

政教分離と信教の自由

神戸大学教授

浦部 法穂

うらべ・のりほ

一

今年の二月、日本の裁判所の政教分離・信教の自由に対する理解水準を象徴するかのような二つの判決が出された。一つは、「箕面忠魂碑・慰霊祭訴訟」(以下、「忠魂碑訴訟」とする)の最高裁判決(1)であり、他の一つは、「神戸高専剣道受講拒否訴訟」(以下、「剣道拒否訴訟」とする)の第一審判決(2)である(もっとも、両者とも、それぞれの事例に対するはじめての裁判所の判断ではない。前者については、当然のことながら、すでに第一審(3)・控訴審(4)の判断が示されており、後者に関しても、いわゆる留年処分に対する執行停止申立てにかかる決定(5)が出されている)。

「忠魂碑訴訟」は、箕面市による

忠魂碑の移設・再建とその他のための公金支出(代替地の取得費用を含め八五〇〇万円余)、および、忠魂碑前での慰霊祭への市教育長の参列等の行為が、政教分離違反として争われたものである。本年二月の最高裁判決は、忠魂碑は「戦没者記念碑的な性格のもの」であって「本件忠魂碑と神道等の特定の宗教とのかかわりは、少なくとも戦後においては希薄であり、本件忠魂碑を靖国神社または護国神社の分身(いわゆる「村の靖国」)とみることはできない」し、忠魂碑を所有し維持管理している市遺族会も「戦没者遺族の相互扶助・福祉向上と英霊の顕彰を主たる目的として設立され活動している団体であって、……特定の宗教の信仰、礼拝又は普及等の宗教的活動を行うことを本来の目的とする組織ないし団

体ではない」から憲法にいう「宗教団体」にはあたらない、とし、また、市教育長の慰霊祭への参列についても、「その目的は、地元の戦没者の慰霊、追悼のための宗教的行事に際し、戦没者遺族に対する社会的儀礼を尽くすという、専ら世俗的なものであり、その効果も、特定の宗教に対する援助、助長、促進又は圧迫、干渉等になるような行為とは認められない」として、政教分離違反の主張をすべてしりぞけた(この結論は、控訴審判決と同じ)。

一方、「剣道拒否訴訟」は、「エホバの証人」の信者で神戸市立工業高等専門学校(以下、「神戸高専」という)に在学していた原告らが、体育実技で必修とされていた剣道の実習に、その信仰上の理由(格技を禁ずる教義)から参加しなかったため、

退学または留年の処分をうけたことに対し、右処分の取消を求めて出訴したものである。神戸地裁判決は、「神戸高専が原告に対して剣道実技の履修を求めることは、格技を禁ずる教義に反する行動を求めるのと事実上同様の結果となり、そのため、原告の信教の自由が一定の制約を受けたことは否定することができない」としつつ、「剣道は、それ自体宗教と全く関係のない性格を有し、健全なスポーツとして大多数の一般国民の広い支持を得ている」ものであるから「(原告の信教の自由に対する)制約の程度はきわめて低く」、逆に、信教の自由を理由として、剣道実技に参加したのと同様の評価をし、あるいは剣道以外の代替措置によって単位認定するなどの措置をとれば、「宗教上の理由に基

づいて有利な取扱いをすることになり、信教の自由の内容としての他の生徒の消極的な信教の自由と緊張関係を生じるだけでなく、公教育に要求されている宗教的中立性を損ない、ひいては、政教分離原則に抵触することにもなりかねない」と述べて、原告らの請求を棄却した（これらの判旨は、執行停止申立てにかかる決定と同一）。

以上に概略紹介した二つの判決をあわせ読むと（裁判所がちがうとはいえ）、要するに、「戦没者慰霊・英霊顕彰」のための施設である忠魂碑の移設のために八五〇〇万円もの公金を使っても政教分離違反とはならないが、「エホバの証人」の信者のために剣道実技を免除してやると政教分離原則に抵触することとなる、という結論になる。なにか変だ、とは感じられないであろうか（ただし、神戸地裁判決は、剣道免除が直ちに政教分離違反になると断じてはいないが）。

