

# 信教の自由の日独比較憲法史的考察 —信教の自由の制約に関する議論を中心に

棟 久 敬

## Religionsfreiheit im deutschen und japanischen Verfassungsgeschichte

MUNEHISA, Takashi

### Abstract

Dieser Beitrag behandelt die Religionsfreiheit in der deutschen und japanischen Verfassungsgeschichte. Art.12 der Preußische Verfassung schützte völlige Religionsfreiheit: Bekenntnisfreiheit, Religionsausübungsfreiheit und Vereinigungsfreiheit zu Religionsgesellschaften. Ihre einzige Schranke findet die Religionsfreiheit in den bürgerlichen und staatsbürgerlichen Pflichten des Art.12 Satz. 3. Diese Pflichten wurden als Pflichten von Gesetzesbeachtung d.h. Gesetzesvorbehalt (Z.B. Wehrpflicht, polizeiliche Verpflichtungen, Schulpflichten) verstanden. Der Meiji-Verfassungsgeber intendierte auch demnach, dass „Pflichten als Untertanen“ des Art.28 Meiji-Verfassung die Gesetzesvorbehalt gegenüber die Religionsfreiheit bedeuten. Die Literatur nach der Entstehung der Meiji-Verfassung interpretierte, dass sowohl die Gesetze als auch die Verwaltungsordnungen als „Pflichten als Untertanen“ die Religionsfreiheit beschränken konnten. Daraufhin wurde der Schrankenbereich der Religionsfreiheit von der Meiji-Verfassung erweitert.

**キーワード:** 信教の自由, 法律の留保, プロイセン憲法, 明治憲法, 憲法史

**Key words:** Religionsfreiheit, Gesetzesvorbehalt, Verfassungsurkunde für den Preußischen Staat, Meiji-Verfassung, Verfassungsgeschichte

### 1. はじめに

筆者はこれまでの研究において、ワイマール憲法（以下、WRV）136条1項の「市民および公民の義務」は、ワイマール期にはWRV135条3文と同じく、信教の自由を法律によって制約する、法律の留保として機能していたが、ドイツ連邦共和国基本法（以下、基本法）140条により同規定が基本法に編入された後は、判例・通説はこの規定を平等の観点から信教の自由を補うとともに国家の宗教的・世界観的中立性の根拠となるものにすぎないというかたちでその意義が「上書き」されたと理解しており、もはや法律の留保としての意味は有していないことを明らかにした<sup>1</sup>。ところで、WRV136条1項の「市民および公民の義務」という文言には長い歴史があり、フランクフルト憲法（1848年）やプロイセン憲法（1850年）等にもみられた。それでは、19世紀の当時、この文言はどのような意味をもっていたのか、WRV136条1項と同じ意味なのか、異なるものなのか、異なるとした

らどの点で異なるのだろうか。これらの問いについて、筆者はこれまでの研究では解明してこなかった。また、大日本帝国憲法（以下、明治憲法）28条も、信教の自由を保障すると同時にその制約根拠として、「安寧秩序」に加えて、「市民および公民の義務」と非常に似通った「臣民タルノ義務」を掲げていた。さらに、周知のとおり、明治憲法が当時の政治的な状況からプロイセン憲法やオーストリア憲法を参考にして制定されたものだとすると、この「臣民タルノ義務」もプロイセン憲法の当時の解釈と一致するものと理解してよいのか、それとも異なった独自の解釈が採用されていたのか、ということも筆者はこれまでの研究では明らかにしてこなかった。

仮に、プロイセン憲法の「市民および公民の義務」もWRVと同様の意味をもつものであり、また、明治憲法28条の「臣民タルノ義務」の解釈もそれと一致するものであるかあるいは重なるところが大きいとすると、日本憲法学における信教の自由の歴史的沿革に関する通説

1 紙幅の関係上、本稿ではWRVの条文は掲出しない。条文も含め、これまでの議論については、拙稿「留保のない基本権としての信教の自由と法律の留保に関する覚書」秋田大学教育文化学部研究紀要人文・社会科学第74集（2019年）85頁以下を参照。

的な説明, すなわち, 明治憲法は信教の自由に限っては「法律の留保をとまわず, . . . . . 法律によらず命令によって信教の自由を制限することも許され」, 「『神社は宗教にあらず』とされ, 神社神道 . . . . . は国教(国から特権を受ける宗教)として扱われ優遇され」<sup>2</sup>, 「神社への参拝が強制された」<sup>3</sup>といったものとは大きく異なる意義を「臣民タルノ義務」は有していたということになるだろう。本稿はこのように, 日本国憲法の解釈に直接影響するものではないが, 憲法の解釈の前提となる歴史上の問題をも検討することを目的とするものである。

本稿は, 以上の問いに応答するために, 以下ではまず, プロイセン憲法は信教の自由をどのように保障していたのか, また, 同憲法の「市民および公民の義務」はどのように解釈されていたのかを当時の代表的な憲法学説を参照することで明らかにし(2), 次いでプロイセン憲法の解釈が明治憲法の制定過程においてどのような影響を与えたのかを分析する(3)。そのうえで, 明治憲法28条の信教の自由とその制約について, 当時の学説や裁判所がどのように解釈していたのかを解明する(4)。

## 2. プロイセン憲法における信教の自由とその制約

### (1) 信教の自由の保障内容

1848年にフランスで発生した二月革命の影響を受けて, フランクフルトのパウル教会で開催された「憲法制定国民議会」およびこの議会から選出された憲法委員会による審議を経て1849年3月28日に可決され, 同年4月28日に公布されたフランクフルト憲法は, 施行されないまま終焉を迎えることとなった<sup>4</sup>。とはいえ, フランクフルト憲法における信教の自由の保障のあり方は, 翌1850年1月30日にプロイセン国王によって欽定憲法として裁可されたプロイセン憲法(Verfassungsurkunde für den Preußen Staat)にも受け継がれることとなった。

プロイセン憲法は, 12条で信教の自由を保障するだ

けでなく, 宗教団体の権利(13条)やキリスト教の保護(14条), 教会の独立性と財産権の保障(15条), 教会の公布の告示(16条), 教会保護権(17条), 教会の役職任命権(18条)をも保障していた<sup>5</sup>。以下では, 本稿の問いに関連するものとして, 12条の解釈論について概観する<sup>6</sup>。

プロイセン憲法12条は, 「1 宗教上の信仰告白, 宗教団体の結成(30条および31条), 家庭および公共の場での共同での宗教活動の自由は, これを保障する。<sup>2</sup> 市民および公民の権利の享有は, 宗教上の信仰告白に係らしめられない。<sup>3</sup> 市民および公民の義務は, 信教の自由の行使によって妨害されてはならない。」<sup>7</sup>と定めていた。第1文では, ①宗教上の信仰を告白する自由, ②宗教的結社の自由, ③家庭・公共の場での宗教活動の自由(あるいは礼拝の自由(Kultusfreiheit))という3つの自由を保障することにより, ドイツでは史上初めて完全な形での信教の自由の保障が実現することとなった<sup>8</sup>。以下では, それぞれの自由の保障内容について, 当時の代表的な論者であるG. アンシュッツ(Gerhard Anshütz)による注釈書<sup>9</sup>をもとにみていくことにしたい。

まず, ①宗教上の信仰を告白する自由は, 良心の自由を含むものであり, ある信仰を持つ・持たないという内心における自由に加えて, 自らの信仰について表明する・表明しない自由をも保障している<sup>10</sup>。この自由は, 自らの信仰について沈黙する(Schweigen)自由をも保障しているため, 国家は宗教団体への所属という客観的な事実の調査を超えて, 個人の信仰上の確信について尋ねることは禁止される。また, これに加えて告白の自由は, 親やその代理人に自らの子どもの宗教教育の自由をも保障している。

②宗教的結社の自由は, プロイセンで採用されていた, 国家の認可がなければ新たな宗教団体としての存在を認めないという従来の原則を否定し, プロイセン憲法29

<sup>2</sup> 芦部信喜(高橋和之補訂)『憲法〔第7版〕』(岩波書店, 2019年)159頁。

<sup>3</sup> 樋口陽一『憲法〔第4版〕』(勁草書房, 2021年)224頁。

<sup>4</sup> 歴史的経緯の概説として, 小林孝輔『ドイツ憲法小史〔新訂版〕』(学陽書房, 1992年)120頁以下および, ミッタイス・リーベリッヒ〔世良晃志郎訳〕『ドイツ法制史概説〔改訂版〕』(創文社, 1971年)537頁以下を参照。

<sup>5</sup> もっとも, 15条と16条は1875年6月18日の法律により廃止された。

<sup>6</sup> フランクフルト憲法とプロイセン憲法の信教の自由に関する先行研究として, 良心の自由に焦点を当てたものではあるが, 西原博史「Gewissensfreiheit 概念のドイツ制度史上の編成」同『良心の自由〔増補版〕』(成文堂, 2001年)474頁以下がある。

<sup>7</sup> 条文訳については, 高田敏・初宿正典編訳『ドイツ憲法集〔第8版〕』(信山社, 2020年)57頁を参照したが, 一部訳を変更している箇所がある。

<sup>8</sup> 概説として, Georg Meyer, Lehrbuch des deutschen Staatsrechts, 7. Aufl., 1919, S.966. を参照。

<sup>9</sup> Gerhard Anschütz, Die Verfassungs-Urkunde für den Preußen Staat, Bd.1, 1912. アンシュッツの注釈書における信教の自由についての紹介として, 和田昌衛「ドイツ近代の憲法における信教の自由」同『ドイツ福音主義教会法研究』(明治学院大学和田昌衛教授遺稿集刊行委員会, 1977年)243頁以下を参照。

<sup>10</sup> Anschütz, (Fn.9), S.191ff.

