

信教の自由と政教分離

“Freedom of Religion and Separation between Religion and State”

——殉職自衛官合祀違憲判決をめぐる——

小堀久男

はじめに

殉職自衛官を、自衛隊山口地方連絡部（以下地連という）と、退職自衛官が主体となって組織している隊友会とが共同で、当該殉職自衛官の生存配偶者の反対にもかかわらず、山口県護国神社に他の殉職自衛官と合祀（神社神道において、二柱以上の神を一柱に合わせ祀ること。或いは一柱の祭神を既設の神社に合わせ祀ることをいう。）したことは、憲法二〇条に定める政教分離原則に反し、かつ遺族たる配偶者の宗教的人格権を侵害するものであるとして、被告国と県隊友会に、原告たる当該配偶者に対し慰籍料の支払いを命ずる判決が、去る昭和五四年三月二二日山口地方裁判所によりなされた（判例時報九二二巻四四頁）。

この判決がなされるに当って、裁判所の求めに応じ、三人の学者が意見書を提出している。すなわち田上穰治氏（一橋大学教授）と柳瀬良幹氏（東北大学教授）は、配偶者には被侵害利益が存在しない旨の意見であったのに対し、高柳信一氏（東京大学教授）は、死者が政教分離違反の方法により祀

られた場合に、生存配偶者にはその違法を争いうる資格があるという意見であった。そのほかこの判決をめぐる、法律関係者の間で賛否両論がある。

本件判決は「信教の自由」、「政教分離」、「宗教的人格権」等をめぐる興味あるものである。殊に「宗教的人格権」論は裁判史上初めて登場である。判決の主張を追い以下の順序で四点について考察を進めることとする。先ず第一に、本件合祀申請は県隊友会名義でなされているが、実質的には地連職員（すなわち国）と県隊友会の共同行為と考えられるか。第二に、共同行為であるとされる場合に、その行為と信教の自由、政教分離との関係はどうなるか。第三に、宗教的人格権の存在は認められるか。仮に認められるとすれば、被告らの行為が原告のそれを侵害することになるか。第四に、もし地連職員の行為が違法違憲ではあるが、原告の宗教的人格権を侵害していないとされる場合に、公務員により攪乱された法秩序の回復手段はどうなるか。以上の四点である。

先づ本件事案の概要と判旨を述べ、その後右の順序に従って考察を展開し、しめくくることとする。

(1) 社団法人隊友会は「国民と自衛隊とのかけ橋として相互の理解を深めることに貢献し、もってわが国の平和と発展に寄与するとともに自衛隊退職者の親睦と相互扶助を図り、その福祉を増進すること」を目的として、昭和三五年二月二七日に設立され、防衛意識の普及高揚、自衛隊諸業務に対する各種協力等をその事業として行い、本部を東京におき、地方組織として各市町村に支部をおき、各府県毎に支部連合会をおいている。

(2) たとえば、熊本信夫氏（北海学園大学教授）は、判決に対する賛成意見をジュリスト六九二号九三頁に、寛康生氏（広島法務局訟務部長）は判決に対する反対意見を、法律のひろは第三二巻八号五五頁に、それぞれ発表しておられる。

一 本件事案の概要と判旨

原告の夫は自衛官として公務に従事中、昭和四三年一月二二日不慮の交通事故で殉職死した。原告は熱心なキリスト教徒で、亡夫の遺骨を教会納骨堂に納め、記念礼拝やミサには必ず出席して亡夫を深く追慕してきた。

一方、退職自衛官を主体とする隊友会本部は、昭和三八年に防衛庁から殉職自衛官の慰霊祭を実施するよう業務委託をうけ、全国都道府県毎に五年間を目途に行うこととなり、被告県隊友会が主催して、自衛隊発足以来昭和三九年三月迄に殉職した山口県出身者一二柱の慰霊祭を同年一月県護国神社において挙行したが、その後遺族の間か

ら、殉職者を同神社に祀ってほしいとの要望が出たため、県隊友会会長が同神社に交渉したところ、同神社は戦死者を祀る施設であり、殉職者は戦死者とは異なることを理由に同神社宮司の承諾がえられないまま年月が経過した。ところがその間他の地域の状況は裁判所認定の事実によれば以下のとおりであった。静岡県においては昭和三八年地連部長が、隊友会や自衛隊父兄会と共催で、近く合同慰霊祭を行うことになっており、近い将来必ず合祀したい旨の念願を表明していた。

福井、香川、大分、佐賀、宮崎の各県では、地連部長が祭主または支援者となって昭和四五年迄に合祀を行っており、その他の県で未だ合祀を行っていないところも自衛隊幹部が積極的に合祀推進活動をしてきた。このような各地の状況下で、山口地連は合祀実現のための方策決定に資することを目的として、九州各県の地連宛に合祀状況についての照会をし、その結果、福岡を除く各県ではすでに合祀ないし併祀、配祀（主神に副えて同じ社の中
に他の神をまつること）が完了していることが判明した。隊友会会長は右回答書をもとに、四六年七月九州各県における合祀実施状況を同宮司に説明し、県護国神社においても合祀されたい旨重ねて折衝した結果、同年秋にいたり宮司から了解を得るところとなった。そこで隊友会会長は翌昭和四七年の県護国神社春季祭に合祀することを目標に合祀申請の準備を開始した。先づ申請に必要な費用を捻出するために、県隊友会会員、自衛隊父兄会連合会、現職自衛隊員らから寄付金を募ることとし、募金趣意書の作成配布と募金の管理を地連職員に委頼し、地連職員はこれに依えて、宮司と打合せを重ねながら「山口県護国神社における自衛隊殉職者の奉斎実施準則」を起草し隊友会会

長の認証を得た後関係者に寄付金を募ったところ、約八〇万円が寄せられた。

そこで県隊友会会長は昭和四七年三月迄の山口県出身殉職自衛隊員として原告亡夫を含む二七名全員を合祀申請することとし、右準則に従って、県護国神社への合祀申請に必要な書類として、殉職者名簿、殉職者の経歴書、戸籍謄本、公務認定(写)等の取揃えを地連職員に依頼した。右依頼をうけた地連職員が原告方を訪ずれ、当初はその使用目的を明らかにしないまま、戸籍謄本と殉職証明書の取寄せを依頼したが、その後原告の要求により使用目的を明らかにしたところ、原告は亡夫の遺骨を自らが信仰している山口信愛教会の納骨堂に納めて同教会の永眠者記念礼拝に出席していることを理由に、県護国神社へ祀ることを断る旨を告げた。その後も教会の牧師を通じて合祀を断る旨の電話を地連に対してしている。しかし県隊友会会長は合祀申請を昭和四七年三月になし、これをうけた同神社は四月一九日に合祀を行った。その間に隊友会会長は地連職員から、原告が亡夫の合祀に反対している旨報されたが、同人についての合祀申請を撤回しなかった。その後原告から合祀の取下げの要請が地連職員に対してなされたが、地連職員は、原告亡夫は国のために死んだのであるから、県護国神社に祀るのは当然である、自衛隊員に誇りをもたせるために遺族の宗教に関係なく善意で祀った、原告の拝むことを強制するわけではない等原告の取下げ要請を翻意するように説得し、さらに後日、原告の意を体して合祀取下げの要請を地連におもむいてなした前記牧師に対しても同様の回答をした。

