神戸市外国語大学 学術情報リポジトリ

国教禁止条項と原告適格：過去と現在

メタデータ	言語: Japanese 出版者: 公開日: 2014-03-01 キーワード (Ja): キーワード (En): 作成者: 山口, 智, Yamaguchi, Satoru メールアドレス: 所属:
URL	https://kobe-cufs.repo.nii.ac.jp/records/1800

This work is licensed under a Creative Commons Attribution-NonCommercial-ShareAlike 3.0 International License.

国教禁止条項と原告適格：過去と現在

山　口　　智

1.　従来の状況
　1）フロスィンガム判決：連邦納税者訴訟の否定
　2）埋もれたドリマス判決
　3）フラスト判決：変革か例外か
　4）ヴァリー・フォージュ判決：再び歯止めを図る
2.　連邦最高裁の消極化
　1）ニュードウ判決：監護権が弱い父親に原告適格はない
　2）ブオーノ判決：私人に譲渡される国有地の十字架を争えるか
　3）ハイン判決：行政措置は争えない
　4）ウイン判決：税額控除は争えない
3.　フラスト判決、そして最高裁の行方

アメリカ合衆国憲法修正 1 条の国教禁止規定[1]をめぐる訴訟について、連邦最高裁判所は従来緩やかに原告適格を認める傾向にあったが、21 世紀に入り、相次いで原告適格を否定する判例が現われている。これらの判例は、いかなる意味を持つことになるのであろうか。

1.　従来の状況

1）フロスィンガム判決：連邦納税者訴訟の否定

日本でも、いわゆる政教分離原則をめぐる訴訟形式の問題がある。津地鎮祭訴訟最高裁判決によると、政教分離原則は「制度的保障」であって、権利を保障するものではないとされる[2]ため、同原則違反を裁判で争うのは容易ではない。地方公共団体による宗教的行為については、財務会計に関わっている場合には住民訴訟（地方自治法 242 条の 2）を利用できるものの、国について、住民訴訟に相当する制度は存在しない。殉職自衛官合祀訴訟やいわゆる靖國訴訟では「宗教的人格権」の侵害が主張されたが、判例は認めていない[3]。そのため、

1　「連邦議会は、国教の樹立…に関する法律を制定してはならない」。
2　最大判 1978（昭和 53）年 7 月 13 日・民集 31 巻 4 号 533 頁以下、539-540 頁。
3　ただし殉職自衛官合祀訴訟判決は、宗教的人格権の存在をほぼ否定しながら憲法判断を行なっている（最大判 1988〔昭和 63〕年 6 月 1 日・民集 42 巻 5 号 277 頁）。他方、小泉首相の靖國神社参拝についての最高裁判決は、権利侵害を否定して憲法判断をしていない（最 2 判 2006〔平成 18〕年 6 月 23 日・集民 220 号 573 頁）。

国に対する納税者訴訟を認めるべきとの主張[4]もあるが、かつてのアメリカにも同様の状況があった。1923 年の Frothingham v. Mellon 判決は、連邦の納税者が連邦法の合憲性について争う原告適格を持たないと判断していたのである。

フロスィンガム訴訟では、出産医療基金に対する連邦の支出が連邦議会の権限を逸脱し、州権を侵害するとして争われた。当時しばしば見られた、連邦議会や政府による社会政策を違憲と主張する訴訟の一つである。

サザランド判事の法廷意見は、連邦の納税者訴訟は、地方自治体の納税者訴訟とは異なることを強調した。第一に、訴えの内容が多くの市民の共有する一般的なものであること、第二に、係争行為による納税義務の変動が微々たるものであり、明確な損害を欠いていること、第三に憲法問題の主張が抽象的なこと、である[5]。そして権力分立の原理から、三権のいずれも他の領域を侵してはならず、本件は憲法 3 条に言う、連邦裁判所が管轄権を有する争訟には当たらないとした[6]。

ただ、判決の論理は必ずしも説得力があるとは言えなかった。判決が連邦と自治体を区別したのは、すでに州及び連邦裁判所の判例が、自治体納税者の資格に基づく訴訟を認めていたことが一因だった。19 世紀末には、連邦最高裁自身が、自治体納税者訴訟により国教禁止条項違反を争うことさえ認めていた[7]のである。しかし、訴えの一般性にせよ、勝訴しても納税額にさしたる変動を生じないことにせよ、自治体・連邦いずれの納税者訴訟にも当てはまるはずであった[8]。

むしろ判決の背景には、連邦納税者訴訟において連邦による財政措置の合憲性を判断する管轄権を認めることは望ましくないとの懸念があったと見られている。判決は次のように述べる。「仮にある納税者が、本件法律だけでなく、他のあらゆる支出行為や、公金支出を要する法律についても、その有効性を疑問として争えるのであれば、他のすべての納税者も同じことができることにな

4　松井茂記「『国民訴訟』の可能性について」『法治国家の展開と現代的構成　高田敏先生古稀記念論集』351 頁以下（法律文化社・2007 年）を参照。

5　262 U.S. 447, 486-87（1923）. この判決からフラスト判決に至るまでの経過については、熊本信夫『アメリカにおける政教分離の原則 増補版』411-513 頁（北海道大学出版会・1989 年）が詳論している。

また、原告適格／当事者適格（standing）理論からの検討について、安西文雄「政教分離条項と当事者適格」法政研究（九州大学）75 巻 4 号 729 頁以下（2009 年）、成瀬トーマス誠「連邦納税者訴訟と権利侵害」宗教法 28 号 19 頁以下（2009 年）を参照。

6　*Id*. at 488.

7　Bradfield v. Roberts, 175 U.S. 291（1899）. 宗教団体が運営する病院に対するコロンビア特別区（首都。連邦の管轄下にある）の補助金が争われ、合憲と判断された。

8　判決当時から「区別」は批判されていた（Mark C. Rahdert, *Forks Taken and Roads Not Taken: Standing to Challenge Faith-Based Spending*, 32 Cardozo L. Rev. 1009, 1023 n. 65（2011）が評釈を引用している）。

る。その結果や、それに伴なう不都合のために、当法廷はこの種の訴訟を維持できないとの結論に至るのである」[9]。

社会政策に対する司法積極主義の傾向自体は、ニューディール政策をめぐるF.D. ルーズヴェルト政権との対立を契機に最高裁が姿勢を変える1930年代中盤まで続いたが、20年代初めの段階で最高裁は自ら原告適格を限定した。この限定がなければ、連邦議会の政策に不満を持つ少数派は、連邦納税者の資格による憲法訴訟を用いて、連邦の財政措置を少なくとも遅らせ、妨害できることになる。最高裁がそのような訴訟の氾濫を恐れたことが、この判決をもたらしたのではないか、との観測である[10]。

理論と便宜がないまぜになった判決の射程は明確ではなかった。連邦納税者の資格による憲法訴訟をすべて禁じたものなのか、自治体納税者訴訟を区別した意味は何か、判決は憲法を根拠としたものか、あるいは裁判所の自制の所産に過ぎないのか、判決が依拠した納税者訴訟に関する諸要素の比重はどの程度なのか、といった問題が未解決のまま残されていた。

2）埋もれたドリマス判決

国教禁止訴訟の原告適格をめぐる問題は、第2次世界大戦後の判例で独自の展開を見せていた[11]。

宗教学校のバス通学に対する州による公金補助が問題となった1947年のEverson v. Board of Education判決で、ブラック判事の法廷意見は、「額の多少を問わず、税金を宗教活動または宗教団体を支援するために支出することはできない。活動や組織の名称、宗教の教育や活動がとる形式がいかなるものであっても」と述べた[12]。

「国教樹立の禁止」の意味をそこまで読み込むにあたり、ジェイムス・マディソンの「宗教調査に関する請願と抗議書」（1785年）が援用された。ヴァージニア州議会に提出された、キリスト教教育のための課税法案に反対する文書であり、議会（政治）による宗教援助目的の課税と支出を問題とするものであったが、国教禁止条項の思想的源流とされ、裁判所による憲法解釈の根拠ともなったのである[13]。

9　*Frothingham*, 262 U.S. at 487.

10　Rahdert, *supra* note 7, at 1023.

11　この時期の判例については、熊本・前掲註5や、拙稿「いわゆる政教分離訴訟における被侵害利益について」六甲台論集（法学政治学篇）43巻1号141頁以下、149-53頁（1996年）を参照。

12　330 U.S. 1, 16（1947）. しかし判決の結論は合憲であった。

13　エヴァーソン判決にも付録として全文が引用されている（*Id*. at 63-72）。

エヴァーソン判決は、州に対する国教禁止条項の適用を初めて認めた。連邦政府の権限下で宗教との関わりが問題となることはあまりなかったため、州と宗教との関わりをめぐる訴訟が国教禁止条項判例の主要部分になる。そして、公立学校での宗教教育が問題になったMcCollum v. Board of Education（1948年）[14]、Zorach v. Clauson（1952年）[15]では、特に理由を示すことなく、生徒の親による納税者訴訟を認めた。

これに対して1952年のDoremus v. Board of Education判決は、原告適格を限定しようとした。生徒の親が公立学校での聖書朗読を争った訴訟で、ジャクソン判事の法廷意見は、①信仰の告白や朗読を聞くことなどは強制されておらず、生徒も卒業しているから権利侵害はない。②特別な課税や公金の支出がなく、金銭損害ではなく「宗教の相違」に基づく訴えに過ぎない、との理由から原告適格を否定した[16]。確かに金銭（経済）損害は目に見える「有形（tangible）」のものであり、指標として理解しやすい。