条（結社の自由）<sup>11</sup>・30条（集会の自由）<sup>12</sup>とこれを実施するための1850年3月11日の法律（後に1908年4月19日の法律）の規定に従って保障されることとなった<sup>13</sup>。また、宗教的結社の自由が憲法で保障されたことにより、各宗教団体の平等な地位が確保されることとなった。

③家庭・公共の場での宗教活動の自由は、家長（Hausherr）の判断により家庭内で礼拝等の宗教的な儀式を行う自由と、宗教団体が公共の場で宗教的な儀式を共同で実施する自由を保障している<sup>14</sup>。後者については、個人が公共の場で行う儀式や礼拝などではなく、常に共同で行われる活動が前提とされており、個人の権利としては保障されていない。

以上のように、プロイセン憲法12条1文では3つの自由が保障され、さらに同条2文では宗教上の信仰により市民および公民の権利保障において差別することを禁止し、これにより宗教間の平等取扱も保障されている。このように、プロイセン憲法はキリスト教を保護する規定はあるものの、宗教改革以来、漸次的に保障が拡大してきた信教の自由を完全に保障するに至った。しかし、同条3文の「市民および公民の義務」を根拠として、信教の自由は制約を受けるとされていた。では、「市民および公民の義務」とは何を意味し、これによりどのような態様で信教の自由は制約されていたのだろうか。

## （2）信教の自由の制約根拠

プロイセン憲法12条3文の「市民および公民の義務」について、アンシュッツは、信教の自由よりも優先されるべきものであり、これにより、国家の住人（der Einwohner des Staates）の神あるいは神的なものの概念

は国家の法秩序に何の影響も与えるものではないということが帰結されると説明している<sup>15</sup>。すなわち、国家の法秩序は各人の信教の自由に対して絶対的に優越し、その枠内でのみ信教の自由が保障されるため、宗教を理由として国家の法秩序の命ずるものから原則として免れることはできないということである。これにより、各人は自らの信じる神よりも国家の支配権に優先して従うことが義務づけられる。

以上のように理解される市民としての義務の第一のものは、法律に厳格に従うことであるとされている<sup>16</sup>。つまり、宗教上の信念を理由に、法律に基づく義務を免れることは原則としてできないということを「市民の義務」という概念は意味している。信教の自由に対するこうした制約のあり方は、すでにプロイセン一般ラント法第2部11章27～29条<sup>17</sup>にもみられたものである。

このように、信教の自由は市民の義務を定める法律により制約されることになるが、法律によりいかなる義務をも課すことができるわけではない。例えば、立法者はプロイセン憲法12条1文で保障される信教の自由が行使できなくなるような義務を法律により課すことはできず、また、この義務はある特定の宗教上の信念を持つことあるいはその信念に基づいて行動することを強制するようなものであってはならない<sup>18</sup>。さらに、国家によって礼拝その他の宗教的行為に従事するかあるいは参加することを強制するものであってはならない<sup>19</sup>。これは官吏や軍人、学校に通う生徒にも強制されてはならない。さらに、義務の有無や態様が信仰に応じて異なるようなものを課すことも許されない。なお、特定の宗派のために義務を免除することも許されるが、その場合、ライヒの法律が明示的に定めているかあるいは法律が義務の免

11 プロイセン憲法29条「①すべてのプロイセン人は、事前の当局の許可を受けることなく、平穩に、かつ武器を持たずに屋内で周回する権利を有する。②この規定は、屋外での集会には適用されず、屋外での集会は、事前の官庁の許可に関しても、法律の規定に服する。」条文訳は、高田・初宿、前掲注7、61頁を参照したが、一部訳を変更している箇所がある。

12 プロイセン憲法30条「①すべてのプロイセン人は、刑法に違反しない目的のために、団体を組織する権利を有する。

②法律は、特に考案の保持のために、本条および前条（29条）で保障された権利の行使を規律する。

③政治的結社は、法律制定の方法によって、制限および一時的に禁止することができる。」条文訳は、高田・初宿、前掲注7、61頁を参照した。

13 Anschütz, (Fn.9), S.197ff.

14 Anschütz, (Fn.9), S.212ff.

15 Anschütz, (Fn.9), S.228.

16 Anschütz, (Fn.9), S.229. 同様の見解として、Ludwig von Rönne, Das Staatsrecht der Preußen Monarchie, Bd.1, 1856, S.383.; Hermann Fürstnau, Das Grundrecht der Religionsfreiheit, 1891, S.212f.; Meyer, (Fn.8), S.966. も参照。

17 プロイセン一般ラント法27条「公的に認められた宗教団体も、単に〔存在を〕許されたにすぎない宗教団体も、他の市民社会と共通するすべての事項においては、国家の法律に従わなければならない。〔〕内は筆者による補足。

28条「上長（Obern）も個々の構成員も、市民生活のすべての出来事において、これらの法律に従う。」

29条「宗教的な見解を理由として特定の法律からの免除が与えられる場合、当該免除は国家により明示的に認められなければならない。」以上の条文はドイツの法律文献を公開するウェブサイト（[opiniojuris.de](https://opiniojuris.de)）に掲載されているもの（<https://opiniojuris.de/duelle/16239>（2022年2月18日最終閲覧））を筆者が訳出したものである。

18 Anschütz, (Fn.9), S.230. こうした制約の態様は、いわば「狙いうち規制」と同様のものと理解することができる。

19 Anschütz, (Fn.9), S.233.

除を許容するものでなければならない。また、念のため付言すると、市民の義務は国籍保持者にも外国人にも従うことが命じられるものを指し、公民の義務は国籍保持者のみが従うことを命じられるものである。

こうした義務の典型例としては、警察上の義務、動物の畜殺禁止や一夫多妻制の禁止、日曜・祝日に関する義務、戸籍法上の義務、就学義務がある。以下では、それぞれの義務についてのアンシュッツの説示をみていくことにしたい。

まず、警察上の義務とは、警察命令に違反しない限りで、すなわち公共の安全が脅かされていない限りで自由の行使が容認されるというものであり、信教の自由にもこの義務が適用される<sup>20</sup>。もっとも、この義務は元来、作為・不作為の自由に対するものであるため、内心の信仰や思想には適用されない。この義務の具体的なものとして、例えば、告白の自由に基づく演説にも警察上の義務が課せられ、ラント教会も建築監督上の規定の適用を免れないというものがある。その他、救世軍による金管楽器の演奏やコンサート、ラント教会の鐘の音やカトリックの祝祭行列などが夜の睡眠の妨害や宗派間の平和を維持するために禁止あるいは一部制限されることがある。

また、プロイセン憲法12条3文は、宗教的な命令に従っているかまたは宗教的な見解を実現することにより、法律上禁止されており、違反した場合には処罰される行為が許されるということを意味しない<sup>21</sup>。例えば、イスラム教徒やモルモン教徒の一夫多妻制やユダヤ教徒による畜殺は、いずれも宗教的な見解に従っていることを理由として処罰されないということにはならない。同権の要請から、こうした禁止は特定の宗教だけでなく、すべての者に適用されなければならない。また、同様に日曜・祝日に関する法律や警察命令にもすべての人が従わなくてはならない。よって、ユダヤ教徒や再臨派の人々が、安息日（ユダヤ教徒や再臨派にとっては土曜日）に休み、日曜日に働くということを宗教上義務づけられているとしても、憲法上はこうした宗教上の義務を優先することは認められない。これは官吏や兵士であっても同様である。また、戸籍法（1875年2月6日施行のもの）13条5号の署名をユダヤ教徒は安息日を理由として拒むことはできない。その他、プロイセン憲法12条3文と1867年11月9日兵役法に基づく兵役義務については、再臨

