高い壁は、いわば必然として合衆国あるいはその国民をして世俗化傾向を産み出した。
取り分け Lemon テストは、分離主義を絶対化こそしなかったが、その傾向を推進するものであった。そのような傾
向の中で、総じて厳格な分離を主張した裁判官としては、Black、Stevens、Brennan や Marshall を上げること
ができる。その厳格な分離に対しては、人事の変動もあつて、連邦最高裁判所でも批判的な判事が増えた。それに伴
い、その後、歴史的な証拠のテスト、是認のテスト、強制のテストといった新たな合憲性の審査基準が確認された。
Kennedy、Scalia、White とつた裁判官や Burger、Rehnquist とつた長官は、社会における宗教の意義を認めて
宗教の政治における存在を受け容れる融和を主張した者たちであった。そのような動きの中でも、宗教（あるいは宗
派）間や宗教と無宗教との間に差別を認めないいわゆる中立を主張する考え方は、底流に存在していた。この中立論
は分離論においても融和論においても利用された。しかし、その定義は、容易なようで容易ではない。中立論は、分
離論や融和論に比して、一見、客観性があり公正な理論に思え、それ自体は、支持されるべきものかも知れないが、
それでも、それが、たとえば、宗教と無宗教との中立をいう場合、事は、簡単ではない。中立論が立法の目的あるい
は意図の世俗性と結びつけば、中立の意味は、必ずしも明らかではなくなる。否、無宗教に加担することになるのだ。
また、宗教や祭祀は習俗化するから、中立論によつても、聖俗の識別の基準が不明である以上、合憲性の認否は、至
難となる。

ともあれ、国教樹立禁止規定の判決について、二〇〇六年、Steven G. Gey は、「法と宗教」のシンポジウムで、「今

では、連邦最高裁判所の国教樹立禁止規定判決が混乱していることは、明らかである。——絶望的に支離滅裂になり深刻な程に矛盾して。」と述べている。⁽¹¹⁸⁾ その翌年には、R.A.Hiltonも、二〇〇五年の同じ日に下された十戒に係る二つの事件に触れながら、連邦最高裁判所の判決を複雑で、一貫性に欠け、予見し難い⁽¹¹⁹⁾という評価をしている。連邦最高裁判所には、ある種の混沌があるのだ。それでも、昨今の傾向として、その連邦最高裁判所は、歴史性あるいは伝統に配意して、厳格な「分離の壁」を高める作業に精力を注入してはいないようである。否、その壁は、低くあるいは薄くなっているのだ。しかし、他方では、政教分離主義が既に国民の脳裏に深く刻まれていることから、それを根拠とした法廷闘争は絶えず、そのことによって国民の世俗化は進んでいるようである。⁽¹²⁰⁾

(1) Bradfield v. Roberts, 175 U.S.291 (1899); Quick Bear v. Leupp, 210 U.S.50(1908) with two others involving Establishment Clauses (Reynolds v. United States, 98 U.S.145 (1879) and *Permoli v. Municipality No. 1*, 44 U.S.(3 How.)589(1845) citing James J.Knicely, “FIRST PRINCIPLES” AND THE MISPLACEMENT OF THE “WALL OF SEPARATION”: TOO LATE IN THE DAY FOR A CURE?, 52 Drake L.Rev.171, at 173(Winter 2004).

(2) その後の半世紀余では、政教問題に係る訴訟は、五〇件以上になった (J.J.Knicely, *ibid.* at 173)。二〇〇七年の Russell A.Hilton の論文によれば、最初一五〇年間に三十一件だったものが、Everson 判決以来、一二〇件以上になったというところである (THE CASE FOR THE SELECTIVE DISINCORPORATION OF THE ESTABLISHMENT CLAUSE: IS EVERSON A SUPER-PRECEDENT?, 56 Emory L.J.1701, at 1701-1702(2007)。

(3) わが最高裁判所は、「一般に、政教分離原則とは、およそ宗教や信仰の問題は、もともと政治的次元を超えた個人の内心にかかわることがらであるから、世俗的権力である国家（地方公共団体を含む。（省略））は、これを権力の彼方におき、宗教そのものに干渉すべきでないとする、国家の非宗教性ないし宗教的中立性を意味するものとされている。」とし、日本国憲法

も国家と宗教との分離を制度として保障していると解する（最大判昭五二・一〇七・一一三 <http://www.courts.go.jp/>）。

(4) USA Constitution Arts. VI③, II 1⑧.

