

Ⅰ 4 信教の自由と政教分離

政教分離について、その判定基準を目的効果論に象徴的結合論を加味することによって拡大しようとする方向がある一方で、信教の自由との緊張関係から同原則を限定的に捉えようとする声もある。以上の2つの動向を論評せよ。

政教分離違反の判定基準として提唱されている象徴的結合論は、政府行為の伝達する「メッセージ」の内容に着目した審査を要求する。政教分離原則を、国家の宗教的中立性に反するような政府言論 (government speech) の禁止規定と解するならば、「メッセージ」に着目する審査、とりわけ効果審査が重要となる。それによって、政府行為の有する法実証主義の意味での効果論議から離れて、政府行為の社会的意味・機能を目的効果論の適用において正面から取り込むことが可能となろう。その限りでの目的効果論の「厳格化」は、信教の自由との「緊張関係」を必ずしも増幅しないはずである。

1. 目的効果論

津地鎮祭訴訟において最高裁¹⁾は、憲法20条3項の禁止する宗教的活動とは「およそ国及びその機関の活動で宗教とのかかわり合いをもつすべての行為を指すものではなく、そのかかわり合いが右にいう〔各々の国の社会的・文化的諸条件に照らして——筆者注〕相当とされる限度を超えるものに限られる」というべきであつて、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をいうものと解すべきである」と判示した。いわゆる目的効果論であり、その判断にあたっては、「当該行為の行われる場所、当該行為に対する一般人の宗教的評価、当該行為者が当該行為を行うについての意図、目的及び宗教的意識の有無、程度、当該行為の一般人に与える効果、影響等、諸般の事情を考慮し、社会通念に従つて、客観的に判断しなければならない」とされる。「諸般の事情」の総合考慮を「社会通念」に準拠して行うべしとするこの基準は、以

降の判決を統御することができず、愛媛玉串料訴訟上告審判決の高橋裁判官意見は、「目盛りのない物差し」²⁾と評する。

Ⅱ. 象徴的結合論

象徴的結合論とは、政府の行為から、特定の宗教または宗教一般を、優遇し、特別視するようなメッセージを読み取ることができる場合、政府の行為の目的が世俗的であり、その効果が現実具体的に特定の宗教または宗教一般を援助、助長するような場合でなくとも、国家の宗教的中立性を意味する政教分離原則違反を見出す考え方をいう。この議論を加味することによって、目的効果論の厳密基準化が期待されているのは次の理由による。

第1に、行為がいかなるメッセージを伝達するかは、行為者の主観的意図のみならず、受け手の受け取り方によって決定されるので、行為者の主観的意図・動機の重視される程度は相対的に低下する。したがって、愛媛県知事による靖国神社および県護国神社への玉串料支出の主観的意図が「県出身者の戦没者に対する慰霊とその遺族に対する慰藉」であり、首相の靖国公式参拝を求める岩手県議会の主観的意図が「戦没者に対する追悼」であるとしても、そのこと自体が、政教分離原則違反の判定において占めるべき比重は小さくなる。

第2に、効果の審査において、国教化や財政的援助を通して宗教に対して現実に便益が供与されたか否かからさしあたって独立して、政府の行為が宗教的中立性に反するように《見える》かどうか重視される。したがって、知事による玉串料の支出金額が5千円～1万5千円程度であり、愛媛玉串料訴訟2審判決³⁾のいう通常の「社会的な儀礼」の範囲に属するといつてよい額であるということよりも、同1審判決⁴⁾の説示する「同様の支出が毎年繰り返されていけば、その継続性のゆえに、その支出によって生じる愛媛県と靖国神社との結び付き」の方に注目しなければならない。「本件玉串料等の

