

公法判例研究

九州公法判例研究会
九州大学大学院法学研究科博士課程

西村，枝美
九州大学大学院法学研究科博士課程

<https://doi.org/10.15017/2122>

出版情報：法政研究. 65 (2), pp.319-333, 1998-10-21. 九州大学法政学会
バージョン：
権利関係：

公法判例研究

九州公法判例研究会

愛媛県玉串料訴訟上告審判決

最高裁平成九年四月二日大法廷判決、平成四（行ツ）一五六号、損害賠償代位請求事件、一部破棄自判、一部上告棄却。民集五一巻四号一六七三頁

西村 枝美

【事件の概要】

本件は、愛媛県において、昭和五六年から昭和六一年にかけて、宗教法人靖國神社の挙行した春季または秋季の例大祭に対して奉納する玉串料として九回にわたり各五千元（合計四万五千元）、七月中旬のみたま祭に際して奉納する献灯料として四回にわたり各七千元または八千元（合計三万一千元）、そして、宗教法人愛媛県護國神社の挙行した

春季または秋季の慰霊大祭に際して愛媛県遺族会を通じて奉納する供物料として九回にわたり各一万円（合計九万円）が、それぞれ県から支出されたことに対して（以下これら三通りの支出を「本件支出」という）、本件支出を憲法二〇条三項、八九条等に照らして許されない財務会計上の行為に当たるとして、愛媛県住民であるXらが、地方自治法二四二条の二第一項四号に基づく損害賠償代位請求住民訴訟を提起した事例である。

第一審において、本件支出はその目的が宗教的意義をもつことを否定することができないばかりではなく、その効果が靖國神社または護國神社の宗教活動を援助、助長、促進することになるものとされた。したがって、本件支出によって生じる県と靖國神社または護國神社との結びつきは、我が国の文化的・社会的諸条件に照らして考えるとき、もはや相当とされる限度を超えるものであるから、憲法二〇条三項の禁止する宗教活動に当たり、違法なものといわなければならないと判示された。

これに対して、第二審において、本件支出は宗教的な意義をもつが、一般人にとって神社に参拝する際に玉串料等を支出することは過大でない限り社会的儀礼として受容さ

れているという宗教的評価がなされており、知事は遺族会援護行政の一環として本件支出をしたものであって、それ以外の意図、目的や深い宗教心に基づいてこれをしたものではないし、その支出の程度は、少額で社会的な儀礼の程度にとどまっており、その行為が一般人に与える効果、影響は、靖國神社または護國神社の第二次世界大戦中の法的地位の復活や神道の援助、助長についての特別な関心、気風を呼び起こしたりするものではない。以上のことから、本件支出は、神道に対する援助、助長、促進または他の宗教に対する圧迫、干渉等になるようなものではないため、憲法二〇条三項、八九条に違反しないと判断された。

この判断に対し、住民側から全部破棄を求める旨の上告の申立てが、県側からは上告棄却の判決を求める申立てがあった。

【判旨】 一部破棄自判、一部上告棄却

「神社神道においては、祭祀を行うことがその中心的な宗教上の活動であるとされていること、例大祭および慰霊大祭は神道の祭祀にのっとり行われる儀式を中心とする祭祀であり、各神社の挙行する恒例の祭祀中でも重要な意

義を有するものと位置付けられていること、みたま祭は、同様の儀式を行う祭祀であり、靖國神社の祭祀中最も盛大な規模で行われるものであることは、いずれも公知の事実である。そして玉串料及び供物料は、例大祭又は慰霊大祭において右のような宗教上の儀式が執り行われるに際して神前に供えられるものであり、献灯料は、これによりみたま祭において境内に奉納者の名前を記した灯明が掲げられるというものであって、いずれも各神社が宗教的意義を有すると考えていることが明らかである」

「これらのことからすれば、県が特定の宗教団体の挙行する重要な祭祀にかかわり合いをもったということが明らかである」

「そして、一般に、神社自体がその境内において挙行する恒例の重要な祭祀に際して右のような玉串料等を奉納することは、…起工式とは異なり、時代の推移によって既にその宗教的意義が希薄化し、慣習化した社会的儀礼にすぎないものになっているとまでは到底いうことができず、一般人が本件の玉串料等の奉納を社会的儀礼の一つにすぎないと評価しているとは考え難いところである。そうであれば、玉串料等の奉納者においても、それが宗教的意義を