二

ところで、政教分離違反となるか

否かの判断基準としては、「津地鎮祭訴訟」最高裁判決⁽⁶⁾以来、いわゆる「目的・効果基準」が用いられ、「忠魂碑訴訟」最高裁判決もこれによっている（この基準を用いることじたいの是非については、ここではさしあたり問わない）。この「目的・効果基準」は、周知のとおり、アメリカ連邦最高裁が、*Lenon v. Kurtzman*⁽⁷⁾において確立した

「三要件テスト」（目的・効果・過度のかかり合いのテスト）いわゆる「レモン・テスト」から借用したものである。アメリカにおいても、このテストの有用性については議論があり⁽⁸⁾、また、このテストの適用の結果としての裁判所の判断は、必ずしも首尾一貫したものではなく、混乱状況にあることが指摘されている⁽⁹⁾。しかし、アメリカにおける右テストは、総じて、日本の裁判例にみられる「目的・効果基準」の実際よりも、厳格度の高い基準として働いているといえる⁽¹⁰⁾。それは結局、信教の自由・政教分離の問題に対する基本的な考え方の相違の反映であろうと思われる。この点を、O'Connor 裁判官が *Lynch v. Don-*

nally の同意意見⁽¹¹⁾において「レモン・テスト」を「明確にするため」に示した「No Endorsement」テスト——これじたいについてもさまざまな議論があるが——を素材として、考えてみよう。

O'Connor 裁判官の示した「No Endorsement」テストは、政教分離違反か否かの判断において、当該政府の行為が「宗教を支持・承認し（endorse）、もしくは支持しない（disapprove）ことを示すものであるかどうか」を問題とする。「（政府による宗教の）支持・承認（endorsement）は、（当該宗教を）信仰しない者に対し、彼らがアウトサイダーであって政治社会のフル・メンバーではないというメッセージを伝え、同時に、信者に対しては、彼らがインサイダーであって政治社会の好ましいメンバーであるというメッセージを伝える」⁽¹²⁾からである。この考え方は、要するに、宗教的少数者ないし政府の支持しない宗教を信仰する者を社会的に排除することを禁ずるところに、政教分離の主要な意義を見出すものとみることができると⁽¹³⁾。

O'Connor 裁判官は、市がキリスト降誕図をクリスマスに公園に飾ったことを合憲とした法廷意見の結論を支持しており、この結論には批判が強い⁽¹⁴⁾、また、同裁判官が翌年の *Wallace v. Jaffree* の同意意見⁽¹⁵⁾において、仮定的な「客観的観察者」を措定し、その目から「endorsement」とみられるかどうかを問題にするというアプローチをとったことに対して、強い批判が寄せられている⁽¹⁶⁾。したがって、この「No Endorsement」テストが、政教分離違反の判断基準としてどこまで有効なものであるのかは、疑問の余地もないわけではなからう⁽¹⁷⁾。しかし、このテストの基礎には、信仰を理由とする宗教的少数者の社会的排除は許されない、とする考え方があり、と理解することは、あながちまちがいではないと思われる。そして、このような理解に立って、「No Endorsement」テストを、宗教的少数者に対してどのようなメッセージが伝えられるかという点に着目して適用すべきである、とする主張がなされている⁽¹⁸⁾ことは、注目される。また、「No Endorsement」テ

ストを適用して、郡が裁判所のメイ
ン・ロビーにキリスト降誕図を掲げ
たことを違憲とした判決⁽¹⁹⁾におい
て、法廷意見は、修正一条の国教禁
止条項は「異教徒、無神論者、ある
いは非キリスト教的信仰を有する
者」に対し宗教の自由と平等を保障
するものである、ということをし、強
調している。

憲法における信教の自由の保障
は、なによりも、宗教的少数者の自
由を確保するところにある。そうし
た観点からいえば、宗教的少数者の
排除を禁ずるところに憲法に
おける信教の自由・政教分離保障の
中核的意味を見出す姿勢を貫くこと
は、きわめて重要である。アメリカ
の連邦最高裁は——結論的にそれが
どこまで一貫したものであるかどう
かはともかく——少なくともそうい
う姿勢はもっているといえそうであ
る。

