

## 第7章 信教の自由・政教分離

20条 信教の自由は、何人に対してもこれを保障する。いかなる宗教団体も、国から特権を受け、又は政治上の権力を行使してはならない。

2 何人も、宗教上の行為、祝典、儀式又は行事に参加することを強制されない。

3 国及びその機関は、宗教教育その他いかなる宗教的活動もしてはならない。

89条 公金その他の公の財産は、宗教上の組織若しくは団体の使用、便益若しくは維持のため、……これを支出し、又はその利用に供してはならない。

### 何が問題か

1 近代期アメリカではどのように「信教の自由」と「政教分離」とが調和的に理解されていたか。現代期に入ってそれはどのような変化の渦中にあるか。

2 憲法20条の「信教の自由」保障は、19条と21条による内面的・外面的な精神活動の自由の保障と、どのような関係にあるか。

3 憲法制定時には「政教分離」は何を主目的としたか。今日の判例法理である目的効果基準は、その主目的をよく理解したうえで作られ、使われているか。

## 1 総説

### (1) 憲法条文、比較憲法的な観察

日本国憲法は、個人の人権として、信教の自由を保障する(20条1項前段、同条2項)。それに加えて、国家に対して、政教分離原則を課している(20条1項後段、同条3項、89条前段)。後者の政教分離原則は、個人の人権(主観的権利)とは違う、客観的制度のレベルの規範だと一般に理解されている。

近代立憲主義諸国の憲法は例外なく、個人の人権である信教の自由を保障する。だが「政教分離とは、……いわゆる政教関係の一つの類型を示す観念であり」、……それは立憲主義諸国における普遍的原理とまでいうことはできないのであって、今日でも、むしろそれ以外の政教関係の類型、すなわち国教制度(イギリス・北欧三国など)や公認宗教制度(ドイツ・イタリアなど)などを採用している国は多い(大石・講義II118頁)。そして同じく政教分離原則を採用する国でも、「アメリカとフランスとを同じに論ずることはでき

ない。……その中身は一樣でなく、それぞれの国の歴史と伝統、文化や宗教のあり方などが、大きくかかわってくる」(芦部・憲法学III146頁)。

つまり、近代立憲主義原理との関係で、信教の自由の保障は普遍的であるのに対して、政教分離原則の採用はそうでない。このような違いは、日本国憲法を解釈する際の視角にどう影響するのだろうか。

### (2) 憲法解釈を行う際の視角

a) 比較憲法的視角と歴史的視角 まず、日本国憲法の解釈一般の次元で重要視されてきた二つの視角を確認しよう。第1に、「日本国憲法が『人類普遍』(引用者注：前文1項)のものとして掲げる近代的・立憲的意味の憲法のあり方は、……客観的事実としては、けっして、人類社会に文字どおり普遍的・超歴史的にみられたものではなく、西洋近代という、空間的にも時間的にも限定された歴史社会が生み出したものである」(樋口・憲法51頁)。かくて日本国憲法の解釈に際しては、歴史的に近代立憲主義を内発的に生み出した西洋諸国の、比較憲法的な研究成果を重視してきた。先輩諸国の憲法実践や思考の蓄積の中から、普遍的な近代立憲主義原理を掘み出し、日本に移入しよう、というのが一つ目の視角である(比較憲法的視角)。

第2に、1946年に日本国憲法が成立するにあたっては、それ固有の歴史的文脈があった。具体的にいうと、この憲法典の内容は、連合国軍最高司令官(SCAP)の主導で形成された。その大目的は、大日本帝国の対外的な「無責任ナル軍国主義」(ポツダム宣言6項)の根絶と、そのための対内的な「民主主義的傾向ノ復活強化」(同10項)にあった。

憲法を制定するという営為は、先立つ憲法体制の何事かを否定し、新しく何事かを実現することを目的としてなされる。当然、日本国憲法の解釈を行うに際しても、この意味での歴史的意義を踏まえる必要があり、これが二つ目の視角である(歴史的視角)。

b) 憲法20条と89条の場合 信教の自由と政教分離原則について、現状における学説の支配的スタイルは、その総論次元で第2の視角に基づく言及を行うものの(戦前の国家神道体制への反省など)、解釈論の具体的場面ではもっぱら第1の視角で議論を行う(目的効果基準をレモン・テスト的に組み替えることの提唱など)、というものである。



確かに、信教の自由の保障内容を考える際には、他の人権の解釈論を考える場合と同様に、第1の視角を基本に据えるのでよいと思われる。人権の規範内容は原理に基づく普遍的なものだ、というのが近代立憲主義の建前だからである。

だが国家と宗教との関係（政教関係）は、近代立憲主義諸国の間でもさまざまであり、同じく政教分離原則を採用していてもその規範内容は国により一様でない。つまり、同原則を採用するか否か、採用した場合にその規範内容をどう構成するかは、普遍的原理により一義的には定まらず、むしろ各国固有の歴史的文脈に依存する。だとすると、政教分離の憲法原則を解釈する際には、日本国憲法があえて政教分離原則を採用した歴史的文脈（第2の視角）を、解釈論の具体的場面でも、もっと重視してしかるべきである。