有するものであるという意識を大なり小なり持たざるを得ないのであり、このことは本件においても同様というべきである」

「県が他の宗教団体に対して同様の支出をしたという事実がうかがわれないのであって、県が特定の宗教団体との間のみ意識的に特別のかかわり合いを持ったことを否定することができない」

「これらのことからすれば、地方公共団体が特定の宗教団体に対してのみ本件のような形で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ものであるとの印象を与え、特定の宗教への関心を呼び起こすものといわざるを得ない」

「以上の事情を総合的に考慮して判断すれば、県が本件玉串料等を靖國神社又は護國神社に前記のとおり奉納したことは、その目的が宗教的意義を持つことを免れず、その効果が特定の宗教に対する援助、助長、促進になると認めべきであり、これによってもたらされる県と靖國神社等とのかかわり合いが我が国の社会的・文化的諸条件に照らし相当とされる限度を超えるものであって、憲法二〇条三

項の禁止する宗教的活動に当たると解するのが相当である」

なお本判決には、以下の通り個別意見がある。まず、補足意見として、大野正男裁判官は、憲法二〇条三項にいう宗教的活動に当たるかどうかを判断する際に、「行為の目的は、当該行為者の主観的、内面的な感情の有無や濃淡によつてのみ判断されるべきではなく、その行為の態様等との関連において客観的に判断されるべきものであり、とりわけ支出が宗教団体の世俗的な行為ではなくその宗教的な行為そのものに向けられているときは、世俗的目的もあるからといってその行為の客観的目的の宗教的意義が直ちに否定されるものではない」と述べ、福田博裁判官は、「我が国においては、神道は年中行事や冠婚葬祭などを通じて多くの国民の生活に密接に結びついており、そのような行事や儀式への参加が自然なこととして受け入れられている部分があることは事実である。とはいえ、神道も宗教の一つであることは、信教の自由を保障する憲法二〇条が当然の前提としているところでもある」として非宗教性ないし宗教的中立性の理念は神道を含むすべての宗教に等しく当てはまることを常に念頭に置くよう述べた。

次に意見として、園部逸夫裁判官、高橋久子裁判官、尾崎行信裁判官が以下のように述べた。園部裁判官は、憲法二〇条三項の解釈として出された目的効果基準で判断する必要はなく、憲法八九条に本件支出が違反するという形で判断すべきであるとし、高橋裁判官は、原則は「国家はいかなる宗教活動もしてはならない」ことであり、ある行為を別扱いにするにはその理由を示す必要があるとすべきであるにもかかわらず、多数意見が「国家が實際上宗教とある程度のかかわり合いを持たざるをえないことを前提としたうえで」と前提条件を逆転させていることを批判し、尾崎裁判官は、多数意見の用いる目的効果基準とは異なる基準でもって本件支出を違憲とした。

これに対し、反対意見として、三好達裁判官は、宗教的儀式の二面性を指摘し、例大祭及びみたま祭は、外形的にも宗教的儀式に他ならないが、国民一般は世俗的行事と意識しており、本件支出が「憲法二〇条三項の禁止する宗教活動及び同八九条の禁止する公金の支出に当たるかどうかの判断は、多くの国民の側の意識を考慮してされるべき」であるとし、可部恒雄裁判官は、例大祭等が神社の境内で行われることは当然であるから、本件において当該行為が

どこで行われたかについては、地鎮祭と違い、政教分離違反か否かを判断する材料にはならない点、「特定のかかわり合い」を持ったことがなぜ一般人の評価とつながるのか不明確であり、地鎮祭とのバランスもとれていないため基準として不適切である点、一般人に与える影響については基準として抽象的である点を指摘し、本件支出が憲法二〇条三項に違反せず、宗教法人系学校への公金支出額との対比から憲法八九条にも反しないという結論を導き出している。

【検討】

一 本判決は国や地方公共団体の行為が憲法の政教分離規定に違反するという判断を示した初めての最高裁判決である。

本判決を含む政教分離関連の判決の多数意見は、最高裁大法廷昭和五二年七月一三日判決、いわゆる津地鎮祭最高裁判決により、定式化された目的効果基準を一般論として踏襲している。津地鎮祭判決により構成されたこの理論は、次のようなものである。まず、政教分離原則の根本目的が、信教の自由の保障を確保することにあるのだから、この原

