

政教分離の原則と宗教系私学に対する 公費助成

結 城 忠[§]

目 次

- 1 信教の自由と私学教育
 - 1-1 信教の自由
 - 1-2 宗教系私学の自由
 - 1-3 親の宗教教育の自由
 - 1-4 子どもの「信教の自由」と宗教教育をうける権利
 - 1-5 親の宗教教育の自由と子どもの人格的自律権
 - 1-6 子ども・親の「信教の自由」と公教育の宗教的中立性
 - 1-7 宗教系私学における生徒の「信教の自由」
- 2 政教分離の原則
 - 2-1 信教の自由と政教分離の原則
 - 2-2 政教分離の原則の法的性格と分離の程度
- 3 宗教系私学に対する公費助成
 - 3-1 宗教系学校法人に対する助成
 - 3-2 宗教団体が設置する幼稚園への助成

[§] 白鷗大学教育学部

1 信教の自由と私学教育

1-1 信教の自由

「信教の自由」は中世における宗教的圧迫に対する抵抗に発し、その後の血ぬられた殉教の歴史をへて確立されたものである。信仰は人間の精神生活の究極に連なるから、この自由獲得のための闘争はあらゆる精神的自由権を確立するための原動力となった。「信教の自由はすべての精神的自由の原型であり、母胎である」、と言われるゆえんである⁽¹⁾。そこで近代憲法はまず例外なくこの自由の保障規定を含んでいる。たとえば、ドイツ基本法（1949年）＝「信仰、良心の自由、ならびに宗教および世界観の告白の自由は、不可侵である」（4条1項）、スイス連邦憲法（1999年）＝「信仰・良心の自由は保障される」（15条1項）、「すべての人は、自己の宗教や世界観的確信を自由に選択し、単独で他の人と共同して、それを表明する権利を有する」（同条2項）、などの規定例がそれである。

日本国憲法も「信教の自由は、何人に対してもこれを保障する」と書いている（20条1項）。ここにいう「信教の自由」は「宗教の自由」と同義であり、そしてこの場合、津地鎮祭事件に関する名古屋高裁判決（昭和46年5月14日・行裁例集22巻5号680頁・「判例時報」630号7頁）によれば、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、なかなづく神、仏、霊等）の存在を確信し、畏敬崇拜する心情と行為を』をいい、個人的宗教たると、集团的宗教たると、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」と捉えられている。

そしてこの定義は憲法学の通説によっても基本的に支持されるところとなっている⁽²⁾。

信教の自由は、具体的には、以下の三つの内容を包含している⁽³⁾。①内心における信仰の自由〈「信仰をもつ自由」、「信仰をもたない自由」、「信仰告白の自由」、「信仰を告白しない自由」からなる〉、②宗教的行為の自由

〈「宗教上の儀式などを行う自由・布教宣伝を行う自由」、「そのようなことを行わない自由」からなる〉、③宗教的結社の自由〈「教義決定の自由」を含む〉。

なお信教の自由は、上記①の内心の信仰に関するかぎり、その保障は絶対的であり〈内心保障の絶対性〉、いかなる制約にも服さない。したがって、たとえば、邪教といわれるような宗教であっても、その宗教やそれを信仰すること自体を禁じることは許されない。

1-2 宗教系私学の自由

上述のように、憲法20条1項が保障する「信教の自由」は、その内容として「宗教的行為の自由」を含んでいるが、この自由には「特定の宗派のための宗教教育を行う自由」が包含されている^[4]。

この「信教の自由」条項は私学にはストレートに適用される。くわえて、私学はいわゆる「憲法的自由」として「私学の自由」(Privatschulfreiheit)を憲法上の基本権として享有していから、特定の宗教的スローガンを建学の精神や独自の教育方針として、宗派的教育その他の宗教的活動を行うことができる。ちなみに、この点を確認して、現行法制も「私立の小(中)学校の教育課程を編成する場合は、…宗教を加えることができる。この場合においては、宗教をもって…道徳に代えることができる」と規定している〈学校教育法施行規則50条2項・70条によって中学校に準用〉。

また戦後間もない1949年に出された文部事務次官通達「社会科その他初等および中等教育における宗教の取扱いについて」(昭和24年10月25日)にも、こうある^[5]。「私立学校は軍国主義的教説を教えてはならないということ以外には、すべての宗教教育および目的活動に関して、自分の教育方針や実践を決定する自由をもっている」。

この私学の「宗教教育の自由」ないし「宗教系私学の自由」は、歴史的には、「親の教育権・宗教教育の自由」(後述)に強く対応して生成し、いわゆる「教育の自由」の第1次的な実態をなしてきていることは、すでに

よく知られている。

またこの宗教系私学の自由は子どもの「宗教教育をうける権利・自由」(後述)にも直接対応している、ということが法的には重要である。

1-3 親の宗教教育の自由

親が有する「信教の自由」は、親自身の「信教の自由」保障だけに止まらず、子どもに対する「宗教教育の自由」(Freiheit der religiöse Erziehung)を導く。そして、この自由には、①特定の宗教教育をする自由、②特定の宗教教育を受けさせる自由もしくは受けさせない自由、③礼拝、祈とう、宗教上の儀式・式典などに参加させる自由あるいは参加させない自由、が含まれているということを押さえておきたい。