以下では、まず比較憲法的視角から、戦後憲法学がこの分野の法理を構築するに際して主として参照してきたアメリカ合衆国の、広義の宗教的自由の原理について概観したあと、信教の自由についての解釈論を行う（2「比較憲法的視角」）。続いて主として歴史的視角から、日本国憲法下の政教分離原則についての解釈論を行う（3「歴史的視角」）。

## 2 比較憲法的視角——広義の宗教的自由

### (1) アメリカ史の文脈

a) アメリカにおける近代的原型 合衆国憲法は、1791年制定の修正第1条の内に、信教の自由条項と政教分離条項をもっている。だが1791年時点ではまだ、この規定は連邦政府だけを名宛人とし、州政府を拘束しなかった。現に当時の14の合衆国構成州のうち北部4州では宗教公定制が存在したのだが、各州固有の事情で一つずつ廃棄されていき、1833年に最後のものが廃棄された。この時点以降、個人権としての（狭義の）信教の自由の保障と、宗教公定制の否定としての政教分離原則とを合わせた、広義の宗教的自由の保障が、アメリカ的原理として合衆国において<sup>あまね</sup>遍く通用することになった。19世紀前半に成立したこの原理とそれを支える社会的基盤の近代期における特徴をごくごくラフにスケッチすると、三点にまとめられる。

第1に、そこで念頭に置かれた「宗教」とは何か。それは宗教改革期にカ

トリックを宗教的個人主義（「聖書のみ」）の観点から批判したプロテスタントを中心かつ多数派とし、そこからキリスト教へ、さらには一神教へと、広がっていくような内実のものだった。

第2に、「国家」法としての憲法が保障した、個人権としての信教の自由は、建前としてはやがて徹底して、「信仰するもしないも自由」という形式に到達する。だがその基盤には、この形式を通じて、第1で素描した内実の「宗教」が、「社会」においていっそう繁栄するだろうの期待があった。この形式の結果、「社会」において信仰をもつ人が一人もいなくなることは全く想定されていなかった。要するに、「国家」法次元における「自由」保障の基盤には、「社会」の次元における「宗教」に対する積極的評価が確固として存在した。

ここで＜「宗教」に対する積極的評価＞というとき、それは基本的には、何か「宗教」外の価値基準からの評価ではない。例えば社会的有用性という基準から「宗教」を積極的に評価する場合、その基準は「宗教」を仕分けして善い「宗教」と悪い「宗教」とを選別する方向に必ず向かう。そうではなく、社会的には巨善にも巨悪にも働きうる潜在力を本来的にもつ「宗教」を丸ごと、人間社会がもつ本質的側面の一つとして尊重する、という社会的了解が、ここでいう＜「宗教」に対する積極的評価＞なのである。それは、神の存在を「社会」そのものが確固として信じていたことの反映である。そして、そこでの「信仰する自由」とは、被造物である人間の（浅はかな）選択の自由や自己決定的自由であるというより、より多く、創造主である神に対する義務を果たす自由だった。

第3に、宗教公定制の廃棄に関して、それを当時の人々は、個人権としての信教の自由と明確に区別された政教分離原則の実現としてではなく、むしろ広義の宗教的自由の実現として捉えていた。当時の宗教公定制とは、各地域の公定教会の維持費（その中心は聖職者の給料）を、その地域の住民への課税によって<sup>まかな</sup>賄う仕組みを原型とした。そして、この仕組みを否定するだけでなく、この仕組みを一般化した構想——各地域の住民に宗教課税を行うがその税金の行き先は各住民の選択に応じてその地域内の各主要宗派の教会の維持費へと配分するという構想——をも否定したのが、この時期に成立した政教分離原則の内実であった。そのような意味での宗教公定制が宗教的「自



由」の侵害であると捉えられた理由は、自分の信仰とは異なる宗派のための課税のみならず、自分の所属する宗派の特定の聖職者を支持するための課税も、自分が最も信頼する聖職者に献金するというその人の自由を侵害すると考えられたからである（1786年ヴァージニア信教自由法の前文を参照）。この点は、信仰に基づく自発的献金でなく、公権力により調達された公金を基盤とするようになると、「宗教」はその基盤もろとも消失する、という「宗教」観と重なりをみせる（マディソンによる1785年のいわゆる『請願と抗議』の6・7項を参照）。このように、信仰をもつ人々が中心となって、国家が宗教を公金によって支持する仕組みを「宗教」と「自由」への障害だとみなし、国家がそうした仕組みを廃棄しそうした営みから完全に手を引くことによってこそ「宗教」と「自由」がよりよく繁栄すると考えて実現させたのが、広義の宗教的自由というアメリカ的原理だった。そして現に、19世紀のアメリカ社会は、多様な宗派が競合・共存して繁栄し、社会全体として宗教的性格が際立つような社会となっていた（デノミネーションリズム）。

b) アメリカにおける現代的展開 現代期に入って、上記の三点の特徴にはアメリカ社会においてそれぞれ変容がみられる。第1に、現実にアメリカ社会に存在する「宗教」は、キリスト教の枠内ではカトリックが大きな割合を占めるに至り、またキリスト教の枠を破ってイスラム教を含み、さらに一神教の枠を破って東洋宗教などを含むまでに多元化した。第2に、「宗教」の内実の変化と社会の世俗化の進行に応じて、＜「宗教」に対する積極的評価＞は、あるいは弱まり、あるいはその中味を変化させ、あるいは真っ向から反対されるようになった。第3に、近代期の「小さな国家」から現代期の「大きな国家」への転換に伴い、国家が社会に介入する場面が増大するなかで、国家が宗教と不可避免的に接触する場面が少なくなかった。

