

政教分離「原則」と信教の自由

孝
忠
延
夫

目次

- 一、はじめに
- 二、箕面忠魂碑をめぐる訴訟について
- 三、政教分離「原則」と信教の自由

一．はじめに

本稿は、箕面忠魂碑をめぐる一連の訴訟を紹介・検討し、それを手がかりとして政教分離「原則」と信教の自由の問題を考察しようとするものである。

箕面忠魂碑訴訟についての詳細な分析は、すでに多くの論者によってなされ、政教分離および信教の自由についてのすぐれた論説も多い。筆者があえて、この問題にアプローチしたのは、日本国憲法における政教分離規定の憲法的性質について今一度考えてみようと思ったからである。政教分離規定の憲法的性質については、それが何らかの意味での「制度」あるいは「原則」を保障したものなのか、「人権」保障としての内容をもつものかについて見解がわかれている。本稿では、充分に明らかにしえない論点が残っていることを念頭においたうえで、政教分離規定は、信教の自由保障の内容をなすものではあるが、それにとどまらず、政教分離「原則」をも明らかにした規定であるとする立場にたって考察をすすめてみたい。

二．箕面忠魂碑をめぐる訴訟について

日本国憲法における政教分離の規範内容を明らかにするための訴訟は、津地鎮祭訴訟以降かなりの数にのぼっている。忠魂碑をめぐる訴訟もいくつかあるが、本稿では、箕面忠魂碑をめぐる訴訟を検討してみることにし、その他の訴訟は、関連する範囲内において論及するにとどめたい。

1. 事実の概要

大阪府箕面市は、市立小学校の増改築工事にもなつて移転の必要が生じた、市遺族会の所有・管理する忠魂碑のために敷地を購入し、忠魂碑を移設・再建するとともに、同土地を遺族会に無償貸与した。この移設前の忠魂碑は、大正五年帝國在郷軍人会が箕面村から箕面小学校の校庭の隣接地を無償貸与され、そこに建設していたものであった。忠魂碑が移設・再建された土地は、当時市が土地開発公社から借り受け、小学校の仮運動場として使用していた土地の一部であり、市はその用途廃止をしたうえで、土地開発公社から七八八二万円余で買い受けたものである。

市のこれらの行為に対して住民Xらは、憲法二〇条、八九条に違反するとして住民訴訟を提起した(忠魂碑訴訟)。Xらの主張は、本件忠魂碑が宗教的な祭祀ないし礼拝の対象となる宗教施設であり、遺族会は宗教上の組織又は団体であるから、市が行なつた忠魂碑の移設や、その敷地の遺族会への貸与は、憲法二〇条、八九条に違反するといふのであった。

また、Xらは、忠魂碑前で市遺族会が神式または仏式で行なつた慰霊祭に市庁舎や小学校の備品を使用させたり、教育長が公務時間内に参列したことに対しても、憲法二〇条、八九条に違反するとして住民訴訟を提起した(慰霊祭訴訟)。

本稿では、この忠魂碑訴訟および慰霊祭訴訟の判決を紹介・検討するが、この事件に関係する判決としては、市遺族会に対する補助金の支出などが政教分離原則に違反するとして住民訴訟が提起され、遺族会の宗教団体性について判断したもの⁽¹⁾(大阪地判昭六三・一〇・一四行集三九卷一〇号九九七頁、判例時報二一九一号三頁)、ならびに、教育委員会の会議録閲覧・謄写を拒否されたことに対して、その処分を取り消しを求めて訴えを提起したもの⁽²⁾(大阪地

判昭五五・九・二四判例タイムズ四二二号六八頁)がある。

2. 忠魂碑訴訟第一審判決(大阪地判昭五七・三・二四判例時報一〇三六号二〇頁)

(1) 判旨

「本件忠魂碑(本件移設前の碑を含む)は、特定の宗旨によるものであるかどうかはともかくとして、宗教的観念の表現である礼拝の対象物となっている宗教施設である。ところが、箕面市は、本件忠魂碑及び本件移設前の碑の敷地として市有地を無償で使用させている。そして、本件移設は、宗教施設である本件忠魂碑をその宗教目的のために維持して使用させようとするものである。そうすると、これらは、箕面市が、宗教活動を援助ないし助長させる行為であるというほかはない。」

「箕面市遺族会が厳格な意味で宗教上の組織若しくは団体であるといえないとしても、本件使用貸借や本件移設は、憲法八九条が禁じている宗教活動に対する公の財産の支出、利用に該当することは明らかである。そうすると、箕面市の本件使用貸借や本件移設行為は、憲法八九条に違反する。」

「また、箕面市は、本件忠魂碑が礼拝の対象物とされていること(慰霊祭つきの忠魂碑であること)を認識しながら、何らの制約を加えることもなく本件使用貸借や本件移設をしたが、その費用の多額なことや継続的關係が生じていくことに照らして、同市は、宗教施設に対し過度のかかりをもったといえる。そのうえ、行為の目的や効果の点から検討しても、本件使用貸借や本件移設は、その目的が宗教的意義をもつと評価されてもやむを得ないものであり、その効果も宗教活動に対する援助、助長、促進になることが明らかであるから、憲法二〇条三項にも違

反する。」

(2) 評釈

本判決は、①当該施設の構造・様式という形式的側面と②移設・再建にともなう宗教的儀式などを判断基準とし、忠魂碑の宗教的性格を、歴史的・社会的に確定するとともに、遺族会の忠魂碑に対する取り扱い方の中に宗教観念を見出している。⁽³⁾

また、本判決は、津地鎮祭最高裁判決(最大判昭五二・七・一三民集三一巻四号五三三頁)を引用し、「国家が宗教とのかかわり合いをもつ場合」におけるその目的・効果を検討している。この目的・効果論の適用については、その政教分離観が最高裁のそれとは異なっているのではないかと考えられる。⁽⁴⁾ 学説には、目的・効果論を用いたこと自体に対する批判もみられるが、その適用の射程を限定していること、厳格な適用をおこなったことを評価すること⁽⁵⁾もできよう。ただ、目的・効果・過度のかかわり合い、という三つの基準が相互にどのような関係にあり、具体的判断において「国家と宗教とのかかわり合いを認めるべき必要最小限度」⁽⁶⁾が何かを明らかにしているわけではない。

なお、「特定の宗旨によるものであるかどうかはともかくとして」と、神道式と仏式の宗教意識の雑居する宗教観念の存在を指摘し、「特定の宗旨」に宗教観念が限定されないことを明らかにした点は、重要であろう。ただ、そのことは、わが国の国民性について「極めて無節操」であると決めつけることを肯定することを意味しない。⁽⁷⁾ 多重信仰、人神信仰なども信仰の一つのあり方だからである。

3. 慰霊祭訴訟第一審判決(大阪地判昭五八・三・一判例時報一〇六八号二七頁)

(1) 判旨

本件の「慰霊祭は、……いずれもいわば典型的な宗教儀式であることは、(その) 実態に徴して明らかである。本件各慰霊祭は、このように、宗教行事そのものであって、この点で、我が国では、慣習化した社会的儀礼の面の評価を受けているいわゆる神式的地鎮祭とか、更には、葬儀などとは、自らその性質を異にするといわなければならない。もつとも、民間団体である支部遺族会が、このような宗教儀式を行うことは、何んら差支えがなく、むしろ、信教の自由として、憲法上保障されているところである。……

