

信教の自由と政教分離の原則の関係

笹川紀勝

はじめに

信教の自由は、自由権の歴史の中で、とりわけ長い歴史を持っている。さらに、国によってその保障の課題は異なる。そのために、信教の自由を固定的、静的につねに同じ現れをするように描くことは出来ない。むしろ、信教の自由の内容は可変的であり、しかも同時に、時と所を越えて、普遍的でもあることを、無視することはできない。したがって、本稿は、そうした視角を持とうと思う。

1. 信教の自由とはなにか

歴史的にみて、信教の自由は、いつ頃から人々に意識されるようになったか。それは、ヨーロッパの16世紀における宗教改革のさ中である。そして、宗教改革の中でも、少数派が主張したものである。そして、そのころから17世紀の後半にかけて、信教の自由は、一定の中身を持つようになった。たとえば、ロジャー・ウィリアムス (Roger Williams) は、次のようにいった。⁴⁾

国家は、本質的には現世的であって、現世的事項にのみその管轄が及び、精神的すなわちキリストの国と信仰の裁定者、支配者、守護者たりえない。たとえ異端的であっても、礼拝の自由があり、一国民一國全体における宗教の統一は、良心における強制と迫害を引き起こす。

こうした主張は、国家と教会の分離、すなわち政教分離を要求するもの

であった。したがって、歴史的・思想的には、政教分離と信教の自由とは、同時に登場したと理解することが正しい。しかし、イギリスにおけるように、寛容令によってまず信教の自由が認められたが、国家と教会の分離は現実には成立せず、国教会主義が定着した。憲法の原理としての政教分離は、イギリスではなく、アメリカで成立した。そのように、歴史的には、欧米の場合でも、政教分離の方は、信教の自由より遅れて国家の原則になったといわなければならない。それは、政教分離の原則を実現することが、国家のあり方全体にかかわって、いっそう難しかったからではないかと思う。ところが、こうした歴史的な発展の経過が災いして、理論的にも政教分離の原則を信教の自由より一段低くとらえる傾向が、どこの国でも生れたように思われる。

ところで、時代はかわって第二次世界大戦の頃、ファシズム、ナチズム、軍国主義と戦った国のキリスト教会は、信教の自由をあらためて問いなおした。その成果として重要なものは、日本でも戦後翻訳出版されたエム・ソール・ベーツ『信教の自由に関する研究』である。²⁾ ベーツは、キリスト教会の諸団体の研究依頼を受けて、研究チームを編成し、その成果を発表した。彼は、当時の日本の国家神道を含めて、世界各国の国家と宗教の動向を探り、その多様性を指摘し、キリスト教国とイスラム教国との相違を指摘しながらかなり包括的な信教の自由の一覧表を作成した。長文のため、主要な項目名と項目数だけ簡単に紹介すると、①個人の信教の自由の権利（9項目）、②国民的、国際的、世界的団体としての教会と信者の信仰の自由（12項目）、③公民の信教の自由（2項目）がある。それは政教分離の原則より信教の自由を中心としている。このことの原因は、国家と教会が共通の敵であるファシズム・ナチズム・軍国主義と戦うために、両者の分離より協調的な姿勢を示そうとしたからであろう。

したがって、欧米におけると同じく、日本でも、信教の自由と政教分離の原則の関係が問われる。後に詳しく述べるが、日本の信教の自由をめぐる学問上の主要な論点は、信教の自由と政教分離の原則のふたつに区分す

る考え方にかかわる。そして、その区分されたものの相互の関係をどのように論ずるかである。そして、注意すべきことに、その課題を論ずるために、いわゆる制度的保障論が利用されている。

それでは、憲法20条をふたつに区分し、両者の関係を制度的保障論で論ずることをどのように理解すべきか。おもに学説史によって考えてみよう。なお、時期区分が問題であるが、以下の区分は、きわめて便宜的なものであって、学説の大きな変化をとらえるために考えたものにすぎない。

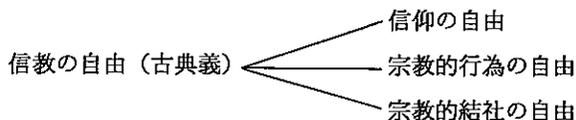
2. 信教の自由と政教分離の原則の関係——第一期 新憲法発布直後から1950年代まで

では、日本では信教の自由と政教分離の原則はどのように理解されて来たのだろうか。

I (1) 明治憲法28条の内容から検討しておこう。

それは、個人としての「日本臣民」に、国家による侵害の排除としての信教の自由を保障した。美濃部は、信教の自由のタイトルの下に、その内容を次の三つに区分する。⁽³⁾ すなわち、①内心にとどまらない信仰の自由（信仰表白〔告白〕の自由、宗教的教育の自由、信仰不信仰によって利益不利益がないこと）、②宗教的行為の自由（伝道、礼拝、祈禱、儀式などの自由）、③宗教的結社の自由である。こうした明治憲法の信教の自由の解釈は、信教の自由を古典的に理解するものである（以下便宜的に「信教の自由（古典義）」という）。そうすると、明治憲法は、信教の自由の古典的な理解にとどまっていた、国家と宗教の分離すなわち政教分離の原則までは認めていなかった。それゆえに、美濃部は、国家は、国民に信教の自由（古典義）を保障しつつ、同時に国教をとりうると主張することができたのである。⁽⁴⁾

(参考：美濃部説・明治憲法28条)



(2) 戦後の新憲法20条について、美濃部は、数冊の著書の中で見解を述べている。まず戦後最初の著書によれば⁶⁾、同条項は、「完全な意義に於いての信教の自由」を実現しようとして、まず、すべての人に信教の自由(古典義)を保障しているという。そして、興味あることに、そのことと「共に」といって、憲法は、①宗教団体が国家から特権を受けることの禁止、②宗教団体が政治権力を行使することの禁止、③宗教上の行為・祝典・儀式・行事に対する参加強制の禁止、④国家の宗教教育その他の宗教的活動の禁止の四つを規定しているという。そして、また別の著作では⁶⁾、憲法20条を解説して、信教の自由というタイトルの下に、①信教の自由(=信仰の自由)は何等の制限もなく無条件に総ての人に保障されるわけではなく、制限はありうる、②国家と宗教の分離(宗教団体が国家から特権を受けまたは政治上の権力を行使することを禁止し、国家が宗教教育や宗教的活動を行なうことを禁止している)、③宗教的行為の自由(礼拝・祈禱・儀式などを行う自由であって、強制されない)を説明している。さらに、もう一つの著作⁷⁾は、信教の自由というタイトルの下に、①信教の自由(=信仰の自由)は何等の制限もなく保障されるのではなく、制限はありうる、②宗教団体が国家から特権を受け、政治上の権力を行使することの禁止、③宗教的行為の自由、④国家機関の宗教教育や宗教的活動の禁止である。

美濃部のこうした主張は、実際ごく短期間しか離れて出版されていない場合でも錯綜しているので、明治憲法の信教の自由(古典義)の理解と、現行憲法の信教の自由の理解とを対比させた図表によって、その主張を整理してみよう。整理にあたって、次のように考えた。第一に、戦後の三つ

明治憲法の信教の自由

著者・出版年	タイトル	内容 1	内容 2	内容 3	内容 4	内容 5	内容 6
逓奏憲法精義 (1927.12.1)	信教の自由 (古典義)	信仰の自由(内心にとどまらないうで外形的行為として表白する自由)	宗教的行為の自由 (伝道・礼拝・祈禱・儀式などを行なう自由)	宗教的結社の自由			

信教の自由 (古典義)

現行憲法の信教の自由

著者・出版年	タイトル	内容 1	内容 2	内容 3	内容 4	内容 5	内容 6
新憲法概論 (1947.4.10)	信教の自由 (広義)	すべての人に信教の自由を保障する	宗教的行為の自由 (祝典・儀式・行事などへの参加強制の禁止)		宗教団体が国家から特権を受けるとの禁止	宗教団体が政治権力を行使することの禁止	国家の宗教教育を他宗教活動の禁止
新憲法逐条解説 (1947.7.15)	(同上)	信教の自由はあるが何らの制限もないのではない	(同上)		国家と宗教の分離 (宗教団体が国家から特権を受け、また、政治上の権力を行使することの禁止、国家機関の宗教教育や宗教的活動の禁止)	(同上は左内容 4 に含まれる)	(同上は左内容 4 に含まれる)
日本国憲法原論 (1952.5.30)	(同上)	(同上)	(同上)		宗教団体の国家からの特権を受け、政治上の権力を行使することの禁止	(同上は左内容 4 に含まれる)	国家機関の宗教教育や宗教的活動の禁止
整理の試み (広義)	信教の自由 (広義)	信仰の自由 (内心にとどまらない信仰の自由)	宗教的行為の自由 (礼拝・儀式・行事などの参加強制の禁止)	宗教的結社の自由	宗教分離の原則 (宗教団体が国家から特権を受けることの禁止、宗教団体が政治上の権力を行使することの禁止、国家機関の宗教教育や宗教的活動の禁止)		

信教の自由 (広義) =

信教の自由 (狭義)

+

宗教分離の原則

の著作は、ごく接近した時間内にかかっている。第二に、明治憲法28条と現行憲法20条の信教の自由に、どのようなタイトルをつけているかに注意する。第三に、信教の自由の内容を、具体的に四冊の著作間において比較する。第四に、第三のいう内容を、六つのカテゴリーにわけて、同じものをそのカテゴリーに組み入れる。該当のものがいないときは、斜線を空欄に入れる。(以下前頁の図表参照)

以上のような整理の仕方によれば、明治憲法も現行憲法も、タイトルでいえば共通して信教の自由を保障している。そして、この信教の自由の内容は、次のようである。

① 信仰の自由。これは、信仰が内心にとどまらないで、外形的行為として、外部に表現される性質をもっている自由である。戦前戦後一貫して認められている。(個人が信ずる「信教の自由」は、タイトルとしての信教の自由の中に含まれ、紛らわしい。そのために、個人が信ずる信教の自由を以下便宜的に「信仰の自由」と呼ぶ。現行憲法20条1項前段が保障する。そして、タイトルとしての信教の自由を以下便宜的に「信教の自由(広義)」と呼ぶ)。

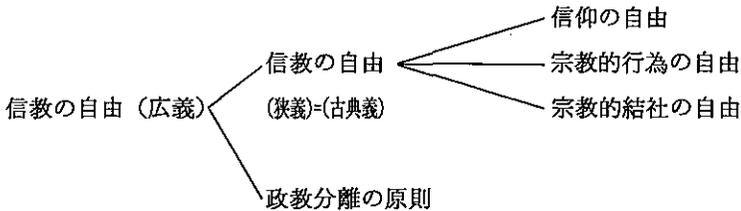
② 宗教的行為の自由(現行憲法20条2項に相当する)。これも戦前戦後一貫して認められている。その内容は、礼拝・儀式・行事などへの参加を強制することに反対し、また、そうしたことへの自由をいう。