ただ親の「宗教教育の自由」はより直接かつ第1次的には、「親としての自明の権利」(自然法的な権利)として憲法上の保障をえている一憲法13条の幸福追求権の保護法益ないし「憲法的自由」として一と見られる、「親の教育権」(Das elterliche Erziehungsrecht)それ自体に根拠をもつと言える。子どもの世界観や人生観に関する教育は、親のもっとも根源的な精神の内的自由領域に属し、したがって、それは親の教育権の最重要な1内容として、当然にこの権利に含まれているからである。こうして親は、子どもの宗教教育に関しては、憲法20条1項の「信教の自由」による保障にくわえて、親の教育権によって加重的に補強された自由・権利をもっていることになる⁶⁾。

事実、欧米における親の「教育の自由」の歴史をひもとけばクリアーに知られるように、親の「宗教教育の自由」は、歴史的に、親の教育権の最重要で中核的な内容をなしてきた。それどころか、欧米においては、親の教育権といえば先ずこの「宗教教育の自由」を意味してきた。

そこで今日でも、たとえばドイツにおいては、この面での親の権利は「宗教ないし世界観上の親権」(Das konfessionelle weltanschauliche Elternrecht)と称されて別個に概念規定され、それは、「子どもの宗教的・

世界観的な教育を決定する親の権利」と観念されている⁽⁷⁾。そして親は、この権利にもとづき、たとえば、学校での宗教教育に子どもを参加させるかどうか、参加させる場合にはどの宗派の宗教教育にするか、を決定できることになっている。

またアメリカにおいても、「親がその子の宗教上の教育に関し決定ないしガイドする権利をもつということは、わが国の文化にあっては既に承認された原理となっている」とされている⁽⁸⁾。

1-4 子どもの「信教の自由」と宗教教育をうける権利

改めて書くまでもなく、子どもはけっして「大人の掌中にある無権利客体」ではない。基本的人権の主体として、原則として、憲法上の諸権利・自由を享有している。それは、基本的人権が人間として当然にもっている権利という以上、必然的な帰結である。こうして、子どももまた憲法20条1項が保障する「信教の自由」の権利主体たりうることは疑いを容れない。ちなみに、この点を確認して、「子どもの権利条約」も「締約国は、思想、良心および宗教の自由についての子どもの権利を尊重する」〈14条1項〉と明記している。

子どもが享有する「信教の自由」には、その保護法益として、「特定の宗派教育をうける自由、もしくはうけない自由」が当然に包含されている。くわえて、憲法26条1項が保障する「教育をうける権利」には、国・公立学校では容易に期待できないようなユニークな「私学教育をうける権利」、したがってまた「宗教系私学教育をうける権利」が包摂されている、ということが重要である。この権利が「宗教系私学の自由」に対応していることは、既述したところである。

ただ子どもは、一般的には、いまだ成熟した判断能力を有してはいない。また、この点ともかかわって、子どもを保護する必要性もあり、そこで子どもの有する「信教の自由」は成年者の場合とは違った構造をもつことになる。

具体的には、子どもの場合は、「信教の自由」という基本的人権の「主体たりうる能力」（基本権享有能力・Grundrechtsfähigkeit）とこの基本権を「自ら行使しうる能力」（基本権行使能力・Grundrechtsmündigkeit）とを区別し—この基本権行使能力はさらに原則として自己決定と自己責任においてその基本権の行使を可能ならしめる「全的な基本権行使能力（volle Grundrechtsmündigkeit）と、基本権の行使に際してなお親の教育権などによる一定の制約を伴う「限定的な基本権行使能力」（beschränkte Grundrechtsmündigkeit）に区分できる—、基本権行使能力の存否と強度を、親の教育権との関係で個別かつ具体的に見定めていくことが必要とされる⁽⁹⁾。ひとくちに子どもといってもさまざまな発達段階があるからである。—参考までにドイツでは、宗教の領域において子どもが自己決定できる権利能力のことを「宗教上の成熟」（Religionsmündigkeit）と称している⁽¹⁰⁾—。

1-5 親の宗教教育の自由と子どもの人格的自律権

上述のように、親だけではなく子どももまた憲法上の基本的人権として「信教の自由」を享有しているのであるが、それでは、両者はどのような関係に立つことになるのか。

この問題はそれぞれのケースに即して個別かつ具体的に判定するほかに、親権の本質的屬性や子どもの人権の特質に起因して、以下のような一般的な基準ないし法的枠組みが存していると解される。

①いうところの「親の教育権」は狭義には、「国家や第三者による影響から自由に、その子の教育を自己の固有の観念に従って形成する権利」⁽¹¹⁾と把握される。こうして親は、原則として、自らの宗教的信念にもとづいて子どもを教育する権利ないし子どもの価値観の形成に親として「影響を与える権利」（Einwirkungsrecht）をもつ〈親の宗教教育権〉。

②けれども、その際、子どもの人権主体性および親権の義務性とかかわって、親は、何が「子どもの最善の利益」（the best interests of the child・子

どもの権利条約3条)にもっともよく叶うかを真摯に考慮する義務を負う。

③子どもの「最善の利益」に反することが客観的に認定されるような、あるいは子ども自身の「信教の自由」をその本質的内容において侵害するような親の宗教的行為は、親の（宗教）教育権の濫用として違法となる。

④親の教育権は、子どもが成長し判断能力が増すにつれて、縮減する。つまり親の教育権と子どもの自己決定権は、権利としての強度において、反比例の関係に立つ〈「縮減・弱化する親の権利－伸張・強化する子どもの権利」(Weichendes Elternrecht—Wachsendes Kindesrecht)の法則⁽¹²⁾〉。

