

合は最大限に慎重な配慮を必要とする」と述べ、本件牧師の行為は、形式上刑罰法規に触れるとしても、「専ら自己を頼って来た個人の魂への配慮としてなされたもの」で「全体として法秩序の理念に反するところがなく、正当な業務行為として罪とならない」とした（神戸簡判1975.2.20判例時報768号3頁）。信教の自由の制約についての考え方においても、また、具体的事案の処理においても、正当な判示である。

2 政教分離

(1) 日本国憲法における政教分離の主眼は、国家と神社神道との徹底的分離という点にある。

国家が国教を設けたり特定の宗教に特権的地位を与えるなど、国家と宗教とが結びつくとき、異教徒や無宗教者に対する宗教的迫害が生ずることは、歴史の示すところである。国家と宗教との結合は、それじたい、個々人の宗教の自由に対する圧迫となるのである。そういう意味において、信教の自由の保障は、国家の非宗教性・宗教的中立性ないし国家と宗教との分離を要請する。

ところで、旧憲法も、一応、信教の自由の保障規定をもっていた（28条）。けれども、それは、「安寧秩序ヲ妨ケス及臣民タルノ義務ニ背カサル限」という制約条件付きの保障であり、しかも、旧憲法の根本義とされた神権天皇制によって、實際上、大きな制約を被った。つまり、天皇の祖先たる「神々」を祀る神社神道は、他の宗教とは別格のものとされ、天皇を「神」として崇める精神的基盤を固めるために、事実上国教として扱われたのである（国家神道）。神道の祭祀は国政の一部として行われ、天皇はその祭主たる地位にあるものとされた。そして、法制上も、神宮・神社には公法人の地位が、神官・神職には官吏の地位が与えられるなど、特別の待遇がなされ、国民に対しても神社参拝が強制された。

●神社神道に対するこうした国教的扱いは、「神社は宗教に非ず」ということで、憲法における信教の自由の保障と矛盾しないものとして正当化されたのである。神社が宗教でない、ということになれば、それを特

別扱いしても信教の自由の保障に反することにはならず、むしろ逆に、神社へ参拝することは「臣民タルノ義務」である、とされたのである。旧憲法における信教の自由は、こういう「臣民タルノ義務」に背かざるかぎりにおいて認められるものであったから、結局それは、神社神道の国教的地位と両立する限度においてのみ認められていたにすぎなかった。

こうした状況に対し、ポツダム宣言は、日本に対し「宗教の自由」の確立を求め、それをふまえて、連合国軍総司令部は、1945年12月15日いわゆる「神道指令」を発し、神道のもっていたあらゆる国教的性格の剥奪、神道の国家からの分離の徹底を指示した。

日本国憲法20条が、信教の自由について、他の自由権規定にくらべてかなり詳細な規定を置き、「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」（1項後段）、「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」（3項）として、徹底した国家と宗教との分離を定めるのは、以上のような背景をもつ（なお、憲法89条は、財政面からも、政教分離の徹底を期する）。だから、日本国憲法における政教分離は、ただ単に抽象的な国家と宗教との分離ということの意味するのではなく、より具体的に、国家と神社神道とのあらゆる結びつきを否定するものとしての意味をもつものである。この観点を見失って、政教分離を抽象的・一般的にのみとらえるならば、国家と神社神道とのなしくずし結合に道を開くことになりかねない。日本国憲法における政教分離の主眼は、国家と神社神道との徹底的分離という点にある、ということを、はっきりと押さえておく必要がある。

(2) 政教分離規定は、「制度的保障」の規定ではなく、それじたい信教の自由の保障規定とみるべきものである。

憲法の政教分離規定の性格については、これを一種の「制度的保障」の規定と解するのが通説的である。つまり、憲法は信教の自由の保障を確保・強化するための手段として政教分離という制度を保障している、というのである。こういう見方からすれば、政教分離は、信教の自由を確保するという目的のための「手段」として位置づけられるから、目的を妨げることがなけれ