信教の自由と政教分離

そこで原告は、本件合祀申請は県隊友会と地連(国)とが相謀り、自衛隊員の士気高揚を目的として、共同して行ったものであり、憲法二〇条三項に定める政教分離に違反し、原告の宗教的人格権及び亡夫の信教の自由を侵害した旨主張し、被告らに対し原告の被った精神的損害の賠償を、県隊友会に対し本件合祀申請手続の取消手続をそれぞれ請求して本訴を提起するにいたった。

原告の右のような主張に対し、被告らの反論は次のとおりである。第一点は、被告県隊友会は、自己の選ぶ方式によって故人を祀ることのできる信仰の自由を、憲法によって保障されているのであって、故人の配偶者にのみこのような自由が認められるものではない。また本件合祀は故人並びにその実父ら遺族の意思に合致しているということ。第二点は、合祀申請は県隊友会が独自にしたものであり地連職員と共同で行ったものではない。地連職員は県隊友会に対する援助並びに遺族に対する援護業務としての行為をしたにすぎず、宗教に対する援助・助長・促進等となる行為はしていない。したがって憲法二〇条三項違反の事実はなく、また原告に対する信教上の強制は何等していないので、権利侵害はないということ。第三点は、憲法二〇条三項は政教分離規定であって、国民個々人の権利に関する規定ではないので、これに対する違反行為を理由に個人の権利が侵害されたとする主張は誤りであるということ。以上の三点であった。

これら原告・被告双方の主張に対し、判決は、原告の合祀取消手続の請求は既に被告が合祀取消手続を終了しているとして棄却したが、以下の理由によって原告の損害賠償請求を認容した。

(一) 本件合祀申請は、県隊友会の発意により自らの費用をもって、自らの名においてなされたものであるが、合祀申請に必要な一切の書類の準備、合祀のための寄附金の収納、県護国神社宮司と折衝しつつ奉斎準則の起案等一切を地連職員が行っており、これは本件合祀申請に向けられた、個別的、積極的、核心的行為である。かかる地連職員の一連の行為がなければ合祀申請には到達しえなかつたと考えられる。

それ故、本件合祀申請は、県護国神社への申請という一点をとらえれば、県隊友会の単独行為ではあるけれども、一連の経緯の中でとらえれば、県隊友会と地連との共同の行為とみることができるとする。

(二) 信教の自由はその違法な侵害に対して裁判上の救済を求めようべき法的利益を保障されたものとして、私法上の人格権に属するものである。人が一般に自己もしくは親しい者の死について「他人から干渉をうけない静謐の中で宗教上の感情と思考を巡らせ、行為をなすことの利益を宗教上の人格権の一内容としてとらえることができる」。原告は被告両者の共同行為によりかかる人格権を侵害されたことは否定できない。このことは「著作権法が著作者が死亡した後における著作者人格権等の侵害に対する差止請求権等を遺族に認めかつ配偶者をその第一順位の者と定めていることによっても正当である」。

(三) 憲法二〇条三項は、国およびその一切の機関が宗教的活動をなすことを禁じている。地連職員が合祀申請することは右に反する。したがって被告ら共同の申請行為は憲法二〇条三項に違反する。この点に關し、いわゆる政教分離原則について、これを制度的保障の規定と解すべきか否か議論はあるが、このような憲法違反の行為は、わが国社

会の公の秩序に反するものとして、私人に対する關係で違法な行為とすべきである（判旨については判例時報九二一号四頁以下参照）。

二 本件合祀に向けられた被告国と

県隊友会との行為の關係

地連職員の行為は前述のように、一、九州各県の地連宛に発送した合祀状況についての照会、二、県護国神社宮司と打合せつつなされた「奉斎実施準則」の起案、三、隊友会名義で趣意書を作成し合祀のための寄附金を募り、寄せられた寄附金の管理、四、合祀に必要な書類を直接原告方へ行き収集しようとしたこと、五、原告からの合祀取下げの要請に対し、これを説得しようとしたこと等である。これらの一連の行為のうち一と五の行為は、地連職員の自発的意思に基づいて行われ、二乃至四の行為はいずれも県隊友会の依頼によって行ったものである。

第一の行為の結果に基づく県隊友会会長のはたらきかけにより、当初殉職自衛官を合祀することに難色を示していた県護国神社宮司をして、合祀実施へと傾かせる有力な動機となったことは否めない。裁判所もこの点を重視しているものようであるが、これについては若干の検討を要する。

一般に、或る事が行われる場合の態様を考えれば、およそ次の二つに大別されるであろう。その一つは、そのための格別の準備を必要とせず、瞬間的に行為が実行され終了する場合である。たとえば、通り

がかりの神社仏閣に対して路上より合掌礼拝するとか、道端の野花を摘むとか、あるいはそのための兇器をあらかじめ所持することなく、行きずりの人を殺傷する等の行為がそれに該当する。他の一つは、目的を実現するために何らかの準備行為を必要とする場合である。そしてこの後者の場合の方が人間生活に占める割合が、前者の場合に比較して格段と高くかつ重要である。たとえば国家の活動を例にとれば、立法作用において、議会における法律案についての議決行為だけをとりあげて、法律制定作用とはいわない。法律制定のための議決には、その議決の対象となる法律案の存在が不可欠であり、しかも提出された法律案を審議し議決するのであるが故に、法律案の作成と議会への提出ということが實際上の意味において最も有力なはたらきをするものである(佐々木惣一・日本國憲法論二七〇頁)。もっとも、法律案の作成に際しては、そのための情報・資料の収集活動は当然のこととして行われるところであるが、情報・資料の収集それ自体は、収集された情報・資料が立法作用にしか利用しえないものではなく他の目的に使用することも可能であるから、立法作用には含まれない。したがって立法作用のプロセスは、一、法律案の作成とその提出、二、法律案の審議、三、議決、という三段階に分けて考えることができる。内閣の条約締結作用にしても類似のプロセスが考えられ、この場合にも条約案の作成は重要である。裁判においても、判決の言渡しのみが裁判作用ではなく、判決に到達する迄の一定の一連のプロセスが裁判作用に含まれる。また会社の設立行為にしても、発起人が寄り、定款を定め、監督官庁へ設立申請をし、会社運営のための出資金を募るという一連の行為が存在す

信教の自由と政教分離

る。

本件の場合に、被告県隊友会並びに国が主張しているように、形式上、合祀申請手続は県隊友会が単独でなしたものであることは事実であるが、この一事を以て国が合祀申請手続に全く無関係であるといえるか否かが問題となる。右に考察したように、一定の準備行動を必然的に随伴するある作用において、その最終段階における行為だけを、その前段階における行為と切断してとり出し、その行為のみを当該作用であるとすることは不合理である。したがって、先に掲げた地連職員の一乃至五の行為のうち、いずれの行為が実質的にみて合祀申請手続のプロセスに含まれ又は含まれないかが検討されねばならない。先づ第一の各地連に対する照会行為は、ただちに合祀申請手続に必然的に随伴するものではなく、当該照会の結果が合祀申請に有利にはたらくか不利にはたらくかは、照会に対する応答内容を見た結果判断しうることであつて、照会行為そのものは単なる資料の収集行為にすぎない。たまたま本件の場合には他県において合祀を行ったところが多かったがために、合祀に難色を示していた県護国神社宮司説得の材料として隊友会会長が利用したと考えるのが妥当であろう。

しかしながら第二乃至第四の行為は合祀実施のための必然的随伴行為であると考えられる。何故ならば合祀を実際に実施するための順序書たる「奉斎実施準則」は不可欠であるし、経済的裏付がなければ、その他の手順が調つても合祀は実現できない。また遺族からの書類の収集も神社側の要請により合祀のために必要とされていたからである。最後の第五の、原告に対する説得行為は不必要な行為であつたと

