

# 国家と宗教の分離の 新たな位相

## －愛媛玉串料最高裁判決の

### 解析－

土 屋 英 雄\*

- 一 本事件の概要と下級審判決の内容
- 二 本件判決の意義
- 三 本件判決と目的・効果基準
- 四 本件判決に内在する問題
- 五 新基準の「かかわり合い原則禁止」
- 六 二人の反対意見の問題構造

## 一 本事件の概要と下級審判決の内容

(1) まず最初に本事件・愛媛県玉串料等支出訴訟の概要を述べておく。愛媛県は当時の県知事（白石春樹）の主導下で、1981年から86年にかけて、靖国神社の春秋の例大祭、みたま祭の際にそれぞれ玉串料（9回）、献灯料（4回）の名目で計7万6000円の公金を、また愛媛県護国神社の春秋の慰霊大祭の際に供物料の名目で9回、計9万円の公金を支出した。これらが地方自治法242条の2第1項4号に基づく損害賠償代位請求住民訴訟の対象になったが、同様の公費支出は、白石（1971年知事就任）の前任知事時代の1958年から始められていた。実に30年近くの長きにわたっていたのである。全国の県のうちでも、とりわけ愛媛県は、白石の政治的な信条なし思惑もあって、政教分離原則に照らして特定の宗教団体への玉串料等の公費支出に慎重な対応を求める趣旨の文部省、自治省等の通達、回答を認識していたにもかかわらず支出を継続しており、この問題では突出していた。1987年、後任知事の伊賀貞雪は私費に切り替えた。

本件では、知事等の損害賠償責任の有無等が争われたが、主たる争点は、公費支出が憲法20条3項「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」、同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、又は公の支配に属しない慈善、教育若しくは博愛の事業に対し、これを支出し、

---

\* 神戸大学大学院国際協力研究科教授

又はその利用に供してはならない」等の政教分離（国家と宗教の分離）の規定に照らして許されない違法な行為・活動であるか否かであった。

(2) 第一審はいわゆる目的・効果基準に基づいて、本件支出は憲法20条3項の禁止する宗教的活動に当たるので、同89条について判断するまでもなく違法なものであると判示した（松山地判1989年3月17日・判時1305号26頁）。判旨は以下の通りである。

靖国神社は、神という超自然的な人の通常の認識を超えた者の存在の確信を前提とし、これに対する畏敬崇拝の念を表する儀式を神道の祭式に則って行うとともに、同神社の信奉者を教化育成することを目的とした団体であるから、憲法上の宗教団体に当たり、また、同神社で行われる春秋の例大祭又はみたま祭の行事は、同神社を信じ祭る神に対する畏敬崇拝の念を表する行為に他ならないから、これ自体が宗教上の儀式であることは明らかである。本件玉串料等の支出は、戦没者の霊を慰めるという面の他に、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拝の念を表するという一面が、どうしても含まれてこざるを得ず、本件行為の目的が宗教的意義をもつことを否定することはできない。また、たとえ一回一回の支出額が少額なものであったとしても、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つきも無視することができなくなり、それが広く知られるときは、一般人に対しても、靖国神社は

他の宗教団体とは異なり特別のものであるとの印象を生じさせ、あるいはこれを強めたり固定したりし、ひいては、同神社の祭神に対しては各人の信仰のいかんにかかわらず畏敬崇拝の念を持つのが当然である、との考えを生じさせ、あるいはこれを強めたり固定したりする可能性が大きくなっていくものと考えられる。特に、我が国において現に長く靖国神社がそのようなものとされていた事実、および多くの日本人に見られるとされる宗教とのかかわり方（信仰の多元的重層性あるいは宗教の雑居性といわれている現象）に焦点を合わせて考察するときは、この可能性はより大きいものと評価せざるを得なくなってくるのである。なぜならば、この現象の認められる我が国においては、多くの者は、自らの信仰を保持しながら、同時に、上のような歴史を持つ靖国神社の祭神を神として認め、これに対し畏敬崇拝の念を持つことに違和感を覚えることがないため、元来、各人の信仰のいかんにかかわらず靖国神社の祭神に対して畏敬崇拝の念を持つのは当然であるとの考え方が定着しやすい素地があるということが出来るからである。しかし、このような考え方が定着してしまうと、自己の信仰する神以外のものは神として認めず、このようなものを神として扱うことは宗教上の罪であると考える者に対しては、靖国神社の祭神に対する信仰を強要し、信仰の自由を踏みじめる結果を招きかねない。国家と特定宗教（あるいは特定宗教団体）が結びつことによって上のような結果を生じるのを防ぐことこそが、まさしく

政教分離規定の設けられた目的なのである。このように考えてくると、本件玉串料等の支出は、愛媛県と靖国神社との結びつきに関する象徴としての役割を果たしているといえることができる。したがって、本件玉串料等の支出は、経済的な側面から見ると、靖国神社の宗教的活動を援助、助長、促進するものとまでいえずとも、精神的側面から見ると、上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ものといえることができる。以上検討してきたところによれば、本件玉串料等の支出は、その目的が宗教的意義をもつことは否定できないばかりでなく、その効果が靖国神社の宗教活動を援助、助長、促進することになるものであって、上支出によって生じる愛媛県と靖国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ているものというべきである。国による戦没者の慰霊、追悼のための行為の方法は、国家と特定宗教（あるいは特定宗教団体）との結びつきを生じさせるおそれのない範囲内でいかにしたら得られるかという形で、真剣に検討されなければならない。以上によれば、本件玉串料等の支出を行うことは、憲法20条3項の禁止する宗教的活動に当たるものというべきであって、その余につき判断するまでもなく、上支出は違法なものである。同様に、県護国神社に対する本件供物料の支出も、憲法20条3項の禁止する宗教的活動に当たるものであり、その余の点につき判断するまでもなく、供物料の支出は違法

なものといわなければならない。

(3) 控訴審は同じく目的・効果基準を用いながら、本件支出を社会的儀礼の範囲内として合憲と判示した（高松高判1992年5月12日・判時1419号38頁）。判旨は以下の通りである。

一審被告白石の玉串料等の支出行為は、神道上の宗教的な意義を持つけれども、その行為の場所が靖国神社等が主催した春、秋の例大祭、夏のみたま祭、護国神社の春、秋の慰霊大祭という限定されて数少ない我が国で一般に行われる死者の慰霊の季節である彼岸、盆などに合わせこれと同趣旨の祭の際に行われ、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るという宗教的評価がされている。白石の意図、目的は、知事選出の際の支持団体の一つである県遺族会の会長として、その団体から靖国神社等に合祀されている軍人、軍属等の戦没者の慰霊のため支出して欲しい旨の要請がありそれに応じて、遺族援護行政の一環として、その行政法規の根拠に基づき、支出したものであり、また、白石の意図が靖国神社等の第二次大戦中と同一の法的地位、法律関係の復活を目的としたものとはいえず、白石の宗教的意識は一般人が他の神社に対し支出するのと同程度の個人的な祈願すなわち主として次期の愛媛県知事への再当選を祈願するのにすぎず、それ以上に神道の深い宗教心に基づくものではない。本件支出額は、第二次大戦中の靖国神社等に対する国家財政による負担とは比較すべくもない少額であることはもとより、その支

