

# 信教の自由の保護範囲と 国家の宗教的・世界観的中立性 (2)

棟 久 敬\*

- I はじめに
- II 初期の連邦憲法裁判所の判例と学説
- III 判例と学説の変遷 (以上 14 卷 1 号)
- IV 日本国憲法における信教の自由の保護範囲
- V むすびにかえて (以上本号)

## IV 日本国憲法における信教の自由の保護範囲

### 1. 信教の自由における「宗教」の意義

本稿の冒頭<sup>122)</sup>においてすでに述べたように、日本国憲法における信教の自由の保障対象である「宗教」の意義は、津地鎮祭事件控訴審判決に依拠し<sup>123)</sup>、できるだけ広く理解すべきであるというのが、現在の支配的見解（以下では「広義説」と称する）である。

しかし、本稿の問題意識および前章までの検討から、この点に関しては、信教の自由の保障範囲をなるべく広く捉えることそれ自体には異論はないとしても、

『一橋法学』（一橋大学大学院法学研究科）第 14 卷第 2 号 2015 年 7 月 ISSN 1347-0388

※ 一橋大学大学院法学研究科博士後期課程

122) 前述 I (14 卷 1 号 165 頁以下) を参照。

123) また、箕面忠魂碑訴訟第一審判決（大阪地判 1982 年 3 月 24 日判時 1036 号 20 頁）も、「宗教は、観念の仕方、その現われ方が多種多様であり、これを一義的に定義することは困難であるが、超自然的な人の通常認識を超えたものの存在の確信とこれに対する畏敬の念をもととして成立しているものといえる。そして、憲法 20 条、89 条にいう宗教の意義もこのようなものとして理解されなければならない。」として、定義の困難さに留保を付してはいるものの、宗教の意義を広く理解している。

広義説の述べるように、宗教の意義を客観的に捉えることは果たして可能であり、また望ましいのか、という問題が提起される。また、広義説に対しては、かねてよりさまざまな方向性からの批判が少なくなかったことも無視することはできない。

そこで、本節では、まず、広義説への批判を検討したうえで、本稿の問題意識に照らして、信教の自由の保障対象である「宗教」の定義について検討することにした。

### (1) 広義説への批判

広義説に対しては、かねてより、宗教とは無関係なものまで含まれるため、より限定的に解すべきであるという方向性からの批判や、広義説の定義では狭きに失するとの方向性からの批判があった。さらに、広義説の定義は必ずしも十分なものとはいえないとの批判もある。いずれの批判も、方向性は異なるものの、広義説による宗教の定義が不十分であることを問題視するものであった。以下では、これらの批判を順に概観する。

### ア. 宗教の限定的理解

まず、大石眞は、宗教の社会的意義や近年の新興宗教や新宗教運動の登場を念頭に、広義説を批判する<sup>124)</sup>。すなわち、宗教団体のなかには宗教法人として認められ、それにより特権を付与される団体も存在することから、宗教の定義は、「たんに拡大解釈すればよいという単純なことがらではない」<sup>125)</sup>ことを指摘する。

---

124) 大石眞『憲法と宗教制度』（有斐閣、1996年）236頁、同『憲法講義Ⅱ〔第2版〕』（有斐閣、2012年）159頁。

125) 大石、前掲註124)『憲法講義Ⅱ』159頁。なお、初宿正典『憲法2基本権〔第3版〕』（成文堂、2010年）213頁は、津地鎮祭事件控訴審判決による宗教の定義は、「広きに失しないかどうか、また適切な定義かどうかは議論のありうところである」と述べたうえで、この定義は「キリスト教的な神概念を基礎とする定義ではないか」と指摘し、さらにまた、広島や長崎で毎年行われる平和記念式典等もこの定義に含まれるのではないかと疑問を呈しつつも、「〈〈宗教〉〉の定義は広く解すべきであって、これを限定しようとする試みは適切とは言えない。」と述べている。また、同「信教の自由と政教分離」杉原泰雄編『新版 体系憲法事典』（青林書院、2008年）476頁も参照。

また、前章までで検討したように、新興宗教や新宗教運動が信教の自由を標榜できるかどうかは宗教の定義にかかっており、「難しい問題を含んでいる」<sup>126)</sup>ということにも留意が必要であることを強調している。とはいえ、以上のような問題意識から、大石は、宗教の定義を「超越的な絶対者の存在を信じ、それとの関係で生を意味づけようとする心為」<sup>127)</sup>であると理解しており、広義説よりも限定的に理解している。

#### イ. 宗教の主観主義的理解

これに対して、広義説およびそれが前提とする津地鎮祭事件控訴審判決の定義ではなお狭きに失するとの批判もある。まず、阪本昌成は、この判決における宗教の定義が、「有神論的宗教観に寄りすぎ」<sup>128)</sup>たものであること、「国家が〔有神論的信仰と無神論的信仰との〕両者を区別すること自体政教分離違反ではないか」<sup>129)</sup>ということを問題視する。そこで、阪本は、宗教学<sup>130)</sup>や神学<sup>131)</sup>の知見を取り入れながら、憲法上の宗教の定義を捉えなおそうと試みる。このような試み

126) 大石、前掲註124)『憲法と宗教制度』236頁。

127) 大石、前掲註124)『憲法講義Ⅱ』159頁。また、前掲註124)『憲法と宗教制度』236頁にも同様の定義がみられる。

128) 阪本昌成「信教の自由」ジュリスト1089号(1996年)194頁、同『憲法理論Ⅱ』(成文堂、1993年)324頁、同『憲法2 基本権クラシック [第4版]』(有信堂、2011年)133頁。また、小山剛「信教の自由と政教分離(1)」法学セミナー707号(2013年)51頁も、広義説に「違和感を覚ええないわけではない」としたうえで、その理由について、津地鎮祭事件控訴審判決の宗教の定義のうち、「『絶対者、造物主、至高の存在等』は欧州仕様、『神、仏、霊等』は日本仕様との印象があり、両者を『なにかんずく』で結んでいるためである」と述べており、本文中の阪本と同様の批判を展開している。粕谷友介「『宗教的』行為の意味」芦部信喜他編『日本国憲法の理論』(有斐閣、1986年)259頁も、「わが国における『宗教』の捉えかたは、現在までのところ、……宗教のなかのある特別な型を想定した側立つ論理ではないかという疑問がわからないでもない」とする。さらに、鳥居喜代和『憲法的価値の創造』(日本評論社、2009年)426頁も、津地鎮祭控訴審判決の定義では、「仏教の関係する事例について適切な判断が必ずしも保障されない」ことを指摘する。