三

以上の観点から、「忠魂碑訴訟」
と「剣道拒否訴訟」の事例をみてみ
よう。

「忠魂碑訴訟」では、忠魂碑を宗
教施設とみるかどうか、一つの重
要なポイントとなる。この点、最高
裁判決は、忠魂碑は「地元の人々が
郷土出身の戦没者の慰霊、顕彰のた
めに設けたもので、元来、戦没者記
念碑的な性格のもの」であり、靖国
神社または護国神社の分身とみるこ
とはできない、とした。こうした判
断が、なにを根拠になされたのか、
判決文からは定かではないが、少な
くとも敗戦前の忠魂碑は、靖国神社
(全国レベル)・護国神社(都道府県レ
ベル)と同一の性格をもつ地域レベ
ルの施設として機能してきたもので
あり⁽²⁰⁾、まさに「村の靖国」とみ
るべきものであった。そしてまた、
戦後においても、「靖国信仰」を共
有するメンバーによって組織され
「靖国神社国家護持」等の運動を積
極的に展開している遺族会が⁽²¹⁾、
忠魂碑を維持管理し、碑前での慰霊
祭を挙行していることからすれば、
それはなお、「村の靖国」として存
在しているものとみるのが自然であ
る⁽²²⁾。そのうえ、本件上告人の上
告理由書が述べるとおり、「慰霊」
という観念じたいが宗教的観念であ

る以上、「戦没者の慰霊、顕彰のた
めに設けた」忠魂碑は、それじたい
宗教施設というべきものである(最
高裁は、上告人のこの主張にはなんら
こたえることなく「記念碑」と断定し
ている)。

忠魂碑が、右に述べた意味におい
て宗教施設とみるべきものである以
上、箕面市じしんが土地を取得しそ
の移設・再建を行い、忠魂碑の敷地
として公有地を無償貸与しているこ
とは、まさに、箕面市による忠魂碑
に体现される宗教的信仰の endorse-
ment にあたるであろう。忠魂碑前
での慰霊祭への市教育長の参列も、
また然りである。それは、忠魂碑に
宗教的な違和感を抱く人々に対して
は、彼らが社会のアウトサイダーで
あるというメッセージを伝え、忠魂
碑をつうじて戦没者の慰霊・顕彰を
行おうとする人々には、それが好ま
しい信仰であるとのメッセージを伝
えることとなる。前者のような人々
は、日本社会において、おそらく少
数派であろうから、その排除効果
は、非常に大きなものとなるであろ
う。そして、最高裁の合憲判断は、
この排除効果をさらにいっそう大き

くしたにはかならない⁽²³⁾。

一方、「剣道拒否訴訟」のほうは
どうか。こちらは、「エホバの証人」
の信者という、日本社会ではやはり
宗教的少数者に属する人々の、まさ
に排除である。すなわち、信仰上の
理由から剣道実技に参加できないと
する生徒を、進級させず、また、二
年連続の留年は認めないとする学則
によって退学させ、公教育の場から
排除したのである。神戸地裁判決
は、剣道は「健全なスポーツとして
大多数の一般国民の広い支持を得て
いる」から、これを必修として原告
らにその履修を求めても、それによ
る原告らの信教の自由に対する制約
の程度は「極めて低い」とした。
「大多数の一般国民」が剣道に特別
の宗教上の抵抗感をもたず「健全な
スポーツ」とみていることは、おそ
らく事実であろう。判決は、こうし
た多数派の感覚を基準に、本件原告
らの信教の自由に対する制約を、と
るに足りぬものとしたのである。こ
れは、国民多数の感覚こそが正常で
あり、格技をしてはならないとする
彼らの信仰は社会的に尊重するに値
しない、と断じたに等しい。まさ

に、彼らが社会のアウトサイダーであるというメッセージを、ほかならぬ裁判所が、伝えたのである。宗教的少数者の学校からの排除を裁判所が追認することによって、彼らを社会的にも排除することになったといえよう。このケースは、表面的には、信教の自由と政教分離原則とが衝突する場合のようにみえるが、しかし、実質的にみると、宗教的少数者の信仰への配慮を否定することによって政教分離原則が守ろうとした価値をも実は否定する結果になる、ということに注意されなければならない⁽²⁴⁾。