則は、国家（地方公共団体を含む）が宗教そのものに干渉すべきではないとする、国家の非宗教性ないし宗教的中立性を意味するものと定義された。しかしながら、この規定は、信教の自由を直接保障するものではなく、国家と宗教の分離を制度として保障することにより、間接的に信教の自由の保障を確保しようとするものであるとした。そして、宗教が内心的な事象としての側面にとどまらず、同時に外部的な社会事象としての側面を伴うものであるから、国家は、社会生活に関連する規制、援助、助成等の実施に当たり、宗教とのかかわり合いを持たざるをえないため、政教分離規定が保障の対象としている国家と宗教の分離にもおのずから一定の限界があることを免れ得ないとした。これらの点から国家は、宗教とのかかわり合いをもたらす行為の目的及び効果にかんがみ、そのかかわり合いが、それぞれの国の社会的・文化的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た場合にこれを許さないと解すべきであるとした。そして、「相当とされる限度を超える」ような憲法二〇条三項にいう「宗教的活動」とは、当該行為の目的が宗教的意義を持ち、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

るとした。このように政教分離解釈を展開した上で、津地鎮祭最高裁判決は、問題となつてゐる行為が宗教的活動に該当するかどうかを検討する際の考慮材料として、次の六点を挙げた。①当該行為の主宰者が宗教家か否か、②その順序作法が宗教の定める方式に則つたものかどうか、③当該行為の行われる場所、④当該行為に対する一般人の宗教的評価、⑤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、⑥当該行為の一般人に与える効果、影響である。これらは、社会通念に従い客観的に判断されなければならない。

津地鎮祭事件以来のこの「目的効果基準」については、「ここで引照される諸要素と目的効果基準がどのような対応関係にあるのか、目的と効果はいずれかの諸要素に従つてそれぞれ別個に判断されるのか、これらの諸要素を総合判断して目的と効果がひつくるめて判断されるのかは必ずしも明らかではない」と評されることが多い。だが、政教分離関連訴訟の判決文自体は、この六つの判断要素に沿つて、それぞれ判断しているといえるし、それらをふまえて判決を下しているといえる。ただし、個々の判断要素を検討した後、「以上を総合的に判断すると」という文

言とともに、「目的」と「効果」という言葉が判決文中初めて用いられることから、この六つの考慮要素のうち、それぞれが「目的」を判断するためのもので、それが「効果」を認定するものかは、さほど明確ではない。奥平康弘氏は、本判決について、「目的・効果論を、最後の段階で引き合いに出し、辻褃合わせに使っただけのことで、これは逆に目的・効果論が単にリップサービスで語られていることの現れでさえある」と述べている。⁽²⁾ 本評釈も、六つの考慮要素に沿って判断されているとは解するが、この判断方法が、「目的」「効果」基準と呼ぶ必然性があるのかは疑問とする。

また、この判断のために用いられている考慮要素は、通常四つ（上述の③から⑥の部分）とされているようである。⁽³⁾ これは、判決が、①、②を挙げた後、「当該行為の外形的側面のみにとらわれることなく」と述べているためである。加えて、本判決では、津地鎮祭判決を引用する際に、この①、②の部分が省かれている。しかし、後に本文で検討するように、判決文中ではこの要素も検討されているし、地裁、高裁、最高裁を比較するに当たった重要な相違点となっているため、考慮要素は①から⑥としておく。

二 政教分離関連訴訟において、津地鎮祭最高裁判決以降、目的効果基準は様々な厳格さでもって適用されてきたと言える。⁽⁴⁾ 本件のみを採りあげてもこのことはあてはまる。⁽⁵⁾ 見解が対立するはずの原告、被告双方が、津地鎮祭最高裁を引用したり、結論を異にする地裁、高裁、最高裁すべてがこの「目的効果基準」を用いて理論構成している。それぞれを比較すると、一審が原告の愛媛県住民の理解に近い目的効果基準を用いたのに対し、二審は愛媛県とも、愛媛県住民とも異なる目的効果基準を用いた。そして最高裁も、愛媛県住民側からの上告理由に表れた目的効果基準とは異なる目的効果基準を用いて違憲判決を下している、と評価できよう。それぞれを異ならせているポイントは、愛媛県住民及び地裁が玉串料等の支出により慰藉、慰霊を行おうとする意図それ自体が宗教的考えと見たこと、そして、効果の点でも毎年の支出という継続性から愛媛県と靖國神社、護國神社との結び付きが象徴されていると見たこと、それに対して、高裁、及び愛媛県は、玉串料等の支出行為を、宗教的行為という自覚のない支出者側の主観的意図と神社側の宗教的儀式と捉えている意図を分離し、更に高裁は、国と宗教とのかわり合いを法的レベルで斟酌している