出当時においても靖国神社等の玉串料等の総額に対比して観ると、極めて零細な額であって、一般人と同程度のものということができ、社会的な儀礼の程度に止まっており、その行為が一般人に与える効果、影響については、靖国神社等の第二次大戦中の法的地位、法律関係の消滅に伴い、白石らの玉串料等の支出が、その法的地位、法律関係の復活、国家機関による神道の援助、助長について特別の関心、気風を呼び起こしたりすることは考え難いといわざるをえない。これらの事情および前記の諸般の事情を総合考慮の上、社会通念に従って、客観的に判断すれば、白石の玉串料等の支出は、特定の宗教である神社神道への関心を呼び起こし、これに対する援助、助長、促進又は他の宗教に対する圧迫、干渉等になるような、憲法20条3項で禁止する国家機関による宗教的活動には当たらないと解するのが相当である。憲法89条との関係で検討すると、本件程度の回数、金額では、白石のいう個人的政治的目的であったことを裏付けるにすぎないものであって、第二次大戦中のような靖国神社等に対し行政庁の一機関として予算を配布して国家財政による支出をしたことと同視できる場合に当たらないことはもとより、靖国神社の玉串料合計額、献灯料合計額、護国神社の供物料合計額のうち、白石の玉串料等の占める割合は零細である。従って、これらの事情に前記の憲法20条3項違反の有無に関して検討した各事情、説示を総合考察すると、白石のした玉串料等の支出は、特定の宗教である神社神道への関心を呼び起

こし、これに対する援助、助長、促進又は他の宗教に対する圧迫、干渉等になるような憲法89条の禁止する国家機関の行為には当たらないものと解するのが相当である。

(4) 最高裁大法廷は1997年4月2日、本件支出は憲法20条3項の禁止する宗教的活動に当たるとともに同89条の禁止する公金支出にも当たり、違法であると判示した。「違憲」の判断は13対2の大差であった。大西勝也、小野幹雄、大野正男、千種秀夫、根岸重治、河合伸一、遠藤光男、井嶋一友、福田博、藤井正雄の十人の裁判官が「多数意見」に加わり、さらに大野、福田の各裁判官が「補足意見」を執筆した。園部逸夫、高橋久子、尾崎行信の各裁判官はそれぞれ、違憲の結論のみ多数意見と同じくする「意見」を執筆した。三好達、可部恒雄の各裁判官は「反対意見」を執筆した。

## 二 本件判決の意義

本件訴訟で問われていた問題は、日本の政教分離の根源に関わるものであったと同時に、日本の過去のアジア侵略とも深層で絡み合っていた。この意味で、本件に対して最高裁がいかなる判決を出すかは、国内的に注視的であったのみならず、国際的にも、とりわけアジア諸国にとって、重大な関心の対象であった。こうしたなかで最高裁は違憲判決を出した。この判決に対して、日本のマスコミはおおむね肯定的であった（毎日新聞、日本経済新聞、朝日新聞、読売新聞の1997年4月3日

付朝刊の各社説を参照)。アジアの人々の代表的反応の一つは、東亜日報の尹相参特派員の次の談話であろう。「靖国神社は、韓国民にとって特別な意味をもつ。公金が支出されたという事実は、法律論とは別に『許せない』という気持ち強い。昨夏、橋本首相の靖国参拝を伝えた私の記事は、『歴史の正当化を狙う』という見出しで大きく扱われた。個人的に靖国神社を訪れたことがある。展示室には戦争中の日本軍の進攻の様子を記した図や、高級軍人の遺品などが置かれていた。戦地に向かう朝鮮人が肉親に送った手紙も展示されていた。いたたまれない気持ちになった。政府や保守的な考えをもつ政治家らに再考を促すきっかけになればいい」(朝日新聞・同上日)。

本件判決の違憲の結論は、学界の通説に沿っているという意味では「常識的」であった。しかし、この「常識的」の含意するところは重い。というのも、これまでの政教分離関係事件において長いこと、最高裁の判決と学界の通説は乖離したままであったからである。このことからして、自民党の加藤幹事長の「近年の判例傾向から、合憲との判決が下されるものと考えていたので、『意外』との印象を受けた」(読売新聞・同上日)という談話は必ずしも外的外れではなかった。

また、本件判決は、違憲の結論で評価できるだけでなく、その結論に至る判断過程つまり判旨が自治体主催の神道式地鎮祭を合憲とした津地鎮祭訴訟最高裁大法廷判決(最大判1977年7月13日・民集31巻4号533頁)の延

長線上にないという意味では「画期的」であった。本稿で詳しくみるように、今回の最高裁で、地鎮祭の判旨に文字通り忠実であった裁判官は一人もいない。違憲の十三人は内容の差はあれ、より厳格分離の見地に立ち、合憲の二人はより緩和分離の見地に立っていた。

近年、憲法改正論議が一部に強まっているが、その主張理由の一つに、憲法が「制度疲労」をおこしているというのがある。しかし、憲法は戦後日本の政治において疲労するほど使いこなされてきていない。つまり、憲法規定のなかには優れた内容をもちながら、これまでほとんど活かされてこなかったものも少なくないのである。「疲労」ではなく、意図的に理想として「神棚」に上げられてきたものである。政教分離規定を含む信教の自由条項はその一つであった。この条項は地鎮祭最高裁判決以降、憲法9条と同様の空洞化の運命が危惧されていたが(例えば、最高裁に限れば、殉職自衛官の県護国神社への合祀申請に自衛隊山口地方連絡部が関与した行為の違憲性が問われた殉職自衛官合祀拒否訴訟最高裁大法廷合憲判決1988年6月1日・民集42巻5号277頁、自治体による忠魂碑移設とその敷地の遺族会への無償貸与の違憲性および忠魂碑前での戦没者慰霊祭への市教育長の参列の違憲性が問われた箕面忠魂碑・慰霊祭訴訟最高裁合憲判決1993年2月16日・民集47巻3巻1687頁)、今年、憲法施行50年に至ってようやく不十分ながらも再生した。

もっとも、信教の自由条項の再生は突然のものではない。例えば、自己の宗教教義に基

づいて必修科目の剣道実技に参加しなかった生徒に進級拒否・退学処分がとられたのは信教の自由の侵害に当たるか否かが争われた「エホバの証人信徒剣道拒否事件」(第一審は原告の信徒側の請求を棄却, 第一次進級拒否処分=神戸地判1993年2月22日・判タ813号134頁, 第二次進級拒否処分・退学処分=神戸地判1993年2月22日・判時1524号20頁, 控訴審は信徒側の請求を容認, 大阪高判1994年12月22日・判時1524号8頁)において, 最高裁は控訴審判決を是認した(最判1996年3月8日・判時1564号3頁)。この判決は, 個人の信教の自由と政教分離の両方に適切に目配りした内容のものであった。玉串料判決はこの流れの一環とも位置づけることができる。(日本国憲法下の信教の自由に関する判例・学説の詳細な分析は, 拙稿「信教の自由」小林=芹沢編・基本法コンメンタール憲法〔第四版〕, 日本評論社, 1997年, 参照)。

### 三 本件判決と目的・効果基準

(1) 目的・効果基準とは, 地鎮祭最高裁判決以来, 政教分離関係事件を処理する際の判断基準として, 裁判所でこれまで一貫して維持されてきているものである。この基準は内容的に, アメリカのレモン事件・連邦最高裁判決(1971年)のなかで定式化された, 三つの分枝から成るいわゆるレモン・テストの系譜を引くものである。当該テストは, 法律は, 第一に「世俗的な立法目的をもたなければならない」, 第二に「一次的なあるいは主要な

