神戸市外国語大学 学術情報リポジトリ

# 十戒から十字架へ：宗教象徴と国教禁止条項



| メタデータ | 言語: Japanese<br>出版者:<br>公開日: 2021-09-03<br>キーワード (Ja):<br>キーワード (En):<br>作成者: 山口, 智<br>メールアドレス:<br>所属: |
|---|---|
| URL | https://kobe-cufs.repo.nii.ac.jp/records/2571 |

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

# 十戒から十字架へ：宗教象徴と国教禁止条項

山口　智

近年のアメリカ連邦最高裁は、判事の構成が次第に保守派優位を強めてきた。その中で、宗教に由来する表現や展示物についての違憲判決は、2005 年の郡庁舎での十戒掲示に対するものが最後となっている。そして 2019 年には、第 1 次世界大戦戦没者を顕彰する十字架記念碑を公有地に存置することを合憲と判断し、しかも審査に際しては、長らく国教禁止条項の審査基準とされてきたレモン基準を用いないことを明言した。

本稿では、2019 年の判決を一連の判例と関連させながら検討する。

## １．宗教象徴の展示――レモン基準の「躓きの石」

最高裁が国教禁止条項の審査基準として長らく用いてきたのは、1971 年の Lemon v. Kurzman 判決が示したレモン基準である。法律などの係争行為が、(1)世俗目的を持たなければならない。(2)主要な目的が、宗教を援助または妨害するものであってはならない。(3)政府と宗教との過度の関わり合いを促進してはならない、との 3 点を審査して、いずれかに触れる場合には違憲とするものであった[1]。

しかし、基準の適用について最高裁の混迷が始まり、大きな批判を招くようになる。そのきっかけとなったのは、1980 年代中頃から現れた、宗教象徴の展示に関わる諸判例である[2]。

始まりは、クリスマスにちなむ展示だった。1984 年の Lynch v. Donnelly（以下、リンチ）判決は、市庁舎でのキリスト生誕群像の展示を 5 対 4 で合憲とした。しかし判決は、サンタクロースの小屋、そり、ピエロの切り絵、願掛け井戸などとともに展示されていたことを考慮して、その主たる効果は世俗的なものとした[3]ために、「トナカイルール(reindeer rule)」などと揶揄された。

---

[1] 403 U.S. 602, 612-13 (1971).
[2] かつての拙稿として、「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)、「裁判所庁舎の十戒記念碑」同 55 巻 4 号 89 頁以下(2004 年)を参照。
[3] 465 U.S. 668 (1984).

次いで 1989 年の County of Allegheny v. ACLU（以下、アリゲニィ郡）判決は、クリスマスツリーとユダヤ教の燭台(menorah)の併設は 6 対 3 で合憲としながら、キリスト生誕群像の単独展示は 5 対 4 で違憲とした[4]。4 人の判事が両方とも合憲、3 人が違憲とする中で、残る 2 人が前者では合憲、後者を違憲と判断したためにこのような結果となったのである。そのため、最高裁全体としては、安定した多数派が構成されたとは言えなかった。

2005 年には、十戒をめぐる 2 つの判決が下される。McCreary County v. ACLU 判決が、郡庁舎の人通りの多い場所に十戒の文書を収めた額を掲示することを違憲とした[5]のに対して、Van Orden v. Perry（以下、ヴァン・オーデン）判決は、慈善団体が州議会議事堂の公園に寄贈した、十戒を刻んだ記念碑の存置を合憲と判断した[6]。いずれも 5 対 4 での判断であり、ここでも両方とも違憲とする 4 人と合憲とする 4 人が拮抗する中で、残るブライアー判事が 2 つの訴訟で異なる態度を取った結果であった。

ヴァン・オーデン判決では、4 人の判事が歴史を重視したのに対して、ブライアー判事は、展示をめぐる状況を総合判断する手法を取った。かなり性質の異なる手法であるにもかかわらず、両者を合わせてようやく多数派を構成したために、どちらの手法を用いるべきかについて、一部では下級審の混乱あるいは後者を無視する運用を招くことにもなった[7]。

さらに 2010 年の Salazar v. Buono（以下、ブオーノ）判決では、国立公園に設置されていた第 1 次世界大戦戦没者を顕彰するための十字架が問題となった。仏塔の建立を拒否された者が、今度は十字架の撤去を求めて訴えたところ、連邦議会が介入して撤去予算の支出を拒否し、十字架の敷地を連邦所有から私有へと交換したのである。最高裁は、土地所有権の交換を差し止めた控訴裁判決を 5 対 4 で破棄・差し戻したが、理由について法廷意見（過半数）を構成できなかった[8]。

このような混沌が続く中で 2019 年の判決が下された。戦没者を顕彰するために、十字架という宗教象徴を石碑とした展示物が公有地に存在しているという、ヴァン・オーデン、ブオーノ両訴訟を複合したような状況が、最高裁まで争われたのである。そして最高裁は、結論と理由の双方について法廷

---

[4] 492 U.S. 573 (1989).
[5] 545 U.S. 844 (2005). 現時点では、レモン基準を適用した最後の最高裁判決である。十戒の掲示には、宗教を促進する目的があると判断した。
[6] 545 U.S. 677 (2005).
[7] John M. Bickers, *False Facts and Holy War: How the Supreme Court's Establishment Clause Cases Fuel Religious Conflict*, 51 Ind. L. Rev. 305, 338 (2018).
[8] 559 U.S. 700 (2010).

意見を構成することに成功した。

## ２．戦没者顕彰十字架碑合憲判決

2019 年の American Legion v. American Humanist Ass’n 訴訟（以下、本件と呼ぶ）では、メリーランド州北西部にあるブラーデンズバーグ（人口 9 千人余）で、1925 年に建てられた第 1 次世界大戦の地元戦没者を顕彰する記念碑「平和の十字架(Bladensburg Peace Cross)」が問題となった。

記念碑を建設するために当初は地域住民の委員会が募金を集め、地元政財界の支援を得て在郷軍人会支部が引き継いだ。十字架（Latin cross:縦軸が横軸より長く、横軸の左右は同じ長さで、縦軸は上部より下部の方が長い、典型的な形）は高さ 32 フィート（約 9.75m）で、台座には説明文と戦死者の名を記した銘板が付けられた。地域の発展によって、十字架のある場所は繁華街にある交差点の中心となる。そのため、1961 年に州の公園管理委員会は、記念碑の維持と交通の安全を確保するために十字架とその敷地を取得した。以後 50 年間で約 11 万 7 千ドルを維持管理のために支出し、2008 年には 10 万ドルの予算で十字架を更新・修理した[9]。