③ 宗教的結社の自由は、明治憲法では言及されながら、現行憲法では言及されていないが、後者にいたって排除されたともいいがたい。

④ 政教分離の原則(明治憲法には規定がなかった。現行憲法20条1項後段、3項に相当する)。美濃部は、上記図表のように、内容4から6の間で、同じものを異なるカテゴリーの中に入れて出したりして、明らかに混乱している。しかし、内容4から6の三つの内容を政教分離の原則というひとつの枠で囲んでみれば、それら三つの内容は、必ずしもバラバラではない。むしろ彼は、政教分離の原則の諸側面を考えていると解すべきであろう。

こうしてみると、美濃部は、現行憲法20条の信教の自由の内容を、明治憲法の信教の自由（古典義）の理解より拡大して、政教分離の原則をも含むものとしている。そうすると、現行憲法の信教の自由は、歴史的発展を念頭におけば、明治憲法の信教の自由（古典義）プラス政教分離の原則となったのである。いいかえると、現行憲法20条の信教の自由（広義）の下には、明治憲法の信教の自由（古典義）に相当する「信教の自由（狭義）」と、政教分離の原則があることになる。以上を簡単に図示すれば、以下のようである。

（参考：美濃部説・現行憲法20条）



(3) 柳沢⁸⁾ は、現行憲法20条を解釈して、はっきり宗教的結社の自由を信教の自由（狭義）の中に加えている点で美濃部と違う。このような相違はあまり重要なことではないから、それを無視すると、柳沢もまた、美濃部と同じく、信教の自由（広義）のタイトルの下に、明治憲法の信教の自由（古典義）の古典的な理解の発展の上に、新憲法の政教分離の原則を位置づけている。それゆえに、彼もまた信教の自由（狭義）プラス政教分離の原則をもって信教の自由（広義）をとらえている。清宮⁹⁾ も、柳沢と同じ発想をしている。

(4) 以上のように検討してみたところ、美濃部・柳沢・清宮に内在していた、古典的な理解の信教の自由と政教分離の原則、いいかえれば、信教の自由（狭義）と政教分離の原則とは、理論的にどのような関係に立つのかという問題が、ますますはっきり浮かび上がってきたように思う。以下

この観点を中心として学説を検討してみよう。

Ⅱ (1) 『注解日本国憲法』上巻(=以下『注解』と略する)⁽¹⁰⁾ も、美濃部たちと同じく、タイトルとして信教の自由(広義)を使い、そして信教の自由(狭義)の内容を、明治憲法と同じく、①信仰の自由(内面生活において宗教的信仰を持つ自由。信仰告白の自由、信仰宣伝の自由、宗教的教育の自由を含む)、②宗教上の行為の自由(礼拝、祈禱、その他宗教上の儀式などの参加の自由)、③宗教上の結社の自由というように、古典的に理解している。

ところが、興味あることに、以上のような信教の自由(狭義)が「個人の権利として保障されることは、その反面においては国家は次のような義務を持つ」ことも意味するという。そして、この義務の内容として、次のようにいう。①積極的に宗教的活動をしてはならぬという義務(宗教団体が国家から特権を受け、特別の権力を行使することの禁止、国家機関の宗教的活動の禁止、宗教教育の禁止(憲法20条1項後段、3項)、宗教団体への公の財産の支出の禁止(憲法89条))がある。これらは神道指令の覚書の「国教分離」⁽¹¹⁾の線にそうものである。②消極的に特定の信仰を持つことを理由として差別待遇をしてはならぬという義務がある。憲法14条、44条は、この信教の自由(広義)の「一つの現われ」である。そうすると、①は政教分離の原則の主張であり、②は差別待遇の禁止である。したがって、美濃部・柳沢・清宮と同じく、憲法20条の信教の自由(広義)は、信教の自由(狭義)にとどまらず、政教分離の原則や差別待遇の禁止をも含むように拡大されている。

(参考：『注解』説)



そこで、『注解』の主張を整理していえば、次のような特徴と理論上の問題点がある。

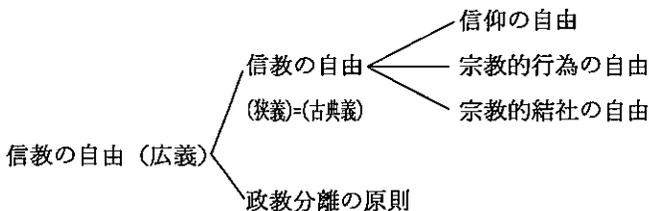
第一に、古典的な理解に立つ三つの内容を持った信教の自由（狭義）と、国家のふたつの義務（上述の①と②）は、前者が個人に権利を保障し、後者が国家に「その反面」として義務を課すというように、『注解』は、権利と義務を対とした表裏関係の発想に基づいている。たしかに、私法関係では、債権と債務は原則的に相務関係にある。それゆえに、権利と義務の相務関係をいうことに抵抗は感じない。しかし、公法関係においても、私法関係の権利と義務の相務関係のアナロジーをとることができるかどうかについては、おおいに議論がある。というのは、憲法という公法関係についていえば、国民の有する自由権は、本質的に国家権力を制限し、それゆえに、国家は、国民の自由権を一方的に保障する義務だけを負っていて、けっして、義務を果たすことの引き換えで、国民に何かを要求するような、権利と義務の対等な相務関係に立たないからである。また、憲法は、国家権力の行使を制限して、国家に不作為を命じる場合があるが、その不作為の義務もまた国民の権利自由の保障形態の一つにはかならないからである。

第二に、『注解』は、国家の義務としてふたつ掲げた。そして、一方は「積極的」、他方は「消極的」という対比をした。それだけでなく、『注解』は、前者の方を「国教分離」ととらえ、後者を宗教による差別待遇の禁止ととらえた。そうすると、国家の義務とされているふたつのものは、一見密接な相互関係にありそうでありながら、実際にはその関係はそれほどはっきりしていない。そのために、ふたつの義務の相互関係を語ることは、容易でない。筆者の意見では、ふたつの義務の相互関係を探るよりも、『注解』が、明治憲法28条の信教の自由（古典義）の内容を継承しつつ、それらと異なるものとしてふたつの義務にふれたことを評価したい。というのは、ふたつの義務は、戦前の国家神道の反省に立って「国家と宗教を分離する態度」を「顕著」に示している¹²⁾「国教分離」すなわち政教分

離の原則（憲法20条）と、宗教による差別待遇を禁止する法の下での平等（憲法14条）に由来し、しかも、これらの内容は、たしかに、明治憲法の信教の自由（古典義）の新たな展開であるからである。そうすると、問題は、ふたつの義務の相互関係いかにあるよりも、新憲法の下で新しく展開されないまま古典的理解にとどまっているものと、新しいふたつの義務とを、十分整合的にとらえ切れていないことにあるのではないか。しかし、それだからこそ、『注解』が、個人の自由権としての信教の自由（狭義）の古典的理解とふたつの義務の相互関係を求めて、「その反面」といったことは、かえって生産的な問題提起であったかもしれない。

鵜飼¹³⁾は、憲法20条のタイトルを信教の自由（広義）とし、その内容を、信教の自由（狭義）と政教分離の原則のふたつに区分する。そして、第一に、信教の自由（狭義）の下に、①信仰の自由（内心における信じる自由、信仰告白の強制からの自由、信仰に反する行為の強制の禁止）（憲法20条1項、ただし明示はない）、②礼拝の自由あるいは宗教的行為の自由（2項）、③宗教的結社の自由（条文の明示はない）があるという。そして、第二に、以上のような信教の自由（狭義）を「その反面」から保障するものとして、「宗教と国家との分離の原則」（宗教団体が特権を受けたり、政治上の権力を行使することの禁止、国家機関の宗教教育・宗教的活動の禁止、すなわち、1項後段、3項）があるという。

（参考：鵜飼説）

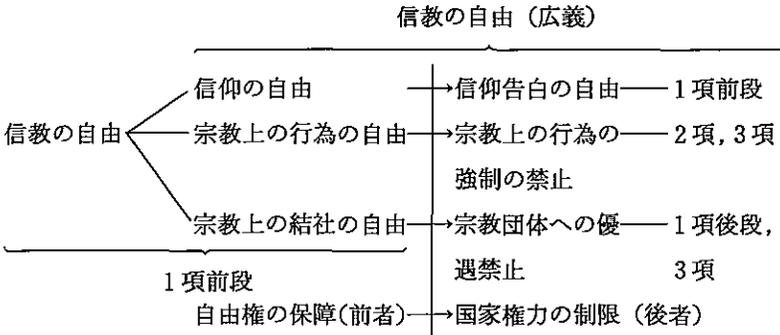


そうすると、鵜飼は、信教の自由（狭義）と政教分離の原則を並列させ

ている。それだから、鵜飼は、美濃部と同じく信教の自由（広義）をとらえつつ、しかし、美濃部にみられなかった信教の自由（狭義）と政教分離の原則の関係を問う視点を展開している。というのは、信教の自由（狭義）とまったく区別され、さらにそうした自由の保障の「その反面」として、独自に政教分離の原則を位置づけているからである。そうすると、この見方は、信教の自由（狭義）と政教分離の原則の個性をそれぞれ堅持しつつ、しかも、両者の相互関係を対等かつ不可分にとらえる。それゆえに、『注解』がもっていた権利と義務の曖昧なアナロジーを必要としない。しかし、鵜飼は、なぜ政教分離の原則が、信教の自由（狭義）と「その反面」の関係に立つのかについては、十分理由を述べていない。鵜飼にはこうして理論上の問題が残っている。

(2) 佐藤⁽¹⁴⁾は信教の自由（広義）というタイトルを掲げて、次のようにいう。すなわち、憲法20条1項前段の信教の自由（狭義）の内容は、①信仰の自由、②宗教上の行為の自由、③宗教上の結社の自由である。そして、「これらの自由が保障されるそれぞれの結果」、「国についていえば」、国は、①に関しては、(i)信仰告白を強制したり、宗教を抑圧する目的でその信仰に反する行動を強制したり、一定の宗教を勧奨することも許されない、②に関しては、(ii)宗教上の行為を強要することを許されない、③に関しては、(iii)特定の宗教（団体）を優遇して国教または国教的な地位を与えることを許されない。また、憲法20条1項後段は前述の(ii)と、2項は(ii)と、3項は国の宗教支持によるその宗教の国教的性格付与の防止をはかり、(ii)と同じ意味である。

(参考：佐藤説)



そうすると、佐藤の考えでは、信教の自由（狭義）は、「何人」（1項前段）にも保障されるものであって、その保障の結果、国家は、一定の不作為を命じられている。そのために、「何人」をみて、積極的に自由の保障をいい、他方国家をみて、消極的に国家権力とその行動の制限をいう。したがって、ここには、視点の変化と、序列の設定があるといえる。それで、以下こうした見方の特徴と問題点を検討してみよう。