そしてこの場合、「思想・良心・宗教の自由」のような高度に人格的・すぐれて価値にかかわる事柄を保護法益とする基本的人権については、事の本質上、そうではない人権の場合よりも、子ども自身の意思や要望ないし自律的な決定がより尊重されなくてはならない、との命題が導かれよう⁽¹³⁾。

この点、子どもの権利条約が、子どもが「思想・良心・宗教の自由」を行使するに当たって、親は子どもに対し「その発達しつつある能力に適合する方法で」指示を与える権利を有し、義務を負う、と述べているのも、この趣旨に読める。

⑤それでは、具体的に、何歳くらいからこうした領域で子どもに自己決定権が認められるかであるが、一般的には、学説・判例上、民法上の責任能力（民法712条）が認定され、また刑事責任年齢としても法定（刑法41条）されている14歳前後（12—14歳くらい）にその境界が設定されえよう。不法行為責任や刑事責任を問うということは、人格的自律権をその前提としているからである。

参考までに、ドイツにおいては、公立学校での宗教教育への参加やその宗派についての決定に関し、「子どもの宗教教育に関する法律（Gesetz über die religiöse Kindererziehung vom 15.7.1921）」が、つぎのような定めを置いている（2条・5条）。

すなわち、子どもが、①10歳未満の場合は、これに関する決定権は親にある。②10歳以上12歳未満の間で、宗派を変更する場合には、親は

子どもの意見を聴かなければならない。③12歳以上14歳未満にあっては、親は子どもの意思に反して従前とは異なる宗教教育を指定してはならない。④14歳以降は、親の意思に反してでも、子ども自身が単独で決定できる⁽⁴⁴⁾。

またアメリカでも、アーミッシュの親が宗教的信念に基づいて就学義務を拒否したケースで、連邦最高裁判決（*Wisconsin v. Yoder*・1972年）におけるダグラス裁判官の反対意見は、「このような極めて重要な教育問題については、子どもが14歳ないし15歳であれば、（親だけで決定するではなく）、子どもにもその見解を聴聞される機会が与えられなければならない」と指摘している⁽⁴⁵⁾。

1-6 子ども・親の「信教の自由」と公教育の宗教的中立性

憲法20条3項は、国家の非宗教性・政教分離原則の一環として、「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」と規定し、これをうけて教育基本法15条2項は「国及び地方公共団体が設置する学校は、特定の宗教のための宗教教育その他宗教的活動をしてはならない」と定めている。公立学校で各宗派に共通の宗教教育を実施しているイギリスなどとは異なり、わが国の現行法制は、宗教教育・宗教的活動をほとんど無条件に禁止することによって、いうなれば公立学校教育の絶対的な宗教的中立性の原理を確立しているわけである——ドイツやイギリスにおけるように、親に宗教教育の選択の自由や子どもを欠席させる権利（子どもの宗教教育決定権と欠席権）を保障した上で、公立学校で宗教教育を実施している仕組みは、相対的な宗教的中立性と称しよう——。この制度原理が、戦前の神権天皇制下における国家神道教育からの絶縁を眼目としていることは、改めて指摘するまでもないであろう。

と同時に、ほんらい、この公教育法制における宗教的中立性原理は、子どもの「中立な学校教育を受ける権利」や「信教の自由」とともに、親の宗教教育の自由にも強く対応しているということが重要である。言葉を換

えれば、子どもの上記のような権利と併せ、すべての親の宗教教育の自由を保障するために、公立学校教育の宗教的中立性が要請されているということである。このことは、とりわけヨーロッパにおける近代公教育制度の成立・教育の世俗化過程を辿れば、容易に実証できるところである。

1-7 宗教系私学における生徒の「信教の自由」

ところで既述したような自由をもつ宗教系私学においては、生徒の「信教の自由」はどうなるのか。

これについて、一般的に言えば、「宗教系私学の自由」は生徒の「信教の自由」に原則的に優位すると言えよう¹⁰⁶。

私学は建学の精神に基づく独特の校風や教育方針によって社会的存在意義が認められ、生徒（親）はそのような校風と教育方針の下で教育をうけることを希望してその学校に入学するもの、と一般的には考えられるからである¹⁰⁷。

したがって、たとえば、ミッション・スクールにおいて、異教徒の生徒が特定の宗教グループを組織して活動しようとした場合、学校がこれを禁止しても直ちに違憲・違法ということにはならない。

とはいえ、宗教的私学といえども「憲法からの自由」を享有しているわけではない。また私学は「私学の自由」を有していると同時に、他方では「公共性」を求められている（教育基本法6条1項・私立学校法1条）。

そこで、生徒の信教の自由や親の宗教教育権の尊重という見地からは、宗教系私学においてもなお、生徒は宗教教育を欠席する権利を有しているか、が問われうる。

この問題は、結局のところ、公教育法制における宗教的中立性の原理が私学にいかなる範囲で、どの程度にまで及びうるか、ということに帰着する。宗教的私学の存在理由やその教育上の自由もまた憲法で保護された法益であることから、学則で明示された正規の宗教教育への出席義務づけは可能だと解されるが、それ以外の宗教上の行為に関しては、生徒（親）の

