

# 国有地での私人による十字架の展示 (および、その後の私人への土地譲渡) と政教分離原則

—Salazar v. Buono, 130 S. Ct. 1803 (2010)—

## 1 事 実

1934年、民間の退役軍人団体 Veterans of Foreign Wars (VFW) の有志が、第一次世界大戦の戦没将兵を追悼・顕彰するために、南カリフォルニアのモハーベ砂漠の一角を占めるモハーベ国定自然保護区 (Mojave National Preserve) にある Sunrise Rock (高さ約5mの岩山) の上に、十字架 (ラテン十字) を建てて以来、十字架は、篤志によって修繕や交換がなされつつ、その場所に存してきたが、本件当時の十字架は、1998年に設置された白色の金属パイプ製 (高さ約2m) のもので、また、この国定自然保護区 (約80km四方の面積) は、その90%以上が連邦所有地であり、Sunrise Rock 付近も連邦所有地であった (なお、当初、その土地は、国定自然保護区ではなかったが、連邦所有地に変わりなく、また、連邦政府は、当該十字架の展示を許可したわけではないが、その土地において、そのほかの展示物の設置も許可してこなかったの、それ以外の展示物は存在しなかった)。

そこで、2001年、Sunrise Rock 付近を定期的に訪れていた本件原告が、連邦政府を相手取り、当該十字架の展示について、合衆国憲法修正第1条にいう国教樹立禁止条項 (Establishment Clause) に違反するものとして提訴したところ、カリフォルニア中央地区合衆国地方裁判所 (Buono I 判決)<sup>(1)</sup> は、本件原告の原告適格を肯認するにあたって、「国教樹立禁止条項の領域では、原告が [政府によって] 『不快な宗教活動にさらされた (subjected to unwelcome religious exercises), あるいは、そのような宗教活動を回避するために特別な負担を強いられた (forced to assume special burdens to avoid them)』 場合、事実上の損害 (injury in fact) が生じる。……そして、『宗教活動』には、宗教的展示物も含まれる」<sup>(2)</sup> と判示した上で、国教樹立禁止条項に関する司法審

(1) Buono v. Norton, 212 F. Supp. 2d 1202 (C.D. Cal. 2002).

査基準として、当該政府行為は、「(1)世俗的目的 (secular purpose) を有し、(2)宗教を促進する主要な効果 (primary effect that...advances...religion) を有さず、(3)政府と宗教の過度な関与 (excessive state entanglement with religion) を生じさせるものでない限りで、国教樹立禁止条項の審査をパスする」<sup>(3)</sup>(レモン・テスト)としつつ、「連邦所有地での当該十字架の存在の主要な効果は、宗教を促進するものである」、なぜならば、「ラテン十字は、キリスト教のシンボルである」以上、「戦争記念碑 (war memorial)」とされようが、その連邦所有地での存在は、「合理的な観察者 (reasonable observer)」に「政府による宗教の是認 (endorsement of religion) のメッセージを伝達する」<sup>(4)</sup>(エンドースメント・テスト)と判示し、当該十字架の展示を(私人に許すことを)禁じる本案的差止命令を下した。

控訴審において、第9巡回区合衆国控訴裁判所 (Buono II 判決)<sup>(5)</sup>は、Buono I 判決の執行を(ただちに当該十字架の撤去を命じるものである限りで)一時停止した(それゆえ、連邦政府は、さしあたり当該十字架をベニヤ板で覆うことで済んだ)が、結局、Buono I 判決を維持し、連邦政府も上告を断念したため、Buono I 判決が確定判決となった。

ところが、Buono I 判決と前後して、合衆国議会は、(1)当該十字架の撤去のために連邦資金を使用することを禁止し<sup>(6)</sup>、(2)当該十字架および Sunrise Rock 付近を「第一次世界大戦の合衆国参戦と従軍将兵を顕彰する国定記念物 (national memorial)」に指定した上で<sup>(7)</sup>、(3)その土地(約60m四方の面積)

(2) *Id.* at 1210-11 (quoting *Valley Forge Christian Coll. v. Ams. United for Separation of Church & State, Inc.*, 454 U.S. 464, 486 n.22 (1982) (citing *Sch. Dist. v. Schempp*, 374 U.S. 203 (1963))).