効果は宗教を助成も抑制もしないというものでなければならない」, 第三に「『宗教と政府の過度のかかわり合い』を助長してはならない」ということを意味する。そして, この「目的(purpose)」「効果(effect)」「過度のかかわり合い(excessive entanglement)」の三要件のいずれかに抵触すれば違憲となる。レモン・テストは内容的に必ずしも厳密ではないが, そのテストを厳格に適用するという形でアメリカの厳格分離主義と結びついていた(この詳細は, 拙稿「アメリカ合衆国における政教分離」国家学会雑誌98巻11・12号参照。ただし, 連邦最高裁でのこのテストの位置づけは1980年代以後, 揺らぎが出てきている。これについては, 拙稿「アメリカにおける政教分離と“保証”テスト」芦部信喜古稀・立憲主義の現代的展開〔上〕, 有斐閣, 1993年, 同「アメリカにおける政教分離と『受容主義』」高岡法学4巻2号参照)。

他方, 地鎮祭最高裁判決は, レモン・テストの系譜を引きながらも, 「目的」, 「効果」と並ぶ「過度のかかわり合い」要件を明示せず, また目的と効果の適用の仕方は相当に緩やかであった。この目的・効果基準の内容はこうである。「憲法は, 政教分離規定を設けるにあたり, 国家と宗教との完全な分離を理想とし, 国家の非宗教性ないし宗教的中立性を確保しようとしたもの, と解すべきである」。しかし, 「政教分離原則が現実の国家制度として具現される場合には, それぞれの国の社会的・文化的諸条件に照らし, 国家は実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、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、いかなる場合にいかなる限度で許されないこととなるかが、問題とならざるをえないのである」。「政教分離原則は、国家が宗教的に中立であることを要求するものではあるが、国家が宗教とのかかわり合いを持つことを全く許さないとするものではなく、宗教とのかかわり合いをもたらず行為の目的及び効果にかんがみ、そのかわり合いが我が国の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である」。憲法20条3項で禁止される「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、そのかわり合いが右にいう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って、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」。

(2) 玉串料最高裁判決もこの目的・効果基準を冒頭で引用している。しかし、それを厳格分離の方向で適用した。このことによって、二つの判決の結論に差が出た。

玉串料最高裁判決での厳格適用の姿勢は何よりも「一般人」の意識の評価に表れている。地鎮祭最高裁判決は次のように述べていた。起工式（地鎮祭）は「専門の宗教家である神職が、所定の服装で、神社神道固有の祭式に則り、一定の祭場を設け一定の祭具を使用し

て」行われ、「神職自身も宗教的信仰心に基づいてこれを執行」しており、「それが宗教とかかわり合いをもつものであることは、否定することができない」。しかし、「一般人の意識においては、起工式にさしたる宗教的意義を認めず、建築着工に際しての慣習化した社会的儀礼として、世俗的な行事と評価しているものと考えられる」。

他方、玉串料最高裁判決はこう判断した。「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」に際しての玉串料等の奉納は、「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」し、また「県が他の宗教団体の挙行する同種の儀式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に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」。このことは、「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な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」。靖国神社等での戦没者の慰霊を望む遺族等の「希望にこたえるという側面においては、本件の玉串料等の奉納に儀礼的な意味合いがあることも否定することもできない」が、しかし、明治維新以降の「種々の弊害」にかんがみて政教分離規定を設けるに至った経緯に照らせば、「たとえ相当数の者がそれを望んでいるとしても、そのことのゆえに、地方公共団体と特定の宗教と

のかかわり合いが、相当とされる限度を超えないものとして憲法上許されることになるとはいえない」。また、たとえ玉串料等の奉納が戦没者慰霊と遺族感謝を「直接の目的としてされたものであったとしても、世俗的目的で行われた社会的儀礼にすぎないものとして憲法に違反しないということはできない」。

確かに、玉串料は地鎮祭と比して宗教性の濃度は高いが、それでも地鎮祭最高裁判決の延長で、「一般人」＝「相当数の者」の意識という脈絡のなかで玉串料等の「儀礼的な意味合い」に焦点を当てることによって、合憲判決を強引に導き出すことも不可能ではなかった。だが、玉串料最高裁判決は、宗教的意義の側面に重点を置き、政教分離制定の背景も考慮に入れて、たとえ相当数の者が希望しても、また戦没者慰霊等を直接の目的としても、本件は許されないとした。二つの判決の論旨の相違は、神社神道の祭祀の位置づけの仕方にもみられる。地鎮祭最高裁判決は、神社神道式の地鎮祭が一般人の宗教的関心を特に高めることにならない理由の一つとして、祭祀中心という神社神道の特色をあげていたが、玉串料最高裁判決はその特色を本件行為が宗教的意義をもつことの理由の一つとして提示している。このような二つの判決における論旨の組立の相違は、玉串料判決が目的・効果基準を厳格分離の方向で適用したことを背景としている。

(3) 玉串料判決には、基準の適用のみでなく、基準内容の補正の面でもいくつかの進展がみられる。(この点で、本件判決は「従来

の最高裁判決よりは政教分離に関して厳格な解釈がなされたことは注目に値する。ただし、目的・効果基準がよりち密化されたり、これに代わる新しい基準が示されたわけではないから、政教分離裁判に関する強力な指針が確立したとはいえないであろう」〔平野武・毎日新聞1997年4月3日朝刊〕という評があるが、「よりち密化」とまではいえないかもしれないにしても、いくらかの厳格的補正化の表象が存することに注意を向けなければならない。)

まず、判決は、「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ものといわざるを得ない」と論じているが、このなかの「特別のものであるとの印象」(これは本件第一審判決で述べられていた)、「特定の宗教への関心を呼び起こす」(この表現が出ていたのは殉職自衛官合祀拒否訴訟最高裁大法廷判決1988年6月1日・民集42巻5号277頁、岩手靖国訴訟控訴審判決1991年1月10日・判時1370号3頁、本件控訴審判決)という要素は、厳格分離の脈絡で考慮に入れる場合は一定の積極的意義がある。ただし、これらの要素は客観性の点で問題があり、重要性の程度はさほど高くない。なお、これらの要素の趣旨は、アメリカ連邦最高裁のオコナ裁判官がリンチ事件(1984年)、黙祷法事件(1985年)の各



補足意見で提示した「保証（endorsement）」テストの内容と関連する部分がある。このテストは、「宗教あるいは特定の宗教的信仰が厚遇または優遇されるというメッセージを伝えること、もしくは伝えようとするのを防止する」ためのものであるが、禁止される「政府による宗教の保証または不承認」の内容は、「保証は非信奉者に彼等が政治的コミュニティのアウトサイダーであり、十全なる構成員ではないというメッセージを送り、そして信奉者には彼等が政治的コミュニティのインサイダーであり、厚遇される構成員であるという随伴的メッセージを送る。不承認は逆のメッセージを送る。」ことである。これは厳格に適用される場合には宗教的少数者保護の機能を果たすであろうが、しかし、このテストは、「分別ある観察者（reasonable observer）」という仮説上の判定者の設定をはじめとして、客観性・厳格性において難点がある。もともと当該テストは、「過度のかかわり合い」要件の放棄と「効果」要件の部分的緩和によって、レモン・テストと結びついていた分離主義の厳格性をいくぶん緩めることを意図していたのであり、この意味で、「保証」テストの日本への選択的摂取はともかくとして、そのままの導入は妥当でないと考える（このテストの詳細と問題性は、拙稿・前掲「アメリカにおける政教分離と“保証”テスト」参照）。