The oath of office of the President of the United States:

“I solemnly swear (or affirm) that I will faithfully execute the Office of President of the United States, and will to the best of my ability, preserve, protect and defend the Constitution of the United States”, with the customary words, “So help me God”.

TITLE28. PART I. CHAPTER 21. § 453. Oaths of justices and judges:

Each justice or judge of the United States shall take the following oath or affirmation before performing the duties of his office: “I, XXX XXX, do solemnly swear (or affirm) that I will administer justice without respect to persons, and do equal right to the poor and to the rich, and that I will faithfully and impartially discharge and perform all the duties incumbent upon me as XXX under the Constitution and laws of the United States. So help me God.” *フランクリン・ピアース* “affirm” (確言する) ことにより、*フランクリン・ピアース* 無神論者に配慮したものであるが、これを用いた大統領は、Franklin Pierce だけである。

(5) THE CHATERS OF FREEDOM, “United States Declaration of Independence” ([http:// www.archives.gov/exhibits/charters/declaration_transcript.html](http://www.archives.gov/exhibits/charters/declaration_transcript.html))

(9) See, *Church of the Holy Trinity v. United States*, 143 U.S.457, at 470(1892)(quoting *Updegraph v. the Commonwealth*, 11 Serg. &Rawle394, at 400(Pa.1824). Raymond W.Kaselonis. Jr., *EVERSON AND “THE WALL OF SEPARATION BETWEEN CHURCH AND STATE”: THE SUPREME COURT’S FLAWED INTERPRETATION OF JEFFERSON’S LETTER TO THE DANBURY BAPTIST*, 17 Regent U.L.Rev.101, at 114(2004-2005).

(7) R.W.Kaselonis, supra note 6, at 114. See, *Updegraph v.Commonwealth*, 1824 WL 2393(Pa.1824).

(8) *Everson v.Board of Ed.of Ewing Tp.*, 330 U.S.1(1947).

(9) 一八世紀および一九世紀には、分離主義の確定的定義はなく、それには、国家から教会を守ることで、国家および教会の双

方から宗教信者の良心の自由を守ること、教会から国家を守ること、地方の宗教問題に関して連邦政府の干渉から州を守ること、歓迎されざる宗教に対する支援および宗教への参加から社会を守ることの類型が存したようである (J.Witte, Jr., *infra* note 16, at 1889-1891)。

(10) Everson, 330 U.S.1.

(11) 98 U.S.145, at 164(1878).

Reynolds 事件が、Jefferson を宗教に係る事件で登場させた最初の事件であった (David Reiss, JEFFERSON AND MADISON AS ICONS IN JUDICIAL HISTORY: A STUDY OF RELIGION CLAUSE JURISPRUDENCE, 61 Md. L. Rev.94, at 95(2002))。

(12) Everson, 330 U.S., at 13.

(13) Ibid., at 15-16.

(14) Ibid., at 17.

(15) Ibid., at 18.

(16) Regina F.Speagle, (Comment)WAGING WAR IN AMERICA'S CLASSROOMS: RECOGNIZING THE RELIGIOUS RIGHTS OF CHILDREN, 31 Cumb. L.Rev.123, at 147(2000-2001).

Madison は、宗教活動における寛容を規定した Virginia の権利の宣言一六条や修正一条の国教樹立禁止条項に深く関わった人物であり、大統領時代に教会の州への編入を認めた人物である (Stuart W.Bowen, Jr., IS LEMON A LEMON? CROSSCURRENTS IN CONTEMPORARY ESTABLISHMENT CLAUSE JURISPRUDENCE, 22 St. Mary's L.J.129, at 137-138, 141(1990))。彼は、Jefferson と共に、キリスト教の安息日に係る立法にも賛成している (Chief Justice Warren citing McGowan v.State of Md.366 U.S.420, at 438 (1961))。

Daniel L.Dreisbach の著書は手元にはないが、彼は、Jefferson の書簡を政教分離主義と結びつけて解し、修正一条の制定者たちの意図を述べたと解したようである (John Witte, Jr., 2003 Survey of Books Relating to the Law X. LAW AND