信教の自由と政教分離

思われる。何故なら単に県隊友会のために事務処理をすることによって、その組織体制、財政的基盤の貧弱さを側面的に支援するものであるならば、県隊友会からの依頼もないのに、自らの意思で合祀に反対する原告を説得する程の必要性に乏しいからである。そこにはどうしても合祀を実現させるという自らの意思が明確にうかがえる。直接、合祀実施に向けられた一連の行為のうち、地連職員がいかなる意思でそれらの行為を行ったかを判断する場合に、この説得行為こそ有力な手がかりになるものであると考える。

以上の理由によって、「本件合祀申請は、県護国神社への申請という一点をとらえれば、相被告(県隊友会)の単独の行為ではあるけれども、これを一連の経緯の中でとらえれば、地連職員と相被告の共同の行為とみることができる」との裁判所の判断は首肯しうるところである。

三 信教の自由・政教分離と

被告らの行為との関係

信教の自由・政教分離と被告らの行為との関係を考察するに当たって、わが国の過去における信教の自由・政教分離のあり方を概観しておくことは、予備的作業として必要であろう。

護国神社は幕末期において、尊皇倒幕運動に従事して死亡した人々を祀った招魂場に始まり、昭和一四年に護国神社と改称され、明治以来の神社神道国教化以後は靖国神社(靖国神社は東京招魂社を明治一二年に改称したものである)の事実上の地方分社として成立し発展してきた。明治政府は国民を精神的に統一

する必要から、憲法二八条が「日本臣民ハ安寧秩序ヲ妨ケス及臣民タルノ義務ニ背カサル限ニ於テ信教ノ自由ヲ有ス」と規定しているにもかかわらず、国家神道は皇祖皇宗歴代天皇の神靈及び地祇を祀るものであり「神社は宗教にあらず」といつて国民教化政策の重要な柱として神道の国教化を行ったのである。しかし国民の信教の自由と国家神道の存在は明らかに矛盾する。この矛盾に対する批判は当然のこととしてなされ続けたが、政府は依然として「神社は宗教にあらず」ということで、この矛盾を解消しようとした。すなわち、行政組織法上、神宮や神社には公法人としての地位を与え、神官や神職には官吏の地位を与え、神社に対し、一般の宗教とは違った取扱いをしても、神社は単に祖先の祭祀を行うだけであり、憲法に規定する宗教ではなく、国民に対し神社での礼拝を強制しても、憲法の定める信教の自由とは関係がなく、それどころか、天照大神を筆頭に天皇の祖先を神々とする神社を信仰することは臣民たるの義務に属するとさえいわれ、明治憲法末期には、国家主義者や軍国主義者の支配勢力の下で、神社国教化がわが国で公然と通用するようになった。勿論このような矛盾は、特にキリスト教から激しく批判されたが、そのつど「神社は宗教にあらず」という論理で、かえって強く反撃されおさえつけられる結果を招いた。

しかし、その後神社側が勢を得、「神社は宗教にあらず」という命題に満足せず、神社は宗教であると正面切って主張しはじめた。国民は天皇の赤子である。天皇の祖先を祭神として祀るのが神社であり、それが天皇の宗教である。したがって神社は国民の宗教でなければな

らない。それでこそ日本は神国である、と。そこで政府はふたたび「神社は宗教に非ず」という論理で、神社はなるほど国民一同の信仰すべきものではあるが、それは仏教やキリスト教と同列に並べて考えるべき性質の「宗教」ではない、したがって、一方で神社を信仰し、他方でキリスト教なり仏教なりを信仰したり、戦死者を護国の英霊として靖国神社に祀るとともに、これに戒名をつけて菩提寺に葬ることなどは少しも矛盾しないと説いて、神社側の攻勢に歯止めをかける一方、他方においては国民に対する神社信仰への強制の門戸を広げた。

かくして、明治憲法末期には、明治憲法起草者の一人伊藤博文の日本の未来への期待も空しく、憲法一八条の規定は空文に等しくなり、「神国日本」、「神州不滅」の狂言的叫びが日本を支配し、国民自身これに対する批判力もなく、遂に破滅にいたったのである。⁽³⁾ 結果的には国家神道は、心ある学者の正論⁽⁴⁾にもかかわらず神権的天皇制と封建的諸制度及び反動的思想の支柱となり、また軍国主義の理念的根拠として悪用されたことは事実である。こういうわが国の暗い過去をみれば、健全な民主主義が確立されるためには、いかに宗教の自由と、政治と宗教の分離というものが果たす役割が重大であるかがわかる。

わが国の敗戦は、右に述べたような誤った神国主義否定の契機となつた。わが国が連合国に降伏するに際して受諾したポツダム宣言の第一〇項後段には「日本国政府は、日本国民の間における民主主義傾向の復活強化に対する一切の障礙を除去すべし。言論、宗教及び思想の自由並に基本的人権の尊重は、確立せらるべし」と定められてあり、わが国政府はこれにより右事項を実行する国際法上の義務を連合

国に対して負うところとなつた。

占領軍総司令部は一九四五年二月一日に「国家神道の禁止」に関する指令⁽⁵⁾を発し、神社の国教的地位を廃止した。ここにはじめて、神社はキリスト教・仏教等とならんで一私的宗教となつたのである。これに呼応して翌年一月一日いわゆる天皇の「人間宣言」の詔書が出され、天皇御自身によって、みづからの神格性を否定することとなつた。⁽⁶⁾

日本国憲法はかかる沿革に徴して次のように規定した。「宗教の自由は、何人に対してもこれを保障する。いかなる宗教団体も、国から特権をうけ、又は政治上の権力を行使してはならない」^(二〇条)。「何人も、宗教上の行為、祝典、儀式又は行事に参加することを強制されない」^(項二)。「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」^(項三)。

一項前段により、国家は国民の信教の自由を侵してはならない義務を課せられ、国民は国家に対して、信教の自由を侵されない権利を与えられている。それは個人が、あらゆる宗教上の問題について、自己の意思に基づき自由に態度を決定し、その宗教的、無宗教的あるいは反宗教的信念に従って生活することについて、国家から一切の干渉をうけないことを意味する。

このような信教の自由が国民の権利として保障されることは、その反面において国家は以下の義務をもつことを意味する。第一に、宗教的行為への参加を強制してはならない義務^(二〇条)、第二に、宗教団体に對して特権的地位を与えない義務^(同条)、第三に、国自身宗教

信教の自由と政教分離

的活動をしない義務(同条)である。

これは既に述べたように、過去において、国家神道が国から種々の特権をうけ、特別の権力を行使することにより、実質的に信教の自由を侵害した経験に鑑み、国家の非宗教性を要請する趣旨であると解される。何故なら、国家の非宗教性を確立しないかぎり、宗教団体の特権は完全に消え去らな⁽⁷⁾いと考えられるからである。憲法は国家に課したこれらの義務を実効的なものとするため、その八九条において「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、……これを支出し、又はその利用に供してはならない」と規定している。

これらの規定は、占領軍総司令部による神道指令に示されるように、政治と宗教、国家と宗教団体を分離する、アメリカ合衆国憲法修正第一条において示されている Separation of Church and State の原則にならうものであり、わが国では講学上、国家の非宗教性を示す憲法のそれらの規定(二〇条一項前段)を総合して、政教分離原則を示すものとされている。⁽⁸⁾そしてこのような政教分離原則に関する規定は、究極において、信教の自由を確保することを目的としているが、規定そのものとしては、国民に権利を与えるものではなく、国家と宗教との分離を直接の目的としている。