次に、玉串料最高裁判決は、「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特別のかかわり合いを持

つ形でなくてもこれを行うことができる」としているが、この代替手段のアプローチは客観的性質のものであり、基準の厳格的補正に資するところが大きい（この点は本件第一審判決も参照）。なお、代替手段のアプローチは、アメリカ連邦最高裁のブレナン裁判官がシェンプ事件判決（1963年）の補足意見で提示した「かかわり合い（involvement）」テスト、すなわち憲法上禁止されるかかわり合いは、（イ）「宗教的組織の本質的に宗教的な活動に奉仕するようなかかわり合い」、（ロ）「本質的に宗教的な目的のために政府の諸機関を使用するようなかかわり合い」、（ハ）「世俗的手段で足りるのに、政治上の目的に奉仕するために本質的に宗教的な手段を使うようなかかわり合い」のうちの最後の要件を想起させる（拙稿・前掲「アメリカ合衆国における政教分離」参照）。

また、大野補足意見は、効果要件の判断において、「地方公共団体が靖国神社等による戦没者慰霊の祭祀にのみ賛助することは、その祭祀を他に比して優越的に選択し、その宗教的価値を重視していると一般社会からみられることは否定し難く、特定の宗教団体に重要な象徴的利益を与えるものといわざるを得ない」とのべているが（本件第一審判決は「象徴としての役割」と表現）、この優越的選択、象徴的利益という要素は、本件のように支出金額が比較的低額である場合には特に重要な意義を有している。

さらに、大野補足意見は同じく効果要件との関連で、「公的機関が宗教にかかわりを持

つ好意をすることによって、広く社会にこのような効果を及ぼすことは、公的機関を宗教的対立に巻き込むことになり、同時に宗教を世俗的対立に巻き込むことになるのであって、社会的儀礼や風俗として容認し得る範囲を超え、公的機関と宗教団体のいずれにとっても害をもたらすおそれを有するといわざるを得ない」と論じているが、この宗教的対立と世俗的対立への巻き込みの回避という要素は、公的領域と宗教的領域が厳格な分離を維持しながら各領域でその特性を生かすことに有益な環境をもたらす。なお、この対立への巻き込みの回避は、地鎮祭最高裁・藤林追加反対意見の「国家又は地方公共団体は、信教や良心に関するような事柄で、社会的対立ないし世論の対立を生ずるようなことは避けるべきものであって、ここに政教分離原則の真の意義が存する」という論と類似するが、もともとアメリカのレモン・テストの「過度のかかわり合い」要件の考慮要素と関連するものであった。この要件の二つの考慮要素は「行政上のかかわり合い」と「宗教的ラインに沿っての政治的分裂」であるが、後者はこういうことである。「通常、政治的な論争と分裂」は、「我々の民主主義的な政治制度が正常かつ健全であることの表明である。しかし、宗教的ラインに沿っての政治的分裂は、それを防ぐことを憲法修正第1条が意図している主要な害悪の一つであった。……分裂したこのような衝突の可能性は、正常な政治過程への脅威である」。これは学説的にはフロイントの説に依るものである。(以上の詳細は、

拙稿・前掲「アメリカにおける政教分離」参照)。

日本の目的・効果基準も、厳格分離のためには、レモン・テストと同様に「過度のかかわり合い」を独立の要件とすることが望まれるが、必ずしも明確でないにしても玉串料最高裁判決にはそのようにも解され得る個所がある。こうである。「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、促進になると認めるべきであり、これによってもたらされる県と靖国神社等とのかかわりが我が国の社会的・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20条3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」。これは明示的ではないが、本節の最初に紹介した地鎮祭最高裁判決の目的・効果基準の内容と比して、文面としてはいくぶん三者並列的となっている。微妙に変化させたととれなくもない。仮にそうだとすれば、この基準の今後の適用の仕方が注目される。なお、地鎮祭最高裁判決は既に三要件を提示していたとの論もあるが(芦部信喜「政教分離原則の限界(2)」法学教室一五五号、殉職自衛官合祀最高裁・伊藤反対意見)、そう読み込むことも全く不可能ということではないが、かなり苦しい。この点、玉串料最高裁判決はいくぶん三要件を読み込みやすくなっている。

#### 四 本件判決に内在する問題

以上の基準適用の厳格化と基準内容の補正

化は、地鎮祭最高裁判決とは異なった系譜を形成するものとして評価されるべきであろうが、同時に地鎮祭最高裁判決との妥協性に内在する問題もある。

第一に、政教分離規定の法的性格を制度的保障とすることについて、玉串料最高裁判決は地鎮祭最高裁判決を踏襲しているが、制度的保障論は必ずしも厳格分離と対立するものでないにしても、理念構造的には緩和分離と結びつきやすいものである。この踏襲によって、玉串料最高裁判決によって立つ厳格分離の基盤が脆弱なものとなっている。この点、高橋意見と尾崎意見は制度的保障論に言及しなかった。両意見はそれぞれ「政教分離原則」、「政教分離制度」という用語を使っているが、政教分離規定の法的性格の把握の仕方は内容的に地鎮祭最高裁反対意見に近いのではないと思われる。(制度的保障論の問題の詳細は、拙稿・前掲「信教の自由」参照)。

第二に、玉串料最高裁判決は、理想(完全な分離)と現実(一定のかかわり合い)を分けた上で後者を前提とした地鎮祭判決の枠組を冒頭で引用している。この枠組とはこうである。「憲法は、政教分離規定を設けるに当たり、国家と宗教との完全な分離を理想とし、国家の非宗教性ないし宗教的中立性を確保しようとしたものと解すべきである」。しかし、「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ものといわなければならない。さらにまた、政教分離原則を完全に貫こうとすれば、かえって社会生活の各方面に不合理な事態を

生ずることを免れない。これらの点にかんがみると、政教分離規定の保障の対象となる国家と宗教との分離にもおのずとから一定の限界があることを免れず、政教分離原則が現実の国家制度として具現される場合には、それぞれの国の社会的・文化的諸条件に照らし、国家は実際上宗教とある程度のかかわり合いを持たざるを得ないことを前提とした上で、そのかかわり合いが、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、いかなる場合にいかなる限度で許されないこととなるかが問題とならざるを得ないのである」。

この枠組は高橋、尾崎の各意見が批判しているように、原則＝分離、例外＝かかわり合いを逆転させたものである。玉串料最高裁判決は本件の具体的判断において理想を生かそうとしているので、逆転された原則＝かかわり合い、例外＝分離という地鎮祭の枠組を引用することは不必要であったし、整合性の点で問題がある。

第三に、玉串料最高裁判決での基準内容の補正化は不十分である。まず、基準をより厳密・厳正にするには、「目的」「効果」と並んで、「過度のかかわり合い」要件を明確に独立化した上で、これら三要件のいずれかに抵触すれば違憲の行為・活動とすべきであったが、まず、「過度のかかわり合い」の独立化が必ずしも明示的でない。あるいは、本判決は「過度のかかわり合い」に代えて「特別のかかわり合い」を用いているようにも読めないことはないが、この独立化も不明確である。既述のように、大野補足意見は対立への巻き

込みの回避という要素を「効果」要件の判断で考慮しているが、この要素はレモン・テストでは「過度のかかわり合い」要件の考慮要素であったし、かつ類型的にこの要件と照応する。今後、巻き込み回避の要素を「過度のかかわり合い」要件に組み入れた上で、この要件を明示的に独立化することが要求されよう。なお、この点につき、大野補足意見を「政治的対立に巻き込む」という観念を含む「過度のかかわり論を、独立の議論として入れている」とする評があるが（「鼎談・愛媛玉串料訴訟最高裁大法廷判決をめぐって」での横田耕一発言・ジュリスト1114号19頁）、妥当とは思われない。