側に欠席する（させる）自由が留保されている、と見るのが妥当だと考える¹⁸⁸⁾。

2 政教分離の原則

2-1 信教の自由と政教分離の原則

上述したような「信教の自由」の保障を現実化するためには、国家があらゆる宗教から絶縁し、すべての宗教に対して中立的な立場に立つことが要請される。つまり、「信教の自由」保障は「国家の非宗教性」ないし「国家と宗教との分離」＝政教分離を求める。このことは、明治憲法下のわが国もその例であるが、国家が特定の宗教と結合し、異教徒や無宗教者に宗教的迫害をくわえた幾多の歴史を想起すれば、容易に肯けるところである。政教分離の原則は歴史的に「政治権力の支配から魂の自由を確保するもの」としての役割を担ってきたと捉えられるゆえんである〈「信教の自由」を確保するための手段としての政教分離の原則〉¹⁸⁹⁾。

もっとも、政教分離の原則とはいってもその具体的内容や分離の度合いは各国の憲法によって各様である。

たとえば、アメリカ合衆国憲法（1791年）は「連邦議会は、国教の樹立を規定し、または信教の自由な行使を禁止する法律を制定してはならない」（修正1条）と定めているだけであるが（国教禁止条項・establishment clause）、長期にわたる一連の憲法判例によってきわめて厳格な政教分離が確立されてきている。

イギリスでは国教制度が採られ、プロテスタントが国教としての位置を占めているが、それ以外の宗教に対して広範な寛容を認め、こうして実質的に「宗教の自由」がほぼ完全に保障されている。

フランスにおいては、1789年の人権宣言による「宗教の自由」保障をうけて、1905年に政教分離法が制定され、この法律によって「国家の非宗教性（ライシテ）の原則」が確立を見たのであるが、現行憲法（1958年）も

次のように書いて、この原則を憲法上確認している。「フランスは、不可分にして非宗教的な民主的かつ社会的共和国である」(2条)。

ドイツではワイマール憲法(1919年)が「信仰および良心の自由」ならびに「宗教的行事の自由」(135条)を保障したうえで、「国教会(Staatskirche)は存在しない」(137条1項)と規定して政教分離の原則を確立した。また教会を公法上の団体(Körperschaften des öffentlichen Rechtes)として位置づけて課税権を賦与するなど(同条5項・6項)、その固有の領域において一定の権限を承認した。そして現行のドイツ基本法(1949年)は「信仰の自由」(4条1項)を保障したうえで、上記のような政教分離に関するワイマール憲法の諸規定(137条～139条、141条)は「この基本法の構成部分を成している」(140条)と規定するところとなっている。

またイタリア憲法(1948年)は、カトリックを国教として認めたうえで、教会に対して公法人としての憲法上の地位を与え、これを受けて「国家とカトリック教会とは、各々その固有の領域においては独立し最高である」とし、両者が競合する事項については和親条約(コンコルダート)を締結しそれにもとづいて処理するとしている(7条)。またカトリック以外の宗派は法律の前にひとしく自由であるとし、これらの宗派と国家との関係については「両者の代表者の合意にもとづいて法律によって規律する」と定めている(8条)。

さらにスペインは伝統的にカトリックに対して国教的地位を認めてきたのであるが、1978年に制定された新憲法ではこの原則を変更し、こう規定するに至っている。「いかなる国教も認められない。公権力は、スペイン社会の宗教的信仰を考慮し、カトリック教会及びその他の宗派との当然の協力関係は、これを維持する」(16条2項)⁹⁰⁾。

日本国憲法は「信教の自由」(20条1項前段)を保障したうえで、「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」(同条同項後段)とし、また「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」(20条3項)と定め、さらに財政面か

らの裏づけとして「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」(89条)と規定している。

これは国家と宗教とのきわめて厳格かつ徹底した分離を宣明したもので、上述したアメリカやフランスと基本的には同じ類型に属しているといえる。このように日本国憲法がきわめて厳格な国家の宗教的中立性ないし政教分離の原則を確立しているのは、明治憲法下において国民の「信教の自由」が厳しく抑圧されたという歴史的な反省にもとづいている。

ちなみに、明治憲法は「信教の自由」条項を有していたが(28条)、しかしそれは「安寧秩序ヲ妨ケス」、また「臣民タルノ義務ニ背カサル限ニ於テ」認められたものでしかなかった。かくして戦時体制が進み、日本が軍国主義化するに伴って、政府は「神社は宗教にあらず」と説明して、神道を事実上国教として位置づけた。神社に特権的な地位を与えて国民に神社参拝を強制し、これを拒否するのは「臣民タルノ義務ニ背」くとの解釈を採った。また治安維持法や宗教団体法が制定されて、日本基督教団をはじめ多くの宗教団体が「安寧秩序」に違反する、「臣民タルノ義務ニ背」くとして徹底的に弾圧されたのであった²⁰⁾。

2-2 政教分離原則の法的性格と分離の程度

いところの政教分離の原則について、最高裁は津地鎮祭事件に関する判決(昭和52年7月13日・『判例時報』855号24頁)において、次のような見解を示している。

- ① 政教分離規定はいわゆる制度的保障の規定であって、信教の自由そのものを直接保障するものではない。国家と宗教との分離を制度として保障することにより、間接的に信教の自由の保障を確保しようとするものである〈制度的保障としての政教分離の原則〉。
- ② 政教分離の原則は国家が宗教的に中立であることを要求するものではあるが、国家と宗教との完全な分離を実現することは實際上、不

