

# 見解に基づく表現規制とレモン・テストの終焉

——表現の自由保障と政教分離原則との相克の一側面——

花見常幸

## 目次

- 一 はじめに
- 二 Rosenberger 判決
  - 1 事件の概要
  - 2 ケネディ裁判官による法廷意見
  - 3 オコナー裁判官による同意意見
  - 4 トーマス裁判官による同意意見
  - 5 スータ裁判官による反対意見
- 三 限定的フォーラムと見解に基づく表現規制
  - 1 合衆国最高裁のパブリック・フォーラム論
    - (1) 歴史的背景
    - (2) Perry判決の三類型論
    - 2 限定的フォーラムに関する判例法
    - 3 限定的フォーラムと見解に基づく表現規制
  - (1) 判例法の動向
- 四 限定的フォーラムでの表現の自由に関する Rosenberger 判決の意義
  - 1 レモン・テストとその問題点
    - (1) レモン・テスト
    - (2) レモン・テストの問題点
    - (3) 「是認テスト」と「強制テスト」の登場
  - 2 限定的フォーラムの宗教者による利用に関する判例法
  - 3 国教条項に関する判例法についての Rosenberger 判決の意義
- 五 結び

## 一 はじめに

わが国でも近年、神戸高専事件が一つの契機となって、信教の自由の保障と政教分離原則との矛盾、衝突の問題をどう理解すべきかに関する議論が、活性化してきている。<sup>(1)</sup> アメリカ合衆国では、わが国の裁判所と比較すると、裁判所の理解する憲法解釈による表現の自由の保障範囲がかなり広いこともあり、*West Virginia State Board of Education v. Barnette* 判決<sup>(2)</sup>や *Wooley v. Maynard* 判決<sup>(3)</sup>の例に見られるように、信教の自由の問題もそれが宗教的表現に関する事件と理解される場合には、表現の自由に関する事件として扱われる傾向がある。ここから、信教の自由と政教分離原則との関係の問題についても、合衆国憲法第一修正条項が規定する言論の自由と国教樹立禁止との関係の問題として、立ち現れる場合も多い。

本稿では、宗教的表現に関する表現の自由の保障と政教分離原則との関係が正面から争われた一九九五年の *Rosenberger v. Rector & Visitors of the University of Virginia* 判決<sup>(4)</sup>を取り上げる。この判決は、両者が矛盾、衝突する場合の調整のあり方に関する合衆国最高裁判所の考え方を示すとともに、表現の自由と政教分離原則のそれぞれの領域における判例法の展開に、大きな影響を持つものと考えられるからである。すなわち、この判決は、前者については、一九八三年の *Perry Education Association v. Perry Local Educator's Association* 判決<sup>(5)</sup>が明確なものとしたパブリック・フォーラムに関する三類型論と、見解に基づく表現規制に関する判例法に重大な影響を与えるものであり、また後者については、政教分離原則の領域における一般的、包括的な違憲審査基準としてのレモン・テストの終焉に近いことを示し、レモン・テスト後のこの領域での審査基準のあり方に一定の示唆を与えるものであるからである。

## 二 Rosenberger 判決

## 1 事件の概要

バージニア大学は、大学の教育目的に関連した、様々な種類の学生の課外活動を財政的に支援する目的で、すべての学生からセメスター毎に一四ドルの納付金を徴収し、学生活動基金 (Student Activities Fund) 以下では、SAF と呼ぶ) を設立していた。この基金から資金援助を受ける資格を得るために、学生団体はまず「契約上の独立団体 (Contracted Independent Organization) 以下では、CIO と呼ぶ)」であることを宣言しなければならない。この CIO は、集会室やコンピューターの端末など大学の諸施設を広く利用できるが、ただ、第三者との取引の際や当該 CIO のすべての文書には、同 CIO は大学当局から独立しており、大学は同 CIO について責任を負うものではない旨の否認陳述を、確認ないし明記せねばならないとされていた。<sup>(6)</sup>

大学当局は、SAF からの資金援助を実施するためのガイドラインを制定する州法上の義務を負っており、こうして制定されたガイドラインによれば、CIO の資格を得た十一のカテゴリーの学生団体は、契約した第三者への支払い請求を SAF に対して行うことが認められており、そのカテゴリーの一つは、「学生による、ニュース、情報、意見、エンターテイメント、あるいは学術的なコミュニケーション・メディア団体」であった。同時に、ガイドラインは、SAF からの資金援助を受けることのできない学生の活動も特定しており、これには宗教活動、慈善活動、政治活動、そして報酬の支払いや社会的娯楽に関連する、大学の免税資格を危うくするような活動が含まれていた。ここで資金援助を受けることのできない「政治活動」は、選挙運動とロビー活動に限定されており、ガイドラインは、これらの政治活動への援助制限が、「不人気または一般に受け入れられていない特定の政治的立場やイデオロギー上の

見解を信奉する、その他の点では資格を有する学生団体を排除することを意図したものでない」ことを明記していた。また、援助を受けることのできない「宗教活動」とは、「主として、神または究極の真理に対する、あるいはそれに関する特定の信念を促進し、または表明するすべての活動」と定義されていた<sup>(7)</sup>。

一九九〇年から九一年にかけての学年度については、三四三の学生団体がCIOとしての資格を認められ、そのうちの二三五団体がSAFからの資金援助申請を行い、一一八団体が実際に資金援助を受けた。この中には、イスラム学生協会 (Muslim Students Association) やユダヤ法律学生協会 (Jewish Law Students Association) などの団体も含まれていた<sup>(8)</sup>。

上告人、Rosenberger と他の学部学生達は、一九九〇年に、Wide Awake Productions (以下では、WAP と呼ぶ) という団体を創設した。その目的は、哲学的かつ宗教的な意見を表明する雑誌を発行すること、キリスト教徒の見解に対する豊かな感受性と寛容の雰囲気醸成するような討論を促進すること、そして多様な文化的背景を持ったキリスト教徒達のために、一つの統合の場を設けることであった。WAP は、Wide Awake (副題: バージニア大学におけるキリスト教的視点) という雑誌を発行しており、同誌の編集者達によればその使命は、「キリスト教徒に対して、言葉と行動において、その信仰にしたがって生きingことを求め、学生に対してイエス・キリストとの人格的な関係が意味するものが何であるかを考えるよう奨励すること」であった。WAP は、設立後間もなく、CIO の資格を得た。このことは、本件の検討に当たって重要な事実である。ただし、もしWAP が「宗教団体 (religious organization)』であれば、CIO 資格を認められなかったであろうからである。ガイドラインによれば、「宗教団体」とは、「その目的が、一定の承認を受けた究極の真理または神への信仰を實踐することである団体」と定義されている<sup>(9)</sup>。

WAP は、CIO 資格を得た数ヶ月後に、SAF に対して、その雑誌の印刷費として五八六二ドルを印刷所に支払うよう求めた。学生評議会 (Student Council) の歳出委員会は、Wide Awake がガイドラインのいう「宗教活動」

に該当することを理由として、この請求を拒否した。そこで、WAPは歳出委員会の上級機関である学生評議会に、続いて大学の機関である学生活動委員会 (Student Activities Committee) に、この決定に対する不服を申立てたが、何れも認められなかったので、RosenbergerとWAPは、合衆国バージニア西地区地方裁判所に訴訟を提起した。<sup>10</sup>

合衆国地裁は、WAPへの資金援助を拒否した大学当局の判断を支持した。その判決理由の中で、同地裁は、SAFを創設することによって、大学が限定的なパブリック・フォーラムを設けたのか、非パブリック・フォーラムを設けたのかが重大な争点であるとした上で、大学はこれによって非パブリック・フォーラムを設置したと認定し、学生評議会の資金援助拒否は「合理的なものであり、単に、公務員が話し手の見解に反対であることから表現を抑圧しようとするものではない」と結論した。<sup>11</sup>

合衆国第四巡回控訴裁判所は、地裁の結論は支持したが、その判決理由には同意しなかった。同控訴裁は、ガイドラインがWAPをその言論の故に差別していることを認めた上で、資金援助の拒否は国教樹立禁止条項（以下では「国教条項」という）違反を避けるという必要不可欠の州利益の実現のために、許されうるものであるとした。ここで、控訴裁は、レモン・テストを使い、WAPに資金援助を行うことは、宗教との過度のかかわり合いを禁ずる同テストの第三の要素に違反することになるであろうとの判断を下していた。<sup>12</sup>

## 2 ケネディ裁判官による法廷意見

ケネディ裁判官による合衆国最高裁判所の法廷意見は、控訴裁判決を破棄し、SAFからの資金援助の否認は、WAPの言論の自由を侵害し、違憲であると結論する。この法廷意見には、レーンクイスト首席裁判官、オコナー、スカーリア、トーマスの各裁判官が同調している。

まず最初に、法廷意見は、「政府が言論の実質的な内容やその伝達内容に基づいて、言論を規制することができな

いのは、自明のことである」と述べた上で、最高裁は、州が自ら創設した限定的なフォーラム（後に詳しく紹介する、Perry判決の分類によれば、限定的パブリック・フォーラムと非パブリック・フォーラムの双方を含む）の限界を維持するために、特定の種類の言論をそこから排除することが許されるかどうかを決定するに際して、もしそれが当該フォーラムの目的を維持するものであれば許容されうる「内容に基づく差別（content discrimination）」と、「フォーラム内部の言論にその維持以外の目的で向けられるときに違憲が推定される「見解に基づく差別（viewpoint discrimination）」との区別を認識してきたとする<sup>(13)</sup>。

「SAFは、空間的ないし地理的な意味というよりも形而上学的な意味でのパブリック・フォーラムであるが、同一の原理が適用されうる<sup>(14)</sup>」とした上で、法廷意見は、本件とLamb's Chapel v. Center Moriches Union Free School District判決<sup>(15)</sup>とを比較する。その事件では、様々な地域社会のグループが学校による使用がない時間帯について学校施設を利用することを認める一方、宗教目的の利用を認めない規則を持っていた学校区教育委員会が、キリスト教の観点から子どもたちの教育に関する種々の問題を扱った映画シリーズの上映をその規則に基づいて拒否した。これに対して、最高裁は、全員一致で「宗教的な観点から主題を扱おうとする者を除いた他のすべての者に、家族と子どもたちの教育に関する見解を発表するために学校施設の利用を許可することは、見解に基づく差別である<sup>(16)</sup>」と判示した。

大学側は、憲法的な見地から見て、金銭は希少であり、物理的な施設はそうでない故に、言論活動に資金援助をすることと施設の利用を認めることは、異なった事柄であると主張し、本件とLamb's Chapel判決とを区別しようとするが、法廷意見は、「Lamb's Chapel事件において、たとえ集会室がわずかしかなかったとしても、我々の判決は何ら変わらなかつたであろう」と述べて、これを否定する。そして、本件においても、Lamb's Chapel事件同様、見解に基づく差別という分析方法が、大学によるWAPに対する資金援助拒否を解釈する適切な方法であるとしている。なぜなら、「SAFの「宗教活動に対する」援助拒否規定によって、大学は、宗教を主題として排除しているの

ではなく、編集に関して宗教的な「ある特定の」見解を持った学生のジャーナリスティックな努力を、不利益扱いを受けるものとして選択している。宗教は、それ自体探求されるべき大きな問題領域であるかもしれないが、それはまた本件の場合がそうであるように、種々の主題がそこから討論され考慮される、特定の前提、観点、あるいは見解を提供するものである」からであるという。<sup>17)</sup>

ここで、法廷意見は「ガイドラインが「宗教に関する」ある種類の見解全体 (an entire class of viewpoints) を差別している故に、本件には見解に基づく差別は存在しない」という、スータ反対意見に反論を加えている。すなわち、反対意見は、すべての議論が二極対立的なものであり、反宗教的な言論が宗教的な言論に対する唯一の対応であるという支持できない前提に立っているとし、例えば人種問題が議論されている場合がそうであるように、それに関するいくつかの見解を排除することは、一つの見解を排除することと全く同様に第一修正を侵害するものであると主張する。さらに、Lamb's Chapel 判決において政府がキリスト教的な見解をそのフォーラムから排除し、それと対立する無神論の見解を排除していなかったため、最高裁は見解に基づく差別を認定したと反対意見が述べていることについても、同判決の法廷意見の中には、その事件においてキリスト教的見解以外の宗教的あるいは反宗教的な見解が政府によって認められていたことまたは排除されていたことが、同判決の結論に何らかの影響をもたらしたという証拠は、全く存在しないと反論している。<sup>18)</sup>