129) 阪本、前掲註128)『憲法理論Ⅱ』324頁。〔 〕内は筆者による補足。

130) ここで阪本が依拠するのは、岸本英夫『宗教学』(大明堂、1961年)17頁である。なお、阪本、前掲註128)「信教の自由」193-194頁によれば、岸本の宗教概念は、「個々人にとっての宗教の機能」からアプローチしたものであって、宗教の社会的機能にアプローチするためには、これとは異なる宗教概念が必要になるという。そして、後者の機能にアプローチする宗教概念は、政教分離における宗教概念として捉えられることになる。

131) P. ティリッヒ(高木八尺編訳)『文化と宗教』(岩波書店、1962年)28頁。

から、阪本は、宗教を「(ア) 意味、苦難、不正義の究極的な問題を選定し、(イ) これらの問題を弱めあるいは解決するよう試みる根本的諸方法を明示しながらも、(ウ) しかし、そのようなすべての努力にもかかわらず、無意味、苦難、不正義が続くという事実に対処する理論を展開するもの」<sup>132)</sup>であると位置づけ、その意義を本人の主観に求める。すなわち、阪本によれば、本人が「究極的関心事に解答を与える絶対・無条件の価値基準が感じられ、体験できる」<sup>133)</sup>のであれば、信教の自由の保護範囲に含まれることになる。信教の自由の保護範囲を阪本のように解釈するのであれば、その範囲を確定するものは本人の主観以外になく、広義説よりも広範かつ包括的なものとなるであろう。

#### ウ. 宗教の拡張的理解

また、土屋英雄は、私的領域における信教の自由の十分な保障と、公的領域における国家の非宗教性の確保を両立させる必要があるとの問題意識から、宗教の定義はできる限り広範に捉えるべきであると主張する<sup>134)</sup>。そして、宗教学における宗教の定義<sup>135)</sup>を基礎として憲法上の宗教を定義するならば、津地鎮祭控訴訟審判決による宗教の定義では不十分であることを指摘する。また、土屋は、宗教

---

132) 阪本、前掲註128)「信教の自由」193頁。

133) 阪本、前掲註128)『憲法理論Ⅱ』324頁、同、前掲註128)『憲法2 基本権クラシック』133頁。なお、松井茂記『日本国憲法〔第3版〕』(有斐閣、2007年)430頁も、「その人が宗教だと理解していれば、それは宗教だ」とする。また、浦部法穂『憲法学教室〔全訂第2版〕』(日本評論社、2006年)135頁も、「たとえ、多くの人が俗悪な宗教だと感じるようなものであっても、国家権力が、邪教・擬似宗教だという理由でその宗教じたいを禁止することは、許されない。邪教か真正な宗教かの判断はそれぞれの人に委ねられるべきことがらであり、また、多数決で決定できるような性質のことがらではないからである」と述べており、宗教の意義を本人の主観に求める立場に与していると思われる。このような見解は、熊本信夫「信教の自由の保障と限界」法学セミナー増刊『思想・信仰と現代』(日本評論社、1977年)73頁が、「何が宗教であり、何が宗教でないか、の問題は、人類に課せられた永遠の課題であって、……このような設問に対する解答は、国家機関のなし得るものではないのであって、広く国民一般の批判と良識にのみ従うべきものである」と述べている(同「政教分離と靖国神社問題」ジュリスト総合特集21号230-231頁にも同様の趣旨の記述がある)ように、かねてより存在していた。

134) 土屋英雄『思想の自由と信教の自由〔増補版〕』(尚学社、2008年)140頁以下。

135) ここで参照されているのは、岸本、前掲註130)、14頁以下およびW.R.コムストック(柳川啓一監訳)『宗教——原始形態と理論』(東京大学出版会、1976年)38頁以下である。

の一義的な定義が好ましくないことや、同じ宗教を信じる者であってもその信仰内容が異なることから、「憲法上の宗教は複合的に定義されるべき」<sup>136)</sup>であることに留意している。これらの点を考慮して、土屋は、憲法上の宗教を次のように定義している。「憲法上の宗教とは、超自然的、超人間の本質の存在を確信し、畏敬崇拝する心情と行為をいい、かつその超自然的、超人間の本質のなかには人間界とは絶対的に区別される本質から人間界とは相対的に区別される本質（例えば人間の延長としての「生き神」「生き仏」）まで含まれ、また信仰者によっては人間の問題の究極的な解決に関わりをもつと信じているいとなみ、さらに宗教信仰はしばしば神聖感、神秘感、法悦感、崇敬感、報恩感、畏怖感、贖罪感などの宗教感情、宗教意識、宗教経験をともなう、とするのが妥当であろう」<sup>137)</sup>。このように、土屋は、阪本のように、宗教の意義を本人の主観にゆだねるのではなく、客観的かつ広範に定めようと試みている。こうして、きわめて広範に宗教の意義を定めることは、広義説やその基礎としての津地鎮祭控訴審判決における宗教の定義では想定されえないような、少数者の宗教も捕捉することが可能であろう。

## エ. 小括

以上のように、広義説を批判する論者のうち、大石は、宗教団体が宗教法人として認められると特権が伴うことなどから、宗教の定義をより限定しようと試みている。しかし、大石のように、宗教の定義を「超越的な絶対者」にまで限定するならば、当然ながら絶対者の存在しない宗教はそこから除外されることになる。さらに、問題はこのことだけにとどまらず、この定義に依拠して信教の自由の保護範囲を確定しようとするならば、国家機関の解釈によって「絶対者」の意義が

136) 土屋、前掲註134)、143頁。

137) 土屋、前掲註134)、143頁。なお、同143-144頁は、信教の自由の保護範囲の前提となる宗教の定義と、政教分離における宗教の定義を区別していない。その理由として、(1)津地鎮祭事件控訴審判決の宗教の定義は政教分離の分野で出されたものであること、(2)信教の自由と政教分離の一体性を保つこと、(3)個人の信教の自由と政教分離とに跨る事件において、どちらの定義を適用するのか不明であること、(4)政教分離における宗教の意義を狭く捉えると、国家と宗教との広い結びつきを許すことになること、(5)目的・効果基準を適用する際に、宗教の意義を狭く捉えると政教分離を二重に緩めることになること、が挙げられている。