2012 年に、世俗人道主義を唱えて宗教の特別扱いに反対するアメリカ人道主義協会が、公有地に十字架があることや、行政組織による維持管理は違憲であると主張して、十字架の撤去または非宗教記念碑への改変を求める訴えを起こした。連邦地裁は、レモン基準と、ヴァン・オーデン判決でのブライアー結論同意意見（後述 6-1））を適用して合憲とした[10]が、第 4 巡回区控訴裁はレモン基準を適用した上で、十字架の大きさとキリスト教の象徴であることを重視して、主たる効果の宗教性と宗教との過度の関わり合いを理由に違憲と判断した[11]。上告を受けた最高裁は、7 対 2 で違憲判決を破棄・差し戻した。

アリート判事の意見は大半の部分で 4 人（ロバーツ長官、ブライアー、ケーガン、キャヴァノー判事）が加わって法廷意見となったが、レモン基準を批判した部分にはケーガン判事が加わらず、相対多数意見にとどまった。

トーマス判事は、国教禁止条項が州や地方自治体には適用されないとの持論とレモン基準の全面放棄を主張し、ゴーサッチ判事も、本件では原告適格を認められないとの理由で、いずれも合憲の結論には同意したが、法廷意見には加わらなかった。

---

[9] 事実関係は 139 S. Ct. 2067, 2076-78 (2019) を参照（記念碑の画像は *Id*. at 2113）。
[10] American Humanist v. Md-Nat'l Capital Park, 147 F. Supp. 3d 373 (D. Md. 2015).
[11] 874 F. 3d 195 (4th Cir. 2017).

ギンズバーグ判事の反対意見（ソトマイヨール判事が同調）は、戦没者の顕彰のために、キリスト教の象徴である十字架を用いるのは宗教的中立性に反して違憲であると論じたが、反対意見もレモン基準を用いず、言及さえしなかった。

### ３．法廷意見：長期にわたる宗教象徴などの使用は合憲と推定する

１）保守派優位の最高裁が合憲判断を下すのは、数の上では容易なはずだが、マッコネル(M.W. McConnell)の見るところ、問題はそれほど単純ではなかった。

1 で触れたように、近年、宗教象徴をめぐる国教禁止条項訴訟が増えてきた。十戒や十字架などをあしらった公共建築や、公有地での記念碑などのモニュメント、自治体の紋章に至るさまざまな問題が争われている。そして最高裁では、レモン、是認(endorsement)、強制、分断回避といった基準あるいは手法の主張が入り乱れ、方向が不明確であった。そのために下級審も、本件が示すように、拠るべき審査の手法をめぐって混迷に陥っていた。

最高裁としては、下級審に指針を与える必要がある。しかも、細かな事実関係が違うだけの類似の訴訟を少なくする方向で。訴訟負担（特に金銭面）を恐れる各地の自治体を、宗教象徴の撤去に追い込まないようにすることも、念頭にあったかも知れない。

だからと言って、レモン基準を完全に排除したり、この種の訴訟での原告適格を否定するような判断では、かえって世俗派の強い反発を招き、「文化戦争(culture war)」を激化させかねない。そこで、実務上の問題として扱い、理論に拠らない手法で解決する判決になったと言うのである。そして、リベラル派のブライアー、ケーガン判事の同調を得ることもできた[12]。

２）アリート判事の法廷意見は、次に示す 4 点の考慮から、「すでに確立した(established)、宗教を表現する記念碑、象徴、慣行を維持することは、それらを新たに設置または採用することとは全く異なる。時間の経過によって、強い合憲性の推定が生じる」とした[13]。確かにこれは、広範な一般理論や基準を提示するものではない。

第 1 に、長い歴史を持つものについて目的を審査することには問題がある。

---

[12] Michael W. McConnell, *No More (Old) Symbol Cases*, 2019 Cato Sup. Ct. Rev. 91, 93-94.

[13] *American Legion*, 139 S. Ct. at 2085. ただ、この説示は判決文Ⅱ節 B（法廷意見）の結語として置かれ、本来なら B の冒頭にあるべき一般論（長期間存続した記念碑などの合憲推定）は、なぜか A（相対多数意見）の末尾にある。確かに「奇妙な(odd)」構成であり、これは保守とリベラルが構成した多数派が、なお不安定な部分を残しているためかも知れない。McConnell, *supra* note 12, at 100 n.23.

昔に作られた記念碑などは、当初の目的を認識することが特に難しく、直接の証拠がない場合は、裁判官によって異なる推論に至りがちだからである[14]。

第 2 に、時間の経過によって、目的はしばしば多様化する。例えば十戒は、ユダヤ及びキリスト教徒にとっては神の言葉だが、法の基礎として歴史的意義を持っており、1950 年代には市民の倫理を促進する運動にも使われた。たとえ記念碑の当初の目的が宗教によるものだったとしても、時間の経過によってそのような感情は曖昧になるかも知れないのである[15]。

第 3 に、象徴が伝えるメッセージも変わることがある。特に宗教象徴は、長い時を経て、地域の景観やイメージを示すものとなり得る。例えばノートル・ダム大聖堂は、基本的には礼拝の場であり、大きな宗教上の意義を持っているが、多くの者にとってはパリやフランスと強く結びついている。アメリカ各地にも、宗教に由来する地名が多く存在する[16]。

そして第 4 に、記念碑などが時の経過によって慣れ親しまれ、歴史的意義を持つようになった場合、これを取り除くのは、特に地域社会にとってはもはや宗教に中立的とは言えず、多くの者に宗教に対する敵意と受け取られかねない[17]。

この 4 つの点は、本件の記念碑にも当てはまる。十字架は明らかに宗教象徴だが、裁判所は、今となっては記念碑を建立した者の意図を推論することができない。さらに、記念碑を維持する目的は、歴史的景観の維持や交通安全の確保を含むものへと多様化した。そして十字架の意義も変わり、今は交差点にあって他の記念碑に囲まれている。十字架が地域の景観として慣れ親しまれるようになっている以上、それを取り除くことは、中立的なものとしては捉えられないだろう、とする[18]。

### ４．目的審査の融解

１）法廷意見は、十字架は「キリスト教の卓越した(preeminent)象徴」であると認めながら、ヨーロッパにおける第 1 次世界大戦でのアメリカ兵戦没者墓地に白い十字架の林立する写真がアメリカ人に強い印象を残したことを引き合いに出して、本件記念碑が十字架の形を用いたのは戦没者の象徴としての意義があった、とする。

十字架が用いられる例として、ブルークロス・ブルーシールド医療組合、

---

[14] *American Legion*, 139 S. Ct. at 2082.
[15] *Id*. at 2082-83.
[16] *Id*. at 2084.
[17] *Id*. at 2084-85.
[18] *Id*. at 2085-86.