次に、法廷意見は、上記のような上告人やWAPの言論の自由の侵害が、国教条項の遵守義務によって、免責されるかどうかについて検討を進める。この検討に当たって、法廷意見は、まず「我々は、それが宗教や宗教的見解にある程度関係する、政府利益の受領に関する一連の事件について判決を下してきている」が、「この分野における」先例の中心的な教訓は、国教条項違反に直面した政府の計画を合憲と判断する際の重要な要素が、宗教に対する当該計画の中立性であること」を確認している。その上で、レモン・テストには一切言及することなく、本件の政府計画、

すなわちS A Fからの資金援助は、その目的や実際の運用に照らして宗教に対して中立的であるとする<sup>(18)</sup>。

ここで法廷意見は、本件資金援助が宗教に対して中立的である理由を具体的に三つ挙げる。まず第一に、学生の納付金を原資とする問題のS A Fの性格である。学生納付金は、特別な基金を構成するものとなり、そこからC I Oの資格を持った学生団体が、大学の教育的使命に合致する出版活動（そこには当然、宗教的な見解、反宗教的な見解、あるいはその何れでもない見解が含まれる）などの諸目的のために、援助を受けることとなる。したがって、「これは、教会に対する財政援助を行うことを意図しかつそうした効果を持つ一般的な課税とは全く異なる」ものであり、またこの計画は「国教条項が禁止するところの宗教を是認する（endorsing religion）ような、政府「言論と、言論の自由条項および信教の自由条項が保障するところの宗教を是認する」「私的な「言論」<sup>(19)</sup>との重大な相違を尊重する計画でもあるとする<sup>(21)</sup>。

第二に、法廷意見は、資金援助の対象であるWide Awakeという雑誌は、少なくとも最高裁の判例法が通常いところの宗教的施設ではなく、本件大学の規則によって定義される「宗教団体」でもないことを指摘する。したがって、法廷意見は、本件において、宗教に対して何らかの利益が与えられるとしても、それは宗教に関して中立的な基礎に基づく世俗目的のためのS A F計画に付随するものにすぎないものであるとする<sup>(22)</sup>。

第三に、資金援助は、直接W A Pに対してなされるのではなく、第一修正の下で保護される学生の出版活動の印刷費について、第三者たる印刷所に支払われることを指摘する。Widmar、Mergens（いずれも後に紹介する）、そしてLamb's Chapelという一連の判決を前提とすれば、公立大学はコンピューター施設を維持し、その印刷機能も含めて、それを宗教に中立的な形で学生グループに利用させることができるのであり、学生の出版活動の印刷費を印刷所に支払うことは、右に述べた学生へのサービス提供と、憲法上の重要性において、何ら相違はなく、国教条項に違反しないと<sup>(23)</sup>する。しかも、外部の印刷所に支払いをすることにより、大学は学生の出版活動に対する監督責任を大き



く軽減でき、学生の出版活動からより多くの独立性を獲得できるとする。法廷意見は、もし反対意見が法となった場合には、これとは逆に、学生新聞が過度に多くの宗教的内容を含んでいないかどうかを厳密に審査することが、大学に要求されることとなり、大学当局による学生新聞に対する検閲の危険を生ずるとしている。<sup>24</sup>

以上の検討に基づき、法廷意見は、国教条項を遵守する必要によって、大学はその出版物の見解を理由として、学生の出版物に対する資金援助を否定することを求められているわけではないと結論した。

### 3 オコナー裁判官による同意意見

オコナー裁判官は、まず「中立性こそ、その形式および効果の両面において、国教条項の特徴である」と指摘する。続いて、同条項の歴史と先例の中には、もう一つの原理が存在するとして、それは「公金は、宗教的なメッセージの国家による是認のために使われてはならない」というものであるという。そして、「本件は、宗教に対する政府の中立性の原理と、宗教活動に対する政府の資金提供の禁止」の原理の二つ<sup>25</sup>が、交差する事件である」とする。したがって、このように「二つの根本原理が対立する場合には、何れの原理も決定的な解答を示すことはできず」、「カテゴリーに基づく陳腐な言葉に依存することは、無意味である」ことから、「その事件の特定の事実関係に基づいて、時にはかなり微妙な境界線を引かざるを得ない」という。

その上で、オコナーは、独自の、特定の事実関係に基づいた「国家による是認の分析 (endorsement analysis)」を行い、次の三つの理由から、「大学は当該出版物の宗教的な見解を是認するものではない」としている。第一に、学生団体すなわちCIOは、大学の強い要請により大学からの高度の独立性を持っていること。第二に、学生団体への財政援助は、許容されうる目的のためだけに使用されることを確保する方法において、分配されていること。第三に、多様な団体の非常に多様な見解が大学によって平等に支援されており、宗教的な出版物への援助は、その宗教的

なメッセージを政府が是認しているという認識が、生まれそうもない形で実施されていることである。<sup>(25)</sup>

結論として、オコナーは、他のすべての学生団体の出版物に行われている資金援助をWAPの出版物の宗教的な見解に基づいてWAPに対してだけ認めないことは、その言論の自由を侵害するものであると述べ、右記の見解の下で法廷意見に同意するとしている。<sup>(26)</sup>

#### 4 トーマス裁判官による同意意見

トーマス裁判官は、「法廷意見に完全に同意するが、反対意見によって示された「国教条項の」歴史分析に対する不同意を示すため」に、同意意見を書いている。<sup>(27)</sup>

最初に、トーマスは、バージニア課税法案をめぐるいわゆる「課税論争 (Assessment Controversy)」における、ジェームズ・マディソンの見解に関するソータ反対意見の理解を批判する。この法案は、キリスト教の聖職者が行う宗教教育に対して手当を支給するための特別課税を認めるものであった。マディソンはこれに反対したが、その理由は、反対意見が示唆するような、宗教者は中立的な政府計画に平等な条件の下でも参加してはならないという前提に基づくものではなく、その法案が「すべての法の基礎にあるべき平等性を侵害している」<sup>(28)</sup>からであったという。すなわち、トーマスの解釈によれば、同法案は、それが一般的に利用可能な政府計画に宗教グループの参加を認めていたから、「平等」原則に違反するのではなく、それが特別な利益を宗教者にだけ認めるものであったから、同原則に違反すると、マディソンは考えたのであった。また、トーマスは、マディソンが国教樹立禁止の原則を特定の宗教信条を政府が優遇することの禁止であると理解していたことは、合衆国議会において彼が行った国教条項を含む第一修正に関する意見表明に照らして、とりわけ明らかであるという。さらに、トーマスは、永い歴史的伝統を持った宗教者に対する政府援助の例として、議会専属牧師に対する公費支出、財産税の免除、警察や消防による平等な保護を挙げ

ている。<sup>(28)</sup>

最終的に、トーマスは、国教条項に関する判例法が絶望的なほどに混乱している中で、本件は大きな一致を見てきた一つの基本原理、すなわち「同条項は、広範な参加者が一般的に利用できる政府の援助計画から、宗教者を排除することを強制するものではない」という基本原理を再確認する機会を提供していると述べている。<sup>(29)</sup>

##### 5 スータ裁判官による反対意見

スータ裁判官による長文で激しい反対意見には、ステイーヴンズ、ギンズバーク、ブレイヤーの三人の裁判官が、同調した。スータ反対意見の論理構成は、法廷意見のそれと正反対であり、最初に国教条項違反の問題を論じ、続いて表現の自由条項の問題を検討している。

最初の国教条項違反の問題について、スータは、冒頭の部分で「今日初めて、最高裁は、「国教条項に正面から違反する形で」核心的な宗教活動に対する州の機関による直接的な資金援助を是認した」と述べる。スータは、これを論証するために、まず Wide Awake の記事をいくつか引用し、この雑誌の主題は、学術的な研究や教室での討論の対象となるものではなく、福音主義者（熱心な伝道にこそ信仰実践の中心があると考えるキリスト教徒）の伝道施設で論ぜられるものであり、正にそれは核心的な宗教活動であるにも関わらず、法廷意見は Wide Awake のこうした福音主義的な性格を見逃していると主張する。そして、国教条項が核心的な宗教活動を助成するための公金使用を禁止することは、一七八四年のマディソンの「宗教課税に反対する請願と抗議 (Memorial and Remonstrance Against Religious Assessments, 1784)」以来、同条項の起草者達の最も明白な意思の一つであり、多くの先例を挙げて、最高裁が Wide Awake の記事に見られるような「改宗を目的とした」宗教的言論に対する州の直接的な資金援助を支持したことは一度もないとする。<sup>(31)</sup>

反対意見はまた、法廷意見が先例を誤って理解していると主張する。先例において、宗教に対する中立性ないし公平性は、直接的または間接的に宗教を援助する政府計画の合憲性を審査する際の多くの要素の一つにすぎないものであったにもかかわらず、法廷意見は、中立性を上記の政府計画が合憲であるための十分条件であるとする誤りを犯しているとする。スータによれば、宗教に対して中立的な多くの政府計画が、宗教に対して直接の援助を提供すると考えられるという理由で、違憲と判断されてきたのである。<sup>32</sup>

さらに、スータは問題の資金がWAPに直接提供されるのではなく、印刷業者に支払われる事実を、法廷意見が重視している点を、憲法上の判断の基礎にはなり得ない形式主義であると批判する。けだし、印刷業者は、WAPの指示に従ってその雑誌を印刷することによって、資金から収入を得るのであり、印刷業者に他の選択肢はないからであるという。これに加えて、反対意見は、大学がその権限を使って学生に対して納付金の支払いを強制している以上、法廷意見がこの学生納付金を税金とは異なるとしているのは空想的であり、また最高裁が、税金以外から得られた政府財産を直接的な宗教援助に使ってもよいと判示したことは一度もないと批判している。<sup>33</sup>

次に、反対意見は、本件での大学当局の処置が表現の自由条項に違反するとする法廷意見の判断についても、厳しくこれを批判する。法廷意見は、大学が教育上の責任を果たしていく上で、何を教え、何が語られるべきかを決定する裁量権を持つことを認める。したがって、もし大学の資金援助に関する決定に、表現の自由との関係で何らかの欠陥があるとするれば、それは大学が競合する見解を許されない形で差別する、すなわち見解に基づく差別を行った場合に限られる。そして、本件のガイドラインは、「主として、神または究極の真理に対する、あるいはそれに関する特定の信念を促進し、または表明するすべての活動」を援助の対象から除外しており、これによって、不可知論や無神論も、有神論と同様に資金援助を受けることができないう。したがって、スータによれば、大学当局の処置は憲法上許されるべき「内容に基づく差別」にすぎないにもかかわらず、法廷意見がこれを「見解に基づく差別」と判断したこ

とは、先例からの大きな逸脱であるとともに、両者の相違を全く不明瞭にするものである。また、スータは、法廷意見が、施設利用制限に関する先例として、本件を「見解に基づく差別」事件であると認定するに際して大きな拠り所とした *Lamb's Chapel* 判決について、その事件で問題となった教育委員会の規則は、ある主題に関する非宗教的な見解や反宗教的な見解を表明しようとする者の利用を排除しておらず、実質的に本件とは異なる<sup>34</sup>としている。

### 三 限定的フォーラムと見解に基づく表現規制

#### 1 合衆国最高裁のパブリック・フォーラム論

##### (1) 歴史的背景

アメリカでは、様々な社会的少数派が、とくに一九三〇年代後半に反戦運動を行ったエホバの証人や五〇年代以降公民権運動を大きく展開した黒人グループが、人々の見解を変え行動を促すための表現活動の場として、道路、公園などの公共の場所を広く利用することを求めて、数多くの訴訟を提起してきた<sup>35</sup>。こうした表現活動の場として、公共の場所の利用を求める者の主張に対して、いかなる法的評価を加え、どのような論拠と基準に基づいてその主張を認めるべきかが、合衆国におけるパブリック・フォーラム論と呼ばれるものである<sup>36</sup>。このパブリック・フォーラム論を検討する際に留意すべきことは、この概念が、政府による表現活動規制に関する違憲審査基準としての、表現内容に基づく規制と表現内容に中立的な規制の二分論と結びつきながら展開してきた<sup>37</sup>という点であろう。一九六九年に始まるパーガー・コートの下で強調されるこの二分論は、表現内容に基づく規制に対しては極めて厳格な審査を加える一方、表現内容に中立的な政府規制に対しては比較的緩やかな審査を行うというものであるが、パブリック・フォーラム論は、道路や公園その他の公共の場所（パブリック・フォーラム）を使って行われる表現活動の規制が、表現行為