さて本件合祀行為が、全体としてみれば地連と県隊友会の共同行為であることは既述のとおりであるが、それが原告の信教の自由にかか⁽⁹⁾なる影響を与え、政教分離といかなるかかわりをもつかが問題となる。

およそ信教の自由は、宗教信仰の自由及び宗教的行為の自由の二つに分けられる。宗教信仰の自由とは、ある宗教を信じ又は信じないことについて国家の干渉をうけないことである。本来、信仰とは人の内心の作用であるから、何人たりとも人の内心を左右することは不可能である。それにもかかわらず憲法が信教の自由を定めていることの意味は、国家が何らかの外的手段で以て、国民の自由な内心の作用を妨害するおそれのある行為をすることを禁ずることにある。禁ぜられる国家の行為として、信仰を告白させ又はさせないこと、宗教信仰を宣⁽¹⁰⁾伝させ又はさせないこと、宗教教育を受けさせ又は受けさせないこと、宗教信仰の如何により特別の利益を与え又は与えないこと等があげられる。次に宗教的行為の自由とは、宗教信仰をその行為により具体的に実現することについて、国家の干渉をうけないことである。信仰を同じくする者が相寄り共同で宗教的行為をなすことはその性質上当然のことであるから、宗教的行為の自由は、個人のみならず団体にも認められる。このことについては裁判所も、県隊友会に宗教的行為の自由があることを認めているのであるから別に問題は無い。問題の第一は被告らの行為により、原告の信教の自由が侵害されたか否かである。原告はキリスト教の信者であるから、キリスト教を信仰するについて、信仰の自由の内容をなす前記諸事項に關し被告らから何等かの干渉がなされたのであれば、信教の自由の侵害ということが考えられることになるが、裁判所認定の事実によれば、被告らは原告の宗教信仰の自由そのものには何らの干与もしていない。したがって被告らの行為は、原告の信教の自由を侵害するものではない。

次に政教分離との関係であるが、わが国の判例で政教分離に関するリーディングケースとしての津地鎮祭上告審判決（最高裁判決昭和五二年七月二三日民集三一巻四号五三三頁、判例時報八五五号二四頁）は、国家と宗教との関係について「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たって、宗教とのかかわり合いを生ずることを免れえない」とした上で、政教分離の一般の基準として「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……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になるか」ということであるとし、憲法二〇条三項により禁止される宗教的活動とは「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」であり、その判断にあたっては「当該行為の外形的側面のみとらわれることなく、……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」等を考慮しなければならないと判示している。

ところで本件合祀は殉職自衛官の霊を県護国神社の祭神として祀ることを目的としているのであるから、これが宗教行為であることは明白である。さらに一定の一連の手續を含めた合祀申請行為も、合祀のために必然的に随伴するものであり、しかも県護国神社の宗教を助長、促進するものであるから宗教的活動に該当する。しかしながら隊友会は私人であり私人には政教分離違反はないと考えられるから、たとえ結果的には地連と県隊友会が共同で宗教的活動を実行したことに

信教の自由と政教分離

なるとしても、政教分離違反は地連にのみ存在する。本件判決がいうように地連と県隊友会の政教分離違反の共同不法行為とみることに疑問の余地がある。

(1) 熊本信夫「自衛官合祀判決とその論理」(ジュリスト六九二号) 九五頁。

(2) 明治憲法起草者の一人である伊藤博文は、その著憲法義解に次のように記している。「信教ノ自由ハ之ヲ近世文明ノ一大美果トシテ看ルコトヲ得ヘク而シテ人類ノ尤至貴重ナル本心ノ自由ト正理ノ伸長ハ数百年間沈淪茫昧ノ境界ヲ經過シテ纔ニ光輝ヲ発揚スルノ今日ニ達シタリ； 国教ヲ以テ偏信ヲ強フルハ尤人知自然ノ發達ト學術競進ノ運歩ヲ障害スル者ニシテ何レノ国モ政治上ノ權威ヲ用キテ以テ教門無形ノ信徒ヲ制圧セムトスルノ權利ト機能トヲ有セサルヘシ本條ハ実ニ維新以來取ル所ノ針路ニ從ヒ各人無形ノ權利ニ向テ潤大ノ進路ヲ予ヘタルナリ」(同書八丸善、明治二二年六月一日V五二頁)。

(3) この間の経緯に関しては、宮澤俊義・憲法II新版三四七―三五一頁において簡潔にまとめられている。

(4) 美濃部達吉博士の天皇機関説がそれである。博士は、日本国は法律学上法人とみるのが妥当であり、天皇は法人である国家の機関とみるのが妥当であると説いた。これは当時既にドイツで通説となり諸外国でも広く認められていたいわゆる国家法人説からの当然の帰結であるが、大正の初め上杉慎吉によって、国体に反すると非難され、その後昭和一〇年には帝国議會両院で同様の非難をうけ、ついに政府は軍部の超国家主義的勢力の圧力の下に、この学説の代表者たる博士の憲法に関する著書の発売を禁止し、さらに大学でその学説の教授を禁止するにいたったことは、学問の自由を侵すものとしても有名な事件である。

(5) 正確には「国家神道に対する政府の保障、支援、保全、監督及び弘布

信教の自由と政教分離

の廃止に関する覚書」という。この覚書内容は広範囲にわたっているが、主要目的は、神道の国教的性格が、軍国主義ならびに極端な国家主義の精神的基盤であるから、民主主義確立のためには国家と宗教との分離が必須不可欠であるということを前提として、国家神道より国教的性格を除去し、神社を国から徹底的に分離することであった。

- (6) 元来、明治憲法自身天皇の神格性について何等の明文を設けてはいなかったのであるが、その三条に「天皇ハ神聖ニシテ侵スヘカラス」と規定していたところから、天皇神格化のための具に悪用されたと思われる。この規定の趣旨は天皇に対する政治的無答責の原則を定めたものにはほかならない。オランダ憲法五五条の「国王は不可侵とする。大臣が責任を負う」という規定、ベルギー憲法六三条「国王の一身は不可侵である。その大臣が責任を負う」という規定と同じ意味内容のものである。明治憲法も五五条一項において、各大臣は天皇を補弼し政治上の責任を負うべきことが定められていて、この条項と三条とがあいまって天皇の政治責任無答責の原則を定めるものと解釈すべきところ、三条と国家神道を結びつけることにより、神権天皇制を以て明治憲法の根本義とするところ迄拡大せしめられたのである。

- なお明治憲法における天皇無答責の原則については、佐々木惣一・日本憲法要論（昭和七年六月一日訂正第三版）一九二―四頁、美濃部達吉・憲法概要（昭和二年八月五日改訂、有斐閣）二一九―二〇頁において、政治的無答責とならべて、財産的法律関係以外の法律関係において、法令不適用の原則などがあげられている。
- (7) 宮澤俊義著、芦部信喜補訂・全訂日本国憲法二四〇頁。
- (8) 田上穰治「宗教に関する憲法上の原則」（清宮四郎・佐藤功編憲法講座）一三五頁。宮澤俊義・前掲書（註5）三五五頁。覚道豊治・憲法（改訂版）二二三頁。

