

信教の自由と「社会通念」

塩津 徹

はじめに

日本国憲法の制定によって信教の自由、政教分離の原則が保障されて以来、五十年近い歳月が経過している。今日、戦前の国家神道の体制に比較すれば、はるかに自由な宗教活動が保障されていることはいうまでもない。しかし、実際に憲法の理念、規定のとおりには保障されているかといえ、必ずしもそうともいえない。

そのことは、現在もなお信教の自由、政教分離の問題をめぐる紛争、裁判が数多く見られることからいえる。

特に八〇年代に入って、靖国神社をめぐる問題の裁判の多さは顕著である。それは、かつて自民党などによって推進されてきた「靖国神社法案」が廃案となったあと、地方議会において靖国神社公式参拝の推進決議の運動が進められたことに對して、市民の側から信教の自由、政教分離の原則の侵害の恐れがあると訴訟が起こされたからである。¹⁾

これらの裁判については、学説においても様々な観点から多くの議論がなされてきたが、とりわけ中心となった論点は、憲法における政教分離の原則について、「厳

格な分離」説に立つか、もしくは「緩やかな分離」説を採用するかである。そして、その結論に至る前提として、「津地鎮祭」訴訟の最高裁判決で提示された「目的・効果基準」をどのように把握するかが問題とされたのである。

これらの点については既に多くの論稿があるので、本稿では論点を限定して、政教分離の原則、信教の自由の解釈にあたって「社会通念」もしくは、ほぼ社会通念と同じ意味に使われている「社会一般の認識」等に基づいて判断することの是非について取り上げようと思う。

憲法の解釈に際して、社会通念として表象される観念、すなわち日本人の一般的な宗教観を判断の根拠とすることが果たして憲法の精神・理念に適うことなのかどうかを検討する。

一、法の解釈と社会通念

法を論理的、文理的にのみ解釈するのではなく、適用される社会の実態に即して解釈することは、一般的には、法が社会の中で「生きた法」であるためにはむしろ不可

欠であるといえよう。この場合、社会の実態とは、一方では客観的な社会構造、制度等が考えられるが、他方では市民の様々な問題に対する主観的な受け止め方、いかえれば社会意識も想定されるのであって、本稿ではとりあえず後者を社会通念の問題として扱う。

いずれにしても、社会の実態をどのように受け入れていくかは、法解釈において重要な課題であることはいくまでもない。そして、そのことはこれまでも規範と現実の関係の問題として様々な議論されてきたことでもある。

しかし、法を社会の実態に相応させることには、必ずしも利点だけがあるのではない。そのことによって、むしろ法の本来の目的とする理念を損なう危険性もある。どのような場合に、社会の実態に相応させる解釈が許され、あるいは許されないのか、また許されるときもどの程度なのかは、容易に決着のつく問題ではなく、個々の事例に即して考察されるべきことである。

以下、この問題を裁判例を通して検討しようと思うが、判例においても、対象とされる領域によって社会の実態への対応が異なっていることがわかる。例えば、社会通

念という用語が使用されていても、対象とされる領域によって社会の実態との関わり方が全く異なっている場合があるからである。

つまり、一方では社会通念を一般的に存在する社会意識、すなわち社会の実態としてとらえている場合もあれば、他方では社会通念は解釈者、例えば裁判官の見解として、あるべきもの、規範的なものとして把握している場合もある。⁽²⁾

極端ないい方をすれば、前者の場合は、社会の実態がそのまま社会通念として解釈の重要な要素とされているのに対して、後者の場合は、それとは対照的に社会通念は規範的なものであるとされるがゆえに、むしろ社会の実態が解釈から排除されている。以下、その相違点を具体例をあげて見てみよう。

まず、後者の例としてあげられるのが「チャタレー事件」における最高裁判所の判断である。⁽³⁾この事件は文学者である伊藤整がD・H・ロレンスの小説「チャタレー夫人の恋人」を翻訳し、出版したところ、翻訳者と出版者が刑法一七五条の猥褻文書販売の罪に問われたもので

ある。そして、判決では猥褻文書にあたるかどうかの基準を社会通念に求めている点が注目される。

最高裁判所は「裁判所が右の判断をなす場合の基準は、一般社会において行われている良識すなわち社会通念である」「かような社会通念が如何なるものであるかの判断は、現制度の下においては裁判官に委ねられているのである」「相当多数の国民層の倫理的感覚が麻痺しており、真に猥褻なものを猥褻と認めないとしても、裁判所は良識をそなえた健全な人間の観念である社会通念の規範に従って、社会を道徳的頹廃から守らなければならぬ。けだし法と裁判とは社会的現実を必ずしも常に肯定するものではなく、病弊墮落に対して批判的態度を以て臨み、臨床医的役割を演じなければならぬのである。」と判示している。