可能に近い。政教分離原則を完全に貫こうとすれば、かえって社会生活の各方面に不合理な事態を生ずることを免れない。例えば、特定宗教と関係のある私立学校に対し一般の私立学校と同様な助成をしたり、文化財の維持保存のため国が宗教団体に補助金を支出することも疑問とされるに至る。それが許されなということになれば、宗教と関係があることによる不利益な取扱い・差別が生ずることになる（下線・筆者）。

- ③ 政教分離といっても、国家が宗教とかかわり合いをもつことを全く許さないとするものではなく、宗教とのかかわり合いをもたす行為の目的および効果にかんがみ、そのかかわり合いがわが国の社会的・文化的諸条件に照らし相当とされる限度を超えると認められる場合に許されないと解すべきである。
- ④ 憲法20条3項にいう宗教的活動とは、国およびその機関の活動で宗教とのかかわり合いが上記にいう「相当とされる限度を超えるもの」、すなわち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に限られる〈目的効果基準〉。

このように最高裁は政教分離原則の法的性格をいわゆる制度的保障と捉えて、政教分離規定（制度）と信教の保障規定（基本権）とを峻別し、政教分離は性質上一定の限界があり、国家が宗教とかかわり合いをもつことは憲法上許されるとしたうえで、その限界は目的効果基準に照らしそれぞれのケースに即して画定されるべきものであるとし、憲法20条3項が禁止する「宗教的活動」を限定的に解釈する立場に立っている¹²⁾。

ところで、上記最高裁判決にいわゆる「制度的保障」(Institutionelle Garantie)はワイマール憲法下の地方自治制度や公務員制度などの法的性格にかかわる解釈として、憲法学者C. シュミットによって主唱された理論であるが、この理論によれば、憲法上、個人の権利とは別に一定の制度に対して特別の保護を与え、かかる制度についてはその本質・中核部分と周

辺部分を区別し、本質・中核部分は憲法によって絶対的な保障をうけるが、周辺部分は立法によって改変可能とされる²³⁾。つまり、当該制度の核心を侵さない限り、立法によっていかようにも規定できるわけで、政教分離規定を制度的保障と見る限り、政教分離の緩和が論理必然的にもたらされることになる。上記最高裁判決が「政教分離原則を完全に貫こうとすれば、かえって社会生活の各方面に不合理な事態を生ずることを免れない」と判じている所以である。

これに対して、政教分離の原則は、信教の自由確保のための単なる手段ではなく、信教の自由の確立にとって「必須の前提」をなしており、したがって、「政教分離規定は、それじたい人権保障条項と解すべき」であるとする有力な憲法学説が見られている²⁴⁾。政教融合が信教の自由を侵害し否定してきたという歴史的現実には、信教の自由の確立のためには政教分離が不可欠であるという認識にもとづいている。

けれども、このように政教分離規定＝人権保障規定と解した場合には、主要には、次のような疑問が生じるといえよう²⁵⁾。第1に、信教の自由とは異なる独自の人権と解した場合、それは具体的にどのような内容の権利なのか。信教の自由とは異なる独自の人権性はどこに認められるのか。またどのような場合に人権侵害があったと認定され、その除去を求めて出訴が可能なのか。肯定の場合、出訴権の帰属主体は如何に。第2に、そもそも政教分離の要請は国家に対する禁止命題であって、個別の人権の根拠とすることができるのか。

このように見てくると、「政教分離原則は端的に客観的憲法原則として把握されるべき」であり²⁶⁾、そのうえで、政教分離の程度や分離原則違反の有無を、各種の基本的な人権条項からの要請を踏まえて、それぞれの法域ごとに各個のケースに即して具体的に判定する、というアプローチこそが求められているといえよう。

3 宗教系私学に対する公費助成

現行法制上、私学に対する公費助成として、下記の2種類がある。①私立学校法59条に基づいての学校法人に対する助成、②私立学校振興助成法附則2条に基づいて「当分の間」なされる、学校法人以外の私立の幼稚園の設置者に対する助成、がそれである。政教分離原則との関係においては、①の私学助成では、宗教系学校法人への助成が、また②の私学助成にあっては宗教団体が設置する幼稚園への助成が、それぞれ憲法20条1項および憲法89条前段に違反しないかどうか検討されなくてはならない。

3-1 宗教系学校法人に対する助成

私立学校法案の作成に直接かかわった元文部官僚によれば、私立学校法の制定過程においては、宗教系学校法人への財政的援助は、政教分離の原則および憲法89条前段に違反し認められないとする見解がきわめて有力であったとされる。そこで宗教系学校法人を助成対象から排除するために、私立学校法59条で以下のように規定すべきであるとする二様の有力な見解が見られた。

一つは、「補助金の交付又は貸付金を受けた学校法人の設置する私立学校は、特定の宗教のための宗教教育その他宗教的活動をしてはならない」と明記して、直接、宗教系私学を排除しようとするものであった。

他は、「国又は地方公共団体は、学校法人に対して行う助成が特定の宗教のための宗教教育その他の宗教的活動のために、公金その他の公の財産を提供することにならないように留意しなければならない」と書いて、国・地方公共団体に制約を課すことによって、間接的に宗教系私学を助成対象から排除しようとするものであった⁶⁷⁾。

しかし一方で反対論も根強く、最終的には閣議において上記のような宗教系私学を排除する規定は削除された、という経緯がある。そこにおいては、「学校は、国家が定めた法定の課程によって教育を行うところであっ

