

# 靖国参拝の合憲性

## —— 20条3項 政教分離原則 ——

大阪大学法学部 4回生

吉岡 実奈穂

惣附 綾子

嶋 祐香

# I. はじめに

## 1. 問題提起

政教分離違反と思われる政府の活動の中には、直接個人の人権を侵害していないように見えるものがある。国の憲法違反行為の活動が、なおその時点で誰の権利・利益をも侵害していない場合、付随的違憲審査制を採用する日本では、その違憲性を裁判所で争うことは出来ないと考えられている。このような問題は、主として公的機関等が靖国神社に参拝するといった場合に顕在化する。

だとすれば、国の政教分離違反を問う訴訟は常に却下されるべきなのか。以下、首相が靖国神社に参拝した場合を念頭に置きつつ、政教分離原則の法的性質、訴訟における問題点、および憲法20条3項の判断基準を検討する。

## 2. 問題分析の視点

### (1) 政教分離の法的性質

憲法20条3項は、いわゆる政府と宗教の分離を規定した「政教分離」原則であると解されるが、かかる「政教分離原則」の法的性質は何であろうか。従来の通説は政教分離原則を制度的保障と解しているが<sup>1</sup>、制度的保障だとすると、20条3項違反を理由とする訴訟が認められにくく、原告の救済に資さない。そこで、第一に、政教分離原則を制度的保障とする従来の通説は妥当であるかどうか、すなわち政教分離原則の法的性質について考察する。

### (2) 出訴可能性

従来、そして現在の実務において、国の政教分離違反行為が訴訟の場に取り上げられる場合は非常に限定されている。

それは、かかる国の行為の多くは直接国民の権利・利益を侵害するものではなく、原告適格が認められないと考えられてきたからである。

そこで、つぎに、曖昧に処理されてきた嫌いもある政教分離違反と原告適格の問題について、現時点での判断がはたして妥当であるのかを検討したい。

### (3) 分離基準

津地鎮祭事件最高裁判決<sup>2</sup>以降、いわゆる目的・効果基準が判例の違憲性判断基準とされてきたが、判断の振幅の大きさ、考慮要素が不明等の要因により学説から批判され、代わりに完全分離説や目的・効果基準の厳格適用説などの反対説が唱えら

<sup>1</sup> 芦部信喜『憲法 第三版』（岩波書店、2002年）148頁

<sup>2</sup> 〔津地鎮祭事件最高裁判決〕最大判昭和52年7月13日民集31巻4号533頁

れてきた。もともと、日本においては従来この分野における判例・議論の蓄積に乏しく、また、上記のどの説にしても基準に問題があったり不明確であったりし、いまだ明確な判断基準は打ち出されていない。

その原因は政教分離違反の問題となる各場面において、その根底にある人権や原理・原則の問題にそれぞれ違いがあるためではないか、と考えられる。そこで、最後に政教分離が問題となる事例を類型化し、それぞれにおいて基準を考えることで、判断基準の議論の精密化を試みたい。

以上の検討を通じて、政教分離違反に対する裁判所による違憲審査の可能性を追求することとする。

## II. 靖国参拝の合憲性——20条3項 政教分離原則——

### 1. 政教分離の法的性質——政教分離は制度的保障か？

#### (1) 政教分離原則の趣旨

政教分離原則は、戦前、「神道」が国教化されることによって個人の信教の自由が侵害された反省をふまえて規定された条文である<sup>3</sup>。

そのような経緯から、政教分離原則の趣旨は個人の信教の自由を保障するため、「国家と宗教の非同一化」および「国家と宗教（団体）との分離」をはかることであると考えられる。具体的には、「国家と宗教との非同一化」は、20条3項の宗教教育や宗教的活動の禁止など、国家の宗教的行為が問題となる場面で、一方「国家と宗教（団体）の分離」は、20条1項後段や89条の国による「宗教団体」への便益供与の禁止等の場面で問題となる原理である。（具体例については後述）

つまり、政教分離原則は、政府と特定の宗教とが結びつくことによる「国家と宗教との同一化」によってそれ以外の宗教を信じる人の信教の自由が間接的に脅かされるのを防ぎ、かつ政府の宗教に関する中立性を確保することによって個人の信教の自由を保障することを趣旨としていると考えられる。