RELIGION THAT SERPENTINE WALL OF SEPARATION, 101 Mich. L.Rev.1869, at 1874-1875(May, 2003))°

(17) Daniel L.Dreibach, THOMAS JEFFERSON AND BILLS NUMBER 82-86 OF THE REVISION OF THE LAWS OF VIRGINIA, 1776-1786: NEW LIGHT ON THE JEFFERSONIAN MODEL OF CHURCH-STATE RELATIONS,69 N. C.L.Rev.159, at 161, 197(November, 1990).

(18) D. L.Dreibach, Jon D.Whaley, WHAT THE WALL SEPARATES:A DEBATE ON THOMAS JEFFERSONS “WALL OF SEPARATION” METAPHORE [A]GREEMENT, IN THE ABSTRACT, THAT THE FIRST AMENDMENT WAS DESIGNED TO ERECT A “WALL OF SEPARATION BETWEEN CHURCH AND STATE”, DOES NOT PRECLUDE A CLASH OF VIEWS AS TO WHAT THE WALL SEPARATES. JUSTICE FELIX FRANKFURTER, 16 Const. Comment.627, at 657-658(Winter 1999) .

(19) D.L.Dreibach, supra note 17, at 187.

(20) 彼の墓碑に於て 次のやうに記されてゐる (D.L.Dreibach, supra note 17, at 160).

Here was buried Thomas Jefferson

Author of the Declaration of American Independence

Of the Statute of Virginia for Religious Freedom

And Father of the University of Virginia

(21) Julie A.Oseid, THE POWER OF METAPHOR: THOMAS JEFFERSON’S “WALL OF SEPARATION BETWEEN CHURCH & STATE”, 7 J. Ass’n Legal Writing Directions123, at 134(Fall, 2010).

(22) Robert L. Cord, Howard Ball, (Debate)THE SEPARATION OF CHURCH AND STATE: A DEBATE, 1987 Utah L.Rev.895, at 901(1987).

(23) David. Barton, (Symposium on Religion in the Public Square) THE IMAGE AND THE REALITY: THOMAS JEFFERSON AND THE FIRST AMENDMENT, 17 Notre Dame J.L.Ethics & Pub. Pol’y 399, at 403(2003).

- (24) See, Douglas G.Smith, (Book Review) THOMAS JEFFERSON'S RETROSPECTIVE ON THE ESTABLISHMENT CLAUSE, 26 Harv.J.L. & Pub.Pol'y 369, at 379(Winter,2003).
 - (25) See, Carol A.Hudson, (Note)FROM EVERSON TO DAVEY: THE ROAD IS LONG, WITH MANY A WINDING TURN, THAT LEADS US TO WHO KNOWS WHERE,WHO KNOWS WHEN, 40 Tulsa L.Rev.343, at 351(Winter 2004).
 - (26) See, D. G.Smith, supra note 24, at 372.
 - (27) E.Corwin citing Donald L. Drakeman, EVERSON v. BOARD OF EDUCATION AND THE QUEST FOR THE HISTORICAL ESTABLISHMENT CLAUSE, 49 Am. J. Legal Hist. 119, at 120(April, 2007).
「一九四〇年 Cantwell v.Connecticut, 1940 において、連邦最高裁判所は、信教の自由を州にも適用し (310 U.S.296, at 304(1940))、その七年後、Everson 事件では、国教樹立禁止をも州に適用した (Everson, 330 U.S., at 8)」。R. A. Hilton, supra note 2, at 170 1(2007).
 - (28) See, Keith O.McArtor, A CONSERVATIVE STRUGGLES WITH LEMON: JUSTICE ANTHONY M.KENNEDY'S DISSENT IN ALLEGHENY, 26 Tulsa L.J.107, at 114 (Fall, 1990).
 - (29) Everson, 330 U.S.1(1947).
 - (30) Ibid.
- Black 判事は、権利の章典の修正八条までのすべてについて、修正一四条を通じて州に適用するいっさいを主張するいわば全編入 (total incorporation) 論者であった (Adanson v.California, 332 U.S.46, at 66-123(1947)(Black, J., dissenting))。
- (31) Ira C.Lupu, THE LINGERING DEATH OF SEPARATIONISM, 62 Geo.Wash.L.Rev. 230, at 233(January, 1993).
 - (32) Sch. Dist. of Abington Tp., Pa. v.Schempp. 374 U.S.203, at 222(1963).
 - (33) See, Board of Ed. of Central School Dist. No. 1 v.Allen, 392 U.S.236, at 243(1968); Walz v.Tax Commission of City of New York, 397 U.S.664, at 672(1970).
 - (34) Lemon, 403 U.S., at 614 citing Zorach v.Clauson, 343 U.S.306, at 312(1952). See, Sherbert v. Verner, 374 U.S.398, at