- (9) この分類の仕方については、佐々木惣一・日本国憲法論四〇六―七頁参照。殊に、信仰告白の自由、信仰結果の自由等については、次に示

すようにボン基本法の構成部分となっているワイマール憲法一三六条に、それらのことが明記されている。

Art. 136 Weimarer Verfassung

(1) Die bürgerlichen und staatsbürgerlichen Rechte und Pflichten werden durch die Ausübung der Religionsfreiheit weder bedingt noch beschränkt. 「市民ならびに国民の権利及び義務は、信教の自由を行使することにより、条件づけられもしないし制限されもしない」。

(2) Der Genuß bürgerlicher und Staatsbürgerlicher Rechte sowie die Zulassung zu öffentlichen Ämtern sind unabhängig von dem religiösen Bekenntnis. 「市民ならびに国民の権利の享有及び公職への就任は宗教的信条と無関係である」。

(3) Niemand ist verpflichtet, seine religiöse Überzeugung zu offenbaren. Die Behörden haben nur soweit das Recht, nach der Zugehörigkeit zu einer Religionsgesellschaft zu fragen, als davon Rechte und Pflichten abhängen oder eine gesetzlich angeordnete statistische Erhebung dies erfordert. 「何人もその宗教的信念を告白する義務を負わなす。官庁は、ある宗教団体に属することにより生ずる権利及び義務がある場合又は法律の定める統計調査に必要な場合にかぎり、この宗教団体に所属するかを質問することができる」。

(4) Niemand darf zu einer kirchlichen Handlung oder Feierlichkeit oder zur Teilnahme an religiösen Übungen oder zur Benutzung einer religiösen Eidesform gezwungen werden. 「何人も教会の行事又は儀式を行なふもしくは宗教上の行為に参加し又は宗教上の宣誓方式を用いることを強制されない」。

右の一項、二項は信仰結果の自由に該当し、三項は信仰告白の自由に該当し、四項は宗教的行為の自由に該当する。

四 宗教的人格権とその侵害の有無

この事件は被告国と県隊友会を相手とする損害賠償請求事件である。請求が認められるためには当然のことながら原告に被侵害利益がなければならぬ。裁判所は憲法二〇条一項前段に定める信教の自由を根拠にして、「信教の自由はその違法な侵害に対して裁判上の救済を求めべき法的利益を保障されたものとして、私法上の人格権に属する」として私法上の人格権をひき出し、この私法上の人格権の内容を「一般に人が自己もしくは親しい者の死について、他人から干渉を受けない静謐の中で宗教上の感情と思考を巡らせ、行為をなすこととの利益」であるとす。そしてこのような宗教的人格権を、公務員たる地連職員と私人たる県隊友会が共同で原告の反対にもかかわらず合祀申請することにより侵害したのであるから、国は国家賠償法一条一項により、県隊友会は民法七〇九条により原告に対する損害賠償責任があるという。

果して裁判所判示の如く、憲法二〇条一項前段に定める信教の自由から、裁判所のいう宗教的人格権なるものがひき出されうるかどうか、仮にそれが可能であるとしても、被告らの合祀行為によって、原告の宗教的人格権が侵害されることになるものかどうか問題となる。

被告らの行為が原告の宗教的人格権を侵害する理由として示されているのは、原告が被合祀者の配偶者であるというところにある。そし

て著作権法に「著作人格権」というものが定められているのであるから、本件の場合も「宗教的人格権」というものを認めてよい、そうしなければ「国民は私人による信教の自由の侵害に対し何等の法的救済を受け得ないことになり、かくては国民は自らの信仰を全うし得ないこととなる」という。

元来憲法の定める基本的人権は、人が人たるにふさわしい生存を確保するために不可欠な権利として、国家乃至公権力に対して主張する公権たる性質を有する。「国家が国民の公権を認めるのは、権利者に利益を与えることのみを目的としているのではなく、之を与えることにより公益を達成しようとするものであるから、憲法上の国民の権利は凡て、公益（公共の福祉）と無関係にあり得るものではない。」⁽¹⁾ 同じく個人によって行使される権利には、個人の利益の実現を目的とする私権と、個人の利益と同時に社会公共の利益の実現を目的とする公権とが含まれる。したがって私権、たとえば貸金返還請求権などは、権利者がこれを放棄することは原則として自由である。何故ならばそれによって損害を蒙るのは権利者自身であり、自らそれを承認しているのであって、社会に対する害はない。ところが公権、たとえば選挙権の放棄を権利者の自由に放任し、多数者が放棄するとすれば、民主政治の基盤は忽ちにして崩壊の危機に見舞われる（注意すべきは、権利放棄と権利不行使とを混同しないことである。権利放棄とは権利の消滅を意味するが、権利不行使とは権利の消滅を意味しない）。そこに極く少数の例外を除外して公権は放棄できないという原則が成立する。⁽²⁾

特に基本的人権により得られる利益は、国民全体に共通する社会公共の観点にたった利益であり、その利益の存在が、国民の幸福を実現するという国家目的の達成に役立つことをその内容とするものである。このことは憲法一二条の「この憲法が国民に保障する自由及び権利は、…常に公共の福祉のためにこれを利用する責任を負ふ」という規定によっても明らかである。したがって基本的人権の制限が許されるのは、それにより公共の福祉が実現される場合でなければならぬ。このことを憲法一三条後段は「生命、自由及び幸福追求に対する国民の権利については、公共の福祉に反しない限り、立法その他の国政の上で最大の尊重を必要とする」と規定することにより明らかにしている。

判決は県隊友会にも「その構成員の宗教上の人格権を総合的に社團として実現させる宗教行為と目すべきもののあることが明らかであり」原告と県隊友会「いずれの行為にも元來信仰の自由の行使として憲法上の保障がある」、したがって県隊友会の「本件合祀申請行為を独立にとらえて権利濫用等の違法事由あるものとするには疑問がある」としていることは、信教の自由、公権の性質からして妥当である。

ところで判決は、信教の自由という基本的人権を実質的に保障するためには、宗教的人格権という私法上の概念を立てなければ、国民は私人による信教の自由の侵害に対しては何等の法的救済を受けられなくなる主張している。人格権という概念は古くローマ法上の、身体・自由・名誉等の侵害に対する「インジュリア訴権」(actio iniuri-

arum)、「アキリア訴権」(actio legis aquiliae utilis)にその源流を発するといわれるが、法律上確固たる地位を得たのは、いわゆる自然法の父(Vater des Naturrechts)グロチウスの唱道するところに負うとされる⁽³⁾。そして人格権とは「権利者(法人を含む)自体を直接保護することを目的とする絶対権にして、権利者自身の利益、即ち人格其のものと離るべからざる人的利益を目的とする権利なり」と説かれる。つまり身分権、財産権は権利の主体と客体が別個のものであるのに対し、人格権においては権利の主体と客体が同一であるところに特徴がある。わが国では三島由紀夫のモデル小説「宴のあと」事件⁽⁵⁾において「私生活をみだりに公開されないという法的保障ないし権利」としてプライバシーの権利が裁判所により承認されて以来、裁判官、学者の間で人格権の保護に注意が注がれるようになった。マスメディアの発達につれて人格権侵害の危険性が増大している実情に鑑み、裁判所もできるかぎり人格権を広く認めることによって、国民の生活上の不利益を救済しようと努力しているところである。また不法行為上の保護法益について制限列举主義をとるドイツ民法と異なり、わが民法は、新しい法益を解釈上開拓することについて比較的容易である。すでに多くの民法学者により主張されているように、不法行為に関する民法七〇九条以下の諸規定は、権利侵害論から違法性理論への発展につれ従来と異なる解釈をうけるようになり、不法行為理論の発展とともに被侵害利益の範囲は次第に拡大され、精神的利益の面では生命、身体、自由^(監禁など)、名誉、信用、貞操のほか肖像、氏名、精神的自由^(村八分など)なども保護法益と考えられるようになってきている⁽⁶⁾。この