#### (2) 政教分離の法的性質

判例は政教分離原則をいわゆる「制度的保障」と解している<sup>4</sup>。制度的保障とは、個人の権利・自由を直接保障するのではなく、一定の制度に対して、立法によってもその核心ないし本質的内容を侵害することができない特別の保護を与え、当該制

<sup>3</sup> 浦部法穂『全訂憲法学教室』（2000年 日本評論社）134頁

<sup>4</sup> 前掲注2〔津地鎮祭事件最高裁判決〕

度それ自体を客観的に保障する憲法規定であるとする<sup>5</sup>。

しかし、このような「制度的保障説」に対して以下のような批判がなされている。現在日本で語られる政教分離＝「制度的保障」はワイマール憲法において、シュミットが語ったとして通説化している。しかし、シュミットのテキストを解釈しなおすと、シュミットが本来「制度的保障」として語ったのは『個体として客観的に実在し、なおかつも目的統一体として存立している』近代以前に存在した中間団体の憲法による保障でしかない。ワイマール憲法では、職業官僚制、大学の自治、教会などが憲法により制度体として特権の存続を保障されただけだといえる。つまり、制度的保障論において保障対象として指名され得るのは、制度体としての宗教団体であって、「政教分離」という制度に、憲法典上の制度体保障を及ぼすことは、論理的に不可能である<sup>6</sup>。

日本で「政教分離」が制度的保障とされてきた理由は、客観法（客観訴訟）の觀念が定着していないため、その代替手段として、制度概念が便利であったことだと考えられる<sup>7</sup>。

もちろん、最高裁判決によって広く社会に知られることになった従来の制度的保障説は、それ自体社会実在となっている。その制度的保障は、完全にシュミットの「制度体保障」の解釈の範囲からははずれているため、それをシュミットが創始したとして論理責任を帰しめるのは妥当ではないがその上で、従来の制度的保障の文法はそれとして成り立たないものではない。ただし、それは主観的権利と客観的法の区別という、既存の用法と違いはない。制度的保障と認定されることによって発生されるという訴訟権の否定も、要するに、客観法の反射（反射的利益）の問題にすぎないのであって、とりたてて制度的保障という必要は存しない<sup>8</sup>。

そこで、制度的保障論という人権論の大きな制度装置として呈示される場合、それが（シュミット以外の）何か首尾一貫した構想に支えられているかが問題となるが、現在のところかかる体系的構想は存在しないといってよいと考えられる<sup>9</sup>。

### （3）結論

よって、日本国憲法20条3項の政教分離原則の法的性質をシュミットが提唱したとされる「制度的保障」規定だと解するのは妥当ではなく、従来の政教分離原則を「制度的保障」と解する必然性を欠く。そのため、出訴可能性を肯定する可能性

---

<sup>5</sup> 芦部・前掲注1『憲法』84頁

<sup>6</sup> 石川建治『自由と特権の距離—カール・シュミット「制度体保障」論・再考』（日本評論社、1999年）225頁

<sup>7</sup> 石川・前掲注6『自由と特権の距離』229頁

<sup>8</sup> 石川・前掲注6『自由と特権の距離』235頁

<sup>9</sup> 石川・前掲注6『自由と特権の距離』235頁

を残すためにも、単なる客観的法原則と捉えるべきであると考えられる。

ただし、政教分離原則を客観的法原則と捉えたとしても、政教分離違反の国の行為があったときに、それは直ちに個人の主観的権利を侵害することにはならず、それだけをもって個人が裁判所に訴えて救済を求めることは一見出来ないとも思われる。そこで、以下、政教分離原則を客観適法原則と考えた上での出訴可能性を考察する。

## 2. 政教分離原則違反と出訴可能性

### (1) はじめに

まず、政教分離が訴訟で争われうる場合を整理すると以下のとおりになる。

- ①特別の客観訴訟が認められている場合
- ②問題となった政教分離違反が、同時に特定の個人の信教の自由を侵害する場合
- ③政教分離違反行為が特定の個人の権利・利益の侵害をもたらす場合