第一に、佐藤は、憲法20条1項前段を、信教の自由（狭義）の「包括」性と「一般」性のしるしとみて、そこに、信教の自由の古典的な理解をすべて盛り込んだ。ところが、美濃部・柳沢・清宮そして『注解』・鵜飼は、同条前段を具体的限定的に解釈して、それは内心の信仰の自由、信仰告白の強制からの自由、信仰に反する行為の強制の禁止を保障するといった。そのために、彼らは、同条1項前段が宗教上の行為の自由（礼拝・祈禱・儀式などを行う自由）や宗教的結社の自由の保障も含むとはいわなかった。つまり、佐藤のように、信教の自由（狭義）の古典的な理解をすべて含むほど「包括」性と「一般」性を持つものとして、同条1項前段を解釈しなかった。ここに、かえって、佐藤の憲法20条1項前段の解釈の特徴がある。

第二に、佐藤によれば、自由権の保障は、「何人」も保障を受けることの

宣言であるという意味で、対「何人」もという面を持っているだけでなく、本質的に国家にその保障を義務づけているという意味で、対国家にかかわる面も持っている。そうすると、一方で自由権の保障をいい、他方で不作為の命令による国家権力の制限をいうことは、実は同一次元で起きている関係をいうのであって、決して前者の結果として後者があるという関係を述べているのではない。それゆえに、視点の変化は、あまり意味をなさない。そのために、前者の結果として後者が存在するという説明は十分論じられているとはいえない。

第三に、後者の国家に対する不作為の命令の内容を検討してみると、そこには、一般に理解される信教の自由（狭義）の内容と重畳するものとそうでないものがある。すなわち、信仰告白の強制の禁止 ((i)) は信仰の自由に、宗教上の行為の強要の禁止 ((ii)) は宗教上の行為の自由そのものにあたる。次に、宗教団体の優遇措置の禁止 ((iii)) は、信仰の自由や宗教上の行為の自由と重畳せず、憲法20条3項と同じ意味である。というのは、佐藤によれば、この3項は、「国が特定の宗教を支持する直接間接の宗教的活動をなすことはその宗教を実質的に国教的性格を有するものたらしめることになることを防止する」趣旨の規定と解されるからである。そうすると、憲法20条1項前段の信教の自由の保障の結果生じたものとして、信仰告白の強制の禁止と宗教上の行為の強要の禁止はいえとしても、宗教団体の優遇措置の禁止まで1項前段から引き出すことはできないのではないだろうか。

第四に、自由権の保障の結果として、不作為の命令による国家権力の制限が生じている。ここには、佐藤のいう信教の自由（狭義）の内容 (①, ②, ③) と、国家の不作為の命令 ((i), (ii), (iii)) とが、序列的な関係でとらえられている。つまり、自由権の保障は、国家権力を制限する不作為の命令に本質的に優位するかのときである。そうすると、佐藤は、信教の自由（狭義）(①, ②, ③) を、その古典的な理解では説明できなくなったところの新憲法の国家の不作為の命令とくに政教分離の原則に対して優位

させるやり方で、両者の関係を考えているのではないか。

もし、信教の自由（狭義）が政教分離の原則に対して優位するというあり方が承認されるなら、一般的に、信教の自由と政教分離の原則は、決して、『注解』のような「その反面」の対等な関係には立たない。まして、鵜飼のような「その反面」の対等・不可分な関係に立たない。そうすると、理論的には、信教の自由と政教分離の原則との関係は、鵜飼のような対等・不可分なものであるか、それとも、佐藤のような序列的なものであるかが、次第に重要な問題になって来ている。

俵⁽¹⁵⁾は、信教の自由（広義）というタイトルの下に、その内容を古典的に理解している。その場合、憲法20条の要点は、同条1項前段にあって、2項以下は前段の保障のうちに当然含まれるという。また、国家と宗教の分離は、同条1項後段と3項に規定され、「いずれも、信教の自由の当然の結果にほかならない」という。

そうすると、俵は、本質的に、佐藤と同じく、1項前段の包括的一般的な信教の自由からすべてを展開する傾向を示している。そして、佐藤以上にはっきりと、信教の自由が政教分離の原則に優位するという見解を表明している。

3. 信教の自由と政教分離の原則の関係——第二期 憲法運用の実際をふまえて（1960年代以降）

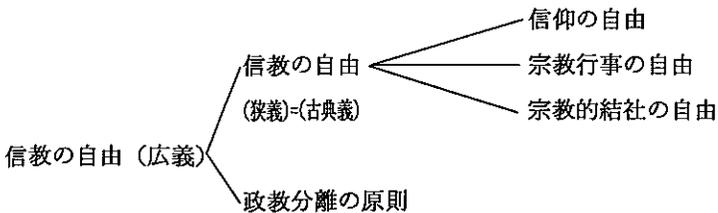
こうして第一期をみたところ、憲法20条の信教の自由（広義）の内容をめぐって、とくに政教分離の原則の位置づけをめぐって、学説は、かなり本質的な相違あるいは対立点を示すようになって来た。この論点がどのようにその後発展するかを考えてみたい。

憲法20条をめぐる議論が激しくなったのは、60年代に津地鎮祭事件の裁判があり、また靖国神社国家管理法案が自由民主党の議員立法として国会に上程されたからである。そして、解釈論の中心関心は、憲法20条の政教分離の原則とはなにかであった。そのような政教分離の原則をめぐる

議論の中で注目されたのは、政教分離の原則を制度的保障をもってとらえた宮沢⁽¹⁶⁾である。それはごく簡単に述べたものではあったが、その影響は大きく、無視できない。数年遅れて、田上の論文⁽¹⁷⁾は、政教分離の原則を制度的保障論をもってとらえるべきであると詳しく論じた。宮沢より田上の主張は、保守的な政治の流れに沿いつつ理論的な先導の役割をはたした。すなわち、田上は、結論からいえば、前の時期の佐藤・俵の傾向を法理論的に展開した。そのために、『注解』・鵜飼の傾向は、十分検討されないまま今日にいたっている。以下田上を検討してみよう。

(1) 田上は、憲法20条は徹底した信教の自由を保障し、同時に政教分離の原則をとっているという。そして、まず、信教の自由の内容を、ドイツの歴史をふまえて古典的に理解する。次に、政教分離の原則は、宗教団体の国からの特権受領や政治権力の行使の禁止、国家機関の宗教教育・宗教的活動の禁止（憲法20条）、宗教団体への公金支出の禁止（同89条）という形で具体化されているという。以上を図示してみよう。

(参考：田上説)



こうしてみると、田上は、信教の自由（広義）のとらえ方としては、美濃部・鵜飼と同じであるが、信教の自由（狭義）と政教分離の原則の関係については、明確な問題意識を持っており、その点で、鵜飼ともっとも鋭く対立する。したがって、問題は、政教分離の原則の法的性質をどのようにとらえるかにある。

田上は、まず、政教分離の原則の法的性質を次のようにいう。すなわ

ち、①その目的は、宗教的結社への国家の干渉排除であり、②干渉排除は、国からの利益保護付与の禁止に止まる。特権の付与とそれに付随した国家の監督や、国家機関の宗教的活動による宗教団体の活動の阻害のおそれ、**「間接の効果」**にすぎない。③政教分離の原則の規定は個人の自由の侵害禁止には向けられていない。④宗教団体に平等な地位を保障し、そのことによって実現した宗教団体の政治的中立性は、相対的な民主主義の前提を確保し、かつ**「間接に信教の自由を徹底強化するに役立つ」**。

田上は、こうした政教分離の原則の法的性質を裏付けるものとして、カール・シュミットのいわゆる制度的保障論を援用する。そして、憲法の保障する基本権には、自由主義的個人主義的な自由権だけでなく、それと区別された国民統合の政治規範の性質をもつ客観的な**「法制度及び公的組織」**という性格の制度的保障があるという。

さて、宮沢・田上の制度的保障論による政教分離の原則のとらえ方は、これまでの政教分離の原則にかんする解釈学説史に、一つの山をもたらした。それゆえに、その適用の是非が論じられるべきであろう。

(2) 第一に、ドイツの法思想史のレベルに事柄を還元して考えれば、シュミットの制度的保障論は、19世紀歴史法学派の思想に基づく⁽⁴⁹⁾。すなわち、それは、自由主義的個人主義的な自然権思想に基づく自由権と対立して、歴史的に形成されてきたものを憲法次元へ実定法化しようとしたのである。それを少し述べておこう。

19世紀の中ごろからドイツ自由主義者は、憲法制定によって**「基本権」**(Grundrechte)を保障しようとした。つまり、イギリス、アメリカ、フランスの市民革命は、前国家的な生まれながらの自然権としての自由権を保障したが、ドイツの憲法制定者は、それだけでなく、歴史的に形成されてきた例外裁判所の禁止、伝統的な官僚の特権、地方自治、大学の自治、私立学校の開設なども**「基本権」**として、憲法上保障した。そのために、ドイツの**「基本権」**は、全体としては、自然権的なものと歴史的なものとはが混在した曖昧な性格を保持し、そのために、前国家的なものである自然権

も含めて、後国家的な憲法と法律の枠内で保障された。それゆえに、ワイマール憲法のと看、シュミットが、「基本権」の性格を検討して、自由権と性格の違つものを制度的保障として整理したのは、これまで曖昧にされてきた「基本権」の構造の思想的な統一性のなさを暴露するものであった。そのように、彼は、ワイマール革命の議会に対抗して、自由権とは性質の違つ「基本権」の一定部分を制度的保障としてとらえ、議会といえども廃止できないといったのである。そのため、制度的保障論は、はじめから、自由権との性質の相違を強調していたのである。そうすると、ここには、自然権の前提である個人と、個人を超越した歴史主義に立つ制度との交わることのない溝が存在する。

それゆえに、たとえ、田上が、制度的保障論による政教分離の原則は、間接に信教の自由を徹底強化するといつても、この主張は思想的に性質の異なるもの間の緊張関係を無視していることを、指摘しなければならぬ。そのため、制度的保障論による政教分離の原則が、本当に信教の自由を徹底強化するのに役立つといえるかどうか、筆者には疑わしい。それだけでなく、田上も認めるように、日本国憲法がアメリカから学んだ政教分離の原則は、自由主義の砦である。それだから、ドイツ的背景から日本の政教分離の原則の性質を検討するのではなく、政教分離の原則が信教の自由とどのような関係にあるとアメリカで理解されているかを検討し、それを日本の政教分離の原則の解釈に参考にするべきではないか。

第二に、田上が、制度的保障論を用いて、政教分離の原則は間接に信教の自由を徹底強化するといったとき、制度的保障論は、政教分離の原則が信教の自由に対して目的のための手段であるという解釈を根拠づける道具概念として用いられている。こうした道具概念は、もちろん、シュミットに習わなくてもありうる。ところが、田上はシュミットに習ってそうしているのだから、やはりシュミットの考えを検討する必要があると思う。

