

《研究ノート》

箕面市忠魂碑訴訟控訴審判決について

——第一審判決との対比において——

辰 村 吉 康

一 はじめに

筆者はかつて、箕面市の忠魂碑移設訴訟の第一審判決と忠魂碑慰霊祭訴訟の第一審判決のそれぞれについて判例研究をしたことがあった。<sup>(1)</sup>その後昭和六三年七月一六日に大阪高裁が、これら両事件の併合審理の後判決を下した際に、友人の弁護士から高裁判決が判例集に掲載される前にであったが、判例研究でもしたらどうかと高裁判決の写しを送付してもらった。その時は多忙を極めており、友人の期待通り判例研究に時間を費す余裕がなく申し訳けなく思っていた次第である。その後高裁判決は、判例集にも掲載され、初宿判例解説を初めとして多くの判例研究が公表された。<sup>(2)</sup>筆者みずからも両事件の第一審判決に対してコメントを加えていた手前、高裁判決についても筆者なりの考察を施し一応の区切りをつけておくべきだとの義務感のようなものを持っていた。高裁判決に対しては筆者の怠慢ゆえに時機を失した感があるが、その義務は、いずれ最高裁判決が出された時点で、箕面市忠魂碑訴訟についての全体的考察を以て果そうと思っている。

そこで高裁判決については、筆者みずからの覚え書のようなものとして、第一審判決との相違点やそれに対する筆者みずからの考え方等について纏めておくこととした。それが本稿である。従って本稿は、あくまでも筆者みずからの覚え書

として認められたものであるから、高裁判決に対する他の研究者達の考え方も十分争わせてもいないし、それぞれの問題について他の学説とも対比をしていない。このような段階で公開することに内心忸怩たるものを感じるが、筆者なりの基本的な考え方は、それなりに表われているものと思う。従って本稿は、控訴審判決を読んでそれぞれの問題点について筆者なりに感じた所感を認めたものとしてお読みいただければ幸甚である。

## 二 事実関係及び一審判決について

本件判決は、箕面市忠魂碑移設訴訟判決（大阪地判昭和五七・三・二四判時一〇三六号二〇頁）と同慰霊祭訴訟判決（大阪地判昭五八・三・一判時一〇六八号二七頁）に対して、原告・被告の双方からの敗訴部分の控訴に基づいて、大阪高裁で併合審理され下された控訴審判決である。各事件の事実関係及び一審判決の概要は次の通りである。

### (一) 箕面市忠魂碑移設訴訟について

大正五年ごろ、帝国在郷軍人会篠山支部箕面村分会によって、本件移設前の忠魂碑が箕面小学校の一隅に建てられた。昭和一〇年代の前半ごろまで、移設前の碑の前で毎年慰霊祭が催されていた。同小学校の生徒は、敗戦まで、登下校時忠魂碑に礼拝するよう教育されていた。本件移設前の碑は、昭和二二年三月ごろ、その碑石部分だけが取りはずされてその付近の地中に埋められたが、基台はそのままの状態で放置された。しかし昭和二六年前、戦没者遺族たちによって再建された。

箕面市遺族会が昭和二七年前結成され、箕面地区の支部遺族会が同碑の清掃管理をし、遺族会主催の慰霊祭が、同碑の前で、毎年神式又は仏式（一年交替）で行われていた。

ところで小学校の増改築のため、本件忠魂碑を他に移設する必要が生じた。そこで市は本件忠魂碑の所有者は明らかでないが、支部遺族会が管理使用していたところから、支部遺族会を交渉相手として、碑を現状有姿のまま、かつ碑の前で慰霊祭を行うための広さを確保するなどの条件で、移設することに合意した。

市は碑の移設のため、箕面市土地開発公社から借り受けて同小学校の仮運動場として使用していた土地について、用途廃止処分をするともに、公社からこれを七、八八二万円余で買い受け、その場所の一部に本件忠魂碑を移設した。

原告らは、いずれも箕面市の住民であるが、本件忠魂碑は宗教的な祭祀ないし礼拝の対象となる宗教施設であり、遺族会は宗教上の組織又は団体であるから、箕面市が行った本件忠魂碑の移設や、その敷地の右遺族会への貸与行為は、憲法二〇条一項及び八九条に違反するとして、次のような内容の住民訴訟を提起した。

①市教育委員会に対し、本件土地（仮運動場として使用していた土地）の用途廃止処分の無効確認ないしは取消しを行うこと。

②市長に対し、市が右遺族会に対し本件敷地部分の土地から本件忠魂碑を除去して、土地の明渡し請求を怠ること、及び市が公社に対し、本件土地の引渡しと引換えに、その代金七、八八二万円余の支払請求を怠ることの違法確認をすること。

③市長個人、市教育長個人及び市教育委員個人に対し、市の被った損害の賠償をすること。

これらの請求に対する第一審判決の要旨は次の通りである。

①について、本件廃止決定は、「財産の管理又は処分」に相当し、住民訴訟としての無効確認ないし取消し訴訟の対象となる行政処分「に該当する」が、もはや小学校の仮運動場として使用する必要がなくなったのであるから、「本件廃止決定の無効確認ないし取消しの訴は、その利益を欠くから、却下を免れない。」