点が上げられる。地裁、高裁と同じ津地鎮祭判決を引用しながら違憲、合憲と判断が分かれたこの事件に対し、最高裁は、高裁のように支出者の主観的意図に基づき宗教的行為をしなかった、と判断したのでもなければ、地裁のように、神社への支出行為を慰霊と見ること自体が宗教的活動である、ともしなかった。最高裁の目的効果基準の解し方の特徴は、一般人が支出行為を慣習化した社会的儀礼にすぎないと思っっているかどうかの主眼を置いていることにある。この比重の置き方は、①、②が当てはまるとされながらも、④で一般人が宗教とみなしていない、とされたために、違憲とはされなかった津地鎮祭最高裁判決と同様である。⁽⁶⁾

三 次に本判決の特徴を分析しておきたい。本判決が、同じく玉串料等支出を違憲とした地裁と比べて特徴的なのは、考慮要素それぞれの判断の仕方、及び、国家と宗教団体がかわり合いがあるとした、その際の方法である。そして、他の政教分離関連の判決と比べて特徴的なのは、上述の⑥を判断する際、一般人に宗教是認のメッセージを送ったとする考えから効果を認定する方法を採った点である。後者の特徴に関しては、アメリカ合衆国においてレモンテスト

の修正版として登場したエンドースメントテストとの関連が指摘されている。後者については既に多くの指摘があるため、⁽⁷⁾前者の、地裁との比較から得られる特徴に絞ることにしたい。

最高裁と地裁との相違の一つに、考慮要素それぞれの判断の仕方があげられる。地裁は、上述した判断要素を独立に認定していく形式を採っている。それに対して、最高裁は、④と⑤が連動する形となっている。つまり、最高裁は、一般人が本件支出行為を宗教的行為だと思いうゆえに、県も「宗教的意義を有するものである」という意識を大なり小なり持たざるを得ない」と判示している。これでは、⑤を判断材料として掲げている意味はない。他方、地裁は、④の要素は特に採りあげられていない。しかし、⑤については、支出者側の主観的意図は「戦没者に対する慰霊とその遺族に対する慰籍を目的」として行われていても、「一宗教団体である靖国神社の祭神そのものに対して畏敬崇拜の念を表する」という一面が「含まれてこざるを得ない」としている。この点は、「目的」を支出者側の主観的意図そのもののみならず、実際の意図をきびしく、客観的に判断している⁽⁸⁾と見ることができると

また、尾崎裁判官が意見として述べているように、この判断の対象としてあげられている六つの「当該行為」は同一の「行為」を指してはいない。目的効果基準に基づいて行われる憲法二〇条三項で禁止されている「宗教的活動」に当たるとはどうかの判断は、最高裁では、①、②、③において、国家機関がかかわった対象の行為がまず宗教であるかどうかについて、④において、一般人から見、国家機関とその宗教団体がかかわり合いを持った状態が宗教的活動であると思われるかどうかについて、⑤によって、国家機関自身に宗教的活動をした自覚があるかどうかについて行われている。つまり、国家機関がかかわった相手が宗教であったのかをまず判断し、次に、国家機関とその「宗教」がかかわり合いになっている状態が宗教的活動といえるのかを一般人の視点と国家機関の視点から判断しているのである。このような手順を踏むことは、一見当然のことのように思えるが、地裁と比較することにより、問題点が明らかになる。これは、最高裁と地裁（高裁も含む）の大きな違いのもう一つとして挙げた、国家機関と宗教との「かかわり合い」をいつ、そしてどのように認定するかにかかわるものである。最高裁は②を判断する時点において、

一般人が、支出行為というかかわり合いを見て宗教的活動とみなしたとしている。それに対し、地裁、高裁で争われたのは、支出行為という、国家機関の宗教団体に対する行為が、宗教的意味を持つような「かかわり合い」だったのかという点であった。そしてその点は、④という一般人の判断によってではなく、②の時点で宗教の定める方式に則ったものかどうかによって判断されたのである。この「かかわり合い」があると判断されるか否かは政教分離を問う裁判においては当然重要な問題である。国家と宗教活動さえ「かかわり合い」にならないければ、政教分離違反になる可能性はそもそもないからである。地裁、高裁においては、②は、神社側と国家機関側の二つの視点から判断された。つまり、地裁は、例大祭等が、神社側から見れば、神社の方式に則ったものであるという点、また、国家機関の支出行為がその方式に沿ったものであるという点から支出行為が宗教団体とかかわり合いを持つことが明らかであるとされた。一方、高裁では、国家機関の側が支出行為を俗事と認識しており、神社の側もそれを特別扱いしなかったということがかかわり合いを持ったことにはならないとしている。最高裁の判決において、この点はばやけている。