左右されることになる結果として、評価禁止という意味での国家の宗教的・世界観的中立性義務が無に帰するという危険性も看過できない。以上のような危険性や本稿の問題意識を鑑みて、宗教法人に特権が伴うということに対する警戒感のみをもって、大石のように宗教の定義を狭める立場には与することはできない。

これに対して、阪本と土屋は、宗教の定義をより拡張的に捉えようと試みている。彼らが上にみたように広義説を批判し、信教の自由の保護範囲を拡張すべきと主張する根底には、次のような問題意識がある。それは、世俗的行為とは区別された宗教的行為に憲法上の特別な保障を与えるためには、信教の自由の保護範囲の前提である宗教の意義を広範に捉えつつも、より精確に定める必要がある<sup>138)</sup>ということや、「憲法学は宗教用語を散漫に理解し、焦点定まらぬ用い方をしている」<sup>139)</sup>というものである。

これらの問題意識は、広義説に対する批判として妥当なものであるといえるだろうか。また、これらの問題意識に対して、本稿は、前章までの検討を通して、どのように応答すべきであろうか。

## (2) 憲法上の宗教を定義づけることの意義と問題点

以上のような問題を検討するにあたって、まず、広義説が依拠する、津地鎮祭

---

138) 土屋英雄「アメリカ合衆国憲法と“宗教”」社会科学討究95号(1987年)241頁以下は、アメリカ連邦最高裁のバーガー・コート以降の判例や一部の学説が宗教の定義を回避していることに対して、本文で述べたことに加えて、宗教を定義づけることが必ずしも信教の自由の制限に直結するわけではないことから、「宗教の意義へのアプローチを絶対的に拒否する理由は乏し」(242-243頁)と指摘している。また、小林節「アメリカ憲法における『宗教』概念」法学研究62巻2号(1989年)14-15頁も、アメリカにおける宗教の定義に関する学説および判例の検討を通して、「私達の国語的常識と経験則に照らして、宗教とその他の事象とを区別することはかなりの程度まで可能」であり、さらに、「その際、まずは、信教の自由の保障の見地から、『宗教』という概念は、やはり、できるだけ広くとらえられるべきであろう」と述べている。芦部信喜『憲法学Ⅲ〔増補版〕』(有斐閣、2000年)129-130頁、同『宗教・人権・憲法学』(有斐閣、1999年)90頁以下および日比野勤「憲法における宗教の概念」公法研究52号(1990年)112頁以下も、土屋や小林と同様の問題意識を共有している。また、90年代以降のアメリカにおける信教の自由については、花見常幸「アメリカにおける信教の自由に関する判例法の展開」宗教法14号(1995年)165頁以下、安西文雄「信教の自由に対する『制約』およびその周辺」立教法学82号(2011年)110頁以下を参照。

139) 阪本、前掲註128)「信教の自由」196頁。

事件控訴審判決をもう一度見直してみたい。名古屋高裁は、憲法における宗教の意義を定めるにあたって、まず、「一口に宗教といっても、極めて多元的多義的であるのでこれを定義づけることは頗る困難である」ことを確認している。そのうえで、宗教法人法も宗教の定義を避けており<sup>140)</sup>、むしろ、宗教上の外見的行為に基づいて、同法が適用される宗教団体を判断している<sup>141)</sup>ことを判決は示している。このような前提に立ったうえで、判決は、「できるだけ広くこれ〔宗教〕を解釈すべきである」ことを強調して、広義説の依拠する宗教を定義づけている。ここで注意すべきなのは、宗教を定義づけるにあたって、判決は、定義が極めて困難であるという留保を付していることや、定義の前提として、宗教学上の宗教の定義を「人間の神に対する精神的生活面（信仰）である」と位置づけていること、さらに「敢えて定義づければ」と留保を付したうえで、広義説の依拠する宗教の定義を行っていることである<sup>142)</sup>。

140) 宗教法人令に代わる宗教法人法の制定過程においても、宗教を定義することに対しては、きわめて慎重な態度がとられていたようである。例えば、1950年3月20日の衆議院文部委員会において、殖田俊吉法務大臣（当時）は、「邪教とは何ぞや。どこが神聖な宗教であり、どこから邪教であるか、これは非常にむずかしいことでありまして、これも法律でもつて限界をきめるなどということは、とてもできないと思います。（中略）いわゆる怪しげな宗教が、宗教の看板を掲げて信者を集めているからと申してこれを、（中略）そういう宗教は憲法における宗教の自由はないはずであると言うことは、実際上におきましては、ほとんど不可能ではないかと実は考えておるわけでありまして。もし宗教というものゝを定義をいたしまして、これをAは取締る、Bは自由にするということでありまして、いわゆる思想の自由、表現の自由というものがまったく破壊されるという、危険の方が多くなつて参らないかと思うのであります。」と答弁している（「第7回国会衆議院文部委員会議録」11号（1950年3月20日）6頁）。また、1951年2月1日参議院本会議において、天野貞祐文部大臣（当時）も、「信教の自由ということは憲法の保障している基本人権でございますが、併しそれは公共の福祉を害しない範囲のことであつて、そうでない宗教というものゝは認められてはならないわけでありまして、併しどういふ宗教が一体公共の福祉に反するかということゝをきめるということが私は非常にむずかしいことだと思ふに思ふ。若し我々が軽々しくそれをきめるならば、やはり宗教の弾圧ということにならざるを得ません」（旧字体は新字体に改めた）と答弁している（「第10回国会参議院本会議議録」9号（官報号外1951年2月2日）120頁）。

141) 宗教法人法2条は、「この法律において宗教団体とは、宗教の教義をひろめ、儀式行事を行ない、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」（強調筆者）と規定し、各宗教団体の教義等に立ち入ることなく、当該団体の目的により、同法の適用の有無を判断するという枠組みを採用している。