(3) *Id.* at 1215 (citing *Lemon v. Kurtzman*, 403 U.S. 602 (1971)).

(4) *Id.* at 1215-17 (citing *Cnty. of Allegheny v. ACLU*, 492 U.S. 573 (1989)); *accord* *Separation of Church & State Comm., v. City of Eugene*, 93 F.3d 617, 626 (9th Cir. 1996) (O'Scannlain, J., concurring in the judgment) (「観察者は、合理的に、市による公有地 [市立公園] での [戦争記念碑としての十字架] の展示について、政府によるキリスト教の是認を感じるであろう、……それどころか、市がキリスト教徒の従軍将兵のみを顕彰しようとしたものとみなすであろう」).

(5) *Buono v. Norton*, 371 F.3d 543 (9th Cir. 2004).

(6) *Consolidated Appropriations Act, 2001*, Pub. L. No. 106-554, § 133, 114 Stat. 2763, 2763A-230 (2000); *Department of Defense Appropriations Act, 2003*, Pub. L. No. 107-248, § 8065(b), 116 Stat. 1519, 1551 (2002).

を VFW に対して、関係私人の所有地との「等価交換 (equal value exchange)」によって譲渡する、ただし、そのような国定記念物として保存することを条件とし、さもなければ、その土地は、連邦所有地に「復帰する (revert)」<sup>(8)</sup> という一連の連邦法を制定していた。

そこで、再び本件原告は、連邦政府を相手取り、(一連の連邦法のうち) 土地譲渡に関する連邦法について、Buono I 判決 (および、国教樹立禁止条項それ自体) に違反するものとして提訴したところ、カリフォルニア中央地区合衆国地方裁判所 (Buono III 判決)<sup>(9)</sup> は、一連の連邦法の内容と制定経緯からして、当該連邦法は、Buono I 判決を「潜脱する (evade)」脱法行為であって、Buono I 判決に違反する (したがって、国教樹立禁止条項それ自体にも違反するか否かを審査する必要はない)<sup>(10)</sup>、と判示し、当該連邦法の施行を禁じる本案的差止命令を下した。

控訴審において、第 9 巡回区合衆国控訴裁判所 (Buono IV 判決)<sup>(11)</sup> は、Buono III 判決を維持したが、合衆国最高裁判所は、連邦政府の上告に応じて、サーシオレイライを受理した。

## 2 争点

本件では、(1) 連邦所有地での私人による十字架の展示を国教樹立禁止条項に違反するものとした確定判決 (Buono I 判決) 後に、その土地を私人に譲渡すること (当該連邦法) が、かかる確定判決に違反するか否か、また、(2) そもそも、かかる確定判決を得た原告が、そのような土地譲渡の違法性を主張する原告適格をも有するか否か、について争われた。

## 3 判決

Kennedy 裁判官による相対多数意見 (Roberts 首席裁判官が同調、一部を

(7) Department of Defense Appropriations Act, 2002, Pub. L. No. 107-117, § 8137, 115 Stat. 2230, 2278-79 (2002).

(8) Department of Defense Appropriations Act, 2004, Pub. L. No. 108-87, § 8121, 117 Stat. 1054, 1100 (2003).

(9) Buono v. Norton, 364 F. Supp. 2d 1175 (C.D. Cal. 2005).

(10) *Id.* at 1182 & n.8.

(11) Buono v. Kempthorne, 527 F.3d 758 (9th Cir. 2008), *denying reh'g en banc* to 502 F.3d 1069 (9th Cir. 2007).