バイエル薬品、ジョンソン＆ジョンソンや赤十字のマークまで持ち出しているが、やはり重要なのは第1次世界大戦後に戦没者の顕彰と関連して用いられるようになる経緯であり、当時の有名な詩の一節まで引用して説明している[19]。宗教象徴を用いる目的の多様性、ということか。

２）マッコネルは、記念碑が宗教性を失ったことを合憲判断の根拠にしなかった点を評価する。記念碑を「『宗教の形を借りた儀礼(ceremonial deism)』の無意味な遺物」とするのは、一方ではそこに信仰を共にしない者を排除するメッセージを読み取る反対派の反応を真面目に受け止めない態度であり、他方、そこに含まれる神聖さの要素に価値を置く擁護派を満足させることもないからである[20]。しかし、多様な目的、文脈を強調するのは、結局、宗教性を薄めようとしているだけではなかろうか。

３）ビッカース(J.M. Bickers)は、レモン基準が避けられるようになった理由の一つは、この基準が宗教象徴の展示をあらかた違憲としかねないことが不都合と考えられた点にあると言う。同基準を文字通りに適用すれば、特に目的審査では、展示の長い歴史を正当化の理由に用いることができない。当初の展示の目的をまともに審査すれば、宗教目的ではないとすることは困難である[21]。そのために、宗教を公の場で用いようとする側は、事実の歪曲を試みることになる。その例証となるのが2つの判決だという。

1995年のCapitol Square Review & Advisory Bd. v. Pinette訴訟では、黒人差別団体のクー・クラックス・クランが州議会議事堂周辺の広場に十字架を設置する許可を求めて争った。

スカリア判事の相対多数意見は、問題は国教禁止条項がパブリック・フォーラムから宗教言論を排除することを正当化するか否かであると構成して、許可を拒めないとした[22]。トーマス判事の同意意見も、クランが十字架を用いることは「白人至上主義の象徴、脅しと嫌がらせの道具」であり、設置の目的は主として非宗教的[23]としながら、それでも宗教言論であるかのように扱う相対多数意見に同意している。

これに対して、2010年のブオーノ訴訟（前述1）で問題になったのは、国立公園に立つ、2本の金属パイプで作られた、高さ約8フィート（25m弱）の、何の説明もないラテン十字架であった。

---

[19] *Id*. at 2074-76.
[20] McConnell, *supra* note 12, at 97.
[21] Bickers, *supra* note 7, at 315-16.
[22] 515 U.S. 753, 760 (1995). ただし、これは訴訟が国教禁止条項の問題として争われていた結果でもある。
[23] *Id*. at 770.

ケネディ判事の意見（ロバーツ長官は全部、アリート判事は一部について同調）は、十字架を「記念物(memorial)」と連呼して、「単にキリスト教信仰を再確認するものではない」、「宗教よりもはるかに大いなるもの〔外国での多数の戦死者〕を想起させる」と述べた[24]。アリート判事の一部同意・結論同意意見も、連邦議会の土地交換議決は国教の樹立ではなく、戦没者の顕彰と、十字架の破壊（撤去）による「象徴表現(symbolism)に対する妨害」を避けるためとしている[25]。

スカリア判事に至っては口頭弁論で、十字架は「最後の安息の地を示す、もっとも普遍的な象徴」であるから、それがキリスト教信者の戦死者だけを讃えるものだとする原告側の主張は、「とんでもない(outrageous)結論」だと論難した[26]。原告側主張は狭量とも見えようが、スカリア判事の発想はいかにもキリスト教中心である。

2 つの訴訟ではいずれも、公有地での、何の説明もない十字架単独の設置が争われた。しかし最高裁の保守派は、前者については宗教表現に引き寄せ、後者はできるだけ引き離そうとしたのである[27]。

４）アリート判事が目的の多様性を強調して宗教性を曖昧にしようとするのは、本件に始まったことではない。

2009 年の Pleasant Grove City v. Summum[28]（以下、サマム）訴訟では、宗教団体が自らの教えを刻んだ記念碑を市の公園に設置するよう求めたことが問題となった。アリート判事の法廷意見は、「モニュメントが伝える意味は、往々にして単純なものではない。言葉がある場合でも、…実際には見る者が違えば、さまざまな仕方で解釈され得る」と述べる[29]。

５）宗教象徴にはさまざまな解釈が可能だと言うのなら、その目的や、宗教を是認しているか否かを問う従来の審査基準は、無意味とは行かないまでも、かなりの程度、力を失なうことになろう。

レイコック(D. Laycock)は、このような手法を「小手先の(expedient)ポスト・モダニズム」と評する。

宗教象徴はさまざまな意味を持ち得ると言っても、それらは基本となる宗教的意味から派生するものに過ぎない。戦没者を顕彰するために宗教象徴（例

---

24 *Buono*, 559 U.S. at 721.
25 *Id*. at 729.
26 Transcript of Oral Argument at 38-39, Salazar v. Buono (No. 08-472), https://www.supremecourt.gov/oral_arguments/argument_transcripts/2009/08-472.pdf.
27 Bickers, *supra* note 7, at 323.
28 555 U.S. 460 (2009).
29 *Id*. 474-75. ニュー・ヨークのセントラルパークにある、imagine の語を組み込んだジョン・レノン記念碑まで例示している。

えば十字架）を用い、倫理を涵養するために聖典（例えば十戒）を用いることができるなら、宗教の説教を用いても良いことになりかねない。明らかな宗教象徴について、核心となる意味など無い、あるいは世俗的とするのは、宗教にも憲法にも有害だと言うのである[30]。

## ５．歴史、伝統、歳月

１）最高裁の保守派が、公共での宗教表現を正当化する根拠としてしばしば持ち出すのが歴史と伝統である。

十戒記念碑の存置をめぐって争われたヴァン・オーデン訴訟でも、レーンクィスト長官（当時）の相対多数意見は、ワシントン大統領による感謝祭宣言や、それを求めた下院の決議を引いて、政府が神の役割を公に認めるのは建国以来の歴史があると主張した。十戒についても、モーゼ像や十戒にちなむ意匠が最高裁法廷など多くの公共施設にあることを指摘している[31]。

２）アリート判事の本件法廷意見は、目的の変容や十字架記念碑の受容について時間の経過を重視するが、歴史と伝統を正面から掲げるには至っていない。リベラル派の２人を取り込む必要からであろうか。

ただし相対多数意見の部分では、レモン基準が機能しないことから、最高裁は後には国教禁止条項について異なる手法を取るようになり、特定の事柄に焦点を当てたり、歴史や伝統を指針とするようになった、と判例を解釈する[32]。その典拠は、レモン基準の全盛期にもかかわらず、建国期以来の歴史を理由に州議会開会時の祈りを合憲とした Marsh v. Chambers（以下、マーシュ）判決[33]や、同判決を根拠に町評議会での祈りを合憲とした Town of Greece v. Galloway（以下、ギャロウェイ）判決[34]である。

３）法廷意見（または相対多数意見）が言葉を濁したのに対して、キャヴァノー判事の同意意見は、本件は「歴史と伝統」基準を適用したものと捉える[35]。ゴーサッチ判事の結論同意意見（トーマス判事が同調）はさらに進んで、「我が国の伝統」と一致するものであれば、宗教慣行、モニュメント、象徴は新旧を問わず合憲とするものと判決を解している[36]。

４）これに対してブライアー判事の同意意見（ケーガン判事が同調）は、

---

[30] Douglas Laycock, *Government-Sponsored Religious Displays: Transparent Rationalizations and Expedient Post-Modernism*, 61 Case W. Res. L. Rev. 1211, 1248-49 (2011).
[31] *Van Orden*, 545 U.S. at 686-90. ケネディ、スカリア、トーマス判事が同調。
[32] *American Legion*, 139 S. Ct. at 2086.
[33] 463 U.S. 783 (1983).
[34] 572 U.S. 565 (2014).
[35] *American Legion*, 139 S. Ct. at 2092.
[36] *Id*. at 2102.