しかし、このように原告適格を正面から取り上げた判決はむしろ例外にとどまった。当時の最高裁は、国教禁止訴訟では、公金の支出がなくとも原告適格について議論せずに憲法判断を下す傾向にあった[17]。

公立学校での祈りを違憲と判断した1962年のEngel v. Vitale判決でも、原告適格についての議論はない。ただ、同判決は「特定の宗教的信念の背後に、政府の権力、維新、財政支援があるときは、宗教的少数者に対して、公認された有力な宗教に従わせようと間接に強制する圧力が働くことは明白である」と述べ[18]、直接の強制がない場合でも精神損害を重視する姿勢がうかがわれる。

1963年のSchool District of Abington Township v. Schempp判決は、公立学校での聖書朗読について、公金支出がないにもかかわらず違憲判断を下した。ここでも原告適格についてはさしたる議論がなく、判決は脚注で「原告適格の要件は、個別の宗教の自由が侵害されているとの証明を含むものではない。本件当事者は学校の生徒とその親であり、彼らが争っている法や活動〔聖書朗読〕によって直接影響を受けている」と述べるのみである[19]。エンゲル判決と同様、精神損害が決め手になっている。生徒が在学中である点はドリマス判決と違うが、もはや金銭損害の有無は顧みられず、同じ問題で正反対の態度が示される

14　333 U.S. 203（1948）. 公立学校の教室で授業時間帯に実施される宗教教育を違憲とした。
15　343 U.S. 306（1952）. 公立学校の授業時間を短縮して校外で実施される宗教教育を合憲とした。
16　342 U.S. 429, 435（1952）.
17　ドリマス判決から2か月足らず後のゾラック判決では、公金の支出がないのに、原告適格については特に議論もなく本案判断がなされている。
18　370 U.S. 421, 431（1962）.
19　374 U.S. 203, 225 n.9（1963）.

に至ったのである。

ドリマス判決を侵食したのは、国教禁止判例の傾向だけではなかった。人種別学を違憲とした Brown v. Board of Education 判決（1954 年）は、（黒人の）心理的劣等感が、憲法による救済の対象となる損害になることを意味していた。明確な権利侵害とは言い難く、経済損害でもないものが、原告適格を支える可能性を示したのである。

原告適格に関して重要なのは、議員定数配分不均衡が問題となった Baker v. Carr 判決（1962 年）である。投票権の平等は、課税や財政支出と同様に、多くの市民（有権者）が共有する問題であり、従来の発想では、基本的には政治の判断によるべきものであった。また、定数配分不均衡による投票権の稀薄化（dilution）は、個別の納税者に対する財政支出の影響と同様にわずかなものと言えた。このようにフロスィンガム訴訟と類似の要素があるにもかかわらず、ベイカー判決は定数配分不均衡を裁判で争うことを認めたのである。

判決は、憲法 3 条が定める裁判所の権限について、「事件（cases）及び争訟（controversies）」を柔軟に解釈し、特に訴訟当事者の対立構造、対審性（adverseness）の確保を重視している。「具体的な対審性によって争点の提示が深められることは、裁判所が難しい憲法問題を解明する際に大きなよりどころになる。原告は、具体的な対審性を確保できるほど、争訟の結果に個人的な利害関係を主張しているのか。これが原告適格に関する問題の要点である」[20]。このような対審性の重視が、フラスト判決の前触れとなる。

3）フラスト判決：変革か例外か

最高裁は 1968 年の Flast v. Cohen 判決で、国教禁止条項違反を連邦納税者の資格に基づいて裁判で争うことを認めた。

フラスト訴訟の背景には、L.B. ジョンソン政権の「偉大な社会（Great Society）」政策があった。その一つが 1965 年初等中等教育法で、各州の自治体が担当する初等中等教育を充実させるために、連邦政府による財政支出を定めた。議会での法案審議に際して、私立学校の多数を占める宗教系学校（その大多数がローマ・カトリック）が政府の補助を求めて強力に働きかけた。与党の民主党はカトリック票を確保するために宗教系私立学校を補助の対象に含めたが、宗教学校を援助することの合憲性については議会の審議でも決着がつかず、政策の実現が優先されたため、訴訟に至ったのである[21]。

連邦納税者フラストは、宗教学校の一般教育（読本、算数など）や教材購入

20　369 U.S. 186, 204（1962）.
21　Rahdert, *supra* note 8, at 1028-29.

に対する支出は国教禁止及び宗教活動の自由条項に反すると主張して差し止めを求める訴えを起こした。地裁判決はフロスィンガム判決により原告適格を否定したが、最高裁に直接上告され、最高裁は 8 対 1 で地裁判決を破棄して原告適格を認めた。

ウォーレン長官の法廷意見は、フロスィンガム判決を否定せずに原告適格の拡大を図るものであった。

【フロスィンガム判決の位置づけ】 法廷意見は、フロスィンガム判決は憲法上の根拠ではなく、裁判所の政策判断によって連邦納税者訴訟を否定したと捉えた。その理由を 2 つ挙げている。第 1 に、同判決以前の判例は自治体納税者訴訟を認めており、同判決が原告適格を否定したのは「納税者だからではなく、納税額が十分に大きくはなかったため」であること。第 2 に、同種の訴訟に対する危惧は「純粋に政策上の考慮」を示唆していることである。

現在では自治体よりも連邦に対する税負担がはるかに大きく、同種訴訟の氾濫という問題は集団訴訟（class action）や訴訟参加制度によって緩和されているから、原告適格の制限について新たに検討すべきとしている[22]。

【「適切な原告」と連邦納税者訴訟の余地】 ベイカー判決は対審性を確保できる当事者の重要性を指摘しており、原告適格で問題となるのは、原告が「特定の争点について判断を求めるのに適切な当事者なのかであり、争点自体が司法判断に適合する（justiciable）ことではない」。ベイカー判決と同様、当事者が「争訟の結果に個人的な利害関係を持つ」のかが重要である。そして、納税者にもこのような利害関係があるから、「憲法 3 条は、連邦納税者が、連邦の課税や支出措置を違憲と主張して争う訴訟を絶対的に禁じてはいない」[23]。

【原告と訴えとの論理的関連】 それでは、どのような当事者が「利害関係を持つ」と言えるのか、連邦納税者訴訟はどの程度認められるのか。法廷意見は、「当事者が主張する地位と、裁判を求める訴えに論理的関連（logical nexus）があるのか」を判断する必要があり、連邦納税者訴訟では 2 つの側面があるという[24]。

第 1 は、「納税者の地位と、訴えられた立法の種類との論理的関連」であり、納税者は「憲法 1 条 8 節の課税歳出条項[25]に関する連邦議会権限の行使についてのみ」適切な当事者になるという。ただし、規制法の執行に付随して税金が支出される場合は除かれる。

第 2 は、「納税者の地位と、主張している憲法違反の明確な性質との関連」

22　392 U.S. 83, 93-94（1968）.
23　*Id*. at 101.
24　*Id*. at 102-03.
25　「合衆国議会は、以下の権限を有する。合衆国の債務を弁済し、共同の防衛や一般の福祉を提供するために、租税…を賦課し徴収すること。…」

であり、「係争立法が、議会の課税歳出権限の行使に対する具体的な憲法上の制限に反している」ことを証明しなければならない。議会権限を一般的に逸脱しているだけでは不十分なのである。

そして、本件原告は2つの関連を満たすという。第1の関連については、訴えが一般の福祉を目的とした支出についてのものであり、巨額の連邦支出（約10億ドル）を伴なう施策が争われている。第2の関連については、問題の支出が修正1条の両宗教条項に反すると主張している。

【国教禁止条項の特殊性】 法廷意見は「請願と抗議書」を引用して国教禁止条項の背景に触れて、マディソンたちの懸念は、「政府が課税歳出権限を用いて1つの宗教を他の宗教以上に、または宗教一般を援助することができるようになれば、最終的に宗教の自由が犠牲になる」ことにあったと言う。「国教禁止条項は、政府が権限を濫用する可能性に対する具体的な防御として作られ」、修正1条は連邦議会による課税歳出権限の行使に対する「具体的な憲法上の制限として機能している」[26]。フロスィンガム訴訟は、課税歳出権限に対する具体的な憲法上の制限や、原告の被る損害についての主張がなかったとして区別された。

このように法廷意見は、国教禁止条項が課税歳出権限の行使に対する具体的な憲法上の制限であり、連邦納税者訴訟を認める根拠になると判断したが、その他に「具体的な憲法上の制限」があるのかについては「将来の訴訟」に問題を先送りした。

しかし、結果から言えば、その後の判例は納税者訴訟を用いた憲法訴訟を認める分野を広げなかった。

まず、係争対象は連邦議会の課税歳出権限に限られた。1974年には、中央情報局（CIA）法が、公金支出に関する情報公開を定める憲法1条9節7項違反であると争われたUnited States v. Richardson判決[27]や、連邦議会議員の兼職禁止を定めた憲法1条6節2項が問題となったSchlesinger v. Reservists Committee to Stop the War判決[28]で、課税歳出権限違反の問題ではないことを理由に原告適格を否定している。

そして「具体的な憲法上の制限」も、国教禁止条項以外には認められていない。2006年のDaimlerChrysler Corp. v. Cuno判決[29]でも、市と州による自動車会社に対する租税優遇措置について通商条項違反を主張した訴訟で原告適格を

26　*Id*. at 103-04.
27　418 U.S. 166（1974）.
28　418 U.S. 208（1974）. 連邦議会議員が予備役軍人でもあったことが問題とされた。
29　547 U.S. 332（2006）.