142) 引用した判決文の強調はすべて筆者によるものである。

このように、津地鎮祭事件控訴審判決における憲法上の宗教の定義づけの前提を見直してみると、さまざまな問題があることがわかる。まず、この判決は、宗教の定義の前提として「人間の神に対する精神的生活面（信仰）」という宗教学上の定義を参照している。しかし、この前提は、阪本に代表される批判にあるとおり<sup>143)</sup>、有神論的な宗教を重視しすぎており、そこに属さない宗教が排除される危険性がある。また、判決は、宗教の定義が極めて困難であることや宗教法人法も宗教を定義していないことを確認したうえで、広義説が依拠する宗教を定義づけている。しかし、その定義も、上で強調したように、あくまでも「敢えて定義づければ」という留保付きのものであり、名古屋高裁もこの定義を確信をもって行ったわけではないという読み方も可能である。このような推論が妥当であるとするならば、広義説の捉える宗教は、その前提において有神論的な宗教を重視しているという点で、実はそれほど広いものではないばかりか、その前提も極めて不安定なものであるということになる。また、そうであるとするならば、阪本や土屋による広義説に対する批判に通低する問題意識は、傾聴に値するものであるといえるのではないだろうか。

もっとも、本稿のこれまでの検討を通して、より重要なのは、信教の自由の保護範囲を広範に理解すべきであるとしても、その前提としての宗教の定義を積極的に行うことに果たしていかなる意義があるのかという問題である。前章まででみてきたように、現在のドイツにおいては、基本権主体の宗教的な自己理解のみを基準とすることは、確かに、信教の自由を口実として援用するにすぎない者の自称「信仰」・「宗教的行為」であっても、信教の自由の保護範囲に含まれてしまうという問題がある。しかし、そうであるからといって、直ちに信教の自由の保護範囲たる宗教を積極的に定義づける必要が生じるわけではなく、「宗教でないもの」を除外するといった消極的な手法が要求されるにすぎない。翻って、上でみたように、日本の学説状況は、はじめから宗教を積極的に定義づけようと試みるものが少なくない。しかし、日本のように、特定の何らかの信仰を持つ者に対して、強い違和感や嫌悪感を抱く者が少なくない状況<sup>144)</sup>では、他者によって客

---

143) 本章1.(1)イを参照。

観的に枠づけられた保護範囲をあらかじめ用意しておくよりはむしろ、ドイツの判例や学説のように、基本権主体の自己理解に説得力があるかどうかのみを判断するという手法の方が、少数者がより信教の自由の依拠しやすいのではないだろうか。

結局のところ、広義説のように、信教の自由における宗教を客観的に定義づけることに何らかの意義があるとするれば、憲法学の対象のひとつである信教の自由の意味に関して、その学問共同体において通用する「共通理解」<sup>145)</sup>を仮定的にはあるが措定しておくという点にとどまる。

### (3) 小括

本節では、まず、広義説に対する批判を概観し、そのうち広義説よりも宗教の意義を拡張しようとするか、または主観主義的に捉えようとする試みとその問題意識には一定の意義が認められることを確認した。というのも、広義説の依拠する津地鎮祭事件控訴審判決における宗教の定義やその前提には、上に述べたように、さまざまな問題点が指摘されるからである。もっとも、やはり積極的に憲法上の宗教を定義づけることは、それがいかに包括的なものであるとしても、日本の社会状況に鑑みて、きわめて慎重でなければならないということも述べてきた。

とはいえ、ドイツにおける議論が判例・学説相互の応答によって形成されてきた以上、本稿がここまで展開してきた議論も、現実には生起している事件に対する有効な処方箋である（かもしくは、過去の事件においてそうであった）ということを示す必要がある。そこで、憲法上の宗教の意義を消極的にのみ定め、保護範

144) この問題を指摘するものとして、樋口陽一・内藤正典・阪口正二郎「鼎談 共生に向けて何を提起するか」阪口正二郎・内藤正典編著『神の法 vs 人の法』（日本評論社、2007年）308頁〔阪口・樋口発言〕がある。

145) 芦部信喜〔高橋和之補訂〕『憲法〔第5版〕』（岩波書店、2011年）4頁は、憲法とは何かを明らかにする文脈ではあるが、「研究の対象を正確に捉えることは、あらゆる学問の出発点である」とする。同『憲法学Ⅰ』（有斐閣、1992年）1頁にも、同様の記述がある。憲法学が、憲法上の宗教の意義を探求しようと試みてきた背景にも、部分的にはあるが、このような問題意識があった可能性は否定できないのではないだろうか。また、岸本、前掲註130)、13頁も、宗教学における宗教の定義は、「一応の約束事」であり、「探求を進めていくために必要な、研究対象の規定」としての、「作業仮説」であるということに留意している。

囲の確定においては基本権主体の自己理解が説得力のあるものであるかどうかによって判断するという手法が、果たして現実の事件において通用しうるものであるか否か、とりわけ過去の最高裁判例に照らして適合的に理解しうるものであるか否かについて、最後に、節を改めて検討することにしたい。

## 2. 憲法判例における信教の自由の保護範囲の認定方法

前節において検討してきたように、信教の自由の保護範囲は、原則として基本権主体の宗教的な自己理解に説得力があるか否かによって認定すべきであり、広義説のようにその前提たる宗教の意義をあらかじめ客観的に定める意味は乏しい。それでは、実際の裁判例において、信教の自由の保護範囲に含まれるか否かを判断するにあたって、憲法上の宗教の定義はどのように取り扱われているのであろうか。本節では信教の自由に関する判例のなかでも代表的な事例である「加持祈禱事件」<sup>146)</sup>、「牧会活動事件」<sup>147)</sup>、「エホバの証人剣道受講拒否事件」<sup>148)</sup>を素材として、前節までの検討によって得られた帰結は、果たして、またどの程度判例の立場と整合的に理解しうるかについて検討することにしたい。

### (1) 判例による保護範囲の認定方法

#### ア. 加持祈禱事件

まず、加持祈禱事件は、周知のとおり、被告人が被害者の平癒を祈願するために宗教行為として線香護摩による加持祈禱を行ったが、その過程で被害者に暴行を加えた結果、死に至らしめたことにより、傷害致死の罪に問われて起訴されたものである。この事件において、被告人は一貫して信教の自由の侵害を主張していた<sup>149)</sup>。これに対して、最高裁は、憲法12条・13条の公共の福祉から、「信教の自由の保障も絶対無制限のものではない」ことや、線香護摩による加持祈禱が

---

146) 最大判1961年5月15日刑集17巻4号302頁。

147) 神戸簡判1975年2月20日判時768号3頁。

148) 最判1996年3月8日民集50巻3号469頁。

149) 第一審判決（大阪地判1960年5月7日刑集17巻4号328頁）によれば、被告人は、「加持祈禱によって病気が平癒するものと確信し」ていたと主張している。上告趣意書（判タ145号（1963年）174頁）にも同様の主張がある。