②について、本件忠魂碑は、宗教上の観念に基づく礼拝の対象物となっているもので、宗教上の行為に利用される宗教

施設である。このような宗教施設に、市が市有地を無償で使用貸借させたり、移設することは憲法八九条に違反することになり、右各行為は、宗教活動に対する援助、助長、促進になるもので、憲法二〇条三項にも違反する。以上の見地から市は箕面市遺族会に対し、本件忠魂碑を除去して本件土地を明渡すよう求めることができるのに、市長はこれを違法に怠っている。市と公社との間の本件土地の売買契約も違法な目的のためになされたものであるから、地方自治法二条一六項により無効であり、市長は右売買代金の返済を求めることができるのに怠っている。

③について、市が本件土地の売買代金として七、八八二万円余を支出したことにより、市は右代金に対する遅延利息相当の損害を被っており、この債務負担行為の決裁をした市長は損害金相当の賠償責任がある。また移設費（七三〇万円）のうち、解体費用を控除した金額（四九六万円余）の支出は、違法な公金の支出に当たるので、負担行為の決裁をした、及び違法の公金支出を命じた市長個人及び教育長個人は、右損害の賠償責任がある。その余の教育委員個人については、被告適格がない。

## (二) 箕面市忠魂碑慰霊祭訴訟について

箕面市遺族会は、昭和五一年本件忠魂碑の前で神社神職による神式の慰霊祭を行い、昭和五二年も同様に僧侶による仏式の慰霊祭を行った。箕面市においては、この慰霊祭に市長、教育長が参加して玉串奉奠や焼香をし、市の職員は、慰霊祭の準備のため、市の事務用紙等を使って案内状を発送し、市長らの送迎のため乗用車を使用し、また一般参列者用に市のマイクロバスを使用した。更に慰霊祭が行われた西小学校の校長は、慰霊祭のために机や椅子を貸与し、神職や僧侶の支度用に校長室を貸与し、一般参列者のために便所を使用させた。

原告らは箕面市の住民であるが、本件慰霊祭への市の関与は、憲法二〇条、八九条に違反し、違憲違法であると主張して次のような住民訴訟を提起した。

①市長個人に対しては、市の財産の使用損害等の賠償請求を、

②教育長個人に対しては、慰霊祭参列にかかる給与の過払分の不当利得返還請求を、

③その余の者（教育委員個人ら）に対しては、教育財産の使用損害の賠償請求を求めると。

これに対し第一審判決は、②について、教育長が慰霊祭という宗教儀式に参列し玉串を奉奠したりすることは、憲法二〇条二項との関係上、その公務となりうるものではなく、私的行為であるから、この参列した時間分の給与の過払は不当利得として返還する義務を負うと判断し、その請求の一部を認容したが、その余の請求を棄却した。

棄却した部分の理由は次の通りである。

(i)慰霊祭のために会議室、事務用紙、マイクロバス等を使用させる行為は、規則で主管課長に市長の権限が外部委任されているから市長に賠償義務はない。

(ii)小学校長が慰霊祭のために教育財産を使用することを許可することは、学校管理規則九条ただし書の「定例輕易な事項」としてその権限に属するから教育委員に賠償義務はない。

(iii)教育長が慰霊祭に私人として参列し、二時間分の給与の過払を受けた場合、一次的には過払を受けた職員との関係で清算措置が講じられるべきであり、これを行ってもなお自治体に現実の損害が発生した場合に限って、二次的に支払命令を出した市長の損害賠償責任が問われるべきものと考えるから、市長に賠償の義務はない。

### 三 控訴審判決の判旨

本判決は、右両事件の第一審判決に対し、その各敗訴部分について、原告、被告双方からの控訴に基づいて出されたものである。両当事者の求めもあり、またその主たる論点、とりわけ憲法解釈について、両事件は多分に共通点があること

等の理由で併合審理が進められ結果的には一番原告の逆転敗訴の一つの判決として出されたものである。

本判決には、憲法上の争点に加えて多岐にわたる法令上の問題点も含まれているが、本稿においては、憲法上の主たる問題点に限定して論述する。本判決の憲法上の争点として問題となるのは、(一)忠魂碑が宗教施設であるかどうか、(二)遺族会が宗教上の組織もしくは団体に該当するかどうか、(三)教育長の慰霊祭への参列が憲法の禁止する宗教的活動に該当するかどうか等であるが、それぞれについての判決の要旨は次の通りである。<sup>(5)</sup>

(一) 忠魂碑の性格について

(1) 忠魂碑は、幕末期に国事に殉じた者を慰霊顕彰する目的で建立されたものを最初とし、招魂墓碑としての祭祀施設の性格をもつものもあったが、日露戦争以後に在郷軍人会を中心に戦没者の慰霊顕彰のための碑として建てられた忠魂碑は、特定の宗旨によるものではなく、靖国神社においてもこれを祭祀施設として位置づけたことはなかった。神社行政を担当していた内務省もこれを祭祀の目的物とすることを許さず、忠魂碑の前での宗教儀礼をも禁止する態度をとってきた。やがて、戦争の長期化と戦没者の増加に伴い、愛国心・忠誠心の高揚をはかるため、教育上、忠霊塔とともにこれを礼拝の対象とすることが要請された。

(2) しかし、敗戦後いわゆる神道指令により日本の超国家主義、軍国主義が廃され政教分離が実現されることとなったさいに占領軍、日本政府が忠魂碑を宗教施設であると解したことはなく、単に忠魂碑であることを刻しているというだけでこれを軍国主義的・超国家主義的思想を宣布するものであると考えてもいなかった。講和条約発効後まもなく、政府主催の追悼式が行われたのと相前後して戦没者を記念する忠魂碑、慰霊碑、忠霊塔等多種多様の碑・塔が遺族団体等によって建立されることが多くなった。これら全国的規模の営為は、戦後のわが国の一般的な社会風潮上、戦没者を慰霊顕彰する碑・塔がその銘文如何にかかわらず特に特定の宗教とかかわり合いのあるものではないとの一般的な認識と、これらの