除き Alito 裁判官が同調)は、本件原告の原告適格を肯認した上で、当該連邦法に関する判断については、Buono III 判決に誤りがあったとして、本判決に照らして再審理されるよう、原判決 (Buono IV 判決) を破棄し、本件を (Buono III 判決を下した) 第一審裁判所に差し戻した。

#### 4 判決理由

##### (1) 原告適格の肯認

合衆国憲法第 3 条にいう事件・争訟性の要件として、連邦裁判所において「原告適格を立証するためには、原告は、当該争訟の結果について、個人的な利害関係 (personal stake) を有していなければならない」が、「勝訴判決を得た原告は、その判決の執行を求める『司法審査に値する』利益 (“judicially cognizable” interest) を有する」のであって、本件原告は、当該連邦法について、Buono I 判決の「潜脱」である、と主張している以上、そのような原告適格を有する<sup>(12)</sup>。

##### (2) 当該連邦法の合法性

まず、Buono III 判決は、当該十字架の展示を保存しようとする当該連邦法の意図そのものが、Buono I 判決の「潜脱」である、と判示したが、当該十字架は、私人によって、キリスト教信仰のためではなく、戦没将兵を「追悼する (commemorate)」ないし「顕彰する (honor)」ために建てられたもので、そのような 70 年近くの「歴史的な意義 (historical meaning)」もあったことから、合衆国議会は、当該十字架を国定記念物に指定し、そして、Buono I 判決を遵守しつつ、当該十字架の展示を保存すべきである、という「相反する利益 (opposing interests)」の調整として、当該連邦法を制定したのであって、権力分立原則から合衆国議会に敬讓する意味でも、当該連邦法は、「単なる信仰表明を超えた複合的な意義 (complex meaning) を有するシンボルに対する便宜供与 (accommodation)」として、みなされるべきである<sup>(13)</sup>。

また、Buono III 判決は、当該連邦法によって、その連邦所有地が私人に譲渡されたのちも、「政府による宗教の是認」が打ち消されることはなく、国教

(12) *Buono*, 130 S. Ct. at 1814-15 (plurality opinion) (citing *Allen v. Wright*, 468 U.S. 737, 763 (1984) ([「人種別学撤廃の勝訴判決を得た原告」は、特定の政府行為の禁止を求めるための、法によって創出された (created by law) 個人的な利益 [を有する]])).

(13) *Id.* at 1816-18.

樹立禁止条項の違反が矯正されない、と判示したものであったとしても、そもそも、「一般的な問題として、国教樹立禁止条項に基づく違憲主張を審査する裁判所が、私有地 (private land) での [私人による] 展示物について、『合理的な観察者』の感知 (“reasonable observer” perceptions) を考慮することはない」、いずれにせよ、土地譲渡後の当該十字架の展示について、そのようなテストを適用しようが、「そのシンボルや、その設置場所に関連する状況を知っている客観的な観察者 (objective observer)」とされる「合理的な観察者」は、もはや「政府による宗教の是認」を感じないはずである、さもなくとも、たとえば、VFW の所有地であることを示す標識の設置を命じれば、十分であろう<sup>(14)</sup>。

## 5 判例研究

### (1) 相対多数意見の論理

ところで、そもそも *Buono III* 判決が依拠した下級裁判所レベルの判例法理——第 7 巡回区で確立された——は、「『異例な状況 (unusual circumstances) がない限りで』、[政府による宗教の是認として] 違憲な宗教的展示物を含む公有地の売却は、『政府による宗教の是認を打ち消す有効な方法となる』。もっとも、『単なる形式的な基準では不正行為を招く』以上、裁判所は、『取引の形式だけではなく、内容も審査する』必要がある。……したがって、土地売却を無効とする異例な状況には、(1)土地所有者の責務を肩代わりする余地を残した、偽装購入者 (straw purchaser) に対する売却、(2)土地売却の準拠法 (applicable law) を遵守していない売却、(3)宗教団体に対する贈与となる、公正な市場価格 (fair market value) を下回る売却、といったものが含まれる。なお、裁判所は、土地売却を無効とするにあたって、これらすべての異例な状況の存在を必要とはしないし、そのほかの異例な状況の存在も考慮する」<sup>(15)</sup> とい

(14) *Id.* at 1818-20.