一般的に治療行為として認められないことを指摘したうえで、このような治療行為が「一種の宗教行為としてなされたものであったとしても、……他人の生命、身体等に危害を及ぼす違法な有形力の行使に当るものであり、これにより被害者を死に致したものである以上、被告人の右行為が著しく反社会的なものであることは否定し得ない」(強調は筆者)として、傷害致死罪の成立を認めた。この結論については、学説においても否定するものはなく、本稿も異論はない。

しかし、ここで本稿が注目したいのは、次の点である。それは、最高裁は、被告人の宗教上の確信にしたがって、線香護摩による加持祈禱という行為が、信教の自由の保護範囲に含まれることを認めていると解しうるということである<sup>150)</sup>。この点については、調査官解説<sup>151)</sup>も認めており、また、学説も肯定的に評価するものが少なくない<sup>152)</sup>。この事件において、最高裁は、信教の自由の保護範囲の認定において、信仰やその教義に立ち入ることなく、被告人の主張ないしは宗教上の自己理解から判断しており、学説もそれを支持するものが少なくない。

#### イ. 牧会活動事件

牧会活動事件の争点は、高校生2名に対する牧会活動が宗教的行為と認められるか、そうであるとするならば、それは正当業務行為として違法性が阻却される

150) これに対して、第一審判決は、本件線香護摩による加持祈禱という行為を「俗信」ないしは「迷信」に基づくものであり、「人の無知と弱さにつけこみこれに寄生する市井のいわゆる「おがみ屋」ないし「おがみや」類似の行為は厳に撲滅排斥されなければならない」と述べており、また、控訴審判決(大阪高判1960年12月22日刑集17巻4号333頁)も「被告人の所属する教団においても精神異状者の平癒方法として原判示のごときいわゆる線香護摩によることが認められていない」と述べている。

151) 山本一郎「判例解説」『最高裁判例解説 刑事篇 昭和38年度』(1963年、法曹会)95頁。

152) 小泉洋一「信教の自由と加持祈禱治療」高橋和之他編『憲法判例百選Ⅰ〔第5版〕』(有斐閣、2007年)85頁、清水望「加持祈禱としての有形力行使」芦部信喜他編『宗教判例百選〔第2版〕』(有斐閣、1991年)13頁、鳥居、前掲註128)、431頁註3、駒村圭吾「信教の自由と加持祈禱治療」佐藤幸治他編『判例講義 憲法(1)』(悠々社、2010年)55頁、玉蟲由樹「信教の自由と加持祈禱治療」長谷部恭男他編『憲法判例百選Ⅰ〔第6版〕』(有斐閣、2013年)89頁。これに対して、本件行為は信教の自由の保護範囲に含まれないと指摘するものとして、相沢好則「信教の自由の保障とその限界」芦部信喜他編『憲法判例百選Ⅰ〔第2版〕』(有斐閣、1988年)67頁、渡辺康行『『思想・良心の自由』と『信教の自由』』樋口陽一他編著『国家と自由・再論』(日本評論社、2012年)139頁を参照。

のか、というものであった。これらの争点について、神戸簡裁は、まず、牧会活動を、公判における証人の供述に基づき、次のように認定している。すなわち、「牧師が自己に託された羊の群（キリスト教では個々の人間を羊に喩える）を養い育てるとの意味である。そこで、牧師は、中に迷える羊が出れば何を措いても彼に対する魂への配慮をなさねばならぬ。即ちその人が人間として成長して行くようにその人を具体的に配慮せねばならない。それは牧師の神に対する義務即ち宗教上の職責である」<sup>153)</sup>。そのうえで、裁判所は、牧会活動を「信教の自由のうち礼拝の自由という礼拝の一部分（即ちキリスト教における福音的信仰の一部）をなすものであるから、それは宗教行為」であると判断し、牧師の宗教活動であることを認めている。そして、牧会活動の目的は「個人の魂への配慮を通じて社会へ奉仕することにあるのであるから、それ自体は公共の福祉に沿うもので、業務そのものの正当性に疑を差しはさむ余地はない」ことから、牧師による牧会活動は正当業務行為として違法性が阻却されるとした。また、裁判所は、それに加えて、このような性質をもつ牧会活動が、「国家自身の法益の保護……を目的とする刑罰法規に触れる」場合であっても、「常に後者が前者に優越」すると理解すべきではなく、「宗教行為の自由が基本的人権として憲法上保障されたものであることは重要な意義を有し、その保障の限界を明らかに逸脱していない限り、国家はそれに対し最大限の考慮を払わなければならない、国家が自らの法益を保護するためその権利を行使するに当っては、謙虚に自らを抑制し、寛容を以てこれに接しなければならない」（強調は筆者）ことをも強調している。

この事件についても、本稿が注目したいのは、裁判所が、牧師の牧会活動を宗教的行為であると認定するにあたって、当該牧師の行為や公判における証人の供述に依拠しており、信仰の内容や教義には立ち入っていないということである。このことを判断の基礎として、裁判所は、牧師の牧会活動が信教の自由の保護範囲に含まれることを認定し、なおかつそれには「最大限の考慮」が必要であるとともに、「寛容」が要請されることを述べている。裁判所のこのような判断手法についても、学説には首肯するものが多い<sup>154)</sup>。この事件においても、裁判所は、

---

153) 裁判所は、証人の供述によって引用した箇所の事実を認めることを示している。

信教の自由の保護範囲の認定においては、やはり牧師の宗教上の自己理解や証人の供述に基づいて判断していると理解することができる。

#### ウ. エホバの証人剣道受講拒否事件

エホバの証人剣道受講拒否事件において、憲法学が最も着目する点は、校長による学生<sup>155)</sup>の退学処分などの措置が、裁量権を逸脱したものであり違法であるとして、行政裁量に対する判断過程統制<sup>156)</sup>がなされたということにある。すなわち、学生が剣道を受講できないことについて、学校は「正当な理由のない履修拒否と区別することなく、代替措置が不可能というわけでもないのに、代替措置について何ら検討することもなく」、2年連続で原級留置処分を下し、さらにその結果として退学処分としたことに対して、最高裁は、「考慮すべき事項を考慮しておらず、又は考慮された事実に対する評価が明白に合理性を欠き、その結果、