碑・塔がもはや過去の軍国主義的・超国家主義的思想を鼓吹宣伝するを目的とするものではない単なる記念碑であるとの共通の了解のもとになされたものであつて、碑前で行われた追悼式・慰霊祭も、主催者・形式は別として、儀式を通じて戦没者の生前を想起し、記憶を新たにするとする社会倫理的な儀式式典として催されているものである。したがつて、敗戦後に再建ないし新設された忠魂碑は、専ら非業の死を遂げた戦没者を追悼顕彰するために特定の思想、信条、宗教を超えた人間本来の倫理感を表現した記念碑であるとみるのが客観的には相当である。

(3) 本件忠魂碑の前で年一回神式又は仏式で行われている慰霊祭は、碑の前で挙行することが厳肅な雰囲気を作るために効果的であることから実施されているものである。また、碑・塔の前での慰霊祭が宗教儀式をもつて行われる例は原爆犠牲者慰霊祭等にもみられるが、これらの場合に一般には碑・塔が宗教施設であると認識されていない。忠魂という名辞が幕末期の殉国者の霊の呼称として又は靖国神社の前身である東京招魂社の設立の目的を示す用語として使用されていたからといつて、そのような忠魂として靖国神社に合祀された戦没者について、専ら慰霊・顕彰・追悼するという世俗的目的のための記念碑として忠魂碑を建立、維持することが、直ちに東京招魂社ないし靖国神社と不可分の関係にあることを示すものではない。したがつて、一般に、忠魂碑が忠魂と刻されているが故に、それ以外の碑と区別して、敗戦前後を通じてこれを宗教施設であると認識されているものとみるのは相当でない。

## (二) 遺族会の性格について

(1) 日本遺族会は、戦没者遺族の相互扶助・福祉向上と英霊の顕彰を主たる目的とする団体であつて、特定の宗教に拘束され又は特定の宗教を排除する趣旨で組織されているものではなく、宗教の宣伝、宗教的信仰の表白その他宗教的意義を有するものを事業目的とするものではない。もっとも、日本遺族会及びその支部は、英霊顕彰の事業として政府主催の全国戦没者追悼式・大阪府主催の追悼式への参加・協力、外地戦跡の慰霊巡拝などの儀礼的な活動にとどまらず、靖国神

社国家護持の推進運動にも参画しているが、これら宗教にかかわり合いのある一部の行為は、英霊顕彰の目的を遂行するための手段・方法として行われており、会員に神道・仏教の信仰を広める目的で行われているわけではない。

(2) 憲法八九条前段、二〇条一項後段の規定は、憲法二〇条一項前段の定める信教の自由を財政面・社会面・文化面における政教分離の原則によって制度的に保障するものであつて、信教の自由そのものを直接保障するものではないから、国が財政的・社会的・文化的に宗教とかかわり合いをもつことを全く許さないとする趣旨の規定ではない。憲法八九条はこのような観点から、その前段で宗教上の組織又は団体について、その事業の如何を問わず、公金を当該組織又は団体の使用、便益又は維持のために支出すること等を禁止しているのに対し、その後段で公の支配に属しない慈善、教育又は博愛の事業について、その主体如何にかかわらず事業そのものに着目して財産上の援助を禁止しており、また、同法二〇条一項後段は、「宗教団体」に対する特権の付与を禁止しているのである。そして、このような規定の趣旨・文言・体裁からみれば、憲法八九条前段の「宗教上の組織若しくは団体」、同法二〇条一項後段の「宗教団体」とは、宗教的活動を目的とする団体をいうものと解すべきであり、このような目的を有しない団体が、その本来の事業の目的を遂行するうえで臨時的又は定期的に宗教的行事ないし宗教にかかわり合いのある行為を企画実行しているからといって、これが直ちに前記各法条にいう「宗教上の組織若しくは団体」及び「宗教団体」に該当するものと解するのは相当でない。

### (三) 教育長の本件慰霊祭への参列について

(1) 箕面地区戦没者遺族会の主催した本件各慰霊祭は、神職又は僧侶がそれぞれ固有の祭式に則り所定の服装・祭場・祭具をもつて行ったものであるから、開閉会の辞、来賓追悼の辞が無宗教の形式で行われたからといって、全体としてはそれらが特定の宗教とかかわり合いをもつものであることは否定できない。

(2) しかし、憲法二〇条一項後段、三項、八九条は、宗教とのかかわり合いの程度がわが国の社会的、文化的諸条件に



照らし、国民の信教の自由を保障することを確保するという制度の根本目的との関係で相当とされる限度を超えるものと認められる場合に限り、国又は地方公共団体が宗教とのかかわり合いをもつことを許さないとするものであり、また、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、干渉などになるような宗教的活動をすることを許さないとするものであると解すべきである。