なお、Roberts 首席裁判官は、同意意見として、もし連邦政府が当該十字架を撤去し、その土地を VFW に売却したのち、VFW が当該十字架を再建することが、*Buono I* 判決に違反しないのならば、本件土地譲渡も、それと同様である、と付言し、また、Alito 裁判官は、一部同意・結論同意意見として、当該連邦法は、第一審裁判所に再審理させるまでもなく、*Buono I* 判決（および、国教樹立禁止条項それ自体）に違反しないのであって、その限りで、相対多数意見に同調しない、と主張した。

(15) *Buono III*, 364 F. Supp. 2d at 1178-79 (quoting *Freedom from Religion*

うものであった。

そして、本件について、Buono III 判決は、(1)「土地譲渡後も、政府が、その土地に対して、[国定記念物指定および復帰条項の下で] 財産権を保有し、管理権を行使すること」や、「[当該十字架の展示の保存を望む] VFW に対して直接的に、その土地を譲渡すること、すなわち、そのほかの購入者ないし入札者を除外していること」からして、「VFW は、偽装購入者である」し、(2)「当該十字架の展示を保存しようとした政府行為 [一連の連邦法の制定] の経緯も、異例な状況である」、すなわち、「土地譲渡は、もっぱら Sunrise Rock での当該十字架の展示を保存しようとしたものであって、国教樹立禁止条項の違反を矯正するものではない」<sup>(16)</sup>と指摘し、また、Buono IV 判決は、(3)「この広大な国定自然保護区の中に狭小な私有地——当該十字架が立つドーナツの穴のような——を設けようが、政府による宗教の是認を打ち消すことはない」<sup>(17)</sup>と付言していた。

これに対して、Kennedy 裁判官による相対多数意見の論理は、たとえ「公有地」に存する宗教的展示物が（「政府による宗教の是認」として）国教樹立禁止条項に違反するものであったとしても、その土地が（宗教的展示物と共に）私人に譲渡されて「私有地」とされる——宗教的展示物を保存すべき、何らかの（世俗的な）政府利益が主張されつつ——のならば、およそ、（政府による宗教の是認）が打ち消されて）国教樹立禁止条項の違反が矯正される（それゆえ、そのような土地譲渡は、（国教樹立禁止条項それ自体はもとより）宗

Found. v. City of Marshfield, 203 F.3d 487, 491 (7th Cir. 2000); citing Mercier v. Fraternal Order of Eagles, 395 F.3d 693 (7th Cir. 2005).

(16) *Id.* at 1179-82.

(17) *Buono IV*, 527 F.3d at 783; *see also id.* at 779 n.13（「当裁判所 [第9巡回区] は、[第7巡回区] のアプローチを支持する」が、「土地売却の有効性が推定されているものと解釈できる限りで、それを採用しない」）。

この点、第7巡回区（Marshfield 判決および Mercier 判決）は、「政府による宗教の是認」として違憲な宗教的展示物を含む市立公園の一画の売却について、市は、州法により適正価格で土地を売却し、もはや土地の管理もしていない、といった点を挙げて——宗教的展示物の保存を望む私人に対して直接的に、狭小な土地を売却するものではあったが——、「異例な状況」がない（もっとも、「公有地」と「私有地」の境界が不明確となる場合は、譲渡した土地を「柵 (fence)」で囲み、「政府の免責文 (disclaimer)」を設置することによって、「政府による宗教の是認」が打ち消される）、と判示し、国教樹立禁止条項の下で合憲としていた。

教的展示物を違憲とした確定判決にさえ違反しない), というものである<sup>(18)</sup>。

もっとも, 本判決は, 下級審の確定判決——レモン・テストないしエンドースメント・テストを適用した——を前提とするものであったため, 国教樹立禁止条項に関する司法審査基準そのものを変更する余地がなく, 実際, 変更したわけでもない<sup>(19)</sup>。