422(1963)(Harlan, J., dissenting).

(35) *Lemon*, 403 U.S., at 612-613.

(36) *Wallace v. Jaffree*, 472 U.S.38(1985); *Estate of Thornton v. Caldor, Inc.*, 472 U.S.703 (1985); *Sch. Dist. of Grand Rapids v. Ball*, 473 U.S. 373 (1985).

(37) *Scalia 判事は* ‘*Thomas 判事も加わった Lamb’s Chapel v.Center Moriches Union Free Sch. Dist.*, 113, at 398(1993)における同意意見で’、再三再四殺され埋められた後、幾度となく墓中で起きていて足を引きずり迷い出る深夜恐怖映画のある種悪鬼のよう’に、*Lemon* が、‘*またしても*’、我々の国教樹立禁止条項の判決録に忍び寄っていることを述べている。

(38) *Lynch v.Donnelly*, 465 U.S.668, at 688-689(1984)(O’Connor, J., concurring). See, *Cynthia V.Ward, COERCION AND CHOICE UNDER THE ESTABLISHMENT*, 39 U.C.Davis L.Rev.1621, at 1628-1629 (April, 2006).

(39) 彼らも、学校を宗教を志向した映画に利用するべきことを拒んだという教会によつて憲法上の権利を侵したとして訴訟を提起された事件では、*Lemon* テストの適用を支持している (*Lamb’s Chapel*, 508 U.S.)。しかし、州の議事堂敷地の十戒を刻んだモニュメントの展示が争われた *Van Orden v.Perry*, 545 U.S.677(2005) では、その適用に反対している。

(40) *Joanna S.Smith*, (Casenote)THE INHERENT IRONY IN THE COURTROOM-THOU SHALT. DO AS I SAY, NOT AS IBID. O: AMERICAN CIVIL LIBERTIES UNION V.ASHROOK, 22 T.M.Cooly L.Rev.55, at 86(Hiraly Term 2005).

(41) See, *Adam M.Conrad*, (Note) HANGING THE TEN COMMANDMENTS ON THE WALL SEPARATING CHURCH AND STATE: TOWARD A NEW ESTABLISHMENT CLAUSE JURISPRUDENCE, 38 Ga. L. Rev. 1329,, at 1334; *Wirt P.Marks*, THE LEMON TEST REARS ITS UGLY HEAD AGAIN: LAMB’S CHAPEL V. CENTER MORICHES UNION FREE SCHOOL DISTRICT, 27 U.Rich.L. Rev. 1153(1993).

(42) 465 U.S.668, at 278-679(1984). See, *Wallace*, 472 U.S., at 68(O’Connor, J., concurring).

(43) *Meek v.Pittenger*, 421 U.S.349, at 358(1975)。この事件では、*Lemon* テストの主要な効果によつて問題の法律を無効にすることが (ibid. at 365-366)。