ところが、国や地方公共団体が、公務員に対し、このような宗教儀式に参列し、玉串奉奠をしたり、焼香をしたりすることは、当該公務員個人の信教の自由の観点から、如何なる場合でもできないのである。……

そうすると、公務員が、宗教上の儀式に参加することは、それが如何なる必要から行われたものであっても、憲法二〇条二項の解釈上、常に私人としての行為であると解するほかはないのであって、その行為が公の立場、すなわち公務となりうる余地は全くない、といわなければならない。」

(2) 評釈

本判決は、各慰霊祭を憲法二〇条二項にいう宗教儀式であるとした。⁽⁸⁾ 津地鎮祭最高裁判決は、目的・効果基準をもちいて地鎮祭が「宗教的活動」(憲法二〇条三項) にあたらないとしたが、本判決は、二〇条二項の「宗教上の行為等」に含まれる行為か否かを目的・効果基準によって判断したものである。本判決が、慰霊祭を宗教儀式と判断した結論には賛成するものの、憲法二〇条二項で処理したために、慰霊祭への市の関与が同三項にいう宗教的活動にあたるかどうかの判断をはじめとして、政教分離違反についての明示的な判断をいずれの点でも避けたことに対する批判

もある。⁽⁹⁾ すなわち、慰霊祭への出席が公務となりえないというのではなく、行なつてはならない行為として憲法違反の問題が生じないのかどうか、その判断基準として「目的・効果論」を用いるか否かが明らかにされる必要があつたと思われ⁽¹⁰⁾る。

4. 忠魂碑・慰霊祭訴訟控訴審判決（大阪高判昭六二・七・一六判例時報一二三七号三頁）

(1) 判旨

控訴審では、二つの事件が併合された。大阪高裁は、次のような判断を示してXらの訴えを全面的にしりぞけた。

「一般に、新たに再建され又は建立された忠魂碑は本件忠魂碑を含めて専ら戦没者の慰霊・顕彰のための記念碑として認識されており、かつ、忠魂碑を再建し維持することが天皇・日本国・日本国民の優越性を誇示し又は日本国民を侵略戦争に向わせたり、紛争解決手段として武力行使を賛美するものではないと認識されている。……本件忠魂碑と前に慰霊祭を挙行する必要な広場が確保されていたからといって、本件忠魂碑が宗教的な祭祀ないし礼拝の対象物として維持、管理されているものであると断ずることはできないといふべきである。」

遺族会は、「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する団体であつて、宗教の信仰・礼拝又は普及等宗教的活動を目的とするものではなく、……毎年定期的に挙行する神式又は仏式の慰霊祭、靖国神社への参拝等宗教にかかわり合いのある一部の行為は、右目的を遂行するための手段・方法として行われており、神道・仏教の信仰自体を目的として行われているわけではない。」したがつて、市遺族会が憲法八九条前段の『宗教上の組織若しくは団体』、同法二〇条一項後段の『宗教団体』に該当するものと解することはできないといふべきである。」

本件慰霊祭は、「専ら戦没者を慰霊・顕彰するという民間習俗・社会儀礼的意味を明示する目的で举行されたものである。……民間団体の主催する宗教的儀式を伴う慰霊祭に地域の公人が参列する例は少なくないが、いずれも慰霊事業の社会的意義に鑑みて社会的儀礼として行われているものとみることができる。……（被告・教育長は）本件慰霊祭に参列することを求められ、社会的儀礼としてこれに応じ、その範囲内の行為として玉串をささげ、焼香をしたものというべきである。」その参列行為は、「その目的及び効果からみて信教の自由を制度的に保障すべき相当の限度を越えたものと解することはできないから、これが憲法二〇条一項後段、八九条に違反するものとすることはできず、かつ、その効果が宗教に対する援助、助長、促進又は圧迫、干渉になるような行為であるということはできないから、憲法二〇条三項にいう宗教活動にも該当しないというべきである。」

(2) 評釈

本判決は、忠魂碑およびその周辺がかもしだす宗教的雰囲気⁽¹¹⁾を認めつつ、「……雰囲気を感得できるからといって、それが故に直ちに他の記念碑等と性格を異にする宗教施設であると解することは相当でない」と判示し、忠魂碑の性格について、それを記念碑であるとした。忠魂碑⁽¹¹⁾についての歴史的・社会的認識に対する批判はもちろん、移設・再建をめぐる宗教的儀式の評価も問題とされよう。⁽¹²⁾

遺族会が憲法二〇条一項後段、八九条の宗教団体に該当するか否かについて、一審判決は明らかにしていなかった。本判決は、憲法二〇条一項後段の「宗教団体」および八九条前段の「宗教上の組織若しくは団体」を「宗教的活動を目的とする団体」として狭く解した。⁽¹³⁾団体の性格からのアプローチも必要ではあるが、その団体の行なう宗教的な活動（宗教にかかわる活動）に着目し、それに対する市のかかわり方が憲法二〇条三項あるいは八九条の問題となる

のではないかと、とする指摘もある(とりわけ、八九条は宗教的事業ないし活動に着目した規定であろう)⁽¹⁴⁾。

本判決は、教育長の慰霊祭参列行為を宗教的活動ではなく、「社会的儀礼行為」であると結論づけた。一審判決と同じように、教育長などの行為を個別に検討した結果でもあるが、「本来は慰霊祭に対する市の関与を全体として捉えるべきであ」⁽¹⁵⁾ろう。また、この場面でこそ目的・効果論の厳格な適用が必要であるとの指摘もある。

5. 忠魂碑・慰霊祭訴訟上告審判決(最高裁平成五年二月一六日第三小法廷判決民集四七卷三号一六八七頁、判例時

報一四五四号四一頁、判例タイムズ八一五号九四頁)

(1) 判旨

一. 忠魂碑は、「元来、戦没者記念碑的な性格のものであり、……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又は護国神社の分身(いわゆる「村の靖国」)とみることはできない。」

二. 市が忠魂碑に関してした各行為は、「いずれも、その目的は、小学校の校舎の建替え等のため、……右施設の移設、再建を行ったものであって、専ら世俗的なものと認められ、その効果も、特定の宗教を援助、助長、促進し又は他の宗教に圧迫、干渉を加えるものとは認められない。したがって、箕面市の右各行為は、宗教とのかかわり合の程度が我が国の社会的、文化的諸条件に照らし、信教の自由の保障の確保という制度の根本目的との関係で相当とされる限度を超えるものとは認められず、憲法二〇条三項により禁止される宗教的活動にはあたらないと解するのが相当である。」

三、憲法にいう「宗教団体」又は「宗教上の組織若しくは団体」とは、「宗教と何らかのかかわり合いのある行為を行つてゐる組織ないし団体のすべてを意味するものではなく、国家が当該組織ないし団体に対し特権を付与したり、また、当該組織ないし団体の使用、便益若しくは維持のため、公金その他の公の財産を支出し又はその利用に供したりすることが、特定の宗教に対する援助、助長、促進又は圧迫、干渉等になり、憲法上の政教分離原則に反すると解されるものをいうのであり、換言すると、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を指すものと解するのが相当である。」