よくな現状の下で、本件判決が主張するように、憲法上の信教の自由の内容を一つの価値基準として、私法上の宗教的人格権を構成することとにさして困難はないように思われる。この場合には憲法論上は、いわゆる基本的人権の第三者効力(Dritwirkung der Grundrechte)の問題が生ずるが、特にここで論ずる実益に乏しい。基本的人権体系も私法体系も、ともに統一的国法秩序の一部として、相互に無関係ではありえない。したがって民法の一般条項の内容を、基本的人権の価値内容に照らして、私的自治の本質を害することのない範囲で充填していくことは必要なことである。⁽⁸⁾

刑法一八八条二項は「説教、礼拝又ハ葬式ヲ妨害シタル者ハ一年以下ノ懲役若クハ禁固又は百円以下ノ罰金ニ処ス」と規定し、軽犯罪法一条二四号も拘留または科料に該当する行為として「公私の儀式に対して悪戯などでこれを妨害」することをあげている。この場合の「礼拝」や「儀式」には死者を祀る行為も当然に含まれる。右において刑法並びに軽犯罪法の保護法益が、「礼拝」や「儀式」が平穩に行われることにあることは言うまでもなく、行為者の、行為を行うに際しての精神的安静、宗教的感情にあるとされている。⁽⁹⁾これら刑罰法規の保護法益を刑法上の宗教的人格権と仮称することは許されるであろう。

この場合宗教そのものが保護の対象とならないことは、政教分離の原則よりして明らかである。人が自然に有する「一般的な宗教感情を社会秩序そのものの一部として保護することは、なんら憲法の精神に反するものではないばかりか、むしろ信教の自由の前提ともなるものと考えるべきであろう」⁽¹⁰⁾。しかし、現行刑法に定められている構成要件を

越えて広く宗教的平穩及び宗教的感情の刑法的保護を意図すれば、必然的に信教の自由に対する規制立法の出現を招来することになる。肖像やプライバシーなどの人格権についても犯罪の成立を認める立法が理論上不可能でないにもかかわらず、新しく登場して来つつある人格権保護論が、一様にその私法的保護のみを問題にしている理由の一部もそこにある。

右のように宗教的人格権は刑法においてすでに早くから承認せられているものようであるが、刑法の定める構成要件に該当する行為以外の行為によって、なお宗教的人格権侵害の可能性があり、かつそれが刑罰になじまないものはあるが、私法上の救済に適する性質のものであると考えられる場合、刑法で覆いえない法領域を私法的救済でカバーすることに不都合はないと考えられる。したがって判決が主張するところの内容には問題があるとしても、その違法な侵害に対して、法的救済を求めうべき利益として私法上の「宗教的人格権」という概念の設定には賛意を表する。しかし本件事案の場合、被告らの合祀申請により原告の「宗教的人格権」が侵害されたことには大きな疑問がある。何故なら判決は「信仰心を有する者は自己に対する強制に亘るわけではない他人の宗教行為を無視するだけの精神的な強さを求められており、従って他人の宗教行為との関係における法的救済を云々すべきではないとの考えもあり得ないわけではない」としながらも「しかしながら人の信仰心の強固さは様々であり、信仰を求めながらも他人のなす宗教行為のために精神的な静謐を乱され、自己の純粋な信仰の探究に軽視できない妨害を受ける場合もあり得ると考

えられる」という。そこには余りにも個人的主観を重視し、客観的一般的判断基準の設定が閑却されている手落ちがあるからである。

さらに判決は著作権法上の著作人格権をあげているが、これも当らない。何故なら、著作人格権とは遺族の人格権ではなく、あく迄も著作自身自身の人格の保護を目的としたものであるからで、判決が、原告の宗教的人格権を云云する場合には不適当な例示だからである。少くとも法律の条文から明確に認識しえない保護法益を新たに設定する場合には、社会秩序の一部としての法的保護に値する事柄の一般的基準というものが立てられねばならない。法律上は個々人の宗教感情の強弱をもって法的救済の判断基準とすべきではない。

また、判決は原告が被合祀者の配偶者であることを重視し、「現在において自己に最も近い者として配偶者と共同の生活を営み、精神生活を共同にするものであるから、配偶者の死に対しては自己の死に準ずる程の関心を抱くのは通常であり、従って他人に干渉されることなく故人を宗教的に取扱うことの利益も右にいう人格権と考えることが許される」という。これもまた疑問である。何故ならば、夫婦といえども、おのおの別個の人格をもつ一個の独立した人格体として存在し、一方の配偶者は他方の配偶者の人格を、自己の意のままに支配しうるものではないからである。そこにこそ人間一個の人格が死後においても尊重されねばならない意味がある。殊に本件の場合のような宗教的問題に関しては、宗教が根源的に個の問題であるが故に一層このことが強調されねばならない。憲法一三条が「すべて国民は、個人として尊重される」ということも、同二四条が、家族関係に関する法律

は、個人の尊厳に立脚して制定されなければならぬと定めていることも、ともにいかなる意味においても他に隸従することのない独立の人格を有する一個の人格体をもって、憲法の指定する日本国民としての基本的人間像として示すものにほかならない。

ついで判決は、著作権法一一六条一項において、著作権者の死後、著作人格権の侵害者に対する名誉回復等の措置請求者の第一順位として、配偶者があげられていることをいうが、同条二項では、当該措置請求者を遺族の中の誰にするかは遺言によって自由に指定しうるものとされており、続く三項では、遺族以外の者さえも指定しうるものとされているところである。したがって、同条一項における、配偶者の第一順位ということは絶対ではなく、それどころかこの条項の示すところは、著作権者自身の人格の独立性ということにある。

「訴えなければ裁判なし」という法諺に示されるように、訴えは裁判権発動の本質的な前提要件である。しかしすべての訴えについて本案判決がえられるわけではなく、本案判決がえられるためには、行政事件であれ民事事件であれ訴えの内容である当事者の請求が、国家の裁判制度を利用して解決するに値する実際の価値ないし必要性があると認められうるものでなければならぬ⁽¹¹⁾。このことはまた「利益なければ訴権なし」という法諺によって示されている。この意味の利益が実体的訴訟要件として、一般に訴えの利益と称されているものであるが本件事案の場合には、原告の請求内容が裁判の対象となる適性を有するか否かは疑問であり、請求するについて、正当な利益があるとは考えられず、請求について裁判所が判断を与えるだけの具体的な利益

ないし必要性が認められない。強いて必要性を認めるとすれば、国の政教分離違反の行為をいかにして是正させるかということであるが、個人の権利ないし法的保護に値する利益の侵害を伴わない国その他の機関の違法行為に対し裁判上その是正を求めるためには、法律の定める場合に法律の定める者にかぎり当事者適格を認める現行法律制度上(行政事件訴訟法五条四二条)、本件の場合にはその適用がない。また仮に国の行為を行政不服審査法二条一項にいう「公権力の公使に当たる事実上の行為」と考え、それに対する不服申立資格を行政事件訴訟法九条にいう抗告訴訟の原告適格より広いと解する見地に立つとしても、なお本件の場合には原告にその資格がないことは、いわゆる消費者の権利裁判ないしジュース訴訟における最高裁判所の判断(最高裁判所第三小法廷判決昭和五三年三月二二日民集三三卷二二頁、行政判例百選五三二頁)に示されているところである。以上の結果本件事案においては、原告に被侵害利益がなく、ただ瑕疵ある国の行為のみが存在することとなる。

