

## 政教分離をめぐる若干の問題

——愛媛玉串料訴訟判決を契機として——

一 はじめに

靖国神社や愛媛県護国神社に愛媛県知事が玉串料等を公費で支出した事例を違憲と判示した、いわゆる「愛媛県玉串料訴訟」の最高裁判決<sup>(1)</sup>については、すでに多くの紹介や判決批評が書かれている<sup>(2)</sup>。本報告は、そうした議論に参加し、右の最高裁判決を実体的・内容的に検討しようというものではなく、むしろこの判決を契機として、さやかな、どちらかと言えば形式的な問題を整理しておこうというものである。すなわち、いわゆる「目的・効果基準」が従来の裁判では使用されてきているが、しばしばこの基準は「曖昧で不明確である」と評されている。たとえば、愛媛最高裁判決においても、高橋久子裁判官はその意見の中で、「いわゆる目的・効果基準は極めてあいまいな明確性を欠く基準である」とし、「いわば目盛りのない物差しである」とまで断じている。そこで本報告は、多くの論者が指摘するように、この「目的・効果基準」なるものが実際に曖昧・不明確なものであるかどうか、また曖昧・不明確であるとしたらいかなる部分において不明確であるか、といった点に主たる焦点をあてて論じることを課題とする。

横田 耕一  
(九州大学)

本論に先だつて二点ほど確認しておきたい。第一点は、「判例」の取り扱い方の問題である。周知のように、近年の政教分離に関わる事件の判決においては、最高裁はもとより下級裁判所においても、審査基準として「津地鎮祭最高裁判決」を引用することが通例となつている。ところが、これらの判決において、なぜその「判例」を当該事件の審査にあつて引用しなければならないのか、あるいは引用する場合においてきちんと引用しそれに基づいて審査を行っているかという点で、きわめて大きな疑問が残る事例が多いように思われる。もつとも、こうした問題は、政教分離の分野以外の他の分野の判決においても同様に見られる日本の裁判所の一般的特徴であつて、少しでも関連性があればおよそ対象を異にする別種の事例であるにも関わらず簡単に先例を「判例」として引用する傾向があるといえる。そうした状況の中で、特に政教分離に関わる判決においては、後者の点、すなわち「判例」を折角引用しておきながら、それをきちんと適用していない、したがつて実際は引用していないのではないかとの問題がある。

第二の点は、「審査基準」なるものが「判例」において仮に設定されたとしても、以後の事例においてそれを機械的に適用することの妥当性如何である。たとえば、表現を規制する立法の審査において、「明白かつ現在の危険」といった「審査基準」を一律かつ機械的に用いることが果たして妥当であるかどうかというのがここでの問題である。おそらくは、表現規制立法審査においては、具体的事件に即してその判断はなされなければならないし、「審査基準」はあくまでも一つの「目安」のようなものであり、柔軟に適用されるべきものである。政教分離事件の「審査基準」として提起されている「目的・効果基準」も、同様に、政教分離原則違反が問題になつてくるあらゆる事件において、固定的・機械的に適用されるべきものではなく、事件に即して適用が妥当であつたり、柔軟適用が要請されるものであろう。

以上の二点を、いわずもがなの前提として、以下本論に入る。

## 二 津地鎮祭最高裁判決の論理

### 一 津地鎮祭判決の論理概観

いうまでもなく、こんにち「目的・効果基準」と呼ばれている「審査基準」は、津地鎮祭最高裁判決<sup>(3)</sup>の多数意見の中で示された基準をいう。あらためて紹介する必要があるとは思われるが、以下の論述との関連で、いま一度この多数意見の論理を整理しておくとともに若干のコメントを述べておこう。

①「政教分離原則が憲法に規定されるにいたった背景には、大日本帝国憲法時代における「国家神道」の存在がある。「国家神道」は、事実上の国教的地位にあり、「それに対する信仰が要請される」一方で、「一部の宗教団体に対しきびしい迫害」が行われたため、「宗教の自由の保障は不完全であつた」。国家と神道の結合から生じたこの弊害を前提として日本国憲法は宗教の自由と政教分離規定を定めた。」

多数意見は簡単にはあるが、政教分離規定を生むにいたった理由として「国家神道」の弊害を指摘している。これはきわめて重要な指摘である。いずれの憲法規定であつても同様であるが、一つの憲法規定の背景にはそれを生むにいたった歴史的背景が必ずある。当然それは各国によつて異なるものであるから、政教分離原則一つをとつても、当該国家においてその原則の持つ意味は異なることになる。したがつて、政教分離原則を論じるにあつては諸外国を参考にすることには意味があるが、米国や英国・フランスの事例や解釈をただちに日本に持ち込むことはできない。そうしたとき、日本国憲法の政教分離原則は「国家神道」（それをどう理解するかは別として）の害悪

よりの解放を主眼として制定されたものということができ、潜在的敵は「国家神道」(神道ではない!)であることを確認しておくことは、日本における政教的分離原則の理解にとって不可欠であろう。

②「日本では「各種の宗教が多層的・重層的に発達、併存」しているため、憲法は国家と宗教の完全分離を理想とし、「国家の非宗教性ないし宗教的中立性」を確保しようとしている。」