(3) ところで、死者を追悼慰霊することは、人類普遍の感情に基づくものであって、祖先を崇拜し又は非業の死を遂げた者の霊を恐れることから生まれた民間習俗ないし宗教習俗であるが、その方法には特定の宗教の儀礼によって行われる場合と無宗教の形式による場合とがある。わが国社会においては古来異なる宗教伝統の存在が互に許容され、これらが重畳・併存してきていることは歴史上顕著な事実である。それ故に、多くの国民は本来の厳格な意味での宗教現象と類似の習俗的伝統を死者に対する慰霊顕彰行為及びこれに参加する行為に採り入れることに寛容であり、死者の慰霊顕彰が宗教儀礼の形式を伴った場合にも、その宗教儀礼及びこれに対する関与が直ちに宗教的意義をもつものと解することはできない。したがって、宗教儀礼を伴った死者の慰霊顕彰行為に参列することを単なる習俗とみるべきか或いは宗教的活動として把握すべきかを判断するにあたっては、まず、慰霊顕彰行為の主使者、その順序作法方式、その行為の行われる場所、その行為に対する一般人の宗教的評価、その行為の意図、目的及び宗教的意識の有無、程度、一般人に与える効果、影響等諸般の事情を考慮すべきである。そして、その参列行為については、特に、追悼・慰霊行為の主催者が参加者の参列を求める意図・目的、参加者の地位・資格及び参加の意図・目的、参列行為の一般人に与える効果・影響等を考慮しなければならないものと考えられる。

(4) 戦没者に対する慰霊は多くは後世直接これを追悼すべき子孫を有しない若年の死者を対象としていたから、その慰霊は特に念入りにしなければならないものと考えられてきたが、敗戦後の一時期、戦没者慰霊は、超国家主義、極端な軍国主義を排する目的で発せられたいわゆる神道指令を受けて、その実施が制限されたことがあった。しかし、その後遺族

会を中心とした戦没者の慰霊顕彰事業が国及び地方公共団体の遺族援護行政のもとにおいて活発となるにつれ、慰霊祭は相応に荘厳な雰囲気を出するため単一又は複数の宗教の方式による儀式を通じて実施され、忠魂碑、慰霊碑等の前で行われることが少なくなかったのであって、本件慰霊祭もこれらと同じ趣旨で専ら戦没者を慰霊・顕彰するという民間習俗・社会儀礼的意義を明示する目的で挙行された。主催者は、本件各慰霊祭に地域の公人たる市長、教育長等の参列を求めることにより、その慰霊・顕彰事業に社会的意義・共感が発揚されることを期待しているものであり、民間団体の主催する宗教的儀式を伴う慰霊祭に地域の公人が参列する例は少なくないが、いずれも慰霊事業の社会的意義に鑑みて社会的儀礼として行われているものとみることができる。箕面市の教育長は、教育長としてかかる事業の一環としての本件慰霊祭に参列することを求められ、社会的儀礼としてこれに応じ玉串をささげ焼香をしたものである。

(5) 右によれば、教育長として本件慰霊祭に参列した行為は、憲法二〇条一項後段、八九条に違反するものとはできず、また、憲法二〇条三項にいう宗教的活動にも該当しない。もともと、本件慰霊祭が宗教的儀式を伴うものであることからその参列を職務命令をもって強制されるいわれはないが、公務員が任意に自発的にこれに参加して参列・玉串奉納・焼香を行うことが参列者の意思・地位・職務権限、参列の社会的意義等諸般の事情により職務行為又は職務に関する儀礼的行為であると認められる場合には、その参列は公的行為であって給与支給の対象となるものと解するのが相当地である。

#### 四 研究

##### (一) 本件判例考察の基本的視点

憲法二〇条三項及び八九条で規定する政教分離の原則が、果して絶対的分離を要求するものか限定的分離を要求するも

のかは議論の分れるところである。通常憲法二〇条一項前段と同条二項を狭義の信教の自由と呼び、政教分離原則を含む広義の信教の自由と區別している。狭義の信教の自由とは、①内心の信仰の自由、②信仰告白の自由、③宗教儀式の自由、④布教の自由、⑤宗教結社の自由をさすが、憲法上これらの自由は、精神的自由権に属するもので、「国家からの自由」と称されるごとく、国家がその自由に干渉してはならないという国家に対する不作為請求をするものであった。考えるに、思想や良心、信教といった人間の魂の根幹にふれる問題は、元来、世俗的な国家権力とは無縁であり、また無縁の存在として位置づけられなければならない。すなわちこれらの問題は、各人の独立した精神的自由の問題として処理されるべきであり、何人からも直接的にしろ間接的にしろ侵害、圧迫を受けるべきでないのである。しかるに国家と宗教との関係を歴史的にみると、一旦国家と宗教または特定の宗教団体とに關係が生じたとき、あるいは両者が癒着する現象のみられるとき、国家と特定の關係にある宗教団体が、他の宗教団体や無宗教の国民に対して、直接・間接の干渉や迫害を加えてきた歴然たる事実がわが国には存在する。<sup>(6)</sup>

一九世紀半ばの明治維新によって成立した近代天皇制国家は、神社神道を天皇の宗教的權威の下に一元的に再編成し、新しい国家宗教を作り出した。「古事記」「日本書紀」の神話によって、現人神である天皇による政治支配を根柢づけてかつ国家神道と相容れない宗教には、邪教のレッテルを貼り、その「異端」性の故にことごとく弾圧した。明治憲法はその二八条で、「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」と定めていたが、この信教の自由は実際上は国家神道体制のもとでの宗教活動の許容に過ぎなかつたし、政府はまた、宗教弾圧を通じて思想統制を強化し、遂には、国策への奉仕と侵略戦争への全面的協力を強制していくのである。このような苦い歴史的経験を持つ故にこそ、「信教の自由の保障を完全にするためには、さらに進んで、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、すなわち宗教を純然たる「わたくしごと」にすることが要請される」<sup>(7)</sup>のである。すなわち、宗教の私事性を確認し、政教分離を完全にすることが、信教の自由を十全に保障することになるのである。