の時・場所・方法に関する規制として、比較的緩やかな司法審査を受ける表現内容に中立的な規制であると必ずしも言えず、そこには極めて厳格な審査が加えられるべき表現内容に基づく規制が含まれることも多いことを明らかにしながら、表現活動が行われる公共の場所の性質に応じて違憲審査基準を明確化していくのである。

実際に、合衆国最高裁がパブリック・フォーラムという用語を使用するようになるのは、バーガー・コートになってからのことであるが、このバーガー・コートの下で、道路や公園といった伝統的なパブリック・フォーラム以外の公共の場所での表現活動の問題、とりわけ政府が表現活動を行うための施設を設けた場合、それはパブリック・フォーラムと考えるべきなのか否かの問題、換言すれば、政府は憲法上、それに対していかなる制約を課すことができ、またはできないのかという新しい問題が提起された<sup>(88)</sup>。

## (2) Perry 判決の三類型論

こうした新しい問題を中心的な争点とする事件についての判例の積み重ねの中から、合衆国最高裁は、一九八三年の *Perry Education Association v. Perry Local Educators' Association* 判決<sup>(89)</sup>（ホワイト裁判官による法廷意見）において、表現行為が行われる公共の場所の性質、すなわちその政府財産の性質に応じて、フォーラムには三つのカテゴリーがあることを明らかにした。第一の範疇は、伝統のないし「本質的なパブリック・フォーラム」であり、道路や公園のように、「永い伝統あるいは政府の許可に基づいて集会や討論のために使われてきた場所」である。ここでは、表現活動を制限する州の権限は厳しく制約され、具体的には、この本質的なパブリック・フォーラムにおいて、州が表現内容に基づく規制を行う場合には、①その規制が必要不可欠な（やむにやまれぬ）政府利益（*compelling state interest*）の達成のために必要であること、および②当該規制がその目的を達成するために限定的に規定されていることを、州の側で立証せねばならない（「必要不可欠の政府利益」の基準、または厳格な審査基準）。また、

州が表現行為の時・場所・方法に関する規制という表現内容中立的な規制を行う場合にも、その規制が①重大な政府利益 (significant government interest) を達成するために限定的に規定されており、②十分なコミュニケーションの代替手段を広く残していなければならないとされる (中間的審査基準)。

第二の範疇は、政府の指定によるパブリック・フォーラムであり、「表現活動の場所として公衆の利用のために、州が開設した公共の財産」<sup>(41)</sup>である。この範疇には、大学の集会施設 (Widmar v. Vincent)<sup>(42)</sup>、教育委員会の会議 (City of Madison Joint School District v. Wisconsin Employment Relations Commission)<sup>(43)</sup>、市立劇場 (South-eastern Promotions, Ltd. v. Conrad)<sup>(44)</sup> などが入る。本判決は、Widmar 判決 (学生グループ) と Madison Joint School District 判決 (教育委員会の権限事項) を例として挙げながら、特定の集団による利用や特定の主題の討論のためという、限定された目的のために作られるパブリック・フォーラム (限定的パブリック・フォーラム) もこの範疇に属することを指摘している。また、政府指定のパブリック・フォーラムについて、州は、その施設の公衆に開かれた性質を永続的に維持する義務はないが、州が施設のそうした性質を維持する限り、伝統的パブリック・フォーラムに適用される審査基準によって拘束されるとする。

第三の範疇は、非パブリック・フォーラムであり、「伝統や政府の指定によって公的なコミュニケーションのためのフォーラムとされていない公共の財産」<sup>(45)</sup>である。本判決は、郵便料金を払っていない郵便物を家庭の郵便受けに入れることを禁止する連邦法 (18 U.S.C. § 1725) に対する、地域住民にそのメッセージを伝えるために各家庭の郵便受けを利用して市民団体による第一修正違反の主張を認めなかった United States Postal Service v. Council of Greenburgh Civic Associations<sup>(46)</sup> 判決を引用しながら、州は、時・場所・方法による規制に加えて、言論に対する規制が合理的であり、「合理性」の基準)、かつ公務員が単に話し手の見解に反対であるという理由から表現を抑圧するものでない限り、コミュニケーションに関するあるいはその他の事柄に関する、州によって意図され

た目的のために、その財産を使用することができるとする。したがって、ある公共財産が非パブリック・フォーラムであると認定された場合には、表現内容に基づく規制についても、州が話し手の見解を差別的に抑圧しない（すなわち、その規制が見解に基づく差別でない）限り、合理性の基準による審査を受けるだけでよいことになる。

以上が、Perry 判決の提示する三類型論であるが、本稿では、第二の範疇の政府指定のパブリック・フォーラムと第三の範疇の非パブリック・フォーラムとを便宜上まとめて「限定的フォーラム」と呼び、論を進めることとする。

さて、この三類型論に対しては、限定的フォーラムを構成する、政府指定パブリック・フォーラムとりわけ「限定的パブリック・フォーラム」と非パブリック・フォーラムとの区別は、相当微妙であるにもかかわらず、裁判所によるフォーラムの性格付け如何によって、違憲か合憲かの結果が大きく左右されるという問題をはじめとして、多くの批判がある。<sup>(47)</sup> すなわち、そのフォーラムが、裁判所により「限定的パブリック・フォーラム」とされた場合には、「必要不可欠の政府利益」の基準が適用されることから、問題の表現規制はほぼ確実に違憲となり、非パブリック・フォーラムと認定された場合には「合理性」の基準が適用されるため、ほぼ間違いなく合憲となるからである。実は、Perry 判決自体が、いま述べた問題を明らかに示していた。この事件は、学校間郵便システム（教員用郵便受けを使って、一三の学校の教員間および教員と学校管理者との間におけるメッセージの伝達を行うシステム）の利用を、教育委員会との排他的な団体交渉権を持つ組合（Perry Education Assn. — 上告人）にだけ認め、被上告人の組合（Perry Local Educators' Assn.）を含む、他の少数派組合には認めていなかった学校区の政策の合憲性が問われた事件であった。学校区は、YMCA やカブ・スカウトといった、許可を受けた外部の市民団体や教会関係の団体にもこの郵便システムの利用を認め、一九七八年に排他的団体交渉権協約が結ばれる以前には、少数派の組合もこのシステムを利用して<sup>(48)</sup>いた。こうした事実関係があるにもかかわらず、ホワイト裁判官の法廷意見は、当該郵便システムを非パブリック・フォーラムと認定し、被上告人組合の違憲主張を認めなかった。<sup>(49)</sup>



## 2 限定的フォーラムに関する判例法

すでに述べたように、Rosenberger 判決のケネディ裁判官による法廷意見は、従来の判例法は、州が自ら創設した限定的フォーラム（政府指定のパブリック・フォーラムと非パブリック・フォーラムの双方を含む）の限界を維持するために、特定の種類の言論をそこから排除することが許されるかどうかを決定するに際して、もしそれが当該フォーラムの目的を維持するものであれば許容されうる「内容に基づく差別（content discrimination）」と、「フォーラム内部の言論にその維持以外の目的で向けられるときに違憲が推定される「見解に基づく差別（viewpoint discrimination）」との区別を認識してきたとする<sup>(8)</sup>。しかし、この説明だけでは、限定的フォーラムにおける両者の関係、すなわち、いかなる規制を「内容に基づく差別（ないし規制）」といい、また「見解に基づく差別（ないし規制）」としているのかは必ずしも明らかではない。そこで、Perry 判決および Rosenberger 判決が、限定的フォーラムの例として挙げているのは、四つの事件に関する最高裁判決を、この点を中心に検討してみよう。

その前に、簡単に用語の整理をしておく、最高裁は、従来三つの型の言論規制を潜在的に問題をはらむものとなしてきた。すなわち、内容、主題、そして見解に基づく表現規制である。最高裁はこれらの相違を明確かつ首尾一貫した形では示してきていないのであるが、まず「内容に基づく」という用語は、伝達内容による規制である「内容に基づく規制」と、それによらない表現規制である「内容中立的な規制」とを区別するために使用される。病院の周辺での騒音規制条例などは後者の例であり、同じく病院周辺での労働争議に関する言論規制は前者の例である。次に、最高裁は、この「内容に基づく規制」というカテゴリーの中に、ある主題全体を規制する「主題に基づく差別（ないし規制）」と伝達される見解によって規制を加える「見解に基づく差別（ないし規制）」を区別してきた。前者の例として、労働争議に関するピケティングを除く病院周辺でのすべてのピケティングを禁止する条例などを、後者の例としては、あるストライキを支援するピケティングは認める一方、そのストライキに反対するピケティングについては

禁止する規則などを挙げる<sup>(83)</sup>ことができる<sup>(84)</sup>。

(a) Madison Joint School District 判決

まず、一九七六年の City of Madison Joint School District No. 8 v. Wisconsin Employment Relations Commission 判決<sup>(85)</sup>では、公衆の参加の認められた教育委員会の公聴会という限定的なフォーラムにおいて、排他的団体交渉権を持たない組合のメンバーに対して、団体交渉事項に関する発言を禁止することが、第一修正の下で認められるかが争われた。本件は、訴外の排他的交渉権を持つ教員組合の申立てを受けて、ウィスコンシン州雇用関係委員会が、マディソン市第八合同学校区教育委員会がその公聴会において排他的交渉権を持たない組合の組合員に団体交渉事項に関する発言を許したことは、州法の禁止する不当労働行為であると決定すると同時に、将来にわたってこうした発言を禁止する命令を下したことから始まった。教育委員会側は、この命令は第一修正に違反するとして訴訟を提起するが、同州の巡回裁判所も州最高裁判所も、雇用関係委員会の命令を支持した。

パーガー首席裁判官による法廷意見は、まず問題の発言を行った教師は他の教員から交渉権を委ねられていないなどの本件の事実関係に照らして、問題の発言が教育委員会との交渉を求める発言とは認められない点を指摘する<sup>(86)</sup>。その上で、州が本件の公聴会のような公衆に開かれたフォーラムを開設した場合には、学校運営に最も重大な関心を持つ教員をそこから排除することを正当化する理由を見つけることは困難であり、雇用関係委員会の命令は将来における言論と行動を統制することを意図した命令として、事前抑制そのものであり、違憲であると判断した<sup>(87)</sup>。すなわち、本判決は、教育委員会主催の学校運営に関する公衆に開かれた公聴会は、後の Perry 判決の用語法によれば、限定的なパブリック・フォーラムの性格を帯びるのであり、そこにおいては、問題の発言が州法の禁止する団体交渉にあらならない限り、表現の主体による差別は憲法上なし得ないことを明らかにした判決と言えよう。

## (b) Widmar 判決

州立大学内の登録された学生グループにその利用が認められた限定的なフォーラムにおける、宗教的言論という主題による差別 (subject matter discrimination)、<sup>(87)</sup> 法廷意見は内容に基づく差別 — content-based discrimination — という表現を使う<sup>(88)</sup> が憲法上許されるか否かが争われた事件が、八一年の Widmar v. Vincent 事件<sup>(89)</sup> である。本件で問題となったミズリー州立大学の規則は、登録された学生グループの課外活動一般については大学施設の利用を広く認め<sup>(90)</sup> る一方、学生グループの「宗教上の礼拝や教義の教授を行う目的」<sup>(91)</sup> での施設利用に関しては、これを認めない旨を定めていた。この規則が、言論の自由を保障する第一修正に違反しないかが争われたのである。

パウエル裁判官による法廷意見は、まず本件のフォーラムについて、大学当局は登録された学生グループ一般の利用のためにパブリック・フォーラムを開設したと認定し、Madison Joint School District 判決に言及しながら、ある学生グループをその言論の宗教的内容に基づいて差別的に取り扱い、そのフォーラムから排除する場合には、厳格な審査基準に基づいてこれを正当化しなければならないとする。具体的には、ミズリー州立大学は当該規則が必要不可欠の州の利益を達成するために必要であり、かつ同規則がその目的を達成するために厳格に規定されていることを証明せねばならないとの審査基準を示した。<sup>(92)</sup>

大学側は、国教樹立禁止条項から導かれる教会と国家との厳格な分離を維持することが、本件における必要不可欠の利益であると主張したのに対し、法廷意見は、本件にはそうした必要不可欠の州利益は存在しないとして大学側の主張を斥けた (この点に関しては、後の四の2で検討する)。

こうして、本件では、州立大学が学生グループ一般の利用に開かれた限定的パブリック・フォーラムを創設した場合には、宗教的言論という主題 (内容) に基づく差別は、厳格審査基準による審査の対象となることが明確にされた。