従来、政教分離違反が裁判の場で取り扱われてきたのは、主として①のケースである。この場合は住民訴訟がしばしば用いられてきたが、実際の裁判（特に上級審）で、国等の政教分離原則違反行為について住民訴訟が認められる場合は少なく、また、政教分離原則が主に信教の自由を擁護するための客観的法原則であるとするならば、むしろ信教の自由を保障し、それに対する侵害を除去するため、主観的訴訟の争点として政教分離原則違反の有無が争われるのが当然であると考えられる。

そこで、本節では、②のケースを念頭に置くこととしたい。近時、国家の政教分離原則違反行為により、信教の自由が侵害されたとの理由で慰謝料を請求する、いわゆる違憲国賠訴訟の手法が用いられるようになってきている<sup>10</sup>。このような手法を、どこまで有効に機能させうるかを検証してみたい。（③のケースの検証は後日の課題とする。）

### (2) 基本権訴訟の枠組みにおける政教分離違反国賠訴訟の可否

政教分離違反国賠訴訟を実効的なものにするためには、まず「訴訟法の留保」<sup>11</sup>を打破する必要がある。現時点の訴訟において、基本権に対する侵害があり、憲法上の事件争訟性が認められたとしても、行政訴訟法・刑事訴訟法・民事訴訟法といった実体訴訟法に類型がなければ司法審査が受けられない状態が存続している。よって、国の政教分離違反行為を争う類型が住民訴訟等以外に存在しない現在の法では、国家の政教分離違反行為により信教の自由が侵害されたとしても、司法審査は受けられないと思われる。

しかし、最高法規たる憲法で保障されている権利・客観的法原則には、適切な裁

<sup>10</sup> 例えば、〔靖国参拝違憲等確認請求事件〕最判平成18年6月23日裁時1414号7頁

<sup>11</sup> 棟居快行『人権論の新構成』（信山社、1992年）288頁

判的救済が認められるべきである。現存する訴訟類型に当てはまらないというだけで救済を否定することは、憲法保障・権利救済という裁判所の目的からして本来許されないことだと考えられる。

この点、私は、憲法32条「裁判を受ける権利」の憲法解釈によってかかる問題を打破できると考える。通説的な理解によると、32条は適法な出訴がなされた場合に裁判官による裁判を拒絶されない、という「形式的訴権」を保障するにすぎないということになる<sup>12</sup>。その結果として「訴訟法の留保」が生じているのである。

これを解決するために、32条の内容につき、自由権・社会権・参政権などの実体的基本権を守るための出訴・訴訟追行を保障した手続的基本権であると考え。およそ実体的基本権が単なる装飾ではない以上、それらの担い手に対して、基本権を実効化しうる機能も与えているのである。このように捉えると、ある憲法上の権利が司法的に保障されるべきであるとき、もし実定法上にそのような定めがないならば、そのこと自体が違憲となる。

以上より、裁判所は、実定訴訟法に抵触する訴えでも、違憲無効と判断される実定訴訟法の規定にとらわれることなく出訴を認めることができ、また実定訴訟法に規定のない訴えでも許容しうる。これが「基本権訴訟」<sup>13</sup>の枠組みである。

ここで注意すべきは、基本権訴訟は、現存する実定訴訟法の類型が、基本権の救済にそぐわないからといって即座に排斥するものではない。解釈技術により、基本権訴訟として運用されうる場合には、その規定を憲法適合的に解釈していくことを求める議論である。

政教分離違憲国賠訴訟の場合は、国家賠償法の訴訟要件・訴訟類型を憲法適合的に解釈することが要求される。

### (3) 政教分離違反国賠訴訟における問題点

問題となるのは、以下の諸点である。

- ① 被侵害法益の法的構成
- ② 主観訴訟か客観訴訟か
- ③ 政教分離違反行為と原告主張の利益侵害との因果関係
- ④ 政教分離違反の有無の判定基準
- ⑤ 政教分離違反行為者の故意過失

これらの諸点につき、順次検討していく。(④については、3. 政教分離違反の有無の判定基準で考察)