否定している[30]。

なぜ課税歳出権限のみに関連して、しかも国教禁止条項違反だけを連邦納税者の資格で争うことができるのか、フラスト判決に対する疑問は解明されないままに終わった。同判決は、連邦納税者訴訟を大きく発展させる基礎となるようにも見えたが、実際にはウォーレン・コートの最盛期を背景とした偶然のような例外にとどまり、やがて、フラスト判決の射程そのものを限定しようとする動きが始まる。

4）ヴァリー・フォージュ判決：再び歯止めを図る

1982 年の Valley Forge Christian College v. American United for Separation of Church and State 判決は、フラスト判決を厳格に解釈し、財政支出を国教禁止条項違反として争う原告適格を退けた。

保健教育福祉省は、合衆国の余剰財産処分を定める連邦財産及び行政サーヴィス法を受けて、教育目的による場合には払下げ代金を減免できるとの規則を定めていた。これにより陸軍病院跡地の一部を宗教系大学に無償で払い下げたことに対して、譲渡の無効確認と跡地返還が求められたのである。

レーンクィスト判事（後に長官）の法廷意見は、原告が連邦議会の行為ではなく行政機関の決定を争っていることと、課税歳出権限ではなく、憲法 4 条 3 節 2 項の連邦財産処分条項[31]による連邦議会の権限行使が問題になっていることを理由に、フラスト判決に言う第 1 の関連を満たさないとした[32]。

控訴裁判決が認めた、市民としての原告適格についても否定している。原告が、心理的影響以外の個人的損害、「憲法 3 条の下で原告適格を認めるのに十分な、経済的またはその他何らかの種類の損害」を主張していない、との理由であった[33]。

ただ、この 6 年後に同じレーンクィストが、Bowen v. Kendrick 判決で法律に基づく行政の判断について納税者訴訟を認めている。訴訟では、思春期の性行為や、それによる妊娠、出産の対策として制定された青年家族生活法（Adolescent Family Life Act）が争われた。同法は、妊娠または出産した青年の保護や、思春期の性行為を避けるために活動する民間の非営利団体に対する補

30　納税者訴訟に関する最近までの判例を簡明に概観したものとして、宮原均「合衆国憲法三条とスタンディングの法理」東洋法学 53 巻 3 号 1 頁以下、27-37 頁（2010 年）を参照。

31　「合衆国議会は、合衆国の領地その他の財産について、これを処分し、または必要なすべての規則及び準則を定める権限を有する。…」

32　454 U.S. 464, 478-82（1982）. なお、紙谷雅子「第一修正の国教禁止条項に基づく訴訟における連邦納税者の原告適格」憲法訴訟研究会・芦部信喜編『アメリカ憲法判例』392 頁以下（有斐閣・1998 年）を参照。

33　*Id*. at 485-86.

助金の交付を定め、法律を受けて保健福祉長官が決定した交付対象には宗教系団体も含まれていた。これに対して、連邦納税者の集団などが法律及びその適用の違憲を主張して訴えたのである。最高裁は5対4で、地裁が法律を違憲とした部分を破棄し、法律の適用については差し戻しを命じた。

法律の合憲性を争うことはフラスト判決によって認められるが、法律の適用つまり補助金を交付する団体の決定は保健福祉長官の権限である。そのため政府側は、原告は行政判断を争っており、ヴァリー・フォージュ判決によって原告適格を認めるべきでないと主張していた。

レーンクィスト長官の法廷意見は政府側の主張を退けた。フラスト判決も、初等中等教育法を実施する権限を授与された保健教育福祉長官に対する訴えであり、その後の判例も、法律による補助金の交付決定を争う原告適格を認め、疑問にしていない[34]。法律の核心は連邦議会の課税歳出権限に基づく資金の支出に関する施策であり、原告の訴えは、議会が承認した資金が法律の規定に従って支出される方法に対する異議である。本件では、納税者としての原告適格と議会による課税歳出権限の行使との間に十分な関連があるとしている[35]。

ただ、法廷意見はフラスト判決を、フロスィンガム判決による納税者訴訟の原則禁止に対する「限定した例外（narrow exception）」[36]と捉えている。フラスト判決自体に消極的な姿勢を明らかにしたわけで、1980年代以降は国教禁止条項が争われる訴訟でも、フラスト判決の適用や原告適格の有無が重要な争点とされるようになったのである。

2.　連邦最高裁の消極的傾向

以下で取り上げる判決のうち、初めの2つは公の場での宗教活動に関わっており、後の2つは納税者訴訟における原告適格が関わっている。

1）ニュードウ判決：監護権が弱い父親に原告適格はない

Elk Grove Unified School District v. Newdow（2004年）では、学校が生徒に唱えさせる「忠誠の誓い（Pledge of Allegiance）」の文言について控訴裁が違憲と判断したことが社会の大きな反響（主に反発）を呼んだが、最高裁は原告適格そのものを否定して事件を終結させた。

カリフォルニア州の教育法は、公立小学校での毎日の始業時に「愛国活動

34　487 U.S. 589, 619（1988）. Tilton v. Richardson, 403 U.S. 672（1971）など、宗教系学校の補助に関する判例を引用している。
35　*Id*. at 620.
36　*Id*. at 618.

(patriotic exercises)」として、生徒が国旗に対して忠誠の誓いを唱えることを定めていた。これに対して、無神論者で女生徒の父親であるニュードウは、誓いの文言が「神の下に（under God)」との言葉を含むのは国教禁止及び宗教活動の自由条項に反すると訴えたのである。

地裁は訴えを退けたが、控訴裁の最初の判決はこれを破棄し、原告適格を認めた上で、全学級で誓いを唱えさせるように求める娘の学校区の方針と、誓いの文言に「神の下に」の語を加えた 1954 年の連邦法の双方を違憲と判断した。原告適格に関しては、学校区の方針について、娘に対する原告の宗教教育の権利を妨害するとの理由から、54 年法について、公立学校の生徒を持つ親であることを理由に認めている [37]。

判決後に女生徒の母親は訴訟参加または訴えの却下を求める申し立てを行ない、①州裁判所の命令は母親に子の監護について最終判断権を認めており、娘の法的利益を代理できるのは母親だけである。②娘は神を信じるキリスト教徒であり、忠誠の誓いにも反対していない。③訴訟の遂行は、娘に対する誤解を招いて損害をもたらす、と主張した。これを受けて州の上位裁判所は、原告に対して娘を当事者に含めること、または娘の訴訟後見人（next friend）として訴訟を行なうことを禁じた [38]。

控訴裁の第 2 判決は母親の申し立てを検討して、原告は娘を代理できないが、監護権を持たない親として、子に影響を及ぼす政府の行為に反対するための、憲法 3 条に基づく原告適格があると判断した。原告には、娘の母親と異なるものであっても、自分の宗教上の見解を子に伝える州法上の権利があるとも述べている [39]。

第 1 判決に対して控訴裁判所判事全員による再審理が求められたことを受けて出された第 3 判決は請求を退けたが、第 1 判決を修正して 54 年法に関する言及を除き、学校区の方針に絞って原告適格を肯定し [40]、違憲判断を支持した。

裁量上告を受理した最高裁は 5 対 3 で控訴裁判決を破棄して原告適格を否定した [41]。スティーヴンス判事の法廷意見（ケネディ、スーター、ギンズバーグ、ブライアー判事が同調）は、この問題で連邦裁判所が州法の家族関係に基づく

37　Newdow v. U.S. Congress, 292 F. 3d 597, 602-03, 604-05（9th Cir. 2002）.

38　Elk Grove Unified School District v. Newdow, 542 U.S. 1, 9-10（2004）. ただし上位裁は、後に両親の共同監護権（父母が合意しない問題では母親が最終決定権を持つ）を認め、連邦最高裁もこれを確認している（*Id*. at 14 n.6)。

39　Newdow v. U.S. Congress, 313 F. 3d 500, 503-05（9th Cir. 2002）.

40　Newdow v. U.S. Congress, 328 F. 3d 466, 485（9th Cir. 2003）.

41　スカーリア判事は講演で控訴裁判決を批判したことが問題となり、審理への参加を回避した。ニュードウによる忌避申立書は http://undergod.procon.org/sourcefiles/Motion_for_Justice_Scalia%27s_recusal.pdf を参照（2013 年 9 月 21 日閲覧)。

訴訟を扱うことはできないと判断した。

a）法廷意見は、本件は原告が娘に宗教上の見解を伝える権利だけの問題ではなく、娘の母親の権利にも関わっており、とりわけ「監護権、全国に広まっている儀式の妥当性、そして我が憲法の意味について社会の激しい議論の渦中にある幼い子の利益」がもっとも重要であると言う[42]。

そして、原告適格の根拠とされる親の地位を、カリフォルニア州の家族法に基づいて検討する。州の判例は、監護権の有無を問わず、親が子に対して自分の宗教観を自由に伝えることを認めており、本件では母親も教育委員会も、原告が娘に宗教に関する見解を教える権利を害していない。原告はそれを越えて、母親が認める宗教信念に娘が触れるのを妨げ、父母の意見が一致しない場合に、学校が娘に及ぼすであろう影響について争うために親の地位を用いることを望んでいる。しかし、「カリフォルニア州の判例は、ニュードウが他人に対して、宗教について子に何を言って良く、何を言っていけないのかを命じる権利を持つとの立場ではない」[43]。

こうして法廷意見は憲法上の原告適格の有無には触れないまま、裁判所の裁量（自制）に基づいて原告適格を否定した。「原告による訴訟の遂行が…原告適格の根拠である者に悪影響を及ぼす可能性があるときは、連邦裁判所が、原告適格が家族法に関する係争中の権利に基づく訴えを受理することは不適切である。家族関係の困難な問題が結論に影響することが確実な場合には、連邦裁判所は連邦憲法の重大な問題を解決しようとするよりも、自制するのが賢明な方策である」[44]。

b）3 人の判事が個別に示した結果同意意見は、控訴裁判決を破棄する結論についてのみ法廷意見に同意するが、本件での原告適格を認め、州法が合憲であると主張する点で共通している。このうち原告適格について詳論したのは、レーンクィスト長官の結果同意意見（オコーナー判事が同調、トーマス判事は原告適格の部分のみ同調）である[45]。

長官の結果同意意見は、法廷意見を「裁量に基づく原告適格（の否定）（prudential standing）の原則を新たに作るもの」と批判する。

まず、法廷意見が本案審理を避けるために取った強引な態度を指摘する。①

42　*Newdow*, 542 U.S. 1, 15（2004）.