## (c) Cornelius 判決

連邦公務員の職場での慈善活動募金システムである Combined Federal Campaign (CFC) が、限定的パブリック・フォーラムであるのか、あるいは非パブリック・フォーラムに該当するのかが争われた事件が、八五年の *Cornelius v. NAACP Legal Defense And Educational Fund, Inc.*<sup>(87)</sup> 事件である。八四年の大統領命令一二四〇四号は、このCFCに参加することのできる団体を、個人に対して直接、医療および福祉のサービスを提供する免税資格を持った非営利の慈善団体に限定し、政治活動やロビーイングあるいは他の当事者のための訴訟などを通して、選挙の結果や公共政策の決定に影響を与えることを意図する団体の参加を、明示的に認めていなかった。被告人団体は、この大統領命令が慈善募金を募る彼らの第一修正上の権利を侵害することなどを理由として、訴訟を提起した<sup>(88)</sup>。

オコナー裁判官による相対多数意見<sup>(89)</sup>は、まず、*Perry* 判決の三類型論に従い、CFCを非パブリック・フォーラムであると認定する。その理由として、相対多数意見は、政府が伝統的には公衆による集会や討論のために開かれていなかった場所を、パブリック・フォーラムとして指定することを意図したかどうかを確認するために、最高裁は従来、その場所に関する政府の政策と慣行、並びにその政府財産の性質とそれが表現活動と両立するかどうかの点を検討してきたことを挙げ、CFCを創設した政府の政策およびその利用を制限してきた慣行などに照らせば、CFCは非パブリック・フォーラムであると結論せざるを得ないとする<sup>(90)</sup>。その上で相対多数意見は、*Perry* 判決を引用しながら、「非パブリック・フォーラムでは、フォーラムの利用制限が、当該フォーラムによって達成される目的に照らして合理的であり、見解について中立的である限り、主題および話し手に基づく差別も認められる」として、本件において大統領は、政治活動や訴訟活動を行う団体の参加を許すことが論争を生じ、それは当該慈善募金システムにとって有害であり、連邦公務員の職場を混乱させると、合理的に結論しうるとした<sup>(91)</sup>。

ただ、相対多数意見は、*Perry* 判決が非パブリック・フォーラムについて示した違憲審査基準を明確にする形で、

「非パブリック・フォーラムにおいては、当該フォーラムの目的に含まれない主題を論じようとする話し手や、そのフォーラム設立の目的が特定の種類の話し手の利益に向けられている場合におけるそれに含まれない話し手は、そのフォーラムから「合憲的に」排除され得るのであるが、政府が他の点ではそのフォーラムで論じ得る主題に関して話し手が表明する見解を抑圧するためだけの理由から、話し手に当該フォーラムの利用を認めないことは、第一修正違反となる」とも述べている。<sup>(84)</sup>そして「特定のグループによって惹起される論争を回避するという意図された関心が、排除された話し手によって促進されたはずの見解に対する偏見を隠し持っているかもしれない」可能性の存在を認め、「被上告人の排除が特定の見解を抑圧するという願望によって動機付けられた、許されないものかどうか」を審査するため、本件を原審に差し戻した。<sup>(85)</sup>

これに対して、ブラックマン裁判官による反対意見（ブレナン裁判官が同調）は、CFCの利用を特定の話し手に限定することが、政府の一貫した政策であったという理由だけを根拠として、CFCが限定的パブリック・フォーラムとは言えないとする相対多数意見の結論は、限定的パブリック・フォーラムという概念からそのすべての意義を奪うものであり、到底受け入れることはできないとして、CFCを非パブリック・フォーラムとするオコナーの結論に反対する。<sup>(86)</sup>さらにブラックマンは、たとえ百歩譲って、CFCが非パブリック・フォーラムだとしても、そこから「公共政策の決定に影響を与えようとする慈善募金団体を排除する」大統領命令は、文面上、見解に基づく差別であり、違憲であると主張する。<sup>(87)</sup>

#### (d) Lamb's Chapel 判決

九三年の *Lamb's Chapel v. Center Moriches Union Free School District* 判決<sup>(88)</sup>では、ニューヨーク州教育法の下で、学校の施設を学校がそれを使用していない時間帯について広く地域社会のグループの諸活動に利用させる権限

を認められた学校区教育委員会が、宗教目的の利用の申請を拒否することは、第一修正に違反するかどうかが争われた。上告人の教会は、家族と子どもの教育の問題を扱い「キリスト教的な家族の価値」を唱道する、映画シリーズの上映を行うために学校施設の利用を申請したが、教育委員会が州法に基づいて制定した規則は、「学校施設は宗教目的を持ついかなるグループにも使用されてはならない」と規定しており、教育委員会はこれを根拠として教会の申請を拒否した<sup>(68)</sup>。上告人からの提訴を受けて、一番の合衆国地裁は、地域の諸活動の利用に供されている本件学校施設を限定的パブリック・フォーラムと認定した上で、限定的パブリック・フォーラムにおいては、同種の他の活動について選択的に利用を認めないことは憲法上禁止されるが、本件では宗教的目的を持った上告人の教会と同種の団体にも施設を利用させていないことから、問題の申請拒否は見解に中立的な規制であるとして、被上告人勝訴の正式事実審理を経ない判決 (summary judgment) を下した<sup>(70)</sup>。二審の合衆国控訴裁も、本件フォーラムは特定の使用目的を除いて公衆に開かれていないものであり、非パブリック・フォーラムとほぼ同様のものとして、その利用拒否が合理的なものであり、見解中立的であれば、合憲であると判示して地裁判決を支持した<sup>(71)</sup>。

ホワイト裁判官による法廷意見は、本件フォーラムが限定的パブリック・フォーラムか、それとも非パブリック・フォーラムかの問題に関しては結論を出すことなく、宗教目的の学校施設の利用を禁止する教育委員会規則が第一修正に違反するかどうかの点を中心に検討し、原審判決を破棄する判決を下した。法廷意見は、まず原審の控訴裁判決が、同規則がすべての宗教目的の学校施設の利用に対して平等に適用されてきたことから見解中立的な規則であると判断したことに対して、これは家族と子どもの教育の問題に関する宗教的観点からの見解を除いた他のすべての見解の公表のために学校施設の利用を許すことが、見解に基づく差別ではないのかという重大な問題に答えていないとす。その上で、Cornelius 判決が非パブリック・フォーラムにおける見解に基づく差別に関して示した「政府が、他の点ではそのフォーラムで論じ得る主題に関して話し手が表明する見解を抑圧するためだけの理由から、話し手に当

該フォーラムの利用を認めないことは、第一修正違反となる」との準則に照らして、問題の映画の上映拒否は、見解に基づく差別に該当し、第一修正に違反すると判示した<sup>(7)</sup>。法廷意見は、この後、本件学校施設の宗教目的の利用を許可することは、国教条項違反とはならないとしているが、この点については四の2で検討する。

### 3 限定的フォーラムと見解に基づく表現規制

#### (1) 判例法の動向

以上の、限定的フォーラムに関する判例法の検討を通して明らかなのは、次の二つに要約することができる。すなわち、第一に、最高裁が当該フォーラムを限定的パブリック・フォーラムと性格づけることができる事件の場合には、主題に基づく差別が問題となる事件（*Widmar* 判決）、表現主体に基づく差別が問題となる事件（*Madison Joint School District* 判決）の双方について、厳格な審査基準を適用し、違憲判決を下してきていること。そして第二に、当該フォーラムが限定的パブリック・フォーラムなのか非パブリック・フォーラムなのかははっきりしない事件（*Lamb's Chapel* 判決）については、フォーラムの型の決定を行わずに見解に基づく差別の概念を拡大（*Lamb's Chapel* 事件で争点となった教育委員会規則は、キリスト教的な見解のみを差別するものではなく、宗教目的を持つ学校施設の利用をすべて禁止しており、宗教という主題を差別していた）することによって、最高裁は、限定的フォーラムにおける表現の自由の保障を実質的なものにしようとしてきていることである。

この第二の点は、限定的パブリック・フォーラムと非パブリック・フォーラムとの区別は相当微妙であるにもかかわらず、裁判所によるフォーラムの性格の認定如何によって合憲か違憲かの結果が大きく左右されてしまうという、*Perry* 判決の三類型論に対する従来からの批判に対する最高裁としての一つの対応の方向を示していると思われる。すなわち、最高裁は、見解に基づく差別の概念を拡大することによって、限定的フォーラムにおける表現主体や主題

に基づく差別の中に、違憲が推定される見解に基づく差別が含まれることを明らかにし、当該フォーラムが限定的パブリック・フォーラムなのか非パブリック・フォーラムなのかの判断とは別のレベルにおいて、そこでの表現の自由の保障を確実なものとしようとしているのである。Rosenberger 判決の意義も、こうした限定的フォーラムに関する判例法の展開の中で、同判決を理解することにより、明瞭になってくると思われる。

## (2) 限定的フォーラムでの表現の自由に関する Rosenberger 判決の意義

限定的フォーラムにおける表現の自由に関する判例法としての Rosenberger 判決の意義は、二つ挙げることができる。第一に、本判決で最高裁は、大学における課外活動支援のための学生納付金制度は、限定的パブリック・フォーラムを構成するという確定的な判断を示したことであろう。この点について、Widmar 判決の法廷意見は、すでに紹介したように、大学がその方針により登録された学生グループの課外活動一般について施設の利用を広く認めた場合には、そこでの内容に基づく差別は厳格な審査基準によって精査されねばならないとして、それが後の Perry 判決のいう限定的パブリック・フォーラムに該当することを承認していた。しかし、大学の施設利用一般とは区別される学生納付金制度が、限定的パブリック・フォーラムにあたるのか、非パブリック・フォーラムであるのかという問題については、下級審判決が対立していた。<sup>(75)</sup> 本件の第一審判決も、バージニア大学は非パブリック・フォーラムを創設したと認定していたのであるが、最高裁は、この制度が空間的ないし地理的な意味というよりも形而上学的な意味におけるパブリック・フォーラムであると認定し、この論争に決着をつけた。

第二に、これが本判決の最大の特徴でもあるが、「政府が主題ではなく、ある主題に関して表現主体が採る特定の見解だけを攻撃する場合には、第一修正違反はきわめて明らかである」という、従来の「見解に基づく差別（ないし規制）」の概念を拡大したことである。これをどこまで拡大したのかについては、法廷意見がこれを明確に述べてい



るわけではなく、明らかではない。しかし、法廷意見は、問題の表現規制が例えば宗教のようにそこから一定の見解が生み出されるものを差別する場合には、見解に基づく差別となるとし、またソータ反対意見に反論する形で、例えば人種問題に関するいくつかの見解を排除することは、ただ一つの見解を排除することと全く同様に第一修正を侵害するとしており、その論理に従えば、最高裁は見解に基づく差別の概念を主題に基づく差別のそれと区別しながらも、それとほぼ同視できるところまで拡大したと推論されるのである。<sup>(76)</sup>

「主題に基づく規制」については、すでに一九七二年の *Mosley* 判決<sup>(77)</sup>が、それを見解に基づく規制と同視する考え方を示していた。この事件は、学校の近くで「黒人差別」反対のプラカードを持って平和的にピケティングを行っていた原告が、「労働争議に関する平和的ピケティング」を除いて、学校から一五〇フィート以内でのすべてのピケティングを禁止する市条例は第一修正に違反するとして、同条例の執行差止めを求めて出訴した事件である。最高裁は、同条例の中心的な問題は、「それがピケティングの主題によって、許されるピケティングを指定している」点にあるとし、「第一修正は、とりわけ、政府が表現活動を、そのメッセージ、思想、主題、あるいは内容に基づいて規制する何らの権限を持たないことを意味する。(中略) 第一修正自体はいうまでもなく、平等保護条項の下において、政府が認めうると思われる見解を持つ者にフォーラムの使用を許す一方、それが望ましくない、またはより論争的であると思われる見解を表明しようとする者の使用を拒否することはできない」として、「労働争議」という主題を優遇することと見解の抑圧とを同視して、問題の条例を違憲とした。

しかし、主題に基づく表現規制に対するその後の最高裁の態度は、一貫していなかった。すなわち最高裁は、ある場合には、主題に基づく規制を本質的に見解に基づく規制とみなし、厳格な審査基準によって審査する<sup>(78)</sup>一方、他の場合には主題に基づく規制を本質的に内容中立的な規制として扱い、より緩やかな審査基準によって審査してきている<sup>(79)</sup>。ストーンによれば、最高裁はこの矛盾について、これまで十分な分析、説明をしてきていないという<sup>(80)</sup>。ストーンは、