ここでは「相当多数の国民層の倫理的感覚」ないし「社会的現実」が否定的にとらえられており、それに対抗する規範的なものとして、良識と等置された社会通念が述べられている。その他にも刑法一七五条の「猥褻性」に関わる問題では、裁判所は社会通念を規範的なものとし

てとらえる傾向にあるといわれている。

ただ、ここで規範的なものとされた社会通念は、時代の変遷によって変化しており、その意味では、社会の実態の影響を受けないことはない。しかし、それでもなお、社会の実態とは距離をおいた規範的なものであることに変わりはない。

もっとも、「チャタレー事件」における最高裁の判決に対しては、良識と等置された社会通念が何であるかの判断は裁判官に委ねられ、裁判官こそが「良風美俗の守護者」であると気負った面がある、との批判がないわけではない。⁽⁴⁾

他方、裁判所は「猥褻性」に関わる問題とは対照的に、政教分離の原則の問題においては、社会通念をむしろ社会の実態として把握し、法解釈の判断の根拠に取り入れようとする傾向にある。このように、同じく社会通念を判断の基準としていても、その内容は全く異なるのである。

では、裁判所が対象とされる領域によって社会の実態を重んじたり、あるいは規範的な要素に傾斜するなどの

使い分けをする根拠は一体何なのかという疑問が持たれよう。

しかし、そのことについて詳しく論じることが本稿の主たる目的ではないので、ここではとりあえず、政教分離の原則問題において社会の実態を社会通念として判断の基準としている例をみてもみる。

二、社会通念を判断基準にしている例

前述の例に該当するものとしては、まず第一に、津市が市の体育館の起工に際し、神道式の地鎮祭を挙行したことに對して、憲法の政教分離の原則に反するとして争われた「津地鎮祭」訴訟の最高裁判決があげられる。⁽⁵⁾

憲法では政教分離の原則について、二〇条一項後段で「いかなる宗教団体も、国から特権を受け、又は政治上の権力を行使してはならない。」と規定するとともに、三項で「国およびその機関は、宗教教育その他のいかなる宗教的活動もしてはならない。」としている。

最高裁は、津市が挙行した地鎮祭が憲法で禁じた宗教的活動に該当するか否かの判断について、「ある行為が

右にいう宗教的活動に該当するかどうかを検討するにあたっては、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っ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、社会通念に従って、客観的に判断しなければならぬ」と判示し、結論として合憲の判断を下しているのである。

そして、この判決には、神道式的地鎮祭が宗教的活動に該当するかどうかの判断を当該行為の目的・効果に加えて一般人の宗教的評価である社会通念に託している明確な例がみられる。

第二の例として、「箕面忠魂碑」訴訟における大阪高裁の判決があげられる。⁶⁾この事件は、箕面市が小学校の敷地内にあった忠魂碑を別の土地に移設し、箕面市遺族会に無償で貸与したことなどが、政教分離に反するもの

ではないと認識されている。」

大阪高裁は、忠魂碑がかつては国家神道体制の下で、それを助長する役割を果たしてきた、つまり宗教的性格があったことは認めながらも、現在は「一般に……認識されている」という表現を用いながら、形を変えた社会通念を論拠として忠魂碑に宗教的な性格はないと合憲の判断を下しているのである。

更に、第三の例として「愛媛玉串」訴訟での高松高裁の判決があげられる。⁷⁾この事件は愛媛県知事Yが靖国神社の例大祭及びたま祭りに際して、玉串料・献灯料等の名目で公費を支出したことに対して政教分離に反するとして争われたものである。

高松高裁は「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なされており」、Yの宗教意識は、「一般人が他の神社に対して支出するのと同程度の個人的祈願、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く、」支出の額は「極めて