- (1) 桜田蒼・行政行為の特質二三頁。
- (2) 公権の放棄が許される場合としては、たとえば憲法七三条七号「国家の刑罰権の放棄」、民事訴訟法三六五条「控訴権の放棄」などがある。
- (3) 宗宮信次・名誉権論一九四頁。
- (4) 宗宮・同一九七頁。
- (5) 東京地裁判決昭和三九年九月二八日下級民集一五卷九号二三一七頁判例時報三八五号二二頁。この事件はその後、原告の死亡により和解に終わったため上級審の判断はない。プライバシーを論じたものに、伊藤正己・プライバシーの権利、五十嵐清・田宮裕・名譽とプライバシー、Vance Packard, The Naked Society, 1964, 等がある。
- (6) 三島宗彦・人格権の保護八頁。

信教の自由と政教分離

- (7) 基本的人権規定の Drittwirkung については、森順次「私人間の法律関係における基本的人権の保障」(憲法講座 2) 六〇頁以下が詳しい。
- (8) Maunz, Deutsches Staatsrecht, 22 Aufl., S. 112.
- (9) 団藤重光・刑法綱要各論一九九頁。
- (10) 団藤・同頁。
- (11) 兼子一「民事訴訟法体系」一五二頁、三ヶ月章「民事訴訟法」五五頁、原田尚彦・訴えの利益一頁。
- (12) 兼子一・行政争訟法三七三、原田尚彦「行政不服審査法の理念と現実」自由と正義一九七二年一〇月号五頁、同・環境権と裁判二六二頁。

五 瑕疵ある国家行為とその是正手段

本件訴訟は、損害賠償請求という個人的利益の救済を求めて提起されたものではあるが、他面において、直接個人の権利利益にかかわらない国家その他の公的機関の、違法行為の是正手段如何という大きな問題を含むものである。

憲法はその基本理念を示す前文において「国政は、国民の厳肅な信託によるものであって、その権威は国民に由来し、その権力は国民の代表者がこれを行使し、その福利は国民がこれを享受する」と定め、これをうけて一三条後段では「生命、自由及び幸福追求に対する国民の権利については、公共の福祉に反しない限り、立法その他の国政の上で、最大の尊重を必要とする」と規定している。ここに国家の目的が明確に示されている。国家の存在目的は個々の国民の幸福の実現と

確保にあるが、そのための具体的任務として、憲法は国民の基本的人権を公共の福祉に反しないかぎり最大限に尊重すべきことを国家に対して命じている。そうすることにより個々の国民の幸福の基盤が確保され、この基盤の上に立って国民は自己の価値観ないし人生観世界観に基づいて自身の幸福を樹立することができると思えられたからであらう。立法権は違憲の法律を制定してはならず、行政権、司法権の発動は憲法、法律に反して行われてはならない。しかし国家行為といえども結局人の行為である以上、その瑕疵は完全には避け難い。そこに瑕疵ある国家行為が発生した場合に、いかにしてこれを除去しないし匡正するかという問題が提起され各国はそのための種々な方策をたてその改善に努力している。国民の権利自由を公共の福祉に反しないかぎり最大限に尊重することからすれば、瑕疵ある国家行為は直ちに除去しないし匡正されねばならない。そのためには、当該瑕疵ある国家行為に対する訴権ないし是正請求権を何人に設定し、その相手方を何れの国家機関にするか、そしてそれを受理する機関とその構成等について、疑義のない法制度がなければならぬ。瑕疵ある国家行為が存在するにもかかわらずこれを除去しないし匡正しうる手段に乏しいとすれば、憲法前文ならびに一三条に示されている理念、目的の達成は彼岸の彼方へと遠のくこととなる。本件事案に関していえば、国民個人の権利自由に直接かかわらない政教分離違反という違法な国家行為について、誰がいかなる手続を経てその是正を求めうるのかという重要な問題が残されている。現行法制度は前述のように、このような問題の解決のために有効に機能しえない。その他の利用しうる手段と

しては、憲法一六条の定める請願権を行政権に対して行使することにより、行政上の監督作用による行政権自身の自制に期待するか、もしそれが期待しえない場合には、衆参両議院のいづれかに対して請願権を行使することにより、議院ないし国会から行政権にはたらきかけ、場合によっては内閣不信任へと発展させる等が考えられる。

わが国の最高裁判所には憲法八一条により、一切の法律、命令、規則又は処分⁽¹⁾の合憲違憲決定権が付与されているが、この権限の射程については多数の学説が対立している。先づ第一説は、具体的事件に関する訴訟が提起された場合に、当該事件に適用される法令、規則または当該事件の原因となった処分⁽²⁾の適憲性の審査にかぎられるとする。

第二説は、憲法八一条を根拠として、最高裁判所が憲法裁判を行うことは可能であるが、そのためには訴訟手続を定める法律や最高裁判所の規則を必要とするが、それらの規定が存在しない場合には、實際上最高裁判所は抽象的違憲審査をなしえないという⁽²⁾。第三説は、最高裁判所は憲法裁判所たる性格を憲法八一条により与えられており、法令^(法律、命令、規則)自体の違憲、合憲を独立の問題としても審査決定する権限を有するとするものである⁽³⁾。判例の態度は第一説と同じで、「具体的紛争を離れて法令自体の効力を裁判の対象とすることは、裁判所の権限に属しない」という昭二七年一〇月八日の大法院判決^(民集六九巻九頁七七八三頁)以来一貫している。

学説、判例ともに現実の問題としては、具体的事件を離れて、法令規則または処分⁽¹⁾の合憲性違憲性を訴訟物とすることはできないという結論では一致している。しかし現実の結果がそうであるとしても、憲

法八一条により最高裁判所に抽象的違憲審査権があるという第二、第三説は、第一説及び判例とは、八一条の解釈態度が基本的に異なるものである。八一条は提訴権者、提訴の要件とその手続等について何等定めずまた制限もしていない。したがって憲法に反しないかぎり法律によって適宜にこれらの事項を定めることは可能であるし、またそうすることにより、憲法一二条により国民に課せられているところの、権利自由の自らの努力による保持責任も果しうるところとなる。

憲法、法律により設定されている一定の制度により、国民に利益がもたらされる場合、これを制度的保障または制度保障(Institutionelle Garantien oder Institutsgarantien または両者を含めて Einrichtungs-garantien)⁽⁴⁾による反射的利益といひ、たとえ制度に反する公権力の行使によりこの種の利益が侵害されたとしても、国民はこれを自己の権利の侵害として提訴しえないというのが支配的見解のようである。しかしこの場合反射的利益の侵害と、本来主観的な個人の権利侵害との異質性を顧慮し主観的訴訟を認めないということが、アプリアリに客観的法秩序の維持を目的とする客観的訴訟を排斥する理由とはならない。また、議論のあるところではあるが、自由権は一定の法制度を憲法上保障することによって補完されるという見地⁽⁵⁾にたてば、当該法制度の侵害は、制度によって保障されている自由権の領域の侵害につながるようになる(しかしこのような問題領域については制度的保障論として別の場で展開する方が望ましいので、ここではこれ以上立入らない)。要するにわが国の憲法問題としては、客観的訴訟の性格を有するものを排斥する合理的理由は全く存在しないということである。