- (44) 456 U.S.228(1982).
- (45) Valley Forge Christian College v. American United for Separation of Church and State, Inc., 454 U.S.464(1982).
教科書購入等に連邦税を使用することが問題となった *Last v. Cohen*, 392 U.S.83 (1968) では、納税者が当事者適格を認めた
が、本件では、分離主義者の当事者適格は否定されたのである。
- (46) Larson, 456 U.S.228, at 244(1982).
- (47) See, Jeremy Patrick-Justice, STRICT SCRUTINY FOR DENOMINATIONAL PREFERENCES: LARSON IN RETROSPECT, 8 N.Y.City L.Rev.53, at 56,57,110(Summer 2005) ;Jon Veen, (Note)WHERE DO WE GO FROM HERE? THE NEED FOR CONSISTENT ESTABLISHMENT CLAUSE JURISPRUDENCE, 52 Rutgers L.Rev.1195, at 1200 (Summer, 2000).
- (48) See, Richard F. Duncan, THE “CLEAREST COMMAND” OF THE ESTABLISHMENT CLAUSE: DENOMINATIONAL PREFERENCES, RELIGIOUS LIBERTY, AND PUBLIC SCHOLARSHIPS THAT CLASSIFY RELIGIONS, 55 S. D.L.Rev.390, at 393(2010).
- (49) Hernandez v.C.I.R., 490 U.S.680, at 695(1989).
O'Connor 判事の同意意見は、違法な「宗派の優先」として厳格な審査が必要とされるのは、制定法あるいは政府の行為が
宗教間に意図的な差別がはつきりと具現している場合だけであると述べている (Lynch, 465 U.S., at 688(O'Connor,J.,
concurring))。
- (50) Larson, 456 U.S., at 247.
- (51) Ibid. at 246.
動物を生贄に捧げる宗教があつたとしても、住宅地区での動物の殺戮を禁じた法律は、中立的な文言で規定されている限り、
宗派の優先を意味することはない。
- (52) Marsh v.Chambers, 463 U.S.783(1983).

- (33) Russell W. Galloway, Jr., BASIC ESTABLISHMENT CLAUSE ANALYSIS, 29 Santa Clara L.Rev.845, at 862(Fall, 1989).
 - (34) Marianna Moss, HOW ARE REASONABLE CHILDREN COERCED? THE DIFFICULTY OF APPLYING THE ESTABLISHMENT CLAUSE TO MINORS, 10 U.C.Davis J.Juv.L.& Pol'y 379, at 388(Summer 2006).
 - (35) R.W.Galloway, Jr., *supra* note 53, at 791, 801-802.
 - (36) Walz v. Tax Comm'n of New York City, 97 U.S.664(1970).
 - (37) Marsh, 463 U.S. at 790.
 - (38) 533 U.S.98(2001).
 - (39) 536 U.S.639(2002).
 - (40) Lynch, at 688.
 - (41) *Ibid.*
 - (42) Wallace, 472 U.S., 38, at 70(1984)(O'Connor, J., concurring in the judgment).
Steven D.Smith & Neal R.Feigenson & Vincent Phillip Muñoz *vs.* O'Connor の取捨のハートや対話のハート (no endorsement test) *vs.* (S.D.Smith, SYMB OL S, PERCEPTIONS, AND DOCTR I NAL ILLUSIONS: ESTABLISHMENT NEUTRALITY AND THE 'NO EN DORSEMENT'TEST,86 Mich. L.Rev.266(November, 1987); N.R.Feigenson, POLITICAL STANDING AND GOVERNMENT AL ENDORSEMENT OF RELIGION: AN ALTERNATIVE TO CURRENT ESTABLISHMENT CLAUSE DOCTR I N E, 40 DePaul L.Rev.53(Fall, 1990); V.P.Muñoz, THOU SHALT NOT POST THE TEN COMMANDMENTS? MCREARY, VAN ORDEN, AND THE FUTURE OF RELIGIOUS DISPLAY CASES, 10 Tex. Rev.L.& POL.157, at 369 (Sp ring, 2006)).
- なぞ、O'Connor は、「是認テストは、政府が法律や政策を作るときに宗教を認め若しくは考慮することを排除しない。それは、政府が宗教若しくは宗教的信念を厚遇し若しくは優遇するメッセージを伝え若しくは伝えようとする試みを排除するのである。」と定義している (Wallace, 472 U.S., at 70(O'Connor, J., concurring in the judgment))。