<sup>12</sup> 芦部信義編『憲法Ⅲ人権(2)』(1981年 有斐閣大学双書) 294頁

<sup>13</sup> 棟居・前掲注11『人権論の新構成』294頁

#### (4) ①被侵害法益の法的構成 について

判例は、信教の自由について、それが侵害されたといいうるためには単に政教分離違反の行為がなされただけでは足りず、憲法20条「第一項前段に違反して私人の信教の自由を制限し、あるいは同条第2項に反して宗教上の行為の参加を強制するなど、憲法が保障している信教の自由を直接侵害するに至る」必要があり<sup>14</sup>、「少なくとも信教を理由とする不利益な取り扱いもしくは宗教上の強制が具体的に存在することが必要不可欠であるというべき」である<sup>15</sup>としている。

しかし、前述のように20条3項を信教の自由を保障するための客観的法原則だと考えられる以上、その点を勘案して内容の確定を行うべきである。

この点、信教の自由は、精神的自由であるから、萎縮効果をも勘案した手厚い保護が必要とされるべきで、また、内面生活にかかわるセンシティブな人権であるから、間接的派生的な侵害によっても重大なダメージを受けうる。

よって、判例のような限定は当を得ず、直接の侵害のみならず間接的な侵害からも保護されるべきである。

また、その具体的立証は原告にその内面生活を曝け出すことを要求するものであってはならないから、裁判所は定型的な判断で信教の自由を認めるべきである。ここにいう定型的判断の具体的内容については、後に検討する。

#### (5) ②主観訴訟か客観訴訟か について

この点につき、判例<sup>16</sup>は、公式参拝訴訟は慰謝料請求という主観訴訟の体裁をまとってはいるが、その実体は法律に定めのない民衆訴訟に他ならないから不適法であるとの判断を行っている。そこで、違憲国賠訴訟が法律上の争訟であるか、同じことであるが不適法な民衆訴訟ではないかが問題とされる。

##### (a) 法律上の争訟について

一般的・抽象的利益と区別された主観的利益が存在するかが問題になるが、肯定してよいと考えられる。なぜなら国の当該行為によって具体的侵害を蒙ったのは、原告らが具体的宗教的洞察を通じて有するに至った真摯な宗教的信念の具体的自由権であり、その限りで原告らは当該国家行為を争う特殊の利害関係を有する。

よって、当該侵害は具体的権利に対する具体的侵害であるといえる。

---

<sup>14</sup> 福岡地判平成元年12月14日判タ715号79頁

<sup>15</sup> 大阪地判平成元年11月9日判タ715号36頁

<sup>16</sup> 前掲注15大阪地判平成元年11月9日は、次のように述べる。「原告らが本件訴訟を提起した目的は、原告らの憲法解釈、宗教観ないし世界観…に照らせば、本件公式参拝は…許されないとする立場から、裁判所において本件公式参拝が憲法違反として許されないものである旨の判断を受けることにより、将来にわたり内閣総理大臣による靖国神社公式参拝が行われることを阻止するというにあり、原告らが…慰謝料の支払いを求めたのは、原告らが裁判所において右判断を受けるために選択した具体的な訴訟の形式に過ぎない」

(b) 不適法な民衆訴訟ではないかについて

公式参拝の政教分離原則違反のような問題は、本来は総理大臣の政治責任を国会の場で追及するといった民主主義プロセスに委ねられるべきであり、裁判になじまないといった観念が存在している。

しかし、このような一般論が成り立ちうるのは、民主主義的な解決が可能な場合に限定される。信教の自由の問題に関して言えば、人がいかなる信仰をいただくかは、特殊個人的な問題であって、また信仰の正邪は民主的な相互批判と多数決のプロセスによって決められるべきものではない。多数が神道を信仰し、もしくはその逆に公式参拝は世俗的な所為にすぎないと感じたとしても、そのような多数意見は少数派に押し付けられてはならない。

したがって、民主主義のプロセスによる自律的解決が望ましいとしても、それを理由として司法的救済が否定されてはならないのである。

(6) ③政教分離違反行為と原告主張の利益侵害との因果関係 について

当該国家行為が政教分離原則に違反していたとしても、次に当該政教分離違反行為そのものによって原告の信教の自由を侵害されたのか、つまり因果関係の存否が問題となる。

ここで、前述のように、憲法は、政教分離原則を国民の信教の自由を保障するための客観的法制度と規定しており、そのことは政教分離原則に違反する行為は個人の信教の自由の侵害につながることを、憲法自身が規範的に確定しているということの意味すると考えられる。