シュミット⁽³⁾は、たしかに、「一般的自由と関連を持ちそれを補充的に保障するもの」として制度的保障があり、それは自由主義的法治国家の憲

法の精神にふさわしいという（なお、ここで「一般的」とは、ワイマール憲法135条によれば「完全な」(voll)と同じ意味と考えられる)。その例として、「一般的な信仰・良心の自由を補充的に保障する」公法上の宗教団体（つまり教会）の保障を掲げる。そうすると、シュミットに特有な自由主義的法治国家論を検討しなければ、制度的保障論の特質と問題点はわからないであろう。

彼は、自由主義的法治国家論を解説する中で、配分原理（Verteilungsprinzip）をいう⁽²⁰⁾。それは、自由主義的法治国家の憲法には、原理的に無制約なものとして個人の自由があり、また原理的に制約されたものとして国家の権限があるという。そして、彼は、こうした配分原理の例示として、次のようにいう。

再洗礼派やピューリタンのいったように、宗教は、最高で絶対に私的なものであり、個人的なものである。それは国家の相対化をもたらす。他方、個人以外のあらゆる種類の組織、たとえば、相対的な国家や教会は、そうした唯一決定的な絶対的価値の補助手段（Hilfsmittel）としてのみ価値を持ちうる。宗教的自由は、あらゆる基本権の中で第一のものであるというのは、無条件に正しい。

彼の以上の論述からすると、個人の宗教の絶対性と教会の相対性が対比されている。その場合、個人も、宗教も、どちらも徹底して社会性を持たない。個人は孤立した (isoliert)⁽²¹⁾ 存在である。表現の自由、言論の自由、礼拝の自由、結社の自由などは、他の人とのかかわりで存在する権利であって、それゆえに、彼は、それらと、社会性を持たない良心の自由、人身の自由、私有財産、住居の不可侵、信書の秘密を厳密に区別する。そうすると、彼の自由主義的法治国家論は、孤立した人間像を核にして成り立つ。社会性あるものは、論理的に、そうした人間像からは出てこない。したがって、自由主義的法治国家論にふさわしい制度的保障論とは、孤立した人間像を前提にしている。すなわち、制度的保障論は、孤立した人間像

に社会性をもたらすものとして役立っている。たとえば、礼拝の自由がそうであるように。もしそうならば、一般的〔完全〕な自由と関連しそれを補充的に保障する制度的保障がなければ、個人はその人格の完全な発展を示しえないことになるだろう。しかし、それにもかかわらず、たとえそうした条件があったとしても、個人はその人格の完全な発展をとげることはできないことを知らなければならない。なぜなら、一般的〔完全〕な自由と制度的保障とは、孤立した人間像と社会性ある人間像を各々分有し、相互に内的に結びついていないからである。要するに、ふたつの人間像は、個人の内面で分裂している。こうしたことは、まさに、シュミットのいう自由権が、特有な傾向を持ったものであることを示す。そのために、シュミットの自由権論は、アメリカやフランスのそれと異なる。というのは、アメリカ憲法は、フランスの人権宣言の場合でも同じだが、自然権思想に基づく自由権を持つ個人を前提にして、かかる個人が相互に契約を結んで社会を形成するからである。それゆえに、個人は相互に社会性を内包している。したがって、ここには、シュミットのこのような内面的に分裂した人間像はみられない。

そうすると、シュミットの制度的保障論は、社会性をもった自由権の発展を意図するより、それを制度というある枠の中に閉じこめるがゆえに、個人を外から大きく庇護する働きをするかもしれない。しかし、もしそういえるなら、彼の制度的保障論は、個人の内面から外へ向かって膨張しようとする自由権と緊張関係をもっているといわざるをえない。それゆえに、たとえ解釈技術のための道具概念としてであれ、制度的保障論を自由権の保障に本質的に益するととらえることはできない⁽²⁾。

第三に、制度的保障は、客観的な制度の保障であって、個人の権利と直接かかわりなく、したがって、かりに個人の自由権を侵害することがあっても、また逆に保障を促進することがあっても、それは間接的であるといわれる。しかし、もしそうならば、制度的保障論による政教分離の原則のとらえ方は、信教の自由そのものを保障するのではないために、保障とい

う点では、信教の自由を直接保障する方法より、程度の低い方法である。そのため、制度的保障論による政教分離の原則のとらえ方は、目的たる信教の自由を保障する補充的な手段にすぎず、逆にいえば、信教の自由は、政教分離の原則に対して優位的地位に立つ。この点は、まさに、佐藤・俵が、信教の自由は政教分離の原則に優位すると主張したところと共通する。それゆえに、信教の自由と政教分離の原則を互いに「反面」の関係にあるととらえる『注解』・鶴岡と佐藤・俵は、まったく相違する。

4. 信教の自由と政教分離の原則の区別と関係

たしかに、日本国憲法の信教の自由（狭義）の内容を三つの古典的な理解でとらえるのは、学説では一致した傾向である。しかし、そのような理解が狭いものであって、克服されるべきものであるというのは、ベーツの紹介からうかがえたであろう。そして、もう一方の政教分離の原則も、制度的保障論という特殊な学説によって、その発展を阻まれているのである。なぜその発展が阻まれているかといえ、政教分離の原則は、憲法20条の規定そのものとは関係なく、特殊な理論によって性格付けられているからである。そのため、政教分離の原則の実定法的な側面が切り捨てられ矮小化されている。

そうすると、憲法20条の内容をめぐる学説で最大の焦点は、信教の自由の優位の下で政教分離の原則を補充的にとらえるか、それとも、信教の自由と政教分離の原則はそれぞれ独自の側面を持ちつつも、相互に切り離せない対等な関係にあるととらえるかである。しかし、考えてみると、自然権思想に基づく日本国憲法の政教分離の原則に、自然権思想とは異質な制度的保障論を適用するというのは、もともと無理があるのであって、あえてこの理論をとる必要はないと思う。

その点で、論者が一致して認めるところの、憲法20条は信教の自由（狭義）と政教分離の原則のどちらも保障しているという事実は、その意義が再度確認されるべきである。この再確認に立って、両者の関係をどのよう

に把握するかを考えなければならない。実定法としての憲法20条を見れば、両者の関係は、一方が優位し、他方が補充するものではない。それよりも、憲法20条は、自由権として国家権力を制限するところに、元来の使命を持っているので、権力の制限を効果的に実現するためには、信教の自由（狭義）も政教分離の原則もどちらもその制限の機能を十分果たせるように解釈すべきである。この観点からすれば、信教の自由（狭義）と政教分離の原則は互いに対等・不可分であると解する方が、国家権力を制限して人々の権利を保障しようとした近代立憲主義の精神に、はるかに応えるであろう。

(1) 権力の制限に重きをおいた解釈を展開する上で、つぎの点は、あらかじめ知っておくべきであろう。すなわち、信教の自由が個人の主観的な権利保障に機能することは明らかであるが、政教分離の原則は、国家と宗教、欧米なら国家と教会の分離に機能するということである。そのように政教分離の原則を考えると注意したいことは、宗教が、個人とかかわる側面をもっているだけでなく、組織・集団・制度という個人を越えた側面も持っている事実を認めることと、この両面を区別する必要があるということである。

なお、本稿は、制度的保障論を展開したシュミットの制度の考え方を批判するのであって、そうした理論とかかわりのないところの、宗教に特殊にかかわる組織・集団・制度の存在を否定するのではなく、肯定的に論ずるものである。（以下のために、これらの用語を簡単に解説しておきたい。すなわち、組織とは、人々の集合状態を成り立たせる要素を有機的に統一したものである。集団とは、共に生活する側面をもった人々の集合状態をいい、単なる群集とは異なる。制度とは、人々の集合状態の法的な組み立てあるいは仕組みである。単にきまりともいう。同一の人々の集合状態であっても、とらえる角度によって、組織、集団、制度という用語が使われる。そして、ここでは、便宜的に制度を組織・集団・制度の包括的な単語として用いる。）

さて、たしかに、政教分離の原則は、自由権と同じようにつねに個人に権利を発生させるのではない。しかし、組織・集団・制度すなわち制度は、個人とのかかわりを多方面に生じさせる。そうした柔軟なそして実際の視点は、政教分離の原則を権力の制限と人権保障に役立たせるには、意味のあることと考える。制度的保障論の影響が強いので、制度と個人とはかかわりが無いという固定観念を打ち破るためにも、かかる視点は必要に思う。以下本稿のいう制度と個人のかかわりを概観しておこう。

憲法20条の内容は、実際多様であって、個人の自由権にかかると同時に、国家と宗教の分離すなわち政教分離の原則にもかかわる。ところで、制度といえどもかならず個人に担われ、そうでないものは存在しえない。問題は、個人が制度とかかかわるときには、そのかかわり具合が、制度の法的な性質によって異なるということである。たとえば、憲法は、人々の集団である国家の最高法規という制度である。そして、憲法という制度は、自由権を規定し、その中で信教の自由を保障している。つまり、信教の自由といえども一つの制度である。政教分離の原則だけを制度と規定するわけにはいかない。シュミットの制度的保障論の影響が強いので、信教の自由は、個人にかかわらないところの制度ではなく、個人に権利を発生させる自由権であるが、政教分離の原則はそうした制度であって、権利を発生させることはない、これまで思い込んできたにすぎない。

ところで、制度は、すでに述べたように、社会性を持った人為的な法的仕組み（たとえば、国家、議会、裁判所、大学など）であって、実体概念ではない。それは、二種類存在する。第一は、国家のように、法的仕組みに基づき組織性をもって活動し、その活動は絶えず変化するものである。もう一つは、憲法のように、純粹に法的仕組みであって、存在形態は固定している。これらは、互に関連していて、その違いは、存在形態と動態性の着目いかにによる。これらの制度に対する個人のかかわりは、法がどのように個人のかかわりを定めているか、また、組織的活動がどのように個人にかかわりをもっているかによって相違する。問題は、組織的活動が

個人と接触したときに起きるから、組織的活動をなす制度に、おもに視点を当てて考えてみよう。

第一に、まず気づくことに、組織的活動を行う制度は、その能力や社会的活動の程度が個人に比べて大きく、包括的であって、その規模の大きさに応じて、制度にかかわるあるいはそれを担う個人の数も増減する。つまり、制度は、複数の個人に担われることによって機能する。担い手たる個人の側からすれば、個人は、いわば自己の人格を離れて匿名化し制度の歯車になる。そのために、個人は制度の第三者に対する法的な責任を負うことはない。さらに、そのような制度の利用者もいる。利用者と制度の担い手たる個人とは別人格である。