次に、違憲となるのは、すべての要件に抵触する場合か、いずれかの要件に抵触すれば足りるのかという問題については判決の文面は未整理かつ混在的であって判然としない。可部反対意見は、地鎮祭最高裁判決の目的・効果基準は「二要件を充足する場合」に違憲とするものであるというが、実際に地鎮祭判決がそうであったのか、また玉串料最高裁判決の趣旨が地鎮祭判決と同じであったのかは、軽々に断定することはできない。いずれにしても、目的・効果基準は先述の方向で、かつ一般市民にも分かりやすい文章で補正・整理される必要がある。

さらに、本件玉串料のような事例では、「効果」要件の判断において、国の権限・威信および財政上の支持が一定の宗教の背後に存する場合、それは他の宗教信仰者および非信仰者に対して、公的承認を受けた宗教を畏

敬・崇拜するよう間接的に強制する圧力が生じるという要素（地鎮祭最高裁・藤林追加反対意見、殉職自衛官合祀最高裁・伊藤反対意見、本件第一審判決参照）を考慮に入れることが重要だが、判決ではこの要素への言及はなかった。あるいは判決は、「特別のものであるとの印象」、「特定の宗教への関心を引き起こすもの」という表現で十分であると判断したのかもしれないが、しかし、靖国神社問題は市民レベルで間接的強制の要素と不可分に絡んでおり、問題の所在を示すためにも当該要素の導入はあってしかるべきであった。

第四に、基準そのものに疑義がある場合には、その適用をできるだけ限定するという方が考えられ得るが、玉串料最高裁判決は目的・効果基準を安易に一般化している。この問題との関連で園部意見が注目される。当該意見は、目的・効果基準の「客観性、正確性及び実効性について、尾崎裁判官の意見と同様の疑問を抱いて」いるとしながら、「その点はさておき、本件において、憲法89条の右規定の解釈について、右基準を適用する必要はない」という。その上で、本件を憲法89条で禁止された「当該宗教団体の使用（宗教上の使用）のため公金を支出したもの」と判断した。これは、宗教団体への公金支出という明白な客観的事実に焦点を絞って、曖昧な判断基準を介在させずに、直接に89条違反を導いたものである。このアプローチは、89条の直接的な規範力を生かすとともに、目的・効果基準の適用の一般化に歯止めをかけており、積極的意義を有している。

第五に、基準内容の補正化が不十分なままの目的・効果基準は、玉串料最高裁判決のように厳格な適用が可能であると同時に、地鎮祭最高裁判決のように緩やかな適用も可能である。この問題を高橋意見と尾崎意見が的確に指摘している。高橋意見は、この基準は「いわば目盛りのない物差し」であり、「この基準によって判断された地鎮祭判決後の判決が、同じ事実を認定しながら結論を異にするものが少なくない」と述べ、尾崎意見は、「これまでの裁判例において、同一の目的効果基準にのっとって同一の行為を評価しながら、反対の結論に達している例があることは、右基準が明確性を欠き、その適用が困難なことを示すものというべきである」と論じる。だとすれば、裁判官の交替によって、今後とも厳格適用が維持されるとは限らない。今回、玉串料最高裁判決は、目的・効果基準の厳格適用という方向へ舵を切ったが、今後、憲法の趣旨に沿った厳格分離が安定的に保持されるためには、基準内容の十分な補正化か、もしくは厳格な新しい基準の導入かが要求されよう。

第六に、玉串料最高裁判決は、県と特定の宗教団体との間の意識的な特別のかかわり合いを認定した根拠の一つとして、「県が他の宗教団体の挙行する同種の儀式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」ことを挙げている。これは、特定の宗教団体とのかかわり合いを特に論証するためのものであるかもしれないが、他の宗教団体への同様の支出があれば違憲性が薄らぐかのように

も読めないことはない。いずれにしても、判決のいう「国家の非宗教性」が曖昧になっている。この点、大野と福田の各補足意見がそれぞれ、政教分離規定は「あらゆる宗教団体」、「あらゆる宗教」との関係で当てはまると念を押しているのは適切である。

## 五 新基準の「かかわり合い原則禁止」

目的・効果基準に内在する重大な問題を正面から鋭く指摘・批判して、新しい基準を提示したのは高橋意見と尾崎意見である。これは「かかわり合い原則禁止」基準ともいえるものであり、内容的に、国家と宗教のあらゆるかかわり合いに違憲性の推定を働かせ、これを覆す立証責任を国側に課すものである。（この点で、多数意見のほうを、「この日の判決は、津地鎮祭訴訟の最高裁判決で示された目的効果基準を適用しつつ、実質的には、国家と宗教の結びつきには違憲性の推定が働くという立場をとったとも読みとれる。その根底には、国家と宗教に『完全な分離』を求めた津地鎮祭訴訟の反対意見と共通する考え方があるように思われる」〔笹川紀勝・『朝日新聞』1997年4月3日朝刊〕とする評は、「判決要旨」に基づいて出されたものかもしれないにしても、早とちりでなかったか。）

高橋意見は、「政教分離原則は、国家と宗教との完全な分離、すなわち、国家は宗教の介入を受けず、また、宗教に介入すべきではないという国家の非宗教性を意味する」とした上で、「完全な分離が不可能、不適當であ

ることの理由が示されない限り、国が宗教とのかかわり合いを持つことは許されない」と明確かつ簡潔に提示した。

尾崎意見は枠組を上と同じくしながら、より具体的にこう論じた。「政教分離規定」は、「国家と宗教との完全分離を原則とし、完全分離が不可能であり、かつ分離に固執すると不合理な結果を招く場合に限って、例外的に国家と宗教とのかかわり合いが憲法上許容される」と解されるべきである。よって、「国は、その施策を実施するための行為が宗教とのかかわり合いを持つものであるときには、まず禁じられた活動に当たるとしてこれを避け、宗教性のない代替手段が存しないかどうかを検討すべきである。そして、当該施策を他の手段でも実施することができるならば、国は、宗教的活動に当たると疑われる行為をすべきではない。しかし、宗教とのかかわり合いを持たない方法では、当該施策を実施することができず、これを放棄すると、社会生活上不合理な結果を生ずるときには、更に進んで、当該施策の目的や施策に含まれる法的価値、利益はいかなるものか、この価値はその行為を行うことにより信教の自由に及ぼす影響と比べて優越するものか、その程度はどれほどかなどを考慮しなければならない。施策を実施しない場合に他の重要な価値、特に憲法的価値の侵害が生ずることも、著しい社会的不合理の一場合である。こうした検証を経た上、政教分離原則の除外例として特に許容するに値する高度な法的利益が明白に認められない限り、国は、疑義ある活動に関与す

べきではない」。

この尾崎意見は、「かかわり合い原則禁止」基準の下で、宗教性のない代替手段の有無の検討、また例外を判断する際の手順として、法的価値利益の実体的判断、比較的考慮、高度な法的利益の明白性の認定を提示しているが、これはさらなる精練化の必要はあるにしても、原則と例外の区分を前提とし、厳格性、客観性、明確性の諸点で、レモン・テストより優れている。アメリカ以上に厳格な政教分離を規定している日本国憲法下では（尾崎意見は両国憲法の政教分離の規定の仕方の相違も指摘している）、この基準は適切であり、今後の下級審での当該基準の精練的適用の積み重ねが望まれる。ただ、裁判所に現段階での判例変更に対する逡巡が仮にあるとすれば、実践的には当面、最低限要求されるのは、目的・効果基準の厳格適用の維持を前提にしてでの、その基準内容の十分な厳格的補正である。