歴史は考慮すべき要素の一つに過ぎないと言う。十字架記念碑は、地元の兵士を顕彰する世俗的な動機によるもので、同じ場所に 94 年間存在して、訴えが起こされるまで何ら問題が生じていないことを重視する。

そしてキャヴァノー、ゴーサッチ判事とは違い、法廷意見を、公有地に新たに建てられた宗教記念碑を「歴史と伝統」を理由にして許すものとは考えない。歴史だけでなく、個別の状況や長期間存在していたことも考慮して初めて、合憲性を支持できると言うのである[37]。

ケーガン判事の一部同意意見も、国教禁止条項については歴史の役割について広範な言明をするよりも、事例ごとの判断が望ましいとする[38]。

５）果たして歴史は合憲のお墨付きにできるのだろうか。公立学校での聖書朗読や祈りは 1960 年代に相次いで違憲判決を下されたが、それらは 19 世紀に遡る歴史を持っていたのである。

法廷意見は、十字架が第 1 次世界大戦戦没者を表わす世俗的象徴の典型となった経緯を詳述する。しかしギンズバーグ判事の反対意見は、(1)陸軍省は戦没者の墓標を、その教派に合わせてキリスト教の場合には十字架、ユダヤ教の場合はダヴィデの星を用いるよう決定していた。(2)当時の軍は、第 1 次世界大戦関係の記念碑については、キリスト教に由来する十字架を記念碑に組み込むことを避けていた、と指摘している[39]。

また、十字架記念碑が建立された 1920 年代は、プロテスタントの圧倒的優位の結果として、ユダヤ教やカトリックに対する敵意が強まった時代でもあり、法廷意見は当時を美化しているとの批判もある[40]。

６）ジングラス(B.G. Gingras)は、法廷意見は歴史を用いて記念碑を正当化しているが、根拠が薄弱だと批判する。

十戒やクリスマスの展示では目的の審査が重要視されたが、本件はそうしていない。法廷意見は、宗教目的が時勢によって薄らぐことを示唆したが、十戒に関する 2005 年の両判決は、時間の経過ではなく、展示の現状から導かれる動機の世俗性について判断している。十字架はイエス・キリストの処刑を表わす主としてキリスト教の象徴であり、本件記念碑は単独で設置されている。また、歴史のある記念碑や建築物は地域の象徴になり得ると言うが、本件記念碑はノートル・ダム大聖堂のような水準には達していない。巨大な十字架が通りの中心にあるばかりである。

---

[37] *Id*. at 2091.
[38] *Id*. at 2094.
[39] *Id*. at 2110-12.
[40] Richard C. Schragger, *Unconstitutional Government Speech* 32 (Virginia Public Law and Legal Theory Research Paper No.2019-56), https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm? abstract_id=3468469.

長らく争われなかったからと言って、記念碑が合憲になるわけではない。マーシュ、ギャロウェイ判決で問題となった議会開会時の祈りは、歴史の中で多様な教派による祈りを包摂する方向をたどった。しかも両判決は、宗教慣習に関わるものである。ところが本件では、宗教展示の問題であるにもかかわらず、先例であるはずのアリゲニィ郡、ヴァン・オーデン判決を参照していない。そして、どの程度の時間の経過によって合憲となるのかも、明らかにはしていない[41]。

７）時間の経過を合憲判断の考慮要素とする手法は、後述するヴァン・オーデン判決でのブライアー結論同意意見に現れていた。

同じ宗教表現・展示・象徴であっても、「古いものの存置を認め、新しいものを禁じる」発想であり、レイコックは「度外れた無邪気さ」と酷評した。それでも、「時効(laches)のルール」は、宗教展示の世俗性などと「馬鹿げたこと」を言わずに、訴訟による「政治問題」を解決できる可能性があることは認めている[42]。

ビッカースも、審査基準としては一貫性を欠くが、期限付きの原告適格として採用すべきだと提案する[43]。その背景にあるのは、政府が宗教の役割をより強く認めることを求める「聖なる戦士(Holy Warriors)」と、教会と国家との分離を強化するように求める「熱烈な分離主義者(Fervent Separationists)」との相互理解のない激しい対立であり、宗教による緊張を最高裁が緩和できないことへの懸念であった[44]。

## ６．分断の回避

１）法廷意見は、記念碑などについて合憲性を推定すべき根拠の第４点として、宗教性を理由に撤去するのは地域の反発を招くことを挙げた。かつてこの点を重視したのが、州議会議事堂公園における十戒記念碑の存置を合憲としたヴァン・オーデン判決（前述 1）での、ブライアー判事による結論同意意見である。

同判事は、「公共空間から宗教性を帯びるものをすべて排除するような絶対主義は、我が国の伝統とは相容れないだけでなく、国教禁止条項が避けよ

---

[41] Bethany Grace Gingras, *Trying to Make Lemonade out of Lemon v. Kurtzman: A Discussion on the Appropriate Analysis for Monuments in Lights of a New Presumption*, 71 BAYLOR L. REV. 702, 725-27 (2019).
[42] Laycock, *supra* note 30, at 1223.
[43] Bickers, *supra* note 7, at 352.
[44] *Id*. at 347-49.