そうした状況のもとで、20世紀半ば以降の合衆国最高裁判所は、広義の宗教的自由の憲法原理を、試行錯誤を繰り返しながら判例法として展開してきている。現代的課題を二つ大づかみすれば、こうである。一、前記の第1・第2の点にかかわって、近代期には「宗教」性が自覚されていなかった国家行為を、現代期において続けることが憲法上許されるか。二、前記の第3の点にかかわって、近代期とは違って現代期には、国家が宗教に関与することこそがむしろ「宗教」と「自由」の繁栄に資するとして、その関与が憲法上

要請されたり許容されたりする局面があるのか。

c) 現代日本は？ 以上に第1から第3として素描したアメリカの特徴は、それぞれ日本と非常に異なっている。とくに第3についてだけ確認すれば、後述のように日本では、国家が宗教を支持するための宗教公定制を宗教的自由の実現のために廃棄したのではなく、国家が宗教を政治利用するための宗教公定制を「軍国主義」の根絶のために廃棄して、政教分離原則を採用したのだった。ゆえに日本国憲法の政教分離原則の解釈論にアメリカ法をモデルとする比較憲法的視角を生かそうとする場合には、アメリカの法理を単に直輸入するのではなく、前記3点おのおのにおける日米の相違点と共通点を踏まえて議論することが望まれる。

## (2) 信教の自由

a) 通説的説明 一般に憲法20条が保障する狭義の信教の自由の具体的中身として、信仰の自由、宗教的行為の自由、宗教的結社の自由の三つがあげられる。そして、精神的自由の保障については、憲法19条が内面的な精神活動の自由を、また21条が外面的な精神活動の自由を保障する一般法であるところ、信仰の自由は19条の思想良心の自由の、また宗教的行為の自由と宗教的結社の自由はそれぞれ21条の表現の自由と結社の自由の、宗教的側面にあたるのだ、と説明される。以上のような通説的説明はけっして間違いではないが、正確さを欠くところがある。それは次のような趣旨である。

b) 宗教的行為の保護 まず、外面的な精神活動について。第1に、敬虔な信仰者にとっては、その人の生活の全局面における一挙手一投足、あらゆる外部的行為が、信仰に基づく宗教的行為であることが珍しくない。しかし憲法21条が保護対象とするのは表現行為・結社行為に限られる。ゆえに宗教的行為のうち表現行為・結社行為にあたらないものにも、憲法21条によるような高められた憲法的保護が及ぶのかどうか問題となる。この点について従来の判例・学説は非常にあいまいである。信仰に基づくならばありとあらゆる外部的行為が憲法上高められた保護を受ける、と考えるのは現実的でなかろう。だが、表現行為・結社行為にあたらない宗教的行為には一切、高められた憲法的保護が及ばない、と割り切って考えるのにも抵抗が



あろう。そこで両者のどこかの中間地点に、21条の保護対象とはならないが、まさに20条のゆえに憲法上保護されるような外部的行為の類型を、「宗教的行為」として、「宗教」の理解を手がかりに構成していくことが解釈論の課題となる。

加持祈祷事件（最大判1963・5・15刑集17巻4号302頁）で最高裁は、真言宗の僧侶が加持祈祷行為により人を死に至らしめたことが、「所論のように一種の宗教的行為としてなされたものであったとしても……著しく反社会的なものであり……信教の自由の保障の限界を逸脱した」として、これを傷害致死罪（刑法205条）にあたるとした。一般には加持祈祷行為は、表現行為にはあたらない「宗教的行為」であろう。

第2に、憲法21条の保護に与る表現の自由と結社の自由について、「宗教」を主題とするものとそうでないものとは、全く同一の憲法的保護を受けるのか。それとも両者ではその保護のありように何か違いがあると考えられるのだろうか。

結社の自由に関わる、宗教団体の内部紛争に対する裁判的解決の限界について検討しよう。例えば日蓮正宗管長事件（最三小判1993・9・7民集47巻7号4667頁）で最高裁は、「宗教上の教義ないし信仰の内容にかかわる事項についてまで裁判所の審判権が及ぶものではない」と述べる。学説もこの点を承認し、これを団体一般と異なる宗教団体の特殊性だとし、その根拠として政教分離原則をあげている。だが、国教制を採る国でも、同時に信教の自由を保障していれば、公定宗教はともかくそれ以外の私的な宗教について、「宗教上の教義ないし信仰の内容にかかわる事項」に裁判所が介入してよいとはされないだろう。すると、この点はまさに「宗教」的な結社の自由の特殊性だと考えられることになる。

c) 内面の信仰の保護 次に、内面的な精神活動について。外部的行為の保護については、確かに憲法21条の法理が、宗教的活動に向かって、保護の傘を差し伸べてきた。それに対して人の内面の保護については、歴史的にはむしろ20条の法理が、ある範囲において世俗化することを通じて、19条の法理を提供してきたのである（合衆国憲法は思想良心の自由条項をもたないため、信教の自由条項が世俗の良心にまで保護を及ぼしている）。