派に加えてメノナイトやクエーカーによっても免除が要求されてきたが、兵役法に免除に関する規定がないことから認められていない。

就学義務も、プロイセン憲法12条3文の義務に属するものであり、この義務が特定の宗派の宗教教育にまで拡張されることも憲法その他の法律に違反することはない<sup>22</sup>。学校官庁は福音主義・カトリックというキリスト教の二大宗派の宗教教育を公立の国民学校に導入し、福音主義の子どもは福音主義の宗教教育に、カトリックの子どもはカトリックの宗教教育に参加するよう義務づけられる。実務上は、学校官庁はいずれの宗派にも属しておらず、ユダヤ教徒でもない父親の子どもにも、公立の国民学校の宗教教育に参加させることが、十分な配慮のもとで正当なものとしてされている。よって、無宗教の父親が自分の子どもに宗教教育を欠席させることは処罰の対象となる。このように、学校教育においては、宗教教育において親ないし教育権者は学校官庁に従う義務があるというかたちで、市民および公民としての義務は理解されている<sup>23</sup>。

### （3）小括

以上のように、プロイセン憲法12条1文は宗教上の告白の自由、宗教的結社の自由、宗教活動の自由という3つの自由を保障していた。また、同条2文は市民および公民の権利の保障をすべての宗教に平等に保障するという平等取扱の原則を定めていた。これらの規定により、ドイツの歴史上初めて、信教の自由が完全な形で保障されることとなった。

一方で、同条3文は法律に基づく義務により、信教の自由を制約しうることを定めていた。もっとも、いかなる義務をも課しうるという規定ではなく、信教の自由を否定するような義務や特定の宗教上の信念を持つこと、その信念に従って行動すること、礼拝その他の宗教的活動に参加することなどを義務づけることは許されないとされていた。これは同条2文の平等取扱を義務の面で保障したものといえることができる。すなわち、同条3文は、すべての宗教に対して平等に適用される法律上の義務によって信教の自由を制約しうるといふ、実質的には法律の留保を定める規定であったということである<sup>24</sup>。これは前稿で示したように、後のWRV136条1項の当初の解釈とも共通

<sup>20</sup> Anschütz, (Fn.9), S.230f.

<sup>21</sup> Anschütz, (Fn.9), S.231f.

<sup>22</sup> Anschütz, (Fn.9), S.233f.

<sup>23</sup> Anschütz, (Fn.9), S.234. もっとも、プロイセンは政教分離を意図的に憲法や法律に盛り込まなかったものの、就学義務のある公立学校は信教の自由を損なうことのないように設立され、宗教教育は義務教育の対象外とされていた。

<sup>24</sup> 近年のドイツ憲法学説における同様の指摘として、Stefan Koriath, Die Entwicklung des Staatskirchenrechts in Deutschland seit der Reformation, in: Heini/Walter, Staatskirchenrecht oder Religionsverfassungsrecht ?, 2007, S.49.

する考え方である<sup>25</sup>。ドイツでは遅くとも19世紀半ばには、法律の留保に基づいて信教の自由を制約するこうした仕組みが定着していたといえることができるだろう。

以上のようなプロイセン憲法における信教の自由の保障のあり方は、明治憲法にどのような影響をもたらしたのだろうか。次にこの問題について検討することにした。

### 3. 明治憲法の制定過程と信教の自由

#### (1) 明治政府の憲法構想における信教の自由

明治政府は当初、神祇官を太政官から独立させ、太政官より上位の官庁とするなどにより、神道を国教化することで自らの正統性を確保しようと試みていた。しかし、仏教・キリスト教等による抵抗や氏子調製の失敗により、神祇官が神祇省へ格下げされるとともに、国家主導による内面的教化に代わって宮中祭祀が重視され、1873年2月にはキリスト教の全面弾圧も解除され、また、前年3月には非宗教的な国民教化を目的として教部省が設置されていたことによって、こうした試みは挫折することとなった。その後、政府は1875年11月には天皇の神聖性に基づく統治の正統性の範囲内で「神仏各宗教共信教ノ自由ヲ保護」することを明言し、それと同時に教義性のない祭祀を中心として民衆にその観念を広く定着させる方向へと転換していくこととなる<sup>26</sup>。

この時期に明治政府が作成した憲法草案にも、上述の変化がはっきりと見受けられる。青木周三が木戸孝允の委嘱を受けて留学先のベルリンで作成した「大日本政規」は、12章で「耶蘇教及他ノ宗旨ヲ信仰スルコト禁止タルベシ」とし、13章では「日本国ニテ主トシテ信仰スベキ宗旨ハ釈迦教ナルベシ」と定め、キリスト教の信仰を禁止するとともに仏教を国教と定めている。なお、ここで神道ではなく仏教が国教とされているのは、グナイストから示唆を受けたこと<sup>27</sup>、江戸幕府以来の信仰の自由を否定した思想を明文化したためであること<sup>28</sup>、富国

強兵政策に国民を動員する等の国家統治において仏教の重要な役割に青木や木戸らが注目していたこと<sup>29</sup>などが指摘されている。

しかし、安政条約の改定が1872年5月1日に迫っているなかで、その改正交渉に先立って各国からキリスト教の禁教を撤廃すべきことがたびたび指摘されたことを受け、明治政府の態度も変容していくことになる。まず、井上毅は同年に発表した意見書において、今後採りうる選択肢として、「甲 舊法ニ因リ嚴ニ外教ヲ禁ス、乙 宗門ノ自由ヲ許ス、丙 制限ノ條則ヲ設ケ其内想ヲ寛シテ其外形ヲ禁ス」の3つを挙げ、このうち丙はヨーロッパ諸国で採用されている「トレランスノ法」に近く、近い将来の日本において最も採用しやすいものであると述べている<sup>30</sup>。この選択肢により、井上は、内心の信仰（「内想」）は許容し、宗教書の出版や宗教的な集会、外教の方式による葬祭等の外形的行為については法により禁止しうることを述べている。また、1874年に木戸孝允の委嘱を受けて青木周三が作成した「帝號大日本國政典」の18章は、「諸種ノ宗教ヲ感念信仰スルコト各人民ノ随意タルベシ且宗教ノ異同ハ人民權利ノ多少異同ヲ誘起スルコトヲ得ズ」として、完全な信教の自由を保障するものであった。この間、1873年2月24日に政府はキリスト教の禁止を撤廃している。このように、不平等条約改正交渉を少しでも有利に進めるためという動機ではあったものの、政府はキリスト教の信仰の自由を保障する方向へと転換していくこととなった。しかし、井上の意見書にあったように、それは完全な自由を保障することを意図したものではなかった。

その後、自由民権運動に対する妥協の産物として元老院が1875年4月に設置され、同年9月に国憲起草の勅命が出される。これにより1876年10月に作成された「日本國憲案」第一次草案第3篇14条は、「日本国民ハ各自ニ信仰スル所ノ宗旨ヲ奉スルコト自由ナリトス然レトモ

<sup>25</sup> 拙稿、前掲註1、86-87頁。

<sup>26</sup> 歴史的経緯の概説として、宮地正人「国家神道形成過程の問題点」安丸良夫・宮地正人編『日本近代思想体系5 宗教と国家』（岩波書店、1988年）565頁以下、川口由彦『日本近代法制史〔第2版〕』（新世社、2014年）42頁以下を参照。また、明治憲法の制定過程に関する憲法学からの検討として、尾崎利生「明治立憲主義と『信教の自由』規定—帝国憲法28条の成立過程を中心に—」東京家政学院大学紀要30号（1990年）87頁以下を参照。なお、島蘭進『戦後日本と国家神道』（岩波書店、2021年）は、教育勅語や軍人勅諭に代表される「治教」や皇室神道に基づく「祭祀」といった「宗教」とは異なる概念のもとでその後も国家神道体制が形成されていったことを指摘している。

<sup>27</sup> 稲田正次『明治憲法成立史 上巻』（有斐閣、1960年）199-200頁。また、1885～86年にベルリンを訪れた伏見宮貞愛親王らに行ったグナイストの講義を翻訳したものと、プロイセン憲法およびロエスレル憲法案を翻訳したものを吉野作造が編纂した『西哲夢物語』にも仏教を国教とすべきとの指摘がある。『西哲夢物語』の典故として、明治文化研究会編『明治文化全集第1巻憲政編』（日本評論社、1928年）474頁を参照。