遺族会は、「いずれも、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には該当しないものというべきであつて、憲法二〇条一項後段にいう『宗教団体』、憲法八九条にいう『宗教上の組織若しくは団体』に該当しないものと解するのが相当である。」

四、市教育長の本件各慰霊祭への参列は、その目的は、「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。」したがつて、市教育長の本件各慰霊祭への参列は、「宗教とのかかわり合いの程度が我が国の社会的、文化的諸条件に照らし、宗教の自由の保障の確保という制度の根本目的との関係で相当とされる限度を超えるものとは認められず、憲法上の政教分離原則及びそれに基づく政教分離規定に違反するものではないと解するのが相当である。」

(2) 評釈

一、忠魂碑の性格

政教分離「原則」と宗教の自由

一審判決は、①忠魂碑それ自体が宗教的性格をもつものであり、②しかも本件忠魂碑が慰霊祭を伴った施設であるところから、③「礼拝の対象物とされている」と判示した。これに對して、控訴審判決は、次のように述べて、その宗教性を否定した。①忠魂碑それ自体がそもそも確立された意図・目的からして、宗教施設とはされていなかった。②また、軍国主義の精神的象徴の中に組み込まれた結果として国家神道を助長する役割を一時果たしてきたにすぎない。③しかも、戦後は、専ら戦没者の慰霊、顕彰のための記念碑として一般に認識されている。

本判決は、控訴審判決をふまえ、判旨一. のように述べて、その宗教施設性を否定した。なお、園部裁判官の補足意見は、忠魂碑の性格いかんにかかわらず、特定の宗教とのかかわり合いが「相当とされる限度を超えるものと認められるか」否かによって判断すべきであるとしている。^⑮

忠魂碑の宗教施設性を否定した判決としては、大阪地判昭六三・一〇・一四(判例時報二二九一号三頁)^⑰、長崎地判平二・二・二〇(判例時報一三四〇号三〇頁)^⑱がある。ただし、後者の判決は、護国神社の神官主宰で神式の宗教儀式により慰霊祭を行なっている忠魂碑(争われた一四碑のなかの一碑)については、神社神道の宗教施設であると判示している。また、福岡高判平四・一二・一八(判例時報一四四四号五三頁)は、忠魂碑が宗教施設としての一面をなお保有していることを認めつつ、目的・効果基準を緩やかに適用して、違憲の主張をしりぞけている。

忠魂碑の法的性格について、学説は、①忠魂碑それ自体に宗教的性格があることを認めるもの、②慰霊祭つきのものであるか否か、宗教とのかかわり合いの程度などを考慮にいれてその性格を決すべきであるとするもの、③現在では、専ら記念碑的性格を有する施設である、とするものなどにわかれる。①は、宗教についての広い定義を前提にするという傾向と、日本国憲法の「信教の自由」保障規定の歴史的意義を強調し、特定の宗教(とりわけ神社神道)と

の結びつきを厳しく解釈する点に特徴がある。本判決は、忠魂碑の記念碑的性格を認め、特定の宗教との結びつきを否定した。これに対しては、①それが「戦没者の慰霊」のために設けられたものであるかぎり、施設の宗教性を否定できない、②記念碑的性格を有することが宗教施設性を否定することを必ずしも意味しない、③「特定の宗教」さらには「特定の一つの宗教」と限定的に解釈するのは意図的ではないか、などの批判がある。

なお、忠魂碑の性格を判断するさいに、目的・効果基準が用いられていることは問題であろう。判決において、目的・効果基準を用いるとしても、それは、「宗教あるいは宗教性を帯びたものに対する国家ないし地方公共団体のかわりの合憲・違憲を判断する基準である。目的効果基準が適用される場合には、まず、その対象となるものの宗教的性格の認定をするのが」⁽¹⁹⁾ 妥当と思われる。

二. 忠魂碑の移設・再建などに対する公金支出と政教分離

「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と解するのが、憲法の率直な解釈であろう。しかし、本判決は、忠魂碑が「宗教施設」に該当しないとしたうえで、市の一連の行為を「目的・効果」基準にもとづいて検討し、そのかわり合いが「信教の自由の保障の確保という制度の根本目的との関係で相当とされる限度を超えるものとは認められ」ないから、宗教的活動にはあたらないとした。

この判断手法に対しては、控訴審判決の不十分さの指摘⁽²⁰⁾に応えたものであるとする見方もある⁽²¹⁾。しかし、このような場合「目的・効果基準を用いて判断しても、それは結論を導くためのたんなるレトリックの意味しかもない」と⁽²²⁾か、「忠魂碑は宗教施設ではないという断定の論理的破綻を意味している。」⁽²³⁾などの厳しい指摘がある。

忠魂碑が「宗教施設」に該当しないとしたうえで、それに対する市のかかわり合いが憲法二〇条三項で禁ぜられた

「宗教的活動」にあたることもありうるから、論理的には最高裁のアプローチを否定することはできないだろう。しかし、その場合でも、「宗教的活動」にあたるか否かを、「目的・効果」基準をつかつて判断することの当否、あるいは、いかなる「目的・効果」基準をつかつて判断するのが適切なのかについては、論議のあるところである。²⁴⁾日本におけるこの基準は、津地鎮祭最高裁判決以後、ほとんどの事例で政教分離を比較的ゆるやかに解するものとしてつかわれているが、「目的・効果」の要件を明確にし、「過度のかかり合い」の基準を要件の一つとして適切に位置づけるならば、厳格な審査基準として機能することも可能なことが指摘されている。²⁵⁾

本判決は、行為の世俗的目的性（小学校の施設拡充など）を重要な考慮要素としている。これに対しては、「行為が世俗性を有しているというだけでは（そのような一面があるというだけでは）不十分であり、『宗教的意義』が少なくとも無視しうる程度のものであることを必要とする」と考えられる。²⁶⁾判決は、「合憲を導きだすために、かかわりの世俗的側面のみ強調してその宗教的側面を捨象している。」²⁷⁾との批判の存するところである。

また、「目的・効果」基準の適用にあたっては、行為の主観的意図のみならず、行為の示す客観的な意味を目的及び効果のそれぞれについて判断することが必要である。この基準を用いて判断する場合には、本来、行為がそのいずれかの要件に該当すれば違憲となるのであり、要件に該当したものを「社会通念」などにしたがって再度判断する余地はないはずであろう。

さらに、本判決は、政教分離原則違反の有無を判断するにあたって、市の行為の効果が「特定の宗教」を援助、助長、促進するものかという狭い問題に絞って判断を加えている。津地鎮祭判決ではそれを神道と明示し、自衛官合祀訴訟判決（最大判昭六三・六・一民集四二巻五号二七七頁）では、「国又はその機関として特定の宗教への関心を呼

び起こし……」という形で付随的に言及されていた。これらのことも含め、本判決は、「政教分離の一般論としても、最高裁がこれまで判決理由としては明示的に採ってこなかった判断の枠組みを示している。」⁽²⁸⁾とも考えられよう。ただ、判決の意図とはおそらく異なるだろうが、国が「特定の宗教」へかかわり合ったときのみならず、非宗教団体（本件では、市遺族会）の「特定の宗教」へのかかわり合いの問題が政教分離の射程距離に入りうるという立場をとったことに結果的にはなっている。⁽²⁹⁾