1) 最大判昭52・7・13民集31・4・533。

2) 最大判平9・4・2民集51・4・1673、1702。

3) 高松高判平4・5・12判時1419・38。

4) 松山地判平元・3・17判時1305・26。

支出は、経済的な側面から見ると、靖国神社の宗教活動を援助、助長、促進するものとまではいえなくとも、精神的側面から見ると、右の象徴的な役割の結果として靖国神社の宗教活動を援助、助長、促進する効果を有する」といえよう。なお、現実的效果への限定を解除することによって、将来のあり得る「影響」への考慮をより直接に審査に取り込むことも可能となる。政府が靖国神社を公的に「特別視」し、他の宗教団体に比して優越的地位を与えているとの「印象」をもたらすことに着目する岩手靖国訴訟2審判決⁵⁾は、首相の公式参拝が是認されれば、「国の各省庁の大臣はもとより、都道府県、市町村等の普通地方公共団体及び地方議会の各機関の長等で公式参拝に賛同する者は」「各地域の戦没者に対する慰霊と遺族への慰藉を理由として、公式参拝に赴き」「供花料、玉串料等を公金から支出することが予想される」ことをもって違憲の理由を補強している。

III. エンドースメント・テストの導入と、その意義

1. エンドースメント・テスト

政府の行為の伝達することとなるメッセージに着目する審査手法を洗練したものが、アメリカ合衆国連邦最高裁のオコナー裁判官によって提唱されたエンドースメント (endorsement)・テストである⁶⁾。それによれば、政教分離原則は、《政府が、政治共同体における市民の地位に関連させるような仕方、特定の宗教または宗教一般へ肩入れし、是認 (endorse) すること》を禁止する。《政府のエンドースメントは、その宗教を支持しない市民に対して、彼らはわれわれの政治共同体のアウトサイダーであり、その十全なメンバーではないというメッセージを伝達し、それと共に、その宗教を支持する市民に対して、君たちはわれわれの政治共同体のおおえめでたきメンバーであるとのメッセージを伝達することとなる》からである。政府による「肩入れ、是認」に着目する思考は、愛媛玉串料訴訟の最高裁判決と接続可能で

5) 仙台高判平3・1・10判時1370・3。

6) Lynch v. Donnelly, 465 US 668, 688-94 (1984)。

ある。多数意見は、玉串料等の支出の「一般人に与える効果、影響」の審査において、「地方公共団体が特定の宗教団体に対してのみ……特別のかかわり合いを持つことは、一般人に対して、県が当該特定の宗教団体を特別に支援しており、それらの宗教団体が他の宗教団体とは異なる特別のものであるとの印象を与え、特定の宗教への関心を引き起こすものといわざるを得ない⁷⁾」としたが、「印象を与え」「関心を引き起こす」点への着目は、エンドースメント・テストと問題意識を共にする。

2. 政府行為の伝達するメッセージ——政府言論への制約としての政教分離

エンドースメント・テストの首尾一貫した適用可能性に対しては深刻な疑義も呈されているが、このテストの有する次の2点の特徴には、今後の議論が踏まえて発展させるべき論理が含まれている。

第1に、政府の行為の伝達することとなるメッセージに着目し、政府行為が現実には有する社会的意味や、それが果たすこととなる象徴的な機能を目的効果論の適用において正面から取り込む姿勢である。もっとも、このような姿勢に対しては批判もあり、たとえば、愛媛玉串料訴訟上告審判決において反対意見を書いた可部裁判官⁸⁾によれば、「目的・効果基準の適用にあたって、当該行為の効果が宗教に対する援助、助長、促進又は圧迫、干渉等になるか否かの判定は、このような専ら精神面における印象や可能性や象徴を主要な手がかりとして決せられてはならない。このように抽象的で内容的に具体的なつかみどころのない観念が指標とされるときは、違憲審査権の行使は恣意的とならざるを得ないからである」とされる。けれども、政教分離原則は、政府行為の伝達するメッセージへの着目を本来的に要請するはずだ。なぜなら、国家の宗教的中立性を意味する政教分離原則は、政府言論 (government speech) に対して憲法上課せられた明文の制約と解すべきであるからだ⁹⁾。民主主義国家における政府は、政府批判の自由と情報公開を前提に、市民一般に向けた自由な情報発信によって自己への信頼調達を試みてよいが、