て、また学校法人はかような学校の設置を目的とするものである。従って、宗教的活動を本来の目的とする一般の宗教団体とは異なる・・・。憲法89条の『宗教上の組織若しくは団体』を学校をも含む広義に解することは適当ではない」との憲法解釈が採られた²⁸⁾。

さて、現行法制上、この問題はどのように考えたらよいのか。これについては、学説・判例上、以下のような諸説が見られている。

①憲法89条前段は国家と宗教の分離の原則の確保を目的とするものであるから、宗教教育その他宗教的活動を行う私学に対して補助金を出すことはこの条項に違反し違憲となる。国または地方公共団体から補助金を受けた私学は宗教教育は行うことができない。国または地方公共団体がその学校に補助金を与えることにより、結局、宗教上の組織もしくは団体のために公金を支出する結果となるからである、と述べる²⁹⁾。

②宗教系私学に対する公費助成を直ちに違憲と断じるのではなく、アメリカ連邦最高裁判所の理論的創造にかかり、わが国の最高裁によっても援用されている「目的・効果基準」説に依拠しながら、ケース・バイ・ケースで合憲性を判定しようとする立場である。

具体的には、宗派系私学への補助金が「そこでの宗教教育に用いることを目的とするのでなければ、89条前段に抵触するものとはいえない」と解し³⁰⁾、あるいは「国民一般への利益付与という形式をとっても、それが、宗教団体への特権付与の‘かくれみの’であるにすぎないような場合』は違憲となるが、‘かくれみの’であるかどうかは、当該私学への助成が「宗教に対する援助・助長・促進または圧迫・干渉等になるか否かによって判断されるべき」だとする³¹⁾。

③先に触れた津地鎮祭事件に関する最高裁判決の多数意見の立場であるが、社会生活における現実の要請から政教分離の原則を緩やかに解釈し〈相対的分離〉、宗教系私学に対する助成はこの原則に违背しないとする見解である。政教分離の原則を完全に貫こうとすれば、宗教系私学に対する助成も疑問とされるに至るなど、社会生活の各方面に不合

理な事態をもたらすことになる、というのがその理由である。

④上記③の最高裁判決における5人の裁判官の反対意見の立場で、多数意見のように政教分離の原則を緩やかに解するのではなく、宗教系私学に対する助成は平等原則（憲法14条）の要請するところにより、憲法上許されるとするものである。宗教系私学が宗教と関係があることによって、不利益を受けたり、一般の私学とは異なる差別的な取扱を受けてはならないとする見解である。

⑤いうところの宗教系私学が憲法89条前段の「宗教上の組織若しくは団体」の範疇に属するか否かを検討することによって、当該私学に対する助成の可否を判定しようとするアプローチで、これには二様の見解がある。

一つは、法人定款、学則、財源的基盤、組織編制、教育課程、さらには伝統や慣習などに照らし、当該私学がその宗教性の度合いにおいて、上記範疇に属すると見られる程度にまで宗教的支配に服している場合は違憲となるとする見解である⁸²⁾。

二つは、先に言及した私立学校法の制定過程における政府見解の立場である。先に引いた通り、学校は国家が定めた法定の課程によって教育を行うところであり、学校法人は宗教的活動を本来の目的とする一般の宗教団体とは異なるから、「宗教上の組織若しくは団体」の範疇には属さず、したがって、宗教系私学に対する助成は憲法89条前段に違反しないと解する⁸³⁾。

このように、宗教系私学に対する公費助成をめぐるのは、その合憲性ないしその判定根拠について見解が分かれているのであるが、これらの見解に共通して指摘できるのは、教育をうける権利、親の教育権・教育の自由、私学の自由、信教の自由といった、宗教系私学と密接かつ不可分の関係にある憲法上の基本権が憲法89条前段の解釈に際してまったくその視野に含まれていないということである。この点は重大な理論的欠陥だと言わなくてはならない。

すでに論及したように、子どもが享有する「信教の自由」には、その保護法益として、「特定の宗派教育をうける自由」が当然に含まれている。また憲法26条1項が保障する「教育をうける権利」には「私学教育をうける権利」、したがってまた「宗教系私学教育をうける権利」も包摂されている。

また親が有する「信教の自由」は子どもに対する「宗教教育の自由」を導き、そしてこの自由は子どもに「特定の宗派教育を受けさせる自由」を包含している。くわえて、親としての自明の権利、親の自然法的な基本権である「親の教育権」は子どもに対する「宗教教育の自由」をその最重要で中核的な内容としている。

さらに私学はいわゆる「憲法的自由」として「私学の自由」を憲法上の基本権として享有しているが、この自由は上述した子どもや親の教育基本権に法的に対応しており、したがって当然に「宗派的教育の自由」を含んでいる。そしてこの場合、「宗教系私学の自由」は第1次的には「信教の自由」をその根拠としており、したがって、それ自体、国家の非宗教性ないし政教分離の原則という憲法上の原則によって法制上担保されている。くわえて、いうところの「私学の自由」の基本的実質は歴史的にはまさに「宗教系私学の自由」に他ならなかった、という事実にも留意する必要がある。

このように見てくると、一方における政教分離の原則、他方における上記のような各種の憲法上の基本権からの要請との調整のうえに、国と宗教とのかかわりの程度をケース・バイ・ケースのプラグマティックな判断によって見定め、それによって合憲性を判断するというアプローチが入用とされよう⁸⁴。

問題は、国と宗教とのかかわりの程度をいかなる判定基準によって認定するかであるが、これについては、レーモン事件に関するアメリカ連邦最高裁判決（Lemon v. Kurtzman, 1971）において示された「目的効果基準」が大いに参考になる。それによれば、政教分離原則にかかわる事件は次の