三、遺族会の性格

本判決は、市遺族会が慰霊祭の挙行、その他の宗教的色彩を帯びた行事を実施し、靖国神社国家護持の推進運動に参画していたとしても、「宗教団体」又は「宗教上の組織若しくは団体」に該当しないとす。すなわち、本判決の特徴は、①宗教とかわり合いのあるすべての組織ないし団体が「宗教団体」にあたるのではなく、②「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」であることを必要とする、という限定的な解釈を行なったことに見いだされよう。

②の団体が、宗教上の団体であることは当然であるから、①のように宗教とかわり合いのある団体が、どのような要件をみたしたときに、憲法で規定するところの「宗教団体」又は「宗教上の組織若しくは団体」にあたるのか、を明らかにするのが最高裁の役割であるとも考えられる。

ここでも、「特定の宗教」がキーワードとしての役割を果しているように思われる。問題となる行為の主体と、その行為の性質をまとめてみると次のようになるだろう。行為の主体としては、(a)国及びその機関（地方公共団体を含む）、(b)宗教団体、(c)非宗教団体があり、行為の性質としては、(x)「特定の宗教」行為、(y)宗教的行為、(z)非宗教的

行為、が考えられる。本件判決は、結論としては「特定の宗教」というしほりをかけて、政教分離違反か否かを判断したという形をとっているが、一方で(a)国及びその機関(地方公共団体をも含む)が『(c)の(z)』(考えられうる最広義のものであろう)にかかわり合いをもったことを、目的・効果基準によって判断しており、憲法の明記する政教分離条項の射程を非常に広くとらえたものと評価することもできよう。(なお、憲法二〇条三項が直接的に禁じているのは、『(a)の(x)』と『(a)の(y)』であり、ここでは「目的・効果」基準適用の余地がないとする見解があることはすでに述べてきたところである。その他の場合には(a)の「かかわり合い」の問題となる。)

四・慰霊祭への公的参列と政教分離

本判決は、忠魂碑が記念碑的性格を有するものであり、しかも、主催者である遺族会が宗教的活動を行なうことを本来的目的とする団体ではないということを前提として、本件慰霊祭への公的参列を社会的儀礼行為であるとした。⁽³⁰⁾

すでにみてきたように、忠魂碑の宗教施設性および遺族会の宗教団体性は、「いずれも市の行為が政教分離原則に反するか否かを考えるにあたって、必ずしも結論を左右する論点ではない」とも考えられるが、「本件で問題とされた市又は市教育長等の行為が、宗教的活動に当たるかどうかを検討するに際して、それが関係した忠魂碑や遺族会の性格を判断することは、やはり大きな意味をもつとすべきだ」との見解もみられる。⁽³²⁾

神社神道との結びつきをたつのは、憲法の最低限の要請であり、たとえ神道との結びつきが認められなくても政教分離違反の問題が生じないわけではない。「特定の宗教」(教育基本法九条二項)とは、ある一つの特定の宗教の布教・宣伝を目的とするものに限定されない、というのが一般的な見解であった。しかし、本判決は、神式・仏式隔年交代の慰霊祭であることから「特定の宗教」儀式ではないと判示した。これに対しては、「このことと靖国信仰は

矛盾するものではなく、靖国信仰優位の下で一定の宗教的多様性が容認されている⁽³³⁾にすぎない、との批判がある。また、本件で問題とされたのは忠魂碑前での慰霊祭であり、「忠魂碑前での慰霊祭がもつ歴史的な固有の性格」⁽³⁴⁾を明らかにすることの重要性も指摘されている。岩手靖国訴訟仙台高裁判決（平成三年一月一〇日行裁例集四二巻一号一頁、判例時報一三七〇号三頁）は、「国またはその機関が靖国神社を公的に特別視し、あるいは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「社会一般に生じさせる」と推測されるならば、そのような国の行為は、社会一般に「特定の宗教（団体）への関心呼び起こす行為」と認められ、政教分離原則の命ずる「国の宗教的中立性を没却するおそれがきわめて大きい」ので、憲法二〇条三項の禁止する宗教的活動にあたるものといわなければならないとしている。

(1) この判決は、憲法上の宗教団体を「信仰についての意見の一致する者によって結成された宗教的活動を目的とする団体」に限定し、日本遺族会とその支部である市遺族会の設立目的と、市遺族会が維持・管理する忠魂碑の性格も考慮して、市遺族会の宗教団体性を否定している。高見勝利・別冊ジュリスト『宗教判例百選（第二版）』五二頁（一九九一年）、熊野勝之「箕面市遺族会補助金違憲訴訟判決批判」法律時報六一巻一七〇頁（一九八九年）など参照。なお、一九九四年七月二〇日大阪高裁で、原告住民の控訴を棄却する判決が言い渡された。熊野勝之「宗教の定義」をしないで、なぜ判断できるのか」法学セミナー四七九号一〇頁（一九九四年）参照。

(2) 宮崎良夫・ジュリスト増刊『昭和五五年度重要判例解説』三五頁（一九八一年）など参照。

(3) この一審判決については、上田勝美・ジュリスト七七二号二七頁（一九八二年）、長尾一紘・判例評論二九〇号一四頁（一九八三年）、百地章・愛媛法学会雑誌九巻二号四九頁（一九八三年）、笹川紀勝・ジュリスト増刊『昭和五七年度重要判例解説』一七頁（一九八三年）、平野 武・宗教法二号一六〇頁（一九八四年）、小林直樹・Law School 四六号二四頁（一九八二年）など参照。

(4) 笹川教授は、「本判決は、津地鎮祭控訴審判決（名古屋高判昭四六・五・一四判例時報六三〇号三〇頁）がとった宗教的

行為と習俗的行為の区別の基準……を考慮していると思われる。それゆえに本判決は、……津地鎮祭最高裁判決に厳しく対立している」とされる。笹川紀勝・前掲一八頁。

- (5) 上田勝美「忠魂碑訴訟大阪地裁判決の意義と課題」ジュリスト七七号二七頁(一九八二年)、横田耕一「『宗教の自由』の問題状況」Law School 四六号四頁(一九八二年)、粕谷友介「箕面忠魂碑違憲訴訟」法学教室二二号七九頁(一九八二年)など参照。

- (6) 笹川・前掲一九頁。

- (7) 判決は、「我が国の国民性は、宗教については極めて無節操であり、神と人との区別がつかない特異な民族である」と述べるが、このような決めつけに対する批判として、横田・前掲五頁。

- (8) この一審判決については、上田勝美・ジュリスト七八九号四二頁(一九八三年)、横田耕一・ジュリスト増刊「昭和五八年度重要判例解説」二二頁(一九八四年)、渡辺良一・法と政治三四卷二二五頁(一九八三年)、長谷部恭男・自治研究六〇卷一〇号一四一頁(一九八四年)など参照。

- (9) 横田・前掲(註8)二二頁。横田教授は、第一に、慰霊祭への教育長の参列の問題が、二〇条二項解釈の問題とされたために、当該教育長の信教の自由の問題として処理されてしまったこと、第二に、市職員の関与を「公務」としつつ、慰霊祭の準備行為を慰霊祭そのものとは区別して、宗教儀式とは認定しなかったこと、などに疑問を呈されている。また、憲法二〇条二項と同三項との関係については、佐藤幸治「憲法(新版)」四三六頁(一九九〇年)参照。