よって、このような憲法の趣旨から、政教分離違反の行為については信教の自由の侵害が憲法上推定されると考えられる。

(7) ④政教分離違反行為者の故意過失 について

違憲国家賠償訴訟を提起する場合、損害賠償を求めるための根拠条文として、国家賠償法第1条1項を根拠とすることになる。ここで同条項は、「公務員」の「故意又は過失」を要件として求めている。しかしながら、実際の訴訟の場でこれを立証するのは困難を極める。かかる故意過失要件をいかに処理すべきであろうか。

前述のように、基本権訴訟の理念として、国家賠償法を憲法適合的に解釈することが求められる。このことを念頭に置かなければ、国家賠償法の上位概念である憲法17条との対比が試みられなければならない。

そこで、憲法17条を見るに、故意・過失要件は文言上規定されていない。

そうであるならば、憲法17条で故意・過失要件が要求されていない以上、政教分離違反国家賠償訴訟においても、故意・過失要件を限定的なものとして客観化して考えるべきである。

## (8) 補足

ここまで問題となる諸点を検討してきたが、その解釈の過程でさらに問題となる点につき以下で補足を試みることにする。

### (a) 原告適格および侵害の認定について。

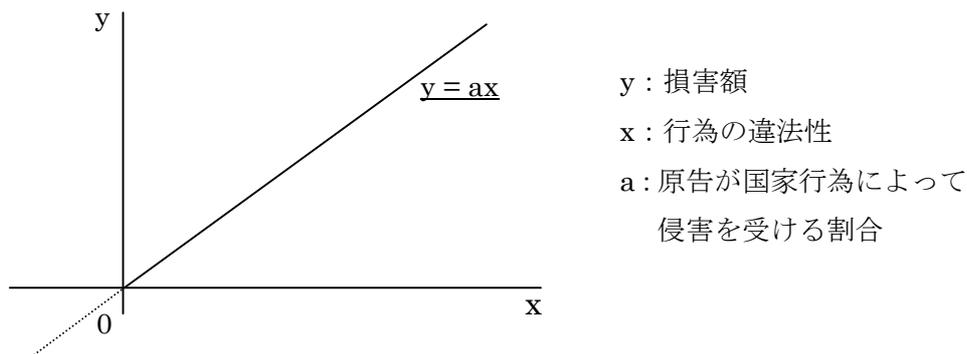
前述のとおり、信教の自由は内心における自由がその大半を占めるという特性を有する。そのため、原告がどのような信仰をもっているか、それとの関係で争われている国の行為が原告の信教の自由を侵害するものかどうかを、裁判所が個別具体的に判断すべきものとするならば、それは原告の信仰そのものを裁く一種の「宗教裁判」と化してしまう。このような裁判は憲法が内心の自由（信仰を告白しない自由）を保障している以上、許されないと考えられる<sup>17</sup>。

とすれば、裁判所は具体的な信教の自由侵害の有無については、定型的な判断によってこれを認定すべきである。具体的には、政教分離違反行為があればすなわち侵害ありとして扱うべきだと考える。

つまり、国民個々人の側が、政教分離違反を裁判において争う場合には、当該国の行為が、憲法各条項に違反することのみを主張すれば足り、自己の信教の自由が侵害されたことの主張を要しないこととなる。

### (b) 慰謝料の額の問題について

上記のように原告適格および侵害の発生の立証責任を不問とした場合、裁判所による損害額を算定方法が問題となる。この点につき、私は以下のように考える。まず、出訴してくる原告の個性に着目せず、「あるべき宗教信仰者」を擬制する。それを前提として、当該国の行為の違法性を訴訟全体の流れを通じて裁判所が判断し、違法性の軽重に応じて下図のように損害額を算定すべきである。



このように構成した場合、極めて客観訴訟の形態に近づくことになるが、それは政教分離原則・信教の自由の特殊性と、当該権利の保護を実効的にするためのものであって、本質はあくまでも主観訴訟である。

<sup>17</sup> 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—」高柳信一先生古稀記念『現代憲法の諸相』（専修大学出版局、1992年）67頁