第二に、制度の担い手たる個人に即して考えてみよう。たとえば、制度（地方自治体など）の要求と憲法・法律の規範とが衝突する可能性があり、その衝突は実際に制度を担う個人のレベルで生じる。

制度とその担い手たる個人は、すでに述べたごとく、原則的に矛盾した関係に立たない。そのために、制度は、担い手たる個人の権利と自由を直接侵害することはできない。しかし、それは、制度が、憲法・法律に従い、そしてもはや特別権力関係は認められないという条件のもとで成り立つことに注意しなければならない。また、もし制度が憲法・法律に抵触したことをすれば、当該担い手たる個人は、必然的に憲法・法律に抵触したことを行うように強制され、その結果、憲法と法律に基づく本来の適法な職務遂行の義務を妨害される可能性がある。その場合、担い手たる個人は、あるべき制度の担い手として、現にある制度の要求を拒否し制裁を受けるか、それとも制度を担い続けて自らも憲法・法律に抵触したことを実行するか、それともその地位を去るかの選択を強いられる⁽²³⁾。つまり、制度と担い手たる個人との間には、憲法・法律をめぐる衝突が存在しないのではなく、存在しうる。もっとも、徴兵制の場合のように、制度を担う兵士はその地位を去ることはできないから、道は、制裁を受けるか、適法ではないと思うところを実行するかのどちらかでしかない。しかし、日本で

も欧米でも、制度と担い手たる個人との間の憲法・法律をめぐる衝突を事前に合理的に解決する手続きは存在しない。

第三に、制度の担い手たる個人は、制度の命令だからという理由で、適法でない職務を遂行した場合に、責任を逃れることができるとは限らない。その場合には、担い手たる個人は、第三者から責任を追求されることを覚悟しなければならない。その例をあげれば、第二次世界大戦中の軍人軍属の戦争責任がそうである。しかし、国内法としては、刑法の公務員職権濫用罪などは別として、公務員個人の責任を問う包括的な法や、ましてや、公務員による組織的な犯罪を追求するための法は存在しない。せいぜいのところ、公務員の違法な公権力の行使には、国家が国民に賠償するが、それとは別に、国家は当該公務員に求償権を行使できるという国家賠償法1条の規定があるにすぎない。ところが、同法は、国民が直接その公務員の責任を問うことを認めていない。

こうしてみれば、制度を担う個人の責任を問う余地と必要性はあるわけだが、それを裏付ける責任追求のための実定法は完備していない。

第四に、立法者は、国民の権利自由にかかわるさまざまな制度をつくることが出来る。したがって、直接国民の権利自由にかかわるように、あるいはそうでないように、制度をつくることができる。これは立法技術の問題である。しかし、一見国民の権利自由とかわらないような場合でも、いつか、そして、どこかでそうした制度が国民の権利自由とかわる場合を、立法者は予測できない。たとえば、ある公的機関が、違憲な行為のために公金を支出した場合、また特定の宗教団体の活動のために公金を支出した場合、これらの場合に、アメリカの例のように、納税者は自己の意に反するとして訴訟を起こす可能性がある。わが国の場合、地方自治法242条の2の住民訴訟は、そうした一例である。しかし、地方自治体ではなく、国がそうしたことをしたとき、まだそうした訴訟は一般に認められていない。たとえば、良心的軍事費拒否訴訟や中曽根首相の靖国神社公式参拝違憲訴訟では、実体にまったく入ることなく、訴訟手続の前段で門前払

いされている。

しかし、手続きがだめだとしても、制度と国民の実体的なかわりまでもまったくないかのように考えてしまうのは、行き過ぎではないであろうか。制度一般ではなく、個々の制度と個人のかかわりはどうか、その程度はどうかというように、個別具体的に考慮することが、必要ではないか。手続きがなければ、権利はないといってしまうまでもあるが、それは訴訟手続きにあまりに重きを置きすぎる考え方であって、政治過程における制度と個人のかかわりの意義は見落としてはならないであろう。

第五に、制度は、ときに不特定多数の利用者とかかわる場合がある。その場合、利用者には具体的な権利が設定されたわけではなく、権利と見えるものも、単に制度の反射的な効果にすぎず、あるいは公物の利用権にすぎないかもしれない。しかし、それとて、平等原則や条理による制約を利用者は主張できる。それゆえに、制度と利用者の具体的なかわりは生じえないとはいえない。

以上のようにみると、いわゆる制度的保障論が、自由権のような権利性を持たないことを強調するあまり、制度と個人の消極的否定的な関係を前面に押し出し、両者の積極的肯定的な関係を無視してしまうのは、乱暴な気がする。そうではなく、その条文の持つ内容を十分展開し、どのようときに権利性が排除されるのかを明らかにすべきである。

したがって、すでに述べたように、制度であるかどうか、中心問題になるのではなく、その制度がどのような法的性質を持っているかが重要である。それゆえに、信教の自由と政教分離の原則が対等かつ不可分の関係にあるという主張の場合でも、そういえばもう問題がなくなったわけではなく、具体的にはどのようなことが問題になるかを問わなければならない。従来こうした角度から問題を掘り起こすことがあまり見られないのは²⁴⁾、それだけ、制度的保障論に固執して、信教の自由と政教分離の原則の条項の質的な相違に着目し、目的と手段のように、同じレベルに立たない、あるいは、次元が違うことを強く意識したからかもしれない。

信教の自由と政教分離の原則の関係を問うたのは、学界よりも裁判所であったと思う。すなわち、津地鎮祭最高裁判決は⁽²⁵⁾、私立学校・文化財・受刑者に言及して、それらと国家のかかわりから、信教の自由と政教分離の原則の衝突する局面を意識し、その衝突の事態を回避しようとした。もっとも、多数意見がそうした衝突のありうることをいうのは、たぶんに政教分離の原則の緩和の口実である。しかし、そうはいても、こうした衝突の回避ということは、重要な理論上の問題でもあったと思う。というのは、多数意見は、前者の優位の下に、後者を柔軟にとらえようとし、少数意見は、私立学校・文化財・受刑者への言及が政教分離の原則の柔軟な解釈の原因になりえなく、多数意見の問題とするところは、信教の自由を奪いえないこと、また平等原則の要請から考えるべきことと述べて、両者の対等かつ不可分な関係の理解を示したからである。そのように、共通な問題関心をもちつつ、解決の仕方では発想の相違を示したと思う。

(2) アメリカでは、日本以上に議論と経験が多く、信教の自由と政教分離の原則の衝突の解決は、今日ますます重要な問題になってきている。このように日本と類似した問題関心は、信教の自由と政教分離の原則の関係が、信教の自由の広範な保障のためには、普遍的な論点だからであろう。そこで、アメリカを参照し、それを基にわが国のあり方を検討してみよう。

(a) 最近のアメリカの学説を見ると、信教の自由と政教分離の原則の関係が、熱心に追求されている。

まず、アメリカの事情を述べておこう。アメリカ合衆国憲法は、その修正第1条で、信教の自由にかんして、次のように規定している。

「連邦議会は、国教の樹立を規定し、もしくは宗教上の自由な活動を禁止する法律 (no law) ……を制定してはならない」。

一般的に、この条文は、信教の自由 (広義) にかんして、ふたつのことを定めていると理解されている。一つは、国教を樹立する法律を制定してはならないことである。これは、国教樹立禁止条項 (noestablishment clause) と呼ばれている。政教分離の原則と同じ意味で使われる。もう一

つは、宗教上の自由な活動を禁止する法律を制定してはならないことである。これは、宗教活動の自由条項 (free exercise clause) と呼ばれる。日本の信教の自由 (狭義) と同じように使われる。それゆえに、日本で問題になる信教の自由 (狭義) と政教分離の原則の関係の問題は、アメリカでは宗教活動の自由条項と国教樹立禁止条項の関係の問題として扱われている。

このふたつの条項の関係をめぐる議論は、必ずしも憲法制定の時期から存在したのではなく、1940年代から出てきた。公立学校だけでなく、宗教系の私立学校の児童の父母のためにも、州が通学用のバス代の財政援助をした *Everson v. Board of Education*, (1947) の事件で、連邦最高裁は、次のようにいった⁽²⁶⁾。

修正第1条の国教樹立禁止条項の意味は、こうである。すなわち、「州も連邦政府も、教会を建てることは出来ない。一つの宗教を援助する、すべての宗教を援助する、あるいは一つの宗教をほかのものより優遇する (prefer) 法律は可決できない。その人の意志に反して、教会に行くように、あるいは行かないように強制するあるいは影響を及ぼすことはできないし、なにかの宗教を信じる信じないということを告白するように強制することはできない。いかなる人も、宗教的信仰あるいは不信仰を保持するないし告白することを理由にして、また教会に通うあるいは通わないことを理由にして、罰せられることはない。大きいか小さいかにかかわらずいかなる額の税金も、なにかの宗教活動あるいは組織を支えるために徴収することはできない。それがどんな名称で呼ばれるのであれ、宗教を広めあるいは実践するためにどんな形式を取るのであれ、徴収はできない。州も連邦政府も、公然とであれ、密かにであれ、なにかの宗教組織あるいは団体の事務 (affairs) に加担することはできないし、その逆も同じである。ジェフソンの言葉でいえば、法律による国教樹立禁止条項は、『教

会と国家の間に分離の壁』をもうけるように考えられたのである。」

この *Everson* 判決は、以来、国教樹立禁止条項の詳細なカタログとして利用されている。ところで、その中身をみれば、信仰告白の自由、宗教儀式への参加の自由など、日本では、政教分離の原則ではなくて、信仰の自由に相当するものも、国教樹立禁止条項の中に入っている。こうした信教の自由の側面をのぞくと⁽²⁷⁾、判決は、政府が、プログラム、政策、法律によって、宗教あるいは宗教的活動を援助するあるいは支援することはできないという援助禁止 (no-aid) の原理を述べている。そのために、この判決は、厳格に政教分離を貫く傾向をあらわすと理解されている。ここから、国家の活動は国教を樹立するのかどうか、また、それは宗教活動の自由を侵害しているかどうかというふたつの条項の、独立しながらも、ときに衝突する可能性が意識されるようになった⁽²⁸⁾。

1970年代になると、ふたつの宗教条項のどちらも妥協なく貫かれ論理的極端にまで拡大されれば、互いに衝突するだろうといわれた⁽²⁹⁾。そして、国教樹立禁止条項は、宗教系の私立学校への財政補助にかんする *Lemon v. Kurtzman*, 1971⁽³⁰⁾ の目的・効果・過度のかかわりを基準として解釈されるようになった⁽³¹⁾。他方、宗教活動の自由条項は、土曜を安息日とする信者が解雇され、他に就職を探してもかなわず、そこで失業手当の受給申請も拒否され、最高裁においてようやく認められた *Sherbert v. Verner*, 1963⁽³²⁾ や、約450年間中世風の生活様式をウイスコンシン州内でとってきたアーミッシュというキリスト教集団が、自己の宗教観から、州法による義務教育年限を拒否し、認められた *Wisconsin v. Yoder*, 1972⁽³³⁾ によれば、最高裁判所は、国家の規制目的を達成する利益と国家の干渉なしに自己の宗教を追求する利益とをはかりにかけると比較衡量 (balancing test) を基準としている⁽³⁴⁾。したがって、これらの事件をみると、ふたつの条項のうち、宗教活動の自由条項にあっては、国家利益よりも宗教に利益を与え、しかし、国教樹立禁止条項にあっては、宗教への援助を許さないか