確かに最高裁は *Perry* 判決において、パブリック・フォーラムにおける主題に基づく規制は、厳格審査の対象となることを示唆したが、パブリック・フォーラムか非パブリック・フォーラムかという公共財産の性質によって、主題に基づく規制が、内容に基づく規制あるいは内容中立的規制として扱われるかが決定されるという点について、何らの説明もしていないし、公共財産の問題を含まない主題規制の分析にあたっては、最高裁による内容に基づく規制か内容中立的な規制かの区別は、曖昧なままであると分析する<sup>(86)</sup>。しかし、ストーンは、こうした主題に基づく規制によってもたらされている混乱は驚くに値しない、なぜなら主題に基づく規制は、見解に基づく規制と内容中立的な規制のそれぞれの特徴を幾分かづつ含んだものであり、両者の中間に位置するからであるという<sup>(88)</sup>。

このように、主題に基づく規制に対する最高裁の判断は、明確さを欠くことから、下級審裁判所は、見解に基づく規制について狭い定義を採用してきた<sup>(84)</sup>。例えば、*Lamb's Chapel* 判決の原審判決である第二巡回区控訴裁判所の *Lamb's Chapel v. Center Moriches Union Free School District*<sup>(85)</sup> は、宗教目的の学校施設の利用禁止は見解中立的な規制に当たるとして、合憲判断を下した。宗教的な見解の表明禁止は、見解に基づく規制というよりも、主題に基づく差別としてより緩やかな審査基準が適用されてきたのである。

しかしながら、この問題に関する学説には、むしろ *Mosley* 判決が判示したように、主題に基づく差別を見解に基づく差別と同様に扱い、厳格な審査基準の対象とすべきであるとすることが多い<sup>(86)</sup>。例えば、シャウワーは、「見解に基づく規制に対する「言論の自由からの」敵意を、主題に基づく規制にも拡大する強力な理由が存在する」と述べ、その理由として、①主題に基づく規制が見解中立的であることはめったになく、第一修正を侵害する言論抑圧は、しばしば、特定の見解を排除することと同様に、ある問題領域を討論の場から除外することによって、簡便かつ効果的になし得ること（具体例を挙げれば、性的趣向を論ずる文書の禁止は、形式的には主題に基づく表現規制であるが、現実には同性愛を擁護する見解に立つ文書だけを抑圧するものであることなど<sup>(87)</sup>）、②主題に基づく規制は、当該主題

に関する知識を現在知られているものに限定してしまう効果を持つのであり、こうした知識の固定化という点で、主題規制は、見解に基づく規制とほとんど異なることなどを指摘している。<sup>(88)</sup>

最高裁は、本判決において、こうした学説状況と、(1)で指摘した限定的フォーラムに関する判例法の展開を踏まえて、当該フォーラムの目的を維持するための規制については内容中立的な規制と考えるという条件付きながら、限定的フォーラムでの見解に基づく規制の概念を、ほぼ主題に基づく規制と同視してもよいところまで拡大したと考えられる。最高裁による、見解に基づく規制についての広い解釈の採用は、これを狭く定義する下級審判決が生み出した言論の自由の侵害事例を根絶することに役立つものと期待される。<sup>(89)</sup> 本件の場合にも、違憲が推定される見解に基づく規制が対立する見解の一方のみを規制するものと狭く定義されるのであれば、S A Fの規則は、有神論的見解のみならず、これを否定する無神論や不可知論をも資金援助の対象から除外するものと解釈されることから、見解に基づく規制ではなく主題に基づく規制として合憲とされたであろう。しかし実際には、Wide Awakeと同種類のイスラム教の見解を宣明する新聞は資金援助を受けており、Wide Awakeはそのキリスト教の見解の故に援助対象から除外された疑いが強いのである。<sup>(91)</sup>

また、Perry判決の示した三類型論によれば、非パブリック・フォーラムでの表現規制の審査は、その規制が狭く定義された見解に基づく差別と認められない限り、合理性の基準でよいとされていたことから、Lamb's Chapel判決の手法、すなわちフォーラムの型の決定に先立って、表現規制が見解に基づく差別か否かを審査する手法が維持されるならば、見解に基づく規制の概念を拡大した本判決によって、三類型論は大幅な修正を受けることになるであろう。ただいままでもなく、この見解に基づく規制概念の拡大は、問題の規制がそれにあたるか否かについて裁判官に広い裁量権を与えることも意味することから、今後これがどのように運用されるかを注意深く見守る必要がある。

#### 四 限定的フォーラムの宗教者による利用と国教樹立禁止条項

Rosenberger 判決法廷意見は、WAP に対する資金援助の否認は、見解に基づく差別にあたるとした上で、厳格な審査基準に従い、資金援助の否認が必要不可欠の政府利益としての国教条項の遵守義務によって要請され、合憲とされるか否かを審査しているが、そこで法廷意見は、国教条項に関する一般的な審査基準であるレモン・テストに一切言及していない。以下では、レモン・テストとその問題点を簡単に紹介し、本件の法廷意見がこのテストに全く言及しなかったことの意味と、限定的フォーラムの宗教者による利用という分野における違憲審査基準について検討することにした。

##### 1 レモン・テストとその問題点

###### (1) レモン・テスト<sup>(93)</sup>

国教条項に関する最高裁の判例法は、混乱状況にあるといわれる<sup>(94)</sup>。それは、二〇年以上にわたって、この領域における一般的な審査基準であり続けてきたレモン・テストが、動揺していることに他ならない。

レモン・テストは、一九七一年の *Lemon v. Kurtzman* 判決<sup>(95)</sup>によって示された。この事件では、教区学校への直接的な財政援助を行うペンシルバニア州とロードアイランド州の制定法について、その国教条項違反が争われた。ペンシルバニアの制定法は、非公立学校に対して、特定の世俗的科目の授業に使用される教材や教科書の費用、およびその科目担当の教師の給与について、償還を認めるものであり、ロードアイランドのそれは、私立学校に対して、世俗的科目を担当する教師の給与についての資金援助を認めるものであった。最高裁（バーガー首席裁判官が法廷意見

を執筆)が、これらの制定法を違憲と判断するに当たって示した国教条項についての一般的、包括的な違憲審査基準がレモン・テストと呼ばれるものである。すなわちそれは、第一に、問題の制定法は世俗的な立法目的を持っていないければならず、第二に、その主要な効果が宗教を助長したり、禁止したりするものであってはならず、第三に、当該制定法は、宗教と国家との過度のかわり合いを促進するものであってはならない、という三つのテストから構成される。<sup>(96)</sup> このレモン・テストは、法廷意見がそれを明言しているように、この分野の判例準則を三分肢テスト (three-prong test) の形に集約したものであり、すでに一九六三年の *School District of Abington Township v. Shemp* 判決<sup>(97)</sup>が、第一の世俗目的テストと第二の主要効果テストを組み合わせた、いわゆる二段階テストを示しており、<sup>(98)</sup> これに *Walz v. Tax Commission* 判決<sup>(99)</sup>が示した第三の過度のかわり合いテストを加えたものである。*Walz* 判決は、宗教組織に対する財産税の免除規定を合憲とした判決であるが、この中で、最高裁は、宗教組織に対する消防や警察的な保護の例を挙げながら、国家と宗教とが一定の相互関係を持つことは不可避であることを認めた上で、国教条項は、両者の過度のかわり合いを禁止するものであるとした。<sup>(100)</sup> このようにして生まれたレモン・テストは、その美学的な平明さと全員一致判決であったことから、一九九三年の *Lamb's Chapel* 判決まで二〇年以上にわたって、国教条項に関する一般的、包括的な審査基準としての役割を果たしてきたのである。<sup>(101)</sup>

## (2) レモン・テストの問題点

しかし、レモン・テストに対しては、学界および最高裁の内部の双方から、多くの厳しい批判がなされており、ある論者は、このテストは「最高裁がこれまでに生み出した憲法上の違憲審査基準の中で、最も非難を受けた審査基準であろう<sup>(102)</sup>」と述べている。

まず、レモン・テスト全体については、①過度に漠然としており、<sup>(103)</sup> その故に②一貫性のない相互に矛盾した判決を

生み出す、また③判決の結果が、裁判官の主観的な判断によって左右されやすい<sup>104</sup>、などの批判がなされている。最高裁内部では、スカリア裁判官がレモン・テスト批判の急先鋒であるが、彼は、とくに③の点を中心として、Lamb's Chapel判決の同意意見の中で「我々がレモン・テストの禁止するある慣行を違憲としたときには、この基準を用い、一方我々が同テストの禁止する別の慣行を合憲としたときには、この基準を全く無視するのである。ときおり、我々は、この三分枝テストを『役に立つ指標にすぎない』と呼んで、中間のコースを行くのである<sup>105</sup>」と述べて、鋭くこのテストを批判している<sup>107</sup>。さらに、スカリアは、最高裁によるレモン・テストの使用を「繰り返し殺され墓に葬られても、何度も墓の中から蘇り辺りを足を引きづって歩き回る、深夜のホラー映画の食屍鬼」になぞらえ、速やかに国教条項に関する一般的審査基準としてのレモン・テストを放棄することを促している<sup>108</sup>。

レモン・テストを構成する三つの分枝テストそれぞれについても、次のような問題点が指摘されている。まず第一に、世俗目的テストに関しては、ある制定法が世俗目的を有するか否かを審査するに際して、裁判所は、立法者の動機を見極めるという本質的に困難な作業をせざるを得ず、それは、憲法上の審査を、制定法ではなくそれを提案した人物に対する攻撃に変質させるといわれる<sup>109</sup>。こうした制定法提案者の動機に関する詮索は、健全な政治システムにとって不可欠な言論の自由に対する萎縮効果を持つことはいうまでもない。

第二の主要効果テストに関しては、特定の政府行為が宗教を促進するか否かを決定するに際して、用いられるべき基準線が不明確であるという問題が指摘される<sup>110</sup>。しばしば裁判所が暗黙のうちに前提とするように、基準線が政府から宗教者に対して何の利益も与えないことであるとすれば、宗教団体に道路使用を認めることや消防上の保護を与えることも、国教条項違反ということになる<sup>111</sup>。

第三に、過度のかかわり合いテストに関しては、三つの分枝テストの中で最も機能し難いテストといわれ、宗教に關係する政府のプログラムが宗教を促進しないよう監視を強化すればするほど、それは当然、政府に過度のかかわり

合いを要求することとなり、当該プログラムを違憲無効なものとするという矛盾をはらんでいる。また、このテストは、宗教グループを政治的に周辺の存在に追いやる危険性を持つとされる<sup>12</sup>。

さらに、レモン・テストが、現実社会にもたらした大きな問題は、宗教や宗教者を憲法上、より価値の低い存在とみなす傾向を生み出したことであるといわれる<sup>13</sup>。このテストが、二〇年以上にわたって国教条項についての一般的審査基準の地位を占めてきたことから、例えば、すべての市民に保障される表現の自由も、過度のかかり合いを回避するために宗教者には制限される (Rosenberger 事件の二審判決の立場) というように、宗教者や宗教団体を、憲法上劣った地位しか持たない存在としてきたのである。これに対しては、最高裁の複数の判決が、宗教を憲法上劣位におくことは、国教条項の起草者達の行動と矛盾することを示している<sup>14</sup>。

### (3) 「是認テスト」と「強制テスト」の登場

最高裁の裁判官達も、レモン・テストに関するこれら多くの問題点を認識しており、これを変更する試みもなされてきている。一つは、オコナー裁判官の主張する「是認 (endorsement) テスト」の導入である。オコナーは、ロードアイランド州のある市による、キリスト生誕を示す飾りであるクレイシュ (crèche) を含むクリスマス展示の合憲性が争われた一九八四年の *Lynch v. Donnelly* 判決<sup>15</sup>の同意意見において、このテストの導入を初めて主張した。彼女は、レモン・テストの世俗目的テストと主要効果テストを部分的に改めることによって、レモン・テストを明確にするものとして是認テストを位置づけながら、次のように述べている。すなわち、「国教条項は、政治的共同体におけるある個人の地位と何らかの形で関連して、宗教を支持することを政府に禁じている。(中略)「国家による宗教の」是認は、非信奉者に対して、彼らは部外者であり政治的共同体の完全な構成員ではないというメッセージを送るに對して、信奉者に対しては、彼らは共同体内部の者でありその望ましい構成員であるというメッセージを送る。否認は、