43　*Id*. at 16-17.

44　*Id*. at 17. 納税者訴訟についても、原告が娘の学校区で居住、納税していないとの理由で、ドリマス判決を援用して退けている（*Id*. at 18 n.8）。

45　オコーナー判事の結果同意意見は、儀礼上の理神論（ceremonial deism）に基づく合憲論を展開した。トーマス判事の結果同意意見は、修正 1 条の宗教条項は州に対して適用されないとする独自の見解に基づき、判例の再検討を主張している。

最高裁が家族関係訴訟の審理を回避するのは、当事者の州籍が違う場合や、離婚、別居、監護権に関する訴訟に限られてきたが、本件はこれらに当たらない。②本件は重要な連邦の問題に関わるもので、家族関係の状況は憲法訴訟とは何の関係もない。③最高裁は従来、州法の解釈については地域の裁判所（本件では第9巡回区控訴裁）の判断を尊重すべきであるとしてきた[46]。

原告の父親としての立場についても、①州裁判所は、娘の父母が監護権を共有することを認めており、原告は娘に自分の宗教観を伝える権利を持っている。母親の「拒否権」が、原告が忠誠の誓いを争う権利に優越するわけではない。②原告適格の根拠は娘本人ではなく、原告と娘の親子関係にあり、原告も独自に主張できる利益を持っている、と言う[47]。

法廷意見については、父親より母親を重視して、母子関係が重要であるという社会一般の固定観念を維持するものだという批判[48]もあるが、そもそも原告適格を否定する理由として父の監護権を論じたのは、レーンクィスト意見が批判するように無理がある。結局、「健全な家族関係を保ち、紛争を解決することは、最高裁の優先事項ではなかったようである」[49]ということか。

法廷意見は「激しい議論の渦中にある子の利益」の重要性を指摘しており、この考慮が結論の背景にある可能性はあるが、控訴裁が判断の前提とした憲法上の原告適格を無視して裁判所の自制を持ち出すなど、かなり強引に控訴裁の判断を覆したことは否めない[50]。本案判断に入ったとしても、（法廷意見に加わった）ケネディ判事が「神の下に」文言を違憲と判断するのか疑わしく、可否同数で控訴裁判決を破棄できなくなる恐れさえあった。入口論で控訴裁判決を葬るのが、最高裁にとっては穏便だったのであろう。

2）ブオーノ判決：私人に譲渡される国有地の十字架を争えるか

Salazar v. Buono（2010年）では、国立自然保護区内の連邦所有地にある岩山に建てられていた高さ8フィート弱（約3m）の十字架が問題となった。

この訴訟は2つの点で興味深い。まず、係争中に土地が海外戦争復員兵協会

46　*Id*. at 20-23.

47　*Id*. at 21, 24. この後、長官の結果同意意見は、大統領の演説など、長い歴史の中で様々な機会に神が言及されてきたことを引き合いに出して合憲論を展開している。

48　Gloria Chan, Note, *Reconceptualizing Fatherhood: The Stakes Involved in Newdow*, 28 Harv. J. of L. & Gender 467, 471-73（2005）.

49　*Id*. at 479.

50　*The Supreme Court, 2003 Term — Leading Cases*, 118 Harv. L. Rev. 248, 432-36（2004）は、法廷意見が原告適格を否定する決め手とした、州の裁判所による家事事件に介入することを避けるとの論理は、連邦制に由来する裁判権回避（abstention）の法理であるにもかかわらず、同法理との関連を否定して、本来は権力分立に基づく裁量による原告適格（の否定）として論じたために、原則や方針に基づかない脆いものになっていると批判する。

（Veterans of Foreign Wars）に譲渡されようとしたこと。そして、原告がカトリック信者で、十字架自体は自らの宗教信条に反していないものの、政府による設置（黙認）が違憲であると訴えたことである。公有地にある宗教施設や、民間団体に対する土地の譲渡が問題になった点で、偶然ながら同年に日本で最高裁判決があった空知太・富平神社訴訟を思い起こさせる事案である。

十字架は1934年に海外戦争復員兵協会の会員が第1次世界大戦の戦死者を記念して建てたもので、建て替えや修理を繰り返してきた。周辺はキャンプ地として利用されている。原告は元公園職員で定期的に保護区を訪ねており、十字架が連邦所有地にあることで不快にされ、保護区の利用を妨げられたとして、国教禁止条項違反を理由に、連邦政府に十字架を撤去させる差止命令を求めて訴えを起こした[51]。

連邦地裁は原告適格を認め、十字架は、政府が宗教を是認（endorsement）する印象を与えるとして差止命令を出した。控訴裁は、撤去以外の選択肢を排除しないとして差止命令を修正し、これを受けて政府は十字架に覆いをかけた。その後、控訴裁は違憲判断を支持する本案判決を下し、政府が上告しなかったため判決は確定した。

連邦議会は訴訟に対してさまざまな立法措置を講じている。①訴訟前の2001年度歳出権限法と地裁判決後の2003年国防歳出権限法で、十字架撤去のための公金使用を禁じた。②地裁での審理中に、十字架とその周辺地を第1次大戦参戦記念及び復員兵顕彰区画に指定する2002年度国防歳出権限法を制定した。③控訴裁の審理中に2004年度国防歳出権限法を制定し、国立公園を管理する内務省が、記念・顕彰区画に指定した土地を海外戦争復員兵協会に譲渡するように定めた。政府は引き換えに、十字架を更新した一市民からの申し出により、公園内にある同人所有地の提供を受ける予定である。

控訴裁判決は、土地の交換が完結していないことを理由に、土地の譲渡については憲法判断をしなかった。原告は、政府による土地譲渡の違憲を主張して再び訴えを起こした。地裁は、訴えの利益が失われた（moot）とする政府側の主張を認めず、譲渡については憲法判断しなかったものの、政府が十字架の維持を図るものとして、法律の執行停止を命じた。控訴裁も地裁を支持したため、上告された。

結論としては5対4で控訴裁判決を破棄・差し戻した。土地の譲渡後も、十字架についての差止命令が必要なのか審理が必要だというのである。ただ、多数派5人の意見は分かれた。ケネディ判事の相対多数意見にすべて同調したのはロバーツ長官だけで、アリトー判事は相対多数意見の一部に加わったもの

51　事実関係は130 S. Ct. 1803, 1811-14（2010）による。

の、差し戻すまでもなく土地の譲渡を認めるべきとする同意意見を述べた。そして、スカーリア判事の結果同意意見（トーマス判事が同調）は原告適格を認めず、そもそも本案審理の必要がないと主張したのである。

a）相対多数意見は原告適格を認めた。アリトー同意意見も本案についての判断であり、控訴裁判決を支持する反対意見とともに原告適格があることを前提にしているから、原告適格については 7 対 2 で認めたことになる。しかし相対多数意見は、単純に原告の主張を認めたものではない。

【確定判決に基づく原告適格】　政府側の主張は、原告が十字架そのものには反対せず、それが連邦所有地にあることを問題にしており、個人として排除または強制されていないから、判例に言う「争訟の結果に個人的利害があり、連邦裁判所による審査権の発動を正当化する」ものとは言えず、憲法 3 条の下での原告適格は認められないとする。しかし、原告適格に対する異議の当否はともかく、この段階でそのような主張はできない。政府は最初の訴訟で同様に主張したが、地裁、控訴裁ともに退けられ、上告せずに判決を確定させたからである。

土地譲渡の差し止めを求めた訴えについては、従来の判例[52]から、「自らに有利な判決を得た当事者は、判決の遵守を確保するために『司法判断を受けられる（judicially cognizable）』利益を得ている」から原告適格がある。政府側は、原告は最初の訴訟では十字架の撤去、次の訴訟では土地譲渡の差し止めを求めており、訴訟物が異なると主張した。しかし、「差し止めを求める利益は同じ当事者に対する、同じ十字架と土地に関する最初の判決で得た権利に基づいており、原告適格を支持するのに十分な、個人に関わる具体的なものである」[53]。

このように相対多数意見は、政府側による争点の「蒸し返し」を退けたのであり、原告が十字架の設置を争えるのかという根本問題について判断したわけではない。今さらここで判断できない、と言っただけである。

b）この点を正面から問題にしたのがスカーリア同意意見であった。

【差止訴訟と原告適格】　土地譲渡の差し止めを求める訴訟は、十字架撤去を求めた最初の訴訟での差止命令を拡大するもので、新たに原告適格を立証する必要がある。「政府が特定の場所における十字架設置を『許可すること』を禁じることに意味があるのは、政府がその場所を所有している場合だけである」[54]。

52　Allen v. Wright, 468 U.S. 737, 763（1984）が、学校での人種統合を求める諸判決を検討して示した見解である。

53　*Buono*, 130 S. Ct. at 1814-15.