ら、内実においては互いに衝突する側面をもった判断基準が採用されているということが出来る⁽³⁵⁾。そのために、学説では、1980年代になって、ふたつの条項の衝突の和解 (reconcile) が模索されるようになった。このように、宗教活動の自由条項と国教樹立禁止条項とは、いったいどのような法的構造と関係にあるのか、が問題になっている。

これまで、ふたつの条項の関係をめぐる問題について、学説は三つあるといわれる⁽³⁶⁾。第一は、厳格分離理論 (strict separation theory)、第二は、中立理論 (neutrality theory)、第三は、調整理論 (accommodation theory) である。

(b) ④厳格分離理論は、プエッファ (1958) が代表者だといわれる⁽³⁷⁾。彼は、ふたつの条項は、別々な概念あるいは原理ではなくて、「一枚のコインの両面」であるという。彼にいわせると、ふたつの条項は「同じものをいうふたつの方法」であって、「分離は自由を保障し、自由は分離を要求する」。彼はこうした考え方を自由分離一体的原則 (the unitary freedom-separation principle) と呼び、それは、信仰にかんする自由意志 (voluntariness) と権限の制限された政府というアメリカのふたつの民主主義的伝統に基づくという。そして、宗教活動の自由条項は自由意志に、国教樹立禁止条項は権限の制限された政府に基づいているという⁽³⁸⁾。

また、プエッファは、憲法がふたつの条項を定めている (written)、そう憲法制定者は意図した、しかし、成文に現れていないものも (unwritten)、必要が生じたとき、裁判所によって拡張される (rewritten) という⁽³⁹⁾。そして、修正1条が「いかなる法律も」(no law) 制定してはならないというのだから、ふたつの条項の及ぶ範囲を可能な限り広くとらえようとする⁽⁴⁰⁾。

こうして、彼は、ふたつの条項が、相互に独自な領域をもちつつも、なお、相手を必要とするという。そして、それぞれの保障範囲を追求し、限界になるものを明らかにしようとする。つまり、一つの条項が他の条項と接触するなら、その場合に限界をどう考えるかが問題であって、つねにど

ちらかの条項が残りの規定する関係にはない。

宗教活動の自由条項にあっては、比較衡量に基づき、不合理な場合だけ国家の主張が認められるのであって、裁判所は、国民の権利侵害を正当化するやむをえざる利益 (compelling interest) の証明を、国家に要求する。そして、自由は絶対的でいかなる制限にも服さないという考えは誤りだという⁽⁴¹⁾。他方、国教樹立禁止条項にあっては、Everson判決の国教樹立禁止条項を引用し、その中から、①政府の宗教に対する中立をいう。その場合、政府は、宗教間（一つの宗教の他のものに対する優遇）だけでなく、宗教と非宗教間（あらゆる宗教を援助する）でも中立でなければならない。②宗教活動へ巻き込まれる（なにかの宗教的組織あるいは団体の事務に加担する）のを避けなければならない。そして、裁判所は目的効果論をとることができ、それは程度問題 (one of degree) であると解説する⁽⁴²⁾。

それでは、彼は、ポスト・ニュー・デール時代の福祉国家が、たとえば、私立学校のカリキュラムや児童労働法などについて公的に規制をするように、教会の活動に財政援助したり、その活動を規制することをどう見るだろうか。この疑問に対して、彼が次のようにいうのは⁽⁴³⁾、一つの答ではないかと思う。すなわち、プエッファは、援助禁止 (no-aid) を文字通り厳格には展開しない。たとえば、彼は、教会財産に対する税免除 (tax exemption) は、教会にとって実質的な政府の支援であることを認めるが、しかし、それは、古くからあり、しかも、今日福祉国家の一部と考えられる多くの社会的活動、たとえば、父のないもの、老人、病人、弱者、貧しい者こうした人々への配慮がほとんどもっぱら教会によって担われた時代に成立したものであるという。そして、こうした教会の世俗的な活動は、さもなくば国家によってなされたであろうものであって、その活動のために使われる金銭的負担を救済するのは、「自然であり正しい」 (natural and just) という。

こうしてみると、プエッファの福祉国家時代における教会の社会的活動の評価は、まさしく、彼が、本質的に厳格分離といわれる自由分離一体論

を維持しながら、しかも実際には目的効果論による程度問題を追求していることを示すのではないか。したがって、彼を批判して、その厳格分離は、けっして、政府の宗教や宗教活動への援助や支援をなにもできないとか⁽⁴⁴⁾、また、「実際に機能しないだけでなく、また理論上も発展性がない」とか⁽⁴⁵⁾ はいえないと考える。

以上のように、プエッファの主張に即して検討してみると、その厳格分離の特徴は、第一に、自由意志と国家権力の制限というアメリカの伝統に基づくものとして、修正1条のふたつの条項をとらえたこと、第二に、ふたつの条項が憲法に定められていることを重視したこと、第三に、ふたつの条項のそれぞれの展開において、限界を問い、とくに、国教樹立禁止条項では、目的効果論を用い、現代の福祉国家における教会の社会活動を容認したことである。

㊤ 中立理論は、カーランド(1961)が主張した⁽⁴⁶⁾。すなわち、宗教活動の自由条項と国教樹立禁止条項、簡単にいって自由と分離条項は、次のような「単一の命令」(single precept)を述べている。「政府は、作為あるいは不作為の基準として宗教を利用することは出来ない。なぜならば、このふたつの条項は、いっしょに読まれるべきであるが、利益を与える、あるいは負担を課するべく宗教によって差別すること(classification)を禁ずるからである。」

この主張は、ふたつの条項を統一的に扱っていて、しかも、宗教による差別を禁止した点で明快である。しかし、憲法がふたつの条項をもっていることを考慮しないのは疑問である。また、政府は、宗教がなにであれ、宗教とかかわりなしに(blind)活動しなければならないから、たしかに、この理論は、積極的に政治過程と宗教との実質的な絶縁をはかる⁽⁴⁷⁾。しかし、実際には、中立とは、政府が宗教を利用できないというだけであって、宗教が現実には、政府の活動から利益を得る、あるいは負担を負うということがあっても、それは、視野に入っていない。それどころか、宗教によって行動することを理由として、国家の規制の負担を免れてきたもの、

たとえば良心的兵役拒否は認められない。なぜなら、国民が一般的な負担を宗教に基づいて免れる場合には、憲法の禁止する宗教に基づいた差別がなされるからである。それともう一つの問題点をあげれば、宗教に基づかない政府の活動が、事実、政治的に多数派の要望をすでに満たして、多数派に属さない宗教に対して文化的偏見 (bias) を増長していることもある。ところが、こうした増長の社会的事実が多数派にはわからない⁽⁴⁸⁾。以上のような問題を抱えているために、この説に対する批判はきびしい。

プエッファと比較すれば、第一に、プエッファも、カーランドと同じくふたつの条項は同じものを述べていると解するが、しかし、それぞれ独自性をもっているという見方をしている。カーランドは、憲法がふたつの条項を定めそれぞれに独自性を与えていることを無視するために、ふたつの条項のそれぞれの独自性を展開することはできない。第二に、カーランドには、プエッファのように、現代の福祉国家時代における教会の社会活動の意義という観点は見いだされない。

⊙ 調整理論は、体系的には、コイパー (1964) が展開した⁽⁴⁹⁾。彼によれば、調整の理論は、学外における宗教教育のための時間設定が争われた *Zorach v. Clauson*, 1952⁽⁵⁰⁾ にはじめて現れたものである。彼がその特徴として述べるところを見てみよう⁽⁵¹⁾。

「①国教樹立禁止条項の制限から引き出される制限はどれも、宗教に対するあらゆる援助を排除する、あるいは、絶対的な中立性を要求するほどに、きびしく (rigidly) 適用されないこと、また、②国教樹立禁止条項の制限の下に生じる問題は、宗教活動の自由の保障から分離して見られないということ、さらにまた、③ある状況では、政府は、その政策と法律を、宗教的自由の促進の方に向けて調整しなければならないし、別な状況では、そのように調整することもできる」。

以上の①と③は、国教樹立禁止条項の緩和を主張する。

そして、本稿の関心からすれば、国教樹立禁止条項が宗教活動の自由条

項の制約を受けている(②)というのは重要である。それでは、ふたつの条項は、どのような関係に立つのだろうか。コイパーは、この疑問に対して、次のように答える⁽⁵²⁾。すなわち、

④国教樹立禁止条項と宗教活動の自由条項とは、「ふたつの独立した実体的制限」であり、前者の原理は、後者を「危険にする」(jeopardize)ように用いられない。そして、⑤政府は、ある場合には、「国教樹立禁止条項よりも」[「宗教的自由を優位的に扱おう」(preferred treatment to religious liberty)ことができる、また、別の場合には、そのように扱わなければならない。

この④の文章と⑤の文章は、原文では間が空かず、「そして」(and)によって結び付けられ、互いに連続し、後者は、前者の解説のように扱われている。したがって、後者の文章に「[国教樹立禁止条項よりも]」を挿入できると思われる。そうすると、ふたつの条項が衝突する場合には、はじめから宗教的自由の保障を意味する宗教活動の自由条項が優位的に適用される。それでは、なぜそうしたことが可能なのか。彼は、「広義に考えられた」(broadly conceived)宗教的自由が「ふたつの条項によって仕えられる中心的な価値」⁽⁵³⁾だからであるという。しかし、それならば、宗教的自由は、ふたつの条項の根底にあるというだけであって、なにも、宗教活動の自由条項を国教樹立禁止条項に優位させる理由にはならないのではないか。

さらに、コイパーは、⑤の文章に注釈をつけ、カッツ(1953)を引用しているので、コイパーの宗教的自由の優越的地位の説明を明らかにするために、カッツをみてみよう。

すなわち、カッツは、厳格分離を批判して、政教分離は、独立した原理ではなく、第一の原理は「宗教的自由」であり、その限界も宗教的自由にあるという⁽⁵⁴⁾。そして、厳格分離を維持するより、宗教的自由の保護の方を選ぶという。そこから、政教分離の原則は、宗教的自由を維持するための「道具」(instrumental)概念であり、また、そのための「従属」(subordinate)概念であるという⁽⁵⁵⁾。