として争われたものである。ここでも、忠魂碑が宗教的性格を有するものかが重要な争点となったのである。大阪高裁は忠魂碑の性格について次のように判示している。

「忠魂碑は、幕末以来、招魂墓碑ないし記念碑の性格を有するものとして建立されたが、日露戦争以後は戦没者の慰霊・顕彰のために記念碑として建立され、本来は、超国家主義、軍国主義を支援・助長させる目的を有するものとして建立されたものではなかったにもかかわらず、軍国主義の精神的基盤となった国家神道が形成・確立されてきた明治中期から昭和二〇年の敗戦までの間は、軍国主義の精神的象徴の中に組み込まれ、結果として国家神道を助長する役割を果たしてきたにすぎず、敗戦後、国家神道の解体により、忠魂碑は軍国主義、超国家主義に利用されることがなく、一般に、新たに再建され又は建立された忠魂碑は本件忠魂碑を含めて専ら戦没者の慰霊・顕彰のための記念碑として認識されており、かつ、忠魂碑を再建し維持することが天皇・日本国・日本国民の優越性を誇示し又は日本国民を侵略戦争に向かわせたり、紛争解決手段として武力行使を賛美するもの

零細な額であって……社会的な儀礼の程度」にとどまっているとしている。そして「一般人に与える効果、影響については、前記のような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、一審被告らの玉串料等の支出が、その法的地位、法律関係の復活、国家机关による神道の援助・助長について特別な関心、気風を呼び起こしたりすることは考え難い」として、憲法二〇条三項に違反しないと判示している。

高松高裁は、神社に玉串料を出すことは過大でない限り社会的儀礼として認められるという一般人の宗教的評価があるとしている。金額の多い少ないは問題ではなく、公の機関が神社に公金を支出する行為自体が、憲法上問われなくてはならないはずである。しかし、高松高裁は、それを許しているのが宗教に対する（実質的意味での）社会通念であると判断しているのである。そして、結局、高松高裁は、靖国神社への玉串料等への公費の支出は、単なる社会的儀礼であって、合憲であると判断している。

最後に第四の例として「殉職自衛官合祀拒否」訴訟における最高裁判決があげられる。⁸⁾これは、殉職した自衛

官を民間団体である隊友会山口支部連合会が自衛隊山口地方連絡部の協力を得て山口県護国神社に合祀したことに対して、自衛隊員の妻（キリスト教徒）が合祀申請の手続きの取り消しを求めて争われたものである。この訴訟では、政教分離の原則とともに、原告の「宗教的人格権」が争点となった。

最高裁は「本件合祀申請に至る過程において県隊友会に協力してきた地連職員の具体的行為は、その宗教とのかか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つたと推認されるから、どちらかといえばその宗教的意識も希薄であつたといわなければならないのみならず、その行為の態様からして、国又はその機関として特定の宗教への関心と呼び起こし、あるいはこれを援助、助長、促進し、又は他の宗教に圧迫、干渉を加えるような効果をもつものと一般人から評価される行為とは認め難い。したがって、地連職員の行為が宗教とかかわり合いをもつものであることは否定できないが、これをもって宗教的活動とまではいうことはできないもの

一般人の宗教的評価、社会通念を引用して判断を下していることを見ても、「津地鎮祭」訴訟の大法廷判決がリーディングケースとなつて、それ以降、社会通念を論拠とする傾向が形成されてきたと考えられる。

裁判所が緩やかな分離説を提示する場合、必ずしも社会通念を根拠にしていると速断することはできないが、少なくとも前述の判例を見る限りにおいて、政教分離の緩やかな解釈と社会通念との相関関係を指摘することはできと思う。

さて、「津地鎮祭」訴訟の最高裁判決では、緩やかな分離説を提示するにあたって「目的・効果基準」を採用していた。つまり、国家の当該行為の目的および効果において、特定の宗教を援助したり、逆に圧迫することがないかどうかを、判断基準としていたのである。

この目的・効果基準は、アメリカ連邦最高裁の判例理論において形成されてきたものであるが、わが国の政教分離の原則の解釈にも大きな影響を与えてきた。ただ、アメリカ連邦最高裁は「レモン判決」⁽¹⁰⁾において、目的と効果の要件だけではなく、第三の要件として国家と宗教

といわなければならない。」と判示している。

つまり、国の機関である山口地方連絡部の職員の行為は宗教的活動には該当しないと結論しているのであるが、ここでも、地連職員の行為が宗教的活動に該当するか否かの判断にあたって、「一般人の評価」をあげ、合憲の判断を下しているのである。

三、「緩やかな分離」説と社会通念の相関性

要するに、これまであげた四つの判例に共通していることは、社会通念とされた一般人の評価、認識を根拠に、憲法上の国家と宗教（これらの場合、神道）との関わりを認め、つまり政教分離の原則を緩やかに解釈し、合憲の判断を導いているということである。うがったいい方をすれば、緩やかな解釈を正当づけるために、わが国における一般的な宗教観を社会通念として提示し、合憲の結論を出しているともいえないではない。