7) 前掲最大判平9・4・2民集51・4・1683。

8) 前掲最大判平9・4・2民集51・4・1729, 1743。

9) L. H. TRIBE, AMERICAN CONSTITUTIONAL LAW, 1285 (2d ed. 1988)。

その例外として、宗教への「肩入れ、是認」を表明することを通して信頼調達を行うことは禁止されている。それが、簡便な信頼調達の手法として歴史的に用いられてきたからというだけでなく、自由かつ平等な道徳的人格によって構成される政治共同体の市民たる地位にとって、特定の宗教または宗教一般の支持者であるか否かは関連性を有しないからである。優越的地位にある表現の自由が、その制限による「萎縮効果」に着目した手厚い保障を受けるのと平行に、同じく重要な精神的自由である信教の自由について、政府が宗教的に中立でないメッセージを発信することに伴う「萎縮効果」¹⁰⁾を予め除去すべく、憲法は、特定の宗教または宗教一般をエンドースする言論＝メッセージの伝達を禁止したものと解される。政府が主催する儀式や行事において宗教的シンボルを使用することは、それを使用せずとも同一の目的を達成できる場合には、違憲の推定が働く。また、メッセージの伝達の禁止という観点からは、政府自らが主体となつての情報発信を禁止するだけでなく、政府から独立の宗教団体の発信するメッセージに対して政府が「肩入れ、是認」することをとも禁止する。したがって、たとえば、靖国公式参拝によって政府が主体となつて伝達を意図したメッセージが、かりに「戦没者の慰霊」という世俗的なそれであるとしても、靖国神社自体の発信するメッセージが宗教的である以上、それに対する政府の「肩入れ、是認」は禁止される。

伝達されるメッセージの内容いかんは、行為の行われた具体的文脈に依存する。文脈の読解がそれを読む者の主観に相当程度依存する以上、審査は、可部裁判官の危惧するように「恣意的」になり得る。それを回避するためには、文脈を読む観点の画定が必要となる。オコナー裁判官は、かかる観点として、「客観的観察者」¹¹⁾の視点を借定する。この視点は、最高裁が津地鎮祭訴訟以来用いてきた「社会通念」とは異なり、問題となっている法律や政府行為の意味・内容に精通する者の視点とされるが、かかる視点を借定は、宗教的雑居性を特徴とする日本社会において中立性を担保し得ない。信教の自

由保障が何よりも当該社会における宗教的少数派の保護を眼目としていることにかんがみれば、メッセージの受け手の視点は、「合理的な宗教的少数派」のそれによるべきである。なお、「合理的」少数派とは、信教の自由への制約が、彼の信仰内容が間違っているからというのではなく、その自由行使を認めることが、彼を含むすべての市民に対する平等な権利・自由の保障と両立しないということが論証された場合、その制約を受け容れる者を指す。

3. 市民としての地位・身分の平等な保障——スティグマからの自由

エンドースメント・テストの第2の特徴として、政教分離に反する政府行為によって侵害される利益を、政治共同体における市民としての地位・身分(citizenship)に見出すことが挙げられる。政教分離原則の法的性格に関して、制度的保障説と人権説との対立がある。制度的保障説によれば、政教分離原則は、信教の自由という権利をより手厚く保護するための手段であるが、それは、個人の主観的権利を保障したものではないので、政教分離違反の政府行為があっても、そこから直ちに、裁判上救済の対象となるべき個人の権利侵害は帰結しない。対して人権説によれば、信教の自由は、それに対する間接的な圧迫・干渉からの自由(広義の信教の自由)をも保障しているのであり、政教分離原則とはその自由を保障したものに他ならない¹²⁾。政教分離違反の政府行為は、広義の信教の自由を侵害するものであり、かかる侵害に対して、個人は裁判的救済に値する主観的利益を有するとされる。人権説は、①「間接的な圧迫・干渉」という規範内容の不明確さ、②国家の宗教的中立性の要請と個人の信教の自由とがときに対立すること、③政教分離原則には信教の自由の補強という側面と共に、宗教的非合理性から世俗の政治の有すべき合理性を擁護するという側面もあり、後者の側面を捉えきれない等の理由から、少数説にとどまる¹³⁾。靖国公式参拝違憲訴訟において大阪高裁¹⁴⁾も