憲法が人の内面の信仰を保護するというとき、人の内面と外面とを切断し

て、内面にしかその保護が及ばないと考えてしまうと、現実生活を人は外部的行為を通じて営むものである以上、その憲法的保護は何の現実生活上の意義ももたなくなる。ゆえにそこで問われるべきは、憲法が人の内面の信仰を保護するとはその人のどんな外部的行為に保護を及ぼすことなのか、である。今日ではこれに対する回答として二つの解釈論の型が存在する（いずれもその世俗化ヴァージョンが19条解釈論の型ともなっている）。

第1に、「不利益取扱い」型の解釈論によると、公権力が、特定内容の内心の信仰を侵害する意図をもって、当該信仰の保持者を、まさにその信仰を内心に保持することを理由として不利益に取扱うことは、絶対に禁止される。第2に、「外面的行為の強制」型の解釈論によると、公権力が、特定内容の内心の信仰を侵害する意図なしに一般的な規制措置を行う場合に、その規制による外面的行為の強制が、人の保持する特定内容の内心の信仰と深いレベルで衝突するとき、同規制からその人を免除することが憲法上要請される。ただし、免除しないことを正当化する非常に強い公共目的が存在する場合にはこの限りでない。また、可能な場合には、免除される者に、当該規制に代替する負担が課せられるべきである。

剣道実技拒否事件（最二小判1996・3・8民集50巻3号469頁）で最高裁は、校長の裁量権の逸脱・濫用という判断枠組みの内で、実質的には前記第2の憲法解釈論を採用したといえる。「エホバの証人」の信仰ゆえに剣道実技の履修を拒否した生徒に対する退学処分を違法と判断するにあたり、最高裁は、その履修拒否が「信仰の核心部分と密接に関連する真しなもの」であり、退学処分という「重大な不利益を避けるためには剣道実技の履修という自己の信仰上の教義に反する行動を採ることを余儀なくさせられ」とし、学校が剣道実技履修の「代替措置を採ることは可能」だったとした。

なお、第3に、憲法上保護された行為であることに異論のない礼拝行為について、通説はこれも憲法21条の保護対象であるがごとく説明するが、正しくない。21条が保護するのは、この世における人と人とのコミュニケーションに関わる諸行為である。礼拝行為はそうではなく、人があの世の神とコミュニケーションを行うときに身体が必然的にとる外部的行為である。ゆえに礼拝行為の自由の保障は、憲法20条ならではないものである。これは、第一次的には内面の信仰の保護に伴う外部的行為の保護だと捉えられるが、



副次的には憲法上保護される独自の「宗教的行為」の類型だとも捉えうる。

### 3 歴史的視角——日本国憲法下の政教分離原則

#### (1) 日本国憲法が政教分離原則を採用した歴史的文脈

a) 政教分離原則の主目的 1945年12月15日、SCAPは日本政府に対していわゆる「神道指令」を発した（「神道指令」からの引用は、片仮名表記と若干の漢字表記を平仮名表記に改め、適宜、句読点を補う）。これが、戦後日本に政教分離原則の採用を要求した最初の法規範である。その起草過程をみると、当初、国家神道の撤去（ないし国家と神道との分離）という特殊的課題のみを主題としていたのが、後に、それを普遍化ないし一般原則化した、「宗教を国家より分離する」という目的をも掲げるようになった。この変化は注目に値する。

「神道指令」の主たる狙いは、すでに述べたポツダム宣言の大目的とまっすぐにつながっていた。いわく、その狙いは、「神道の教理ならびに信仰を歪曲して、日本国民を欺き侵略戦争へ誘導するために意図された軍国主義的ならびに過激なる国家主義的宣伝に利用するが如きことの再び起こることを防止する」点にある。つまり、「軍国主義」と「過激なる国家主義」の根絶が主たる狙いである。しかるに、両主義の浸透に「国家神道」が利用されてきたという現状認識から、その「国家神道」を打破するために、「宗教を国家より分離〔し〕……宗教を政治的目的に誤用することを防止」しなければならない、とするのである。

総司令部（GHQ）の内部文書で、「神道指令」の趣旨説明にあたる、1945年12月3日付けの「スタッフ・スタディ」は、そうした「軍国主義」と「過激なる国家主義」の根絶のための二本柱として、「神道指令」の発令と、天皇自身が勅語により両主義を否定すること（のちに天皇の「人間宣言」として実現する）とをあげていた。この点も注目に値する。そこでは軍と天皇と神道との間の三位一体の連関を切断することに主眼があった。つまり戦後日本における「国家と宗教の分離」原則の採用は、象徴天皇制の創設および非武装平和主義の採用と、三位一体だったのである。

b) 「国家からの分離」による「自由の主体」化 「神道指令」は、従

来の国内法が「非宗教的な国家的祭祀として類別」した「国家神道」を標的とした。そして、「日本政府、都道府県庁、市町村、あるいは官公吏、属官、雇員等にして、公的資格において、神道の保証、支援、保全、監督、ならびに弘布をなすことを禁止する」、「神道および神社に対する、公の財源よりのあらゆる財政的援助、並びにあらゆる公的要素の導入は、これを禁止する」、という徹底した形で、国家による神道への支援や統制を禁止した。また、公教育制度から神道を追放する点も強調している。