最高裁判決の中、②の時点で判断されたのは、玉串料や供物料が神社から見て宗教的意義を有すると考えているという点だけであり、国家と宗教との「かかわり合い」そのものをどのように認定するのかという視点はここでは存在しない。では他の判断要素を考慮する際に出てくるのかといえば、そうとも言えず、④において、一般人が「国家と宗教とのかかわり合い」を見てどうとるか、ということに飛躍するのである。ここでは、ただ一般人の感覚が判断を大きく左右するポイントになっているのである。

四 以上地裁と最高裁を比較したが、まず、何故「一般人」が判断要素の中に組み込まれているのかということについて考えてみたい。この「一般人」の視点が、こと最高裁においては、政教分離判断に大きな役割を果たしている。これほど重要な位置にあることが許されるような「一般人」とは何者なのだろうか。

この不確定な概念を全面的に批判する前に、津地鎮祭最高裁判決を想起してみたい。ここにおいて政教分離規定は、直接的ではないにしろ、間接的に信教の自由を保障するものとして位置付けられた。このように国家と宗教のかかわりが信教の自由と関連づけられた理由は、「明治維新以降

国家と神道とが密接に結びつき前記（大日本帝国憲法中に定められた信教の自由が制限付きのものであったこと、国家神道に対し事実上国教的地位が与えられ、ときとしてそれに対する信仰が要請され、あるいは一部の宗教団体に対しきびしい迫害が加えられたこと）のような種々の弊害を生じたこと」、「わが国においては、キリスト教諸国や回教諸国等と異なり各種の宗教が多元的、重層的に発達、併存してきているのであって、このような宗教事情のもとで信教の自由を確実に保障するためには、単に信教の自由を無条件に保障するのみでは足りず、国家といかなる宗教との結びつきをも排除するため、政教分離規定を設ける必要性が大であった」ことが判例中に指摘されている。⁽⁹⁾

津地鎮祭最高裁自体が冒頭で述べている政教分離制度の定義を見ると、どれだけ神道の国家との結びつきが弊害を生じたか、宗教の雑居性という名の下に、信教の自由が相対化させられることを警戒しているのかが、再確認できる。実際この部分の後、津地鎮祭最高裁が判断した内実が、この部分と整合性があるのかどうかはここでは問わないこととして、先程の「一般人」の問題に戻りたい。政教分離の意味するところが国家の非宗教性ないし宗教的中立性⁽¹⁰⁾だけ

であれば、不確定概念でしかない一般人を規準に取り込むことは、基準自体から客観性を失わせる以外の何物でもない。しかし、政教分離制度が間接的に信教の自由を保障したものであると捉えていることを明確に意識するならば、この「一般人」は、信教の自由の行使主体の意見を代弁するものとして基準の中に位置付けられるだろう。逆に言えば、「一般人」は信教の自由の担い手としてしか政教分離を判断する規準の中に組み込まれることは許されまい。とはいえ、この裁判所によって想定された「一般人」が、本当に信教の自由を行使する必要があるようなマイノリティの視点を代弁しているのかということも常に問題とされてきた。⁽¹¹⁾したがって、④と⑥を判断する際に登場する一般人を信教の自由を現実に行使するマイノリティの視点にあわせるよう構成するのか、それとも、一般人の視点はそもそも必要なかということ自体から検討していくのか、という二つの選択肢が出てくるだろう。⑥の判断については、今回エンドースメントテストとの類似性が指摘されていることとの関連から、このテストがどのように、「一般人」を想定しているかが参考になると思われる。このテストは、政府が特定宗教を是認する裏書きをしたり、または否認し

たりすることを禁止するものであり、「該宗教の信奉者でないもの」と「該宗教の信奉者」とが登場する。是認の裏書きとは、信奉者でないものには政治的共同体の外の人であり正規の構成員でないというメッセージを送ること、それに付随して、信奉者に政治的共同体のうちの人であり厚遇される構成員であるというメッセージを送ることであり、否認とは、その逆をいうとされる。⁽¹²⁾このように、判決中で「一般人」とされているこの文言をより厳密な方向に解釈する方法もありうる。だが、以下では、政教分離判断の基準の中に信教の自由行使主体の感覚が入っていることの意味を確認し、この一般人の視点がそもそも必要なのか、という方向で考えてみたい。