「忠魂碑訴訟」最高裁判決と「剣道拒否訴訟」第一審判決は、以上にみたように、宗教的少数者の社会的排除という点では、一貫しており矛盾はない。宗教的少数者に対し社会からの排除効果をもたらすような地方自治体の行為は政教分離原則に違反せず、他方、宗教的少数者を排除しないよう特別の配慮をしてやることは政教分離原則に抵触する、というのである。裁判所の判断がこういう形で一貫していたのでは、信教の自由も政教分離もあったものではな

い。信教の自由・政教分離保障がなによりも宗教的少数者の自由の確保を主眼とする、という認識は、そこにはまったくみられない。冒頭に、この二つの判決が、日本の裁判所の信教の自由・政教分離理解の水準を象徴する、と述べたのは、こうした意味においてである。

四

以上は、信教の自由・政教分離を、宗教的少数者の自由の確保ないしそのような少数者の社会的排除の禁止という観点からみた場合の議論である。こうした価値は、普遍的なものともみなされるべきであり、日本国憲法における政教分離規定の一つの意義が、この点にあることはまちがいない。それと同時に、日本国憲法における政教分離規定には、もう一つの重要な意味がある。それは、かつて日本軍国主義の精神的支柱となった国家神道体制の否定ということである。日本国憲法の政教分離規定は、宗教の自由の保障条項であると同時に、平和主義の具体化条項でもあるのである。したがって、それ

は、国家と神社神道との徹底的分離を主眼とするものであり⁽²⁵⁾、とりわけ、国家神道体制の中核に位置した靖国神社等としての役割を担ってきた靖国神社等と国や自治体との結びつきを厳格に排除するものとして、理解されなければならない。

もとより、こんにち、かつてのような軍国主義や国家神道体制が、そのままの形で復活するなどは考えられない。しかし、だからといって、靖国神社等と国などの結びつきを緩やかに認めるならば、やがて、新たな「軍国主義」や「国家神道体制」が形成される（それは、敗戦前の軍国主義や国家神道体制とは、おそらく形はかなり異なったものとなるであろう）こととなる。すでに現在、「大国」意識を背景とした「国際貢献」論の大合唱は、新たな国家主義的思考を国民のあいだに呼び起こそうとしており、また、「PKO」協力の名目のもとに自衛隊の海外派遣が実現してしまったのである。ふたたび、国家意識高揚のための道具の一つとして、靖国神社等が使われる可能性は、決して非現実的なものではなくなっている。日本



(本誌10冊分収納可能)

ジュリスト合本用ファイル

- ◇本を傷けず、糊付もいらない
- ◇背表紙の窓から特集・号数が一覧できる

定価 1350円

(最寄り書店を通じてお申し込み下さい)

東京都千代田区神田神保町 有斐閣 振替東京 6-370番

国憲法の政教分離規定は、まさにこうした事態を生じさせないためにあるのである。

とすれば、「村の靖国」としての実態を有する忠魂碑への自治体のかかりと、「エホバの証人」の信者のための剣道免除と、どちらが政教分離の観点から厳しく問われなければならないかは、明白である。前者は政教分離に違反せず後者はそれに抵触するというのは、まったく逆である。その意味でも、「忠魂碑訴訟」最高裁判決と「剣道拒否訴訟」第一審判決は、信教の自由・政教分離に対する無理解を示すものといえるのである。「忠魂碑訴訟」最高裁判決が、忠魂碑と政教分離について語るときに、「軍国主義」とか「国家神道」という言葉すら、(最高裁自身の言葉としては)まったく使っていないのは、まさに象徴的である。

- (1) 最三小判一九九三・二・一六。
- (2) 神戸地判一九九三・二・二二。
- (3) 大阪地判一九八二・三・二四判時一〇三六号二〇頁、大阪地判一九八三・三・一判時一〇六八号二七頁。
- (4) 大阪高判一九八七・七・一六判時一三三三三三頁。
- (5) 神戸地決一九九一・五・一六判例地方自治八五号三五頁、大阪高決一九九

一・八・二判タ七六四号二七九頁。

(6) 最大判一九七七・七・一三民集三一巻四号五三三三頁。

(7) 403 U. S. 602 (1971)。

(8) 「ハーモン・テスト」の見直しを主張する比較的最近のものとして、たとえば、Simson, The Establishment Clause in the Supreme Court: Rethinking the Court's Approach, 72 Cornell Law Review 905 (1987); Conkle, Religious Purpose, Inerrancy, and the Establishment Clause, 67 Indiana Law Journal 1 (1991)。