これと正反対のメッセージを送るのである」と。そして、この修正された審査基準の下で、問題のクレイシュは国教条項に違反するものではないとする。

この是認テストの分析方法は、八九年の County of Allegheny v. ACLU 判決<sup>(17)</sup>において、法廷意見を形成した五人の裁判官の支持を得た。この事件では、ペンシルバニア州のアレゲニー郡が二つの宗教団体に対して、ピッツバーグ市中心街での、クレイシュとユダヤ教のハーヌカー祭で用いられるマノーラ (Chanukah menorah) の展示をそれぞれ許可したことの合憲性が争われたのであるが、法廷意見を代表したブラックマン裁判官は、レモン・テストの三分肢テストを再確認した上で、明示的にオコナー裁判官の主張する是認テストによる分析を行った。その結果、クレイシュについては、それが置かれた場所が郡庁の主要な建物の最も目立つところであったこと、その周囲にほとんど世俗的展示物がなかったことから、宗教への是認のメッセージを伝達するものとして違憲であるとし、一方、マノーラについては、すぐ横に現在ではクリスマス・シーズンの世俗的象徴となったクリスマス・ツリーが立てられ、しかもツリーには「自由への敬意 (Salute to Liberty)」という市長名の入った標識が付けられていたことを重視して、違憲の原審判決を破棄、差戻とした<sup>(18)</sup>。しかし、このテストに対しては、ほぼ同様の事件に同じ基準を適用して、正反対の結論を導いている Lynch 判決のオコナー同意意見 (合憲) と County of Allegheny 判決のそれ (違憲) との比較からも容易に推測されるように、これは「およそ審査基準ではなく、裁判官の主として主観的な印象のために用意されたラベルにすぎないのではないか」、またオコナーのいう「客観的観察者」が宗教的多数派の視点に立つか、あるいは少数派のそれに立つかによって、結論が全く異なるのではないかと<sup>(19)</sup>の厳しい批判もなされている。

また、最高裁は、九二年の Lee v. Weisman 判決の法廷意見において、他の代替テストである「心理的強制テスト」の分析方法を採用した<sup>(21)</sup>。本件では、ロード・アイランド州プロビデンスの公立中学校の校長が、卒業式にラビを招き、儀式の中で非宗派的な (nonsectarian) 祈禱 (invocation) と祝禱 (benediction) を行わせたことが、国教条



項に違反するか否かが争われた。法廷意見を代表したケネディ裁判官は、「最高裁の先例は、公立学校における祈禱の実践が間接的な強制という特別な危険をもたらすことを認識してきた。(中略)政府は宗教的な正当派教説を強制するために、より直接的な手段を行使することができないのと同様に、社会的圧力を利用することも禁止されている」と述べ、心理的ないし社会的な圧迫も憲法上意味を持つ「強制」にあたるとして、本件卒業式に関する校長の行為を違憲とした。もっとも、法廷意見は、こうした論理を展開するに先立って、公立の小学校や中学校における祈禱および宗教実践に関する支配的な先例は、本件の市の政策が違憲であると判示することを強く求めており、したがってレモン・テストを再検討すべきであるという上告人と合衆国の提案を受け入れることはしないと述べており、この「強制テスト」がレモン・テストを否定するものでないことを確認している。

また、この「心理的強制テスト」に関しても、何が心理的強制となるかについて多様な見解があり得るため、恣意的な操作が可能であること<sup>124</sup>、国教条項違反の本質的要素として、強制ないし間接的強制の証明を要求することは、より限られた宗教上の強制を禁止してきた宗教の自由実践条項と重複し、同条項を無用のものとする<sup>125</sup>ことなどの批判がなされている。

## 2 限定的フォーラムの宗教者による利用に関する判例法

次に、Rosenberger判決の国教条項に関する判例法における位置づけを明確にするために、限定的フォーラムの宗教的グループや宗教団体による利用に関する裁判例を検討してみよう。

### (a) Widmar 判決

すでに紹介したように、本件では、登録された学生グループの課外活動一般については大学施設の利用を広く認め

る一方、学生グループによる「宗教上の礼拝や教義の教授を行う目的」での施設利用を認めない州立大学の規則が、言論の自由を保障する第一修正違反となるか否かが争われた。法廷意見は、まず大学当局は登録された学生グループの利用に供するパブリック・フォーラムを開設したものと認定し、言論内容（ないし主題）に基づいて差別を行う場合には、最も厳格な審査基準によりこれを正当化せねばならないとする。その上で、当該差別規定が、国教条項から導かれる教会と国家との厳格な分離という必要不可欠の州利益を達成するために必要か否かについて、次のように審査した。

法廷意見は、まず「[宗教グループと非宗教グループ双方の]平等利用 (equal access)」政策が必ずしも本法廷の国教条項に関する判例法と矛盾するものではないとして、この政策につきレモン・テストの三分肢テストによる審査を行う。世俗目的テストと過度のかかり合いテストは、明白に充たされるとして、宗教グループに限定的パブリック・フォーラムの利用を認めることが宗教を促進する「主要な効果」を持つか否かに関して詳細に検討している。

その結果、先例は、宗教団体が単なる「付随的 (incidental) 利益」を享受することは、主要な効果としての宗教の促進にはあたらないと説明してきたとし、本件の場合も先例のいう「付随的利益」にすぎず、本件差別規定は必要不可欠の州利益を達成するために必要なものではないとした。その理由として、二つの要因を指摘している。第一に、公立大学に設けられた開かれたフォーラムの利用を認めることは、宗派やその宗教実践に州としての承認を付与するものではないこと、第二に、当該フォーラムには、百以上の登録学生団体が存在し、宗教グループのみならず、広範圏の非宗教グループがフォーラムを利用していることである。<sup>128</sup>

## (b) Mergens 判決

高等学校のレベルで、正式のクラブ活動としてキリスト教に関するクラブ（以下では「キリスト教クラブ」と呼ぶ）

を認めることは、国教条項に違反するものではないとの判断を示した判決が、九〇年の Board of Education of Westside Community Schools v. Mergens<sup>(87)</sup> である。この事件は、ネブラスカ州オマハ (Omaha) の公立高校の生徒が、教師による後援を受けない点を除いて通常のクラブと同一の資格を持ったキリスト教クラブの設立の許可を求めたのに対して、学校当局がこれを許可しなかったことから始まった。生徒 (被告側) は、当該不許可は、連邦から助成を受け、「限定的オープン・フォーラム」を設けている公立の中学校および高校に対して、言論の「宗教的、政治的、哲学的、またはその他の内容」に基づき、そのフォーラムでの集会を希望する生徒の「平等な利用」を否認することを禁じた「平等利用法 (the Equal Access Act)」<sup>(88)</sup> に違反すると主張して、宣言的救済および当該処分差止命令を求めた。

問題の不許可処分が「平等利用法」に違反し無効であること、および同法が国教条項に違反しないという結論については、最高裁の八人の裁判官が同意したが、同法が国教条項に違反しない理由に関して、彼らは三つのグループに分かれた。

法廷意見を執筆したオコナーを中心とする第一グループ (四人の裁判官により相対多数意見を形成) は、大学レベルでの「平等利用」政策を国教条項に違反しないとした Widmar 判決の論理は、「平等利用法」の審査にも同様の妥当性を持つとした上で、是認テストにより再構成されたレモン・テストの三分肢テストを適用する。まず、世俗目的テストに関して、宗教的および他のタイプの言論に対する差別を防止するという合衆国議会によって明言された同法の立法目的は、疑いなく世俗的なものであるとして、これを肯定する。また、同法が宗教を促進する主要な効果を持つか否かに関しても、高校生は、学校が非差別の基礎に立って生徒の言論に許可を与えたからといってそれが学校当局による是認や支持を意味しないことを十分理解できるのであり、正規の授業時間での活動が含まれず、教職員の積極的な参加もないことから、政府による是認や強制の危険はほとんどないとして、効果テストも充たされるとする。

さらに、同法は生徒による宗教的な集会を監視するための教職員の参加、学外者による集会への恒常的な参加やその統制、および学校による後援を禁止していることから、過度のかかり合いテストも充たされるところ<sup>129</sup>。

ケネディ裁判官に代表される第二グループ（スカリア裁判官が同調）は、レモン・テストを使用せずに、同法による宗教への便宜供与（accommodation）は中立的なものであり、同法は、次の二つの原理の何れをも侵害していないことから、国教条項に違反していないとする。ケネディは、County of Allegheny 判決における自らの一部結果同意、一部反対意見を引用しながら、二つの原理とは、①政府は、現実に国教を樹立し、特定の宗教的信念を公認し、あるいはそれらを行う傾向を持つ程度において、宗教に直接的利益を付与してはならないこと、および②政府は、いかなる生徒に対しても宗教活動への参加を強制してはならないことの二つであるとしている<sup>130</sup>。

マーシャル裁判官が代表する第三グループ（ブレナン裁判官が同調）は、同法の本件への適用は国教条項の厳格審査を充たし得るとしながらも、是認テストにより修正されたレモン・テストに依拠して、当該公立高校がキリスト教クラブとそれとを十分分離する手段を講じない限り、将来的には宗教に対する政府の中立性を確保することはできないであろうとする。けだし、Widmar 判決と本件の事実関係は異なっており、本件の高校では論争的な見解を唱道する生徒のクラブは他に存在せず、キリスト教クラブの承認は生徒達によって学校当局の宗教活動の是認と受けとめられる真正の危険があるからだとする<sup>131</sup>。

### (c) Lamb's Chapel 判決

本件では、先に紹介したように、学校施設を地域社会の諸グループの活動に利用させる権限を認められた教育委員会が、「キリスト教的な家族の価値」に関する映画シリーズの上映申請を拒否したことが第一修正に違反するかどうか争われ、法廷意見は、まず表現の自由の問題に関して、当該映画の上映拒否は見解に基づく差別に該当し、第一修

正に違反するとした。

続いて、法廷意見は、学校施設の宗教目的での利用の許可は、第一修正の国教条項に違反するという教育委員会（被上告人）側の主張を検討する。法廷意見は、*Widmar* 判決に大きく拠りながら、問題の映画上映が、学校時間外であり、学校の後援を受けておらず、教会メンバーだけでなく公衆に開かれており、さらに当該施設は多様な種類の私的団体により繰り返し利用されてきたことを指摘し、こうした状況の下では、地域社会の人々が学校区が宗教ないし特定の信条を是認していると理解する現実的な危険は何ら存在せず、宗教または教会に対する利益も付随的なものに過ぎないとして、教育委員会側の主張を否定する。その後、付加的に、レモン・テストに言及している。<sup>132</sup>

この法廷意見に対して、スカリア、ケネディ両裁判官が同意意見を提出しており、スカリア裁判官の同意意見（トーマス裁判官が同調）は、法廷意見が本件の国教条項の審査に際してレモン・テストを引用したことに対して、すでに紹介したように激烈な調子でこれを非難し、国教条項に関する一般的な審査基準としてのレモン・テストの放棄を強く求めている。そして最後の部分で、当該教会を差別することなくそれに学校施設の利用を認めることは、州または地方公共団体が特定宗派の教義を受け入れることを意味しない故に、国教条項に違反しないと単純かつ明快に述べている。<sup>133</sup> また、ケネディ裁判官は、法廷意見によるレモン・テストの引用をその根拠が不十分であり、不必要であるとするスカリア意見に同意し、さらに「宗教の是認」という用語は、最高裁の先例と伝統に一致する準則として十分なものとはなり得ないと述べている。<sup>134</sup>

以上、*Rosenberger* 判決までの限定的フォーラムの宗教グループによる利用に関する判例の検討から明らかなのは、次の二つであろう。第一に、国教条項に関する最高裁の判例法が混乱状況にあるといわれる中で、この領域の判例法は宗教者に有利な結論を認める方向で安定してきていることであり、第二に、法廷意見はなお修正されたレモン・

テストの使用を続けているが、この領域でも目的、効果、および過度のかかり合いを問う三分肢テストとしてのレモン・テストは次第に形骸化しており、政府行為による宗教の是認の要素、あるいは政府行為の宗教に対する中立性の要素（例えば、*Mergens* 判決<sup>136</sup>）についてのマーシャル同意意見<sup>137</sup>）を中心に審査が行われていることである。

### 3 国教条項に関する判例法についての *Rosenberger* 判決の意義

国教条項に関する判例法の展開にとって、*Rosenberger* 判決は二つの意義を持つと考えられる。

一つは、国教条項に関する一般的な審査基準としてのレモン・テストの終焉が近いことを示したことである。本判決では、法廷意見、同意意見のみならず、反対意見を構成した裁判官も誰一人として、三分肢テストとしてのレモン・テストに言及していない。この事実の評価については意見の分かれるところであるが、本判決以前の段階で、すでにレインクイスト首席裁判官をはじめとしてケネディ、スカリア、トーマスの各裁判官から成る四人の最高裁判官が、国教条項に関する一般的テストとしてのレモン・テストに反対を表明していた事実<sup>138</sup>を考慮すれば、本判決は同テストの終焉、ないしそれが近い将来において確実であることを示していると言えよう。