ば国家と宗教との結合も許される、という解釈を生みやすい（たとえば、田上稔治『日本国憲法原論』p.122、また、津地鎮祭訴訟の最大判1977.7.13民集31巻4号533頁）。もっとも、制度的保障説に立つ論者の多くは、このような政教分離の緩和には批判的であり、厳格な分離ということを主張する。

制度的保障論は、もともと当該事項に関して立法権が広範な裁量権限をもつことを前提にしつつ、しかし立法権によっても侵害しえない制度の本質的内容（中核）の存在を認めようという議論である。ところが、宗教に関しては、立法権はいかなる裁量権限をもっていない。このことは、憲法が信教の自由を無条件的に保障していることによって明らかである。そうだとすれば、宗教の領域に関し、制度的保障という観念をもち込むことは、そもそもできないはずのものである。

政教分離は、信教の自由のための単なる「手段」ではない。それは、信教の自由の確立にとっての「必須の前提」なのである（鶴飼信成『憲法』p.91）。つまり、歴史的に、政教融合が信教の自由を完全に否定してきたことから、信教の自由の確立にとって政教分離が不可欠と考えられたのである。たしかに、政教融合による個々人の信教の自由への圧迫は、直接的な強制や弾圧がないかぎり間接的なものにとどまるが、しかし、そういう間接的な圧迫が、まさしく、その社会における信教の自由の否定そのものとして現われることになるのである。だから、信教の自由の保障は、直接的な強制や弾圧を排除するだけでなく、こういう、個々人にとっては間接的な圧迫をも排除することによって、はじめて完全なものになるのである。日本国憲法は、直接的な強制や弾圧を排除するとともに、政教分離を定めることによって間接的な圧迫をも排除し、信教の自由の完全な保障をはかっているのである。こう考えれば、政教分離は信教の自由の一つの内容をなすものとしてとらえられるべきこととなる。つまり、政教分離規定は、それじたい人権保障条項である、ということである（高柳信一「政教分離判例理論の思想」下山＝高柳＝和田編『アメリカ憲法の現代的展開Ⅱ』p.222）。いいかえれば、政教分離条項によって、国民は、信仰に関し間接的にも圧迫を受けない権利を保障されているのである（この点につき、浦部法徳「政教分離規定の性格」高柳信一古稀記念『現代憲法の諸相』p.49以下参照）。

(3) 政教分離の具体的意味は、第1に、国が宗教団体になんらかの特権を与えてはならない、ということである。

政教分離条項は、国家が宗教とかかわりをもつことを禁じ、信教の自由を完全な意味において実現しようとするものであるが、具体的には、つぎのような規範命題を内容とするものである。

まず第1に、国（地方公共団体を含む＝以下同じ）が宗教団体になんらかの特権を与えてはならないということである（20条1項後段）。これは、特定の宗教団体に特権を与えてはならないというだけでなく、宗教団体すべてに対して他の団体とは異なった特権を与えることも許さない趣旨である（宮沢俊義〔芦部補訂〕『全訂日本国憲法』p.240など）。

特権とは、いうまでもなく、いっさいの優遇的地位・利益を指す。たとえば、旧憲法下のように神社を公法人としその職員に官吏の地位を与えるなどのことは、ここで禁止された特権付与にあたる。また、いわゆる国教の樹立は、前に述べたように、信教の自由の保障の効果として禁止されるが、それはまた、特権の最たるものとして、政教分離の観点からも許されない。さらに、宗教団体に対し、補助金その他名目いかににかかわらず公金を支出し、あるいは免税措置を定めるなど、経済的特権を与えることも禁止される。宗教団体への公金の支出等は、憲法89条によっても禁止されている。