<sup>28</sup> 家永三郎・松永昌三・江村栄一編『新編 明治前期の憲法構想』（福村出版、2005年）17頁。

<sup>29</sup> 中島三千男「大日本帝国憲法第二八条『信仰自由』規定成立の前史」日本史研究168号（1976年）8頁。

<sup>30</sup> 井上毅「外教制限意見案」井上毅伝記編纂委員会編『井上毅伝史料篇 第1』（國學院大学図書館、1966年）10頁。なお、仮名表現を一部改めている箇所がある。

民事政事ニ妨害ヲナスハ之ヲ禁ス」とし<sup>31</sup>、1878年7月に作成された第二次草案の第3篇14条も「國民ハ各自ニ信仰スル所ノ宗旨ヲ奉スル自由ナリトス然レトモ民事政事ニ妨害ヲナスハ之ヲ禁ス」と定め<sup>32</sup>、1880年7月に作成された第三次草案第3篇13条も「國民ハ各宗教ヲ崇信スルヲ得其政事風俗ニ害アル者ハ均ク禁スル所トス」と定めていた<sup>33</sup>。これらの案は、上述のとおり<sup>34</sup>、また、先行研究からも明らかなおろ<sup>35</sup>、プロイセン憲法12条のほか、オーストリア憲法<sup>36</sup>等を参照して作成されたものである。ここでは、信教の自由を一応保障しつつ、「民事政事」に対する妨害をその制約の根拠としている。また、元老院案は井上毅が1875年に訳出したプロイセン憲法やベルギー憲法をもとに作成されたものとされている。そのなかで井上は、プロイセン憲法12条の「市民および公民の義務」を「民事政事ノ義務」と訳出し、「何教ノ人ヲ論セズ、均ク民法、及ビ貢税兵役等ノ義務ニ任スルヲ云」と注記している<sup>37</sup>。こうした背景を考慮すると、元老院案の「民事政事ノ義務」は、プロイセン憲法12条の「市民および公民の義務」を意識して起草されたことが推測される<sup>38</sup>。この「民事政事ノ義務」がのちの明治憲

法28条の「臣民タルノ義務」の原型をなすものとなっていく<sup>39</sup>。

## (2) 明治憲法の制定過程と信教の自由

明治14年の政変の結果、プロイセンを範とした欽定憲法を制定する方針が確立し、伊藤博文らは1882年から翌1883年にかけてほぼドイツとオーストリアで憲法調査を行った。

まず、グナイストは伊藤に対して、信教の自由については、日本では仏教を国教とすべきことをここでも指摘するとともに、キリスト教の信仰の自由をも保障すべきことを伝えている<sup>40</sup>。

また、ロエスレルは1887年1月11日に、井上毅による国民の基本権をいかに規定するかとの質問への回答において、「信仰ノ自由ハ之ヲ防護ス 但、公共ノ秩序及安寧ヲ妨害スル者又ハ國家ニ對スル義務ニ背反スル者ハ此限ニ在ラズ」という試案を示している。さらに、「予ハ範圍ノ廣漠ナル宗教ノ自由ヲ與ヘント欲スルノ一人ニ非ズ礼拝寺院創立、説教者ヲ任命スル等完全ナル教會ヲ創設スルノ權ヲ如何ナル教派ニモ予ヘント欲スルニ非ズ

31 稲田、前掲註27、295頁、家永ほか、前掲註28、175頁。

32 稲田、前掲註27、311頁、家永ほか、前掲註28、182頁。この案に対しては、元田永孚が修正案を提出している。その14条では、「國民ハ各自ニ信仰スル所ノ宗旨ヲ奉スルコト自由ナリトス然トモ民事政事ニ妨害ヲナスハ之ヲ禁ス」（出典は稲田、前掲註27、436-437頁）とし、さらに天祖の神胤以来の天皇および5つの倫理に基づく国教を奉守する義務があると定めている。しかし、この提案はのちの草案においても受け入れられることはなかった。

33 稲田、前掲註27、311頁、家永ほか、前掲註28、221頁。

34 上述2.(1)を参照。

35 稲田、前掲註27、324頁。

36 ここで参照されたのは、帝国議会で議席を有する王国及び州のための国民の一般的権利に関する1867年12月21日の国家基本法14条である。以下の条文は、オーストリア連邦首相府のHP(<https://www.ris.bka.gv.at/GeltendeFassung.wxe?Abfrage=Bundesnormen&Gesetzesnummer=10000006>)に掲載されているものを筆者が訳出したものである(2022年2月19日最終閲覧)。なお、項番号は便宜上筆者が付したものであり、原文にはない。

「14条 ①何人にも、完全な信仰および良心の自由が保障される。②市民のおよび政治的権利の享有は宗派に係らしめられない。但し、国民としての義務は宗教上の信念によって妨害されてはならない。③何人も、法律により正当とされた他の権力に服さない限りにおいて、教会での行為ないしは教会での祝典への参加を強制されない。」オーストリア憲法の概説として、渡邊互「各国憲法集(3)オーストリア憲法」(国立国会図書館調査及び立法考査局、2012年3月)[https://dl.ndl.go.jp/view/download/digidepo\\_3487776\\_po\\_201101c.pdf?contentNo=1&alternativeNo=](https://dl.ndl.go.jp/view/download/digidepo_3487776_po_201101c.pdf?contentNo=1&alternativeNo=)(2022年2月19日最終閲覧)を参照。

37 井上毅「王国建國法」井上毅伝記編纂委員会編『井上毅伝 史料篇 第3』(國學院大学図書館、1969年)426頁。

38 同様の指摘として、中島、前掲註29、18頁。

39 なお、同時期に山田顕義や西周ら政府内部の官僚によっても憲法草案が起草されていた。このうち、山田私案は第二編「國民ノ權理」第9条において、「宗教ハ自由ナリトス但シ開寺開場ノ權ハ法律ヲ以テ之ヲ定ム。宗教ノ自由ヲ口實トシ國民タルノ義務ヲ免ルルコトヲ得ス」(出典は稲田前掲註27、553頁、家永ほか、前掲註28、411頁)と井上の構想に近い案を起草している。一方、西私案は条文数は付されていないものの、「各人宗教ノ信仰自在ナリ但現在所存ノ教旨ノ外ニ新ニ宗派ヲ開キ新ニ他邦ヨリ之ヲ移ス者ハ政府ノ容可ヲ受ケ法律ノ規則ニ遵フニ非レハ堂宇ヲ設立シ教義ヲ行ヒ教會ヲ起シ教旨ヲ宣伝スル事ヲ得ス凡ソ國民ハ何ノ宗派ヲ奉スルニ拘ラス私權公權ノ享受爵位官職ノ補任ニ於テ同一ナル權分ヲ有ス教義祭典ノ執行静謐ニ害有ル者ハ法律ニ依リテ其制限ヲ定ム各教會其師長ト教規ニ就テ往復シ並ニ其訓令ヲ交付スルハ自在ナリ但法律上ノ責任ハ此限ニ在ラス固有神社ノ祭祀ハ恩ニ報シ徳ヲ表スルノ意ニ出テ信仰ノ具ニ非ス各人ノ奉否ハ自在タリ慣習ニ因リ人々ノ力ニ準シ祀典ノ糾募ニ応スルモ自在タリ」(出典は大久保利兼編『西周全集第2巻』(宗高書房、1961年)206頁)と、法律の留保や宗派間の平等取扱いについて明示的に言及しつつ、神社は宗教ではないこと、神社を信じるかどうかは各人の内心の自由であることも明言している。また、1882年に井上は憲法調査のため渡欧していた伊藤宛に私案を提出している(家永ほか、前掲註28、461頁以下を参照)が、この私案には信教の自由について規定するものはない。

40 稲田、前掲註27、576頁。

抑、政府タルモノハ可成宗教ヲ統一スルコトヲカメザルベカラズ何トナレハ宗派ノ分裂ハ勢政事上ノ分裂ヲ招カザルヲ得ザレバナリ而シテ宗教ノ思想ハ精神上經濟上國民生活ノ基礎トナルモノカ故ニ謬教ニ予フルニ正教ト同一ノ權利ヲ以テスヘカラズ……日本ニ於テモ恐クハ今日ノ如ク宗教自由ヲ放任シ能ハザルノ時節到来スヘシ此ノ理由ニ依リ宗教ノ自由ヲ予フルハ過度ニ廣漠ナルヘカラズト信ズ」と、信教の自由の保障を過度に認めるべきではないと述べている<sup>41</sup>。さらに、ロエスレルはその後4月30日には「日本帝國憲法草案」を作成しており、明治憲法の制定にも大きく影響を与えている。同草案56条は、「信教ノ自由之ヲ保証ス但此レニ由テ公ケノ秩序又ハ公共ノ安寧ヲ妨害シ又ハ国家ニ対スル義務ノ履行ヲ妨クル者ハ此限ニ在ラス」と、1月の回答と同内容のものを定めている<sup>42</sup>。