これらの四つの例は、時間的には「津地鎮祭」訴訟の最高裁の判決が先行している。「箕面忠魂碑」訴訟の最高裁判決でも、「津地鎮祭」訴訟大法廷判決を引用し、

の過度の関わりを示していたことを見逃してはならない。そして、この三つの要件をすべてクリアしなければ、政教分離に反するとされるなど、実際にはかなり厳格な分離の方向をもたらしてきたといえる。

しかも、近年、アメリカ連邦最高裁は、この基準（レモン・テスト）を修正する形で、エンドースメント（endorsement）・テストを採用する傾向にある。⁽¹¹⁾それは、前述の過度の関わりの要件を明確にするために、国家による当該の行為が特定の宗教を支持あるいは支持しないことを示すことになるかどうかを問うものである。

このエンドースメント・テストによれば、当該行為が現実的に特定の宗教に利益もしくは不利益をもたらすに至らないまでも、その可能性がある行為についても政教分離に反するものと判断することができるのである。例えば、アメリカ社会は、歴史的に見てもユダヤ・キリスト教的伝統が色濃く、コインには「神の信託」という言葉が刻まれ、州議会には専属の牧師が認められている。⁽¹²⁾

しかし、そのような社会にあっても、連邦最高裁は、このエンドースメント・テストを用いて、地方公共機関

の建物の内部でキリスト生誕像を展示することは特定の宗教を支持することになると、違憲の判断を下している。⁽¹³⁾つまり、社会の大勢がキリスト教的傾向にあるとしても、それを公に支持するようなメッセージを市民に与えることは、キリスト教徒以外には不支持のメッセージを投げかけることになるからである。その結果、このテストは宗教上の少数者の信教の自由を保障する役割を果たしてきているのである。もちろん、このエンドースメント・テストが完全に定着したとは結論できないが、アメリカ連邦最高裁は、目的・効果基準を採用しながら、そこに更に絞りをかけて国家と宗教のあり方をより明確にする方向にある。ただ、このエンドースメント・テストは、国家と宗教の「分離」というよりは、国家の宗教に対する「中立」という観点から提起された点は見落せない。それでも、わが国の最高裁の判例と比較すれば、かなり厳格な分離の方向を示しているといえよう。

決では、同じように目的・効果基準をいながらも、むしろ緩やかな分離説を引き出している。その相違は、学説がこの目的・効果基準において、この基準そのものを絞り込むことによって厳格な分離説を導き出しているのに対して、最高裁は社会通念を持ち出すことによって、むしろ緩やかな分離説を引き出しているのである。そこで次に改めて宗教に関わる問題において社会通念を判断基準とすることの適否について論及してみたい。

四、社会通念を判断基準とすることの問題点

信教の自由、政教分離の原則の解釈において、社会の実態（社会意識）としての社会通念を判断基準とするこの問題性については、これまでも学説によって繰り返し指摘されてきた。

第一に、裁判所がどのような社会の実態を社会通念として認定したかの問題がある。というのも、文献その他の資料の検討を通して判断するにしても、何が社会通念もしくは社会において習俗となっているかを断定することは容易ではないからである。

例えば、「津地鎮祭」訴訟の名古屋高裁判決でも、神道式の地鎮祭が習俗（ある意味での社会通念）となっているかについて以下のように判示している。⁽¹⁴⁾

まず国民の宗教意識について「雑居性ないし混淆性によれば、いわゆる多重信仰」であるとし、「大衆の宗教的観念には、聖と俗との相互移行が体質化しているため、両者の区別、限界について合理的判断が欠け、宗教的にルーズであるといわれている。」と指摘しているが、この点の事実認識については後の最高裁の判断と変わらない。

ただ、最高裁の判断とは異なるのは次の点である。「しかしながら、右のように宗教的潔癖観を欠く大衆の雑居的信仰構造を基にして、一般に神道式地鎮祭が日常多くみられるからといって、直ちにこれが習俗慣行化している」と即断するのは、安易にすぎる」として、違憲の判断を下したことがある。

つまり、名古屋高裁は社会の実態としての宗教的雑居性は認めはしたが、それがそのまま神式の地鎮祭が国民の間で習俗と受け止められるほどにはなっていないと判

断したのである。いい換えれば、神式の地鎮祭が習俗として受け入れられるような社会通念となっていないと結論づけたのである。

この一例をもつてしても、何が社会通念、習俗であるかを判断するのは容易ではない。しかし、論をより進めて、果たして習俗となっていれば（習俗の内容、程度にもよるが）、いい換えれば一定程度社会通念となっていれば政教分離の原則に反しないのであろうか。