(2) 先例と反対意見

Stevens 裁判官による反対意見 (Ginsburg, Sotomayor の各裁判官が同調) は, 国教樹立禁止条項に関する先例に依拠して——救済法上の原則に加えて<sup>(20)</sup>——, 当該連邦法は, Buono I 判決に違反する, と主張した。

a) 「合理的な観察者」の感知

先例 1) 1989年の County of Allegheny v. ACLU<sup>(21)</sup> は, 従前のレモン・テストと両立するものとして, エンドースメント・テストを採用するべく, 「近年, 当法廷は, 国教樹立禁止条項に基づいて違憲性が主張された政府行為について, とくに, 宗教を『是認する』目的ないし効果 (purpose or effect “endorsing” religion) を有するものであるか否か, を審査してきた。……この点, 政府による宗教の是認に対する禁止は, 『特定宗教ないし宗教一般が優遇されている (favored), というメッセージを伝達しようと意図すること, または, 実際に伝達してしまうことを, 政府に対して禁止する』ものとも指摘されてきた。……結局のところ, その文言が『是認』であれ『優遇』であれ『促

(18) See *The Supreme Court, 2009 Term—Leading Cases*, 124 HARV. L. REV. 219, 225-29 (2010).

なお, Scalia 裁判官による結論同意意見 (Thomas 裁判官が同調) は, Buono I 判決を, もっぱら「公有地」での当該十字架の展示を禁じたものと解し, 当該連邦法によって, その土地が「私有地」となる以上, 本件原告は, もはや, Buono I 判決の執行を求める利益を有しないし, Buono I 判決で認められた損害も被らないのであって, 原告適格を欠く, と主張した——したがって, その論理は, 原告適格の認否の差はあれ, 相対多数意見の論理と軌を一にする。See *id.* at 228.

(19) See ERWIN CHEMERINSKY, CONSTITUTIONAL LAW: PRINCIPLES AND POLICIES 1266-70 (4th ed. 2011).

(20) この点, Breyer 裁判官による反対意見は, もっぱら救済法上の原則に依拠して, ある判決 (Buono I 判決) を執行するべく, どのような差止め命令 (Buono III 判決) を下すかは, その判決を下した裁判所の裁量に委ねられるべきであり, 本件では, 裁量権の濫用が認められない, と主張した。

(21) 492 U.S. 573 (1989).

進』であれ、……国教樹立禁止条項は、少なくとも、信仰の問題に関して一定の立場をとっているような外観を呈すること (appearing) を、政府に対して禁止している」<sup>(22)</sup>と判示した上で、郡がクリスマスの装飾として単独でクレシュ (キリスト降誕群像) を庁舎に展示したこと——その展示を私人に許可することによって——について、「いかなる観察者も、合理的に (reasonably)、当該クレシュを、政府の是認なしには、そのような場所に展示されないものとみなすであろう」<sup>(23)</sup>として、エンドースメント・テストの「効果」要件の下で違憲とした<sup>(24)</sup>。

先例2) 2005年の *McCreary County v. ACLU*<sup>(25)</sup> は、レモン・テストないしエンドースメント・テストの「目的」要件を「効果」要件と連結させるべく、「[国教樹立禁止条項] は、ある宗教と別の宗教の間、および、宗教と非宗教の間での政府の中立性 (neutrality) を要求するものである。……実際のところ、政府が特定宗教ないし宗教一般を優遇する目的を顕示すること (manifesting) は、……『非信仰者に、当該政治的共同体の完全な構成員ではない部外者である、というメッセージを伝達すると同時に、信仰者に、当該政治的共同体の優遇された構成員たる部内者である、というメッセージを伝達する』ことになる」<sup>(26)</sup>と判示した上で、郡が庁舎に十戒 (の文言そのもの) を展示したこと——提訴されたのち、世俗の展示物を付け加えたものの——について、「『当該法律の法文、立法経緯、執行実態』、あるいは、当該政府行為のそれらに相当するもの……を知っている『客観的な観察者』ないし「合理的な観察者」の視点から、「顕著な宗教的目的 (predominantly religious purpose) が認められる」<sup>(27)</sup>として、レモン・テストないしエンドースメント・テストの

(22) *Id.* at 592-94 (quoting *Wallace v. Jaffree*, 472 U.S. 38, 70 (1985) (O'Connor, J., concurring in the judgment)).

(23) *Id.* at 599-600.

(24) See DANIEL O. CONKLE, *CONSTITUTIONAL LAW: THE RELIGION CLAUSES* 120-28, 175-81 (2d ed. 2009).