うとした社会紛争を激化させる」[45]、との懸念を表明する。

そして、「ボーダーラインの事件」では、十戒の文言に着目するだけでは解決できず、それが伝えようとするメッセージについて判断するには、展示の状況を考察する必要があると言う。記念碑の寄贈は、市民団体による少年非行を減らす努力の一環であり、17 基の記念碑や 21 件の歴史標章の一つとしてテキサス人の歴史や倫理の理想を表わす、主として世俗的なメッセージである。そして、記念碑が設置されてから 40 年間法的に争われなかったのは、議事堂公園の訪問者もそのように考えていることを示唆しており、レモン基準に照らしても合憲であるとした[46]。

２）ブライアー判事は、宗教条項の基本目的を「宗教による社会の分裂を避けること」であると言う。かねてからの持論[47]であり、レモン判決にも見られる表現[48]だが、この点を重要な根拠とした合憲判断を、原告ヴァン・オーデンの代理人でもあったチェムリンスキー(E. Chemerinsky)は強く批判している[49]。

第 1 に、十戒記念碑の設置自体が社会に大きな分断をもたらしている。熱烈に支持する者は多いが、政府の世俗性を強く求める者もいるからである。裁判で争う者に対しては脅迫も絶えない[50]。第 2 に、国教禁止条項の分野で分断の回避を持ち出すのは、原理としては無意味である。公立学校での祈りや聖書朗読のように多数派が望んだ宗教慣行でも、同条項違反と判断されてきた。しかもブライアー意見は、分断の回避を憲法原理としてどのように適用すべきなのか、何の指針も示していない。第 3 に、十戒の設置を認めるよ

---

45 *Van Orden*, 545 U.S. at 699.

46 *Id*. at 700-03. なお、市民団体のイーグルス友愛組合(Fraternal Order of Eagles)が、1950 年代から 70 年代にかけて展開した、各地で十戒を刻んだ記念碑を寄贈する運動については拙稿「公共施設における十戒の展示」宗教法 41 頁以下・41-42 頁(2006 年)を参照。ただし現在の友愛組合サイトでは、以前は存在した寄贈運動についての詳しい紹介は省かれ、1 行で触れるのみである。https://www.foe.com/About-The-Eagles/Who-We-Are (2020 年 4 月 13 日閲覧).

47 Zelman v. Simmons-Harris, 536 U.S. 639 (2002) 判決では、公立、私立（宗教系が多い）学校の学費いずれにも充てることのできる引換券(voucher)を支給するオハイオ州の政策を合憲としたことに対して、制度は社会対立を激化させる可能性があるとの反対意見を書いている。*Id*. at 717.

48「宗教をめぐって生じる政治上の分裂は、修正 1 条が防ごうとする主要な害悪の一つである」。*Lemon*, 403 U.S. at 622.

49 チェムリンスキーはオコーナー判事が決定票を投じると考えており、5 対 4 で敗れた結果よりも、ブライアー判事が合憲側に回ったことに驚いたという。Erwin Chemerinsky, *Why Justice Breyer Was Wrong in Van Orden v. Perry*, 14 Wm. & Mary Bill Rts. J. 1,1-2(2005).

50 国教禁止訴訟の原告代理人を何度か経験したレイコックによると、原告は身元を探られる、殺害の脅迫、飼犬を殺される、家の不審火といった攻撃を受けることさえある。レイコック自身もヴァン・オーデン訴訟の代理人を打診されたが、在職するテキサス大学に対する報復を慮って断っている。Laycock, *supra* note 30, at 1224-26.

うな形で政府が宗教に関われば、今度はどの教派の十戒を刻むのかという、新たな宗教問題をもたらすことになってしまう[51]。

３）これに対してファロン(R.H. Fallon)は、違憲派の主張は理屈では正しいかも知れないが、と反論する。

ファロンはブライアー意見の論理を 3 つに大別し、そのうち 2 つには賛成していない[52]。第 1 は、十戒記念碑が伝えるメッセージは主として世俗的とする点である。十戒が示す倫理に関する部分は世俗的であり、記念碑を寄贈したのは世俗団体であり、記念碑の一画は宗教活動に利用されているわけでもないとしている。しかし、神が人間の主であることを宣する十戒の宗教性は明らかであり、十戒記念碑は芸術作品ではなく、歴史上の何らかの出来事に触れるものでもない。第 2 は、記念碑が設置されてから 40 年間争われなかった点である。これについても、裁判で争うことは原告には何の得にもならず、かえって金銭、時間、エネルギーの消耗にしかならない上に、社会からの排斥をもたらしかねないことを考えると、合憲の理由とはし難い。

問題は第 3、すなわちアメリカの社会生活に宗教がさまざまな形で織り込まれているために、最高裁が板挟みになっている点にある。

現代の政府は、宗教団体や信仰を新たに支援してはならない。しかし、長年にわたってアメリカの社会生活を形作ってきた宗教象徴や慣行をすべて排除すべきであろうか。国教禁止条項を厳格に解釈することで、最高裁は宗教に敵対的と見られ、社会からの大きな怒りを招き、厳格解釈が目指すことをはるかに上回る不都合な状況に陥るのではないか。

ブライアー判事は、判決が民主政治の公正かつ有効な運用にどのような影響を及ぼすのかを重視してきた[53]。そして、アメリカの民主政治で重要なのは、対立する陣営が互いに敬意と配慮を払う精神であり、それゆえに同判事が示した妥協的解決に賛成できると言うのである[54]。

４）ヴァン・オーデン判決でブライアー判事に賛成する者はいなかった。しかし、14 年を経てその発想は法廷意見に部分的に取り入れられたように見える。

そして、ギンズバーグ判事の反対意見さえ、違憲と判断しても、記念碑の撤去には直結させない。場合によっては、私有地に移すなり、敷地の所有者

---

[51] Chemerinsky, *supra* note 49, at 3-4.

[52] Richard H. Fallon, *A Salute to justice Breyer's Concurring Opinion in Van Orden v. Perry*, 128 HARV. L. REV. 429, 430-31 (2014). ブライアー判事最高裁在職 20 年記念号である。

[53] ブライアー判事には著書 MAKING OUR DEMOCRACY WORK (2010)がある。大久保史郎監訳『アメリカ最高裁判所――民主主義を活かす』（岩波書店・2016 年）。

[54] Fallon, *supra* note 52, at 431-33.

を私人に移転することによって、違憲性を是正できるとしている[55]。

とは言え、国教禁止条項の眼目は、特定の宗教が優遇されないところにあるとの立場からすれば、多数派の反感を慮って現状を維持する判断は、国教禁止条項（の解釈）を、多数派の宗教慣行を擁護する楯として使う結果になったのではないかとの疑問は残るのである[56]。

## ７．レモン基準批判

１）アリート判事がレモン基準を批判した部分は相対多数意見にとどまっている。同基準については、国教禁止条項に関する判断に規律と予測可能性をもたらそうとした「野心的な試み」だったとしながらも、実際には、最高裁は多くの判決で基準を適用しないことを明言したり、単に無視してきたとする。その理由として、最高裁が議会開会時の祈りや公の場で宗教に言及することなどを許容することについて説明ができなかったことを挙げている[57]。しかも、レモン基準に対する批判は、相対多数意見だけが表明したものではなかった。