国教条項の意図は「『教会と国家の間に分離の壁』を打ち立てること」であったとして、国教条項に関する分離主義派（*separationist*）<sup>139</sup>的な解釈態度を明確にした一九四七年の *Everson v. Board of Education* 判決<sup>140</sup>を受けて、その解釈態度を違憲審査基準として具体化したといわれるレモン・テストの終焉ないしそれが近いことは、この領域の判例法の展開にとって重大な意味を持つものである。すなわち、このことは、ウォーレン・コートおよびバーガー・コートという、宗教に対する敵意ないし無関心によって特徴づけられる「世俗的自由主義」のイデオロギーに支配されてきた最高裁<sup>139</sup>が、国教条項の解釈に関して、同条項の起草者達の意図は単に特定宗教の優先的処遇や国教化の防止に過ぎなかったとする便宜供与派（*accommodationist*）<sup>140</sup>的な理解に立つ裁判官達が多数を占めるものに変化したこ

とを示すものであり、今後はこの考え方に基づく判例法の展開が予想されるからである。

Rosenberger 判決のもう一つの意義は、限定的フォーラムの宗教者による利用制限に関する司法審査は、レモン・テストあるいは是認テストではなく、政府の宗教に対する中立性が維持されているか否かを中心に審査されることを明らかにしたことである。ただ、本判決の射程の問題として、従来のこの領域の先例が、学校施設やクラブ活動についての単なる「平等利用」に関する事件であり、宗教グループに対する直接的な財政援助の要素を含まないものであったのに対して、本件は、それを含む事件であったことをどう理解するかという問題が残る。すなわち、本判決が、この領域を越えて、国教条項に関する最も重要かつ微妙な分野である私立の宗教学校やそこに通う生徒に対する公的な財政援助の問題に、どの程度の影響を与えるかという点である。そこでは、宗教に対する政府の中立性の原理と同時に、宗教活動に対する政府の資金提供禁止の原理が支配する。この問題について、今後最高裁は、恐らく、オコナー裁判官の同意意見が指摘するように、「二つの根本原理が対立する場合には、何れの原理も決定的な解答を示すことはできない」ことから、「当該事件の特定の事実関係に基づいて、かなり微妙な境界線」を引いていくことになるであろうと思われるのである。<sup>(4)</sup>

## 五 結 び

本稿で取り上げた Rosenberger 判決は、表現の自由の保障と国教樹立禁止というアメリカ憲法における最も強力な二つの巨人 (Titans) が衝突したときには、どのような調整がなされるべきかという問題を提起している。そして、この問題に対する一つの解決方法を示す中で、本判決は A 限定的フォーラムにおける表現規制と、B 国教条項に関する審査基準のそれぞれの領域に関する判例法に、いくつかの重要な展開をもたらしている。

まず、Aの領域に関しては、第一に、これまでの下級審判決が統一されていなかった中で、最高裁が公立大学における課外活動納付金制度は、限定的パブリック・フォーラムを構成すると確定的な判断を下したことである。第二に、限定的パブリック・フォーラムか非パブリック・フォーラムかの区別が問題の規制の合憲性判断に決定的な意味を持つにもかかわらず、その区別の判断は微妙であり結論先取りとの批判を招きがちであった、パブリック・フォーラムに関する三類型論の最大の問題点を解消するために、最近の最高裁判例は、このフォーラムの型に関する判断を留保した上で、問題の表現規制が見解に基づく規制か否かを厳格に審査する手法を採ってきており、これとの関係で本判決は、違憲の推定が働く見解に基づく規制の概念を、従来の主題に基づく規制のそれと、ほぼ同一のところまで拡大し、限定的フォーラムにおける表現の自由の保障を実質化しようとしていると理解されることである。

Bの領域については、第一に、本判決では一人の裁判官も三分肢テストとしてのレモン・テストに言及しておらず、本判決は同テストの終焉、ないしそれが近い将来において確実であることを示していることである。第二に、本判決は、限定的フォーラムの宗教者による利用制限に関する司法審査は、レモン・テストや是認テストによるのではなく、政府の宗教に対する中立性原理が維持されているか否かによって決定されることを明らかにしたことである。この背景には、レモン・テストの問題点の箇所指摘したように、宗教的グループやその宗教的言論が、長年にわたるレモン・テストの支配の下で、世俗的グループや世俗的言論と比較して憲法上、より価値の低い存在とみなされてきた傾向があり、現在の最高裁の多数派を形成する裁判官達はこの傾向を是正し、両者を平等の関係に引き戻そうとしていると考えられるのである。

なお、Aの領域の、見解に基づく規制の概念は従来の主題に基づく規制のそれと完全に重なるところまで拡大されたのか、それともその拡大には当該フォーラムの目的維持に関する条件以外の何らかの限定が付けられるのかについて、またBの領域の、中立性原理の維持の審査は、限定的フォーラムの宗教者による利用制限の問題に限られる審査



にとどまるのか、それとも私立学校に対する公的な財政援助の問題にも一定の範囲で応用されるのかについては、今後の最高裁の判断を注意深く見守らねばならないのである。

注

- (1) 例えば、野坂泰司「公教育の宗教的中立性と信教の自由——神戸高専事件に即して——」立教法学三七号一頁以下（一九九二）、棟居快行「信教の自由と政教分離の『對抗関係』」芦部先生古稀記念『現代立憲主義の展開（上）』五三三頁以下（一九九三）、長岡徹「信教の自由と政教分離原則——神戸高専事件を契機として」法と政治「関西学院大学」四五巻一号二二頁以下（一九九四）などを参照。
- (2) 319 U. S. 624 (1943).
- (3) 430 U. S. 705 (1977).
- (4) 115 S. Ct. 2510 (1995).
- (5) 470 U. S. 37 (1983).
- (6) Rosenberger, 115 S. Ct. at 2514.
- (7) Rosenberger v. Rector & Visitors of the Univ. of Va., 18 F. 3d 269, 271 (4th Cir. 1994) and Rosenberger, 115 S. Ct. at 2514-15.
- (8) Rosenberger, 18 F. 3d at 271.
- (9) Rosenberger, 115 S. Ct. at 2515.
- (10) *Id.* at 2515-16.
- (11) Rosenberger v. Rector & Visitors of the Univ. of Va., 795 F. Supp. 175, 178-81 (W. D. Va. 1992).
- (12) Rosenberger, 18 F. 3d at 277-88.
- (13) Rosenberger, 115 S. Ct. at 2516-17 (citing Perry Ed. Assn. v. Perry Local Educators' Assn., 460 U. S. 37, 46).
- (14) *Id.* at 2517.
- (15) 113 S. Ct. 2141 (1993).
- (16) *Id.* at 2145.
- (17) Rosenberger, 115 S. Ct. at 2517-19.

- (18) *Id.* at 2518.
- (19) *Id.* at 2521-22.
- (20) Board of Education of Westside Community Schools v. Mergens, 496 U. S. 226, 250 (1990) (opinion of O'Connor, J.).
- (21) Rosenberger, 115 S. Ct. at 2522.
- (22) *Id.* at 2524.
- (23) *Id.* at 2523-24. ハリスは、法廷意見は、CIOの資格を得た学生新聞は、SAF計画とは別に、大学から印刷に関するサービスを受け得る事実を指摘し、印刷ということが学生生活にとって不可欠の事柄であることを強調している。 *Id.* at 2524.
- (24) *Id.*
- (25) *Id.* at 2525-27 (O'Connor, J., concurring). オロナーは、さらに続けて第四に、次のような指摘も行っている。すなわち、本件では問題となっていないが、この種の学生納付金は、自分が同意しない言論に対して支払いを強制されるべきでないという言論の自由条項に基づいて違憲訴訟に与えられる可能性があるがあり、現在のところ、こうした違憲主張が認められるべきかどうかについては、下級審判決には分立が見られる（これを認める例が、Hays County Guardian v. Supple, 969 F. 2d 111, 123 (1992), cert. denied 113 S. Ct. 1067 (1993) や Smith v. Regents of Univ. of Cal., 844 P. 2d 500, 511-14 (Cal. 1993), cert. denied, 114 S. Ct. 181 (1993) や *Id.*)。一般市民には認められないような訴訟の可能性があるが、本件における学生納付金収入を、宗教を援助する形で使われる一般的な課税収入から区別する潜在的な基礎となるという指摘は *Id.* at 2527.
- (26) *Id.* at 2528.
- (27) *Id.* (Thomas, J., concurring).
- (28) James Madison's Memorial and Remonstrance Against Religious Assessments ¶ 4, reprinted in *Everson v. Board of Ed. of Ewing*, 330 U. S. 1, 74 (appendix to dissent of Rutledge, J.).
- (29) Rosenberger, 115 S. Ct. at 2529-32 (Thomas, J., concurring).
- (30) *Id.* at 2532.
- (31) *Id.* at 2533-39 (Souter, J., dissenting).
- (32) *Id.* at 2540-44.

- (33) *Id.* at 2544-46.
- (34) *Id.* at 2547-50.
- (35) See GERALD GUNTHER, *CONSTITUTIONAL LAW*, 1249 (12th ed. 1991).
- (36) 合衆国最高裁によるパブリック・フォーラム論の展開については、長岡徹「アメリカ合衆国におけるパブリック・フォーラム論の展開」香川大学教育学部研究報告第一部第六四号五三頁以下（一九八五）および紙谷雅子「表現の自由—合衆国最高裁の判例にみる表現の時間、場所、方法および態様に関する規制と表現の方法と場所の類型（三・完）」国家学会雑誌一〇二巻五六号一頁以下（一九八九）などを参照。
- (37) この点については、市川正人「表現内容の規制・内容中立的規制二分論と表現の自由(二)」三重大学法経論叢五巻一号三三—頁以下（一九八七）参照。
- (38) See, e.g., *Lehman v. City of Shaker Heights*, 418 U. S. 298 (1974).
- (39) 460 U. S. 37 (1983).
- (40) *Id.* at 45.
- (41) *Id.*
- (42) 454 U. S. 263 (1981).
- (43) 429 U. S. 167 (1976).
- (44) 420 U. S. 546 (1975).
- (45) *Perry*, 460 U. S. at 46.
- (46) 453 U. S. 114 (1981).
- (47) 市川・前掲注(37)三九頁参照。パブリック・フォーラム論自体の批判については、see, e.g., Robert C. Post, *Between Governance and Management: The History and Theory of the Public Forum*, 34 UCLA L. REV. 1713 (1987).
- (48) *Perry*, 460 U. S. at 47-48.
- (49) 本件は、五対四の判決であり、ブレナン裁判官は、排他的団体交渉権協約が少数派の組合に郵便システムの利用を認めないのは、郵便システムがパブリック・フォーラムであるか否かにかかわらず、見解に基づく差別であり、上告人はこの差別的政策が実質的な政府利益を促進することを立証していないので、第一修正に違反するとする反対意見（これにマーシャル、パウエル、スティーヴンスの各裁判官が同調）を書いていぬ。*Id.* at 55-57 (Brennan, J., dissenting).
- (50) *Rosenberger*, 115 S. Ct. at 2517.

- (15) See Carolyn Wiggin, Note, *A Funny Thing Happens When You Play for a Forum: Mandatory Student Fees to Support Political Speech at Public Universities*, 103 YALE L. J. 2009, 2031-32 (1994).
- (16) 429 U. S. 167 (1976).
- (17) *Id.* at 174.
- (18) *Id.* at 175-77.
- (19) 454 U. S. 263 (1981).
- (20) 大学当局は、学生組織による課外活動を広く奨励し、百以上の学生グループを正式に公認して、大学施設の利用を認めていた。この施設利用に伴う大学側の経費負担を助けるために、学生は各セメスター四一ドル（一九七八年―七九年）を支払っていた。 *Id.* at 265.
- (21) *Id.* n. 3.
- (22) *Id.* at 267-70.
- (23) 473 U. S. 788 (1985).
- (24) *Id.* at 790-95. なお、下級審判決は一審、二審とも被告人団体の勝訴判決であった。567 F. Supp. 401, 727 F. 2d 1247.
- (25) 本件判決は、マーシャル、パウエル両裁判官は参加しておらず、四対三の判決であった。Cornelius, 473 U. S. at 813.
- (26) *Id.* at 802-6.
- (27) *Id.* at 806-11.
- (28) *Id.* at 806.
- (29) *Id.* at 812-13.
- (30) *Id.* at 814-15 (Blackmun, J., dissenting).
- (31) *Id.* at 832.
- (32) 508 U. S. 384 (1993).
- (33) *Id.* at 386-89.
- (34) 770 F. Supp. 91, 92, 98-99 (1991).
- (35) 959 F. 2d 381, 386, 389 (1992).