また、モッセも4月16日付の回答において、「信向及本心ノ自由ハ侵スヘカラズ私権公権ノ享有ハ信教ニ関係セズ公私ノ義務ハ信教ニ依テ妨ヘラルルコトナシ」というプロイセン憲法12条に沿った案を出している<sup>43</sup>。

この間、井上毅は5月30日に甲乙案を作成している。信教の自由については、甲案では7条9号に「安寧秩序ニ妨ケス及国民ノ義務ニ背カサル信教ノ自由」、乙案では11条9号に甲案と同様の規定があるのに加えて、条数は付されていないが「信教ノ自由ハ侵スヘカラズ公権私権ノ享受ハ信教ノ如何ニ由テ異同アルコトナシ但シ國民ノ義務ハ信教ニ由テ之ヲ避クルコトヲ得ズ」と定められている<sup>44</sup>。

その後、憲法全体については伊藤、井上、金子堅太郎、伊東巳代治によって検討が進められていくのは周知のとおりであるが、信教の自由を保障する規定は、同年8月の夏島草案60条「日本臣民タル者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、これまでの案に沿ったかたちで文言の修正が加えられた<sup>45</sup>。さらに翌1888年2月まで伊藤らによって検討が進められ、その成果としていわゆる二月草案が作成され

た。二月草案の28条は「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、この段階で明治憲法28条と同じ文言に改められている<sup>46</sup>。

この案に基づいて起草された明治憲法28条の原案は、枢密院の審議において、近代国家においては信教の自由が保障され、宗派に基づいて差別的取り扱いを受けないこととされていることが確認された後で、「但シ信嚮歸依ハ専ラ内部ノ心識ニ屬スト雖其ノ更ニ外部ニ向ヒテ禮拜儀式布教演説及結社集會ヲナスニ至テハ固ヨリ法律又ハ警察上安寧秩序ヲ維持スル爲ノ一般ノ制限ニ遵ハザルコトヲ得ズ而シテ何等ノ宗教モ神明ニ奉事スル爲ニ法憲ノ外ニ立チ國家ニ對スル臣民ノ義務ヲ逃ルノ權利ヲ有セズ故ニ内部ニ於ケル奉教ノ自由ハ完全ニシテ一ノ制限ヲ受ケズ而シテ外部ニ於ケル禮拜布教ノ自由ハ法律規則ニ對シ必要ナル制限ヲ受ケザルヘカラズ」と、内心における信仰の自由は絶対的な保障が及ぶとしつつ、外的な行為に対しては法律や規則によって必要な制限を受けるといううちの半官的注釈書の記載とほぼ一致する説明がなされた。その後第二読会において、政府の大臣や官吏の朝廷祭祀における礼拝の義務を厳しく課すべきではないかという意見があったものの、伊東からこうした義務は官吏服務上の義務であり、明治憲法28条の適用はないという答弁があったほかは目立った反対はなく、出席議員22名中18名の賛成を得て原案は可決されることとなった<sup>47</sup>。ここに、明治憲法28条は信教の自由を「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」という留保付きで保障することとなった<sup>48</sup>。

### (3) 補論—私擬憲法における信教の自由

本稿の課題と直接の関係はないが、この時期に自由民権運動の担い手たちによって私擬憲法が多数発表されている。そこで、補論として私擬憲法が信教の自由をどのように保障していたのかについてもここで概観しておくことにしたい。

41 稲田正次『明治憲法成立史 下巻』（有斐閣、1965年）16-17頁。

42 草案の原文は、小嶋和司「ロエスレル『日本帝國憲法草案』について」小嶋和司憲法論集1『明治典憲体制の成立』（木鐸社、1988年）26-27頁を参照。なお、「国家ニ対スル義務」の原語は“die Pflichten gegen den Staat”である。

43 稲田、前掲註41、20頁。

44 稲田、前掲註41、72-73頁。

45 稲田、前掲註41、202頁。

46 稲田、前掲註41、335頁。

47 稲田、前掲註41、641-644頁。

48 なお、「安寧秩序」は öffentliche Ordnung の訳であり、プロイセン憲法12条にはない文言ではあるものの、ドイツでは伝統的にこれを根拠として信教の自由を制約することができるかと理解されていたようである。基本法にも明文の根拠はないものの、これを根拠として信教の自由を制約することは伝統に即しており、基本法の制定過程においても合意があったと主張する学説もある。例えば、Stefan Muckel, Religiöse Freiheit und staatliche Letztentscheidung, 1997, S.226f. を参照。また、基本法における öffentliche Ordnung を根拠とする信教の自由の制約に関する議論については、拙稿、前掲註1を参照。

私擬憲法においては、信教の自由を留保なく保障するものと、政府案に近いもの、すなわち明治憲法とほぼ同様の制限付きで保障するものに大別される。

まず、前者のものとして、植木枝盛が1881年8月以降に起草したとされる「日本国憲案」がある。この案の50条は「日本人民ハ如何ナル宗教ヲ信ズルモ自由ナリ」<sup>49</sup>と、一切の留保なく信教の自由を保障している。同様に、嚶鳴社が1879年～1880年に起草した「嚶鳴社憲法草案」も、「国民ノ権利」8条で「日本人民ハ、何ノ宗教タルヲ論ゼズ信仰ノ自由ヲ得」<sup>50</sup>としている。さらに、1881年に永田一二が起草したとされる「私草憲法」第4章5条は「日本国民ハ何ノ宗教タルヲ論ゼズ各自所信ノ教法ヲ奉スルノ自由ヲ有ス」<sup>51</sup>としたうえで、政治は人の外部的な行為のみを支配し、内心の宗教は各人の自由であることは欧米諸国の学者が常に述べていることであり、政治家が政治と宗教を混同して各人の内心に侵入すると不測の災いが生じることになるのは歴史が示しているとおりであるから、為政者はこれに最も注意すべきことであるという理由から「今我邦ノ憲法ヲ制定スルニ當テ本條ヲ設ケ宗教ハ何宗タルヲ論ゼズ各自ノ自由ニ任ズルヲ以テ最も適當ノコトト信ズルナリ」<sup>52</sup>と解説を加えている。その他、いずれも1881年に起草された立志社の「日本憲法見込案」28条は「國民ハ奉教ノ自由ヲ得」<sup>53</sup>と定め、また、村松愛蔵による「憲法草案」53条は「日本國民ハ結社集會演論討論出版職業信教ノ自由ヲ有ス」<sup>54</sup>と定めていた。

一方、上述の政府案に近いものとして、まず、交詢社が1881年に起草した「私考憲法草案」がある。その69条は、「日本国民ハ、国安ヲ妨害スルニ非ザレバ各自所信ノ教法ヲ奉ズルノ自由ヲ有ス」<sup>55</sup>と定めていた。また、この案には静岡新聞の記者を務めた伊藤欽亮による解説「私擬憲法案註解」も発表されており、69条の解説では欧米諸国において宗教戦争やアメリカ独立革命によって信教の自由が確立されてきたという歴史的経緯から、欧米においては最も重要な自由として憲法で必ず保障され