２）キャヴァノー判事の同意意見は、最高裁は、レモン判決が示した「古い基準」をもはや適用しないことを改めて示したと主張する。

レモン判決後の判例を整理すると、(1)公有財産上の宗教象徴や政府の行事での宗教言論については、歴史と伝統に基づいて判断している。(2)宗教に対する配慮に関しては、宗教活動に対する一般法規制の適用を免除する立法を認めている。(3)宗教を促進または是認する効果があるにもかかわらず、宗教団体に対する免税や補助を認めている。(4)公立学校で政府が後援する祈りを禁じているのは、生徒に対する強制になる危険があるためである。(5)パブリック・フォーラムでの宗教言論は、世俗の言論との平等の観点から認めている。レモン判決ではこれらを説明できない。

そして、レモン基準は「有効な法(good law)」ではなく、判例から導かれる原理は、政府の慣行が強制にわたるものではなく、なおかつ(1)歴史や伝統に根ざしている、(2)宗教と世俗を同等に扱っている、(3)立法による配慮が許容できる、といったいずれかの場合であれば通常は合憲とするものだとしている[58]。

３）トーマス判事の結論同意意見は、連邦憲法の国教禁止条項を州や地方

---

[55] *American Legion*, 139 S. Ct. at 2112.
[56] Schragger, *supra* note 40 at 35-36.
[57] *American Legion*, 139 S. Ct. at 2080.
[58] *Id*. at 2092-93.

自治体に適用すること自体に反対する持論を本件でも繰り返したが、レモン基準については全面放棄を主張している。憲法の原意に基づいていないこと、いかなる結果にも適合するように操作できること、下級裁判所に大きな混乱をもたらし続けていること、が理由である[59]。

４）ゴーサッチ判事の結論同意意見（トーマス判事が同調）は、この種の訴訟での原告適格を全面否定すべきと主張している。

下級審が、記念碑などを見て不快にされた者(offended observer)にまで原告適格を認めるのは、個別の具体的な損害を要件とする原告適格の基本を逸脱するとの論旨だが、このような事態をもたらしたのが、レモン基準、そして是認基準であったとする。最高裁がリンチ、アリゲニィ郡判決で、合理的観察者が宗教の是認に当たると判断したものを憲法違反と判断する姿勢を示したために、下級審に対して、是認を感知した者が訴えることができなければならないと認識（同判事の立場からすれば、誤認か）させたと言うのである。

「過剰に」原告適格を認める諸悪の根源として、レモン基準と是認基準をまとめて否定する論理だが、レモン基準そのものについても相対多数意見による批判に賛成し、さらに「ほとんどあらゆる事件でほとんどあらゆる結論を自由に得られる」というマッコネルの批評を引用したり、「いささか不自然で曖昧な 3 分肢基準」とも形容している[60]。

５）ただ 1 人レモン基準を擁護したのがケーガン判事である。法廷意見が十字架記念碑の存置を認めた論理を完全に支持しながらも、基準を批判した部分には加わらず、一部同意意見を述べた。

「レモン基準を厳格に適用することによって、すべての国教禁止条項に関する問題を解決できるわけではないことには賛成するが、政府の行為を評価する際に、目的と効果に焦点を合わせることは重要だと考える」[61]。

６）ギンズバーグ判事の反対意見（ソトマイヨール判事が同調）は、宗教的中立性を強調するものの、レモン判決は引用さえしていない。

なお、「政府による宗教象徴の展示を争う事件について、最高裁は、展示が『宗教を「是認する」効果』を持っているのかを審査することによって、中立性原則の厳守を審査してきた」[62]と述べ、その後でも是認の語を何度か用いている。これはレモン基準というより、効果審査を補強するものとして現れた是認基準を支持するものであろう。

---

[59] *Id*. at 2097-98. 法廷意見は適切な基準を明らかにしていないから加わらないとする。
[60] *Id*. at 2101-02.
[61] *Id*. at 2094.
[62] *Id*. at 2105.

７）こうしてレモン基準を批判する判事が 6 人となり、支持は 1 人にとどまった。批判は主として「国教禁止条項に関する一般的審査基準であるかのように見えながら、判例をうまく説明できていない、本件をうまく解決できない」との趣旨だが、相対多数意見が指摘するように、学界でも長らくさまざまな批判が続いてきた[63]。

エスベック(C.H. Esbeck)は、判決がレモン基準のうち効果審査と過度の関わり合い審査を葬ったとみて、肯定的に評価している。

効果審査について、一つには運用上の問題があると批判する。宗教象徴の社会に対する効果は、見る者の認識によるところが大きく、主観的な基準である。判例は「見る者」を「合理的観察者(reasonable observer)」と設定して、主観性について弁明しようとしたこともあったが、合理的観察者なるものも、結局は担当裁判官の価値観に依拠している。

理論上の問題として、効果審査は、政府に、その政策や目的についてではなく、アメリカ社会が多様化した結果、多種多様で極端な宗教・価値観を抱く者さえ含んで対立する市民たちの反応についての責任を負わせようとしていると言う。しかし、国教禁止条項に関する裁判所の判断は、国をばらばらにする(Balkanize)ことを促進するものではない[64]。

過度の関わり合い審査については「愚劣(folly)」とまで言う。現代の規制社会にあっては、国と教会が何らかの行政上の関わりを持つことは避け難く、それが望ましい場合さえある。規制による関わり合いは、それ自体が違憲の原因になるのではなく、特定の教派を優遇したり[65]、宗教を世俗より意図して優遇する[66]場合に国教禁止条項に違反するのである。そして、いかなる場合に「過度」となるのかについて、判例は何の指針も示しておらず、この審査は裁判所に過大な権限を与えている点でも問題がある、としている[67]。

とは言え、エスベックは他方で、政府と宗教が接近することの危険性も指摘している。

憲法制定時に国教の禁止を推進する力となったのは、宗教は私的なもので、

---

[63] *Id*. at 2081 n.15 は、マッコネル、レイコック、スミス、タシュネット、チョーパー、ポールセン、マーシャルによる有名な論稿を列挙している。

[64] Carl H. Esbeck, *The World War I Memorial Cross Case: U.S. Supreme Court Takes a New Approach with the Establishment Clause* 15-17 (University of Missouri School of Law Legal Studies Research Paper No.2019-15), https://papers. ssrn.com/sol3/Papers.cfm?abstract_id= 3437071, 63 J. CHURCH & STATE (forthcoming 2020).

[65] 慈善団体による募金に対する規制について、歴史や知名度のある宗教団体に対する例外を設けた州法を違憲とした Larson v. Valente, 456 U.S. 228 (1982)など。

[66] 安息日について特権的に配慮を定めた州法を違憲とした Estate of Thornton v. Caldor, 472 U.S. 703 (1985)など。

[67] Esbeck, *supra* note 64, at 17-18.