もっとも、*Allegheny* 判決では、市がクリスマス・ツリーと並べてメノーラ (ユダヤ教の燭台) を庁舎に展示したことについては、合憲とされた。

(25) 545 U.S. 844 (2005).

(26) *Id.* at 860 (quoting *Lynch v. Donnelly*, 465 U.S. 668, 688 (1984) (O'Connor, J., concurring)).

(27) *Id.* at 862, 866, 881 (quoting *Wallace*, 472 U.S. at 76 (O'Connor, J., concurring in the judgment)).

「目的」要件の下で違憲とした<sup>(28)</sup>。

かくして、本件において、Stevens 裁判官による反対意見は、そもそも、Buono I 判決の「既判事項 (res judicata)」として、「当該十字架は、宗教的メッセージを伝達するものである。それゆえ、政府による当該十字架の是認の継続は、政府による宗教の是認の継続となる」<sup>(29)</sup>、そして、(1)「合理的な観察者は、土地譲渡後も、政府は、当該十字架を是認している、とみなすであろう。とくに、政府が当該十字架を国定記念物に指定している以上、政府による当該十字架の是認は、当該十字架の存する場所が公有地であれ私有地であれ、継続する」、すなわち、「政府は、紛れもなく、[国定記念物指定によって] 当該十字架を自身のものとしたのである」<sup>(30)</sup>、また、(2)「土地譲渡は、その目的が当該十字架の展示の保存である以上、政府による当該十字架の是認を継続させる」、すなわち、「合理的な観察者は、土地譲渡の政府目的について、政府と当該十字架を十分に引き離すものではない、と結論づけるであろう」<sup>(31)</sup>と主張した。

#### b) 「政府言論」と「私的言論」の二分論

先例 3) 1995年の Capitol Square Review & Advisory Board v. Pinette<sup>(32)</sup>において、Scalia 裁判官による相対多数意見 (Rehnquist 首席裁判官, Kennedy, Thomas の各裁判官が同調) は、州当局が州議会議事堂前の広場での KKK による十字架の展示を許可すること——そのほかの私人による展示物 (宗教的であれ世俗的であれ) と同様に一定期間に限って——を合憲とするにあたって、「政府それ自身による宗教的表現、または、私人による宗教的表現を優遇する政府行為」のみが、表現の自由条項の下で保障される「私的言論 (private speech)」と区別されるべき、国教樹立禁止条項の下で禁止される「政府言論 (government speech)」たりうるものと解される、したがって、

(28) See CONKLE, *supra* note 24, at 126-27, 178-83.

(29) *Buono*, 130 S. Ct. at 1832 (Stevens, J., dissenting).

(30) *Id.* at 1832-34.

(31) *Id.* at 1833, 1841.

なお、Stevens 裁判官による反対意見 (および、Buono III 判決) によれば、当該連邦法は、(Buono I 判決で確定した) 国教樹立禁止条項の違反を矯正しないがゆえに、Buono I 判決に違反する以上、結局、国教樹立禁止条項それ自体にも違反するであろう。See *Leading Cases*, *supra* note 18, at 225 & n.79.

(32) 515 U.S. 753 (1995).

「宗教的表現は、(1)純粋に私的なもの (purely private) で、かつ、(2)あらゆる表現者に平等な条件で (on equal terms) 開かれた、伝統的ないし指定的なパブリック・フォーラムでなされたものである限り、国教樹立禁止条項に違反することはない」<sup>(33)</sup>と判示したが、これに対して、O'Connor 裁判官による一部同意・結論同意意見 (Souter, Breyer の各裁判官が同調)、ならびに、Stevens および Ginsburg の各裁判官による反対意見は、パブリック・フォーラムでの私人による宗教的表現でさえ、エンドースメント・テスト (ないしレモン・テスト) をパスしない限り、国教樹立禁止条項に違反する、と主張し、その理由として、O'Connor 裁判官は、「当該政府行為は、宗教に対して形式上中立的なもの (neutral in form) というだけで、[国教樹立禁止条項] の下で許容されることはない。すなわち、[当該政府行為] は、宗教を是認する効果を有するのならば、それを意図してなかろうが、国教樹立禁止条項に違反するのである。これは、……私的言論が、政府によるものと誤解されるためではなく、……私的言論に対する政府行為の関与 (relationship) が、実際に宗教の是認のメッセージを伝達するためである」<sup>(34)</sup>と指摘した<sup>(35)</sup>。