そうすると、修正1条は、ふたつの条項を定め、しかも、その間に優劣をつけていないのだが、カツは、道具としての政教分離の原則より、宗教的自由を好ましいといていることになる。そのために、政教分離の原則は、宗教的自由の手段として理解されている。宗教活動の自由条項と宗教的自由は、同視されている。

こうしてみると、第一に、コイパーは、宗教的自由を理由にして、国教樹立禁止条項による国家と教会の結びつきのコントロールを緩和している。第二に、したがって、コイパーは、プエッファと同じく目的効果論を使うとしても、理論上、緩和の前提をもってそれを使っている。それに対して、プエッファは、かかる前提をもたないで、国家権力の制限を実行しようとして目的効果論を使う。それだから、ふたつの条項の関係をめぐる議論は、目的効果論の使い方にまで影響する。第三に、コイパーは、カツにならって、宗教的自由を実体概念とし、国教樹立禁止条項を、宗教的自由という目的に仕える単なる道具・手段としている。このことは、憲法の文言に固着して、ふたつの条項のどちらも同じレベルにあるとするプエッファとは、いちじるしい相違点である。第四に、憲法の条文には序列の関係は現れていないにもかかわらず、ふたつの条項の間にそのように序列の関係を持ち込んだ理由が十分論じられていない。プエッファが、憲法の文言に固着するのと対象的である。

(c) 以上のような学説の対立は、近年新たな方向を示しているように思われる。すなわち、チョパー（1980）は、筆者の整理によれば、次のようにいう。

①連邦最高裁判所は、ふたつの条項のうち、国教樹立禁止条項では、目的効果論を、宗教活動の自由条項では、利益衡量論を展開している。また、ふたつの条項のそれぞれを論理的に極端にまで拡大すれば、互いに衝突する⁽⁶⁾。

②「[国教樹立禁止条項と宗教活動の自由条項]は、その目的とその適用において性質が異なっている（distinct）けれども、共通

な歴史の光景から生れてきた。宗教問題にかんして議会の立法権にふたつの制限を挿入したことは、修正1条の制定者たちが、はっきりと、宗教的自由の保護を、もっぱらどちらかの条項に委ねよう(rest)と意図したのではない、ということを示している」⁵⁷⁾。

③「国教樹立禁止条項は、宗教的自由を保護するように企図されているから、それは、自動的に、宗教活動の自由に従属する(subordinate)ように読まれるべきではなく、むしろ、政府は、宗教のために行動することのできる程度を制限されているように読まれるべきである」⁵⁸⁾。

チョーパーは、このように、最高裁がふたつの条項のそれぞれに固有な領域を認め、しかも、宗教的自由を共通な目的とし、その上で、両者の衝突の可能性を認識しその衝突を解決する場合、宗教活動の自由が、国教樹立禁止条項に自動的に優位する前提はないという。それゆえに、彼は、コイパーよりもプエッファに近い立場をとっている。

ところが、ふたつの条項の衝突の解決を具体的に提案するところから、彼はプエッファとは異なってくる。筆者のみるところ、その相違点は、次のような彼の観点からきている。すなわち、

「国教樹立禁止条項は、④その目的がもっぱら宗教的であるところの、かつ、⑤宗教的信仰を強制し、危うくし[compromising 名声・信用などを危うくし]、影響を与えて宗教的自由を損ないそうであるところの、政府の行為のみを禁止すべきである⁵⁹⁾。」

彼は、④と⑤がそろってはじめて国教樹立禁止条項違反が生じるというのだから、単純にみても、政府の行為が宗教的であるだけでは同条項違反にはならない。そうすると、行為の目的が宗教的であればそれだけで憲法違反になるという目的効果論に比べれば、彼は、行為の目的を重視するプエッファより緩やかに同条項をとらえている。結果的には、国家権力の制限の範囲をプエッファより狭くしている。さらに、⑤は、いわゆる強制

の契機にかかわる。チョパーは、強制の契機を重視している。そして、その契機がないときには、同条項違反はないとみている。そのために、Engel v. Vitale, 1962が⁶⁰⁾、国教樹立禁止条項では、宗教活動の自由条項と違って、政府の直接的強制 (direct governmental compulsion) を証明する必要はないといったが、それとまったく対立する。したがって、チョパーは、なぜ強制の契機が必要だというのが問題になるが、彼はそれを論じていない。

最高裁は、Engel判決で、上述の直接的強制と異なって、「政府の権力、威信、財政的支援が特定の宗教的信仰の背後におかれたら、宗教的少数派には、公的に承認された優勢な宗教に同調するように間接的強制的な圧力 (indirect coercive pressure) が働くのは明らかである」と述べたが、それは、チョパーには、どのように受けとめられるだろうか。彼は、Sherbert v. Verner, 1963にかかわって、次のようにいっている⁶¹⁾。

「最高裁によって命じられた Sherbert 婦人の除外 [通常は自己の都合で就職できないときは、失業手当の支給を受けられないが、その除外] は、宗教的目的に仕え、宗教的实践のために、税による補助の形式で [納税者に対する] 宗教的強制を含んでいたかぎり」、それは国教樹立禁止条項に違反する。「不信仰な納税者の受ける財布の被害は、[Sherbert 婦人の] 宗教的目的を果たすために要求されたのだ。それゆえに、彼女には失業手当の支給は認められない。

そうすると、チョパーは、Sherbert 判決の場合、原告たる同婦人の宗教的目的が前面にでていて、強制の契機としては、Engel 判決のいう間接的強制はなかったと考えている。それよりも、納税者が自己の信じない宗教のために、税金の支出を強制されたのだと考えている。そのために、訴訟当事者との関係では、間接的強制の存在不存在的事実問題に、論点を移してしまった。

たしかに、彼は、ケース・バイ・ケースで、間接的強制の存在不存在的を

検討すべきであって、一律な解決の方式を提示できないというのも一理ある⁶²⁾。したがって、間接的強制の不存在の場合には、国教樹立禁止条項は、侵害されていないことになり、それゆえに、根本的な信教の自由の侵害も生じていないことになる。その場合には、宗教活動の自由条項の侵害も生じないことになる。

こうしたチョパーの主張は、Sherbert 判決に即してみれば、プエッファとの相違を示す。というのは、プエッファは、連邦最高裁判所が従来のこの種の事件以上に宗教的自由の主張に同情的である、と肯定的に述べているからである⁶³⁾。

プエッファの見るところでは、従来の事件が日曜休業法違反の問題であり、議会の「宗教的良心のニーズに応える同情的アプローチ」によって、各地でその改正が行われ、土曜日を安息日とする信仰者が救済されている。ところが、Sherbert 婦人は、ほかでも就職できなかったので、失業手当の支給を求めたのだと、プエッファはいう⁶⁴⁾。それゆえに、彼は、Sherbert 判決では、Engel 判決にならっていえば、まさに信仰を理由とした間接的強制の契機があったとみている。そのために、彼は、国教樹立禁止条項が登場する余地はないと思っている。そうすると、チョパーとプエッファとの間で、具体的な事件の解釈の相違があるだけであって、本質的には相違はないのではないかと思う。

それゆえに、筆者は、チョパーの主張は、基本的にプエッファの主張に連なると思う。

チョパーの問題提起は、その後、Harvard Law Review の Comment 1984 と Comment 1987 に継承される。それを簡単に紹介すると、Comment 1984 は⁶⁵⁾、ふたつの条項の衝突のとらえ方が、個人と社会 (community) の鋭い分割に由来し、その結果判決の混乱と学説の対立をもたらしているという。そこで、個人と社会の相関関係を指摘し、個人が個人としてありつつ、なお、個人は、社会の中で自己を展開していくことを主張する。「自己 (the self) は、あらかじめ決定された境界枠をもった主

体ではなく、人間的なアイデンティティの、競走し、それにもかかわらず、補い合うふたつの側面の間の動的な均衡のかなめであるとみられる。すなわち、他者からの分離、そして、他者への結合」。この動的な人間像は、当然多元的社会を前提とし、選択の余地を重視する。そして、この見方をふたつの条項の解釈に適用し、それらは、「社会化と個人的選択が、ともに、人間的アイデンティティの輪郭を形作るそうした過程」を保護するという。

本稿の関心からすれば、以上の人間的アイデンティティの主張が、宗教活動の自由条項は国教樹立禁止条項を限界づけるとする意見に批判的になったとしても、それは当然であると思う。

また、Comment 1987 は、目的効果論の適用の仕方を問題にし、宗教団体への公金支出を認めれば、それは、多数派の主張を少数派に強制することになると強調する⁶⁶⁾。

(d) 以上アメリカにおける宗教活動の自由条項と国教樹立禁止条項の関係をめぐる議論を概観してみたところ、伝統的に、「ふたつの条項は、宗教的自由に対するまったく異なった二種類の政府の侵害を禁じている」(Engel v. Vitale, 1962)⁶⁷⁾ というだけでは、すまなくなっている。そのため、ふたつの条項の関係をどのようにとらえるかは、重要な問題点である。そして、その動向を以上のように概観したところ、ふたつの条項は、それぞれ独自性をもちつつ、したがって、一方が他方に優位する、あるいは反対に、一方は他方を補充するという関係には立たないという見方が有力になっているのがわかった。それよりも、それぞれの条項が、両方の根底にある宗教的自由を、事件に即して、どのように保障するかが中心的な関心を呼んでいる。

結びとして

アメリカの議論がアメリカにとどまらないことは、以上の紹介と分析から、十分予測される。Sherbert 事件のように、宗教活動の自由の保障にか

んする近年の大きな問題は、国民一般に適用される法律による規制を、宗教を理由にして免れることができるかどうかである。宗教を理由とした迫害や差別は、もはや大きな問題にならない。

それでは、アメリカにおける宗教活動の自由条項と国教樹立禁止条項の関係をめぐる議論を、日本の信教の自由と政教分離の原則の関係をめぐる議論に移して考えてみよう。

第一に、信教の自由を目的とし、政教分離の原則をその手段あるいは道具とする解釈は、実定法としての憲法の条文に基づかないものである。アメリカでは、こうした発想は、克服されつつある。それよりも、ふたつの条項が、衝突する可能性を問題にする。それゆえに、日本でも、津地鎮祭事件最高裁の判決に現れた、信教の自由と政教分離の原則の衝突をめぐる議論こそ、創造性に富んだこれからのものではないか。制度的保障論によって、日本の議論は、ややこしくなったにすぎない。

第二に、アメリカでは、ふたつの条項の根底に宗教的自由が存在すると考えられている。それゆえに、ふたつの条項は、それぞれ独自に宗教的自由を保障している。日本では、制度的保障論によって、信教の自由の根底にのみ宗教的自由があるかのごとく考えられているが、そうではない。宗教的自由を、信教の自由と政教分離の原則の両方から十全に保障しようとするのが、アメリカから継承した自然権思想に基づく権利保障の考え方である。権利保障を完全に実現しようとしながら、わざわざ、その権利保障のために、一段低く政教分離の原則をとらえる必要はまったくない。