自発性に基づく領域であるとの原則だった。教会と国家との間に境界を設けることで、両者の活力が保たれる。そして宗教の信者と無信仰者の双方について自由が保障される。

これに対して、政府が宗教を熱心に受け入れ、あるいは宗教象徴を用いようとすれば、教会と政府との接近が認識され、かえって宗教が疑いの目で見られるようになる。また、政府が政策を推進するために宗教を利用したり、国民統合のために宗教象徴を用いると、信仰の純粋さが失われ、信者には有害で宗教の自発性を損なうおそれがあることが建国時の懸念であったと指摘して、法廷意見がこの点を看過していると批判する[68]。このような観点を重視するのなら、いくら問題があるとしても、なぜ「過度の関わり合い」基準を強く否定しなければならないのか、よくわからないところである。

８）法廷意見はレモン基準を明確に放棄したわけではなく、相対多数意見も批判はしながら、宗教象徴や慣行には用いないと述べるにとどまる。しかしキャヴァノー判事が指摘するように、多くの分野で基準が適用されていないのは確かである。同判事の判例解釈は、リンチ、アリゲニィ郡判決を都合よく無視するなど強引なところはあるが、あるいは将来の最高裁を示唆するものかも知れない。

かつてスカリア判事（2016 年死去）は、レモン基準をゾンビになぞらえて嘲罵したが[69]、同基準はいよいよ埋葬されるのだろうか。

## ８.「根本的」解決？

合憲判断の結論にのみ同意した 2 人の判事は、従来の判例でも見られた有力な主張を繰り返している。宗教象徴に関連する訴訟をあらかた葬ることができる点では保守派にとって好都合であろうが、多数派とはならなかった。

１）強制基準

本件では上告人（被告）の在郷軍人会[70]と参加人の連邦司法省は、強制の有無に基づいて記念碑を合憲と判断すべきだと主張した。ただし、町評議会での祈りを合憲としたギャロウェイ判決を主な根拠としており、強制の要素よりも歴史や伝統を重視するものと捉えた方が良いかも知れない。

---

[68] *Id*. at 24-26.

[69] Lamb’s Chapel v. Ctr. Moriches Union Free Sch. Dist., 508 U.S. 384, 398 (スカリア判事の同意意見).

[70] 代理人の口頭弁論：Transcript of Oral Argument at 17-18, American Legion v. American Humanist Ass.,139 S. Ct. 2067 (2019) (No.17-1717), https://www.supremecourt.gov/oral_arguments/argument_transcripts/2018/17-1717_8n59. pdf. 答弁書：Reply Brief for the American Legion Petitioners, https://www.supremecourt.gov/DocketPDF/17/17-1717/88316/ 20190213163922725_17-1717%20rb.pdf.

トーマス判事の結論同意意見は、法的強制がなければ国教禁止条項に違反しないとする。建国当時、国教樹立の特徴と考えられていたのは現実の法的強制を伴なうものであり、十字架の維持管理に公金を支出することはこれに当たらない。十字架は特定宗教のものだと主張されているが、特定の教派によらない宗教言論を強いることは、我が国の歴史や伝統とは相容れないとする[71]。7-2)で触れたキャヴァノー判事の同意意見も、強制の有無を重視する。

エスベックは強制基準について、国教会制度が必ずしも強制を伴なわないこと（例えばイギリス）や、公立学校での祈りや聖書朗読について、生徒の参加が任意であったにもかかわらず違憲とした判例[72]と整合しないことを指摘している[73]。

２）原告適格の否定

法廷意見は、宗教表現や象徴が関わる多くの訴訟と同様に、原告適格については特に論じていない。しかし、宗教表現による不快さなどの精神的要素を理由に原告適格を認めるのは他の法分野と比べて異例であり、ゴーサッチ判事は 7-4)で触れた通り、本件では原告適格を否定して訴えを退けるべきだと主張している。

これについてもエスベックは、不本意な宗教表現にさらされたことを背景とした訴訟について原告適格を認めた判例[74]を無視あるいは論じていないと批判している[75]。ビッカースは、精神損害の要素を国教禁止条項訴訟の原告適格から排除すれば、政府による、キリスト教に依拠した表現の増大が避け難くなると見る。アメリカの宗教状況が多様化したとは言え、地方における均質性は今なお強いためである[76]。

上記 2 つの手法は、有力ではあるものの、いずれも判例との整合性に問題がある上に、3-1)で触れたように、文化戦争を激化させかねない。保守派と目

---

[71] *American Legion*, 139 S. Ct. at 2096. ケネディ、スカリア判事が 1980 年代後半に強制基準を提唱し始めた頃の状況と両判事の違いについては、土屋英雄「アメリカにおける政教分離と『受容主義』:連邦最高裁での"強制"テストと"法的強制"テストを中心として」高岡法学 4 巻 2 号 35 頁以下(1993 年)を参照。

[72] Engel v. Vitale, 472 U.S. 421 (1962); Abington School Dist. v. Schempp, 374 U.S. 203 (1963).

[73] Esbeck, *supra* note 64, at 26-28.

[74] 学校での宗教教育を生徒が訴えた(ただし参加は任意) McCollum v. Board of Education, 333 U.S. 203 (1948); 聖書朗読を生徒が訴えた(同) *Schempp*; 州議会開会時の祈りを議員が訴えた(当然のことながら、強制の有無が争点となりがちな子供の問題ではない) *Marsh*; 卒業式での祈りを生徒が訴えた(参加は任意) Lee v. Weisman, 505 U.S. 577 (1992).

[75] Esbeck, *supra* note 64, at 30-31. なお、国教禁止条項における原告適格については、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(1996 年)、「国教禁止条項と原告適格：過去と現在」神戸外大論叢 64 巻 2 号 163 頁以下(2014 年)を参照。

[76] Bickers, *supra* note 7, at 351-52.

される判事が 5 人になったにもかかわらず、これらを採らなかったのは、無理のない選択だったのであろう。

## ９.「政府による言論」としての宗教象徴

ただ、本件には現われないものの、本稿筆者にとっての気がかりについて、簡単ながら述べておきたい。4-4)で触れたサマム判決である。表現の自由が争点となった[77]ため、国教禁止条項について表立って論じるものではない。しかし、十戒記念碑の存在が背景にある訴訟であり、国教禁止条項にとっても重要な意味を含んでいる。

１）サマム(Summum)という宗教団体[78]が、十戒記念碑と同様の大きさの記念碑[79]を市の公園に設置するよう申し入れたが、拒否されたため訴えた。十戒記念碑を受け入れておきながらサマムの記念碑を拒否するのは、表現内容による差別であり、言論の自由に反するとの主張であった。

最高裁は全員一致で、受け入れを命じる仮処分を認めた控訴裁判決を破棄した。アリート判事の法廷意見は、市の公園に設置されている十戒記念碑などは、「政府による言論(government speech)」[80]であり、パブリック・フォーラム(public forum)の法理[81]は本件には及ばないとした。言論の自由条項は、私的な言論に対する政府の規制を規律するものであり、政府による言論を規制するものではない[82]からである。