三つの基準にもとづいて判断すべきであるというのである⁽³⁵⁾。

第1．法律は世俗的な立法目的（secular legislative purpose）のものでなければならない。

第2．その主要もしくは第1次的な効果（principal or primary effect）は、宗教を助長するものでも抑圧するものでもない、ものでなければならない。

第3．法律は政府と宗教との過度のかかわり合い（excessive entanglement）を促進するものであってはならない。

こうして、私立学校法59条にもとづく現行の宗教系私学に対する公費助成は、上述した各種の憲法上の基本権および平等原則からの要請もあり、また上記基準に照らしても原則として憲法上の疑義は生じない、との評価をうけることになる。

3－2 宗教団体が設置する幼稚園への助成

学校教育法附則6条によれば、「私立の幼稚園は、・・・当分の間、学校法人によって設置されることを要しない」とされている。この規定は学校教育法の制定当時、わが国においては私立の幼稚園が多く、その設置主体は学校法人以外の個人ないし宗教法人が多数を占めていた、という現実の要請から生まれたものである。

1975年に制定を見た私立学校振興助成法は、附則2条において、上記学校法人以外の私立幼稚園の設置に対する公費助成を法定したのであるが、これには宗教団体を設置者とする幼稚園も含まれている⁽³⁶⁾。政教分離の原則および憲法89条前段との関係で、はたして宗教団体が設置する幼稚園に経常費助成を行うことが許されるのか。私学振興助成法附則2条の合憲性は如何に。

この問題について、宗教法人が宗教活動の延長として幼稚園を設置・経営し、当該幼稚園の園舎が宗教法人の建物の一部をなしているような場合には、かかる幼稚園に対する経常費助成は憲法89条前段に抵触する蓋然性

が高い、とする見解が見られている⁽³⁷⁾。

また有力な憲法学説も、宗教法人に対する免税措置とは異なり、経常費助成は公権力と宗教との過度のかかわりを生ぜしめる恐れがあるから、憲法89条前段に違反する疑いがあるとの見解を示している。そしてこの場合、違憲性を排除するためには、「すくなくとも補助費の具体的支払いを、子供を受益者とするような形式において行う配慮が要請されよう」と述べている⁽³⁸⁾。この見解は、コ克蘭事件に関するアメリカ連邦最高裁判決(Cochran v. Louisiana State Board of Education, 1930)において提示されたいわゆる「子どもの利益説」(child benefit theory)にきわめて近似しているように見えるが、しかしこの事件で合憲性が問われたのは宗教系私学の児童・生徒に対する非宗教的教科書の無償措置に関してであり、制度としての経常費助成ではない⁽³⁹⁾。

宗教団体がその宗教活動の一環として幼稚園を設置・経営し、当該幼稚園がその宗教性の度合いにおいて相当程度、当該宗教団体の宗教的支配に服していると認定される場合は(宗教団体の宗教活動と幼稚園の教育活動の融合)、私学振興助成法附則2条にもとづく宗教団体を設置者とする幼稚園への経常費助成は、憲法89条前段に違反するものとして認められないといえよう⁽⁴⁰⁾。

(注)

- (1) 樋口陽一・佐藤幸治・中村睦男・浦部法穂「注釈日本国憲法(上巻)」青林書院, 1991年396頁。
- (2) さしあたり、芦部信喜編「憲法Ⅱ」有斐閣、1984年、313頁。
- (3) 佐藤幸治「憲法(第3版)」青林書院, 1995年, 490頁。
- (4) 芦部信喜「宗教・人権・憲法学」有斐閣、1999年、7頁。樋口陽一・佐藤幸治・中村睦男・浦部法穂「憲法Ⅰ」青林書院, 1994年, 389頁。
- (5) 文部省教務研究会編「教務必携」ぎょうせい, 1995年, 52-53頁。
- (6) 詳しくは参照: 拙著「学校教育における親の権利」海鳴社, 1994年, 220頁以下。
- (7) F.Ossenbühl, Das elterliche Erziehungsrecht im Sinne des Grundgesetzes, 1981, S.102.
- (8) D.Schimmel / L.Fischer, Parents, Schools, and the Law, 1987, S.54.

- (9) 詳しくは参照：B.Pieroth/B.Schlink, Grundrechte Staatsrecht II, 2010, S.37ff. W.Roth, Die Grundrechte Minderjähriger im Spannungsfeld selbständiger Grundrechtsausübung, elterlichen Erziehungsrechts und staatlicher Grundrechtsbildung, 2003, S.23ff. M.Roell, Die Geltung der Grundrechte für Minderjährige, 1984, S.23ff.

ちなみに、I.v.Münch/P.Kunig, Grundgesetz-Kommentar, 5Aufl, 2000, Bd.1 S.23～S.24によれば、Grundrechtsfähigkeitとは「基本権の主体たりうる 自然人ないしは法人の能力」、Grundrechtsmündigkeitとは「基本権を自律的に行使してもよい自然人の能力」とそれぞれ定義され、両者の区別は民法上の権利能力と法律行為能力の区別にパラレルであるが、同一ではないとされる。

- (10) さしあたり, W.Raack / R.Doffing / M.Raack, Recht der religiösen Kindererziehung, 2003, S.169. N.Niehues/J.Rux, Schul-und Prüfungsrecht, Bd.1, Schulrecht, 2006,S.23.