第三に、歴史的にみれば、いわゆる制度的保障論は、時代に制約された一つの学説であって、自由権として説明のできない法制度の性質を説明しようとしたものであった。しかし、政教分離の原則は、歴史的にも、経験的にも、ドイツではなくアメリカで展開されたものであり、アメリカの自由の保障の磐石であった事実を無視するべきではない。すなわち、政教分離の原則を信教の自由の補充的なものとする歴史的な発展の意識は、本来アメリカにはなかった。それを示すものとして、本稿のはじめにウィリアム

スの主張を掲げておいた。信教の自由を戦ったウィリアムスたちは、国家と教会の分離がなければ、信教の自由は存立できないと考えた。こうした政教分離の原則はアメリカで実現し、寛容令に基づくヨーロッパの国家と教会の考え方と根本的に相違する⁶⁸⁾。

ところで日本は、政教分離の原則の発達しなかった戦前ドイツの影響を強く受け、実際そうした制約の下での信教の自由であるにもかかわらず、その信教の自由こそ中心的であるように思い込んだ。その結果、戦後になっても、政教分離の原則は、後から付け加わった補充的なものにすぎないと考えてしまったようである。この歴史的な経過が、日本の憲法の信教の自由と政教分離の原則にかんする学説に反映したこと、その克服の努力は、少しずつなされてきたこと、そうしたことを本稿は丁寧にたどった。

第四に、政教分離の原則は、たしかに国により、時代によって現れ方が違う。日本の場合、国家神道の苦い体験は、戦後の自由の出発点になった。こうした事情は、欧米とはまったく異なる。そのために、アメリカで問われる信教の自由と政教分離の原則の関係以上に、権力の制限の方向で、政教分離の原則が位置づけられる必要があるのは、まさしく、日本の歴史的な体験に由来する。

*本稿は、岩手県靖国神社公式参拝決議・玉串料違憲訴訟の原告のために、仙台高裁に意見書(1990.9.25)として提出したものに、若干の訂正を加えたものである。十分論ずることの出来なかった個所については、将来別途論じたい。

注

- (1) Williams, Roger. The bloody tenent of persecution, 1644, in: The complete writings of Roger Williams, vol.3(1963), p.3. ロージャー・ウィリアムス「信仰を守る為の迫害を説く血なまぐさい教」1644(『原典アメリカ史』第一巻(1950)195頁以下参照)。
- (2) エム・ソール・ベーツ『信教の自由に関する研究』(M. Searle Bates, Religious liberty, An inquiry, 1945)(1949)54頁以下。

- (3) 美濃部『逐条憲法精義』(1927/1935) 393頁以下。
- (4) 美濃部『前出』402頁。
- (5) 美濃部・宮沢増補『新憲法概論』(1947.4.10/1961) 111頁以下。
- (6) 美濃部『新憲法逐条解説』(1947/1952) 57頁以下。ところで、同『日本国憲法原論』(1952/1956) 168～171頁では、信教の自由は、国家による宗教教育の禁止を加えて、4つで解説されている。しかし、そのような宗教教育の禁止は、前著では「国家と宗教の分離」の中で論じられていた。こうした移動はたしかにある。しかし、それはあまり重要な意味を持たないだろう。
- (7) 美濃部・宮沢補訂『日本国憲法原論』(1952/1956) 169頁以下。
- (8) 柳沢『日本国憲法逐条講義』(1947/1948) 77頁以下。
- (9) 清宮『憲法要論』(1952) 82頁以下。
- (10) 『注解日本国憲法』上巻(1953/1963) 410頁以下。
- (11) 『注解日本国憲法』上巻(1948/1949) 198頁。
- (12) 注10参照・同408頁, 注11参照・同195頁。
- (13) 鵜飼『憲法』(1954) 75頁以下。
- (14) 佐藤『憲法』ポケット注釈全書(4)(1955/1975) 144頁以下。
- (15) 俵『逐条憲法要義』(1949/1950) 110頁以下。
- (16) 宮沢『憲法』法律学全集4(1959) 201頁。
- (17) 田上「宗教に関する憲法上の原則」清宮・佐藤編『憲法講座』2巻(1963/1964) 131頁以下。
- (18) 笹川「〈シンポジウム〉第一部会・討論要旨」公法研究48号(1986) 104～105頁参照。
- (19) Schmitt, Carl, Freiheitsrechte und institutionelle Garantien der Reichsverfassung, in: Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924–1954, Materialien zu einer Verfassungslehre, 1958, S. 171.
- (20) Schmitt, Carl, Verfassungslehre, 1928/1965, S. 158f.
- (21) Derselbe, a. a. O., S.164f. und 170.
- (22) 川添「制度的保障」芦部・池田・杉原編『演習憲法』(1948) 169頁は、制度的保障が、「解釈技術」の側面を持ち、「人権保障機能の増大をねらいとしてつくりだされた」という。
- (23) 上司と部下の間でそうした衝突が起きた場合、問題は憲法解釈上の相違に帰着し、上司は、職務命令で自己の解釈を貫こうとする。部下には裁判所に救済を求める道はないから、彼は、結局のところ上司の解釈に従うか、それとも職を辞するかを選択を迫られる。この点で、軍隊における兵士の服従拒否についてアメリカ・イギリス・西ドイツでは、事後的であるが、救済の道が司法的に認められる。笹川「軍隊と隊員の内心の自由」『思想・信仰と現代』法学セミナー増刊・総合特集シリーズ3(1977) 130頁以下参照。
- (24) そうした意味では、笹川「信仰の自由と政教分離の関係」ジュリスト771号(1982) 31頁以下は、一つの試みであった。
- (25) 津地鎮祭事件最高裁大法廷1977.7.13判決, 判例時報855号, 27頁以下。

- 26) *Everson v. Board of Education of New Jersey*, 330 U.S. 1(1947): 15-16. この事件の判例研究に鶴岡「宗教と国家の分離—スクール・バス事件」英米判例百選ジュリスト臨時増刊(1964)100頁以下がある。
- 27) Cf., Kauper, p.61.
- 28) [Comment]: *Developments in the Law —Religion and the state*, in: 100 *Harvard Law Review* 1606(1987) (=Comment 1987), p.1633.
- 29) *Walz v. Tax Commission of the City of New York*, 397 U.S. 664 (1970): 668-669.
- 30) *Lemon v. Kurtzman*, 403 U.S. 602 (1971)
- 31) Choper, Jesse H., *The religion clauses of the first amendment: reconciling the conflict*, in: 41 *University of Pittsburgh Law Review* 673(1980) (=Choper), pp.673.
- 32) *Sherbert v. Verner*, 374 U.S. 398(1963).
- 33) *Wisconsin v. Yorder*, 406 U.S. 205(1972).
- 34) Cf. note 31.
- 35) Cf. note 31, Choper, p.674.
- 36) 学説を整理したものとしては, Kauper, Paul G., *Religion and the constitution*, 1964 (=Kauper), pp.59; [Comment]: *Reinterpreting the religion clauses: constitutional construction and conceptions of the self*, in: 97 *Harvard Law Review* 1468 (1984), pp.1468; Comment 1987, pp.1634-1638.
- 37) Pfeffer, Leo, *The case of separation*, in: Cogley, John, ed. by, *Religion in America, original essays on religion in a free society, 1958* (=Pfeffer, *Case of separation*), pp.52.
- 38) Pfeffer, *Case of separation*, pp.60-61.
- 39) Pfeffer, *God, caesar, and the constitution, the court as referee of church-state confrontation, 1975*(=Pfeffer, *God*), pp.28-31.
- 40) Pfeffer, *God*, p.33.
- 41) Pfeffer, *God*, pp.34-36.
- 42) Pfeffer, *op. cit.*, pp.36-37; 346.
- 43) Pfeffer, *Case of separation*, p.80.
- 44) Kauper, p.61.
- 45) Comment 1987, p.1636.
- 46) Kurland, Philip B., *Of church and state and the Supreme Court*, in: 29 *University of Chicago Law Review* 1 (1961): 96.
- 47) Giannella, Donald A., *Religious liberty, nonestablishment, and doctrinal development: Part II. The nonestablishment principle*, in: 81 *Harvard Law Review* 513 (1968): 517.
- 48) Comment 1987, p.1637.
- 49) Kauper, p.67.
- 50) *Zorach v. Clauson*, 343 U.S. 306 (1952).

- 51) Kauper, op. cit., p.59.
- 52) Kauper, op. cit., p.71.
- 53) Kauper, op. cit., p.77. なお、コイパーは、宗教的自由を定義して、「あらゆる多様な宗教的信仰とすべての信仰不信仰の自由を含む」という。
- 54) Katz, Wilber G., Freedom of religion and state neutrality, in: 20 University of Chicago Law Review 426 (1953), p.428.
- 55) Katz, The case for religious liberty, in: Cogley, John, ed. by, Religion in America, pp.99-100.
- 56) Choper, pp.673-674.
- 57) Choper, p.677.
- 58) Choper, p.686.
- 59) Choper, op. cit.
- 60) Engel v. Vitale, 370 U.S. 421 (1962), pp.430-431.
- 61) Choper, p.695.
- 62) Choper, p.700.
- 63) Pfeffer, God, p.324.
- 64) Pfeffer, op. cit., pp.330-333.
- 65) Comment 1984, pp.1468; 1472-1474.
- 66) Comment 1987, pp.1648.
- 67) Engel v. Vitale, 370 U.S. 421 (1962), p.430.
- 68) 征川「憲法と宗教—原理的な諸問題について」公法研究52号（1990）所収参照。

THE RELATIONSHIP BETWEEN *RELIGIOUS FREEDOM*
AND *SEPARATION OF STATE AND RELIGION*

《Summary》

Norikatsu Sasagawa

1. The article discusses the relationship between *religious freedom* (= *freedom*) and *separation of state and religion* (= *separation*). As an interpretation of Article 20 of the Japanese Constitution, one says that *freedom* and *separation* do not mean separate concepts but really two sides of a single coin, but the other says that *freedom* is an aim, and *separation* is subordinate to *freedom*, basing the argument on the German *Institutionelle Garantien*.

2. Arguments of the relationship between free exercise clause and the no-establishment clause of the First Amendment of the American Constitution are suggestive of this. Recently, a new trend which follows the "strict separation theory" points out that at the basis of the two clauses lies religious liberty, criticising preference to the free exercise clause.

3. In Japan, the decision of the Supreme Court in the *Tsujichinsai* Case discussed the relationship between *freedom* and *separation*, which referred to the German theory.

[Conclusion]: First, it is important that the Constitution guarantees both of them. Like the First Amendment it prescribes neither preference nor subordination to *freedom*. Second, it guarantees religious liberty completely by means of imposing restriction on the state power. Third, subordinating *separation* to *freedom*, to that extent restriction of the state power may be relaxed, so that a complete realization of religious liberty will be obstructed.