第二の問題はより根本的なものであって、そもそも社会通念を判断基準とすることの是非である。結論からいえば、もし多数者の宗教意識、宗教観が社会通念であるとしてなら、それを裁判所が肯定することは逆に少数者の見解を否定することになるといわざるをえない。

そもそも宗教に関する事柄を多数の意思によって決定することが不当なのであって、信教の自由、政教分離の原則の意義は何よりも少数者の保護にあることを見失ってはならない。したがって、社会通念の採用はむしろ少数者の信仰観の否定、すなわち信教の自由を侵害する危険性がある。

ところが、先にあげた「津地鎮祭」訴訟の最高裁判決では、社会通念としての日本人の宗教観を次のように具体的に述べている。「元来、わが国においては、多くの国民は、地域社会の一員としては神道を、個人としては仏教を信仰するなどし、冠婚葬祭に際しても異なる宗教を使いわけてきたる矛盾を感じることがないような宗教意識の雑居性が認められ、国民一般の宗教的関心度は必ずしも高いとはいえない」。

日本人に宗教意識の雑居性があり、宗教的関心度が低いという社会通念があると認識した裁判所は、それゆえに「たとえ専門の宗教家である神職により神社神道固有の祭祀儀礼に則って、起工式が行われたとしても、それが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ず、これにより神道を援助、助長、促進するような効果をもたらすことになるものとも認められない。」と、地鎮祭を政教分離の原則に反するものではないと結論を下したのである。

つまり最高裁の判決では日本人の宗教意識の雑居性と宗教的関心度の低さ、宗教的潔癖感の欠如という社会の

実態（A）から、社会通念を媒介として神道式の地鎮祭の合憲（B）という判断を出しているのである。しかし、たとえ日本人の宗教意識の雑居性を争えない事実であると認めたとして、（A）という事実から（B）という結論が導き出されなければならない必然性はない。（A）という事実に対して、違憲（C）という判断も可能であるはずであるし、事実、名古屋高裁はそのような判断を下している。

また、裁判所は「猥褻性」をめぐる問題では、社会通念の言葉を用いながら、社会の実態をそのまま受容するのではなく、ありうべき良識を掲げていることを想起すれば、宗教の領域においても社会の実態に引きずられることなく判断することは可能である。

アメリカ連邦最高裁の判例理論でも、日本における社会通念に類似した、仮定的な「客観的観察者」ないし「合理的観察者」が指定されているが、この場合、客観的観察者は単なる社会の多数者の意思ではなく「当該法律の条文、制定史及び実施に精通している」者であるとされている。¹⁵⁾つまり、社会の多数者の意思というよりは、本

稿の主題でいえば、信教の自由、政教分離の原則が憲法に規定された歴史的背景、そして規定の目的を熟知した者であることができようし、要するに社会の実態としての社会通念とは異なる。

また、同じように、宗教に関わる事柄で社会通念を論拠とすることについての否定的な見解は、最高裁の裁判官の反対意見にも見られる。例えば、前述の「殉職自衛官合祀拒否」訴訟において、多数意見は合憲の判断を下しているが、伊藤裁判官は反対意見を表明して、その理由を次のように述べている。

「欧米においては、基本的人権は信教の自由の保障に発したといわれ、それがすべての人権の核心であるといわれるのに反し、わが国では宗教意識の雑居性もあって、国民一般の宗教への関心は高くなく、信教の自由への鋭敏な感覚に欠けるところがある。このことから、政教分離を緩めてよいということにはならず、むしろそれだけに政教分離の原則に忠実であることが要請されるといえるのである。また、宗教的活動に当たるかどうかの検討に当たっては、諸般の事情を考慮することは適当であ

るが、行為に対する一般人の宗教的評価、行為の一般人に与える効果、影響などを強調することは、前記判例のような地鎮祭という一種の習俗的行事の宗教性の判断の場合にはともかくとして、個人の宗教的利益の侵害が問題となる場合には、すでにみたような多数者による少数者の抑圧になる可能性があるので、一層の慎重さを求められる」としている。

伊藤裁判官の場合、当該事件のような「宗教的人格権」、信教の自由の侵害が争われた問題と、地鎮祭のような習俗的な行事の場合とは判断の基準が必ずしも同じではないとの留保はあるものの、いずれにしても一般人の宗教的評価を論拠とすることは、かえって宗教的な少数者への抑圧になるとして否定的である。