154) 牧会活動が信教の自由の保護範囲に含まれると解するものとして、熊本信夫「判例評釈」判例評論196号(1975年)143頁、小林孝輔「『高校生を匿った牧師の行為』の正当性」季刊教育法17号(1975年)93頁、同「判例教室 憲法〔新版〕」(法学書院、1989年)134頁、金澤文雄「判例評釈」判例タイムズ325号(1976年)105頁、駒村圭吾「牧会活動の自由と犯人蔵匿罪」佐藤幸治他編『判例講義 憲法〈1〉』(悠々社、2010年)56頁、矢島基美「牧会活動の自由と犯人蔵匿罪」長谷部恭男他編『憲法判例百選Ⅰ〔第6版〕』(有斐閣、2013年)93頁を参照。なお、粕谷友介「牧会活動の自由と犯人蔵匿罪」高橋和之他編『憲法判例百選Ⅰ〔第5版〕』(有斐閣、2007年)89頁は、本判決が牧会活動を「礼拝の自由」に類別されるとしたことに対して、牧会活動は宗教的行為の自由であることを指摘する。これに対して、前田光夫「牧会活動としての犯人蔵匿」芦部信喜他編『宗教判例百選〔第2版〕』(有斐閣、1991年)25頁は、「牧会活動が刑法103条に抵触し、『犯人蔵匿』に至るときそれは憲法の保障する信教の自由の枠外に立つ」として、本件においては、牧会活動は信教の自由の保護範囲に含まれないと述べる。しかし、基本権主体の宗教上の自己理解を保護範囲の認定において重視する本稿の問題意識からは、このような立場に与することはできない。

155) この事件を解説するものの中には、学生を「生徒」と表現するものが少なくない。しかし、この事件の原告(被告诉人)が在学していたのは高等専門学校であり、卒業した者は準学士と称することができるなど、学校教育法上、高等学校とは全く異なる教育課程の学校である。さらに、同法120条4~6項によれば、高等専門学校に在学する者を「学生」と称している。これらのことから、この事件の原告を「生徒」と表現するのは不適切であり、本稿も正確を期すために学生と表現する。

156) 栗田佳泰「宗教上の理由に基づく『剣道』の不受講」長谷部恭男他編『憲法判例百選Ⅰ〔第6版〕』(有斐閣、2013年)97頁、阪本、前掲註128)『憲法2 基本権クラシック』、137頁、渡辺前掲註152)、163-164頁。

社会観念上著しく妥当を欠く処分をしたものと評するほかはなく、本件各処分は、裁量権の範囲を超える違法なものといわざるを得ない」と判断したのである。このように、最高裁は、校長の裁量権の統制という観点から、学生に対する退学処分などの措置が違法であるとの結論を下している。

しかし、本稿が着目したいのはむしろ、最高裁が上記のような結論に至る過程で、当該学生の信教の自由をどのように考慮しているかという点にある。最高裁は、まず、当該学生がエホバの証人の信者となった経緯や、その学生が「その教義に従い、格技である剣道の実技に参加することは自己の宗教的信条と根本的に相いれないとの信念」から剣道の実技に参加できなかったという事実関係を踏まえ、そのうえで、「被上告人が剣道実技への参加を拒否する理由は、被上告人の信仰の核心部分と密接に関連する真しなものであった」ことを認定している。この点について、本件第一審判決<sup>157)</sup>は、「必修科目である剣道実技を履修しなかったにもかかわらず、剣道実技について点数を与えることになると、学校側において、履修拒絶が宗教上の理由に基づくものかどうか判断しなくてはならなくなるが、そうすると、必然的に公教育機関である高等専門学校が宗教の内容に深くかかわることになり、この点でも、公教育の宗教的中立性に低触するおそれがある」としていた。しかし、最高裁は、神戸地裁判決の指摘するように、エホバの証人の教義等に立ち入って、学生の宗教上の信念が「真しなものであった」と認めているわけではない。むしろ最高裁は、「学生が信仰を理由に剣道実技の履修を拒否する場合に、学校が、その理由の当否を判断するため、単なる怠学のための口実であるか、当事者の説明する宗教上の信条と履修拒否との合理的関連性が認められるかどうかを確認する程度の調査をすることが公教育の宗教的中立性に反するとはいえないものと解される」とするにとどまり、実際には、宗教上の教義に立ち入ることなく、その宗教上の信念の真偽を確認することは可能であると述べている。つまり、最高裁も、ある特定の宗教上の信念やそれに基づく行為（本件のような不作為も含む）が、信教の自由の保護範囲に含まれるか否かを判断するにあたっては、宗教上の教義等に立ち入ることなく、外形的な行為などか

---

157) 神戸地判 1993年2月22日判タ 813号 134頁。

ら確認するとどまっている<sup>158)</sup>。本稿がこれまで繰り返し用いてきた言葉で表現すれば、このような判断手法は、基本権主体の宗教上の自己理解が説得力のあるものか否かに基づいて、信教の自由の保護範囲に含まれるか否かを認定するものである。ここでも、広義説のように宗教の意義を広範に捉えるとはいえ、あらかじめ客観的に保障の対象を確定しておくというアプローチは採用されていない。

## (2) 判例の判断手法の意義と問題点

以上のように、判例は、ある行為が信教の自由の保護範囲に含まれるか否かを判断する際には、当該行為の外形や当事者ないしは証人の供述を基礎としている<sup>159)</sup>。つまり、宗教を積極的に定義づけてそこに該当するか否かといった判断を行ってはならず、また、特定の信仰や教義に立ち入ってもいない。このような判断手法は、基本的に、前章までで検討してきたドイツの議論と基本的には整合的に理解することができる。もっとも、行為の外形などによって判断する手法にも、問題がないとは言いきれない。というのも、たとえ外面に表出した行為であったとしても、そこから内心の信仰を推知することは不可能ではないからである<sup>160)</sup>。そうであるとするならば、ある行為が信教の自由の保護範囲に含まれる