12) 浦部135頁。

13) 人権説に対する批判として、戸波江二・芦部憲治532頁、および、棟居・前掲判時1389号6頁。なお、人権説に対しては、客観的法原則から権利命題を導出することはできないとする批判もあるが、憲法82条の裁判の公開原則から傍聴の権利を導出することの可否に関する議論同様に異論の余地がある。

14) 大阪高判平4・7・30判時1434・38。

10) 棟居快行・判時1389号4頁。

11) Allegheny County v. Greater Pittsburgh ACLU, 492 US 573, 631 (1989)。

また、「政教分離の原則は、国家機関に対して、一定の宗教上の行為を禁止することによって、国家と宗教との分離を制度的に保障し、もって、信教の自由を間接的に保障しようとするものであって、右政教分離の原則は、これを、国民各個人に対する具体的権利として保障したものではない」とする¹⁵⁾。ところで、このような判示の前提には、靖国公式参拝によって原告が被ったと主張する権利侵害の内実を、《公式参拝が原告らの憲法解釈に反して敢行されたことによる一種の不快感、焦燥感ないし憤りといったものであって、広く原告らと憲法解釈等を同じくする者にとり共通のもの》とする理解がある。しかし、原告らが侵害されたと主張している利益の内容は、たとえば、衆議院の解散に関する69条限定説を支持する者が7条解散の違憲性を裁判的に争う場合や、閣僚や国会議員等のいわゆる問題発言によって市民一般が《不快感、焦燥感ないし憤り》を感じる場合等と同じ性質のものとは解されない。それはむしろ、指紋押捺強制が、在留外国人、とりわけ定住外国人に対して、彼らが平等な尊重と配慮に値しない存在であるという「メッセージ」を伝達し、それによって彼らの自尊の基礎を掘り崩すことによってもたらすこととなる人権侵害状況と等しい。特定の宗教または宗教一般への政府の「肩入れ、是認」によって侵害されるのは、市民としての平等な地位・身分であり、それによって当該宗教を支持しない者は、二級市民としてのスティグマを押される。スティグマからの自由要求は、主観的な《不快感、焦燥感ないし憤り》と同一視できない。制度的保障説をとるとしても、政府行為によってスティグマが押されたことが論証されれば、個人は裁判的救済を受け得る。かりに裁判的救済に値する市民の範囲が広範囲におよび、外見的に民衆訴訟の様相を呈するとしても、それは、それだけ政府行為が広範囲の市民に対してスティグマを押し付けているからである。

15) したがって、他に信教の自由や宗教的人格権等の侵害が認められない限り、国賠訴訟のルートでの請求は棄却となるので、公式参拝の合憲性の判断を裁判所は回避し得る。もともと、傍論においてその違憲性が判示されることはある。公式参拝に関して傍論での憲法判断の正当化根拠を自覚的に示すものとして、福岡地判平16・4・7判時1859・125を参照。

IV. 政教分離原則と信教の自由の「緊張関係」

1. 一般国法上の義務の免除——調整原理としてのエンドースメント・テスト

政教分離原則を厳格に適用することによって、他方で信教の自由との緊張関係が生ずる。エホバの証人剣道不受講事件における1審判決¹⁶⁾が、「剣道の実技に参加していないにもかかわらず、信教の自由を理由として、参加したのに準じて評価し、原告に対して合格最低点を与えたとすれば、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、信教の自由の一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」と判示したのがその典型だが、右の緊張関係は、信仰を理由として一般的な国法上の義務からの免除を認めるべきかが問題となる局面一般に潜在する。