では、「一般人」を、信教の自由行使主体として改めて捉え直すと、政教分離制度はどのような制度であると言えるか。この「間接的」な信教の自由保障制度は、信教の自由にどれだけ国家と宗教（といわれている行為）のかかわり合いが影響を与えているのか、を考慮している制度である。⁽¹³⁾この制度は、信教の自由行使主体に対して、たとえ直接に信教の自由侵害といえない国家の行為まで含めて、⁽¹⁴⁾何らかの形で影響を及ぼすことを禁じていると解する

ことができる。ここに政教分離制度が間接的な信教の自由保障制度として存在する意義がある。この制度が保障対象とする領域は狭義の信教の自由そのものでは侵害と構成できないような領域である。例えば、国家の行為が、「参列者及び一般人の宗教的関心を特に高める」（津地鎮祭最高裁判決）ことや、「支出の」継続性ゆえに、……一般人に對しても、靖國神社は他の宗教団体とは異なり特別なものであるとの印象を生じさせ、……ひいては、同神社の祭神に對しては、各人の信仰のいかんにかかわらず畏敬崇拜の念を持つのが当然である、との考えを生じさせ」ること（本件地裁判決）、「一般人に對して、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呼び起こす」（本判決）こと、といった、信教の自由行使主体に不安や圧迫感、逆にある宗教に向かわしめるような影響を及ぼしたことを問題とするのである。

このように、政教分離制度と信教の自由は、政教分離制度違反かどうかについて判断する過程においても密接に結びついている。次に問題とされねばならないのは、果たしてこのことは、政教分離制度が信教の自由を間接的に保障

するものである以上不可避なことであり当然の前提にしてよいことかどうかということである。政教分離を判断する際に、「一般人」が大きな比重を占めることは妥当というのだろうか。言い換えれば、政教分離制度が、間接的に信教の自由を保障する制度とはいえ、信教の自由保障のものではないのだから、一般人の「信教の自由に影響を及ぼされた」という視点そのものと同一である必要性はないのではないか、ということが問題とされるべきである。

この点は本件地裁がかかり合いを⑥で認定し、それと並列的に一般人に与える影響を考慮する方式を採っていることを見ればより明確に意識されよう。繰り返しになるが、双方の大きな違いは、地裁が宗教と国家機関とのかかり合いそのものは一般人の視点によって決定されない（一般人が登場するのは⑥の部分のみ）のに対し、最高裁は一般人という要素に全面的に依存しているという点である。政教分離制度がたとえ信教の自由を間接的に保障する制度とされていても、一般人の感覚にも全面的に依拠する必然性がないことは本件地裁の判断方法から明らかである。

では、更に、信教の自由と全く関係のない分野にまで国家と宗教のかかり合いは禁止されているということまで

言えるのかについて考えてみたい。このような問題を立て、地裁の判決を改めて見てみれば、次のことが明らかになる。つまり国家と宗教とのかかわり合いは、「間接的」に信教の自由に関係のある限りで禁止されている。目的効果にかんがみ、信教の自由を脅かす、あるいは特定の宗教への関心を引き起こす可能性があれば、その限りでそのかわり合いは政教分離違反とされるのである。最高裁判決よりも一般人の視点に依存していない地裁判決においても、⑥に一般人を組み込んでいることで、信教の自由との関わりを何らかの形で考慮する方法を採っているとみることができる。しかし、更により強く信教の自由を保障する制度としての政教分離を打ち出すならば、信教の自由と全く関係のない分野にまで国家と宗教のかかわり合いは禁止されていると主張することも可能であろう。政教分離原則は、一般人の感覚より鋭敏に、国家と宗教とのつながりを断ち切る環境を整えてはいけないという論理を、その限界として伴っていると言えないのではないだろうか。もしくは、判例のように、信教の自由を脅かす、もしくは一定方向に信仰の自由行使主体を誘導するような何らかの関わりがあれば政教分離違反とするのではなく、信教の自由は何ら関

わりがないと断定できる場合のみ例外的に国家と対象活動とのかかわり合いが許容される、という主張も政教分離制度の原則から考えて可能であると考ええる。

五 このように非常に強く政教分離制度の信教の自由保障性をとらえるならば、それを判断する材料は、現在の枠の中で考える限りでは、非常に形式的になるであろう。国家と宗教とのかかわり合いが憲法二〇条三項の「宗教的活動」に当たるかどうかについて、目的効果基準の判断要素である、①、②、③によって、国家が関係した対象が、そもそも宗教であったのか、そして、国家が、その「宗教」にかかわり合いになったといえるのか、という点が形式的に判断されることになるだろう。⁽¹⁵⁾ その際、かかわり合いになったといえるかどうかは、一般人の視点といった不明確になり易いものを導入することによって判断されるのではなく、本件地裁のように、②は、対象行為が宗教とされる場合だけでなく、国家の行為が宗教の作法に沿っていたかどうか、という二つの視点で用いられるべきである。しかしこのような形式的考慮基準は、津地鎮祭最高裁判決で定式化されたことから明らかのように、国家のかかわった対象が、何らかの宗教儀式である場合のみ有効な判断材料と