158) この点については、調査官解説をはじめ、学説の多くも趣旨を同じくする。川神裕「判例解説」『最高裁判所判例解説』51巻3号(法曹会、1999年)150頁、土屋英雄「宗教上の理由に基づく『剣道』の不受講」高橋和之他編『憲法判例百選Ⅰ〔第5版〕』(有斐閣、2007年)95頁、安念潤司「信教の自由」法学教室209号(1998年)55頁、矢島基美「公立学校における政教分離原則と信教の自由」ジュリスト臨時増刊『平成8年度重要判例解説』(有斐閣、1997年)17頁、棟居快行「剣道実技の強制と信教の自由」法学教室192号(1996年)95頁、野坂泰司「信仰を理由とする剣道実技の履修拒否と公教育の宗教的中立性」ジュリスト1035号(1993年)151頁、同「公教育の宗教的中立性と信教の自由」立教法学37号(1992年)29-30頁、戸波江二「信教の自由と剣道受講義務」筑波法政16号(1993年)35頁、平野武「剣道履修拒否と信教の自由」龍谷法学25巻1号(1992年)128-129頁、小林武「信教の自由と公教育の宗教的中立性(2)」南山法学17巻3号(1994年)111頁。なお、渡辺、前掲註152)、155頁は、最高裁が、退学処分などの措置が裁量権を逸脱しており違法なものであることを判断する際に考慮すべき一つの要素として、信教の自由が挙げられていることを指摘する。

159) 赤坂正浩『憲法講義(人権)』(信山社、2011年)110頁は、憲法上の宗教を定義せず、基本権主体の自己理解に依拠する「主観説に立つ場合には、本人の真摯さが、宗教(信仰)として認定するひとつの判断材料になると考えられる」としているが、判例の判断手法は、部分的にはこのようなものであるように思われる。

か否かを判定する際には、外形的行為に着目することを完全に否定することはできないとしても、当事者の主張や事実といった他の要素にも比重を置いて判断する必要があるのではなからうか。また、保護範囲に含まれると判断された場合であっても、牧会活動事件判決が示したように、制約や正当化の局面において、国家は信教の自由に「最大限の考慮」を必要とするだけでなく、「寛容を以って」接しなければならない。

また、本節でとりあげたいずれの判例も、保護範囲の認定において、上で述べたような手法を用いて判断しており、学説の多くもこれを肯定している。このことが意味するのは、学説が、信教の自由一般を論じる場面では、その保護範囲につき、広義説に依拠しているにもかかわらず、信教の自由が保障するそれぞれの行為が具体的に問題となる場面では、その保護範囲の認定につき、判例と同じ判断手法に依拠しているということである。ここで、学説は、信教の自由を理由として、特定の宗教を狙い撃ちにするものではなく、国民一般に課せられる義務からの免除が認められるかということの問題にする文脈で、まず、2つのアプローチを提示する<sup>161)</sup>。第一のアプローチは、その義務を課す法令が特定の宗教を狙い撃ちにするものでなければ、信教の自由を侵害しないというものである。というのも、信教の自由を理由としてこのような義務からの免除を認めると平等原則に反するからである（平等取扱説）。これに対して、第二のアプローチは、そのような義務によって、信教の自由に対して間接的な負担が生じており、それにより信教の自由を行使することがある程度妨げられる場合には、信教の自由の侵害を認定し、義務からの免除を認めるべきであるとするものである（義務免除説）。この2つのアプローチのうち、学説の多くは、後者の義務免除説に対して肯定的であり<sup>162)</sup>、上でとりあげた判例も、この説から解釈してきた<sup>163)</sup>。このことから明らかになるのは、広義説に与する者も、憲法上の宗教を定義づける場面では、広義説に立つにもかかわらず、それが具体的に問題となる場面では、広義説を全

160) 矢島、前掲註154)、93頁も、「宗教的行為といえども内心の信仰に密接にかかわることから、その制約に関しては、内面・外面の安易な二分法によるのではなく、慎重な取扱いが要請される」と指摘する。

161) 安念潤司「信教の自由」樋口陽一編『講座憲法学3 権利の保障 [1]』（日本評論社、1994年）190頁以下。

く考慮していない、ということである。結局のところ、広義説に依拠する多くの学説も、具体的に信教の自由が問題となっている事例においては、広義説と真剣に向き合おうとしていないのではないだろうか。そうであるとするならば、前に述べたように<sup>164)</sup>、憲法上の宗教をあらかじめ客観的かつ広範に定義する広義説は、やはり「作業仮説」ないしは学界の「共通理解」としての意味しか持ちえないということになる。

### (3) 小括

本節では、判例が信教の自由の保護範囲を認定するにあたっては、当該行為の外形に着目するかあるいは当事者・証人の証言を基礎としていることを指摘し、学界の多数を占める広義説もここではこのような判断手法におおむね肯定的であることをみてきた。そして、このような状況から、広義説は、具体的な事件において全く顧みられていないばかりか、広義説に依拠する学説そのものの多くも具体的な事件においては自らの説を顧みしていない。日本の判例も、保護範囲の認定においては、基本権主体の宗教上の自己理解を基礎としており、これまで検討し

162) 学説の多くは、エホバの証人剣道受講拒否事件についても、義務免除説に立って理解している。これに対して、阪口正二郎「第20条」芹沢斉他編『新基本法コンメンタール憲法』（日本評論社、2011年）162-163頁は、独自の私立学校を持たないエホバの証人が、公立高校からも排除され、残された選択肢として高等専門学校があったことに對し、これを予想して高専側が剣道を必修科目としたために事件が生まれたとして、「この事件は宗教中立的な規制に関わる事例ではなく、実際には特定の宗教を狙い撃ちにした規制である」と考える余地がある」ことを指摘している。また、長谷部恭男『憲法学のフロンティア』（岩波書店、1999年）52-53頁註7も同旨。このような指摘に従うならば、この事件については、本文でとりあげた2つのアプローチは問題とはならないであろう。

163) ただし、加持祈禱判決については、被害者を死亡させるほどの有形力の行使があったことから、傷害致死罪の成立を認める。もっとも、安念、前掲註161)、196-197頁は、「この種の暴力的な加持祈禱が信仰の中核をなす宗教があり、祈禱者が病者の真摯な囑託を受けて有形力を行使したという事例であれば、かりに傷害致死という結果が生じていたとしても、結論は自ら変わらざるを得ないと思われる」と指摘している。これに対して、渡辺、前掲註152)、161-163頁は、牧会活動事件やエホバの証人剣道受講拒否事件において、判例は、学説の提唱するような義務免除説に立ったのではなく、むしろ信教の自由に配慮したものであることを強調している。この問題は、信教の自由に対する直接的・間接的制約に関して、判例と学説がどのように理解しているか、という重要な問題を含んでいるが、本稿では立ち入らない。