信教の自由と政教分離

ある。

敗戦直後、マッカーサー司令官の示唆を得た当時の内大臣府御用掛近衛公が、京都大学時代の恩師佐々木惣一博士に明治憲法の改正案の起草を依頼し、ついで内大臣府御用掛を拜命した博士が起草した「憲法案」第七八条には、憲法裁判所について相当詳細な規定が設けられており、本件事案に関係のあるところを示せば「憲法裁判所ハ……政府又ハ帝国議會ノ行動力帝国憲法ニ違反スルヤ否ヤニ付帝国議會又ハ政府ノ請求アリタル場合ニ於テ憲法裁判ヲ行フ」という部分がある。⁽⁶⁾ここにいう政府とは内閣のことであるから、これによれば公権力の行使にあたる公務員の政教分離違反の違憲行為に対しては、最高責任者たる内閣を相手として議院が憲法裁判所に裁判の請求を行うことができ

ることになり、本件判決のように、一面においては原告の宗教的人格権の侵害を根拠づけるために、政教分離違反をもちだし、他面においては、政教分離違反を根拠づけるために、宗教的人格権の侵害を主張する必要はなかった筈である。もっとも、実際問題としては、公務員の憲法違反の疑いのあるあらゆる非違に対して直ちに憲法裁判の必要はなく、その前段階において盡されねばならない手段は当然のこととして考慮されねばならないが、ここでは措く。

ある故人を当該故人の生存配偶者の反対があるにもかかわらず、他の者がそれと異なる宗教により祀ることが当該配偶者の宗教的人格権を侵害することにならないとされる場合に、政教分離違反の行為により同様のことをすれば宗教的人格権を侵害することになるというのは矛盾である。本件判決のこのような矛盾の原因は、わが国の裁判制度

上、客観的訴訟の範囲が機関訴訟や民衆訴訟として法律により示されるごく一部に限定され、瑕疵ある国家行為に対する裁判所の抽象的判斷権の門戸が極めて狭いことにも、その原因の一部があると思われる。

- (1) 清宮四郎・憲法一三五六一七頁、佐藤功・憲法(ポケット)四八一頁、日本国憲法概説(全訂新版)三六七頁以下、橋本公巨・憲法原論(新版)四二六頁、伊藤満・逐条憲法特講下五〇四頁ほか多数にのぼる。
- (2) 佐々木惣一・憲法学論文選(一六九一—一七四頁、覚道豊治「憲法訴訟の当事者適格」(大石義雄博士還暦記念論文集世界各国の憲法制度)三八〇頁、田畑忍・憲法学講義三〇四頁。
- (3) 一円一億・憲法大要二六八—九頁。ただしこの主張が解釈論にとどまるのか、現実にも及ぶのか不明であるので、もし前者であれば第二説に入ることになる。
- (4) マンツによれば、Institutionelle Garantien は憲法規定に関するもので、個人の権利の承認を目的とせず、一定の制度の保障を目的とするものである(Maunz, Deutsches Staatsrecht, 22 Aufl., S. 108)。またアンシュッツは、基本権の内容を、個別的に確定することなく憲法上根拠づけるところやり方で制度を保障するのが制度的保障であると云う(Maunz, a. a. O.)。Institutgarantien は私法上の制度例えは財産権を保障する制度をさすか、両者を区別する実益に乏しくマンシュートラインは両者を合わせ Einrichtungs garantien と称して云う(しかし Rechts) Einrichtungen 以外に gesellschaftscharflicher Sachverhalte なども保障するもの(v. Mangoldt-Klein, Das Bonner Grundgesetz, 2 Aufl. Bd. I, 1966, S. 83)。
- (5) Wolf · Bachof, Verwaltungsrecht I, 9 Aufl., S. 235. しかしこのような見解に対しては、制度的保障とは、基本となつてゐる権利に応じて存在するもので、この逆はありえないという批判がなされてゐる (Vgl. dazu, Maunz-Dürig-Herzog, Grundgesetz, 3

Auftr. Art. 1 III Rn. 98.)。

- (6) 磯崎辰五郎・統治行為説批判二四七頁。二三五頁から二五一頁にわたつて、現行憲法と佐々木惣一博士の憲法案の対比が掲げられている。憲法案には、明治憲法に存在しなかつた国家賠償、憲法裁判所、地方自治などに関する条文が詳しく盛られてあり、現在でも大いに参考とすべき点が多い。

む す び

法治国原理は、国民の権利利益を行政権の恣意から防衛することを目的とするものであり、わが国はかかる原理に立っている。そして法治主義を徹底するためには、国民の積極的な国政参与を承認し、国民の主体的な活動により、行政活動の適正を保障することが必要不可欠である。かかる認識の下に現在のわが国には、行政訴訟制度ないし行政訴訟制度が存在するが、これらの制度において、国民が直接自己の利益にかかわらない行政庁の非違の是正を求める客観的争訟ないし客観的訴訟は、地方自治法上の直接請求の署名や公職選挙法上の各種選挙及びその効力等その他若干の範囲に限定されている。現実には、一人行政庁のみならず、すべての国家行為において、直接国民の権利利益を侵害することはなくとも違法違憲の瑕疵を完全に避けることは不可能事であるにもかかわらず、そのための予防・匡正手段はなお未開拓の状態である。

学説判例において、当事者適格ないし原告適格拡大の努力がなされてはいるが、これらはいくまでも現行法制度を基礎とするものである

が故に、自と現行法制度と矛盾しない範囲という限界をもつものであり拡大解釈自体決して国民の利益になることばかりとは限らないのである。法改正による明確な範囲の当事者適格ないし原告適格の拡大に対しては、濫訴の弊害ということがよくいわれる。しかし争訟ないし訴訟を提起維持する労力と経費を思えば濫訴の弊害ということは杞憂にすぎないのではないかと思われる。⁽¹⁾

また乱訴の弊害が顕著にあらわれる可能性ということを想定するのであれば、法人を含めてすべての国民に、抽象的規範統制としての民衆訴訟の提起権を認めることが考えられるが、現実にはドイツバイエルン憲法九八条四項が「基本権の許容しえない制限のための法律の違憲性は、各人により憲法裁判所に訴願することができる」と規定し、法人を含めてすべてのバイエルン人に無条件に法律に関する憲法訴願(Verfassungs beschwerde)を認めている。⁽²⁾これは抽象的規範統制としての民衆訴訟である。当初はこの提訴権が乱用され、その結果憲法裁判所と立法政府の機能が麻痺ないし停滞するのではないかという危惧があったが、実際にはそのようなことはなく、それどころか、憲法裁判所に実り高い司法発展の機会をもたらしたといわれている。⁽³⁾

わが国においても、憲法を維持し、法の適正な執行を保障するために、いたづらに学説や判例による拡大解釈に依存することなく、憲法を含めての積極的な法改正の姿勢がなければならぬ。その上で、なお修正補完すべき点が生じたならばすみやかに、これに対処すればよい。それが人間社会の進歩であり発展であると考ええる。

(1) 阿陪泰隆「不服申立ての利益」(行政判例百選Ⅱ)三一九頁。

(2) J. Wintrich, Schutz der Grundrechte durch Verfassungsbeschwerde und Popularklage, 1950, Sff. 2-11. 諸州の憲法や憲法裁判所に關して Dennewitz, Die Verfassungen der modernen Staaten, Bd. II, 1948, Geiger, Gesetz über das Bundesverfassungsgericht, 1952, 27-49.

(3) Lechner, Die Verfassungsgerichtsbarkeit, in Beiermann-Nipperdey-Schneuer, Die Grundrechte, Bd. III, 1959, S. 688.