(9) TUSHNET, RED, WHITE, AND BLUE 248 (1988); Smith, Symbols, Perceptions, and Doctrinal Illusions: Establishment Neutrality and the "No Endorsement" Test, 86 Michigan Law Review 266, 269 (1987); Marshall, "We Know It When We See It": The Supreme Court and Establishment, 59 Southern California Law Review 495, 496 (1986)。

(10) 声部信喜「政教分離と信教の自由」学習院大学法学部研究年報二六号九頁(一九九一年)、横田耕一「日本国憲法における「政教分離原則」」社会科学論集(九州大学教養部)三三三号一七頁(一九九二年)。アメリカでは、信仰を理由とする政府規制の免除などのいわゆる accommodation を積極的に主張する論者が「ハーモン・テスト」にきわめて批判的である(McConnell, Accommodation of Religion, 1985 The Supreme Court Review 1, 6 (1985)。また、See, Valauri, The Concept of Neutrality in Establishment Clause Doctrine, 48 University of Pittsburgh Law Review 83, 144 (1986))。のに対し、日本では「剣道拒否訴訟」において、逆に、

accommodation を求める原告の側が、「目的・効果基準」に依拠して、剣道実技の免除は政教分離原則に抵触しないことを主張している。

(11) 465 U. S. 668, 687-94 (1984) (O'Connor, J., concurring)。

(12) 465 U. S. at 687-88。

(13) Note, Developments in the Law: Religion and the State, 100 Harvard Law Review 1606, 1648 (1987)。

(14) Alynne, Trends in the Supreme Court: Mr. Jefferson's Crumbling Wall—A Comment on Lynch v. Donnelly, 1984 Duke Law Journal 771, 781-85 (1984); TUSHNET, supra note 9 at 256。

(15) 472 U. S. 38, 67 (1985) (O'Connor, J., concurring)。ただし、この事件では「公立学校において瞑想または任意的祈りのための「沈黙の時間」を設けることを定めたアラバマ州法が違憲とされている」。

(16) Tushnet, "Of Church and State and the Supreme Court"; Kurland Revised, 1989 The Supreme Court Review 373, 397-400 (1988); Smith, supra note 9 at 294。

(17) 瀧澤信彦「政教分離原則と目的・効果テスト」公法研究五二号七八頁(一九九〇年)は、「ハーモン・テスト」を補強するものとして「No Endorsement」テストに有用性を見出しつつある。

(18) Note, supra note 13 at 1648; Conkle, Toward a General Theory of the Establishment Clause, 82 Northwestern University Law Review 1113, 1177-79 (1988); Morryn, The Rehnquist Court and the New Establishment Clause, 19 Hast-

ings Constitutional Law Quarterly 567, 592 (1992)。

(19) County of Allegheny v. A.C.L.U., 492 U. S. 573 (1989)。ただし、判決は「タリスマン・ツリー」とともに飾られたユダヤ教のシンボルである燭台については合憲とした。

(20) 横田・前出注(10)三三三頁。

(21) この意味において、遺族会は、判決のいうところとはまったく逆に、「宗教団体」とみなされるべきものである。「箕面市遺族会補助金違憲訴訟」控訴審における洗建証言(一九九二年七月一〇日)参照(箕面市忠魂碑違憲訴訟を支援する会編・箕面忠魂碑違憲訴訟記録第三集に収録)。

(22) 浦部法穂・宗教判例百選四七頁(一九九一年)。

(23) See, Conkle, supra note 18 at 1179。

(24) Note, supra note 13 at 1705 は、信仰を理由とする政府規制の免除などというゆる accommodation を裁判所が認めなかった場合には——裁判上 accommodation が求められるのは、多くの場合、宗教的少数者からであるから——、国教禁止(政教分離)の価値は、より大きな危険にさらされる、と述べる。私が、別稿において、政教分離と信教の自由との「対立」という問題設定は原理的に誤っている、と述べたのも(浦部法穂「政教分離規定の性格」高柳古稀記念・現代憲法の諸相(一九九二年)六四一六五頁)、「こうした実質的観点に立つてのことである」。

(25) 佐藤功・ポケット註釈憲法(新版)三一一頁(一九八三年)など。