かくして政教分離は精神的自由たる狭義の信教の自由をより完全ならしめるための必然的に要請される制度となる。したがって、政教分離の一つの役割は信教の自由を完全に実効ならしめるための方法であるといつてもよい。日本国憲法上の政教分離を制度的保障と呼ぶことは是非はともかくとして、政教分離とは、通説的見解の如く制度的保障と位置づけ得るし、また、信教の自由との関係で目的と方法との関係にあるということもできるのである。ただ制度的保障であるとしても、政教分離原則が制度的保障であるが故に、これをそれ程厳格に考えなくてもよいとする見解には大いに疑問が存する。もともと「制度的保障」は、カール・シュミットの提唱した解釈技術であるが、それをそのまま日本国憲法の人権体系の中に持ち込むことには異論がある<sup>⑩</sup>。政教分離は狭義の信教の自由を補完、補強することによって少数者の信教の自由を守るものであると同時に、それ自体が国家と宗教との結合から生じる諸々の弊害を防ぐための憲法的基本秩序なのである。つまり政教分離は、信教の自由と係わる個人権の側面に焦点をあてた場合は手段と目的の関係にあるとも言えるし、また、それ自体の制度的側面に焦点をあてた場合は、国民主権主義や民主主義と同じく、それ自体遵守されるべき憲法的基本秩序とも言い得るのである<sup>⑪</sup>。

「一般に、政教分離原則とは、およそ宗教や信仰の問題は、もともと政治的次元を超えた個人の内心に係わることからであるから、世俗的権力である国家（地方公共団体も含む）は、これを公権力の彼方に置き、宗教そのものに干渉すべきでないとする、国家の非宗教性ないし宗教的中立性を意味する<sup>⑫</sup>」ものとされている。そしてその主要な要素は次の二点にある。

第一に、国家は、いかなる宗教に対しても、特別の財政的もしくは制度的援助を与えず、または特別の制限を加えない。すなわち国家は、すべての宗教に対して、同一にして中立な態度をとるべきである。

第二に、国家は、国民各自がいかなる宗教を信ずるかについて、何らの干渉を加えるべきでない。信教は、各個人の自由放任されるべきものであり、宗教を信ずるや否やは、信ずるとすればいかなる宗教を選ぶかは、国民各自の私事であ

る。

ところで、日本国憲法上の政教分離原則を理解するにあたって、国家と宗教の分離は、相対主義的なものであり、また厳格分離を貫くことは、実際の国民生活の営みにおいて、支障をきたすという立場から、国家と宗教の分離は相対的・限定的なものと解する立場がある。その代表的なものとして津地鎮祭最高裁判決の論理を挙げることができる。津地鎮祭最高裁判決の問題点についてはすでに指摘したところであるが、その指摘した問題点の要点は次のとおりであった。

① 最高裁判決は、「国家と宗教との完全な分離は理想」(傍点筆者)としているが、憲法二〇条一項後段、同二〇条三項、同八九条は「…してはならない」と規定しているのであり、これらをなんの説明もなく理想としてしまうことは、近代国家がその憲法において保障しようとしている権利・自由あるいは根本原則を無意味ならしめること、

② 最高裁判決は政教分離を制度的保障にとらえ、かつ制度的保障だから、「国家が宗教との係わり合いを持つことを全く許さないとするものではない」という帰結を導き出しているが、政教分離が人権実現の手段たる制度保障であるが故に、目的たる人権との遵守の軽重において差はないこと、

③ 最高裁判決は、国家と宗教とのある程度の係わり合いを認めなければ、かえって「社会生活の各方面に不合理な事態が生ずる」として、例をあげた私学助成、文化財保護のための補助、刑務所での教誨活動等は、政教分離原則とは全く係わりなく成り立つところの文化的要請であり、また、教育権や平等原則など他の憲法上の要請から当然に認められるべきものであること、

④ 相対的分離は「相当とされる限度」の判定にあたって、必然的に目的効果論を採用するが、この目的効果論によれば、その目的が宗教的意義をもたず、その効果が宗教に対する援助、助長、促進または圧迫、干渉にならないような行為は、「宗教活動」に該当しないことになり、結果として、国と特定宗教の結びつきを認めることになり、他の宗教を異端視し疎外する危険性をもっていること、

⑤最高裁判決は「宗教活動」か否かを判定する基準とし、「社会通念」や「一般人」の認識をあげているが、かかる基準は、一種の多数決原理の採用であり、少数者の宗教の自由を侵害する危険性のあること、また、かかる基準はあまりにも漠然としており、主観や恣意の入る危険性が多分にあり客観的、科学的でないこと等であった。

このような津地鎮祭最高裁判決への問題指摘は、同時に相対的分離主義への批判にもなると考えられる。すでに述べたように明治憲法下において、国家と神社神道が密接に結びつき、種々の弊害をもたらした苦い歴史的経験と、わが国の宗教的風土として「多重信仰性」や宗教的意識の「雑居性」を有しているような社会条件の下では、政教分離を嚴格に解さなければ、宗教の自由も画餅に帰す危険性をもっているのである。本稿では以上のような基本的視点から、控訴審判決に考察を加えたいと思う。