- (63) Lynch, 465 U.S., at 690(O'Connor, J., concurring).
 - (64) Wallace v. Jaffree, 472 U.S.38(1985). この事件では、公立学校で祈りをもって授業を始めることにしている法律が無効とされた。
 - (65) Wallace, 472 U.S., at 67, 83 (O'Connor, J., concurring in the judgment).
 - (66) 474 U.S.481, at 755(1986)(O'Connor, J., concurring in part and concurring in the judgment).
 - (67) Santa Fe Independent School Dist. v.Doe, 530 U.S.290, at 308(2000); McCreary County. Ky.v.American Civil Liberties Union of Ky. 545 U.S.844, at 862.
 - (68) County of Allegheny v.American Civil Liberties Union Greater Pittsburgh Chapter, 492 U.S.573(1989).
 - (69) Allegheny, 492 U.S., at 620.
 - (70) Ibid.at 630(O'Connor, J., concurring).
 - (71) 515 U.S.753, at 755,779(1995).
- 二〇〇三年、十戒を含む飾りの展示が問題となった事件で、第三巡回裁判所は、Pinette 法理の影響を受け、是認テストが適用される「観察者」を不法行為上の「分別ある人」に似ているとして、時として無分別なことを営むすべての通常の人と同じではないとして、「集団的」ということばに括弧を付しながら、「集団的な」社会の思慮分別によって決定される分別ある行動を含む共同体の理想を擬人化したものと述べている (Freethought Soc. of Greater Philadelphia v.Chester County, 334 F.3d 247, at 259 (C.A.3(Pa.),2003).)
- (72) K.K.Wendela, CONTEXT IS IN THE EYE OF THE BEHOLDER: ESTABLISHMENT CLAUSE VIOLATIONS AND THE MORE-THAN- REASONABLE PERSON, 80 Chi.-Kent L.Rev.981(2005)
 - (73) Harvard Law Review Association, (E. Establishment of Religion) PRIVATELY SPONSORED RELIGIOUS DISPLAYS IN PUBLIC FOR, 109 Harv. L. Rev. 170(November, 1995).
 - (74) ILLUSIONS: ESTABLISHMENT NEUTRALITY AND THE 'NO ENDORSEMENT' TEST,86 Mich.L.Rev.266

(November, 1987).

- (5) Allegheny, 492 U.S., at 669(Kennedy, J., concurring in the judgment and dissenting in part).
- (6) See, *ibid.* at 664, 669(Kennedy, J., dissenting).
- (7) The opinion of the Court delivered by Kennedy, J., in *Lee v. Weisman*, 505 U.S.577, at 593, 596-597(1992).
- (8) Allegheny, 492 U.S., at 660(Kennedy, J., dissenting).
- (9) Weisman, 505 U.S.577(1992).
- (10) *Ibid.* at 577-578.
- (11) Santa Fe, 530 U.S., at 290.
- (12) See, *Good News Club v. Milford Cent. Sch.*, 533 U.S. 98, 120-21 (2001) (Scalia, J., concurring); *Adler v. Duval County Sch. Bd.*, 250 F.3d 1330, 1335-36 (11th Cir. 2001); *Child Evangelism Fellowship v. Montgomery County Pub. Sch.*, 373 F.3d 589, 597-98 (4th Cir. 2004); *Elk Grove Unified Sch. Dist. v. Newdow*, 542 U.S. 1, 45, 47-54 (2004) (Thomas, J., concurring); *Books v. Elkhart County*, 401 F.3d 857, 867-70 (7th Cir. 2005) (Easterbrook, J., dissenting) (establishment entails coercion); *Van Orden v. Perry*, 545 U.S. 677, 692, 693 (2005) (Rehnquist, C.J., plurality opinion & Thomas, J., concurring); *ibid.* at 707, 733 n.35 (Stevens, J., dissenting) (presenting a limited critique of the coercion test); *Lee v. Weisman*, 505 U.S. 577, 592-99 (1992); *ibid.* at 599, 604-05 (Blackmun, J., concurring); *ibid.* at 609, 618-21 (Souter, J., concurring); *ibid.* at 631, 632-46 (Scalia, J., dissenting); *Card v. City of Everett*, 520 F.3d 1009, 1013 (9th Cir. 2008) (criticizing the Lemon test); *Nurre v. Whitehead*, 580 F.3d 1087, 1094 n. 5 (9th Cir. 2009); *Green v. Haskell County Bd. of Comm'rs*, 574 F.3d 1235, 1236, n.3 (10th Cir. 2009) (denying rehearing en banc); *Green v. Haskell County Bd. of Comm'rs*, 574 F.3d 1235, 1236, n.3 (10th Cir. 2009) (denying rehearing en banc) citing partly *R.George Wright, WHY A COERCION TEST IS OF NO USE IN ESTABLISHMENT CASES*, 41 *Cumb.L.Rev.*193FN1(2010-2011).
- (13) *Brown 大学いかなるYale 大学 Eugene Rostow 法廷部員いかなる一九六二年の講義いかなる用法* (Carolyn A.Deverich,