●いくつかの地方公共団体で、靖国神社や護国神社に対し、「玉串料」などとして公金を支出することが行われてきたようであるが、これは、金額の多寡にかかわらず、憲法20条および89条違反の行為である（これにつき、明確な違憲判断をした「愛媛玉串料訴訟」1審山土地判1989.3.17判例時報1305号26頁、および、「岩手靖国訴訟」控訴審仙台高判1991.1.10判例時報1370号3頁、また、「愛媛玉串料訴訟」最高裁判決＝後掲が注目される）。とくに「玉串料」としての公金支出は、補助金等としての支出と異なり、それじたい宗教活動とみるべきものであるから、次項で述べる「国（地方公共団体）による宗教活動の禁止」という脈絡において、当然に違憲とされるべきものである。

ただ、たとえば、文化財保護のための補助金が文化財を保有する特定の社寺等に与えられる場合とか、宗教団体の設置する私立学校に対し一般の私立

学校と同じ助成がなされる場合など、一定の要件を充たす団体（国民）一般への利益付与であって、その中にたまたま宗教団体が含まれる、というようなどときには、宗教団体に対して一定の利益が与えられることに違いないとしても、原則として、憲法の禁止する宗教団体への特権付与にはあたらないものと解される。この場合に、宗教団体にはこうした利益を与えてはならないとすることは、宗教団体であるがゆえに一般の団体（国民）よりも不利な扱いがなされるということになり、かえって信教の自由を侵害することとなるからである。もっとも、形式上は団体（国民）一般への利益付与という形をとっていても、それが、實際上、宗教団体に特権を与えることを目的とするものであったり、その利益付与の効果として、宗教に対する援助・助長あるいは圧迫・干渉になる場合には、そのような利益付与は、憲法上禁止された特権の付与にあたるものとしなければならない（いわゆる「目的・効果基準」）。

●憲法20条1項後段は、さらに、宗教団体が「政治上の権力」を行使してはならないとする。これは、宗教団体による統治権の行使を禁止するものである。もっとも、こんにちでは、統治権は国が握っており、宗教団体がこれを行行使することはまず考えられないし、かりに、国がその統治権の一部を宗教団体に委ねるようなことがあれば、それは、特権の付与ということになる。そういう意味で、この規定は多分に沿革的な意義をもつにとどまる。

(4) 第2は、国による宗教的活動の禁止であるが、この場面で「目的・効果基準」をもち出すこと（津地鎮祭訴訟最高裁判決）は、まちがいである。

政教分離の具体的内容の第2は、国（地方公共団体を含む＝以下同じ）による宗教的活動の禁止である（20条3項）。国が宗教的活動を行い、それへの参加を国民に対し強制する場合には、それは、信教の自由に対する典型的な侵害として憲法20条2項の禁止するところであるが、20条3項は、政教分離の観点から、たとえ強制を伴わなくても、国が宗教的活動を行うことじたいを禁止するものである。ここで禁止される宗教的活動とは、広くいっさいの宗教上の活動を含むものである。特定の宗教の布教・宣伝を目的とする行為はもちろんのこと、祈禱・礼拝などの宗教的行為や宗教上の儀式・式典・行事などすべての活動が含まれる。

●ただ、行事のうちには、発生的には宗教的起源をもちながら永年の間に民衆の日常生活にとけこみ習俗化したとみられるものもある。節分の豆まきとか、門松、クリスマス・ツリーなどが、こういう習俗行事の例としてよくあげられる。こういうような、宗教活動性をもたない習俗化したとみられる行事については、国やその機関がこれを行っても、ただちに政教分離違反ということにはならない。この場合、宗教的活動か習俗行事かの判断基準をどう考えるか、が問題になるが、これについては、津地鎮祭訴訟第2審判決（名古屋高判1971.5.14行集22巻5号680頁）のあげる三基準が参考になる。つまり、①行為の主宰者が宗教家か否か、②行為の順序作法が宗教界で定められたものか否か、③行為が一般人に違和感なく受け容れられる程度に普遍性を有するか否か、によって判断されるべきである。ある行為が宗教活動でなく習俗行事だといえるためには、この三つの基準すべてを充たす必要がある。逆にいえば、三つのうちの一つでも宗教活動性が肯定されるならば、それはもはや習俗行事とすることはできない、ということである。