は言える。⁽¹⁶⁾つまり宗教的儀式ではない行為ではあるが、国家がかかわることにより二〇条三項との関連で問題になるおそれのある行為はすべて外されることとなる。これには、対象を限定することにより、形式的判断の弊害を回避できることから賛成する考えもあろう。同時に、最高裁が前提としている宗教の限定性も垣間見ることができ⁽¹⁷⁾。そもそも政教分離関連訴訟が、大きく見れば共通していながらも、完全に同一視するにはあまりに異なった事例であることは意識されるべきである。⁽¹⁸⁾これらすべてを同じ基準、同じ考慮材料で判断せずに、基準を細分化してもいいのではないだろうか。⁽¹⁹⁾目的効果基準ではない基準を示した尾崎裁判官や、八九条のみから、宗教団体への公金支出違反の結論を導き出す園部裁判官の視点も、いままで目的効果基準を嚴格に適用するよう要請することが中心だった学説に、これからの議論の課題を提起したと言える。

- (1) 日比野勤「神道式地鎮祭と政教分離の原則」憲法判例百選Ⅰ〔第三版〕九三頁（一九九四年）。
- (2) 奥平康弘「愛媛玉串料訴訟大法廷判決について（上）」時の法令一五四四号三七頁（一九九七年）。小泉洋一氏は、

④と⑤を行為の目的判定のための主観的要素としている。小泉洋一「大法廷判決における政教分離原則違反の判断方法」ジュリスト一一四号三九頁（一九九七年）。

(3) 例えば、本判決反対意見を述べた可部裁判官や、「鼎談」愛媛県玉串料訴訟最高裁大法廷判決をめぐって」ジュリスト一一四号一〇頁（戸松秀典発言）（一九九七年）（以下この論文は、「鼎談」として引用）。

(4) いまままでの政教分離関連判決が、事件の性質が非常に異なっているために、「基準の用い方やそれが果たした役割は事件によって異なる」として、各事件を整理するものに、「特集・愛媛玉串料訴訟最高裁大法廷判決 Interview 芦部信喜先生に聞く」法学教室二〇三号六～七頁（芦部信喜発言）（一九九七年）（以下この論文は「インタビュー」として引用）。

(5) しかし、本判決意見、反対意見に、この目的効果基準を批判し、別の基準を立てて判断したのや、八九条を用いて判断しているものがある。また、別の問題として、本判決が津地鎮祭によって定式化された一般論の枠組みを超えているのではないか、という指摘が本件に対してなされた評釈のうちいくつかある。これを整理したものに、笹川紀勝「愛媛県玉串料違憲判決の理解と応用」法律時報六九巻一一号四四頁以下（一九九七年）。

(6) 安念潤司氏は、これまでの判例が、「政府がかかわり合いを持った対象が世俗的であるか、あるいは、対象そのもの

の宗教性が否定できなくても、かわり合いの態様が世俗的である場合には、当該かわり合いは宗教的活動には当たらないと判断してきた」ことを指摘している。安念潤司「政教分離」法学教室二〇八号六三頁（一九九八年）。

(7) この点を指摘するものとして、野坂泰司「愛媛玉串料訴訟大法廷判決の意義と問題点」ジュリスト一一一四号三四頁（一九九七年）、前掲「鼎談」八〇九頁（横田耕一発言）（一九九七年）。

(8) このような「意図」の解し方は、岩手靖國訴訟高裁と同様である。仙台高裁平成三・一・一〇判決、行裁集四二巻一号一頁。

(9) このように政教分離規定についての判例自身がなした定義からはじめれば、政教分離規定を厳格に解しすぎることにより、逆に信教の自由を害することになるという問題が本末転倒であることがわかるだろう。政教分離を厳格に解する問題を指摘するものとして、まず周知のことながら、津地鎮祭の最高裁判決、及び野坂・前掲注(7)三三二頁。