政府による言論と位置づけた主な理由は次の点である。(1)土地所有者は通常、自分と結びつけられたくないメッセージを伝える記念碑の建立を認めないから、寄贈された記念碑を見る者は、記念碑は公園所有者のメッセージを伝えるものと解することになる。(2)政府は慣行として、記念碑の寄贈を選別

---

77 紹介として横大道聡・ジュリスト 1403 号 160 頁以下(2010 年)、金沢誠・アメリカ法[2010-1] 205 頁以下がある。

78 サマムは、自らをグノーシス主義のキリスト教派と位置づけている(https://www. summum.us/philosophy/gnosticism.shtml)(2020 年 4 月 23 日閲覧)。

79 サマムのサイトには、十戒記念碑と「サマムの 7 箴言」記念碑を対比した画像もある(https://www.summum.us/philosophy/tencommandments.shtml)(2020 年 4 月 23 日閲覧)。

80 政府自らが行なう表現や、表現活動に対する助成などを通じた影響力の行使に着目する概念。アメリカの状況を考察するものとして、横大道聡『現代国家における表現の自由』221 頁以下（弘文堂・2013 年、初出 2007 年）、金沢誠「政府の言論と人権理論(2)」北大法学論集 61 巻 2 号 780-736 頁(2010 年)などを参照。

81 道路や公園など、長らく多くの者が表現活動に用いてきた場所での表現行為を規制するためには、少なくとも表現内容に対する中立性が必要とされる。紙谷雅子「パブリック・フォーラム」山本龍彦・大林啓吾編著『違憲審査基準』125 頁以下（弘文堂・2018 年）などを参照。

82 *Summum*, 555 U.S. at 467.

して受け入れている。自治体の公園は、住民や外部の者に対して、自治体のイメージを示すために重要な役割を果たしており、そこにある記念碑は、政府のメッセージを伝える効果を持つ[83]。

２）公園をパブリック・フォーラムとすれば、表現内容を理由にした拒否はできず、さまざまな立場からの表現行為を認めなければならない。演説、集会、デモの場合、空間の占有は一時的にとどまるが、記念碑などの設置となれば、恒久的に敷地が必要となる。さまざまな団体からの申し出を受け入れ続けると、公園を公園として利用できなくなる可能性さえ生じる[84]。そこで、民間団体による寄贈を受け入れた場合でも、政府による言論として構成したわけである。

実際、宗教象徴が公有地に展示された場合、それが自治体などによるものであれ（リンチ、アリゲニィ郡訴訟）、民間からの寄贈を受けた場合であれ（ヴァン・オーデン、ブオーノ訴訟及び本件）、政府による宗教行為として国教禁止条項によって争われてきたのであるから、この発想は不自然とは言えない。

しかし、政府による言論と位置づけて言論の自由条項による規律を排除すると、今度は政府による宗教差別の問題が生じかねない。特定宗教の記念碑は受け入れて、それ以外は受け入れないという、サマム訴訟のような結果も正面から正当化できてしまうのである。これは、国教禁止条項の古典的内容とされてきた教派平等(nonpreferentialism)の原則にさえ反するのではないか[85]。スーター判事の結論同意意見は、問題となった十戒記念碑を政府による言論とした結論は認めながらも法廷意見には加わらず、公有地の記念碑を無条件で政府による言論とすることは、宗教による差別につながりかねないとの危惧を表明していた[86]。

アリート判事の法廷意見は、政府による言論も国教禁止条項による制約を受けるとしたものの[87]、4-4)で見たように解釈の多様性を強調して記念碑の宗教性を曖昧にしており、全体としてみれば、政府が公有地で「自らの表現」として宗教象徴を設置することを、国教禁止条項の規律対象から外しかねないものである。ビッカースが指摘するように、保守派の狙いは、政府による宗教言論と非宗教言論を同等に扱った上で、最終的には修正 1 条の制約をす

---

[83] *Id*. at 470-71.

[84] Mary Jean Dolan, *Why Monuments Are Government Speech: The Hard Case of Pleasant Grove City v. Summum*, 58 CATH. U. L. REV. 7 (2008) は、市町村が直面する困難について論じている。

[85] Patrick M. Garry, *Pleasant Grove City v. Summum: The Supreme Court Finds a Public Display of the Ten Commandments to Be Permissible Government Speech*, 2008-09 CATO SUP. CT. REV. 271, 290-92.

[86] *Summum*, 555 U.S. at 486-87. Dolan, *supra* note 84, at 49-51 も、サマム訴訟で問題となった十戒記念碑が国教禁止条項に反する可能性を指摘する。

[87] *Summum*, 555 U.S at 468.

べて外すことなのかも知れない[88]。

宗教であれ非宗教であれ、表現であることに変わりはないとすることは、国教禁止条項の拘束を逃れる道になるのであろうか。

＊　＊　＊　＊

2019 年の判決は、少なくとも表面上は大きな変化をもたらすものではない。十戒記念碑を合憲とした 2005 年のヴァン・オーデン判決以降、判事の構成が公の場での宗教を受容する傾向をさらに強めたことから、合憲判断は当然の結果とさえ言えよう。ただ、判決の行文から、最高裁が国教禁止条項の訴訟でレモン基準を適用する可能性はもはや無くなったように見え、宗教展示を世俗と取り繕わないにせよ、その宗教性を多様な要素の一つとして薄める傾向も固まってきたように見える。その帰結は、公共の場での、伝統的主流派のキリスト教に基づく宗教要素を「表現」として維持するところにある。

シュラッガー(R.C. Schragger)は、十字架記念碑と、公共の場に残る南部連合の記念物（リー将軍の銅像や南部連合旗など）を対比させながら、いずれも政府による表現であることを理由にして簡単に正当化すべきではないと論じている[89]。南部連合の記念物は、近年になって黒人差別の象徴と目される向きが強まり、訴訟が起こされたり、撤去や破壊の動きもある[90]。十字架はそこまで憎まれるものではなかろうが、激しい対立の焦点となっているのは確かであり、ブオーノ訴訟（前述 4-3)）でも、判決後に何者かが十字架を盗み去る事件が生じている[91]。

Keywords: 国教禁止条項　政教分離　十字架記念碑

---

88 Bickers, *supra* note 7, at 328.
89 Schragger, *supra* note 40.
90 最近の動きについての記事。Madeleine Carlisle, *Confederate Monuments and Other Disputed Memorials Have Come Down in Cities Across America. What Should Take Their Place?,* TIME, July 28, 2020 (https://time. com/5869866/replace-confederate-statues/)(2020 年 9 月 4 日閲覧).
91 Sumahn Das, *Salazar v. Buono: A Missed Opportunity to Clarify the Reasonable Observer Test*, 11 U. MD. L. J. RACE, RELIGION, GENDER & CLASS 125, 129 n.49 (2011).

＊なお 2019 年判決については、脱稿後に次の解説に接した。福嶋敏明・アメリカ法[2020－1] 112 頁以下。