ていること、一方で当時の日本では宗教について全く考慮されていないという特殊な事情があり、憲法で信教の自由を保障することは喫緊の課題ではないとしても、国民の権利の一つとしてあらかじめ憲法で保障することは緊要であることが述べられている<sup>56</sup>。次に、千葉卓三郎らによって構想され、1881年に起草された「日本帝国憲法（五日市憲法草案<sup>57</sup>）」56条は「凡ソ日本国民ハ、何宗教タルヲ論ゼズ之ヲ信仰スルハ各人ノ自由ニ任ス。然レドモ政府ハ何時ニテモ国安ヲ保シ、及各宗派ノ間ニ平和ヲ保存スルニ応当ナル処分ヲ為スコトヲ得。但シ国家ノ法律中ニ宗旨ノ性質ヲ負ハシムルモノハ国憲ニアラザル者トス。」<sup>58</sup>と上述のプロイセン憲法12条3文をより具体化した定めを置いていた。また、小田為綱らによって1880～1881年に構想された「憲法草稿評林」第3篇13条は、「国民ハ各其宗教ヲ崇信スルコトヲ得。其政事風俗ニ害アルモノハ均シク禁ズル所トス。」と定め、国民は神道を信仰しており、外国の宗教を信仰することも妨げられないが、神道を廃すべきではなく、国安国益に害を及ぼすものや政事風俗にとって有害な宗教はひとしく禁止すべきであるという旨の注記も掲載されている<sup>59</sup>。福地源一郎が東京日日新聞に1881年3月から4月にかけて連載した「国憲意見」第2章「公法」には、「日本国民ハ自由ニ其帰依スル所ノ宗教ヲ信仰シ各宗同一ノ保護ヲ受クベキ」とし、併せて解説において、いかなる宗教を信じることも法律の範囲内で自由であり、政治はこれに干渉すべきではなく、すべての宗教に平等な保護を与えるべきであると述べると同時に、欧州諸国の国教制はやむを得ざるものであって、日本では国教を定めるべきではないことも指摘されている<sup>60</sup>。その他、天橋義塾社長の沢辺正修らが1880年に起草したと推測されている「大日本国憲法」27条は「国民ハ、皆同ク自己ノ教派ヲ奉ズルノ自由ヲ有ス。然レドモ葬祭等ハ国家ノ監督ヲ受クベシ」<sup>61</sup>、筑前共愛会が1880年に起草した「大日本国憲法大略見込書」41条は「凡ソ教法ハ自由ナリトス社寺若クハ説教講社ハ教務ヲ公行スルノ權ヲ有ス／

49 江村栄一編『日本近代思想体系 9 憲法構想』（岩波書店、1989年）187頁、家永ほか、前掲註28、389頁。

50 江村、前掲註49、101頁。家永ほか、前掲註28、196頁。

51 家永ほか、前掲註28、343頁。

52 同上。

53 家永ほか、前掲註28、402頁。

54 家永ほか、前掲註28、410頁。

55 家永ほか、前掲註28、286頁。

56 江村、前掲註49、179頁。

57 五日市憲法草案の発見の経緯や草案の内容、草案の背景にある思想等については、新井勝敏『五日市憲法』（岩波書店、2018年）を参照。

58 江村、前掲註49、136頁。家永ほか、前掲註28、291頁。

59 江村、前掲註49、112頁。家永ほか、前掲註28、444頁。

60 家永ほか、前掲註28、262頁。

61 江村、前掲註49、126頁。家永ほか、前掲註28、247頁。

但シ國法及ヒ風儀ニ戻ルコトアルニ於テハ法律ノ責ヲ受クヘシ<sup>62</sup>、兵庫國憲法講習會が1881年に起草した「國憲私考」第6章「公権」2条は「日本國民ハ國安ヲ妨害スルニ非サレハ各自所信ノ教法ヲ奉スルノ自由ヲ有ス」<sup>63</sup>、東海暁鐘新報記者「各国対照私考國憲案」89条は「日本國民ハ其帰依スル所ノ宗教ヲ奉スルノ自由ナリト雖モ民事政事ニ妨碍ヲナス者ハ之ヲ禁ス」<sup>64</sup>、田村寛一郎が1887年に起草した「私草大日本帝國憲法案」86条は「日本國民ハ國安ヲ妨害スルニ非サレハ各自信スル所ノ教法ヲ奉スルヲ得ヘシ」<sup>65</sup>などの案がある。

以上のように、私擬憲法における信教の自由の保障のあり方は、留保なく自由を保障するものから政府案に近いものまでさまざまではあるものの、相対的には政府案と同様に法律等による制約を容認するものが多い。保障の様相が異なる背景には、西欧諸国における国家と宗教とのあり方、信教の自由の保障の歴史や国教制の是非、神社神道の取扱いなどのうち、いずれを起草者が重視するかの相違があるといえよう。

#### (4) 小括

以上みてきたように、神道国教化政策が挫折した後、政府は比較的早い段階から不平等条約改正交渉を進めるため、信教の自由を保障することが必要不可欠であることを自覚していた。そこで、井上毅はプロイセン憲法12条やオーストリア憲法14条などを参照し、「内心における信仰は自由であるが、葬祭等の外形的行為については法律や規則によって規制する」という方針を確立し、ロエスレルらの影響を受けながら憲法案を起草していった。この方針により、明治憲法28条は「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」という留保を定め、これを具体化する法律や規則によって信教の自由が制約されることとなった。すなわち、井上憲法制定者はこの留保を葬祭等の外形的行為を法律によって制約する根拠、つまり法律の留保として理解していたことは間違いないだろう。

もっとも、こうした信教の自由の保障のあり方は、神

道の国教化を目指す元田らの復古派や西周ら政府内部のより自由主義的な立場、さらには自由民権運動に対する妥協の産物であり、また、条約改正交渉を進めるためという政治的判断に基づくものでもあった。プロイセン憲法も明治憲法と同様に欽定憲法であり、また、当時の政治的な妥協の産物ではあったものの、一方ではフランクフルト憲法を思想を引き継いで権力を制限し、権利の保障を確保するという立憲主義的な意図があった。これに対して、明治憲法28条により信教の自由が保障されるに至った背景には立憲主義的なものと政治的な判断など、そうでないものとが混在しており、両者の相違には十分留意する必要がある。そうだとすると、明治憲法28条の「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」という留保についても、プロイセン憲法12条3文の法律の留保とはその解釈や効力において違いが生じる余地があるようにも思われる。それでは、明治憲法が制定された後、「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」という留保はどのように解釈されていったのだろうか。次に、この問題について検討することにした。

#### 4. 明治憲法における信教の自由とその制約

##### (1) 憲法制定者の解釈と信教の自由の保障のあり方

上述のように、井上憲法制定者はかなり初期の段階から内心の信仰の自由は絶対的に保障し、礼拝等の外部的行為は法律等により制限しようと考えていた。明治憲法制定と同時に刊行された半官的注釈書においてもこの考え方は踏襲されている。すなわち、「信仰帰依は専ら内部の心識に属すといへども、その更に外部に向ひて礼拝・儀式・布教・演説および結社・集会を為すに至ては固より法律または警察上安寧秩序を維持するための一般の制限に遵わざるを得ず。」<sup>66</sup>と、従来の立場が確認されている。学説も、明治憲法制定直後のものから昭和期のものに至るまで一貫して、信教の自由の保障内容を内心の信仰の自由と外部的行為としての宗教的行為の自由の2つに分類していた<sup>67</sup>。そのうえで、心の中の信仰は法

62 家永ほか、前掲註28、205頁。

63 家永ほか、前掲註28、324頁。

64 家永ほか、前掲註28、432頁。

65 家永ほか、前掲註28、538-539頁。

66 伊藤博文(宮沢俊義校註)『憲法義解』(岩波書店、2019年)68頁。なお、同書は信教の自由の保障内容を内心の信仰の自由と外部の宗教的行為の自由に分類し、後者の例として「結社」が登場する。このことから、宗教的結社の自由は宗教的行為の自由の一内容と理解されているように思われる。保障内容のこうした分類はプロイセン憲法に倣ったものであるが、上述のように明治憲法の制定者は独自の動機に基づいてこの分類法を採用していることに注意が必要である。その他、伊東巳代治『大日本帝國憲法衍義』(信山社、1994年)90-91頁にも本文とほぼ同旨の指摘がある。

67 例えば、有賀長雄『帝國憲法講義』(講法會、1898年)148頁、副島義一『日本帝國憲法論』(早稲田大学出版部、1905年)758-760頁、市村光恵『帝國憲法要論全』(有斐閣、1908年)300-301頁、井上密・市村光恵『憲法要論全』422-423頁、佐々木惣一『日本憲法要論』(金刺芳流堂、1930年)241頁、野村淳治「信教の自由及これに対する制限」田村徳治編『佐佐

が立ち入ることができないものであるため完全な自由が保障される一方で、外部的行為に対しては法律等による制限が及ぶことを認めている<sup>68</sup>。さらに、学説のなかにはこの2つの保障内容に加えて宗教的結社の自由をも信教の自由によって保障されるとするものも登場しつつあった<sup>69</sup>。そこで、宗教的行為の自由や宗教的結社の自由を制限する根拠となる「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」という留保の解釈が問題となる。以下では、本稿の課題とは直接の関係はないものの、「安寧秩序ヲ妨ケス」の解釈についても検討し、そのうえで、「臣民タルノ義務」についての学説上の解釈について検討していくことにしたい。

## (2) 学説の動向

井上憲法制定者が、明治憲法28条の「臣民タルノ義務ニ背カサル限ニ於テ」という留保を法律の留保と同視していたことは上述のとおりである。一方、学説においては、まず、「安寧秩序ヲ妨ケス」について、公共の安寧を妨害する原因となるようなものであれば、国家はこれを必ず防禦する必要があり、また、何が安寧秩序を妨害するものであるかについてはあらかじめ法律で指定することはできないため、行政権が必要に応じて命令を発することができることを広く容認している<sup>70</sup>。つまり、安寧秩序に反すると行政が判断した場合には、法律によらず行政の命令によって信教の自由を制約しようと理解