## (二) 本件忠魂碑の宗教的生活について

本件事件において、市が行った忠魂碑の移設や敷地の使用貸借が、憲法八九条や二〇条三項に規定する政教分離の原則に反するものか否かを判断するためには、まず最初に、忠魂碑そのものの宗教的性格について考究されなければならない。なぜなら、それが宗教施設に当たらないとしたら、政教分離原則にかかる問題にはならないからである。そこで判決も、まず忠魂碑の歴史的意義、由来、性格、機能等について詳細な検討を行っている。

まず第一審判決は、忠魂碑の歴史的意義について次のように述べていた。すなわち、①忠魂碑は西南の役（明治十年）の後その戦没者を祀るため各地で建立されはじめ、日清、日露戦争後盛んに建立されたこと、②忠魂碑建設の目的は、地元出身戦没者の霊を慰め、その業績を顕彰し、同時に、戦死者の多くが直系の子孫のない若者であることから、後年無縁仏となることのないようにこれを祀るなどであったこと、③靖国神社は明治二年に創建された東京招魂社をその前身とするが、忠魂碑は、靖国神社や、府県単位で創建された護国神社および忠霊塔（明治十四年発足の大日本忠霊顕彰会は、

「戦死者の忠霊を顕彰するため」その建設を勧奨した」と密接な関連を有し、それらと同様に、皇国の戦いに殉じた「忠魂あるいは忠霊を顕彰し、礼拝の対象にしようとする」施設となったこと、④昭和十年代に入つて中国大陸での戦火が拡大し、国民生活も戦時色が濃くなるにつれ、「忠魂碑前で軍将校、戦没者遺族らが参列するなかで、毎年神式又は仏式で招魂祭が盛大に催され、軍国主義と皇国史観で教育された児童、生徒、地元民の多くが参拝」する事態となつていたこと、⑤以上のような経過の中で、忠魂碑は、天皇のために忠義を尽して戦死した者をあがめ祀るために建てられた石碑としての認識が広く一般に行きわたり、忠魂を顕彰する記念碑としての性格をもつとともに、戦没者の霊を祀るという意味で霊魂の内在を推知させる礼拝の対象としても機能する社会的存在となつたこと、⑥戦後は一時期軍国主義打破の一環として、占領軍司令部の発したいわゆる神道指令（昭和二十年十二月十五日）に基づき、政教分離原則の実施により、多くの忠魂碑が破壊され、また内務省文部次官通達（昭和二十一年十一月十四日）により、学校及びその構内にある忠魂碑等を撤去するよう命じられた時期があつたこと、⑦しかしこうした措置や戦後の国民の価値観には変化が生じているものの、忠魂碑自体のもつ前記のような社会的意味が、敗戦後は異つてしまつたとは理解されていないこと、つまり、忠魂碑が、敗戦後は「忠魂」の碑ではなくなつて、「平和」などの碑になつてしまつたということではないこと等である。

これに対して控訴審判決は、「忠魂碑は、当初は慰霊・顕彰のための記念碑の性格を有するにすぎないものから招魂墓碑の要素を備えたものであつたが、その後、国家神道が確立してこれが軍国主義の精神的基盤となるに伴い、軍事教育・軍事政策上の観点から礼拝を強制されるようになった結果、戦没者を祭祀する靖国神社・護国神社が国家神道を支えてきたのと同じ役割を担うかのようにして国家神道を側面から助長する機能を果たしてきたのであるが、ただこのような機能は昭和二十年の敗戦に至るまでに限り続いたものと解すべきである。これを換言するに、敗戦前、忠魂碑は軍事施策上の観点から国家神道を助長する機能を果たしてきたものであるが、他方、靖国神社・護国神社は宗教施策上の観点から国家神道を支えてきたものであつて、両者は、戦没者を慰霊する点において共通するものがあるが、これを参拝・礼拝せし

める所以を全く異にしていたものであることが上記のような歴史的経過に照らし明白であるということが出来る。」と述べ、「国策上やむなく礼拝の対象とされてきたものである」と断わりを入れながらも、戦前までの忠魂碑の歴史的経過・意義については、第一審判決の判断に消極的ながらも同意する判旨であった。

しかしながら、戦後の忠魂碑の役割と認識については、第一審判決と控訴審判決とはきわだつた違いを見せている。

控訴審判決は、戦後の忠魂碑の意義について、「敗戦後のいわゆる神道指令により、国家と神社神道との完全な分離がなされ、神社神道は一宗教として他のすべての宗教と全く同一の法的基礎の上に立つものとされたが、その際、神社と共に軍国主義的・超国家主義的思想を支える機能を果たしてきた忠霊塔・忠魂碑等もまたその撤去が指導され実行された。しかし、敗戦後、占領軍ないし日本政府において、忠魂碑が宗教施設であると解されたことはなく、また、単に忠魂碑であることを刻しているというだけで該碑を軍国主義的・超国家主義的思想を宣布伝承するものであると考えていなかった。