一方で、占領軍は当初より、信教の自由の確立を、占領目的のひとつに掲げていた（ポツダム宣言10項）。「国家神道」を、額面どおり「非宗教的」なものだと受け取れば、それを完全廃棄することも選択肢たりえた。だが占領当局は、そこに宗教的要素の存在することを否定できないと考えた。だとすると、その完全廃棄は、信教の自由の侵害を伴うことになる。ゆえに「神道指令」はこう述べた。「神社神道は、国家から分離せられ、その軍国主義的ないし過激なる国家主義的要素を剥奪せられたる後は、もしその信奉者が望む場合には、一宗教として認められるであらう。而してそれが事実、日本人個人の宗教なり或いは哲学である限りにおいて、他の宗教同様の保護を許容せられるであらう」と。

従来、国家と結合していた神社神道は、国家から分離される。分離されてはじめて、私的主体——したがって信教の自由の主体——として、成立する。自由の主体として認められることと、「軍国主義ならびに過激なる国家主義的宣伝に利用」される、従来型の国家との結合とは、両立しない。そういう論理的連関が、ここには存在する。

c) 日本国憲法20条と89条 「神道指令」はポツダム命令であり、占領終結後には効力をもたない。ゆえに、「神道指令」の提示した普遍の原則を新憲法に書き込むことで、その効果を永続化することが図られた。これが占領政策において憲法20条と89条の制定がもった意味である。

#### (2) 政教分離問題の類型化

憲法規範を定立した時点での規範内容との関係から、今日、政教分離原則をめぐり生起しているさまざまな憲法問題を、本稿では以下の二つに分類しよう。①「神道指令」が主たる狙いとした、「軍国主義」と「過激なる国家



主義」の根絶、という点に関わる政教分離問題。②前記①と直接関わらない、一般的な政教分離問題。以下ではこの二つを、①類型と②類型と呼ぶ。

なお、判例法理としての目的効果基準については、(5)で後述する。

### (3) 憲法制定時の特殊的解決——戦没者追悼の問題

a) ①類型に該当する二つの今日の問題 今日生じている政教分離問題のうち、①類型に属する主要な問題は二つある。戦没者追悼の問題と、「天皇家の宗教」の問題である。

b) 戦没者追悼に関する「特殊的解決」 第1に、戦没者追悼の問題について。——この問題に関する当時の占領当局の立場は明確だった。彼らのみるところ、従来は、戦没者の追悼・慰霊のための儀式が、それにとどまらず、生存者を新たな戦争へと動員する機能を営んできた。ゆえにGHQは、以下の三つに整理できるルールによってこの問題に対処した（ウッダード・後掲『天皇と神道』173～193頁）。[A] 戦没者の葬儀や記念式典などは、私的になされるべきであり、公的な主催はむろん、公共施設の使用や弔慰金等の支給といったさまざまな形での公的支援も、また公職者による公的資格での参列も、認められない。[B] 戦没者に敬意を表する記念碑や像（「忠魂碑」など）を、政府・自治体は建立してはならず、公有地に設置されたものは撤去せねばならない。ただし、軍国主義的・超国家主義的でないものは撤去に及ばず、軍国主義的・超国家主義的な記念碑であっても私的な建立・維持は認められる。[C] 戦没者を祀る神社である、靖国神社と護国神社は、既述の理路により (1) b), 完全廃棄の対象とはせずに、私的な宗教的主体として宗教活動を行うものとする。

c) 「特殊的解決」を中核にもつ「普遍の原則」 当時、大目的である「軍国主義」の根絶との関係で、「忠魂碑」とその前での戦没者「慰霊祭」、また靖国神社・護国神社やそこでの諸儀式、について、具体的にその取扱いが考察対象となった。これらについては今日、その取扱いを維持することが要請される（それが原則に照らして間違っているのではない限り）。日本国憲法の規範は、それら問題の処理を主眼におきつつ、その特殊的解決にとどまらずそれを普遍の原則に深めたものである。普遍の原則の中核には、憲法規範の定立時の特殊的解決が据えられねばならない。

これは、今日そうしなければ「軍国主義」等（さらには「国家神道」）が復活するおそれがあるかどうかとは、さしあたり関係がない。規範定立時に特殊的解決を包んで成立した普遍の原則の、歴史的同一性の問題である。またこれは、神社神道を特に敵視する主張でもない。国家は、「特殊的解決」で設定された当該宗教との距離を基本として、他の諸々の宗教とも同様の距離を平等に保つべし、との主張である。

d) 戦没者追悼に関する判例・実例 箕面市忠魂碑・慰霊祭事件（最一小判1993・2・16民集47巻3号1687頁）では、市が「忠魂碑」を別の公有地に移設したことから、公有地の無償提供行為が問題として顕在化した。また、同碑前で挙行された神式と仏式の慰霊祭への、市長等の参列行為の合憲性が争われた。最高裁は、目的効果基準を適用して、いずれも合憲とした。だが「特殊的解決」のルール[A]により、後者の参列行為は違憲である。また、前者の無償提供行為は、ルール[B]により、同碑を遺族会に払い下げるなどの仕方です「私」化することが、政治の場面における抜本的解決とされる（本件で移設前の「忠魂碑」が公有地に存在したのは、戦後の時期にルール[B]の適用をかいくぐったからだった）。