第一に念頭に置かれるべきは権利の保護なのであるから、このような構成こそがまさに基本権訴訟としての国家の運用の趣旨に適い、損害額の大小の問題はあくまで副次的な問題となる。よって、個人差を無視することも著しく不当であるとはいえないと考えられる。

### 3. 政教分離違反の有無の判定基準

#### (1) 政教分離違反行為の類型化

冒頭でも述べたが、政教分離原則の趣旨は「国家と宗教の非同一化」と「国家と宗教の分離」をはかることで、国民の信教の自由を保障することである。これらの憲法の要請を軸に、具体的に政教分離が問題となる各事例を考察すると、以下の三つの類型に分類することが出来ると考えられる<sup>18</sup>。

##### (a) 国家が宗教的儀礼を行う場合

これは「国家と宗教の非同一化」に関わる領域である。国家の当該行為が宗教的な動機に基づき、または、動機が世俗的であっても行為自体が宗教的儀礼であった場合、それは自らの基礎を宗教に求めることといえる。これは国家の公共的性格に反しその他の宗教者の信教の自由を間接的に害することになる。例えば、市の地鎮祭の開催<sup>19</sup>、首相や知事が宗教施設を公式に参拝する行為<sup>20</sup>などがこれに当たる（なお、首相や知事の行為が国の行為と同一視できるかどうかについては議論の余地があるが、これを肯定するものとして論を進める）。ここでのもっぱらの関心事は、当該行為が宗教的儀礼か習俗的行為かであり、違憲性判断については習俗的行為の範囲の限界が問題となる。

##### (b) 国が宗教団体に対して便益供与を行う場合

これは、「国家と宗教（団体）の分離」に関わる領域である。例えば、国が宗教団体・宗教施設に対して公共的な目的から何らかの優遇処置ないし不利益的処置を行う場合が挙げられる。判例も言及しているとおり、現代においては国家が宗教に対し全く何の処置も行えないと考えることは不都合であり、国家が宗教（団体）に対し一定の処置を行うことは認めざるをえない。また、宗教と非宗教を不平等に扱うことは平等原則（14条）に反するとも考えられることが出来る。89条は、国家が宗教団体に便益供与を与えることを禁じているが、これは宗教という属性に着目した上でそれだけを基準に便益供与を行うことを禁ずるものであり、宗教と非宗教を平等・中立に扱うかぎりでは89条には反しない。つまり、89条の「分離」の要

---

<sup>18</sup> (a)～(c)の分類については、林知更「政教分離の構造」高見勝利ほか『日本国憲法解釈の再検討』（有斐閣、2004年）121頁以下を参照

<sup>19</sup> 例えば、前掲注2〔津地鎮祭事件最高裁判決〕

<sup>20</sup> 例えば、福岡高判平成4年2月28日判時1426号85頁

請は、それ自体に平等原則・中立性の要請が内在していると捉えるのである<sup>21</sup>。よって、ここでの主要な問題は、「分離」の要請と「中立性」の要請をどのように調和させるかにあるといえる。

(c) 国家が信教の自由を促進するために積極的処置を行う場合ないし国家が政教分離原則を理由に信教の自由を抑制する場合

これは、両者に関わる領域である。例えば、刑務所における教誨活動（前者）や公立学校において宗教的理由から授業に参加できない者に対し代替処置を講じるかどうか（後者）がこれに当たる。このように、公共的な場において信教の自由が主張される場合、国はどこまでそれを援助することが出来るのか、あるいは政教分離の諸規定によってどこまで制限されるのだろうか。ここでの主要な問題は、「中立性」の要請と「信教の自由」の要請をどのように調和させるかにあるといえる。