- (72) *Lamb's Chapel*, 508 U. S. at 392-94.
- (73) 例えば、課外活動支援のための学生納付金制度を限定的パブリック・フォーラムと認定したものとして、*Carroll v. Blinken*, 957 F. 2d 991 (2nd Cir. 1992), *cert. denied*, 113 S. Ct. 300 (1992) があり、非パブリック・フォーラムとした *チルトン* *Tipton v. University of Hawaii*, 15 F. 3d 922 (9th Cir. 1994) などがある。
- (74) *Rosenberger v. Rector and Visitors of the Univ. of Va.*, 795 F. Supp. 175 (W. D. Va. 1992).
- (75) *Rosenberger*, 115 S. Ct. at 2516. (「*チルトン*」が「差別的意見」の表現を禁止する市条例を見解に基づく差別にあたり、差別的に R. A. V. v. City of St. Paul, 505 U. S. 377, 391 (1992) を用いている。)
- (76) *See Kent Greenawalt, Viewpoints from Olympus*, 96 COLUM. L. REV. 697, 708 (1996). *グリーンマン* は「差別的意見」の論議にもかかわらず、今後この区画に基づく規制は「*チルトン*」それが見解に基づく効果や評価を評価せねばならなくなるという。
- (77) Police Department of City of Chicago v. Mosley, 408 U. S. 92 (1972).
- (78) *Id.* at 95-96.
- (79) *See Consolidated Edison Co. v. Public Serv. Comm'n*, 447 U. S. 530 (1980); *Widmar v. Vincent*, 454 U. S. 263 (1981).
- (80) *See Lehman v. City of Shaker Heights*, 418 U. S. 298 (1974); *Greer v. Spock*, 424 U. S. 828 (1976); *Young v. American Mini Theatres*, 427 U. S. 50 (1976).
- (81) *Geoffrey R. Stone, Content Regulation and the First Amendment*, 25 WM. AND MARY L. REV. 189, 241 (1983).
- (82) *Id.* *「チルトン」*、公共財産を含まない主題規制の例として、*Young v. American Mini Theatres* 判決（性的に露骨な成人映画を上映する映画館の新設を規制するレーニンク条例を合憲とした）が挙げられている。
- (83) *Id.* ストーンはまた、こうした分析に基づいて以前に、主題に基づく規制を「特定の争点または比較的狭い争点群に関する言論によって定義されるもの（例えば、労働争議の対象事項や税制に関する具体的争点など）」と、相当広汎な争点についての言論を排除するもの（例えば、すべての公共的争点に関する言論規制やすべての党派的な政治的言論の規制など）とに分け、前者については厳格な審査基準を適用し、後者については内容中立的規制と同様の審査基準を適用すべきかもしれないと述べていた。しかし、この判断方法の実施の困難さを考えるときすべての主題に基づく規制を「見解に基づく規制」としての審査基準でも厳格審査基準に服せざる方が妥当であるといえるべきであった。 *Geoffrey R. Stone, Restrictions of Speech Because of its Content: The Peculiar Case of Subject-Matter Restrictions*, 46 U. CHI. L. REV. 81, 109-12, 114-15 (1978).
- (84) *See The Supreme Court, 1994 Term-Leading Cases*, 109 HARV. L. REV. 111, 215 (1995).

- (52) 959 F. 2d 381, 386 (2d Cir. 1992).
- (53) See Frederick Schauer, *Categories and the First Amendment: A Play in Three Acts*, 34 VAND. L. REV. 265, 284-85 (1981); *The Supreme Court, 1980 Term—Leading Cases*, 95 HARV. L. REV. 91, 239 n 42 (1981); LAURENCE H. TRIBE, AMERICAN CONSTITUTIONAL LAW 940-41 (2d ed. 1988); Wiggin, *supra* note 51, 2032-34 (citing Lamb's Chapel, 113 S. Ct. 2141 (1993)). したがって Daniel A. Farber, *Content Regulation and the First Amendment: A Revisionist View*, 68 GEO. L. J. 727, 733-37 (1980) が「中絶の持てゝ罪状が『無罪』と見なされるべき『その中絶の資格は憲法第1条の適用範囲外である』と主張するべきではない」と主張している。 Paul B. Stephan III, *The First Amendment and Content Discrimination*, 68 VA. L. REV. 203 (1982) 及び衣藤とらら。
- (54) See Wiggin, *supra* note 51, at 2034.
- (55) Schauer, *supra* note 86.
- (56) See *e. g.*, Lamb's Chapel v. Center Moriches Union Free Sch. Dist., 959 F. 2d 381 (2d Cir. 1992); Tipton v. Univ. of Hawaii, 15 F. 3d 922 (9th Cir. 1994).
- (57) See *The Supreme Court, supra* note 84, 216.
- (58) 「それが、キリスト教に基づく新聞であることから、多少ともより厳格に」審査したことを認めている。その理由に関して彼女は、「イスラム教的主張を展開する新聞については、それが「政治的に正しい」(politically correct)」価値を教えてくれるものとして資金援助資格を承認する一方、彼女の世代は「既成の規範から抜け出る」ことを模索しており、キリスト教については「世俗的に強欲 (money-grubbing)」なものとみなしたと述べている。 Petitioner's Brief at 21, Rosenberger, 115 S. Ct. 2510 (No. 94-329).
- (59) See Greenawalt, *supra* note 76.
- (60) このテストの内容とテスト形成に至る判例法上の背景については、瀧澤信彦『国家と宗教との分離』一三五頁以下（一九八五）参照。
- (61) See, *e. g.*, Kent Greenawalt, *Quo Vadis: The Status and Prospect of "Tests" under the Religion Clauses*, 1995 THE SUP. CT. REV. 323.
- (62) 403 U. S. 602 (1971).
- (63) *Id.* at 612-13.

- (96) 374 U. S. 203 (1963). この判決では、公立学校の始業時及び聖書の朗読と主の祈りの斉唱を行うことを求めるペンシ  
ルバニア州法が、国教条項に違反するといわれた。
- (98) *Id.* at 222.
- (99) 397 U. S. 664 (1970).
- (100) *Id.* at 674-76. この判決は、同判決は宗教組織に対する財産税の免税処置は、課税のための財産評価  
を必要とする課税と比較して、国家と宗教のなまじり合すの程度が少ないものとして、これを合憲とした。 *Id.*
- (101) See James M. Lewis & Michael L. Vild, *Note, A Controversial Twist of Lemon: The Endorsement Test as the New  
Establishment Clause Standard*, 65 NOTRE DAME L. REV. 671, 673 (1990).
- (102) Steven G. Gey, *Religious Coercion and the Establishment Clause*, 1994 U. ILL. L. REV. 463, 468.
- (103) See Phillip E. Johnson, *Concepts and Compromise in First Amendment Religious Doctrine*, 72 CAL. L. REV. 817,  
826-27 (1984); Michael S. Paulsen, *Lemon is Dead*, 43 CASE W. RES. L. REV. 795, 800-01 (1993).
- (104) See John H. Garvey, *Another Way of Looking at School Aid*, 1985 SUP. CT. REV. 61, 66-67.
- (105) See County of Allegheny v. ACLU, 492 U. S. 573, 675-76 (1989) (Kennedy, J., concurring in part and dissenting  
in part).
- (106) Lamb's Chapel, 508 U. S. at 399 (Scalia, J., concurring in the judgment).
- (107) ただし、タリーントロートによれば、Rosenberger 5 名の国教条項に照らす時、この憲法は、レモン・テストを明かす  
したので、ネトリスカ州議会の有給時間外に無償の台座を貸した Marsh v. Chambers, 463 U. S. 783 (1983) 1 冊  
を貸した。 Greenawalt, *supra* note 94, at 324.
- (108) Lamb's Chapel, 508 U. S. at 398 (Scalia, J., concurring in the judgment).
- (109) See Paulsen, *supra* note 103, at 803-4.
- (110) See *Id.* at 804-06.
- (111) See, e. g., Roemer v. Board of Pub. Works of Maryland, 426 U. S. 736, 747 (1976).
- (112) Mark E. Chopko, *Religious Access to Public Programs and Governmental Funding*, 60 GEO. WASH. L. REV. 645, 656  
(1992).
- (113) See Michael W. McConnell, *Religious Freedom at a Crossroads*, 59 U. CHI. L. REV. 115, 128 (1992); *The Supreme  
Court, supra* note 84, at 218.

- (114) *Marsh v. Chambers*, 463 U. S. 783, 787-88 (1983) は、国教条項の起草者達が合衆国議会で有給専属牧師制度を認めていたことを、また *Lynch v. Donnelly*, 465 U. S. 668, 675 & n 2 (1984) は、起草者達は大統領が就任式において神に言及し、感謝祭の日に公衆の宣言を行うことを認めていた事実を、それぞれ指摘している。
- (115) 465 U. S. 668 (1984).
- (116) *Id.* at 687-88 (O'Connor, J., concurring). この「是認テスト」については、土屋英雄「アメリカにおける政教分離と『保証、テスト』」青部先生古稀記念『現代立憲主義の展開(上)』五〇九頁以下(一九九三)参照。
- (117) 492 U. S. 573 (1989).
- (118) *Id.* at 597-602, 613-621. オロナーはこの判決でも同意意見を書き、是認テストと本件へのそのテストの適用を非難するオネナイ裁判官の一部同意、一部反対意見に反論することにも、是認テストを適用すれば、クレイシュのみならず、マノーにこの適用を認めるべきである。 *Id.* at 627-37 (O'Connor, J., concurring).
- (119) Paulsen, *supra* note 103, at 815.
- (120) *Development in the Law—Religion and the State*, 100 HARV. L. REV. 1607, 1647-48 (1987). なお、County of Allegheny 判決は、この「トリニタムン裁判官」オロナー裁判官も「合理的観察者」という用語を使っている。 County of Allegheny, 492 U. S. at 620, 630.
- (121) 505 U. S. 577 (1992). Lee 判決おまじの「強制テスト」については、藤田尚則「最近の判例—Lee v. Weisman」[一九九三]アメリカ法一九八頁以下参照。
- (122) Lee, 505 U. S. at 592-94.
- (123) *Id.* at 586-87.
- (124) スカリア裁判官の本件反対意見参照。 *Id.* at 632 (Scalia, J., dissenting).
- (125) See O'Connor, J., concurring in part, County of Allegheny, 492 U. S. at 628. なお、強認テストを本件に適用することは、Michael W. McConnell, *Coercion: The Lost Element of Establishment*, 27 WM. & MARY L. REV. 933, 936-37 (1986) によっている。
- (126) Widmar, 454 U. S. at 270-77.
- (127) 496 U. S. 226 (1990).
- (128) 20 U. S. C. §§ 4071-4074.
- (129) Mergens, 496 U. S. at 248-253.



- (130) *Id.* at 260-61 (Kennedy, J., concurring in part and concurring in the judgment).
- (131) *Id.* at 263-70 (Marshall, J., concurring in the judgment).
- (132) Lamb's Chapel, 508 U. S. at 394-95.
- (133) *Id.* at 398-401 (Scalia, J., concurring in the judgment).
- (134) *Id.* at 401 (Kennedy, J., concurring in part and concurring in the judgment).
- (135) See Greenawalt, *supra* note 94, at 326.
- (136) See, e. g., Ruti Teitel, *When Separate is Equal: Why Organized Religious Exercises, Unlike Chess, Do Not Belong in the Public Schools*, 81 NW. U. L. REV. 174, 183-89 (1986); Kathleen M. Sullivan, *Religion and Liberal Democracy*, 59 U. CHI. L. REV. 195, 198 (1992).
- (137) 330 U. S. 1, 16 (1947).
- (138) See Carole F. Kagan, *Squeezing the Juice from Lemon: Towards a Consistent Test for the Establishment Clause*, 22 N. KY. L. REV. 621, 630 (1995).
- (139) See McConnell, *supra* note 113, at 134.
- (140) See, e. g., ROBERT L. CORN, SEPARATION OF CHURCH AND STATE: HISTORICAL FACT AND CURRENT FICTION, 49-82 (1982); Michael W. McConnell, *Accommodation of Religion*, 1985 SUP. CT. REV. 1, 6-41.
- (141) Rosenberger, 115 S. Ct. at 2525-26.