かくして、本件において、Stevens 裁判官による反対意見は、Kennedy 裁判官による相対多数意見の中で、土地譲渡後の当該十字架の展示は、「私有地での私人による展示物」として、もはや国教樹立禁止条項の違反になりえない、とも示唆されているが、(1)「譲受人 [VFW] は、特定の公的機能を果たす [すなわち、国定記念物を保存する] ために、その土地を利用しなければならない。……そして、土地譲渡後も、当該十字架は、国定記念物のままである。したがって、当該十字架は、純粋に『私的な』展示物ではない」し、また、「政府は、宗教に対して中立的に行動していない。すなわち、[一連の連邦法] は、すべて、当該十字架を優遇するものであった」ことからして、当該連邦法は、Pinette 判決での相対多数意見のテストさえパスしない、いずれにせよ、(2)土地譲渡後の当該十字架の展示について、裁判所が「合理的な観察者」の感知を考慮することは、適切である、なぜならば、Pinette 判決において、裁判官の多数派は、その相対多数意見のテストを否定したからである<sup>(36)</sup>、と

(33) *Id.* at 764-65, 770 (plurality opinion).

(34) *Id.* at 777 (O'Connor, J., concurring in part and concurring in the judgment).

(35) See CONKLE, *supra* note 24, at 183-84.

(36) *Buono*, 130 S. Ct. at 1836-37 (Stevens, J., dissenting).

主張した。

(3) 「戦争記念碑」としての十字架の展示

結局のところ、Kennedy 裁判官による相対多数意見は、その傍論というべき部分で、Buono I 判決それ自体に「疑問の余地がある」、なぜならば、「ラテン十字は、単なるキリスト教信仰の表明ではない。すなわち、ラテン十字は、英雄的な行為、尊貴な貢献、堅忍な奮闘をした人々を顕彰するために用いられてきたシンボルである」<sup>(37)</sup>と述べている。

これに対して、Stevens 裁判官による反対意見は、(1)「十字架は、個人の犠牲を象徴する万人共通のシンボル (universal symbol) ではない」、すなわち、「たしかに、十字架は、[国立墓地での] 戦没将兵の墓標のように、個人の犠牲を象徴するために用いられてきた」が、「そのような状況での十字架の使用は、顕彰される個人の信仰と結びついたものである」<sup>(38)</sup>、また、「国教樹立禁止条項に基づく審査にとって重要なものは、[当該政府行為に関連する] コンテキストである以上、戦争記念碑の中での宗教的シンボルの使用は、必ずしも、政府による宗教的メッセージの是認を呈しない」<sup>(39)</sup>、しかしながら、「ラテン十字は、もっぱら、キリスト教のシンボルである」以上、「単独のラテン十字を戦争記念碑とすることだけでは、その十字架は、世俗的なものとはならない。それどころか、その戦争記念碑は、宗派的なもの (sectarian) となる」<sup>(40)</sup>、いずれにせよ、(2)「相対多数意見が、当該十字架の二重の意義のゆえに [すなわち、その宗教的および世俗的な意義に対する便宜供与として]、合衆国議会は、[Buono I 判決に違反することなく] 当該十字架を優遇できる、と判示していることは、[Buono I 判決の] 既判事項を再審理する (reopen) ようなものである」<sup>(41)</sup>と反論している。

(37) *Id.* at 1818, 1820 (plurality opinion) (dictum). *But cf. Allegheny*, 492 U.S. at 661 (Kennedy, J., concurring in the judgment in part and dissenting in part) ([「当該クレシュヤメノーラの展示の場合とは違って」]、たとえば、市が庁舎の屋根で大きなラテン十字の常設を許可することは、国教樹立禁止条項の下で禁止されるであろう。これは、[エンドースメント・テストのように]、宗教に関する政府言論それ自体を違憲なものと疑うからではなく、そのような強要的な (obtrusive) 宗教的展示物が、政府の権威の下に、特定宗教を布教する (proselytize) ことになるからである])].