津地鎮祭訴訟の最高裁判決は、国家と宗教とのかかわり合いいっさいを否定することはできないとして、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・促進または圧迫・干渉等になるかどうか、によって判断すべきものとする。いわゆる「目的・効果基準」をとったわけである。そして、この観点から、判決は、結論として、本件地鎮祭は憲法20条3項の禁止する宗教的活動にあたらないとした（最大判1977.7.13＝前掲）。しかし、この場合には、特権付与の場合と違って、国の行った行為の客観的性格が宗教活動性を有するかそれとも習俗化したといえるものか、ということの問題にすべきであり、目的・効果を問題にすべき筋合いのものではない。本件地鎮祭は、神主が神道の儀式にのっとって執り行ったものであるから、当然宗教的活動にあたる。最高裁判決は、「目的・効果基準」を、その正当な登場場面でないところで用いたものであり、はっきり言って、まちがいである。

(5) 津地鎮祭訴訟最高裁判決の「目的・効果基準」は、靖国神社をはじめとする「軍の宗教施設」と国との結びつきを正当化するという「効果」をもたらした。

津地鎮祭訴訟最高裁判決の「目的・効果基準」は、とくに靖国神社や護国

神社など、かつての日本軍国主義の精神的支柱であった宗教施設と国や公共団体とのかわりを正当化する根拠となった。「目的・効果基準」の——おそらくは意図的な——誤用が、軍靴の行進を勢いづけるという「効果」をもたらしたのである。

1985年8月15日、当時の内閣総理大臣中曽根康弘は、二閣僚を伴って、靖国神社に「公式参拝」した。この公式参拝は、いわゆる「靖国懇」（「閣僚の靖国神社参拝問題懇談会」）の報告書（1985年8月9日）に基づいて行われたものであるが、もともと「靖国懇」は、「公式参拝」実現に執念を燃やす中曽根の意向をうけて、それにお墨付きを与えるために作られたものであったから、結論は、みえみえであった。報告書は、戦没者の追悼ということは「人間自然の普遍的な情感である」から国およびその機関が国民を代表する立場で行うのは当然であるとし、「国民や遺族の多くは、……靖国神社を、その沿革や規模から見て、依然として我が国における戦没者追悼の中心的施設であるとしており、したがって、……内閣総理大臣その他の国務大臣が同神社に公式参拝することを望んでいるものと認められる」と、まったく勝手な臆測に基づき勝手な断定をする。そのうえで、「政府は、この際、大方の国民感情や遺族の心情をくみ、政教分離原則に関する憲法の規定の趣旨に反することなく、また、国民の多数により支持され、受け入れられる何らかの形で、内閣総理大臣その他の国務大臣の靖国神社への公式参拝を実施する方途を検討すべきである」という、恐ろしい結論を述べたのである。まともな感覚からすれば、およそ非論理的なこの結論を述べるにあたって、右報告書が引きあいに出したのが、ほかならぬ津地鎮祭訴訟最高裁判決の「目的・効果基準」だったのである。

●この「目的・効果基準」は、さらに、自衛隊およびその外郭団体による殉職自衛官の護国神社への合祀申請を合憲とするためにも用いられた。この「自衛官合祀拒否訴訟」で、最高裁は、殉職自衛官の護国神社への合祀申請に際し、自衛隊職員は事務的協力をしただけであって、その「宗教とのかかわり合いは間接的であり、その意図、目的も、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と推認され」るから、自衛隊職員の行為は「宗教的活動とまではいうこと

はできない」と述べ、また、1・2審判決が認めた「宗教上の人格権」については、「何人も自己の信仰と相容れない信仰をもつ者の信仰に基づく行為に対して、それが強制や不利益の付与を伴うことにより自己の信教の自由を妨害するものでない限り寛容である」べきだと説き、「宗教上の人格権……は、これを直ちに法的利益として認めることができない」として、これを否定した（最大判1988.6.1民集42巻5号277頁）。護国神社への「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」というのは、まさしく旧軍的発想であり、最高裁は、こうした発想に基づく行為を違憲・違法ではないとして承認したのである。そのうえで、他者の宗教行為に対して寛容であれ、と説くのである。これは、もはや法理論ではない。軍と司法とが一体となった「靖国思想」の強制である。