同じように社会の実態に依拠することへの批判は、次のような見解にも見られる。「宗教意識が雑居的であり、まいであり、宗教的関心度が必ずしも高くないからこそ、政教分離原則を厳格に適用する必要があるといえる。しかもそれは単なる杞憂ではなく、過去の事実が教える危険性であることはいままでもない」との指摘は、多くの

学説によつて共有されている視点であるといえよう。

また下級審においても、「箕面忠魂碑」訴訟第一審判決では「我が国の国民性は、宗教について極めて無節操であり、神と人との区別がつかない特異な民族である。

……このような社会に、新憲法で採用された政教分離の原則を根づかせるためには、この原則を厳格に解して貫き通さなければ、画餅に等しい⁽¹⁷⁾。宗教的雑居性という社会の実態があるからこそ、政教分離の原則を厳格に解釈すべきことが要請されているのである。

五、憲法解釈における歴史認識の重要性

以上のことを考察するならば、憲法における信教の自由、政教分離の原則が成立した歴史的背景を認識することが重要になってくる。過去において靖国神社を頂点として護国神社（主として旧藩単位）、そして忠魂碑（各市町村）という系列の中で、「村の靖国」として宗教的作用を果たしてきた忠魂碑を、「箕面忠魂碑」訴訟における大阪高裁判決では、現在では一般にそのような認識はされていないと、安易に歴史を切断している。また同訴訟

の最高裁判決も国家神道という言葉を全く使っていないことも、この歴史認識をあえて避けたということができよう。

現在、一般市民の多数が忠魂碑に宗教的な性格があると認識していないといつても、過去において忠魂碑は靖国神社につながるもの（村の靖国）として、神道式の儀式が行われた歴史的事実は残っているのである。この忠魂碑に対して公の機関が、無償で土地を提供するなど優遇すれば、直接的に一般市民に影響を与えないまでも、間接的ではあれ忠魂碑の背景にある宗教を支持したことになるし、それ以外の宗教に対しては不支持であるというメッセージを投げかけることになる。

ことは宗教問題に限らないだろうが、日本人の「歴史健忘症」についてはしばしば指摘されていることである。日本国憲法の信教の自由、政教分離の原則の解釈に際しては、単に現在の宗教観に依拠するのではなく、憲法制定の歴史的経緯を考察すべきなのである。

憲法の規定の成立の歴史的経緯については、ここで詳細に論じる余裕はないが、ただ忘れてはならないことは、

日本国憲法制定に際して、国家と宗教一般の関わりが問題となったのではなく、戦前の神社神道と国家の結びつきが問題とされたということである。しかも「神社は宗教にあらず」という欺瞞の論理がまかりとおった事実である。つまり、戦前においては、神社神道は国家の庇護を受けながら国家神道として、建て前の上では宗教ではなく、国家の倫理・精神的支柱の役割を担っていたのであるが、特定の宗教であることは隠せない事実であった。

ところが、現在はもちろん国家神道の存在はない。しかし、今度は、日本社会の宗教の雑居性を理由に、裁判所が神道と国家の結びつきを社会通念として認めるとするならば、戦前の「神社は宗教にあらず」という論理とかなり接近してしまう恐れがある。信教の自由、政教分離の問題については、こうした歴史的経緯をふまえて感覚を研ぎ澄ましておかなければならないのである。

それはまた「日本社会において伝統的とされる多重信仰の風土のなかで、政教分離の要請は、『そう堅いことをいわずとも』という雰囲気のみこまれやすい状況にある⁽¹⁹⁾」からである。

六、社会通念とされる日本人の宗教観

日本人の一般的な宗教観を社会通念として安易に採用することの問題は、以上の例を見てもわかる。次にあげる例は判例ではなく一法学者の見解であるが、前述のような一般人の宗教観を法解釈の基準としている点では同じであつて、ここでは、信教の自由を考える上から、念のためにその誤りを指摘しておく。

これは、現在、創価学会が推進している僧侶抜き⁽²⁰⁾の葬儀である「友人葬」についてのコメントであり、「世間の通念上、友人葬といえは無宗教者や無宗教論者が遺言で、音楽葬にしてくれとか、宗教とは一切無関係にしてくれというのと同じ」と述べている。ここでは、世間の通念という言葉を使いながら友人葬は宗教とは無関係であるとしている点が問題である。