「各種の宗教が多層的・重層的に発達、併存している。」という状況認識(こうした状況認識について異論はあるる)を共通にしたときにも、ここから導かれる結論にはまったく正反対の二種類がある。一つは、ここでの多数意見のように、したがって完全分離が理想とされるとするものである。他方は、愛媛玉串料訴訟最高裁判決における三好達裁判官の反対意見のように、この認識から政教分離原則の緩和を導こうとするものである。そしてまた驚くべきことに、本津地鎮祭判決の具体的判断過程において多数意見は、宗教意識の雑居性から国民一般の宗教意識は必ずしも高くないとの認識を導き(ここまでは必ずしも間違いではない)、それを理由に本件地鎮祭は「参列者及び一般人の宗教的関心を特に高めることとなるものとは考えられない」として、実質的に「目的・効果基準」の緩やかな適用の大きな根拠の一つとしているのである。つまり、「宗教的多元性」が完全分離の根拠になったり、分離緩和の根拠になったりしているのである。しかし、別の機会に指摘したように、<sup>(4)</sup>前者すなわち完全分離を導く議論が当然の帰結として妥当である。ともあれ、津地鎮祭判決の多数意見がその基本的見解を提示する中で、日本の宗教風土から完全分離の理想を導き出したことは、政教分離に関わる事例を考える際に絶えず想起されるべきことであり、間違っても相互の「寛容」などを安易に説くべきではないのである。

なお、「国家の非宗教性」と「国家の宗教的中立性」は同じではないとの指摘がなされているが、<sup>(5)</sup>本報告とは直接関係がないので省略する。

③ 「政教分離規定は「間接的に信教の自由の確保を保障しようとする」もので「制度的保障」の規定である。」  
これも本報告とは関係ないのであるが、この部分は不要であるばかりか、ドイツ流の「制度的保障」の觀念からすれば了解不能の部分である。ただ、多数意見や以後のいくつかの下級審判決において、この言葉が政教分離原則を緩和する際の一種のキーワードとして用いられている点は問題である。

④ 「国家が、社会生活に規制を加え、あるいは教育、福祉、文化などに関する助成、援助等の諸施策を実施するにあつて、宗教とのかかわり合いを生ずることを免れえない」ので、国家と宗教の完全分離は「不可能」「不合理」であり、分離には「一定の限界」がある。」

多くの判例批評が指摘しているように、多数意見が「不可能」「不合理」の例としてあげている事例については、別途の解釈が可能であり、それら事例を理由として緩和を根拠づけることには疑問が多い。

⑤ 「政教分離原則は、「宗教とのかかわり合いのもたらす行為の目的及び効果にかんがみ、その関わり合いが」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る場合にこれを許さないとするものである。」

⑥ 「二〇条三項によつて禁止される「宗教的活動」とは、「そのか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。」

これ(特に傍点部分)がいわゆる「目的・効果基準」である。

⑦ 「検討にあつては、当該行為の主宰者が宗教家であるかどうか、その順序作法(式次第)が宗教の定める方式に則つたものであるかどうかなど「当該行為の外形的側面のみにとられることなく」、「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。』

これは、「目的・効果基準」で審査を行う際の判断方法を述べた部分である。一読して要約すると、「いろんなことを考えた上で、社会通念に従つて判断しなければならない」という、きわめて大まかな判断方法であるとも言える。しかし、多数意見がこうした判断方法を示したのは、原審の名古屋高裁判決<sup>(6)</sup>が、地鎮祭の外形的側面を重視して当該地鎮祭を違憲と判示していたため、その論拠を崩すためであつたとも言える（外形的側面を重視すれば当該地鎮祭は違憲の色彩が濃くなる）。ただ多数意見は、「外形的側面のみ」にとらわれるべきではないと述べているのであつて、「外形的側面」を考慮対象から排除しているわけではない。その意味で、愛媛玉串料訴訟判決の反対意見で可部恒雄裁判官が後に具体的に提示されている四つの考慮要素のみを取り上げて検討した点には、多数意見の理解として大いに疑問が残る。また、多数意見が「等」としている点からしても、これら考慮要素は、重要な考慮要素ではあるとしても、限定的に列挙されたものではないから、固定的・機械的にこれら要素のみに導かれて判断を行うことは妥当ではない。

むしろ、この部分の最大の問題は、「社会通念」に従つて判断しなければならないとした点であつて、これでは折角の②で示された認識が無意味になってしまうが、この点については後述の機会があろう。