靖国神社から特定宗教性を抜き取る等してこれを国家的施設にしようという提案がある。「特殊的解決」のルール[C]からは、それを逆戻りさせる提案である。私的な宗教主体である当人・靖国神社が自らそれを望むのではないのに議論が行われている、という問題もある。

靖国神社への首相の公式参拝行為は違憲である（ルール[A]）。だが最一小判2006・6・23判時1940号122頁は、2001年8月13日の小泉首相の靖国神社参拝に関する国家賠償請求を、原告に法的な被侵害利益が存在しないことを理由に、憲法判断に入らずに棄却した。

愛媛県玉串料事件（最大判1997・4・2民集51巻4号1673頁）で、最高裁は、靖国神社に玉串料・献灯料として、また県護国神社に供物料として、公費支出した県知事の行為を、目的効果基準に照らして違憲とした。結論は妥当である（ルール[A]）。

なお自衛官合祀事件（最大判1988・6・1民集42巻5号277頁）で最高裁は、私的な親睦団体である隊友会が、殉職した自衛隊員の合祀の申請を県護国神社に対して行うのに、自衛隊職員が行った協力行為を、憲法的に吟味した。



そして、その行為の目的が「合祀実現により自衛隊員の社会的地位の向上と士気の高揚を図ることにあった」ことを一つの根拠にして(!)、その目的と効果が宗教的でないから違憲でない、とした。だが本当ならばこの根拠は、合憲判断の根拠となるどころか、宗教の政治利用の禁止という「神道指令」の主たる狙いに的中するものとして、違憲判断の根拠となるべきはずのものだった。

e) 戦争動員と結合しない公的追悼が合憲 占領当局は国が戦没者追悼を行うことそのことを禁止したのではない。「忠魂碑」や靖国神社等、既存の戦没者のための施設では、生存者を新たな戦争へと動員する「軍国主義」等の機能を遮断できないため、それら施設への公的関与を徹底して排除したのである。むしろ占領当局は、国が合憲的なやり方で戦没者追悼を行わない限り、既存の施設に公的関与を求める反憲法的な動きは絶えない、という点も見通していた。

旧憲法下の国家が死に追いやった人々に対する道義的責任を、現憲法下の国家は負う。基本的な責任の果たし方の一つが、彼らを公的に記念し追悼することである。「軍国主義」根絶のために設けられた政教分離原則が、これを禁ずるとは思われない。ただし、追悼行為は本質的に宗教的な行為である。「宗教」的でないからではなく、「宗教」的であるにもかかわらず、国家の戦没者追悼行為は政教分離原則に反しないのである。

#### (4) 憲法制定時の特殊的解決——「天皇家の宗教」問題

a) 「天皇家の宗教」に関する「特殊的解決」 第2に、「天皇家の宗教」問題について。——占領当局は、「軍国主義」と「過激なる国家主義」を根絶するために、軍と天皇と神道との三位一体の連関を切断しようとした。ゆえにGHQは、天皇の神格性の観念を否定し、皇室祭祀は天皇の私事という位置付けでの存続を承認した。それゆえ日本国憲法も、国家機関たる天皇の関わる公的領域では非宗教性を徹底させ、私人たる裕仁氏・明仁氏の私的領域においてのみ皇室祭祀が行われるべきことを要請するものと解釈される。

b) 「天皇家の宗教」に関する判例・実例 1989年1月7日、前天皇裕仁氏が死去し明仁氏が天皇に即位した。現憲法下でのこの初の天皇代替わ

りに伴う諸儀式は、基本的に、旧憲法・皇室典範下の代替わり諸儀式の様式を定めた旧登極令および附式(1947年5月に廃止)に準拠して、宗教的要素を弱めうる部分は国事行為として行い、それが無理な部分は皇室行事として行う、という振り分けに従って挙行された。前天皇の喪明け後に皇位継承を祝う儀式である、90年11月12日の国事行為「即位の礼」(典範24条)と、同月22・23日の皇室行事のいわゆる「大嘗祭」も、この振り分けによったが、「大嘗祭」には公的性格があるとして、その費用を私費たる内廷費ではなく公費たる宮廷費から支出した。

しかしこれには以下の問題がある。第1に、国事行為「即位の礼」は、皇室祭祀の様式を定めた旧登極令に準拠して行われた以上、非宗教的な儀式だったとは評価できない。第2に、皇位継承を祝うという目的は非宗教的な国事行為「即位の礼」の挙行で十分に実現されるはずだから、宗教的儀式である「大嘗祭」への公費支出はむしろ行わないことが憲法上の要請である。だが最一小判2002・7・11民集56巻6号1204頁は、鹿児島県知事の「大嘗祭」への参列のための公費支出を違憲だとして提起された住民訴訟につき、その参列行為は目的効果基準に照らし違憲でないとした。