最高裁は、さらに、忠魂碑の敷地として公有地を提供しその移設に公金を支出したこと、および忠魂碑前での慰霊祭に市教育長らが参列したことが政教分離違反であるとして提起された箕面忠魂碑・慰霊祭訴訟の判決（最判1993.2.16民集47巻3号1687頁）では、なんの根拠も示さずに忠魂碑を「村の靖国」とみることはできないと断定し、かつての軍の宗教施設への自治体の関与を全面的に肯定した。そこには、日本国憲法の政教分離規定が、かつての国家神道体制・軍国主義とのかかわりにおいて理解されなければならないという視点は、まったくみられない。

しかしながら、「愛媛玉串料訴訟」の最高裁判決（最大判1997.4.2民集51巻4号1673頁）は、13対2の圧倒的多数をもって、愛媛県による靖国神社等への玉串料などの支出を、明確に違憲とした。この判決は、従来の判例を変更して違憲としたわけではなく、やはりここでも「目的・効果基準」が用いられているが、しかし、政教分離が規定されるに至った経緯をもふまえてこれを厳格に解したという点で、これまでの判決とは雲泥の開きがある。とくに、戦没者の慰霊・遺族の慰謝は国・自治体として当然に行うべきことだから靖国神社と一定のかかわり合いをもつことも当然だ、とする論理に対して、「戦没者の慰霊及び遺族の慰謝ということ自体は、本件のように特定の宗教とかかわり合いを持つ形でなくてもこれを行うことができる」としてこれを明確に否定した点は、注目される。さきの「靖国懇」の論理は、ここで完全に否

定されたということになる。単に「憲法施行50周年記念」の「ご祝儀違憲判決」というのでなく、最高裁もようやく日本国憲法における政教分離の意義を理解できるようになったのだ、と思いたい。

●内閣総理大臣小泉純一郎は、2000年に首相に就任して以来、毎年靖国神社への参拝を続けている。戦没者の慰霊や遺族の慰謝は特定の宗教とかかわり合いをもつ形で行うべきだとして上記「愛媛玉串料訴訟」最高裁判決の趣旨からすれば、内閣総理大臣として靖国神社に参拝することは避けなければならないはずである。また、中国や韓国の抗議・反発を無視して参拝を強行することは、政治・外交的にいっても、一国の首脳のとるべき行動ではない（「他国にとにかく言われるべき筋合いではない」という威勢のいい言葉があちこちから聞こえたりもするが、そういう独りよがり国際関係をぎくしゃくさせ、ひいてはこの国をのびきならないところへ追い込むことになりかねないということを、肝に銘ずるべきである。こういう威勢のいいことを言っている人たち自身が、アメリカから言われることには何でもかんでも「ハイ、ハイ」と付き従っているのだから、本来、そういうことを言える資格はない）。小泉首相の靖国参拝については、2005年9月30日に大阪高裁が明確に違憲とする判決を出した。その違憲判決を「さっぱりわかりませんねえ」という一言で完全に無視して、小泉首相は、直後の10月17日に靖国神社に参拝したが、これではもはや「法治国家」とは言えまい（大阪高裁の違憲判決に時期を接して、東京高判2005.9.29は、小泉靖国参拝を「私的参拝」であったとして憲法判断に踏み込まず、また、高松高判2005.10.5は、原告らに損害は生じていないとして憲法問題にはまったく触れなかった）。

第3節

表現の自由

1 表現の自由の意義と「優越的地位」の理論

(1) 表現の自由に対する制限は、当該表現行為が、他人の生命・健康を害する、他人の人間としての尊厳を害する、あるいは他人の人権と衝突するという場合にのみ、認められる。