(10) 芦部信喜氏は、「政教分離の原則は、国家の宗教的中立性の原則と言いかえてもよい」と述べている。他方、判決中においても、「非宗教性、ないしは宗教的中立性」とされているように、宗教的中立性と、非宗教性はあくまで異なる概念であり、この二つの言葉を同義とすることに疑問を呈する論文として、大石眞「『愛媛玉串料訴訟』上告審判決寸感」ジュリスト一一一四号二六頁（一九九七年）。国家の宗教的

中立性（この概念は国家の宗教に対する不介入、公平という要素の調和と解されている）については、芦部信喜「憲法学Ⅲ 人権各論（1）」一五一〜一五三頁（有斐閣、一九九八年）。

(11) 目的効果基準が、一般人の意識を基準としていることに對する批判として、滝澤信彦「政教分離原則と目的・効果テスト」公法研究五二号七一頁以下（一九九〇年）。本判決は、愛媛県民のうち「相当数の者」が靖國神社での戦没者の慰霊を宗教的とは意識しないことは認めているが、判決中で想定された「一般人」の視点が、このような意識を「一般人」の意識とはしていない。この点を指摘する者に、小泉・前掲注(2)三九頁。

(12) エンドースメントテストについては、芦部・前掲注(10)一七二頁を参照した。また、このテストと津地鎮祭最高裁判決との比較についても、同・一八〇〜一八二頁参照。

(13) この点を指摘するものとして、平野武「政教分離と憲法訴訟」覚道豊治先生古希記念論文集『現代違憲審査論』三〇九頁（法律文化社、一九九六年）。ただ、平野氏は、政教分離原則そのものは是非ではなく、政教分離原則関連の訴訟を憲法訴訟として活かすことを目的としているため、信教の自由を拡大させる視点のみがあり、本稿が目的としている政教分離原則をどう位置付けるべきかという視点による考察ではない点を指摘しておく。

(14) このように、信教の自由に対する強制の不存在が信教の

自由の侵害と構成できるのか、ということに対して、政教分離を人権と解するとしたのは、一つの答えとなるだろう。政教分離を人権と見る学説としては、横田耕一「『信教の自由』の問題状況」Law School 四六号四頁以下（一九八二年）、高柳信一「政教分離判例理論の思想」下山瑛二・高柳信一・和田英夫編『アメリカ憲法の現代的展開？統治機構』二二二頁（東京大学出版会、一九七八年）。これに対し、人権規定そのものではないと見る学説には、芦部・前掲注（10）一五〇頁等がある。両者を整理するものとして、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論文集『憲法訴訟と人権の理論』五二五頁以下（有斐閣、一九八五年）。他に、政教分離を人権とする理由として、政教分離訴訟を提起する際の原告適格との問題がある。戸波江二氏は、この論文において、これについては、「政教分離違反行為を裁判によって争う機会ができる限り確保されるべきである」としながらも、「政教分離違反の国家行為を裁判において争う方法の拡大は、むしろ、原告適格理論の一層の検討によって行われるべきである」としている。同書五五〇頁。

- (15) 津地鎮祭最高裁判決が、完全分離を不可能としてあげた諸理由（特定宗教との関係のある私立学校への助成、文化財である寺院等の維持保存への支出、刑務所等における教誨活動）は、高橋久子裁判官が意見の中で述べたように、逆に信教の自由侵害として主張することが可能である。
- (16) 宗教を宗教儀式を伴うものに限定するのか、そしてそも

そも宗教の定義はどのようなものかは、難しい問題である。これについては、阪本昌成「信教の自由」ジュリスト一〇八九号一九一頁以下（一九九六年）、日比野勤「憲法における宗教の概念—アメリカ合衆国における議論を素材として—」公法研究五九号一一二頁以下（一九九〇年）参照。

- (17) 宗教団体の定義の広狭について論じるものに、浦部法穂「政教分離と『宗教団体』への援助禁止」小林直樹先生古希祝賀論文集『憲法学の展望』（有斐閣、一九九一年）。

(18) 日比野勤氏は、国家と宗教のかかわり合いを、国家が宗教活動を行う場合、国が宗教団体を援助する場合、国が非宗教団体の行う宗教活動を援助する場合、の三つの類型に分け、津地鎮祭は第一の類型、本件は第二の類型、箕面忠魂碑事件は第三の類型としている。前掲「インタビュー」六頁（日比野勤発言）。

- (19) 横田耕一氏は、考慮要素を津地鎮祭最高裁の挙げたことに限定するのではなく、例示として読むべきだと主張している。前掲「鼎談」一二頁。