## (2) 違憲性判断基準の考察

以上の3つの類型を前提に、それぞれについて判断基準を考察する。

まず(a)について、「習俗的行為」の範囲の確定がここでは重要な問題となる。もともと、何が「習俗的行為」なのかは一概には判断が難しい。判例や学説も、クリスマスや正月の門松を飾ることまでは「何ら宗教的意味をもたない習俗的行事の飾り物」として「宗教的儀礼」にはあたらないとしている<sup>22</sup>。しかし、そもそもこれらの行為を行うことによって達成される国家の世俗的な目的は不明瞭であり、国家の存在目的が秩序・自由の維持のみに限定されるならば、これらの行為は不要であるとさえいえる。結局のところ、「習俗的行為」の範囲の問題は、国家に共同体的な性格をどこまで認めるかの問題に帰結するものであり、それはその国家の歴史・伝統などの要素から判断していかざるを得ない<sup>23</sup>。だとすれば、絶対的・普遍的な「習俗的行為」を定義することは不可能に近いだろう。それでも、あえて「宗教的儀礼」と「習俗的行為」の区別を図るとすれば、当該行為がその宗教の公式儀礼に即しているか等の外形的な要素から判断するのが妥当であろう。なぜなら、当該国家の行為が宗教の公式儀礼に即していれば、その「程度」によって国家が宗教にその基礎に求めているといえ、「非同一性」の要請に反するからであり、違法性の軽重もこの「程度」で判断されると考えられる。

次に(b)について、「分離」と「中立性」の調和が問題となる。そこで問題となるのは、「中立性」の概念についての解釈方法である。国家と宗教が互いに社会的実在として分離されつつ共存すべきとの観点から「中立性」を見れば、国家は宗教（団体）

<sup>21</sup> 林・前掲注 18「政教分離の構造」122頁

<sup>22</sup> 例えば、宮沢俊義『憲法Ⅱ[新版]』（有斐閣、1974年）357頁

<sup>23</sup> 林・前掲注 18「政教分離の構造」132頁

の存在を認識しつつ各団体・個人との間で等距離を保つことが要請される。よって、国家は国民をその宗教との関連において実質的に平等に扱う必要があり、その国家と宗教の実質的な距離のとり方の目安には、例えば目的効果基準によって判断されることとなる（棟居教授の言う「実体的分離」<sup>24</sup>）。一方、国家と宗教とが互いに異質の社会的機能として峻別されつつ両立すべきとの観点から「中立性」を見ると、国家が宗教を基準とした動機によって区別することがなければ「分離」の要請は果たされているといえる。よって、国家は世俗的目的の貫徹にのみに注目すればよく、結果的に特定の宗教に対し何らかの影響を与えたとしても政教分離の問題とはならない。ここでは、国家は国民に対しその宗教的色彩を無視して形式的に平等に扱うことが要請される（棟居教授の言う「機能的分離」<sup>25</sup>）。

どちらの「分離」がより適切かについてはなお議論の余地があるが、私は後者を支持したい。なぜなら、前者の場合、実質的に平等かを判断するに際し「効果」の面も視野に入れねばならず、要素として判断されるべき「効果」の範囲が不明瞭な現段階においては、判断基準として明確性を欠くからである。機能的分離で判断される場合、国家は宗教を基準に差別することが禁じられるから、例えば国が宗教団体に優遇処置を行う場合、他の宗教との関係やあるいは非宗教団体との関係において、その宗教的色彩を無視した形式的取扱いがとられているかで合憲性が判断される。違法性の軽重は、その形式的平等に逸脱した程度で判断される。

最後に（c）について、「中立性」の要請と「信教の自由」との調和が問題となる。ここでも、前述の「中立性」の議論が妥当するが、注意したいのは個人の信教の自由がここでは前面に出ているということである。政教分離の規定は信教の自由の仕えるものであり、政教分離自体が自己目的ではないという前提に立つ自説からは、政教分離の貫徹を唯一の根拠に信教の自由を抑制することは背理であるといえる<sup>26</sup>。だとすれば、機能的分離の考えに立ちつつ、信教の自由の保障も視野に入れて考える必要がある。つまり、原則は宗教的属性を理由に差別することは出来ないが、例えばエホバの証人の信者であるがゆえに剣道の授業に出られない生徒の場合<sup>27</sup>には、それを単なる怠惰な生徒と同一の扱いをすることは妥当でない。これを身体的障害や精神的障害のある者と同一であると擬制し、これらの者に代替処置が講じられていれば、エホバの証人の生徒にも同様の処置を行うべきである<sup>28</sup>。このように、形式的