54　*Id*. at 1825.

【損害はない】 原告は何らかの現実または切迫した損害を主張していない。海外戦争復員兵協会が十字架の維持を決めた場合に損害を被ると主張しておらず、証明してもいない。原告は訴状で、「保護区の連邦所有地に十字架が存在することで不快を覚え、保護区の利用を妨げられる」が、「私有地にあるキリスト教の象徴には反対しない」と強調している。要するに、裁判の対象となる損害が、宗教展示によって「強く不快を覚えた（deeply offended）」こと（そして見るのを避けようとすること）であると仮定しさえすれば、原告は、これに当たらないことを明らかにしている[55]。

スカーリア判事は次のハイン、ウイン両判決でも見るように、精神損害に基づいて国教禁止訴訟の原告適格を認めることに一貫して反対している。トーマス判事も同じ立場である。この2人は、1996年に控訴裁判決に対する裁量上告申し立てを拒否する決定に反対して、原告適格の有無について検討を求めるレーンクィスト長官（当時）の意見[56]に加わったことがある。

宗教展示については自治体の納税者訴訟によって争われることが多く、最高裁も原告適格を特に議論せずに認めてきた。ただ、本件では公金の支出はない。控訴裁は従来、精神損害に基づいて原告適格を認める傾向にあり、本件も同様であったが、最高裁は控訴裁判決に対する裁量上告を認めたことがなく、どのように判断するのか明らかではない[57]。

3）ハイン判決：行政措置は争えない

ヴァリー・フォージュ判決と同様にフラスト判決を厳格に解釈して原告適格を否定したのが2007年のHein v. Freedom from Religion Foundation, Inc. 判決である。G.W.ブッシュ政権による、貧困者対策など社会福祉の分野で政府と宗教団体との連携を図る「信仰に基づく地域イニシアティヴ（Faith-Based and Community Initiative）」政策[58]が問題になった。社会福祉活動に携わる宗教系団体を政府助成の対象に含め、社会福祉サーヴィスの改善と社会保障予算の抑制を図るものである。

2001年1月の大統領命令で、「宗教系を含む民間の慈善地域団体が、犯罪の

55　*Id*. at 1826-27.

56　City of Edmond v. Robinson, 517 U.S.1201, 1201-03. 原審のRobinson v. City of Edmond, 68 F.3d 1226（10th Cir. 1995）は、右側4分の1に十字架を描いた市章を違憲と判断した。

57　拙稿前掲註10は、この問題を連邦控訴裁の判例を中心に検討している。

58　詳細については堀内一史「ブッシュ政権における政府と民間非営利組織とのパートナーシップ：『信仰およびコミュニティに基づくイニシアチブ』を中心に」麗澤学際ジャーナル10巻2号35頁以下（2002年）を参照。

抑制、薬物中毒との闘い、家族や近隣協力の強化、貧困の撲滅といった正当な公の目的を果たす限り、同一の水準で競争する機会を法によって十分に認めること」を目的に、大統領府と各省（保健福祉、労働、教育など）に推進部局が設けられた[59]。推進部局は、全国各地の協議会を通じて助成に関する情報提供を行なう。部局の設置は連邦議会の立法によるものではなく、必要な支出も各省の一般予算からなされた。これに対して政教分離運動団体が、宗教系組織に対する優遇で国教禁止条項に反するとして訴えを起こしたのである。

連邦地裁は係争対象が課税歳出権限の行使ではないことを理由に原告適格を否定したが、控訴裁は協議会が予算支出の対象であるとして原告適格を認めたため、上告された。

最高裁は 5 対 4 で控訴裁判決を破棄して原告適格を否定したが、理由づけについては 2 つに分かれ、（過半数の判事による）法廷意見を構成できなかった。

a）アリトー判事の相対多数意見（ロバーツ長官とケネディ判事が同調）は、前出 1-3）のケンドリック判決を引用して、フラスト判決を「限定した例外」と捉えている。そして本件は、「例外」には当たらないとする。

【納税者訴訟の原則否定】「連邦予算の規模からすれば、憲法違反の連邦支出が連邦納税者個人に何らかの測定可能な経済損害をもたらすと論じるのは全くの虚構である」[60]。「一般論として、連邦納税者が、国庫の金銭が憲法に従って支出されているのかを確かめる利益は、憲法 3 条に基づく原告適格に必要となる、救済可能な『個人的損害』には当たらない」。「当法廷は一貫して、この種の利益はあまりに一般的で弱すぎると判断してきた」[61]。根拠として援用されるのは、フロスィンガム、ドリマス判決である。

本件はフラスト判決が認めた例外には当たらない。支出は何らかの具体的な連邦議会の立法によって明確に承認されたものではなく、訴訟は議会による権限の行使に向けられていないから、フラスト判決の第 1 要件である、納税者の地位と「争われている議会の立法形式」との論理的関連がない[62]。

【判例の区別：議会と行政】 本件支出は、議会の行為ではなく行政の裁量によるものである。ヴァリー・フォージュ訴訟で争われたのは法律に基づく行政財産の処分であり、本件より議会の行為との関連が強いにもかかわらず原告適格を認めなかった。ケンドリック判決も、法律で明確に補助金を交付するため

59　Exec. Order No. 13199（http://www.gpo.gov/fdsys/pkg/WCPD-2001-02-05/pdf/WCPD-2001-02-05-Pg235.pdf）.（2013 年 9 月 13 日閲覧）

60　551 U.S. 587, 593（2007）.

61　*Id*. at 599.

62　*Id*. at 608-09.

の資金を定めて支出を承認したもので、本件とは異なる[63]。

【納税者訴訟の弊害】 行政活動についても納税者訴訟を認めるのは、権力分立との関係で深刻な問題をもたらす。大統領の演説を始めとするほとんどの行政活動には何らかの出費が伴なうから、これらについて納税者訴訟が可能になると、連邦裁判所は行政活動の当否を継続的に監視する存在となるが、それは裁判所の役割ではない[64]。

相対多数意見は、フラスト判決が対審性と司法による解決の可能性だけに基づいて原告適格を論じ、権力分立の要素を認識していないと批判する[65]が、同判決を放棄する必要もないと言う。同判決自体が係争対象を議会の立法や議会権限の行使に限定しており、その後の判例も同判決を「純粋な裁量による行政の支出」に拡張していないからである[66]。フラスト判決の射程を限定した上で、同判決を維持するとの判断である。

b）これに対してフラスト判決の放棄を求めたのがスカーリア判事の結果同意意見（トーマス判事が同調）であった。

【憲法上の原告適格要件】 判例が原告適格について憲法が求める最低基準とした要素は、①具体的で特定の「事実上の損害」である。②損害の原因が、原告が主張する違法な行為にある。③損害を、原告に有利な判決によって救済できる見込みがある、の 3 点である[67]。

【納税者訴訟の根拠となる損害】 納税者訴訟で問題になる損害には、「金銭損害（Wallet Injury）」と「精神損害（Psychic Injury）」の 2 つがある。金銭損害の場合、違法な行為がなくなっても納税額はどうなるのか不明確であり、従って救済の見込みは推測上のものに過ぎない。精神損害は、納税額とは無関係な精神上の不満である。②と③の要素を満たすにしても、訴えが違法行為に対する一般的な不服だけである場合、原告には具体的で特定の損害がない。フラスト判決以降の判例に存する基本的な論理的欠陥は、最高裁が精神損害について、以下の 2 つを説明したことがない点にある。それは、原告適格を否定した事件では精神損害が不十分とした理由や、限定された形であれ、精神損害について憲法の下で司法が判断できるとした理由である[68]。

【フラスト判決と精神損害】 フラスト判決が納税者訴訟を認めた根拠は、金

63　*Id*. at 605, 607.
64　*Id*. at 610-12.
65　*Id*. at 611.
66　*Id*. at 615.
67　*Id*. at 619. 環境訴訟の原告適格に関する Lujan v. Defenders of Wildlife, 504 U.S.555（1992）を引用。
68　*Id*. at 619-20.

銭損害ではなく精神損害にある。訴訟原告は、フロスィンガム訴訟と同様、勝訴が納税額の低減につながると証明できていないからである。精神損害が関わっている点では、ドリマス訴訟も同じである。国教禁止条項が課税歳出権限に対する直接の制限であるのなら、フロスィンガム訴訟では憲法 1 条 8 節 1 項自体に言う「一般の福祉のための」支出が問題になっていた[69]。

後のヴァリー・フォージュ判決は、精神損害に否定的な態度を取りながらフラスト判決を否定せず、金銭の支出と土地の譲渡は違うとして、説得力のない区別をした。ケンドリック判決も、原告は金銭損害を証明しておらず、精神損害に基づく判断である。クーノ判決（1-3）末尾）も、国教禁止条項に反する支出の差し止めは、原告納税者に対する利益に関わらず、損害の救済になると述べている。憲法 3 条の原告適格を精神損害に基づいて認めるのなら、フラスト判決をあらゆる憲法違反の歳出に対する訴訟にも適用すべきであり、それができないのなら、同判決を覆すべきである[70]。

【精神損害の不当性】　納税者が違法と主張する方法で税金が使われることに対する精神的不満は、憲法 3 条の下で原告適格の根拠となるほど十分に具体的で特定されているとは言えない。納税者が求める救済は、自らに社会一般に対するもの以上に直接で有形の利益を及ぼすものではない。この問題は、国教禁止条項が課税歳出権限に対する具体的な制限であるのか否かとは関係がない。フラスト判決が「請願と抗議書」を持ち出したのは、同判決の目新しい結論を支える根拠が他になかったからに過ぎない。

同判決は、憲法上の原告適格は権力分立という重要な機能とは関係がないとの誤った発想に基づいているが、司法権が濫用される危険を防ぐ必要を軽視している。精神損害を原告適格の根拠として認めることは、同判決で限定された形であっても、個人の権利について判断することが司法権の機能であるという基本的主張と対立する[71]。

こうしてスカーリア結果同意意見は、納税者訴訟を認めるフラスト判決以降の判例は、精神損害を原告適格の根拠とする誤った発想に基づくものであり、判例の区別を繰り返してさらに下級審を混乱させるよりも、誤った判例を放棄すべきだと論じるのである。

ハイン判決は、一応はフラスト判決の解釈に基づいて原告適格を否定したが、推進部局の設置は法律でなく行政の判断に基づくから訴えられないとの論理は、ヴァリー・フォージュ判決以上の形式論と映る。相対多数意見の精神損

69　*Id*. at 623-25.
70　*Id*. at 626-28.
71　*Id*. at 633-36.