(Comment) ESTABLISHMENT CLAUSE JURISPRUDENCE AND THE FREE EXERCISE DILEMMA: A STRUCTURAL UNITARY-ACCOMMODATIONIST ARGUMENT FOR THE CONSTITUTIONALITY OF GOD IN THE PUBLIC SQUARE, 2006 B.Y.U.L.Rev.211, at 226FN97(2006)).

Deverich ㄆㄣ' Walter Rostow ㄅㄛㄣ' Eugene Rostow ㄅㄛㄣㄣ'.

(ㄆ) Richard F.Suhrrinrich, T.Melindah Bush, THE OHIO MOTTO SURVIVES THE ESTABLISHMENT CLAUSE, 64 Ohio St.L.J.585, at 586FN7(2003).

(ㄇ) See, Caroline Mala Corbin, CEREMONIAL DEISM AND THE REASONABLE RELIGIOUS OUTSI ER, 57 UCLA L.Rev. 1545, at 1552(August, 2010).

(ㄏ) Lynch, 465 U.S., at 716(Brennan, J., dissenting).

(ㄏ) C. M. Corbin, supra note 85, at 1546; Elk Grove Unified School Dist. v.Newdow, 542 U.S.1, at 37(O'Connor, J., concurring in the judgment).

(ㄏ) Newdow, 542 U.S., at 37(O'Connor, J., concurring in the judgment).

(ㄏ) See, B.Jessie Hill, OF CHRISTMAS TREES AND CORPUS CHRISTI: CEREMONIAL DEISM AND CHANGE IN MEANING OVER TIME, 59 Duke L.J.705, at 717(January, 2010).

(ㄏ) McCreary County. Ky.v.American Civil Liberties Union of Ky.545 U.S.844(2005).

(ㄏ) Van Orden v.Perry, 545 U.S.677(2005).

(ㄏ) Everson, 330 U.S., at 33(Rutledge, J., dissenting).

(ㄏ) J.P.Justice(Cutting-Edge Issues in Public Interest Lawyering) STRICT SCRUTINY FOR DENOMINATIONAL PREFERENCES: LARSON IN RETROSPECT, 8 N.Y.City L.Rev. 53(Summe r 2005).

(ㄏ) See, Mark David Hall, (Symposium: Disentangling Church and State: Have the Courts Done Enough?: JEFFERSONIAN WALLS AND MADISONIAN LINES: THE SUPREME COURT'S USE OF HISTORY IN RELIGION CLAUSE CASES,

85 Or.L.Rev.563(2006).

(5) Overview of Appeals to History in Religion Clause Cases

Reference	Establishment	Free Exercise	Combined Establishment and Free Exercise Cases	Total
	Cases	Cases		
Founders	177	35	3	215
Context	120	68	2	190
Madison	173	16	0	189
Jefferson	94	18	0	112
Washington	19	2	0	21
J. Adams	6	1	0	7
G. Mason	4	2	0	6
R. Williams	5	1	0	6
Sherman	3	0	0	3
Ellsworth	1	2	0	3
Gerry	3	0	0	3
D. Carroll	3	0	0	3
Franklin	1	1	0	2
Iredell	2	0	0	2
Huntington	2	0	0	2
Livermore	2	0	0	2
J. Allen	1	0	0	1
S. Adams	1	0	0	1
F. Ames	1	0	0	1
I. Backus	0	1	0	1

Benson	0	1	0	1
Boudinot	1	0	0	1
Hamilton	1	0	0	1
P. Henry	1	0	0	1
R. H. Lee	1	0	0	1
J. Jay	1	0	0	1
Pendleton	1	0	0	1
Spence	1	0	0	1
Wythe	1	0	0	1
Witherspoon	0	1	0	1
Sylvester	1	0	0	1
J. Marshall	1	0	0	1
Rutledge	1	0	0	1
Sullivan	1	0	0	1
Vining	1	0	0	1
Total	631	149	5	785

(Mark David Hall, JEFFERSONIAN WALLS AND MADISONIAN LINES: THE SUPREME COURT'S USE OF HISTORY IN RELIGION CLAUSE CASES, 85 Or.L.Rev.563, at 568(2006)).