## 二 「目的・効果基準」と対象物の「宗教性」

ところで、政教分離原則違反が争われた従来の裁判事例においては、しばしば「目的・効果基準」を用いる際に、

公的行為の対象となつてゐる事柄や物が「宗教性」を持つてゐるかどうかが争点とされ、そこに重点が置かれる傾向があつた。たとえば、箕面忠魂碑訴訟においては、対象となつてゐる忠魂碑が宗教施設であるかどうかの一つの大きな問題となつてゐた。あるいは、慰霊祭が宗教的なものであるかどうかが問われた。しかし、多数意見の示した「目的・効果基準」による審査の判断方法に忠実に従うならば、対象物の宗教性の有無、濃淡は一つの考慮要素にとどまり、決して決め手にはならないことになる。仮に宗教施設であつても、それに対して行われた行為(例えば神社火災の祭の消防活動など)が「目的・効果基準」からして「宗教的活動」にあたらぬこともあれば、逆に非宗教施設に対して行われた行為であつても憲法の禁じる「宗教的活動」に該当する場合がありうる。たとえば、仮に忠魂碑が単なる記念碑であつたとしても、それに対する公金支出が宗教目的で行われたり、その支出の効果として宗教を促進又は圧迫するとするならば、当該公金支出はれつきとした「宗教的活動」である。同様に、忠魂碑の前で行われた公的慰霊祭の合憲性は、忠魂碑や慰霊祭の宗教性よりも、慰霊祭への公的にかかりが「目的・効果基準」に合格するかどうか(この場合にも、仮に慰霊祭が宗教色の濃いものであつても、津の地鎮祭のように合憲とされることがあることはいふまでもない)にかかつてゐる。したがつて問題は、あくまでも公的になされた行為が、「目的・効果基準」からして「宗教的活動」に該当するかどうかである。

三 「目的・効果基準」は不明確か？

一 「目的・効果基準」に対する批判

政教分離原則に関わる事件の審査基準として「目的・効果基準」が妥当であるかは疑わしく、かねてより報告者

を含めて多くの憲法学者より異議が提起されてきた。しかし、ここではその基準自体の妥当性はひとまず置き、「目的・効果基準」は曖昧・不明確な基準であるとの批判につき検討を進めることにする。

冒頭でも一部引用した高橋裁判官のほか、愛媛玉串料訴訟最高裁判決においては、園部逸夫裁判官、尾崎行信裁判官からも、「目的・効果基準」が基準として曖昧であることが批判されており、憲法学者の多くもこうした批判を異口同音に述べてきた。

そもそも事情は、この基準の母国であると考えられている米国においても同様である。<sup>(7)</sup>多くの論者が指摘するように、「目的・効果基準」の形成に影響を与えた米国の判決は、一九七一年のレモン判決<sup>(8)</sup>である。この判決で定式化された、①その法または行為が世俗的目的をもつものであるかどうか、②その主要なもしくは第一の効果が宗教を促進したり禁止したりすることになるかどうか、③宗教に対する政府の「過度のかかわり」をもたらすかどうか、の「三要件テスト」は、絶対的テストではなく「有用な指標以上のものではない」とされながらも、一九八〇年代半ば頃まで、ある種の政教分離をめぐる事件において連邦最高裁判所の審査基準としてかなり頻繁に用いられてきた。しかし、「有用な指標」との性格づけが示しているように、この基準は具体的適用においてかなり曖昧な点を含んでいることは自覚されていたといえよう。たとえば、①の要件において、その行為等が「世俗的目的」をもつかどうかを判断しなければならぬのであるが、「目的」如何は客観的に示されるものであるよりは、行為者の内心境界を探索することによって得られるものであるだけに、事柄の性格からして曖昧さがつきまとっている。また、そうかといつて、人の内面にまで国家や法が介入することには大きな危険性があり、ある段階での断念が要求されることにもなる。また、③の要件は、日本の最高裁が独自の要件として採用せず「目的・効果基準」にとどまったことからうかがわれるように、それ自体曖昧な点を多く含んでいる。そうであれば、ある程度の客観性を持つもの

としては②の「効果」要件しかない。その意味では、一九八〇年代半ば頃からいくつかの判決でオコナ裁判官が提起した「エンドースメント・テスト」は、②の要件を補充し曖昧性を払拭しようとしたものとして位置づけることができる。すなわち、「宗教を是認または否認するメッセージを政府が送っているかどうか」を判断基準とするのがこのテストであったが、このテストもいくつかの判決の法廷意見で用いられはしたものの、九〇年代に入ると「三要件テスト」と同様に明示的には用いられなくなり、今日においてはむしろ一律の一般的審査基準の使用を断念し、具体的事例に則して、行為類型別に判断を緻密に行う手法が採られていると理解することができる。このように、「目的・効果基準」の母国では、もはやこの基準の元となつたと理解される「三要件テスト」は使用されないが、その大きな原因の一つがこの基準の曖昧さにあつたことは否定できないだろう。

米国の経験を参照したとき、「三要件テスト」から③の要件を欠いている「目的・効果基準」が曖昧かつ不明確であることは、一応認めなければならないであろう。その意味で前述の三裁判官の批判は誤りではない。しかし、これより一歩進めて、一部の憲法学者が強調し、愛媛玉串料訴訟判決で高橋裁判官が指摘したように、この基準の曖昧さの論拠の一つを、「津地鎮祭以後の判決が、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」ということに求めることは妥当であろうか。いや、そもそもこの言説は現実の判決にてらして真であろうか。高橋裁判官は、その例として、山口自衛官訴訟、箕面忠魂碑訴訟、および愛媛玉串料訴訟をあげた。たしかに、これらの判決において、すべての裁判所は「目的・効果基準」を使用しているが、それらは「同じ事実を認定しながら結論を異にするもの」であつたのだろうか。

二 「目的・効果基準」はどのように用いられたか

異なる類型の事例に「目的・効果基準」を適用して異なる結論が出てきたとしても、それは当然である。したがって、「同じ事実を認定しながら結論を異にする」かどうかは、少なくとも同一類型の事例について検討されなければならぬ。しかも、地裁、高裁、最高裁の結論が同一である場合には、そもそも問題は無い。こうした条件の下で有効な検討対象となるのは、実質的に最高裁も判断を示した事例である、高橋裁判官があげた三訴訟である。これら三訴訟に原点となった津地鎮祭最高裁判決を含めて、「目的・効果基準」の使われ方を、とくに審査対象となった事実を中心に整理してみよう。