害に対する消極姿勢はスカーリア判事と共通しており、フラスト判決を破棄せずに原告適格を認めない結論を出せるから判例を変更しなかっただけのように見える[72]。

ただし、実際には判例変更は不可能だった。多数派5人のうちケネディ判事の同意意見は、国教禁止条項は「良心の自由は、政府が宗教を援助するための課税や歳出によって危うくされるべきではないとする、憲法が特に示した関心事」を表現しており、「フラスト判決の結論は正しく、疑うべきではない」と明言している[73]。判例を変更するにはあと1人が足らない。そのことがスカーリア判事を苛立たせ、相対多数意見に匹敵する詳細な結果同意意見につながったのであろう。

c）スーター判事の反対意見（スティーヴンス、ギンズバーグ、ブライアー判事が同調）は、分量では相対多数意見やスカーリア結果同意意見の三分の一程度にとどまり、やや淡泊な印象さえ受けるが、支出の主体が立法であるか、行政であるかによって区別することには根拠がないと批判する。スカーリア結果同意意見についても、精神（無形の）損害が原告適格の根拠にならないとするのは間違っていると反論している。

【損害の存在】　納税者の金が認識できる程度に協議会のために支出され、宗教を促進する目的だと主張されている。本件はフラスト判決の「拡大」ではなく、単なる適用である。行政機関が宗教目的で税金を支出する場合、議会が同じことを承認する場合と同様に、納税者は損害を被っている[74]。

【行政と立法】　相対多数意見は行政の行為を立法の行為と区別するために権力分立を指摘するが、司法による行政判断の審査と、立法判断の評価に異なる点はない。最高裁は行政と立法にそれぞれ敬意を払っており、両者に優劣はない。議会が立法を通じてできないことを、行政が裁量権の行使によってできるのなら、国教禁止条項の保障は消えてしまう。ケンドリック判決も、法律が文面上は有効であると判断してから別個に法の執行に対する訴えについて検討しており、納税者は議会の行為についてだけ国教禁止条項違反を争う原告適格を持つと読むことはできない[75]。

【非経済・身体損害】　フラスト判決が、身体または財産に損害がない原告に原告適格を認めた独特な判例だと考えるのは間違っている。司法による判断ができる損害とは、保護される利益の性質を考慮するものであり、厳密な定義

72　スカーリア結果同意意見は、相対多数意見を「最小限主義の手法（minimalist approach）」と批判している（*Id*. at 636）。

73　*Id*. at 616. ケネディ同意意見は権力分立の観点を強調している。

74　*Id*. at 639.

75　*Id*. at 639-41.

や、要件の機械的な適用にはなじまない。問題は、主張されている損害があまりに抽象的であるか、適切でないために、司法判断に適さないと考えられるかどうか、にある。経済や身体が関わらない損害の場合、判断は微妙なものになるが、判例は、美観[76]、同等でない競争条件[77]、人種ゲリマンダーに基づく選挙区割り[78]は、経済損害がなくても憲法3条の下で原告適格を認められる損害だと判断してきた。無形の損害の場合、事例ごとに評価しなければならないのである[79]。

皮肉なことに、ブッシュ政権が連邦議会の広範な支持を得られなかったことが、この訴訟と判決をもたらした。議会が信仰に基づく団体や活動に対する行政の支出について沈黙を守ったり無視する限り、裁判所は行政の活動を争う納税者の原告適格を否定することになる[80]。このことは、政策決定の中心であるべきはずの議会が、困難な選択に伴なう負担を避け、公共の場における宗教の役割についての論議を行政に丸投げする可能性につながるとの批判がある。政策が行政内部だけで実施される結果、社会の目が届かず説明責任や透明性が低下して、憲法に基づく政治構造を危うくするというのである[81]。相対多数意見は、権力分立の重要性を指摘してはいるのだが。

ただし逆に、議会が政治による承認や、将来にわたって行政（政権）を拘束することを望む場合もあり得る。政権にとっても、議会の承認は政策に対する広く深い支持のしるしとなり、継続の可能性を大きくし、将来の政権が支出を増やす根拠になり得る。

このような事情を考えると、宗教に関する特定の支出に立法・行政のいずれが主な責任を負うのか、正確にたどることは難しい。国教禁止条項は行政職員の行為にも適用されてきたから、原告適格の判断についてだけ立法と行政を区別するのは、概念上も機能上も無意味である。

76　Friends of Earth, Inc. v. Laidlaw Environment Service, Inc., 528 U.S. 167（2000）. 廃棄物処理業者が処理水を川に流したため、周辺住民が川を利用できなくなったとして差止命令などを求めた訴えについて、原告適格を認めた。なお米谷壽代「アメリカ環境訴訟における『事実上の侵害』: 判例法理の展開」同志社法學 59 巻 3 号 151 頁以下（2007 年）を参照。

77　Northwestern Florida Chapter, Associated General Contractors of America v. City of Jacksonville, 508 U.S. 656（1993）. 市の建設事業契約について少数民族系企業の優先を認めた措置を、少数民族系以外の企業が争う原告適格を認めた。

78　United States v. Hays, 515 U.S. 737（1995）. 連邦下院の一選挙区について、人種に基づくゲリマンダーであると別の選挙区に住む住民が争うのは、原告個人の損害とは言えないとして、原告適格を否定した。

79　*Hein*, 551 U.S. at 641-42.

80　Ira C. Lupu & Robert W. Tuttle, *Ball on a Needle: Hein v. Freedom from Religion Foundation, Inc. and the Future of Establishment Clause Adjudication*, 2008 B.Y.U. L. Rev. 115, 152.

81　*The Supreme Court, 2006 Term — Leading Cases*, 121 Harv. L. Rev. 185, 333-335（2007）.

政府が宗教を促進する行為の多くは、明らかな物質または身体に関わる損害を生じないし、大きな支持を得ることもあろうから、立法・行政いずれの政治部門にも国教禁止条項に違反する誘因がある。原告適格の概念を狭くすることは、同条項の過小な適用につながってしまう[82]。

フラスト判決で争われた初等中等教育法と同様、信仰に基づく地域イニシアティヴ政策も、宗教票を当て込んだ側面がある[83]。近年の共和党は白人の福音派キリスト教徒やカトリックの支持を頼り、民主党は黒人や主流派プロテスタントを優先する傾向にある。ハイン訴訟で争われたような補助金は、宗教系利益団体の支持を得る早道であり[84]、政権の所在に関わらず特定教派の優遇につながるおそれがある[85]。

4）ウイン判決：税額控除は争えない

2011 年の Arizona School Tuition Organization v. Winn 判決は、宗教系私立学校の奨学金組織に対する寄付金控除について原告適格を否定した。

アリゾナ州の税法は、奨学金協会（school tuition organization・2003 年当時で 51）に寄付した者に、寄付と同額の税額控除を 1 人当たり 500 ドル、夫婦の場合は 1,000 ドルを上限に認めていた[86]。各奨学金協会は寄付金を私立学校の生徒に対する奨学金に充てていたが、その大部分は宗教系であった[87]ため、州の納税者集団が国教禁止条項違反を主張して訴えた。アリゾナ州最高裁が訴えを退けた後、原告は連邦裁判所に最初の訴えを起こした。

地裁は、訴えは租税差止手続法により禁じられていると判断したが、控訴裁は地裁判決を破棄し、連邦最高裁も控訴裁判決を支持して差し戻した（ウイン第 1 判決）[88]。地裁は再び訴えを退け、控訴裁が再び地裁判決を破棄したため、上告された。最高裁は 5 対 4 で控訴裁判決を破棄して原告適格を否定した。

82　Lupu & Tuttle, *supra* note 80, at 153-54.

83　Rahdert, *supra* note 8, at 1049-50.

84　大統領府の計算によると、2007 年度に信仰に基づく非営利団体が受けた補助金は 22 億ドルで、2002 年度以来の累計では 106 億ドル以上になるという。Adelle M. Banks, *Faith-based programs to help shape Bush legacy*, USATODAY.COM（Jan. 13, 2009）（http://usatoday30.usatoday.com/news/religion/2009-01-13-bush-faith-based_N.htm）.（2013 年 9 月 26 日閲覧）

85　オバマ政権も名称は「信仰に基づく近隣協力（Faith-Based and Neighborhood Partnerships）」に変えたものの、推進部局を存置して施策を続けている。*See* Exec. Order No.13498（http://www.gpo.gov/fdsys/pkg/FR-2009-02-09/pdf/E9-2893.pdf）.（2013 年 9 月 26 日閲覧）

86　原告は控除総額が年間 5 千万ドル以上と主張し、最高裁の法廷意見も「正しいのであろう」と認めている（131 S. Ct. at 1444）。州の計算では 1998 年から 2008 年の総額は約 3 億 5 千万ドルとされる（*Id*. at 1458）。

87　1998 年当時、各奨学金協会に対する寄付 1,800 万ドルの 94%は宗教系学校の生徒にわたったという。*See* Winn v. Hibbs, 361 F. Supp. 2d 1117, 1119（D. Ariz. 2005）.