(96) この場合、修正一条の宗教規定については、その核心的内容としての「分離」の理論、その派生的産物、本来的規範としての「分離」の理論、その規範としての進化発展としての「分離」の理論 (Kent Greenwalt, HISTORY AS IDEOLOGY: PHILIP HAMBURGER'S SEPARATION OF CHURCH AND STATE, 93 Cal.L.Rev.367, at 367 — 370(January, 2005)) 及び離否定の理論が考えられる。

(97) See, Daniel L. Dreisbach, (Book Review) PHILIP HAMBURGER. SEPARATION OF CHURCH AND STATE.

CAMBRIBID. GE: HARVARD UNIVERSITY PRESS, 2002. XIII, 514 PP. \$57.50 (CLOTH); \$19.95 (PAPER)

- (8) P.Hamburger, (Symposium Beyond Separatism: Church and State)SEPARATION AND INTERPRETATION, 18 J.L.& Pol.7(Winter 2002).
- (9) Ira C. Lupu, The Lingering Death of Separationism, 62 Geo. Wash. L. Rev. 230, 256, 267 (1994). See, I.C. Lupu, THE LINGERING DEATH OF SEPARATIONISM, 62 Geo. Wash. L. Rev. 230, at 267(January, 1993).
- (10) P.Hamburger, supra note 98, at 8-9.
- (11) Bruce Ledewitz, THE NEW NEW SECULARISM AND THE END OF THE LAW OF SEPARATION OF CHURCH AND STATE, 28 Buff. Pub. Int. L.J.1(2009-2010).
- (12) P.Hamburger, supra note 98, at 11-17.
- (13) Zorach v. Clauson, 343 U.S. 306, at 312(1952); Lemon, 403 U.S. at 614; Lynch v. Donnelly, 465 U.S. 668, at 673(1984).
- (14) P.Hamburger, supra note 98, at 17-23.
- (15) Reynolds, 98 U.S.145(1878).
- (16) Sherbert, 374 U.S.398(1963).
- (17) See, P.Hamburger, supra note 98, at 23ff..
- (18) Gilow v.New York, 268 U.S.652(1925).
- (19) See, P.Hamburger, supra note 98, at 28ff..
- (10) See, ibid. at 37ff..
- (11) See, ibid. at 47ff..
- (12) See, Bryan R.Wilson, RELIGION IN A SECULAR SOCIETY: A SOCIOLOGICAL COMMENT(1966); John Micklewart & Adrian Wooldrige, GOD IS BACK: HOW THE GLOBAL REVIVAL OF FAITH IS CHANGING THE WORLD(2009), etc..
- (13) Donald L. Drakeman, supra note 27, at 119f.123-124.

(114) Harvard Law Review Association, RETHINKING THE INCORPORATION OF THE ESTABLISHMENT CLAUSE: A FEDERALIST VIEW, 105 Harv. L.Rev. 1700(May, 1992); Nina S.Schultz, (Note)DAVEY'S DEVIANT DISCRETION:AN INCORPORATED ESTABLISHMENT CLAUSE SHOULD REQUIRE THE STATE TO MAINTAIN FUNDING NEUTRALITY, 81 Ind. L.J. 785(Spring, 2006).

(115) See, General Dynamics Land Systems, Inc.v.Cline, 540 U.S.581, at 600(2004).

(116) See, D.L.Drakeman, supra note 27, at 119.

(117) L.H.LaRue, (Speech)TELLING STORIES ABOUT CONSTITUTIONAL LAW, 26 Tex. Tech. L. Rev. 1275, at 1277((1955).

(118) S.G.Gey, RECONCILING THE SUPREME COURT'S FOUR ESTABLISHMENT CLAUSES, 8 U.Pa.J.Const. L.725(August, 2006).

(119) R.A.Hilton, supra note 2, at 1702.

(120) See, B.Ledewitz, supra note 101, at 1 ff.