また、講和条約発効後まもなく、昭和二十七年五月二日に政府主催の全国戦没者追悼式が行われたのと相前後して戦没者を記念する忠魂碑、慰霊碑、忠霊塔等多種多様の碑・塔が遺族団体等によつて建立されることが多くなり、しかも、碑・塔の前で数種の宗教の形式をもつて、或いは特段特定の宗教の形式を借りず遺族会、市町村、自治会等が主催して慰霊祭を行うことも少なくなつたのが実情であつて、これら全国的規模の當為は、戦後のわが国の一般的な社会風潮上、戦没者を慰霊・顕彰する碑・塔はその銘文如何にかかわらず特に特定の宗教とかかわり合いのあるものではないとの一般的な認識と、これらの碑・塔はもはや過去の軍国主義的・超国家主義的思想を鼓吹宣伝するを目的とするものではない単なる記念碑であるとの共通の了解のもとになされたものであると解されるところであつて、前記のような追悼式・慰霊祭も主催者・形式は別として、儀式を通じて戦没者の戦前を想起し、記憶を新たにするとする社会倫理的な儀式礼典として催されているものとみることが出来る。このように、政府が国家神道、軍国主義、超国家主義を廃止し、多くの国民もこれを支持してきている敗戦後の時期に再建ないし新設された忠魂碑は、専ら非業の死を遂げた戦没者を追悼・顕彰するために、特



定の思想、信条、宗教を超えた人間本来の倫理感を表現した記念碑であるとみるのが客観的には相当である。」と断定する。

このような控訴審判決の事実認識に対しては小林直樹教授のするどい批判がある<sup>(14)</sup>。即ち小林教授は、「判決はかなり詳細な『歴史』の考察を行っている。そしてその戦前の部分に関する叙述は、(処々に疑問の箇所はあるが) おおむね正確であり、忠魂碑が軍国主義の精神的基盤たる国家神道を助長する機能を営んできたことを明らかにし、その限りでそうした歴史的考察を欠いた前記若手地裁の判決と比べると、数等まさるといっていい。ところが『敗戦後』の状態になると、判決は一転して、国家と神道との分離が完全に徹底したなどの前提の下で、忠魂碑は戦前の意味を払拭し、それに基く『宗教的関連性』も消失したと断定する。戦争後の『現状』は、憲法の理念や平和主義のタテマエがそのまま実現しているものとして捉えられ、忠魂碑も『超国家主義に利用されることはなくなり、』公人によるその礼拝も違憲とはいえないというのである。―戦前の『歴史』認識と戦後の『現状』認識のコントラストは、まさに黑白両断の感がある。そしてこの『現状』のタテマエ論から、一審判決をくつがえす結論が導き出されていることは、筆者のいう『状況事実』の再検討からの分析と批判を要する問題点となろう。」と述べられる。

まさしく、戦後のタテマエとしては控訴審判決の述べるとおりとしても、事実論として、控訴審判決の見解を支持する者はいないであろう。

従って両判決における、個別具体的な本件忠魂碑に対する認識も異っている。

第一審判決は前述のような歴史的考察のうえで、本件忠魂碑の「宗教的性格」につき、具体的考察を行っている。

①忠魂碑の性格を総じていえば、「碑文の『忠』とは、国家、君主(天皇)に対し臣民としてその本分を尽くすことであり、『忠魂』とは、忠義を尽くして死んだ者の魂を意味するから、それが戦場における死を讃えるものであること否定できない。そして忠魂碑は、天皇による統治、昭和初年から数次の事変や戦争の聖戦としての意義づけ、軍国主義教育、

などのために利用された。靖国神社とその系列下にあった護国神社は、敗戦前まで、忠魂碑と同じ右役割を担い、その祭祀の際には小学生を含む全国民に礼拝が強制された。」本件忠魂碑も、まさにこのような礼拝の対象とされた忠魂碑の一つであり、この性格は、本件移設の前後によって変っていない。②本件忠魂碑には、それ自体超自然的なものの具象化の現われである神体としての霊璽を内蔵しており、戦没者遺族は、本件忠魂碑に霊璽が宿ると観念して、本件移設に当たり神式で行われた祭祀を脱魂式や、入魂式と呼び、本件忠魂碑に対して超自然的なものの存在を観念している。③支部遺族会は、毎年一回本件忠魂碑の前で、専門の宗教家である神社神職又は僧侶の主宰のもとにそれぞれの儀式の方式に則り、本件忠魂碑を礼拝する慰霊祭を営んでおり、このことは、本件忠魂碑が礼拝の対象物であることが関係者の間で共通に認識されていたこと。④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、人の通常の認識を越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。そして憲法二〇条、八九条にいう宗教の意義もこのように理解されなければならない。以上の考察のうえで、判決は⑤本件忠魂碑は、現実の取扱い方からみても、忠魂碑自体のもつ社会的評価の点からみても、上述のような宗教上の観念に基づく礼拝の対象物となっており、宗教上の行為に利用される宗教施設であるというほかないと結論づけていた。

これに対して控訴審判決は、結論的に本件忠魂碑の性格を次のように述べている。

「忠魂碑が、前述のとおり、敗戦前において、軍国主義、超国家主義の宣伝鼓吹に利用され、また、その結果として靖国神社・護国神社と同様に国家神道を支える役割を果たしてきたことを否定することはできないが、それは忠魂碑が国家神道の祭祀ないし靖国神社の宗教施設とみなされていたからではなく、戦場における死を讃える意味において国策ないし軍国主義に融和したものとみるべきものである。しかし、現在では忠魂碑に右のような意味を見出すことが困難であることも先に説示したとおりである。」