- (10) 松井茂記「箕面忠魂碑・慰霊祭訴訟控訴審判決について(下)」判例評論三五二二二頁、六頁(一九八八年)。

- (11) この控訴審判決については、初宿正典・ジュリスト八九四号八八頁(一九八七年)、右崎正博・別冊ジュリスト「憲法判例百選Ⅰ(第二版)」七二頁(一九八八年)など参照。

- (12) 忠魂碑の「様式・構造は重要な要素であり、儀式も宗教的でないとはいえないであろう。」(粕谷友介・ジュリスト増刊「昭和六二年度重要判例解説」一四頁、一六頁(一九八八年))。また、「見落としてならないのは、天皇制イデオロギーと忠魂碑とのかわりであろう。(本判決はこの)問題を軽視しすぎてはいないだろうか」との批判がなされている(右崎・前掲七二頁)。もちろん、忠魂碑がそれ自体宗教施設であるとするならば、市の移設・再建行為が憲法二〇条三項のいう「宗教的活動」にあたり、本来「目的・効果論」の出番はないはずであることは、浦部教授の指摘されてきたところである。

浦部法穂・別冊ジュリスト『宗教判例百選(第二版)』四六頁(一九九一年)。

(13) この点に対する批判として、浦部・前掲(註12)四七頁など。

(14) 粕谷・前掲(註12)一六頁。

(15) 松井・前掲七頁。

(16) 本最高裁判決については、右崎正博・別冊ジュリスト『憲法判例百選Ⅰ(第三版)』一〇〇頁(一九九四年)、高橋利文・ジュリスト一〇二六号八〇頁(一九九三年)、同・法曹時報四五卷九号二二頁(一九九三年)、大石 眞・判例評論四二二号二頁(一九九四年)、拙稿・ジュリスト増刊『平成五年度重要判例解説』二六頁(一九九四年)など参照。

(17) 高見・前掲五二頁。

(18) 土屋英雄・別冊ジュリスト『宗教判例百選(第二版)』五八頁(一九九一年)、野坂泰司・ジュリスト増刊『平成二年度重要判例解説』一六頁(一九九一年)。

(19) 平野 武・民商法雑誌一〇九卷六号一三三頁、一四〇頁(一九九四年)。

(20) 松井・前掲四頁など。

(21) 高橋利文・前掲(法曹時報)二四四頁。

(22) 芦部信喜「政教分離原則の限界(2)」法学教室一五五号八二頁、八七頁(一九九三年)。

(23) 浦部法穂「自治体による忠魂碑移設等と政教分離」法学教室一五四号一〇九頁、一一二頁(一九九三年)。

(24) 高柳信一「国家と宗教」法学セミナー増刊「思想・信仰と現代」二頁(一九七七年)、浦部法穂『新版憲法法学教室Ⅰ』一七四頁(一九九四年)、棟居快行「人権論の新構成」三四四頁(一九九二年)など参照。

(25) 芦部信喜「国家の宗教的中立性」法学教室八五号六頁(一九八七年)、諸根貞夫「『目的効果基準』再検討に向けた一考察」高柳信一先生古稀記念『現代憲法の諸相』七三頁(一九九二年)など。

(26) 平野 武「愛媛玉串料事件地裁判決の意義と射程」龍谷法学二二卷四号七四頁、八九頁(一九九〇年)。

(27) 土屋英雄「信教の自由の射程と政教分離」ジュリスト一〇三七号一四〇頁、一四二頁(一九九四年)。

(28) 長谷部恭男「箕面忠魂碑・慰霊祭訴訟上告審判決」ジュリスト一〇二六号四八頁(一九九三年)。長谷部教授は、本件判旨の特徴を次のように述べられる。「政教分離原則違反の有無を判断するにあたって、市の行為の効果が『特定の宗教』を

政教分離「原則」と信教の自由

九七 (六五三)

援助、助長、促進するものかという狭い問題に絞って判断を加える点にある。……この判断の枠組みは、市教育長の慰霊祭への参列が政教分離原則に反しないとの結論を導く上でも主要な役割を果たしている。」(同・四九頁)

(29) 高橋和之・別冊ジュリスト『宗教判例百選(第二版)』四八頁(一九九一年)。大石 眞教授は、「要するに、宗教にかかわる公的機関の行為の合憲性を判定する目的効果の基準を、その行為の相手方たる私的団体の性格や活動内容を判定するのに用いることは、判断すべきポイントを見誤つたものと言われても仕方があるまい」(前掲一六頁)と述べられる。

(30) 地方自治法二四二条の二第一項四号にいう「当該職員」に関する判断などは、財務会計上の行為を行なう者にかかわる住民訴訟の可能性を広げるものであり、評価されている。平野・前掲(註19)一四九頁。

(31) 長谷部・前掲五〇頁。

(32) 大石 眞・判例評論四二二号(一九九四年)一二頁、一四頁。

(33) 土屋・前掲(註27)一四二頁、同旨・松井・前掲(判例評論三五二号)七頁、また、瀧澤信彦「最近の靖国神社関係諸判決について」宗教法一一号一五五頁(一九九三年)参照。

(34) 平野 武「忠魂碑と慰霊祭をめぐる歴史認識」龍谷法学一六卷一号一頁、二五頁(一九八三年)。

三. 政教分離「原則」と信教の自由

1. 政教分離規定の憲法的性質

(1) 日本国憲法における政教分離規定

政教分離規定が「信教の自由」の保障にとってどのような意味をもつのかについて、歴史的・比較憲法的にみても、「信仰の自由ないし宗教的行為の自由は、政教分離の原則を伴うことによつて初めて確立される、という思想を明らかにする権利宣言が少なくないこと」⁽¹⁾が指摘されてきた。

日本国憲法における政教分離規定の憲法的性質をめぐる論議について、それが制度や原則を定めたものであるとす

る判例・通説と、人権規定であるとする有力な反対説との対立があることは周知のところである。

信教の自由を確保するための手段として政教分離原則が定められているとする制度的保障説⁽²⁾に対しては、

①憲法上、一定の制度の維持を積極的に命じた制度的保障の規定とは異なり、政教分離には、保障の対象とされるべき制度が存在しない。制度的保障は、社会的に存続してきた既存の制度の存在を前提とし、その制度に対して憲法が特別の保障を与えたという点に着目する理論である。⁽³⁾これに対して、政教分離「原則」は、国教の樹立などを禁ずるという、国家に対する行為規範にとどまるものである。

②憲法上の規定が制度的保障であるとされることによつて、その制度の形成・規制が大幅に認められることになる。その結果として、当該制度的保障が奉仕すべき人権規定の保障が弱められることになる。などの批判がみられる。

政教分離は、「狭義の宗教の自由を強化ないし拡大する人権保障条項であ」り、⁽⁴⁾信教の自由という人権保障の内容をなすとする「人権」説⁽⁵⁾に対しては、

- ①人権としての政教分離の具体的内容がいかなるものなのか不明である、
- ②人権規定と解する根拠が明確でない、
- ③信教の自由とは異なつた独自の人権性が、どのように認められるのか不明確である、
などの批判がなされている。