学界では、尾崎意見について高く評価する評が多いが（前掲鼎談での横田発言・前掲誌11頁、小泉洋一「大法院判決における政教分離原則違反の判断方法」同上誌43頁、大久保史郎「愛媛玉ぐし料訴訟違憲判決と最高裁判所」法律時報69巻7号5頁等）、他方で、「私は、どうも従来の最高裁の憲法裁判の傾向からいって、たとえ政教分離原則違反事件に限るとしても、こんなに厳しい基準が果たして採用できるものかどうか疑問に思っています」という評もある（前掲鼎談での戸松秀典発言・前掲誌12頁、野坂泰司「愛媛玉串料

訴訟大法廷判決の意義と問題点」同上誌33頁も参照)。この懸念は理解できるところもあるが、これまでの最高裁の「現実」に引きずられているともいえる。確かに、新基準が最高裁で採用されるには多大の困難があろうが(上述の現段階の実践的要求はこのことを考慮してでのもの)、本来的には、憲法上の厳格分離の理念からして、尾崎意見(高橋意見も)の方向は適切であり、学界の役割は憲法の趣旨に沿って、新基準の理論的精錬化のために協同的に努力することによって困難を克服する道を探ることではないのかと思われる。

また、厳格な政教分離は個人の信教の自由を侵害することにならないかという評もあり得るかもしれないが、こうした見解は、憲法が保障しているのは「信教の自由」であって「宗教」それ自体ではないという趣旨を認識していないところから出てくる。個人の信教の自由の十分な保障と厳格な政教分離の維持は両立するものであり、両者は統一体としての広義の信教の自由を構成し、内的整合性を有している(この詳細は、前掲・拙稿「信教の自由」参照)。

なお、日本でのあるべく基準の検討においては、アメリカの判例理論も十分参照されるべきであるが、その際には、彼我の政教分離条項の歴史的制定趣旨と規定構造の相違を十二分に考慮に入れなければならない。さもないければ、アメリカにおけるレモン・テストの位置づけの1980年代以降の揺れのなかで出てきたオコナ裁判官の「保証」テスト、ケネディ裁判官の「強制 (coercion)」テスト、スカ

リア裁判官の「法的強制 (legal coercion)」テスト等に対する理解が皮相なものとなろう(後二者のテストの詳細と問題については、前掲・拙稿「アメリカにおける政教分離と『受容主義』」参照)。

## 六 二人の反対意見の問題構造

(1) まず三好長官(裁判長裁判官)の反対意見を検討する。この反対意見は今回の裁判官のうちで最も緩和分離主義的である。むしろ融合主義的に近い。これは、地鎮祭最高裁において同じく長官であった藤林益三裁判官が追加反対意見で最も厳格分離主義的な見解を述べたことと興味深いコントラストをなしている。

三好反対意見は、靖国神社、護国神社が「宗教的施設」であることを前提にして、礼儀論、道徳的義務論、特定の宗教を超えた施設論を展開している。これは内容的に、地鎮祭最高裁判決の系譜というよりむしろ神社「非宗教」論の系譜のものであり、法律論というよりむしろ政治論である。

明治憲法下の神社「非宗教」論の正当化の論拠はいくつかあるが、例えば、足立収(当時、内務省神社局書記官)執筆の『神社制度綱要』(1930年)のなかではこう述べられていた。「神社に対する個人個人の崇敬は人により、あるいは深刻なる宗教的信仰に至るものあるべく、あるいは単に道徳的儀礼または祖先崇拜の範囲にとどまるものあるべく、そのいずれに属するもすべて個人の自由なりと

いえども、いやしくも国民たる者は国家の宗祀たり民族崇敬の対象たる神社に対して相当の尊崇を致すべきことは、国家、国体または人民全体に対する国民個人の義務と解すべきなり」。(この論を含めて明治憲法下の神社「非宗教」論の詳細は、拙稿「神社『非宗教』論の憲法論理とその系譜」月刊自治研275号参照)。

それでは、戦後の新憲法下の神社「非宗教」論はどうか。これの主唱者の一人であった大石義雄(元京大教授)の著書『日本国憲法概論』(1958年)をみてみよう。「一般に神社は国民道徳的施設たることをその普遍的性格とするものである。なぜか。神社の祭神は、天皇の祖先、歴代の天皇、皇族、国難に赴き特別の功労あった者、特に国民としての正しい道を歩いた者、国難に殉じた者を祭神とし、国民をしてその徳をたたえ、これにあやからしめる意味を持つ施設だからである。このように、神社の国家性は神社の普遍的性格であるから、国家と必然の関係を持たない一般宗教とはその性質を異にするものである」。(この論を含めて新憲法下の神社「非宗教」論の詳細は、拙稿「日本国憲法下の神社『非宗教』論」芦部信喜還暦・憲法訴訟と人権の理論、有斐閣、1985年、参照)。

上の論は神社一般に関するものであるが、注意すべきは、神社「非宗教」論者にとって、靖国神社は決して伊勢神宮等の神社・神宮と本質的に異質の存在ではないということである。靖国神社は、その特性を保持しながらも、他の神社・神宮と密接に関連して、全体とし

ての神社「非宗教」論の重要部分を構成しているのである。この靖国神社の特性は、神社「非宗教」論からはどういう説明になるのか。これは、靖国神社公式参拝を合憲と主張した自民党政務調査会・内閣部会「靖国神社問題に関する小委員会見解」および「小委員会見解の詳説」(1983年11月15日)に如実に出ている。こういうことである。「国の独立を守ることは、国民の最も崇高な義務である。子々孫々にわたるあとに続く人達のために、今に生きる者の重大な責務である」。「靖国神社は、国家の為に生命を捧げた全国の戦没者をまつところである。戦没者の遺族のみならず、多くの国民がここを訪れる。それはもっぱら、戦没者が国家の為に尊い生命を捧げたという事実に対し、感謝の敬意を表わし、みたまを慰め、訪れる者の決意を表明するなどの意図に出るものである」。「内閣総理大臣は、国家を代表する立場にある。従ってまた、国家を代表する者として時に靖国神社を訪れることは当然のことである」。「慰霊、表敬等のため公務員が靖国神社を訪れる。私人としての私的参拝ではなく、公人としての公的参拝がふさわしいところである。宗教問題をこえた国民の心情の発露である」。(この論の詳細な分析は、拙稿「神社『非宗教』論の今日的位相」法学セミナー359号参照)。

このようにみえてくると、戦前から今日まで連綿とつながっている神社「非宗教」論の主な特質が浮かび上がってくる。神社は国家性、民族性を有しておりその尊崇は国民の義務であること、神社は国民道徳的施設であり一般



宗教を超えた性質を持つこと、靖国神社は国家に殉じた戦没者を祭る施設であり内閣総理大臣をはじめとして公務員が国家を代表して慰霊、表敬のためそれに参拝することは宗教問題を越えた国民の心情の発露であること等である。

それでは、三好反対意見の内容はどうであったか。次のようなものである。「祖国や父母、妻子、同胞等を守るために一命を捧げた戦没者を追悼し、慰霊することは、遺族や戦友に限らず、国民一般としての当然の行為ということができる」。「国や地方公共団体、あるいはそれを代表する立場に立つ者としても、このような追悼、慰霊を行うことは、国民多数の感情にも合致し、追悼の心情にも沿うものであるのみならず、国家に殉じた戦没者を手厚く、末長く追悼、慰霊することは、国や地方公共団体、あるいはそれを代表する者としての当然の礼儀であり、道義の上からは義務ともいうべきものである」。「靖国神社や護国神社は、正に神道の宗教的施設であり、右各神社の側としては、お参りする者はすべて祭神を信仰の対象とする宗教的意識に基づき宗教的行為をしている者と受け取っているであろうことはいうまでもないところであるが、右に述べたような多くの国民の意識からすれば、右各神社は、戦没者を偲び、追悼し、慰霊する特別の施設、追悼、慰霊の中心的施設となっているといえるのであって、国民の多くからは、特定の宗教にかかる施設というよりも、特定の宗教を超えての、国に殉じた人々の御霊を象徴する施設として、あたかも御霊