---

<sup>24</sup> 棟居快行「信教の自由と政教分離の『対抗関係』」同『憲法学再論』（信山社、2001年）323頁

<sup>25</sup> 棟居・前掲注24「信教の自由と政教分離の『対抗関係』」323頁

<sup>26</sup> 安念潤司「信教の自由」樋口陽一『講座憲法学3』（日本評論社、1994年）197頁

<sup>27</sup> 大阪高決平成4年10月15日判時1446号49頁

<sup>28</sup> 棟居・前掲注24「信教の自由と政教分離の『対抗関係』」329頁

中立の立場に立ちつつ、信教の自由の保障のために代替処置や義務免除の可能性を探ることは機能的分離説の考えから反するものではないと考える。

### (3) 結論

では、本稿の主題である靖国参拝の合憲性について論じる。

靖国参拝は前述した(a)の類型に属するものといえるため、その合憲性の判断は国家がどの程度まで宗教にその基礎を求めているか、つまり首相の参拝がどの程度まで公式の儀礼に即しているかで判断されることになる。ここで、具体的に判断されるべき材料には、内閣総理大臣としての参拝かどうか・首相の発言（国家の行為といえるかの問題）、玉ぐし料・献花代の出費、神道形式の参拝か（二拝一拍手一拝等）、が挙げられる。

もっとも、前述したとおり、当該行為が果たして世俗的目的のために真に必要なものかは疑問である。首相が特定の日（終戦記念日、新嘗祭等）に靖国参拝するという行為自体が、特定の宗教に対しその基礎を求めているということも可能である。だとすれば、首相の参拝が国家の行為とみなされれば、靖国参拝自体が政教分離に反すると結論付けることも出来よう<sup>29</sup>。

## Ⅲ. おわりに

本稿では、ここまで、政教分離違反を裁判で争う場合に問題となる論点を順に論じてきた。その結果をまとめると以下のとおりになる。

### ① 政教分離原則の法的性質について

日本国憲法20条3項の政教分離原則の法的性質は従来「制度的保障」だとされてきたが、「制度的保障」と解する必然性はなく、出訴可能性を肯定する可能性を残すためにも単なる客観的法原則と捉えるべきである。

### ② 政教分離違反と出訴可能性について

政教分離違反国賠訴訟の可能性が考えられる。その際、基本権訴訟の枠組みにしたがって、国家賠償法の規定を憲法適合的に解釈する姿勢が、この訴訟類型を機能させる上で有益となることを述べた。

その際に問題となる要件の解釈については、(a)信教の自由が被侵害法益といえ、(b)当該訴訟の審理が裁判所を民衆訴訟に引きずり込むと考えるのは杞憂に過ぎず、(c)因果関係の立証責任が原告に課せられることにはならず(d)国賠法上の故意過失要件は、憲法17条との比較により、その判断は客観化されるというように結論付け

---

<sup>29</sup> なお、靖国参拝の合憲性が争われたもので、近年のものとして、福岡地判平成16年4月7日判時1859号76頁

られる。

さらに、(e)原告適確および損害の認定について、裁判所は定型的判断を下すべきであり、(f)慰謝料額の算定の際には、原告について「あるべき宗教信仰者」を擬制し、それを前提に当該国の行為の違法性を訴訟全体の流れを通じて裁判所が判断し、違法性の軽重に応じて損害額を算定すべきである。

### ③ 政教分離違反の有無の判定基準について

政教分離合憲性判断をより精密に行うために、問題となる各事例の基礎にある政教分離問題に着目して類型化する。具体的には、(a)国家が宗教的儀礼を行う場合、(b)国家が宗教（団体）に対して便益供与する場合、(c)政教分離と信教の自由が衝突する場合、に分けられる。「靖国参拝」の場合、(a)に分類されることになり、「国家と宗教の非同一化」が問題となる。その判断は当該行為の外形的要素によって合憲性判断がなされることになる。

本稿における理論過程を経ることで、これまで不可能と考えられてきた裁判所による違憲審査の道が開かれるのではないだろうか。そうであるとすれば、今まで事実上野放しになっていた国家行為を律することが可能となるであろう。

近年、国家行為による人権侵害の問題が深刻化する中で、裁判所の役割を重視し、国民の基本権を適切に保障する視点を持つことは、これまで以上に重要な課題となっている。人権等を保障する規定の意義、憲法の体系・構造、憲法の定める機関・権限とその働きについて、地道な探究を積み重ねることを通じて、それは果たされよう。本稿が、このような探求に少しでも貢献することができたなら幸いに思う。