#### (5) 一般的な政教分離問題——津市地鎮祭事件判決と目的効果論

a) ①類型に該当しない問題 津市地鎮祭事件(最大判1977・7・13民集31巻4号533頁)において、最高裁は初めて、日本国憲法の政教分離原則について本格的判断を示した。本件では、市が主催して市体育館の起工式を神職主宰の神式の地鎮祭として挙行したことが憲法20条3項の禁止する「宗教的活動」にあたらないかが問題となった。

こうした問題は、政教分離問題の前記二類型(②)のうち、①類型に該当しないという意味で②類型に属する。だが占領時にすでに占領当局は、公建造物の着工・落成に際してその工事の安全等を祈願して伝統的な宗教儀式を公的に主催するという昔ながらの慣行を、明確に政教分離原則違反であるとみなしていた。その趣旨の通牒は、占領当局の監視が行き届く範囲では遵守されたが、些細な違反は絶え間なく生じたと伝えられている。憲法制定直後の憲法規範の「外からの押し付け」にはそうした対応しかできなかったとしても、憲法制定後30年以上が経過して、自ら憲法規範を内面化したはずの



日本の最高裁が、その規範を伝統的慣行にどう適用するのが、本件では問われた。

b) 目的効果論と目的効果基準 控訴審判決(名古屋高判1971・5・14行集22巻5号680頁)は、本件地鎮祭が宗教的行事か、それともその起源が宗教的であっても現在では宗教性を失った習俗的行事なのかが、違憲か合憲かの決め手だと考えた。そして、その判断基準として、当該行為の主宰者が宗教家か、当該行為の式次第が宗教界によるものか、当該行為が宗教性ゆえの違和感なく一般人に受け入れられるか、という三基準を立て、それに照らして本件地鎮祭は宗教的行事であり、市による本件地鎮祭の挙行は違憲だと判断した。

だが最高裁は10対5で合憲だとした。法廷意見の論理構成はこうである。第1に、憲法上の政教分離原則の規範内容について、戦前の国家神道の歴史を踏まえ、「憲法は、政教分離規定を設けるにあたり、国家と宗教の完全な分離を理想とし」たとする。だが「現実の国家制度として、国家と宗教との完全な分離を実現することは、實際上不可能に近い」から、「それぞれの国の社会的・文化的諸条件に照らし、国家は實際上宗教とある程度のかかわり合いをもたざるをえないことを前提としたうえで、……宗教とのかかわり合いをもたらし行為の目的及び効果にかんがみ、そのかかわり合いが右の諸条件に照らし相当とされる限度を超えるものと認められる場合にこれを許さないとするもの」だとした(目的効果論)。ここでは論述の当初で「原則は分離、例外が関与」だったのが、論述の最後では逆転し、「原則は関与で、例外的に行き過ぎた関与を否定する」となっている点に注意が必要である。

第2に、この目的効果論の筋道に即して、憲法20条3項の禁止する「宗教的活動」をこう定義した。いわく、それは「宗教とのかかわり合いをもつ……行為〔のうち〕、そのかかわり合いが右にいう相当とされる限度を超えるもの」である。つまりそれは、「当該行為の目的が宗教的意義をもち、その効果が宗教に対する援助、助長、促進又は圧迫、干渉等になるような行為」である、と(目的効果基準)。

そして第3に、この目的効果基準を、市が本件起工式＝地鎮祭を主催したことに適用し、本件起工式は「宗教的活動」に当たらないとした。

c) 「特殊の解決」を守らない「普遍の原則」？ 目的効果論は、政教

分離原則全般に関するものとして提示された。そして後の判例((3)d))で前記した、93年の箕面市事件最高裁判決は、やはりこの目的効果論の筋道に即して、20条1項の「宗教団体」と89条前段の「宗教上の組織若しくは団体」の定義も行った。

目的効果論は日本国憲法の政教分離問題を、「原則は関与で、例外が行き過ぎた関与の否定」という枠組みにおける程度問題へと変質させた。そして、本件以後の訴訟事件では前記政教分離問題の二類型((2))のうち①類型に該当するものが多数を占めたのに((3)d)と(4)b)), 最高裁は目的効果基準を使うことでそのほとんど全てに合憲の祝福を与えた。「なぜ」政教分離なのかを忘却して、「いかに」目的効果基準の適用を精緻化するかという技術的問題に埋没しても、健全な法理への展望は開けないであろう。

#### 【参考文献】

- 有賀弘「アメリカと宗教」東洋学術研究35巻2号(1996年)194頁以下  
 斎藤真「政治構造と政教分離」大西直樹・千葉真編『歴史のなかの政教分離』(彩流社、2006年)149頁以下  
 佐々木弘通「学界展望・憲法」国家学会雑誌111巻5・6号(1998年)153頁以下  
 佐々木弘通「アメリカ合衆国の政教分離判例における分離派・覚書」東洋学術研究38巻2号(1999年)174頁以下  
 佐々木弘通「信教の自由と政教分離」山内敏弘編『新現代憲法入門』(法律文化社、2004年)132頁以下  
 田近肇「宗教の公益性と憲法」初宿正典ほか編『国民主権と法の支配・下巻』(成文堂、2008年)349頁以下  
 眞岡徹「宗教に対する便宜供与」『佐藤幸治先生還暦記念・現代立憲主義と司法権』(青林書院、1998年)401頁以下  
 林知更「政教分離原則の構造」高見勝利ほか編『日本国憲法解釈の再検討』(有斐閣、2004年)114頁以下  
 山口智「宗教条項理論の有用性」宗教法第21号(2002年)51頁以下  
 ウィリアム・P・ウッダード(阿部美哉訳)『天皇と神道』(サイマル出版会、1988年)