する学説が多数を占めていた。これに対し、「臣民タルノ義務」については、多くの学説は兵役・納税の義務や重婚の禁止などの義務を信仰を口実として免れることを禁止する義務であり、ここには行政の命令によって課せられた義務も含まれるが、本来は憲法や法律によって義務づけられていることを遵守する義務、すなわち法律の留保であると理解している<sup>71</sup>。さらにここで学説は、特定の宗教の信仰を否定するような法律は信教の自由を侵害するものであり、憲法28条により許されないことをも確認している。このように、学説上は、「臣民タルノ義務」をプロイセン憲法12条3文の「市民および公民の義務」と同じように解釈しようとするものが多数を占めるものの、「安寧秩序ヲ妨ケス」を根拠として、明治憲法9条により発せられる行政の命令、とりわけ警察命令による信教の自由の制約を容認せざるを得なかったことに加え、「臣民タルノ義務」においても、あくまでも法律に基づく義務によって制約することが望ましいというにとどまり、行政の命令による制約をも容認していた。その結果、明治憲法28条の制約根拠は本家のプロイセン憲法12条3項の解釈の枠を大きく超えることとなり、「臣民タルノ義務」には神社への参拝義務も含まれる<sup>72</sup>という「起草者の意思から遠く離れ」た拡大解釈<sup>73</sup>も登場するようになった。

---

木博士還暦記念 憲法及行政法の諸問題』（有斐閣、1938年）1-5頁。なお、清水澄『逐条帝国憲法講義』（松華堂、1932年）243-244頁は、信仰の自由を宗教選択の自由、改宗の自由、無宗教の自由に、宗教的行為の自由を積極的礼拝の自由と消極的礼拝の自由とに分類している。

<sup>68</sup> なお、山崎又次郎『憲法学』（丸善、1936年）845-846頁は、公務の就任に特定の信仰を要件とすることや公立学校での宗教的教育は信仰の自由に抵触すると指摘している。

<sup>69</sup> 美濃部達吉『逐条憲法精義』（有斐閣、1927年）393-397頁、同『改訂憲法撮要』（有斐閣、1946年）158-159頁。このように、信教の自由の保障内容を信仰の自由、宗教的行為の自由、宗教的結社の自由の3つに分類するのはプロイセン憲法12条に倣ったものである。同様の指摘として、林知更『現代憲法学の位相』（岩波書店、2016年）402-404頁、工藤達朗「信教の自由の保障内容」中央ロー・ジャーナル（2015年）136-137頁を参照。

<sup>70</sup> 有賀、前掲註67、149-150頁、副島、前掲註67、759-760頁、市村、前掲註67、302頁、井上・市村、前掲註67、424頁、佐々木、前掲註67、243-244頁、野村、前掲註67、11-13頁、美濃部、前掲註69（『逐条憲法精義』）、400頁。また、清水、前掲註67、245頁は、安寧秩序を維持するためであっても、宗教的結社の自由は明治憲法29条の結社の自由と同様に法律によらなければ制約できないと指摘している。

<sup>71</sup> 副島、前掲註67、759-760頁、市村、前掲註67、302-303頁、井上・市村、前掲註67、423-424頁、佐々木、前掲註67、244-245頁、清水、前掲註67、246頁、野村、前掲註67、6-8頁。有賀、前掲註67、150-154頁は、法律の留保に加えて行政処分に従う義務（宗教上の儀式のために異形の服装を着用しているとき、警察権の範囲内において静止させられたときには服従しなければならないなど、行政処分に従う義務）、司法上の処分に従う義務（判決によって命じられる事項に従う義務）、国家に忠実な義務（天皇およびその祖宗を尊敬する義務であり、憲法が天皇により制定され、その憲法において信教の自由が保障されている以上、天皇を尊敬する義務は信仰の問題ではなく、すべての者が服従しなければならないというもの）をも制約根拠として挙げているがここまで臣民タルノ義務を拡張する学説は少数にとどまる。

<sup>72</sup> 美濃部、前掲註69（『逐条憲法精義』）、399-400頁。美濃部、前掲註69、159頁にみられるように、美濃部は当初はこうした解釈は採用していなかった。須賀博志「学説史研究と憲法解釈」公法研究73号（2011年）114-117頁は、『逐条憲法精義』においてこうした学界の一般的な見解から大きく逸脱した解釈が採用されたこと背景には、当時の「宗教」概念の変化があると指摘している。こうした宗教概念の変化に基づく神社神道のとらえ方に対する批判的な考察として、島菌、前掲註26、169頁以下を参照。

<sup>73</sup> 大石眞『日本憲法史』（講談社、2020年）318頁。

### (3) 裁判例

明治憲法下における信教の自由に関する裁判例は、管見の限り、ほとんど確認できない。それは、「法律の留保を前提とするならば、民事・刑事の裁判はもちろん行政裁判でも、法律の内容が憲法に反して違憲であるという結論が導かれる余地は、もともとほとんど残されて」おらず、「臣民に対する法律の適用の場面で憲法の登場する可能性は少ない」<sup>74</sup> という事情があったためである。これは、法律の留保を他の権利ほど明確には定めていない信教の自由にも妥当するものである。しかし、信教の自由の制約に関する裁判例が全くないわけではない。本稿の課題に関連するものとして、以下では、「鹿児島県警察犯処罰令違反被告事件」<sup>75</sup> について概観することにした。

この事件は、被告人が許可を受けることなく1930年8月から1931年6月まで、神道の教義を宣布するために鹿児島市内に「人の道教団」鹿児島支部という礼拝所を設け、公衆に参拝させたことが鹿児島県警察犯処罰令1条17号<sup>76</sup> に該当するものとして、鹿児島県知事が被告人を10日間の拘留としたものである。これに対して被告人は、明治憲法28条により布教の自由を含む信教の自由が保障されていること、信教の自由を制約するには安寧秩序を妨げる場合でも臣民の義務に背く場合でも法律または命令によらなければならない、なおかつこうした法律・命令によって安寧秩序の妨害や臣民の義務違反を除去する限りでのみ信教の自由を制約するのであり、単に礼拝所を設けるだけでは安寧秩序の妨害も臣民の義務違反もなく、鹿児島県警察犯処罰令は憲法に違反し無効であって、裁判所はこうした無効な法律や命令の適用を拒絶すべきであること等を理由として上告した<sup>77</sup>。

大審院は、「信教行為モ安寧秩序ヲ保持スル法令ニ遵ハサルヘカラサルヤ論ヲ俟タス蓋スル法令ニ違反スルハ安寧秩序ヲ妨クルモノニ外ナラサレハナリ而シテ憲法第九條ニハ天皇ハ公共ノ安寧秩序ヲ保持スル爲ニ必要ナル命令ヲ發シ又ハ發セシムル旨ノ規定アリ地方官官制ニ依レハ知事ハ其ノ管内ノ警察ニ關スル事項即チ安寧秩序ノ保持ヲ目的トスル事項ニ付權限ヲ有シ之ニ關スル府縣令ヲ發ス職權ヲ有スルヲ以テ知事ハ安寧秩序ヲ保持スル爲ニ必要ト認メタルトキハ信教行為ニ制限ヲ加フルノ府縣

令ヲ發スルコトヲ得ルヤ明ナリ」<sup>78</sup> として、安寧秩序を保護する法令を根拠に、当該法令に違反する宗教的行為を処罰しうることを確認している。つまり、この判決は、安寧秩序を保護することを目的とする法律・命令の範囲内でのみ、宗教的行為の自由が保障されるとしており、なおかつ、こうした法令を明治憲法9条により知事が制定することも可能であるという、上述の学説の議論状況とほぼ一致したものであるといえることができる<sup>79</sup>。