(1) 津地鎮祭最高裁判決の場合

対象となった事実、市が主催する起工式(地鎮祭)であり、その起工式では、専門の宗教家である神職が、神道所定の服装で、神社神道固有の祭具を用い、神社神道固有の祭式を主宰した。

多数意見は、起工式は「もはや宗教的意義がほとんど認められなくなった建築上の儀礼」とした上で、神職自身は宗教的信仰に基づいて執行したが、一般人・市関係者の意識においては「建築着工に際しての慣習化した社会的儀礼として、世俗的行事と評価」されており、市関係者も「建築着工に際し、土地の平安堅固、工事の無事安全を願い、社会の一般的慣習に従った儀礼を行うという専ら世俗的」目的で行ったものであり、他方、日本における宗教意識の雑居性、祭祀儀礼に専念する神社神道の特色、および右の起工式に対する一般人の意識からするならば、神道の援助や他宗教の圧迫などという効果は認められなるとし、「目的・効果基準」にてらして政教分離原則に違反しないと判示した。

このように、当然のことではあるが、多数意見は自らが示した判断方法に則って審査を行っていること一応は言える。その際、外形的側面も考慮要素に入れられ考慮されていた点に注目しておきたい(前述の可部反対意見の問題

点)。もっとも、愛媛玉串料訴訟最高裁判決の意見で尾崎裁判官が指摘しているように、判断対象事実につき、起工式自体とそれへの市の関与行為との区別がやや曖昧となっているが、主催者として市が主体となつて起工式を自ら行ったとの認識に多数意見が立っているとすれば、市の行為を他者の行う宗教儀式への参加として構成した尾崎裁判官と、そもそも対象事実の認識において異なっているということができる。

(2) 山口県殉職自衛官合祀訴訟判決の場合

この訴訟では、山口県護国神社が、妻の反対にもかかわらず、自衛官として殉職した夫を合祀した事例につき、合祀の前提となる合祀申請行為を民間団体である県隊友会が行っているが、その隊友会に対し自衛隊山口地方連絡部(地連)が事務的協力を行ったことが政教分離原則違反であるかどうかが争われた。護国神社の合祀が宗教行為そのものであること、同様に、合祀申請行為が宗教行為であるかどうかについては被告側も争っていない。問題は、自衛隊の事務協力の評価である(自衛隊の事務協力があった事実についても争いはない)。

① 山口地方裁判所・広島高等裁判所判決<sup>(9)</sup>

これら判決では、自衛隊地連の事務協力行為につき、「合祀申請に向けられた個別的・積極的・核心的行為」であつて、「地連の一連の行為がなければ、本件の如くに合祀申請に至つたとはみられない」として、合祀申請行為は地連職員と県隊友会の「共同の行為」であると認定した。そうであるなら、合祀申請行為は「合祀が行なわれるための前提をなすものとして基本的な宗教的意義を有し」「県護国神社の宗教を助長、促進する行為」であるから、「目的・効果基準」からして地連の行為は憲法の禁じる「宗教的活動」にあたることとされた。

② 最高裁判所判決<sup>(10)</sup>

一連の流れの中で問題を把握した下級審に対し(最高裁判決の伊藤正己裁判官も同様の把握)、最高裁の多数意

見の特徴は各行為の分断にある。多数意見は、一方で合祀と合祀申請行為を切り離し、後者は「宗教とのかかわり合いをもつ行為であるが、合祀の前提としての法的意味をもつものではない」とする。他方、合祀申請行為は県隊友会の「単独行為」であるとし、地連職員の行為は合祀申請行為には直接関係しない事務的協力に過ぎないとする。かくして、「目的・効果基準」による審査対象となる事実は、合祀申請行為とは別個の事務的協力となる。この結果、宗教行為そのものである合祀、宗教とのかかわり合いをもつ合祀申請行為、それに対する事務的協力、という三行為が画然と区別され、事務的協力の宗教性は薄められる。すなわち、地連の行為の「宗教との関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」ことにある宗教的意識も希薄であっただけでなく、その行為の態様からして特定の宗教への援助や他の宗教の圧迫等になる効果はないとされる。そうであるなら、地連の行為は「目的・効果基準」からして、「宗教的活動」にはあたらないことになる。

右の下級審判決と最高裁判決を比較したとき、両者を「同じ事実を認定しながら結論を異にするもの」とは到底いうことはできないだろう。なぜなら、下級審は地連の行為を「合祀申請行為」としてそれに「目的・効果基準」を適用しているのに対し、最高裁は「合祀申請行為」とは画然と区別された「事務的協力行為」に「目的・効果基準」を適用しているからである。そのことは、下級審同様に「合祀申請行為」を地連と県隊友会の「共同の行為」として、地連の行なった「合祀申請行為」に「目的・効果基準」を適用し、これを違憲とした最高裁の島谷六郎・佐藤哲郎意見、伊藤反対意見との比較においてもうかがえる。結局、この事件では「同じ事実認定されていない」のである。