(38) *Buono*, 130 S. Ct. at 1836 n.8 (Stevens, J., dissenting).

(39) *Id.* at 1835 n.7.

(40) *Id.* at 1835.

## (4) 宗教的展示物に対する原告適格

本件では、さかのぼって *Buono* I 判決での本件原告の原告適格（すなわち、「公有地」に存する宗教的展示物に対する国教樹立禁止条項に基づく原告適格）も争われたが、*Kennedy* 裁判官による相対多数意見は——そして、そのほかの裁判官も一致して——、*Buono* I 判決（の「既判事項」）を理由に（簡単に）斥けた<sup>(42)</sup>。

この点、下級裁判所レベルでは、（*Buono* I 判決のように）容易に原告適格を肯認する判例法理が——合衆国最高裁判所によって明示的に採用されていないもの——通用している<sup>(43)</sup>。

たとえば、*McCreary* 判決の第一審判決も、「[公立学校でのキリスト肖像画の展示が争われた第 6 巡回区の判決]において、……原告の卒業生は、学校を訪問するたびに、その展示と直接的に不快な接触をする（*come into unwelcome direct contact with*）以上、原告適格を有する、……それどころか、PTA 会員や地域市民でさえ、学校行事に出席し、その展示によって、宗教的感情（*religious sensibilities*）を害されたのならば、原告適格を有するであろう、と判示された。それと同様に、本件原告も、市民業務のために郡庁舎に入るたびに、当該十戒の展示と接触する以上、原告適格を有する。これに対して、本件被告は、国教樹立禁止条項に基づく原告適格を有する原告は、……不快な宗教的展示物を回避するために日常の行動を変更する（*alter his...normal routine*）ことが要件とされる、という第 7 巡回区の判決を指摘している。たしかに、[町立公園でのキリスト磔刑像の展示が争われた判決]において、……原告は、その公園の一画を利用しなくなったことをもって、原告適格を有する、と判示された。……しかしながら、本件原告は、市民業務のために郡庁

(41) *Id.* at 1836.

(42) *Id.* at 1814 (plurality opinion); *cf.* Brief for Petitioners at 13-15, *Buono*, 130 S. Ct. 1803 (No. 08-472), 2009 WL 1526915（「本件原告の訴訟は、個人的な損害の救済を求めるものではない」、なぜならば、本件原告は、「カトリック教徒であって、……十字架それ自体を不快なものと感じることはない」が、「連邦政府が連邦所有地で [当該十字架の展示だけ] を許している、ということに不快感を抱いている」と証言している以上、「[宗教の直接的ないし] 間接的な強制（*coercion*）を被っていないし、当該政治的共同体の完全な構成員ではない部外者のように感じさせられてもいない」）。

(43) *See generally David Spencer, Note, What's the Harm? Nontaxpayer Standing to Challenge Religious Symbols*, 34 HARV. J.L. & PUB. POLY 1071 (2011).

舎に入らなければならない以上、本件では、そのような要件は、機能しようがない」<sup>(44)</sup>と判示している。

(神尾将紀)

---

(44) *ACLU v. McCreary Cnty.*, 96 F. Supp. 2d 679, 682 (E.D. Ky. 2000) (citing *Washegesic v. Bloomington Pub. Sch.*, 33 F.3d 679 (6th Cir. 1994); *Gonzales v. N. Twp.*, 4 F.3d 1412 (7th Cir. 1993)); *see also* *Suhre v. Haywood Cnty.*, 131 F.3d 1083, 1086-88 (4th Cir. 1997) (「多くの下級裁判所は、政府によって後援された宗教的展示物との不快な接触による損害に基づいて、原告適格を肯認してきた」, 「大半の巡回区と同様に、当裁判所 [第4巡回区] も、合衆国最高裁判所の先例および合衆国憲法第3条に、[第7巡回区のいう] 行動変更の要件をみいだせない。すなわち、そのような損害の立証は、国教樹立禁止条項に基づく原告適格を得るための、十分条件であって、必要条件ではない」).