津地鎮祭最高裁判決（一九七七年）が採つた「制度的保障」論をはじめとする制度的保障説については、それがシムミット（彼は、「自由は決して制度ではない」という大前提から出発する）の説いた「制度的保障論」と單純に

同一でないことは明らかにされてきたし、安易に「いわゆる制度的保障の規定」と解することへの疑問も述べられてきた。⁽⁶⁾そして、それを制度的保障と呼ぶかどうかはともかくとして、「人権保障規定としての性格を色濃くもつ」⁽⁷⁾民主主義の原理であることが承認されるようになってきている。また、政教分離が制度や原則、国の統治のあり方を定めたものであるとしても、それがどのような規範内容をもつもののかについて、学説はわかれている。さらには、人権説が「人権としての政教分離」なるものを想定しているのではなく、政教分離は信教の自由という人権保障の内容をなす、という主張であることも明らかにされている。⁽⁸⁾

ここでは基本的には、人権説にたちつつ、「政教分離は、信教の自由という人権保障の内容をなす」という見解について、試見を述べてみたい。

(2) 政教分離は、信教の自由という人権保障の内容につきるのか？

「狭義の信教の自由」と「広義の信教の自由」という区別をする論者のアプローチを念頭におきつつ、そのアプローチとは逆に、政教分離規定が信教の自由という人権保障の内容をなすものにつきるのかどうかを考えてみることも可能であろう。

① 信教の自由という人権保障の内容をなす政教分離

政教分離が人権規定ではないとされる理由として、その名宛人が国家であることなどが挙げられる。しかし、その内容と性質を明らかにすることが必要ではあるが、それぞれの人権の規範内容と性質を明らかにする前に、人権規定ではないという結論があるわけではなからう。

たとえば、「検閲の禁止」は、国家を名宛人とする規定ではあるが、「表現の自由」という人権保障の重要な内容を

構成するということが認められている。「この原則（事前抑制の禁止の原則）は、長く言論の自由の保障の核心をなすと考えられてきた。」⁽⁹⁾とか「憲法による『表現の自由』の保障には、事前抑制の原則的禁止が含まれるということは一様に承認されている。」⁽¹⁰⁾などと述べられている。したがって、「検閲の禁止」（引用部分では「事前抑制の原則的禁止」）が、「表現の自由」という人権保障の重要な内容を構成するのと同じように、政教分離が信教の自由という人権保障の重要で不可欠の内容をなすことが日本国憲法に明記されているとする解釈は可能であり、なんら不自然ではなからう。

② 信教の自由という人権保障の内容に含まれない政教分離「原則」

政教分離の法的性質について、戸波江二教授は、次のように述べられる。「それは、基本的には国家と宗教との結合を禁止する法命題であり、宗教との関わりを国家に対して禁止する法原則であると解され、さらにその上に、個人の独自の人権保障と解することは論理的にできないように思われる。この意味で、政教分離原則は、憲法九条の戦争の放棄、戦力の不保持の規定、憲法八九条の公金の支出制限の規定などと同様の性格の規定であるといえよう。」⁽¹¹⁾すなわち、戸波教授は、政教分離規定それ自体は、「人権規定というよりも客観的な法原則である」とされるのである。⁽¹²⁾戸波教授は、政教分離が「原則」であることを理由として、それが「人権」規定でない主張されるのであるが、「原則」としての性格を有することを認めつつ、それが「人権」としての性格をも有することを認めること、すなわち一つの条項が複数の側面をもつことも十分に考えられるのではないだろうか。⁽¹³⁾一方、浦部法穂教授は、政教分離が信教の自由の内容に含まれると述べられるが、政教分離規定の規範内容は、信教の自由の内容に尽きるものなのだろうか。

政教分離規定が信教の自由の内容に含まれると解したうえで、政教分離の保障がそれに尽きるのか、と考えてみると、それ以上の内容を政教分離規定は含んでいないかと思われる。「法の下の平等」が平等権という人権を規定するとともに、平等原則をも保障したものであるとする解釈などが参考になろう。

平等権と平等原則について、次のように述べられている。「個人権であるとともに人権の総則的な意味をもつ重要な原則が『法の下の平等』である。」⁽¹⁴⁾、「一四一条一項は、抽象的な原理の宣言ではなく、具体的な権利を保障する裁判規範である。」⁽¹⁵⁾、「一四一条一項後段は、前段の一般原則をうけて、……と定め、いっそう具体的に平等原則の内容を明らかにしている。」⁽¹⁶⁾

「法の下の平等」をめぐる解釈論などを参考にすれば、政教分離が「人権」の内容をなす規定なのかそうではないのか（制度的保障など）、という選択ではなく、日本国憲法における政教分離規定は、「信教の自由」という人権規定であるとともに、それにとどまらない政教分離原則をも定めた規定であると解することも可能であろう。なお、笹川紀勝教授は、生存権の法的性質を例に出して、次のように述べられる。「生存権の中に個人的な訴権を与えない国家の政策的宣言の側面があるのを認めざるを得ないが、それでも生存権は人権である。」⁽¹⁷⁾

それでは、人権規定にとどまらない政教分離原則とは、何を意味するのか、と問われるであろう。従来、政教分離原則の問題として論じられた多くのテーマは、そのほとんどが「信教の自由」の問題と考えられる。安念潤司教授は、「現実には、宗教に対する政府の組織的・体系的な関与であって、それゆえに、長期的に重大な宗教的效果を及ぼしかねない行為であっても、……意識的な違憲論が提起されなままになっているものが多い」⁽¹⁸⁾ことを指摘される。そこで挙げられた例が、必ずしも本稿でいう政教分離「原則」の問題とはいえないが、「単発的なエピソード」として

生起する「信教の自由」侵害の問題とは区別された規範内容を政教分離原則がもつことを考えることができよう。なお、政教分離「原則」違反は、公序に反し、私人に対する関係で違法な行為となる（自衛官合祀訴訟第一審判決）という理論構成も可能かもしれない。

日本国憲法における政教分離規定の意味を考えると、国家神道との関係をぬきにして論ずることができないことは、これまでに指摘されてきたところである。⁽¹⁹⁾ 政教分離をめぐる多くの憲法訴訟が、皇室祭祀、靖国神社などのかわりを問うものであることは、このことを示している。しかしながら、これらの訴訟は、全体としてそれらの動向をみたときに、日本国憲法における政教分離規定の規範内容を明らかにしようというものではあるが、個別的に生起する事件のそれぞれにおいて、人権侵害が主張され、権利救済が求められる性質のものであろう。このような「人権規定」としての意味に止まらず、日本国憲法は、国是として、換言すれば「国家政策の指導原則」として、国家と宗教との分離を明言している規定でもあるとすることも可能ではないだろうか。⁽²⁰⁾

このような考えに対しては、人権説からの、「それは旧来の制度的保障説の言い換えにすぎないのではないか」との批判が予想され、制度的保障説からは「政教分離が人権ではなく『原則』だと述べているのと同じではないか」との批判が予想される。しかし、何度も繰り返すように、政教分離は、人権保障の内容をなすものではあるが、それにとどまらない規範内容をも有するのではないか、というのがここでの眼目である。⁽²¹⁾