(3) 箕面忠魂碑・慰霊祭訴訟判決の場合

① 箕面忠魂碑大阪地裁判決<sup>(11)</sup>

箕面忠魂碑訴訟では、小学校増改築のため市が行なった、忠魂碑の移設行為および移設後の忠魂碑の建つ敷地を市遺族会に貸与した行為が政教分離原則に違反するとして争われた。これを違憲とした本地裁判決は、忠魂碑が宗教施設であることを認定した後、移設の「費用の多額なことや継続的関係が生じて行くことに照らして、同市は、宗教施設に対し過度のかかわりをもったといえる」と判示するとともに、「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」とした。ここで「過度のかかわり」がレモン判決の三要件テストの第三要件のように使用されていることが注目される一方、一見「目的・効果基準」を使用して判断しているように見えながら、実際には津地鎮祭判決の示唆する「目的・効果基準」の判断方法に則った審査はまったく行なっていないばかりか、「目的・効果基準」を具体的に適用した痕跡もほとんど伺えず、唐突に結論部分で「目的・効果基準」が述べられているに過ぎない。したがって、津地鎮祭判決はその総論部分が形式的には引用されているが、「目的・効果基準」は本判決ではリップサービスの使われているに過ぎず、本判決を「目的・効果基準」を使用して違憲判断を導いたものと評価することは困難である。

② 箕面慰霊祭大阪地裁判決<sup>(12)</sup>

ここでは、忠魂碑の前で行なわれている特定の宗教方式による慰霊祭に、市の職員が出席することの合憲性が問題とされた。①と同一人が裁判長であった地裁判決は、慰霊祭は宗教儀式であるから憲法上それに公人が公的に参加できないとして、その参加を私人としての行為とみなし、問題を処理した。本判決では「目的・効果基準」は使用されていない。

③ 箕面忠魂碑・慰霊祭大阪高裁判決<sup>(13)</sup>

①②を併合して審理した本判決は、忠魂碑について、宗教施設ないし宗教施設の物的要素として宗教的性格は有しないとした上で、原告の主張は前提を欠くとして「目的・効果基準」の出席以前の問題として処理し、それ以上の検討を行なわなかった。しかし、先に指摘したように、仮に対象物が宗教施設でなかったとしても、宗教的目的で行なわれたり、宗教的效果をもつことはありうるので、「目的・効果基準」を使用して判断する余地があったように思われる。

他方、慰霊祭への出席については、「目的・効果基準」を用いて判断し、違憲ではないとの結論を述べている。その審査を行なうにあたって、高裁は津地鎮祭判決のあげた諸考慮要素を具体的に検討しており、たとえば、主催者が参加者の参列を求める意図・目的、参加者の地位・資格及び参加の意図・目的、参列行為の一般人に与える効果・影響や日本の宗教風土等について論じている。その結果、慰霊祭は「専ら戦没者を慰霊・顕彰するという民間習俗・社会儀礼的意義を明示する目的で挙行」されたものであり、それへの公務員の参加は「社会的儀礼としてこれに応じた」ものに過ぎず、その効果からしても問題はないとされた。この審査結果が妥当であるかどうかは別として、本判決はかなり津地鎮祭判決の判示に忠実に「目的・効果基準」を用いていると評価することができよう。

④ 箕面忠魂碑・慰霊祭最高裁判決<sup>(14)</sup>

忠魂碑問題に関して、最高裁判決は、忠魂碑は戦没者記念碑的性格のもので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るとした上で、原審とは異なり、ここで「目的・効果基準」を用いて検討し（これが正当であることは右に指摘した）、「その目的は、小学校の校舎の建て替え等のため、公有地上に存する戦没者記念碑的な性格を有する施設を他の場所に移設し、その敷地を学校用地として利用することを主眼とするものであり、そ

のための方策として、右施設を維持管理する市遺族会に対し、右施設の移設場所として代替地を取得して、従来どおり、これを右施設の敷地等として無償で提供し、右施設の移設、再建を行ったものであつて、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」と結論づけている。

他方、慰霊祭への公務員の参列についても、「目的・効果基準」を用い、「その目的は、地元の戦没者の慰霊、追悼のための宗教的行事に際し、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」と判示した。

こうしてみると、高裁・最高裁は共に「目的・効果基準」を用いているが、結論は慰霊祭への参列問題については同一であり、忠魂碑問題についても高裁が「目的・効果基準」を用いて審査しなかつた点に問題は残るが、高裁が仮に「目的・効果基準」を用いて審査したとしても最高裁と同一の結論であつたことが予想され、両者の間に齟齬はないといえるであろう。そして、違憲・合憲の結論を異にする地裁判決は、「目的・効果基準」を實質的に用いていないといふべきであるので、表面忠魂碑・慰霊祭訴訟においても、「同じ事実を認定しながら結論を異にするもの」であつたといふことはできない。