表現の自由とは、要するに、自分の言いたいことを自分の思う仕方方で表明する自由である。だから、あることを言うことじたいを禁止するのはもちろん、言うことじたいを禁止するのではないが特定の方法（あるいは場所・時間）での表現を禁止することも、表現の自由に対する侵害となる。そうはいっても、表現するという行為は、心の中で考えたりする場合とは違って、当然、他人の存在を前提としているから、他の人を傷つけたり他の人の権利を侵害することになるという場合もある。そういう場合には、そしてその場合にのみ、表現の自由はなんらかの制約を受けることとなってもやむをえない（いわゆる内在的制約）。つまり、当該表現行為が他人の生命・健康を害する（ある表現の内容がただちに人の生命・健康を害するということは考えられないから、これは、もっぱら表現の方法・場所・時間について問題となることである）、他人の人間としての尊厳を害する（名誉やプライバシーの侵害となる言論が、この場合の例である）、あるいは他人の人権と衝突する（表現の内容についても方法等についても問題となりうる）、という場合にのみ、当該表現行為を制約することが許されるものと考えなければならない。

●かつての判例は、「言論の自由といえども、国民の無制約な恣意のままに許されるものではなく、常に公共の福祉によって調整されなければならぬ」（最大判1949.5.18刑集3巻6号839頁）とか、「〔表現の自由は〕極めて重要なものではあるが、しかしやはり公共の福祉によって制限されるものと認めなければならない」（最大判1957.3.13刑集11巻3号997頁＝チャタレー事件）などという言い方をしていたが、問題は、そこにいう「公共の福祉」の中身である。これらの判例は、この点についてきわめて無頓着であって、「公共の福祉」といえるような何かがあれば、表現の自由に対する制限をただちに合憲とするものであった。

(2) 集会・結社の自由も、表現の自由の一形態であり、こんにちでは、とくに重要性の増しているものである。

表現の自由は、個人の自由であるが、同じような考え方をもつ個人が集ま

浦部 法穂 (うらべのりほ)

1946年 愛知県に生まれる

1968年 東京大学法学部卒業

神戸大学教授, 同副学長を経て,

現 職 名古屋大学大学院法学研究科教授

主 著 『違憲審査の基準』(勁草書房, 1985年)

『注釈日本国憲法(上)(下)』(共著)(青林書院, 1984, 1988年)

『ゼミナール憲法裁判』(共著)(日本評論社, 1986年)

『憲法の解釈 I・II・III』(共著)(三省堂, 1989, 1990, 1992年)

『憲法キーワード』(編著)(有斐閣, 1991年)

『「憲法改正」批判』(共著)(労働旬報社, 1994年)

『注解法律学全集・憲法 I・II・III・IV』(共著)(青林書院, 1994, 1997, 1998年, 2004年)

『ドキュメント「日本国憲法」』(共編著)(日本評論社, 1998年)

『事例式演習教室憲法〔第二版〕』(勁草書房, 1998年)

『入門憲法ゼミナール〔改訂版〕』(実務教育出版, 1999年)

『注釈憲法(1)』(共編著)(有斐閣, 2000年)

『いま、憲法学を問う』(共編著)(日本評論社, 2001年)

『現代憲法講義 1〔第3版〕・2』(共著)(法律文化社, 2002, 1989年)

『憲法の本』(共栄書房, 2005年)

『法科大学院ケースブック憲法』(共編著)(日本評論社, 2005年)

けんぽうがくきょうしつ

憲法学教室 (全訂第2版)

[憲法学教室 I 1988年12月25日, 同II 1994年10月15日発行]
[新版・同 I 1994年9月30日, 新版・同II 1996年10月20日]

2000年11月10日 第1版第1刷発行

2006年3月25日 第2版第1刷発行

著 者——浦部法穂

発行者——林 克行

発行所——株式会社 日本評論社

〒170-8474 東京都豊島区南大塚3-12-4 電話03-3987-8621(販売)

振替00100-3-16 03-3987-8598(編集)

印刷所——株式会社 平文社

製本所——松岳社

装 幀——駒井佑二

検印省略 © 2006 URABE Noriho Printed in Japan

ISBN 4-535-51519-0