- (11) H. Avenarius / H.P.Füssel, Schulrecht, 8Aufl, 2010., S.333.

- (12) W.Becker, Weichendes Elternrecht—wachsendes Kindesrecht, In: RdJ(1970), S.36

- (13) 戸波江二「憲法」ぎょうせい、1996年、139頁に「思想、信仰等の子どもの精神作用については、とくに子どもが自我を確立する13、14歳を境として、子どもの自主的判断が十分に尊重されなければならない」とあるのも、概ね同旨に読める。

なお E.シュタインによれば、つぎに言及する「子どもの宗教教育に関する法律」5条から、宗教に関してだけでなく、「これと類似した、あらゆる個人的な性質 (persönliche Charakter) の事柄については、満12歳以降は子どもの意思に反して現存の関係が変更されてはならない、との一般原則が導かれる」という (E.Stein, Das Recht des Kindes auf Selbstentfaltung in der Schule, 1967, S.32.)

- (14) T.Kipp, Die religiöse Kindererziehung nach Reichsrecht, in: Festgabe der Berliner Juristischen Fakultät für Wilhelm Kahl, 1923, S.3ff.

なおドイツにおいては14歳未満をKindと称し、満14歳から満18歳の成年に至るまでをJugendlicherと呼称して、用語上も14歳が区切りをなしている。

- (15) D.Schimmel/L/Fischer, The Civil Rights of Students, 1975, pp.133～134.

- (16) 詳しくは参照：拙著「教育法制の理論」教育家庭新聞社、1988年、282頁以下。

- (17) 同旨・昭和女子大学事件に関する最高裁判決・昭和49年7月19日・青木宗也他「戦後日本教育判例体系 (3)」労働旬報社、1984年、139頁。

- (18) 同旨・兼子仁「教育法」有斐閣、1978年、267頁。

- (19) 樋口陽一「憲法」創文社、1994年、210頁。

- (20) 以上について参照：芦部信喜「宗教・人権・憲法学」10頁以下。野中俊彦・中村睦男・高橋和之・高見勝利著「憲法Ⅰ (第4版)」有斐閣、2006年、306頁以下。佐藤功「日本国憲法概説 (全訂第5版)」学陽書房、2004年、208頁以下。

- (21) 参照：芦部信喜、同前、8頁以下。

- (22) この最高裁判決に対する批判的評釈・考察として、さしあたり参照：芦部信喜「地方公共団体による神道式地鎮祭」、芦部信喜・若原茂編『宗教判例百選』有斐閣、1991年、42頁以下。奥平康弘「憲法Ⅲ」有斐閣、1993年、172頁以下。

なお、この判決からちょうど20年後に出された愛媛玉串料訴訟の最高裁判決 (平成9年4月2日・「判例時報」1601号47頁) においては、最高裁は厳格な政教分離の立場から目的効果基準を厳しく適用し、愛媛県知事の靖国神社等に対する公金による玉串料等の支出は

- 憲法20条3項および89条に違反するとして違憲の判決を下している（戸松秀典・初宿正典編「憲法判例」有斐閣、2006年、139頁以下）
- (23) D.Merten/H.J.Papier,Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, 2006.S.924～S.925. H.Avenarius,Kleines Rechtswörterbuch, 1992,S.247～248.
- (24) 浦部法穂・中村睦男・佐藤幸治・樋口陽一「憲法Ⅰ」青林書院、1994年、400～401頁（浦部法穂氏執筆）
- (25) 詳しくは参照：戸波江二「政教分離規定の法的性格」、芦部信喜先生還暦記念論文集刊行会編『憲法訴訟と人権の理論』有斐閣、1985年、537～541頁。
- (26) 大須賀明・栗城壽夫・樋口陽一・吉田善明編「憲法辞典」三省堂、2001年、274頁（栗城壽夫氏執筆）。
- (27) 福田繁・安嶋彌「私立学校法詳説」玉川大学出版部、1950年、36頁。
- (28) 同前、37～38頁。
- (29) 宮沢俊義著・芦部信喜補訂「全訂日本国憲法」日本評論社、1987年、749頁。
- (30) 伊藤正巳「憲法」弘文堂、1995年、486頁。
- (31) 浦部法穂・中村睦男・佐藤幸治・樋口陽一「憲法Ⅰ」青林書院、1994年、396頁。
- (32) 和田英夫「憲法体系」勁草書房、1982年、297頁。
- (33) 福田繁・安嶋彌、前出、37～38頁。同旨：永井憲一編「コンメンタール教育法Ⅰ、日本国憲法」成文堂、1978年、212頁。文部省私学法令研究会「私立学校法逐条解説」第一法規、1970年、193頁。
- (34) 同旨：中村睦男「私学助成の合憲性」、前出『憲法訴訟と人権の理論』、442～443頁。
- (35) Data Research, INC. U.S.Supreme Court Education Cases, 1993,p.53.
- (36) 私学振興助成法附則2条の趣旨について、詳しくは参照：小野元之「私立学校法講座」学校法人経理研究会、1998年、246頁以下。
- (37) 木下毅「私立学校振興助成法の合憲性について」、『ジュリスト』603号〈1970年〉、146頁。
- (38) 佐藤幸治「憲法（第3版）」青林書院、1995年、507頁。
- (39) H.C.Hudgins/R. S. Vacca, Law and Education, 1985, p.367.
- (40) 同旨：中村睦男、前出、444頁。