もつとも、これほど極端な論理ではなくても、この論者が「世間の通念上」というように日本の社会では、僧侶が不在の宗教は仏教ではないという見方は少なくない。僧侶が介在していないから仏教ではない、更には宗

教ではないというのはかなり粗雑で乱暴な論理であるが、そのような言い分には、それなりの理由がないわけではない。というのも日本の仏教が長い間、僧侶を中心とした檀家制度によって支えられてきたからであって、その結果として僧侶の存在を仏教と同義であるとする「世間の通念」が形成されてきたからである。

しかし、仏教が僧侶の存在を絶対的に不可欠としているのではないことは、現在の日本に多くの在家の仏教団体が存在することからもいえることである。この点については厳密には仏教学者の見解をまたなければならぬが、少なくとも何が仏教の本質であるかを判断する場合に、単に歴史的に形成されてきた世間一般の宗教観を拠り所とすることは学問的に決して当をえたものではないことは確かである。

もちろん、特定の宗教を仏教ではない、宗教ではないと主張することは思想・信条の自由であり、表現の自由である。しかし、この論者にあつては、世間の通念に依拠しながら宗教ではないと判断し、結論として宗教法人の解散を求めていることが問題である。つまり、これは

持を得ている。この判決の直接的に意味するところは、宗教の概念（この訴訟においては主として神道が問題となった）を広く解釈することによって、国家と宗教の関わりを厳格に分離する方向に導くことにある。

この定義については、学説においても異論はなくはないが、少なくとも個人の信教の自由を守るといふ観点からは評価されている。つまり、宗教の概念を広く解釈することによって、「宗教の公定化」を避けることができるのであつて、宗教の概念を狭くすればするほど、その基準にはずれたものは宗教ではないとされてしまうからである。

ところが、日本の社会における一般的な宗教観は、宗教的雑居性、多重信仰にもかかわらず、新しい宗教運動に寛容ではなく、少数者の信仰を尊重しない傾向にある²¹。それは、例えば、神道のように明確な教義や宗教活動スタイルを持たない宗教は許容しても、その反対に明確な教義と活動スタイルを持ち、既成の宗教観の枠組みに反するような宗教には否定的になりがちであるという側面を持つている。また近年の新宗教に対する「世間」の過

法解釈の問題であり、ことは政教分離の原則、信教の自由に関わる問題であつて、その誤りは看過できないからである。

さて、宗教法人についてであるが、宗教法人法二条では「この法律において『宗教団体』とは、宗教の教義をひろめ、儀式行事を行い、及び信者を教化育成することを主たる目的とする左に掲げる団体をいう。」とあり、宗教団体の定義はしているが、宗教そのものの定義は行っていない。というのも、何が宗教であるか、ないのかを国家が軽々に判断することは「宗教の公定化」につながる危険があるからである。

宗教とは何かの定義については、「津地鎮祭」訴訟における名古屋高裁判決では「憲法でいう宗教とは『超自然的、超人間の本質（すなわち絶対者、造物主、至高の存在等、なかならず神、仏、霊等）の存在を確信し、畏敬崇拜する心情と行為』をいい、個人的宗教たると、集団的宗教たると、はたまた発生的に自然的宗教たると、創唱的宗教たるとを問わず、すべてこれを包含するものと解するを相当とする。」としており、学説の上でも多くの支

剰な批判を見ても、見慣れない活動スタイルへの批判が先行していて、宗教そのものの意味が真に問われることなく、安易にその宗教性までも否定しかねない面がある。新たな宗教運動が起る時、既成の宗教へのプロテストであり、「宗教改革」を掲げる場合が多い。これに対して、既成の宗教観に立つて、「宗教ではない」として排除することは、信教の自由のみならず、広い意味での精神の自由を制約し、社会の多様性と活力を損なう危険性がある。

これらのことを考えても、社会の一般的というよりは、通俗的な宗教観を根拠に、一の宗教法人の解散を国家機関の判断に求めるなどということは、全く法的な根拠を欠くものであり、日本国憲法で保障されている信教の自由の侵害を呼び込むものであるといわざるをえない。

結論

以上見てきたように、信教の自由、政教分離の問題の解釈に際して、社会通念に依拠することは危険であることが理解できる。そして、更にこの問題をつきつめてい

けば、宗教に関して社会通念とされる日本人の宗教観そのものを分析、批判することが必要になってくる。そうになると、そのことは憲法解釈学の任務ではなく、むしろ宗教学、宗教社会学に委ねられるべき課題かもしれない。