### (3) 愛媛玉串料訴訟判決の場合

県知事による靖国神社春秋例大祭・みたま祭への玉串料・献灯料の支出および県護国神社春秋慰霊大祭への供物の支出の合憲性が争われた(ここでは靖国神社に限り検討する)。

#### ① 愛媛地裁判決<sup>(15)</sup>

まず判決は、春秋例大祭が「大祭に属する重要な祭祀」であり、玉串料の奉奠が「神道における最もあらたまつ

た札拜の方法」であるとの認識を示す。その上で、知事の主観的意図は「愛媛県出身の戦没者に対する慰霊とその遺族に対する慰藉」にあったとしても、靖国神社の祭祀に際し公金を支出するのであるから、「戦没者の霊を慰めるといふ面のほかに、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拜の念を表すという一面が、どうしても含まれてこざるを得ない」として、主観的意図とは別のいわば客観的側面を指摘している。そして、「玉串料の支出を行うことによつて戦没者に対する慰藉の目的が達成される」との考え方が、靖国神社が戦没者の神霊を祭神として祭っていること並びに春秋の例大祭及びみたま祭が右の祭神を祭る祭祀であることを抜きにしては成立しなかった」として、玉串料の支出の目的が宗教的意義をもつことを認めている。また、仮に一回限りの支出であつても「一般人に対しても、靖国神社は他の宗教団体とは異なる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する結果となるおそれ」があること、靖国神社は「現在に至るまで国家との間に結び付きを持つとする動きの続いてきている宗教団体」であること、支出名目が「玉串料・献灯料」であること、支出の機会が重要な祭祀の機会であること、毎年継続していることから「同神社の祭神に対して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、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」こと、そうした状況が存在した歴史的事実や日本の宗教風土からして靖国神社の祭神に対する信仰の強要を招きかねないこと、などから、本件支出は「県と靖国神社との結び付きに関する象徴としての役割を果たして」おり、精神的側面からみ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であると判示した。

本判決は、津地鎮祭最高裁判決を引用しながら「目的・効果基準」を用いて玉串料の支出等を違憲としているが、最高裁判決の示した判断方法の部分は引用しておらず、したがって、そこで示された考慮要素につき個別に検討す

るといふ手法はとっていない。しかし、裁判所が本件において考慮すべき要素と考えるものについては、周到な、説得力ある論旨を展開し、目的・効果の両側面から違憲の結論にいたっている。

② 高松高裁判決<sup>(15)</sup>

本判決には独自の見解の部分が多く、報告者はほとんど了解不能であるが、津地鎮祭最高裁判決を引用しており、「目的・効果基準」を用いて結論に達している。判決は、玉串料支出は神道上の宗教的意義をもつこと、限定された死者慰霊の際に行われていること、靖国神社国家護持を意図または目的として玉串料等を支出したとしてもその目的は国民の確定した意思に反しており、「法的に不可能な意図、目的となる」からその目的での行為が「宗教的活動」と評価される法的根拠はないこと、知事による支出は遺族援護行政を利用した政治活動であり、「第二次大戦中と同様の法律関係、法的地位の靖国神社等の復活を意図ないし目的として行ったものとはいえない」こと、知事の意識としては知事再選を祈願する個人的祈願であること、支出程度は少額であること、靖国神社のかつての法的地位・関係は消滅しているので、玉串料等の支出がかつての地位の復活や国家機関による神道の援助等についての特別の関心呼び起こすなどは考え難いこと、などから、「目的・効果基準」にてらして合憲だとしたのである。

本判決は、「宗教的意義」をもつばら「靖国神社国営化復活願望意識」との関連で把握しており(目的・効果の判断においてこの把握が大きな役割を果たしている)、他方で神道信仰を徹底的に「世俗化」している。こうした判決が神社関係者によって歓迎されている状況は不可解であるが、それはともかく、「目的・効果基準」の適用の仕方は杜撰かつ独断的であるとの印象を拭えない。

③ 最高裁判決

本判決については、現在話題になっていることでもあり、紙数の関係から全般的紹介は省略する。ただ、本報告

との関係で指摘しておくべき点についてのみ触れることにする。

多数意見は、「目的・効果基準」を用い、神社の境内において挙行する慣例の重要な祭祀に際して玉串料が奉納されたこと、一般人が玉串料奉納を社会的儀礼にすぎないと評価しているとは考え難いこと、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の意識を大なり小なり持たざるをえないこと、他の宗教団体の同種の儀式には同様の支出は行われておらず、一般人に対して、県が特定の宗教団体を特別に支援しており、当該宗教団体が特別のものであるとの印象を与え、特定の宗教への関心呼び起こすこと、特定の宗教と特別の関係を持つ形ではなく戦没者の慰霊等は行えること、などを「総合的に考慮して判断」し、目的は宗教的意義を持ち、効果において特定の宗教に対する援助、助長、促進になるとした。

この多数意見が「目的・効果基準」を用いようとしていることは事実であり、文脈からその趣旨を読み取ることには十分に可能であるが、諸考慮要素につき検討が続いた後の結論部分で目的基準・効果基準のそれぞれにつき個別に整理し検討していないため、やや説得力を欠く形になっている。このため、極端に言えば、実質的には「目的・効果基準」を使っていないのかとの批判が提起される余地がある。この多数意見の欠点とも思われるべき点を補ったのが大野正男裁判官の補足意見であるといえる。そこでは、目的・効果の両者につき、多数意見に則した整理が行われている。その意味では、多数意見と大野補足意見は併せて一本として理解するのが妥当であろう。