を象徴する標柱、碑、名碑などのように受け取られているといってもよいものと思われる」。そして、同反対意見は、この論旨は内閣総理大臣その他の国務大臣の靖国神社公式参拝への地ならしをした「閣僚の靖国神社参拝問題に関する懇談会報告書」（1985年8月9日）と「概ね趣旨を同じくするものである」という。（この点につき、大久保・前掲論文4頁は、『公式参拝』の合憲性を便宜的に装うための政治的文書を「憲法の最終的な解释权を有する最高裁判所の、それも裁判長たる者が引くのはあまりに無神経である」と批判する。）

まさに裁判官版の神社「非宗教」論が出てきた感がある。三好反対意見は上のように論を展開しながら、自ら「国家神道の復活はあり得ない」と断じている。大枠としてその方向への潮流のなかに身を投じているがゆえに、復活の「危惧を抱く」ことがないのであろう。確かに、復活は当面は予想されないかもしれない。しかし、尾崎意見の次の論述は決して看過されるべきでない。「今日の社会情勢では、昭和初期と異なり、もはや国家神道の復活など期待する者もなく、その点に関する不安はき憂に等しいともいわれる。しかし、我々が自らの歴史を振り返れば、そのように考えることの危険がいかに大きいかを示す事例を容易に見ることができる。人々は、大正末期、最も拡大された自由を享受する日々を過ごしていたが、その情勢は、わずか数年にして国家の意図するままに一変し、信教の自由はもちろん、思想の自由、言論、出版の自由もこ

とごとく制限、禁圧されて、有名無実となったのみか、生命身体の自由をも奪われたのである。『今日の滴る細流がたちまち荒れ狂う激流となる』との警句を身をもって体験したのは、最近のことである。情勢の急変には10年を要しなかったことを想起すれば、今日この種の問題を些細なこととして放置すべきでなく、回数や金額の多少を問わず、常に発生の初期においてこれを制止し、事態の拡大を防止すべきものと信ずる。

三好反対意見は、また、「多くの国民の意識」「国民一般の意識」をマジック・ワードとして用いて本件行為を正当化しているが、憲法解釈を多数者の「意識」に依存させることはできない。この点、本件判決は的確に論じる。「憲法制定の経緯に照らせば、たとえ相当数の者がそれを望んでいるとしても、そのことのゆえに、地方公共団体と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ないものとして憲法上許されることになるとはいえない」。このことは、政教分離条項が「公的機関に対して強い規範性を有するもの」（大野補足意見）である以上、至極当然のことである。そうでなければ、憲法が存在理由がなくなる。

さらに、三好反対意見は「特定の宗教のみに深い信仰を持つ人々にも、本件のような問題につきある程度の寛容さが求められる」と説いているが、私的領域における諸宗教信仰者の間での相互寛容をいうのであれば一定の意義があるが、宗教と国との結びつきにまで寛容を求めるのは、寛容概念の悪用である。

また、少数者に対する多数者の寛容を語るのであればまだしも、三好反対意見では、一方で、「多くの国民」「国民一般」という多数者が設定され、他方で、「特定の宗教のみに深い信仰を持つ人々」という少数者が念頭に置かれている。多数者に対する少数者の寛容を求めているのである。尾崎意見がいうように、「信教の自由は、本来、少数者のそれを保障するところに意義がある」という側面があり、三好反対意見はこの意義を全く没却した内容のものとなっている。

(2) 次に可部反対意見を検討する。この反対意見は三好反対意見と異なって、「社会的儀礼」論に重点を置き、それなりに憲法的説明に努力しており、比較的には地鎮祭最高裁判決の趣旨に近いが、この判決より一層緩和的である。

可部反対意見は地鎮祭最高裁判決に依拠して、(イ)「当該行為の行われる場所」、(ロ)「当該行為に対する一般人の宗教的評価」、(ハ)「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」、(ニ)「当該行為の一般人に与える効果、影響」の四つの考慮要素を挙げるが、このうち最も客観的要素である(イ)の「当該行為の行われる場所」の判断において、同反対意見は、「宗教上の祭祀である例大祭、みたま祭又は慰霊大祭が神社の境内において举行されるのはあまりにも当然のこと」と述べて、場所の要素を切り捨てている。となれば、判断の重点が(ロ)以下のより精神的、抽象的、主観的な要素に移らざるを得ないし、実際に移って

いる。同反対意見は、本件判決を「恣意的」と批判しているが、この批判は自分にはねかえるものとなっている。

可部反対意見は、(ロ)の要素との関連で、「神社の恒例の祭祀に際し、招かれて或いは求められて玉串料、献灯料、供物料等を捧げることは、神社の祭祀にかかわることであり、奉納先が神社であるところから、宗教にかかわるものであることは否定できず、またその必要もないが、それを慣習化した社会的儀礼としての側面を有することは、到底否定し難い」と言い、(ハ)の要素との関連で、「玉串料等の奉納は、靖国神社又は県護国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、或いは最も盛大な規模で行われる祭に際し、神社あてに拠出されるものであるから、宗教にかかわり合いを持つものであることは当然で、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ことは勿論であろう。問題は、その意識の程度である」が、「長年にわたって比較的低額のまま維持された玉串料等の奉納が慣習化した社会的儀礼としての側面を持つことは」、「社会生活の実際において到底否定し難い」と論じる。

既に分かるように、可部反対意見は本件行為が宗教とかかわり、宗教的意義を有していること認めている。それを認めながら、憲法判断において、「社会的儀礼」の側面を抜き出して、そのみに基づいて合憲と断定している。恣意的な操作といえる。日本での政教

分離は国家と宗教の分離を意味することは確たる定説であり、審査されるべき照射対象はあくまでも「宗教的側面」である。社会的儀礼といっても、本来的に宗教的な行為が特定の政治的意図でもって人為的に「社会的儀礼化」されることもあり、本件はまさにそのようなものであったし、より本質的には神社「非宗教」論がそうである。可部反対意見からすれば、いかに宗教性があっても、社会的儀礼化さえすれば憲法的に容認されることになりかねない。

また可部反対意見は、(ニ)との関係で、本件最高裁判決および第一審判決を、「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」と批判しているが、それにとどまり、本件を(ニ)の要素との関連で自己の見地から論証しているわけではない。そして、結論として、「玉串料等の奉納行為が社会的儀礼としての側面を有することは到底否定し難い」ことを繰り返すのみである。一方的断定の論理構成である。

憲法89条との関連でも可部反対意見はいくつかの論点を提示している。まず、宗教関係学校への助成金の問題である。同反対意見はこういう。宗教関係学校への助成は私学間での平等原則の要請によって説明されるが、「しかし、憲法解釈上の難問に遭遇したとき、安易に平等原則を引いて問題を一挙にクリアー

しようとするのは、実は、憲法論議としての自殺行為にはかならないのではあるまいか。「宗教関係学校法人への巨額の助成を許容しながら微細な玉串料等の支出を違憲として、何故、論者は矛盾を感じないのであろうか」。