③ 「狭義の信教の自由」と「人権保障の内容をなす政教分離」との関係

政教分離は、信教の自由の保障のためのたんなる手段として位置づけられるのではなく、信教の自由の確立にとつての「必須の前提」⁽²²⁾である。⁽²³⁾ また、政教分離条項は、狭義の信教の自由によって保障された範囲をこえて、国家権力

の行使の制限を行なおうとする規定であり、「狭義の信教の自由の保障には収斂されない独自の意義」⁽²⁴⁾を有するものである。それでは、人権保障の内容をなす政教分離は、「狭義の信教の自由」とどのように区別されるのであろうか。

高柳信一教授は、政教分離違反とされるためには、「国民がそれに服従することを義務づけられるとか、国民がそれへの参加を強制されるとか等々、これに強制の要因が附着することを必要としない」⁽²⁵⁾とされ、「強制」の要素の有無によって区別されている。信教の自由に対する間接的な圧迫をも排除することによってはじめて、信教の自由の保障が完全なものになるとする立場を日本国憲法は採用していると解するのである。この趣旨は、次のようにまとめることも出来よう。「信仰の自由条項は、強制による侵害からの保障であり、政教分離条項は国家的関与による侵害からの保障である。前者の条項違反は『強制』の契機によって生じ、後者の違反は『関与』の契機によって生じる」⁽²⁶⁾。ただ、狭義の信教の自由侵害の要件として「強制」の契機が必要であるとしても、あまりにも厳格な「直接的強制」要件を必要であるとするならば、精神的自由としての信教の自由の保障範囲はきわめて狭いものとなってしまふ。長岡徹教授が、「信教の自由は精神的自由であり、精神的自由の行使に対する萎縮的效果は排除されるべきだとするならば、『強制』の要素を再検討すべきだろう」⁽²⁷⁾と述べられるのは、精神的自由の一つとしての信教の自由は、国家が特定の宗教と結びつくことによって簡単に萎縮させられてしまうというデリケートな性格をもつことを考慮されるからであらう。

両者の関係は、基本的には「内的整合の問題であり、両者は二律背反ではない」⁽²⁸⁾。それでは、この二つの関係が問題となったときには、どのように考えるべきであろうか。高柳教授は、政教分離と社会国家原則との間の調整原理および政教分離と狭義の信教の自由との衝突の場合についての解決の基準として、いわゆる「目的・効果論」が用いら

れるべきであるとされる。高柳教授は、その機能が「宗教的少数者がその信奉する宗教の故に實質的に不利益を負われる結果を避ける」ことにあるとされ、この目的以外に「目的・効果論」を用いることは少数者の抑圧につながる(29)と述べられる。これに対して、棟居快行教授は、目的・効果論が社会通念という名の下に多数者の感覚に依拠して運用されやすいことを指摘され、「強制」の要件それ自体を拡張し、「間接的強制」をも狭義の信教の自由の問題としてとらえられる。そして、宗教中立的な規制が宗教的少数者に結果として及ぼす「間接的・付随的」強制をも信教の自由の問題と把握することが可能であることを示されている。(30)

2. 宗教的少数者の信教の自由と政教分離

信教の自由の内容をなす政教分離が、宗教的少数者の信教の自由のみを保障するためのものではないことは言うまでもない。が、その性質、規範内容の射程は、宗教的少数者の信教の自由の保障とその限界によって明らかになることも確かであろう。というのは、「宗教」(広い概念での)を政治支配の有効な手段として用いることを国家(世俗権力)が断念せざるをえないのは、「宗教的少数者の強力な内面的確信と自覚が存在する」(31)からである。

ルターや、カルヴィンなどの宗教改革者たちが、個人の信教の自由の擁護者でも、国家と宗教との分離の実現者でもなかったことはよく知られている。国民一人ひとりからみれば、自分の生活する土地の支配者の宗教が変わった(例えば、カソリックからカルヴィニズムに)というだけで、自己の内心からわき出る信仰告白の自由、信仰選択の自由が与えられてはいなかったからである(ツウィングリ派宗教改革の本拠チューリッヒでの宗教弾圧の例など)。その意味で、国家と宗教との分離は、個人のレヴェルからみれば、国家からの自由であるとともに、宗派(教団な

ど)からの個人の自由でもあった。政教分離の保障が人権保障の内容をなすということの意味の重さは、これらの歴史的事実からも生じている。

日本における「多重信仰」の存在、「複合宗教の信仰」あるいは「宗教意識の雑居性」などが指摘されてきた。この「多重性」を前提とした信仰に対しては寛容であるが、信仰選択の自由が必ずしも国民に「開かれた社会」であるとは言えないようである。一定の同質化をなしえない宗教信仰に対しては、異端視する社会的意識がかなり強固に存続しており、信仰の自由な選択への萎縮効果はかなり大きいと思われるからである。⁽³²⁾このような社会では、深い宗教的確信が、多くの人からは個人の単なる好みの問題としか理解されず、宗教的少数者が「寛容」の精神をもって多数者へ同調することを強いられる。宗教的少数者に対しては、政治的・宗教的コミュニティのアウトサイダーであるというメッセージが日常的に送られている社会ということもできよう。したがって、政教分離の問題を考えるにあたっては、「国民感情」や「社会通念」による宗教的「中立」性の安易な定義ではなく、逆に、政教分離の厳格さを、宗教的少数者の真摯な申し立てに基づいて判断する手法が裁判所に求められていると考えられる。⁽³³⁾この意味で、自衛官合祀訴訟最高裁大法廷判決には問題が多いと言わざるをえない。問題となった行為に対する一般人の評価や、仮想的な「合理的観察者」などを想定して判断しようとするアプローチではなく、危害を受けたと合理的に主張している個人に、判断の本来的視点をおくアプローチが求められている。文面上、中立的に見える規制が、信教の自由な行使に不当に負担を課し、精神的に大きな苦痛を与えることは十分に起こりうる。一般的な法律の中立的な規制によって、信教の自由を不当に制限された宗教的少数者に対して、一定の『配慮』を行なうことは、「決して当該宗教に対して『有利な取扱い』をすることではなく、……相対的に不利な立場におかれている少数派の宗教に、多数派の宗教が政