88　Hibbs v. Winn, 542 U.S. 88（2004）.

a）ケネディ判事の法廷意見（ロバーツ長官、スカーリア、トーマス、アリトー判事が同調）は、原告適格を過度に認めることの危険を指摘して、フラスト判決の射程を限定しようとする。そして税金の支出と控除制度の違いを強調し、後者には同判決を適用しないと言うのである。

【司法権と損害の救済】 具体的な紛争から生じた損害を救済する必要性が、司法による解決に有効性と正統性をもたらしている。憲法 3 条の事件または争訟の要件に従い続けることで、選挙されていないが制限されている連邦司法権に対する社会の信頼は保たれるのである[89]。

【税額控除は損害につながらない】 最近の諸判決は、納税者訴訟の原告適格に関する主張が、正当化できない経済及び政治上の推測によっていることを示している[90]。私立学校の生徒が奨学金を受けることを援助することで、奨学金協会の活動はアリゾナ州の公立学校にかかる負担を軽くしているかも知れない。その結果、州の費用を節減することもあり得よう。奨学金協会の活動が財政にもたらす利益を強調すると、奨学金の平均的な価値は、アリゾナ州の公立学校の生徒を教育するためにかかる費用よりもはるかに低いかもしれない。奨学金協会に関する寄付控除は私立学校の奨学金を促進するから、州の財政損失につながらないかも知れない。

税額控除が財政に悪影響を及ぼすとしても、州の対応は増税とは限らない。原告は、寄付控除の差し止めが増収そして減税につながると主張したが、推測に過ぎない。

原告の納税者は、州の国庫を守る何らかの利益が促進されると証明していない。やや密接な関連を証明できるにしても、利益はなお一般的性格にとどまり、特定の何者かに関わるものではない[91]。

【寄付控除と選択の自由】 税額控除と政府の支出は同様の経済効果を持ち得る。しかし、いずれもが個々の納税者を宗派活動に関わらせるわけではない。税金を「引き出されて支払わされた（extracted and spent）」場合には、反対派は良心に反する国教の樹立のためになにがしかの寄与をしたと知っている。納税者と国教樹立との直接かつ特定の関係は税額の多少にかかわらず存在する。これに対して政府が課税しないときは、国教の樹立と主張されていることと、それに反対する納税者との関係は存在しない。財政の損害は推測にとどまる。市民の誰かに税額控除を認めても、他の市民は自分自身の金銭を良心に従って

89　Arizona School Tuition Organization v. Winn, 131 S. Ct. 1436, 1441-42（2011）.

90　自動車会社に対する租税軽減措置は、むしろ経済活動を活性化して税収増につながると述べた DaimlerChrysler Corp. v. Cuno, 547 U.S. 332, 344（2006）を引用。

91　*Winn*, 131 S. Ct. at 1444.

左右する権利を留保できる。

納税者が奨学金協会に対する寄付を選ぶ場合、使うのは自分の金銭であり、州が原告またはその他の納税者から集めた金銭ではない。原告や他の納税者は、奨学金協会に寄付せずに税金を納めることができる。世俗学校のための奨学金協会を選んで寄付することも、他の慈善団体に寄付して税額控除を受けることもできる。奨学金協会に関する税額控除は宗教税や十分の一税ではなく、フラスト判決にいう損害にはならない。従って原告は、原告適格に必要な損害を主張したとはいえない[92]。

【因果関係、救済可能性】 原告は、因果関係と救済可能性の要件も満たしていない。フラスト判決の場合、宗教活動に対する補助の原因を政府の支出に帰することができ、支出差し止めは納税者原告の良心に基づく異議を救済することになる。本件では、寄付は納税者個人の、自分の金銭に関する判断によるものである。民間の市民が民間の奨学金協会を作り、協会が支給対象の学校を選び、納税者が組織に寄付している。州は奨学金協会に寄付する機会を提供しているが、税額控除制度を利用するのは個人の行為で、州の介入はない。反対する納税者は、州ではなく市民が寄付していると知っている。税額控除の差し止めは、奨学金協会に対する寄付を減らすことになるだろうが、そのような救済は、寄付していない納税者あるいはそれらの者による納税に影響せず、原告の損害は救済されない。

原告は、税額控除制度から利益を得る州民は、所得税を奨学金協会に納める結果になると主張して原告適格の根拠にしている。しかしフラスト判決の下で問題なのは、教派系の奨学金協会が税金から政府資金を受け、市民の良心に反して金銭が引き出されて宗教組織に支払われているかどうかである。税額控除をもたらす寄付は、州ではなく納税者から民間組織に直接なされており、原告の主張は成り立たない[93]。

【判例の扱い】 フラスト判決を適用しないとの結論は、同判決以後の国教禁止判例と矛盾するように見えるが、これらの判決は原告適格の問題に触れておらず、本件の結論に反していない。判決が管轄権の欠陥に言及せず、議論していないからといって、欠陥がないとの立場になるわけではない[94]。

【司法の自制】 法に賛成しない市民の願いに応じて法を無効にする権限を裁判所に与えることは、司法の中立性や廉潔に対する市民の信頼を損ないかねない。訴訟が頻発し、将来効を伴なう差止命令が広範に出され、司法救済を実施

92　*Id*. at 1447.
93　*Id*. at 1447-48.
94　*Id*. at 1448-49.

する管轄権が継続する時代にあっては、裁判所は原告適格に関する公式の準則を主張することには一層慎重でなければならない[95]。

b）スカーリア判事の短い同意意見（トーマス判事が同調）は、ハイン判決での結果同意意見と同様に、フラスト判決は憲法3条を逸脱しており、誤った同判決を放棄して憲法を実施すべきであると述べる。法廷意見に加わったのは、無原則な判例の区別ではないとの理由からである[96]。

c）ケーガン判事の反対意見（ギンズバーグ、ブライアー、ソトマイアー判事が同調）は法廷意見より長文で、財政支出と税額控除（などの租税減免）を区別することは、理論、判例、歴史のいずれにも基づいていないと批判する。前年のブオーノ訴訟では訟務長官として政府側を代表して口頭弁論に立ったケーガンは、今回は意見書と口頭弁論で原告適格を否定した訟務長官を批判する立場になった。

【争点の所在】 法廷意見の言う、①納税は通常、憲法3条の下で政府の活動を争う原告適格の根拠にならない。②国庫における各個人の利益は微少で確認できない（フロスィンガム判決）。③連邦予算の規模と複雑さから、違法な支出が個人に測定可能な経済損害をもたらすと主張するのは虚構である（ハイン判決）。④通常の訴訟では、納税者は因果関係や救済可能性を証明できないこと、には同意する。しかし本件の問題は、納税者訴訟の原則禁止ではなく、フラスト判決の言う例外に当たるのかであり、同判決の基準は、本件原告に原告適格を認めるには十分である[97]。

【判例の状況】 フラスト判決以降、当事者に原告適格があるのか判断する際に、予算の配分と租税の減免を区別した裁判所はなかった。裁判所は、何度も国教禁止条項に基づく税額控除、租税の控除や免除に関する訴えを扱い、何度もこれらの訴訟で本案を審理してきた。理由は単純で、宗教に対する政府の補助の形式が現金交付にせよ、租税措置にせよ、納税者は同じ損害を被っているからである。

これまでに最高裁は、本件と同様の状況で、原告適格を問題にせず5つの訴訟を判断し、原告適格を否定したことはなかった。ウォルツ判決[98]では、宗教団体に対する財産税の免除を合憲と判断した。ハント判決[99]では、州の行政機関が教派組織に免税措置を保障することを認めた。ナイクィスト判決[100]では、

95　*Id*. at 1449.
96　*Id*. at 1449-50.
97　*Id*. at 1451.
98　Walz v. Tax Commission of City of New York, 397 U.S. 664（1970）.
99　Hunt v. McNair, 413 U.S. 734（1973）.
100　Committee for Public Education & Religious Liberty v. Nyquist, 413 U.S. 756（1973）.

宗教系私立学校に授業料を納めた親について州が税金を控除するのは違憲だと判断した。ミュラー判決[101]では、同様の制度についての訴えを退けた。本件の前段階であるウイン第1判決でも、租税差止手続法は、原告が国教禁止違反を争う訴訟を妨げないと判決した。

これらの判決では本案をめぐる激しい対立があったが、どの判事も原告適格を問題にしなかった。どの訴訟でも、州の租税措置が国教禁止条項違反と主張され、連邦裁判所の審理を求める根拠は、納税者としての原告適格だけであった。すべての連邦裁判所は、当事者が問題にしていなくても原告適格を検討する独自の義務がある。4件では原告適格に関する意見書（合衆国政府からのものを含む）が出され、最高裁は争点を熟知していた。長年にわたって疑問とされなかったことの意味を軽視すべきではない[102]。

【金銭支給と租税措置の類似性】 一般人が認識し、最高裁の判例も認めているのは、対象を特定した租税の軽減は、経済的にも機能的にも金銭の直接支給と区別できないということである。特別な租税の減免も、現金の支給も、選ばれた者に金銭を移して国庫の資金を減少させる。アリゾナを含む多くの州で租税措置の影響が算出されているのは、そのためである。判例[103]も、特定の者に対する租税の軽減による負担が納税者一般にかかることを認めている。フラスト判決の下で、納税者が歳出を争う原告適格を持つのであれば、租税措置についても原告適格を持つべきである。連邦裁判所の利用を、州が提供する財政補助の形式に依拠させるべきではない[104]。

【法廷意見によるフラスト判決の曲解】 法廷意見はフラスト判決を引用して、政府が宗教を支援するために納税者から税金を「引き出して支払う」場合にのみ損害を被るとして、歳出配分と租税措置を区別する理由の一つにしている。しかし同判決は、課税歳出条項の下で連邦議会が国教禁止条項に反したときに、納税者は憲法3条の下で原告適格を持つとしており、納税者は、議会が税金を支払いに充てる行為だけを争えるとする立場ではない[105]。

【歴史の教訓】 法廷意見も触れているマディソンが「請願と抗議書」で反対

---

101 Muller v. Allen, 463 U.S. 388（1983）.

102 *Winn*, 131 S. Ct. at 1452-55.