164) 本章1.(2)を参照。

てきたドイツの判例および学説状況と整合性をもって理解することができるのではないだろうか。

### 3. 小括

日本の憲法学説においては、信教の自由の保護範囲の前提である宗教の定義について、長らく広義説が支配的であった。しかし、広義説に対しては、その定義が不十分であり、より拡張的な定義が必要であるかまたは主観主義的に捉えるべきであるとの批判があった。そして、本稿は、そのような批判に一定の意義があることを認めるものである。さらに、広義説は、津地鎮祭事件控訴審判決における宗教の定義に依拠しているが、そもそもこの判決の定義自体が不安定な前提に立ったものであるということからも、広義説に対する批判に意義が認められる。

また、判例も、津地鎮祭事件控訴審判決や箕面忠魂碑訴訟第一審判決を除いて、憲法上の宗教を定義しておらず、具体的にある特定の行為が信教の自由の保護範囲に含まれるか否かが問題となる場合には、当該行為の外形や当事者の主張を判断の基礎としている。学説もこれに賛同するものが多く、広義説との乖離は小さくない。

結局のところ、信教の自由の保護範囲の認定においては、基本権主体たる当事者の宗教上の自己理解にゆだね、国家はその主張の真摯さや説得力の有無、さらに行為の外形等から、信教の自由を最大限考慮して判断するほかないのではなからうか。ここで、あらかじめ何が憲法によって保障される宗教なのかということ、積極的に定義する必要はなく、仮に定義できたとしても、それは宗教ではないものを消極的に除外するというにとどまるということになる。

## V むすびにかえて

本稿では、まず、ドイツの判例および学説が、信教の自由の保護範囲を認定する際に、かつてはその宗教上の教義を評価してはならず、基本権主体の自己理解に基づかなければならないと一般には理解されていたことを確認した。しかし、その後の宗教的多元化の進行に伴い、現在では、信教の自由を口実として援用す

るにすぎない者に対応するために、その自己理解に説得力があることを示さなければならぬとされるようになってきている。その背景には、国家の宗教的・世界観的中立性義務に抵触しない方法で、国家が宗教に関する問題に対応する際に、その信仰や教義に立ち入らないためにはどうすればよいか、という問題意識がある。このような、信教の自由のみが問題となる場面では、厳格な政教分離原則を採用していないと評されるドイツにおいてすら、宗教的・世界観的に中立的な対応を行うことが国家に義務づけられることになる。なお、本稿で用いてきた国家の宗教的・世界観的中立性という概念は、通常であれば、政教分離原則の場面において観念されるものである。しかし、政教関係の緩厳を問わず、信教の自由を保障するという局面においては、国家は宗教そのものや教義を評価してはならないという意味での中立性義務が観念されうることになる。本稿は、この点について、ドイツにおける判例と学説の議論を検討することを通して示してきた。

これに対して、日本の憲法学においては、かねてより、憲法解釈の出発点として憲法上の宗教を積極的かつ広範に定義づけようと試みてきた。その際に依拠するのが、津地鎮祭事件控訴審判決である。しかし、この判決も、憲法上の宗教を確信をもって積極的に定義しようとしたわけではないことから、支配的見解である広義説の前提はきわめて不安定なものとならざるをえない。また、判例を理解する際にも、学説は、広義説を意識していない。そうだとすれば、結局のところ、広義説の意義は学界共通の理解を提供するということ以外にない。信教の自由の保護範囲を認定する方法については、ドイツの判例や学説の状況は、日本でも十分傾聴に値するものである。とはいえ、説得力の有無という要件を課したとしても、基本権主体の自己理解に依拠して信教の自由の保護範囲の認定を行うことになれば、やはり、一般的自由とどのように区別するのかということも問題となるだろう<sup>165)</sup>。この点については、問題となっている行為について、宗教団体の自己理解を援用することが可能であれば、そのことをもって信教の自由の保護範囲に含まれると認定しうる。しかし、伝統的でない宗教や少数派の宗教に対してこ

---

165) 良心の自由においても、「良心」の意義を拡張的に解釈した場合、同様の問題が生じる。この問題については、西原博史『良心の自由〔増補版〕』（成文堂、2001年）第1部第2章および第3章（57頁以下）を参照。

そ信教の自由を可能な限り保障すべきであるという本稿の問題意識からすれば、確固たる宗教団体を想定しえない者についても考慮する必要があるだろう。こうしたケースについて答えるためには更なる検討を要するため、本稿ではこれ以上立ち入ることはできない。しかし、若干の仮説的な付言をするならば、ドイツの2000年代以降の判例で説得力の有無を判定する際に用いられていた、定款や構成員数、宗教的生活の強さや存続期間といったような世俗的な尺度を示したうえで、なるべく信教の自由の保障に重きをおいて判断していくほかないのではなからうか。

なお、本稿で取り扱ってきた議論は、信教の自由の保障対象を考察するものであり、憲法で保障される自由を検討する出発点となるものである。しかし、本稿には残された課題もある。まず、政教分離原則における宗教の定義については、本稿では考察の対象とすることはできなかった。ここでの宗教の定義をどのように捉えるかについては、今後の検討課題である。さらにまた、精神的自由に限っても、信教の自由以外の自由の保障対象の検討は十分になされているのだろうか、という問題もある<sup>166)</sup>。また、信教の自由以外の自由であっても、国家はその内容を評価したり立ち入ったりしてはならないといった義務を想定しうるのだろうか。さらに、本稿が準拠国としたドイツにおいては、宗教的多元化が一層昂進しつつある。そのような状況において、本稿が検討した枠組みはさらなる変化にさらされざるをえないのか、それとも未だそうした変化に耐えうるものであり続けているのだろうか。しかし、こうした問題については、もはや本稿では取り扱うことはできないため、今後の課題としたい。

---

166) 憲法上の権利の保障対象をいかに定義づけるかという問題については、現在では、精神的自由に限っても、さまざまな研究がある。良心の自由については、西原、前掲註165)、53頁を参照。また、林知更「思想の自由・良心の自由」南野森編著『憲法学の世界』(日本評論社、2013年)191頁以下は、思想の自由と良心の自由とがそれぞれ異なる保障内容を有することを指摘する。