これに対し、可部反対意見は、同様に「目的・効果基準」を用いながら正反対の結論に到達している。この意見の特徴は、先にもふれたが、津地鎮祭最高裁判決で判断方法として提示された四つの考慮要素に固執した点、判断過程において右判決における事実関係と本件の事実関係との比較の視点を維持した点にある。いかにも裁判官好みの思考方法ともいえるが、冒頭で指摘したように、「判例」引用の仕方において問題があるのが日本のこれまでの

判決であるだけに、「判例」引用の一つの仕方として今後検討に値する手法であるとは評価できよう。もつとも、このことは可部反対意見における右「判例」の読み方が妥当であることを毛頭意味するものではない。

さて、総体としてこの訴訟をみたとき、たしかに同一事実について「目的・効果基準」を適用して、異なる結論が生じていることは否定できない。もつとも、高裁判決は、私見では、あまりにも特異な判決であつて、主たる対比は可部反対意見との間で行われるべきであろう。そうしたとき、可部意見と地裁・多数意見との差異を生んだものは、前者が「目的・効果基準」の判断方法を四考慮要素のみに還元した点にあるように思われる。したがつて、それは同じ物差しを適用した結果の相違ではなく、物差しが違つていたためとみることができる。しかし、それは「目的・効果基準」に内在する曖昧さでもある。

### 三 「目的・効果基準」の不明確性

以上の検討からある程度明らかになつたように、これまでの諸判例において、同じ「目的・効果基準」を用いて、「同じ事実を認定しながら結論を異にするもの」となつてはいるわけではない。前提となる対象事実の認定が異なつていたり、実質的に「目的・効果基準」を使つていなかったというのがその実情であつた。しかし、愛媛玉串料訴訟の可部反対意見は、むしろ物差したる「目的・効果基準」が確定していないことを改めて明らかにしたものであつた。そのことはモデルとして意味内容が確定した「目的・効果基準」が物差しとして不明確・曖昧であるかどうか以前の問題として、津地鎮祭最高裁判決が示す「目的・効果基準」に含まれていた問題であるといえる。したがつて、以下の曖昧な諸点を明確化し定式化するなら、「目的・効果基準」は相当程度の明確性を確保する余地がある。以下、曖昧な諸点を列挙するが、紙数の関係で簡単な指摘にとどめたい。

(1) 「目的・効果基準」において、両基準の双方にあたる場合にのみ政教分離原則違反が認められるのか、いずれか一方の基準に引つ掛れば不合格とされるのか、不明確である。可部反対意見は、「目的・効果基準」はレモン判決の三要件テストとは異なり、「二要件を充足する場合」のみに違憲となるものと津地鎮祭「判例」を理解しているが、いずれか一方にあたれば違憲と読むべきではないだろうか。

(2) 「効果基準」は、後の判例によって、実質的に二つの基準に発展させられているのではないか。すなわち、山口県殉職自衛官合祀訴訟最高裁判決は、「効果基準」を述べる際に、「特定の宗教への関心呼び起こし、あるいはこれを援助、助長、促進し、又は他の宗教に圧迫、干渉を加えるもの」との表現を行った。この加わった部分は、後の岩手靖国訴訟控訴審判決で踏襲され、愛媛玉串料訴訟最高裁判決の多数意見もこの部分を考慮対象にあげている。「援助等または圧迫等しているかどうか」という問題と、「関心呼び起こす」という問題は明らかに異なっている。したがって、この部分が「目的・効果基準」に加わるかどうか、それによって基準の意義は大きく変わるだろう。

(3) 「判断方法」として津地鎮祭最高裁判決が提示した「四つの考慮要素」をどのように位置づけるべきか。可部反対意見のように、考慮要素は四つに限られるのか、またそれら要素については必ず順次に検討しなければならぬのか。おそらくはそうではあるまい。先に指摘したように、たとえば外見的要素は当然に重要な考慮要素となるべきであろう。

(4) たとえば「当該行為の外形的側面」を考慮するとき、「当該行為」として判断対象となるのはいかなる行為なのか。愛媛玉串料訴訟最高裁判決で尾崎意見は「関与行為」と「対象行為」を峻別するべきであると論じているが、たしかにこれまでの判決の中にはその区別が曖昧なものがある。しかし、この事件でも、知事が玉串料を奉納

した行為とともに靖国神社の例大祭の位置づけも判断形成に不可欠であるので、両者を峻別した上で、両者についてそれぞれ考慮することが要請されよう。

(5) 「諸般の事情を考慮する」とはどういうことか。結局は、「いろいろ考えなさい」と述べているに過ぎず、考慮要素につきなんらのガイドラインをも提示していない結果になってはいはしないか。尾崎意見の指摘するように、「判断基準」という以上、単に考慮要素を列挙するだけでは足りず、各要素の評価の仕方や軽重についても何らかの基準を示さなければ、尺度としては意味をなさない」といえるのではなからうか。より「目的・効果」に集約した考慮要素の提示と整理が必要であるように考えられる。

(6) 「社会通念に従って、客観的に判断する」という判断方法は妥当か。これでは、愛媛玉申料訴訟最高裁判決で高橋意見が指摘するように、「現実を認の尺度」になりはしないであろうか。同判決の三好反対意見のように、結局は「国民の多く」の意識ということになり、多数者の意思が大手を振り少数者の自由を圧迫する結果になることが予測される。山口県殉職自衛官合祀訴訟最高裁判決の伊藤反対意見がいみじくも指摘しているように、守られるべきは少数者であるとき、こうした理解では人権保障の意味はなくなるであろう。したがって、「社会通念」なる概念を用いたときには、それは多数者の意思・意識ではなく、「あるべき社会通念」、すなわち、良識ある合理的人びとの意思・意識と解されることが必要である。