103 異人種間の男女の交際を認めない大学について課税免除資格を取り消した行政判断は宗教活動の自由に違反しないとした Bob Jones University v. United States, 461 U.S. 574（1983）、宗教雑誌の課税免除を国教禁止条項違反とした Texas Monthly v. Bullock, 489 U.S. 1（1989）を引用。

104 *Winn*, 131 S. Ct. at 1456-57.

105 *Id*. at 1459. 反対意見は、本件税額控除制度を運用するため、奨学金協会の認証や監督などに行政上の経費がかかると指摘している（*Id*. at 1458-59 n.9）。本件でも実は州の支出があることになる。

したヴァージニア州の法案は、キリスト教の教師を援助するための課税を提案したが、宗教教育に反対する者には一般の学校を建設・維持する基金に対する寄付の選択を定め、強制を避けようとしていた。本件の税額控除も同様である。いずれも税金が宗教団体に流れるが、補助のために支払うことを納税者に強制していない。マディソンは、そのような仕組みでも不十分だと考えたのである[106]。

ハイン判決と同様、形式上はフラスト判決を適用しながら、実際には課税と控除という新たな区別をつけ加えて同判決の射程を絞り込んでいる。しかし、税額控除は租税制度の一内容であり、課税権限行使の結果なのである。また、反対意見が指摘する 1970 年代の判例が原告適格について議論しなかったことを逆手に取って、本案審理を認めてきた判例を簡単に無視してもいる。

3.　フラスト判決、そして最高裁の行方

ハイン、ウイン両判決は、直接には納税者訴訟に関するものである。しかし、そこで示された精神損害に基づく原告適格に対する消極姿勢は、結局は国教禁止訴訟全般に波及する可能性が大きい。

ルプとタトルはハイン判決についてかなり詳細な分析を示したが、そこで国教禁止条項の解釈（実体論）と原告適格に関する議論（手続論）の「重なり」と「ズレ」を次のように指摘している。

従来の判例は、国教禁止条項違反による「損害」をかなり広範に解してきたが、そのことを敵視するのがスカーリア、トーマス判事の 2 人である。同条項は、刑罰を伴なう宗教の強制や、教派による差別のみを禁じたものと解している。法による強制や特定教派の優遇による損害は、古典的な損害概念になじみやすい。

これに対してハイン、ウイン判決で反対意見に加わった判事が損害として認めるのは、宗教上の疎外、宗教活動に対する公的援助、納税者の良心に対する不快、世俗性を欠いた立法目的といったものであり、訴訟で争われた実体問題に即してはいても、古典的概念にはなじまない。

国教禁止訴訟で争われる卒業式での祈り、政府による十戒などの宗教展示、宗教系学校の生徒も利用できる就学支援金（voucher）制度といった問題について、前者は合憲、後者は違憲と解する傾向にあり、原告適格に対する態度と実体論は重なりあう。

ハイン判決は実体論に立ち入らなかったが、結果として原告適格の問題と実

106 *Id*. at 1461-62.

体論のずれを大きくする可能性がある。国教禁止条項の実体論は、政府が世俗目的のみに基づいて行動し、政府の資金が宗教に流用されないことを確保し、宗教の是認または社会の分裂を避けるように求めている。これらは公的で構造的な事柄である。ところが原告適格の判断は、強制や差別扱いといった私的な損害の証明に依拠することになる[107]。

ハイン判決のスーター反対意見も指摘したように、無形の損害を認めるという点で国教禁止訴訟と環境訴訟には類似性がある。自分自身の金銭（経済）、身体などに対する損害は無くとも、公共空間をレクリエーションなどで利用することを妨げられた場合に原告適格を認めてきたからである。

しかし 2 つの点で異なるという。第 1 に、環境訴訟は法律の規定に基づくことが多い。その結果、議会が環境の利益を保護することを選んだ場合、裁判所が原告に生じる損害を否定するのは、立法府の意思を妨げることになる。これに対して国教禁止訴訟は法律上の請求権を欠き、憲法（解釈）のみに基づいている。第 2 に、環境訴訟の場合、汚染行為の継続によって原告による場所の利用は減るが、公共施設での宗教表現の場合、原告は宗教感情によって施設の利用を妨げられると主張する。環境訴訟よりも心理的要素が強く、物理的要素が少ないのである[108]。さらにつけ加えれば、国教禁止条項の遵守を求めるのは絶対少数派で政治力がなく[109]、法律で特に原告適格を認めることも考えにくい状況にある[110]。

精神損害とは無関係に見える連邦納税者訴訟にしても、フロスィンガム判決が言うように、原告の経済損害は微々たるものに過ぎない。そうだとすれば、ハイン判決のスカーリア結果同意意見が批判するように、実際には原告の精神損害（公憤と言うべきか）に基づくことになろう。しかし判例は、人種差別の分野でさえ、無形の心理的な損害による訴えを認めていない[111]。

やはり国教禁止条項は、特殊な原告適格理論を構築してきたことになる。だが、その基盤は不安定である。従来、一般に法的損害としては、法が禁止または救済すべきものと信じた結果だけが認められてきたが、過敏な者（the hypersensitive）が感情に被った損害のようなものは、法的には存在しないもの

---

107 Lupu & Tuttle, *supra* note 80, at 134-137.

108 *Id*. at 159 n.190.

109 Rahdert, *supra* note 8, at 1050.

110 初等中等教育法を 1 つの契機として、1966 年に連邦納税者に修正 1 条の宗教条項を争う原告適格を認める法案が提出されたが実現しなかった。熊本・前掲註 5，472-488 頁。

111 *The Supreme Court, 2010 Term — Leading Cases*, 125 Harv. L. Rev. 172, 181（2011）. 人種差別による屈辱（stigma）に基づく原告適格を認めなかった Allen v. Wright, 468 U.S. 737 を引用している。

と扱われている[112]。

ハイン、ウイン判決の示した方向は、宗教少数（反対）派を「過敏な者」として訴訟から締め出すものである。最高裁の最近の判例は、宗教・世俗団体双方に財政援助を認める中立的制度を合憲としており[113]、両判決も、本案審理に入った場合には合憲判断となる可能性が高かった。しかし、そもそも訴訟という形で声を上げさせない方が、保守派（と裁判所）にとっては負担が少ない。実際問題として、宗教展示をめぐっては最高裁も下級裁判所も混迷に陥ってしまったのだから[114]。

しかし、スカーリア判事が批判してやまない精神損害こそが、まさにマディソンを始めとする憲法制定者たち（Framers）が関心を寄せた損害だった。すなわち、自らの信奉しない宗教を支援する（させられる）ことによる個人の良心の侵害である。国教禁止条項の核心にある関心事が、宗教を促進するための課税を防ぐことであるのなら、同条項を実施する「もっとも論理的な方法」は、連邦裁判所における納税者訴訟となる[115]。憲法解釈では「原意主義（orisinalism）」の立場を採っていることになっているスカーリア判事は、一方では国教禁止条項の「原意」を無視しながら、他方で古典的な損害概念に固執しているように見える。

とは言え、原告適格の帰趨を決めるのは他の分野と同様、現実には理論の優劣ではなく最高裁の構成であり、4（ロバーツ長官、スカーリア、トーマス、アリトー判事）対 4（ギンズバーグ、ブライアー、ソトマイアー、ケーガン判事）対 1（ケネディ判事）という微妙な均衡状態の触れ方次第なのである。

---

112 Rahdert, *supra* note 8, at 1055.

113 Zelman v. Simmons-Harris, 536 U.S. 639（2002）.（就学支援金制度について）

114 その一端は拙稿「公的空間における宗教的展示」神戸外大論叢 49 巻 7 号 85 頁以下（1998 年）、「裁判所庁舎における十戒記念碑」神戸外大論叢 55 巻 4 号 89 頁以下（2004 年）を参照。David Spencer, Note, *What's the Harm? Nontaxpayer Standing to Challenge Religious Symbols*, 34 Harv. J.L. & Pub. Pol'y 1071（2011）は、宗教的象徴の設置による不快感や屈辱について原告適格を認めるのは、憲法 3 条に基づく原告適格の判例と矛盾すると論じる。また、これらの訴訟を認めなくても、学校での祈りのように強制を損害として争うことができる分野もあり、ルプらが危惧するように、すべてが政治上の論争と対立に帰するわけではないという（*Id*. at 1096 n.123）。

115 William P. Marshall & Gene R. Nichol, *Not a Winn-Win: Misconstruing Standing and the Establishment Clause*, 2011 Sup. Ct. Rev. 215, 234; Rahdert, *supra* note 8, at 1033.