|                                                             |          |
|-------------------------------------------------------------|----------|
| 東京地判 1966(S41)・12・20 労民集 17 卷 6 号 1407 頁 (住友セメント事件) .....   | 87       |
| 札幌地判 1967(S42)・3・29 下刑集 9 卷 3 号 359 頁 (恵庭事件) .....          | 295, 328 |
| 旭川地判 1968(S43)・3・25 下刑集 10 卷 3 号 293 頁 (猿払事件) .....         | 56       |
| 東京地判 1970(S45)・7・17 行集 21 卷 7 号別冊 1 頁 (第二次家永訴訟〈杉本判决〉) ..... | 156, 158 |
| 新潟地判 1971(S46)・9・29 判時 642 号 96 頁 (新潟水俣病第一次訴訟) .....        | 163      |
| 熊本地判 1973(S48)・3・20 判時 696 号 15 頁 .....                     | 164      |
| 札幌地判 1973(S48)・9・7 判時 712 号 24 頁 (長沼ナイキ基地訴訟) .....          | 329      |
| 東京地判 1974(S49)・7・16 判時 751 号 47 頁 (第一次家永訴訟〈高津判決〉) .....     | 156, 158 |
| 東京地八王子支判 1978(S53)・5・22 民集 45 卷 8 号 1361 頁 (日立武蔵事件) .....   | 217      |
| 東京地判 1984(S59)・5・18 訟月 30 卷 11 号 2011 頁 .....               | 175      |
| 大阪地判 1987(S62)・9・30 判時 1255 号 45 頁 .....                    | 175      |
| 東京地判 1992(H4)・2・25 判時 1446 号 81 頁 .....                     | 137      |
| 東京地判 1993(H5)・11・19 判時 1486 号 21 頁 .....                    | 94       |
| 名古屋地判 1996(H8)・10・30 判時 1605 号 34 頁 (林訴訟) .....             | 220      |
| 前橋地判 1996(H8)・12・3 判時 1625 号 80 頁 .....                     | 149      |
| 富山地判 1998(H10)・12・16 判時 1699 号 120 頁 .....                  | 135      |
| 名古屋地判 2000(H12)・8・7 判時 1736 号 106 頁 .....                   | 267      |
| 熊本地判 2001(H13)・5・11 判時 1748 号 30 頁 (ハンセン病国賠訴訟) .....        | 171, 223 |
| 東京地判 2004(H16)・3・24 判時 1852 号 3 頁 (学生無年金障害者訴訟) .....        | 223      |
| 東京地判 2006(H18)・9・21 判時 1952 号 44 頁 (「日の丸・君が代」予防訴訟) .....    | 238      |
| 東京地判 2008(H20)・6・26 判時 2014 号 48 頁 .....                    | 210      |

## 編著者

辻村みよ子 (つじむら みよこ) 東北大学大学院法学研究科教授

## 執筆者

糠塚康江 (ぬかつか やすえ) 関東学院大学法学部教授  
 笹沼弘志 (ささぬま ひろし) 静岡大学教育学部教授  
 山元 一 (やまもと はじめ) 慶應義塾大学大学院法務研究科教授  
 佐々木弘通 (ささき ひろみち) 東北大学大学院法学研究科教授  
 愛敬浩二 (あいきょう こうじ) 名古屋大学大学院法学研究科教授  
 菅原 真 (すがわら しん) 名古屋市立大学人文社会学部准教授  
 新井 誠 (あらい まこと) 東北学院大学法学部准教授  
 佐藤雄一郎 (さとう ゆういちろう) 宮城学院女子大学学芸学部非常勤講師  
 中林暁生 (なかばやし あきお) 東北大学大学院法学研究科准教授  
 佐藤寛稔 (さとう ひろとし) ノースアジア大学法学部専任講師  
 佐々木くみ (ささき くみ) 東北学院大学法学部専任講師  
 田代亜紀 (たしろ あき) 群馬大学社会情報学部専任講師  
 岡本 寛 (おかもと ひろし) 東北大学大学院法学研究科助教  
 曾我洋介 (そが ようすけ) 東北学院大学大学院法務研究科助手  
 関沢修子 (せきざわ しゅうこ) 仙台白百合女子大学人間学部非常勤講師  
 阿部智洋 (あべ ともひろ) 東北大学大学院法学研究科博士後期課程  
 河北洋介 (かわきた ようすけ) 石巻専修大学経営学部他非常勤講師

## 基本憲法

2009 年 4 月 10 日 初 版 第 1 刷発行

編 者 辻村みよ子

発行者 須藤忠臣

発行所 株式会社 悠々社

〒162-0825 東京都新宿区神楽坂 6-58

TEL: 03-5261-0052 FAX: 03-5261-0054

http://www.yuyusha.com

装 丁 大貫デザイン事務所

©2009 辻村みよ子 Printed in Japan

印刷・製本 三松堂印刷株式会社

ISBN978-4-86242-011-4 C3032