しかし、日本国憲法の信教の自由、政教分離の原則が確実に保障されるためには、憲法解釈学の任務を法の論理的・文理解釈に限定するのではなく、宗教学、宗教社会学と協力して、日本の社会における宗教の実態を解明・批判していくことにまで拡大することが要請される。その上で、憲法の規定の成立の歴史的経緯、そして目的、理念をふまえての解釈が求められるのである。

同じ法でも、民法の場合は、できるだけ社会の慣行、習慣に従った解釈が許される場合も多いのであろうが、憲法の場合は社会の実態をそのまま容認するというよりは、むしろ理念的な要素が重視されるべきである。特に宗教に関しては、社会の実態、社会通念を論拠とすることは避けなければならない。

直接的に宗教に関して論じたものではないが、樋口教授は、「はかならぬ民衆自身が、みずから意識しないさ

まざまな偏見——裁判所は時として、それを『社会通念』とよぶ——にとらわれているかぎり、善良な民衆自身が、『社会的専制』を支えるものとなってしまっている」と指摘し、さらに、「社会そのもののなかにある偏見や『社会通念』の拘束から自分自身を解き放つ努力が求められている。その際いちばん重要なことは、個人ひとりひとりが多様であることによってかけがえない価値をもつのだ、という視点である」と、『社会的通念からの自由』を主張している。²²⁾

宗教は個人の内心に関わる問題であり、生き方の問題であって、社会の多数の意見や意識によって決定できる性質のものではない。このことは、信教の自由、政教分離の原則の問題の核心であって、とかく個人の尊重、精神的価値への配慮に欠けがちな日本社会にあっては繰り返し主張されるべき視点ではないだろうか。

注

- (1) 長谷川公一「社会運動としての憲法訴訟」法律時報八〇六号（一九九三年）五八頁。

- (2) 渡辺康行「違憲審査の正当性と〈コンセンサス〉ないし〈社会通念〉」ジュリスト一〇二二号（一九九三年）二一九頁以下参照。
- (3) 最高裁昭和三十三年三月一三日大法廷判決・刑集一一卷三九九七頁。
- (4) 野中俊彦・江橋崇『憲法判例集』第六版、有斐閣（一九九三年）六八頁参照。
- (5) 最高裁昭和五十二年七月一三日大法廷判決・民集三二卷四号五三三頁。
- (6) 大阪高裁昭和六十二年七月一六日判決・判例時報一二三三七号三頁。
- (7) 高松高裁平成四年五月一二日判決・判例時報一四一九号三八頁。
- (8) 最高裁昭和六三年六月一日大法廷判決・民集四二卷五号二七七頁。
- (9) 最高裁平成五年二月一六日第三小法廷判決・判例時報一四五四号四一頁。
- (10) *Lemon v. Kurzman*, 403 U. S. 602 (1971).
- (11) 「エンドースメント・テスト」については、浦部法穂「政教分離と信教の自由」ジュリスト一〇二二号（一九九三年）五三頁。芦部信喜「政教分離原則の限界（一）」法学教室一五四号（一九九三年）九四―九五頁。藤田尚則「アメリカ合衆国における『国教禁止条項』解釈の再定式化をめぐる」創価大学比較文化研究第八卷一二七頁以下参照。

- (12) 佐藤幸治「現代国家と宗教団体」現代国家と宗教団体」岩波書店（一九九二年）所収二三頁。
- (13) *County of Allegheny v. ACLU*, 492 U. S. 573 (1989). ただし、同判決では、ユダヤ教の燭台 (Menorah) の展示について合憲としている。
- (14) 名古屋高裁昭和四十六年五月一四日判決・行裁例集二二卷五号六八〇頁。
- (15) 芦部信喜「政教分離原則の限界（二）」法学教室一五五号（一九九三年）八三頁。
- (16) 飯坂良明「内心の自由をめぐる法と政治」法学セミナー増刊、思想・信仰と現代（一九七七年）二二頁。
- (17) 大阪地裁昭和五十七年三月二四日判決・行裁例集三三卷三三五六四頁。
- (18) 浦部前掲五六頁。
- (19) 樋口陽一「憲法」創文社（一九九二年）二二二頁。
- (20) 北野弘久「株式会社・創価学会」に課税せよ」文藝春秋七二卷二号（一九九四年）二八四頁。
- (21) パネル・ディスカッション「『多重信仰』と少数者の人権」法学セミナー二六二号（一九七七年）九―一一頁参照。
- (22) 樋口陽一「憲法入門」勁草書房（一九九三年）一一〇頁。

（しおつとある・東洋哲学研究所研究部長）