エンドースメント・テストは、かかる局面における政教分離原則と信教の自由との調整原理として機能する。《政府がそれ自体として正当な政府利益のために市民一般に対して課した義務が、特定の宗教または宗教一般に対して特別の負担となる場合において、政府がその負担を打ち消すために一般的義務からの免除措置をとる》という文脈に着目する場合、免除措置が、当該宗教への「肩入れ、是認」のメッセージを伝達することにはならない。逆に、憲法が信教の自由を保障していることを知悉している理性的市民にとって、免除措置は、政治過程の中で適正に代表されることのない宗教的少数派の信仰の自由との実質的な中立性を回復するための措置として理解されるだろう。社会的多数派が、たとえば「自発的な辞職の場合には失業手当を給付しない」とする法律を制定する場合、自分の働いている工場で製造される物資が軍事目的に利用されることを知り、信仰上の理由から辞職を余儀なくされた宗教的少数派の立場・利益は考慮されないのが通常であり、裁判所が、彼らに対して特別の措置を認めることが、彼らの信仰を、それを支持しない者との関係で二重に尊重・配慮することになるとは考えないだろう。たしかに、

16) 神戸地判平5・2・22判時1524・20。

少数派への信仰に配慮して免除等の特別の措置をとることは、その目的において「宗教的意義」を有し、その効果においても当該宗教を「援助、助長」するものであるから、目的効果論を形式的に適用すれば、違憲の疑いがもたれる。しかし、エンドースメント・テストによれば、政教分離原則の禁止する「援助、助長」等行為とは、具体的文脈において、政府の行為が、特定宗教または宗教一般に対して「肩入れ、是認」というメッセージを伝達するような仕方での「援助、助長」等行為に限られる。逆にいえば、かかるメッセージを伝達しないような方法・態様での行為まで、このテストは禁止しない。それによって、信教の自由保障との調整が可能となる。健康上の理由等で体育実技に参加できない生徒に対する場合と同様に、レポート提出等の適切な代替措置がとられるならば、信仰を理由とする免除を認めたとしても、それによって、当該信仰に対する「肩入れ、是認」のメッセージを伝達し、他の生徒一般に対してスティグマを押すこともないだろう。剣道不受講事件は、原告が剣道の履修が必修であることを知り入学してきたという点において変則的であるが、中学卒業時における高校選択の自由が實際上大幅に制約されている以上、この点を強調すべきでない。剣道の履修が教育目的を達成する上で有効性を認められ、生徒一般に対して履修を義務付けることが認められるとしても、それが特定の宗教に対して特別の負担となる場合に、その負担を打ち消すためにとられる免除措置は、本件最高裁判決¹⁷⁾が判示する通り国家の宗教的中立性に反しない。

2. 偽物の「緊張関係」

政府が、社会的多数派の立場を代弁する仕方、宗教的儀式を主催し、宗教的シンボルを使用し、または宗教的儀式に参加するために政教分離原則の緩やかな適用を要求する場合に、これを、政教分離原則と（多数派の）信教の自由との調整の観点から正当化しようとする議論があるが、ここでの議論とは別物である。この場合、宗教的多数派は、政府の行為によって特別の負担を被っておらず、宗教的少数派と全く平等に私的空間において自らの信教