(7) 「行為者」の「意図・目的」とは主観的目的なのか、愛媛玉申料訴訟最高裁判決の大野補足意見のように、「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」ものでもあるのか。ただし、客観的事象からその行為者の内面の意図・目的を推測することは、治安維持法の「目的遂行罪」の例にみられるように、危険な面を含んでいる。しかし、行為者が主張する意図・目的のみを「意図・目的」とすることも問題が多い。

(8) 「目的」の「世俗性」とはなにか。津地鎮祭判決の論旨によれば、「工事の安全を願う」とか、「遺族の慰謝」ということが「目的」となるが、これでは「神に健康を祈る」ことも「世俗的目的」となり、ほとんどは「世俗的目的」で成り立っている世の「新興宗教」は宗教的目的を持たないことになってしまふ。最終目的を達する手段として宗教が介在している以上、それは「宗教目的」と解すべきではないのか。

(9) 「効果」は実質的な効果か、精神的な効果も含むのか。愛媛玉串料訴訟最高裁判決の大野補足意見と可部反対意見はこの点で対照的で、前者が「無形的・精神的効果・影響」を重視するのに対し、後者は精神面を重視することに反対している。

以上、いくつかの「目的・効果基準」にからまる曖昧な点を列挙した。これらの点を明確化する作業を通して、「目的・効果基準」の曖昧さ、不明確さは相当程度克服されよう。しかし、その上でもなおかつ曖昧さ・不明確さが多々残り、本場に「同じ事実を認定しながら結論を異にするもの」であるなら、「目的・効果基準」は基準として不合格であろう。

#### 四 「目的・効果基準」に代わる基準

「目的・効果基準」を曖昧・不明確と断じる立場からは別の基準が提起されており、報告者自身も「目的・効果基準」をあらゆる場合の基準にするのには反対である。

しかし、愛媛玉串料訴訟最高裁判決の意見で提起された基準、すなわち「高橋基準」(宗教とかかわり合いを持つすべての行為は原則的に禁じられ、完全分離が不可能・不適當なときのみ、別扱いが許される)も、「尾崎基準」(完全分離が不可能・不合理な結果を招くとき例外的にかかわり合いが許される。代替手段があれば不可)も、具

体的事例に適用したときには曖昧さ・不明確さがやはり出てくるであろう。たとえば、靖国神社を唯一無二の戦没者慰霊の場と考える者にとつて代替手段はなく、完全分離は不適當・不合理と評価されることになるからである。これら基準の適用が常に同一の結論を導くとは思われない。「目的・効果基準」はすでに「判例」において、ある程度確立した基準となつている。したがつて、これに代わる基準を裁判所が近い将来採用することを予想するのは困難である。そうであるなら、研究者はさしあたり「目的・効果基準」を明確化する作業を進める必要がある。

- (1) 最大判平成九年四月二日民集五一卷四号一六七三頁。
- (2) 私見を含め、さしあたり、ジュリスト一一一四号所載の諸論稿参照。
- (3) 最大判昭和五二年七月二三日民集三二卷四号五三三頁。
- (4) 拙稿「日本国憲法における『政教分離原則』」社会科学論集三三二集一頁以下。
- (5) 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。
- (6) 名古屋高判昭和四六年五月一四日行裁例集二二卷五号六八〇頁。
- (7) 以下に述べる米国の事情についての簡単な概説は、拙稿「宗教学校への援助と国教樹立禁止条項」憲法訴訟研究会・芦部信喜編「アメリカ憲法判例」(有斐閣)一八三頁以下参照。
- (8) *Lemon v. Kurtzman*, 403 U.S. 602 (1971).
- (9) 山口地判昭和五四年三月二二日判例時報九二二号四四頁、広島高判昭和五七年六月一日判例時報一〇四六号三頁。なお、広島高裁判決は事実認定を含む基本的判断につき、本報告と関連する点では完全に地裁の判断を踏襲しているので、別個に取り扱わない。
- (10) 最大判昭和六三年六月一日民集四二卷五号二七七頁。
- (11) 大阪地判昭和五七年三月二四日行裁例集三四卷三三五六四頁。
- (12) 大阪地判昭和五八年三月一日行裁例集三四卷三三五八頁。
- (13) 大阪高判昭和六二年七月一六日行裁例集三八卷六・七号五六一頁。

- (14) 最三小判平成五年二月一六日民集四七卷三号一六八七頁。
- (15) 松山地判平成元年三月一七行裁例集四〇卷三号一八八頁。
- (16) 高松高判平成四年五月一二日行裁例集四三卷五号七一七頁。
- (17) 仙台高判平成三年一月一〇日行裁例集四二卷一号一頁。

〔追記〕なお、当日の報告では、最後に、裁判所が歴史判断を行うことの妥当性や日本人の宗教意識を安易に認定することの問題性を指摘したが、紙数もなくなった上、本報告の主題とやや離れるので、本稿では省略した。