治過程を通じて獲得しうるであろうのと同じ適切な配慮を与える³⁴⁾ことだと解される。

- (1) 芦部信喜「信教の自由」法学教室一四七号五三頁（一九九二年）。芦部教授は、信教の自由を支える基本的な理念として、①自発性の理念、②中立性の理念、③分離の理念の三つを挙げられる。（同・「国家の宗教的中立性」法学教室八五号六頁（一九八七年））
- (2) 制度的保障論については、山下健次「政教分離の原則と制度的保障の理論」Law School 四六号一五頁（一九八二年）、笹川紀勝「信仰の自由と政教分離の關係」ジュリスト七七号三一頁（一九八二年）など参照。
- (3) 戸波江二「政教分離原則の法的性格」（芦部信喜先生還暦記念『憲法訴訟と人権の理論』（一九八五年）所収）五二五頁、五三〇頁。
- (4) 高柳信一「政教分離判例理論の思想」（下山瑛二ほか編『アメリカ憲法の現代的展開』二二二頁、二二三頁（一九七八年））。
- (5) 例えば、横田耕一教授は、次のように述べられる。「日本国憲法の政教分離規定は、『間接的な強制』からの信仰の自由を保障した人権規定として解釈されなければならず、政教分離違反の行為が存在するところではそれ自体で人権侵害の存在が推定され、信仰の自由を侵害されたと感じる者は訴訟が提起できるとされなければならない。」（『日本国憲法における「政教分離原則」——その背景と意義——」社会科学論集三二集一頁、二四頁（一九九二年））。
- (6) 芦部信喜「政教分離原則の意味」法学教室一五二号八〇頁、八二頁（一九九三年）。政教分離が諸規定の総称なのか、解釈指針なのか、あるいは独自の法源なのかについて、松井・前掲（判例評論三五〇号）一六二頁。
- (7) 芦部・前掲（註6）八三頁。
- (8) 詳しくは、浦部法穂「政教分離規定の性格——『政教分離』人権』説批判に答えて——」『現代憲法の諸相』四九頁（一九九二年）参照。
- (9) 伊藤正己『憲法（新版）』三三三—三四頁（一九九〇年）。
- (10) 佐藤幸治『憲法（新版）』四五九頁（一九九〇年）。
- (11) 戸波江二・前掲（註3）五四二頁。
- (12) なお、政教分離違反を争う原告適格について、松井・前掲（判例評論三五〇号）二頁、棟居快行『人権論の新構成』三三二—政教分離「原則」と信教の自由

- 七頁(一九九二年)、戸波江二「信教の自由と宗教的人格権」法学セミナー四七六号七六頁(一九九四年)など参照。
- (13) 基本的自由が個人権であるとともに、客観的制度でもあることを論ずるドイツの学説について、赤坂正浩「二つの制度的保障論——C・シュミットとP・ヘーベル——」法学四九卷一号八二頁(一九八五年)など参照。
- (14) 芦部信喜『憲法』一〇七頁(一九九三年)。
- (15) 伊藤正己・前掲書二二九頁。
- (16) 同・二四二頁。
- (17) 笹川紀勝『憲法講義2 基本的人権』九九頁(一九七九年)。
- (18) 安念潤司「信教の自由」(講座 憲法学3)一八九頁、二〇五頁(一九九四年)。
- (19) 平野 武「明治憲法下の政教関係」公法研究五二号五六頁(一九九〇年)。平野教授は、「国家神道は近代天皇制国家の宗教的表現といふべきであり、明治憲法下の政教関係はまさに政治の宗教に対する関係としてとらえなければならぬであろう」(同・六八頁)とされる。浦部法穂「靖国問題と裁判所の憲法感覚」芦部先生古稀記念『現代立憲主義の展開 上』四四三頁(一九九三年)、大久保史郎「愛媛靖国訴訟控訴審判決の批判的考察」ジュリスト一〇一四号一三〇頁(一九九二年)など参照。
- 日本国憲法における政教分離が抽象的な国家と宗教との分離を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」(浦部『新版憲法学教室I』一七〇頁(一九九四年))といわれるとき、その憲法規範の射程は人権としての内容にとどまるものではないだろう。また、横田耕一・前掲(註5)三頁、小林直樹「自衛官合祀訴訟最高裁判決の検討」法律時報六〇卷一〇号五二頁(一九八八年)など参照。
- (20) 長尾英彦「公権力と宗教——大阪地裁像訴訟を契機として——」中京法学二八卷三・四号六七頁、八〇頁(一九九四年)、拙稿「インド憲法における基本権の保障と国家政策の指導原則」関西大学法学論集四三卷一・二号二九頁(一九九三年)など参照。また、ここで問題となる国家と宗教とのかわり合いは、「行政的なもの」というよりは、「政治的なもの」だということもできよう。

(21) 棟居教授が、次のように述べられているのが参考になろう。「政教分離原則には、近代国家が非合理的な宗教的諸価値から解放されて世俗的・合理的な政策決定をなしうようになることもあるのであるから、これを人権論の観点からのみ捉える

ことは一面的といわざるをえない。」(「政教分離と違憲国賠訴訟の論点」判例時報一三八九号三頁、八頁(一九九一年)(傍点引用者)

(22) 鶴飼信成『新版 憲法』九一頁(一九六八年)

(23) アメリカの判例でも述べられているように、「したり落ちる程度の流れにすぎない」中立の原則に対する侵害も「またたく間にたけり狂うごとき激流となりうる」から、国教禁止条項に対する「比較的軽微な侵害」を軽視し、国家の行為を正當化することはできないだろう。瀧澤信彦「政教分離原則と目的・効果テスト」公法研究五二七頁、七四頁(一九九〇年)参照。

(24) 後藤光男「政教分離の脱法行為(1)」早稲田社会科学研究所三四号一一頁(一九八七年)

(25) 高柳信一・前掲(「政教分離判例理論の思想」)二九六頁。

(26) 後藤・前掲一一三頁。

(27) 長岡 徹「信教の自由と政教分離原則——神戸高専事件を契機として——」法と政治四五卷一頁二二頁、二七―八頁(一九九四年)。長岡教授は、神戸高専事件における原告らの主張は「やむにやまれざる利益テストの神戸高専事件への適用を主張したのだが、そのことは実は、信教の自由の侵害要件としての『強制』の要素の再検討を前提にするものであった」(同・四〇頁)と述べられる。棟居快行「天皇教と政教分離」法学セミナー四七七号七三頁(一九九四年)も参照。

(28) 土屋英雄「信教の自由の射程と政教分離」ジュリスト一〇三七号一四〇頁、一四三頁(一九九四年)

(29) 高柳信一「国家と宗教——津地鎮祭訴訟判決の検討——」法学セミナー増刊「思想・信仰と現代」二頁、五頁(一九七七年)。

(30) 棟居・前掲書三三〇頁以下、芦部信喜「信教の自由の限界」法学教室一五〇号四九頁(一九九三年)、長岡・前掲三七頁。芦部教授は、レーモン・テストは財政的な援助の場合にかざられ、それ以外の事件には、より厳しい基準を考えた方がよいのかもしれない、と述べられる(芦部・前掲(法学教室八五号)二〇頁)。

(31) 高柳・前掲書三三二頁、同・「近代国家における基本的人権」(東大社研『基本的人権』)三頁、六〇頁(一九六八年)以下参照。なお、宗教的少数者保護の見地から「宗教」概念を広くとらえるべきだとするものに、小林 節「アメリカ憲法における『宗教』概念」法学研究六二巻二号一頁、一五頁(一九八九年)。

政教分離「原則」と信教の自由

- (32) 「重層的・雑居的信仰については、それが一つの方向づけをもっており、これを受けいれない人々に対しては決して排他的でないとはいえない。」(平野・前掲〔民商法雑誌〕一四一頁) また、池田政章『憲法と宗教』の歴史心理——法文化論への誘い」公法研究五二号三〇頁(一九九〇年)など参照。
- (33) 横田・前掲 (Law School 四六号) 四頁、一四頁。
- (34) 野坂泰司「公教育の宗教的中立性と信教の自由——神戸高専事件に則して——」立教法学三七号一頁、一三三頁(一九九二年)。