宗教関係学校法人への助成は異なった性質の問題であり、比較の対象として妥当とは思われないが、この点とはともかく、可部反対意見の論旨は両方とも違憲とするのでなく、宗教系学校への巨額の助成金を認めるならば、微細な玉串料ぐらい大目にみろということであるので、これは異なった脈絡での「平等原則」による正当化である。この論法からは、宗教（団体）への公金支出はほとんど合憲となりかねず、これは「憲法論議としての自殺行為」ではないのか。

また、可部反対意見は「我々の目の前に小さな悪の芽以上のものは存在しないのであろうか」と問い、その一例として、「宗教団体の所有する不動産やその収益と目すべきものにつき、これを課税の対象から外すことは、宗教団体に対し積極的に公金を支出するのと同様の意味を持つ」ことを挙げ、「何故これらの点がともに論ぜられることなく、かえって、細く長く絶えず続けられた本件玉串料等の支出の如きが、何故かくも大々的に論議されなければならないのであるか」という。

確かに、宗教法人法上の宗教団体に対する優遇税制は憲法上、重大な疑義がありながら、この問題はこれまで学界で本格的にはほとんど論じられてこなかった。及び腰であったともいえる（筆者は最近、この問題を詳細に考

察している、拙稿・前掲「信教の自由」参照）。しかし、この優遇税制の存在によって本件行為を正当化することはできない。可部反対意見のいう「悪の芽」も「小さな悪の芽以上のもの」も、憲法に抵触すれば「摘みとる」ことが要求される。悪の大小は関係ない。そうでなければ憲法の規範力はそこから弱まり崩れていくことになるだろう。

以上の可部反対意見の論旨は一見、解釈論的装いを凝らされているが（これに影響されたのか、その結論には反対ながら、当該反対意見の判断過程を「評価」する論があるが〔前掲、戸松発言、横田発言、野坂論文、前掲誌21, 35頁〕、この反対意見の論理操作には重大な問題がある〔長谷部恭男発言・同上誌21頁も参照〕）、しかし可部反対意見には神社「非宗教」論と無縁ではない部分があることに注意しなければならない。同反対意見は、玉串料等が「宗教にかかわるものであることは否定できず、またその必要もないが、それが慣習化した社会的儀礼としての側面を有することは、到底否定し難い」と断じるところへつながる文脈のなかで、こう述べている。「靖国神社や県護国神社は、元来、戦没者の慰霊のための場所、施設である。戦後、占領政策の一環として宗教法人としての性格付けを与えられたが、そのために戦没者の慰霊のための場所、施設としての基本的性質が失われたわけではない。……祭神という言葉はいかめしいが、いわば神社神道固有の“術語”であり、神社に参詣する国民一般からすれば、今は亡きあの人この人であって、

ゴッドではない」。

この見解は決して目新しくはない。これと同旨のものは、靖国神社＝「非宗教」論を展開した自民党憲法調査会「靖国神社法案に関する意見」（1968年4月16日）のなかに出ている。こうである。「日本人が英霊のことを護国の神と称するのは、学問上宗教にいうところの神と同じ意味を用いているのではない。日本人的なものの考え方によれば、普通よりすぐれた人、普通人ではできそうもない犠牲的精神の発露者を上、かみさまという場合が多い。それは決して西洋人のいう絶対者という意味の神様を指すのではない。西洋人のいう宗教上の神ではない。ゴッドと訳しては誤解を生ずることに留意すべきである。よって、戦没者等を公にまつるといっても西洋人の言う神をまつり礼拝するという観念とは異なる。憲法20条第1項の『信教の自由』『宗教団体』というのは、西洋流に、神を信じ、教義をひろめ、信者を教化育成するという意味の信教の自由を保障する規定にすぎない。その組織体であるところの宗教団体に国が特権を与えてはならないことを規定したにすぎない。神という言葉にとらわれるべきでない。日本人流に『神』といったからとて、それが直ちにすべての憲法の意味する宗教上の神の問題と考へ、神様という言葉タブーとするという態度はアレルギーであって妥当でない。学問的には差別されるべきである。異なるものを同一に取り扱うことは、学問的でない」（傍線、原文傍点）。

可部反対意見は既述のように玉串料等の宗

教的意義を認め、その上で日本の「祭神」と西洋の「ゴッド」の相違を主張することによって、本件を憲法の枠外に押し出そうとしている。この論理は自民党憲法調査会意見と通底するものがある。これらによれば、「日本」の憲法の信教の自由条項が規定の対象としているのは、「日本」的特質を有する宗教的観念、宗教的活動でなく、「西洋」的特質を有する宗教的観念、宗教的活動であるということになるが、この奇異性はともかくとして、実は、靖国神社およびその関連の観念、活動等の宗教的意義を否定しないことに神社「非宗教」論の本質の一つが出ている。つまり、神社が完全に非宗教的存在であれば、あらためて神社「非宗教」論を唱える必要も価値もなく、神社が宗教的存在であるがゆえに一定の意図で神社「非宗教」論が主張されるのである。ここに神社「非宗教」論のイデオロギー性が表れている。神社「非宗教」論は神社が宗教的存在であることによってはじめて成立する論である。靖国神社公式参拝問題はこの延長線上のものである。可部反対意見も、意識的にか無意識的にか、上の神社「非宗教」論的特性を帯有している。

最後に、可部反対意見は、判決を「徒に国家神道の影に怯えるものとの感を抱かざるを得ない」と論難するが、自らがよって立つ論拠および身近な三好反対意見の問題性をいま一度、歴史的観点から検討すべきであろう。また、宮沢喜一（元首相）は“護憲派”ともいわれるが、本件の三好反対意見に賛同しており（朝日新聞1997年4月26日朝刊）、さら

に判決が出た同じ日に、保守系の国会議員は党派を超えて、靖国参拝のための合同組織を発足させた。靖国問題での政治家の病理がいかに深いかを知るべきである。

（付記：本稿は『法学セミナー』1997年8月号掲載の依頼論文「最高裁判所と政教分離—地鎮祭判決から玉串料判決へ—」の趣旨を変えずに、重要な論点をより詳しく分析・考察したものである。）

## The Supreme Court of Japan and the Principle of Separation of State and Religion

Hideo TSUCHIYA\*

### Abstract

In April 1997, The Supreme Court of Japan delivered a judgment on a very important case pertaining to the constitutional principle of separation of state and religion. The case occurred in Ehime Prefecture and was concerning payments of public money to Shinto shrines on the occasion of their ceremonies. The Matsuyama district court ruled in 1989 that the case was in violation of the Constitution. The Takamatsu high court contrarily ruled it constitutional in 1992. And the Grand Bench of the Supreme Court proclaimed it unconstitutional in support of the district court's decision.

The Supreme Court's conclusion of unconstitutionality of the case was in accord with common knowledge of jurisprudential circles. But this judgment's ratio decidendi did not correspond with the most important precedent in the Supreme Court. In this sense the Supreme Court's latest judgment is epoch-making.

The Supreme Court's precedent in 1977 adopted the standpoint of very loose separation of state and religion. This judgment took the teeth out of the constitutional articles which define the principle of separation. On the other hand, the new judgment of the Supreme Court adopts the standpoint of strict separation of state and religion. This means that the constitutional principle of separation has just revived in fifty years after enforcement of the Constitution.

In the case, the judgment of violation of the Constitution is held by thirteen Justices (including a majority opinion, concurring opinions and separate opinions), and only two Justices dissent.

---

\*Professor, Graduate School of International Cooperation Studies, Kobe University.

This treatise is intended to analyze a majority opinion, concurring opinions, separate opinions, and dissenting opinions in detail, and thereby make clear the meanings or phases of each opinion.