の自由を行使することができるからである。

3. 免除に関する要請説と許容説

信教の自由への負担を配慮して免除措置を行うことが、国家の宗教的中立性に反しないとして、かかる措置が憲法上要請される場合と許容されるにとどまる場合とが存する。一般論としては、「規制の有する公共的利益の重要性と宗教的行為の自由に対する負担とを比較衡量」¹⁸⁾して決することとなる。剣道不受講事件のように、信教の自由の行使に対して退学という重い負担が課され、剣道の履修強制がそれを正当化するほど重要な公共的利益であるといえない場合には、免除は憲法上の要請となる。対して、教会学校に出席したために、日曜日に行われた公立小学校の父兄参観授業に欠席した児童らが、指導要録への「欠席」記載処分の取消しを求めるような場合¹⁹⁾、信教の自由へ配慮し、代替的措施をとることや喪中の場合同様の公休扱いとすること等も許容され得るが、負担の程度・態様からすれば、それらが憲法上要請されるとまではいえない。

Further Readings

法律や政府の行為が社会に向けて発する「メッセージ」に着目する分析は、安西文雄「平等保護および政教分離の領域における『メッセージの害悪』」立教法学44号81頁以下によってすでに示されている。このような観点は、本書4の注(13)で言及した社会規範（social norm）論との接合によって、より多くの成果をもたらすだろう。参照、E・ポズナー（太田勝造監訳）『法と社会規範』（2002）。人権説の理解にとって、浦部法徳「政教分離規定の性格」高柳信一先生古稀記念論集『現代憲法の諸相』（1992）49頁は必読文献。諸根貞夫「目的効果基準」再検討に向けた一考察」同書96頁は、エンドースメント・テストによって、政教分離原則が「ある種の権利保障条項と考えられることとなる」とする点において、興味深い。エンドースメント・テストの導入によって、同時に信教の自由と政教分離の「緊張関係」への解を見出そうとするものとして、野坂泰司「公教育の宗教的中立性と信教の自由」立教法学37号1頁以下を参照。

17) 最判平8・3・8民集50・3・469。

18) 芦部・憲法学III135頁。

19) 東京地判昭61・3・20行裁集37・3・347。

制定者意思と憲法解釈の関係については、土井真一「憲法解釈における憲法制定者意思の意義(1) - (4・完)」論叢131巻1号1頁以下、3号1頁以下、5号1頁以下、6号1頁以下を参照されたい。主権者の自己拘束との関連では、憲法制定者の禁則設定を問題にするプリコミットメント論が重要であるが、これについては愛敬浩二「憲法によるプリコミットメント」ジュリ1289号2頁以下を読まれたい。プリコミットメントを含め立憲主義の諸構想を詳細に分析した阪口正二郎『立憲主義と民主主義』(2001)にも挑戦してほしい。

□ 編者紹介

小山 剛 (こやま・ごう)

1960年 生まれ

1990年 慶應義塾大学大学院法学研究科後期博士課程単位取得満期退学

現 在 慶應義塾大学法学部・大学院法務研究科教授

〔主要著作〕

『基本権保護の法理』(成文堂、1998)

『基本権の内容形成』(尚学社、2004)

駒村 圭吾 (こまむら・けいご)

1960年 生まれ

1988年 慶應義塾大学大学院法学研究科後期博士課程単位取得満期退学

現 在 慶應義塾大学法学部・大学院法務研究科教授

〔主要著作〕

『権力分立の諸相』(南窓社、1999)

『ジャーナリズムの法理』(嵯峨野書院、2001)

論点探究 憲法

平成17年7月30日 初版1刷発行

編 者 小 山 剛

駒 村 圭 吾

発行者 鯉 渕 年 祐

発行所 株式会社 弘 文 堂 101-0062 東京都千代田区神田駿河台1の7
TEL 03(3294)4801 振替 00120-6-53909
<http://www.koubundou.co.jp>

印 刷 港北出版印刷

製 本 牧製本印刷

© 2005 Go Koyama, Keigo Komamura. Printed in Japan

〔R〕本書の全部または一部を無断で複写複製(コピー)することは、著作権法上の例外を除き、禁じられています。本書からの複写を希望される場合は、日本複写権センター(03-3401-2382)にご連絡ください。

ISBN4-335-35342-1