### (4) 小括

ここまでみてきたように、明治憲法制定後の学説は、明治憲法28条の「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」という留保のうち、「臣民タルノ義務」については、第一義的には法律の留保と解釈するものが多く、神社への参拝義務などはほとんど想定されていなかった。この点では、プロイセン憲法12条3文の解釈とほぼ同様のものといえることができる。もっとも、明治憲法の制定者らは、上述のとおり、条約改正交渉を進めるためという政治的判断によって、また、政府内外の異なる立場との妥協の産物として、信教の自由を保障する方針を採用しており、内心の信仰の自由はともかく、一貫して宗教的行為の自由の保障には消極的な姿勢を維持していた。こうした憲法制定期の動向がどれほど影響したのかは定かではないが、学説もプロイセン憲法12条3文にはない「安寧秩序ヲ妨ケス」を根拠に行政の命令によって信教の自由を制約しうるのと立場が一般的なものとなり、一方でプロイセン憲法12条3文と類似の留保である「臣民タルノ義務」についても例外的ではあるものの、行政の命令によっても信教の自由を制約しうるものが多数を占めるなど、憲法制定当初に想定されていたよりも制約の範囲が拡大していくこととなった。また、当時の裁判のあり方を背景として、大審院の判決においても、学説とほぼ同様の立場が採用されていた。

さらに、結果論ではあるものの、仮に信教の自由の制約根拠を法律に限定したとしても、刑法の不敬罪や治安維持法、治安警察法などの恣意的な適用・運用によって宗教団体の活動は著しく制約され、後にはこれらの法律

<sup>74</sup> 宍戸常寿『憲法裁判権の動態〔増補版〕』（弘文堂、2021年）319-320頁。

<sup>75</sup> 大判1931年10月12日集10巻10号445頁。なお、被告人はひとのみち教団の信者であるが、この事件は同教団への弾圧（1938年）以前のものである。

<sup>76</sup> 鹿児島県警察犯処罰令1条「左ノ各號ノ一ニ該當スル者ハ拘留又ハ科料ニ處ス」同17号「許可ヲ得スシテ社寺佛堂又ハ禮拝所ヲ設ケ公衆ヲ参拝セシメ若ハ私ニ堂宇會堂説教所又ハ講義所ノ類ヲ設ケテ宗教ノ用ニ供シタル者」

<sup>77</sup> 大判1931年10月12日集10巻10号448頁。

<sup>78</sup> 大判1931年10月12日集10巻10号450頁。

<sup>79</sup> もっとも、田上穰治「府縣令と信教行為の制限—罰則を定めたる府縣令と其の効力」国家学会雑誌46巻3号（1932年）142頁は、この判決の結論には同意しつつも、「禮拝所を設け、公衆をして参拝せしめることが、通常、安寧秩序を害する虞ありと推定するは、不當である」と指摘している。

を根拠として宗教団体に対する弾圧まで行われるという事態まで生ずることとなった<sup>80</sup>。さらに、1939年に制定された宗教団体法により、すべての宗教団体・宗教結社の活動は厳格に統制されることとなった。こうした事態に対して、ドイツのキリスト教会とは異なり、当時の日本では、信教の自由への制約に対抗しうるほどの力を宗教がもつこともなかった。

結局のところ、明治憲法28条に定められた留保については、法律の留保と同視することが望ましく、学説上もそうした見解が有力であったとはいえ、法律を制定する議会や法律を執行し、命令を発する行政に対する統制が機能しておらず、他の権利と同様にその保障の程度は政府の判断如何に左右されてしまっていたというのが実情である。

## 5. むすびにかえて

ここまで検討してきたように、プロイセン憲法12条は、信仰告白の自由、宗教的行為の自由、宗教的結社の自由を完全なかたちで保障すると同時に、同条3文の「市民および公民の義務」を根拠として、信教の自由を否定するような義務や特定の宗教上の信念を持つこと、その信念に従って行動すること、礼拝その他の宗教的活動に参加することなどを義務づけるようなものでない限り、法律によりこれらの自由を制約しようと解釈されていた。

明治憲法の制定者たちも、神道国教化政策が挫折した後、比較的初期の段階からプロイセン憲法等におけるこうした信教の自由の保障のあり方を輸入する方針を表向きは確立していた。こうした方針に基づき、明治憲法28条の「臣民タルノ義務」も、当初はプロイセン憲法12条3文と同様に法律の留保と解釈すべきとされていた。しかし、信教の自由のこうした保障のあり方の背景には、政府内外の様々な立場に対する妥協や条約改正交渉という政治的な判断が伏在しており、明治憲法の制定者たちにも信教の自由の保障に対する積極的な姿勢はみられなかった。つまり、信教の自由の保障においては、法が事実を規制するという立憲主義的思考が明治憲法には十分には反映されず、逆に事実が法を規制するという立憲主義的とはいえない思考が明治憲法制定前から通

底していたといえよう。ドイツではプロイセン憲法が信教の自由を完全に保障するに至るまで、宗教改革から300年以上の時間をかけて漸次的にその保障内容を拡大してきたという歴史的経緯や背景を考慮せず、その表層だけが明治憲法の制定者によって取り入れられたということも、こうした事態を招来する原因となったのではないだろうか。やや飛躍したことを付言すれば、歴史的経緯をふまえることなく、自らの拠って立つ見解を補強するためだけに外国法を参照しても、そうした見解はすぐに廃れてしまうということを、本稿で検討してきた問題は示している。また、ドイツのキリスト教会等とは異なり、日本では宗教の側も信教の自由の保障を求めうるほどの力をもちえなかった。そうした事情から、明治憲法制定後の解釈においては、「臣民タルノ義務」を法律の留保に限定するという動きはあまりなく、また、仮に法律の留保に限定したとしても、法律およびその適用・運用によって信教の自由は著しく制約されることになっていった。神社への参拝義務をも「臣民タルノ義務」に含めるという極端な解釈の登場はこうした状況の延長線上に位置づけられるものである。信教の自由の歴史的沿革に関する通説的な説明の背景には、このような実態があったということに留意する必要がある。

以上のような憲法史的な考察から、日本国憲法の解釈論に得られる示唆は限定的である。というのも、最高裁も津地鎮祭事件判決において、明治憲法下の信教の自由の保障のあり方について言及しているものの、それが判決の結論を左右するほどの要素とはなっていないからである<sup>81</sup>。それでも、日本国憲法が明治憲法の反省のもとに信教の自由を手厚く保障している<sup>82</sup>のだとすれば、憲法20条の解釈において次のような示唆は得られるように思われる。まず、明治憲法の制定者たちが信教の自由の保障に積極的ではなかったために、「内心の信仰は自由だが、外部的行為としての宗教的行為の自由は法律により制約しうる」という方針を採用していたのだとすると、信教の自由を手厚く保障する日本国憲法においてこの思考様式を採用する意義はないということである。つまり、日本国憲法20条が保障する信教の自由を、内心における信仰の自由と外部的行為たる宗教的行為の自由

<sup>80</sup> 渡辺治『天皇制国家の専制的構造』（旬報社、2021年）279頁。

<sup>81</sup> 最大判1977年7月13日民集31巻4号538頁以下は、明治憲法への反省から日本国憲法では信教の自由を無条件に保障し、さらにそれを確実なものとするために政教分離規定を設けることとなったとし、政教分離規定により国家と宗教との完全な分離を理想とするの述べるが、それに続いて私学助成や文化財保護など政教分離規定の保障の対象となる国家と宗教との分離にも一定の限界があるとしている。このように、最高裁は歴史的沿革に言及しつつも、それを憲法解釈の根拠とはしていない。同様の指摘として、須賀博志「戦後憲法学における『国家神道』像の形成」山口輝臣編『戦後史のなかの「国家神道」』（山川出版社、2018年）114頁以下を参照。

<sup>82</sup> 芦部、前掲註2、160頁。

および宗教的結社の自由の3つに区分する意義は、現代においてはもはやないということになるだろう<sup>83</sup>。むしろ、諸外国の信教の自由の保障のあり方などに鑑みると、現在では、内心と行為を一体のものとして保障するという解釈へと転換すべきではないだろうか。このように、信教の自由の保障内容のあり方については再考の余地がある。また、そうだとすると、信教の自由の制約においても、内心の信仰は絶対的に保障されるが、外部的行為たる宗教的行為の自由は一般的・中立的な法律により制約されうる、あるいは、内心の信仰に対する制約やそれ

と密接にかかわる制約については外部的行為に対する制約と比較して審査密度が高くなる（換言すれば、外部的行為の制限については、審査密度は相対的に低くなる）という、現在一般的となっている解釈も再考の余地があるだろう。このように、本稿の検討から得られる示唆は限定的なものであり、解釈論の決め手となるものではないが、これをもとに日本国憲法が保障する信教の自由の保障のあり方についても再考していくことが今後の課題となるだろう。

---

<sup>83</sup> 本文で指摘したように、歴史的沿革は憲法解釈の決定打となるわけではないため、この示唆も限定的なものにとどまる。もっとも、現代のドイツがこうした区分をしていないという比較憲法的な考察からも、また、日本国憲法の解釈論においても、信教の自由の保障内容を内心と行為に区分する意義はない。この問題については別稿で検討することを予定している。