「忠魂碑は、幕末期以来、招魂墓碑ないし記念碑の性格を有するものとして建立されたが、日露戦争以後は戦没者の慰

靈・顕彰のために記念碑として建立され、本件忠魂碑もその一つであつたものであり、したがつてまた、本来は、超国家主義、軍国主義を支援・助長させる目的を有するものとして建立されたものではなかつたにもかかわらず、軍国主義の精神的基盤となつた国家神道が形成・確立されてきた明治中期から昭和二十年の敗戦までの間は、軍国主義の精神的象徴の中に組込まれ、結果として国家神道を助長する役割を果たしてきたにすぎず、敗戦後、国家神道の解体により、忠魂碑は軍国主義、超国家主義に利用されることがなくなり、一般に、新たに再建され又は建立された忠魂碑は本件忠魂碑を含めて専ら戦没者の慰霊・顕彰のための記念碑として認識されており、かつ、忠魂碑を再建し維持することが天皇・日本国・日本国民の優越性を誇示し又は日本国民を侵略戦争に向わせたり、紛争解決手段として武力行使を賛美するものではないと認識されているというべきであり、右の認識が実体から遊離しているものと判断すべき資料は見当たらない。」

「よつて、本件忠魂碑が、天皇制絶対主義、軍国主義の思想を表現、宣伝するものであり、また、宗教施設ないし宗教施設の物的要素となつているが故に宗教的性格を有するものであることを前提として、本件売買、本件移設・再建及び本件貸与が憲法前文、一条、九条等に違反し、かつ憲法二〇条三項に違反する行為であるとすると第一審原告らの主張は、その前提において失当であり、採用することができない。」

以上、忠魂碑の「宗教的性格」についての第一審判決・控訴審判決の判決論旨を展開して来たが、忠魂碑の歴史的経緯については、第一審判決の見解がほぼ正鵠を射たものと言えよう。ただ控訴審判決については戦前までの忠魂碑の性格、意義については異論のないものの、戦後の忠魂碑の性格についてはその論証の足りなさは否めないところである。「忠魂」という碑文の刻題は、現在もそのままであり、その意味は戦前戦後を通じて変化するはずのないものである。かつ靖国神社問題でもみられるように、かつて軍国主義教育などのために利用された忠魂碑を媒介にして、国家主義思想鼓舞のために利用しようとする政治的勢力が少なからず存在することも事実である。確かに今日では忠魂碑に対して礼拝を強要されることはなく、また国や公共団体が、あからさまに、忠魂碑を天皇の政治支配や侵略戦争を正当化し、軍国主義教育を促

進するために利用するという事実は見られないまでも、そのように利用しうる潜在的余地を多分にもっている。このようなことからみるかぎり、忠魂碑そのものの利用形態が露骨であるかどうかは、戦前戦後を通じて変化したというものの、その本質的性格については「変っていない」と結論づけても事実には反するようには思えない<sup>16</sup>。控訴審判決に一步ゆずって考えるに、もともと忠魂碑には、「礼拝の対象物」とされる宗教的意義と、単に戦没者を追悼、記念する記念碑的意義の二つの性格を持っているものと思われる。第一審判決と控訴審判決の主張の違いは、どちらの側に焦点をあてて強調するかによっていると思われるが、この違いは、全国に無数にある忠魂碑の法律的運命にとっては、きわめて重要である。なぜなら忠魂碑がそれ自体としては宗教性が認められないものであるならば、全国の忠魂碑のうち、慰霊祭など宗教的儀式が行われていないものには、公費で移転したり、その土地を無償で貸与したとしても憲法上の問題にはならないことになるからである。

しかし忠魂碑の歴史的経緯、とくに忠魂碑が戦前には神社神道と結びつき礼拝の対象物とされてきたこと、そして現に多くの忠魂碑が、その構造や様式をみても、「侵しがたい聖域的雰囲気」をかもし出すように造られており、神社境内と同じような神秘性を感じさせるものとなっていることからして、全く宗教、宗派を超越した記念碑な存在になっているとはいいい切れないと思われる。忠魂碑も、「それ自体の実体（外観）を改めないかぎり、慰霊祭を伴うか否かに関係なく、宗教上の存在（施設）であるといえる」とする<sup>16</sup>のは妥当な見解ではなからうか。ましてや本件忠魂碑の場合は慰霊祭も付随している<sup>17</sup>のであり、結果的に、本件忠魂碑を宗教施設と位置づけることには、大方において異論のないものと思われる<sup>17</sup>。

### (三) 遺族会の宗教的性格について

この点については一審判決が明確な判断を示さなかつたところである。ところが控訴審判決では、ことさらに「市遺族

会の由来と性格」に頁数をさき、遺族会が「宗教上の組織若しくは団体」に該当しないと強調した。即ち控訴審判決は、「日本遺族会は、前記のとおり、戦没者遺族の相互扶助・福祉向上と英霊の顕彰を主たる目的とする団体であつて、宗教の信仰・礼拝又は普及等宗教的活動を目的とするものではなく、市遺族会は、その下部組織として、会員の慰問激励・福祉向上を目的として結成され、活動しているのであつて、毎年定期的に挙行する神式又は仏式の慰霊祭、靖国神社への参拝等宗教にかかわり合いのある一部の行為は、右目的を遂行するための手段・方法として行われており、神道・仏教の信仰自体を目的として行われているわけではなく、また、かかる行為が市遺族会の存立に必要な不可欠なものであるとまではいえないと考えられる。したがつて、市遺族会が憲法八九条前段の『宗教上の組織若しくは団体』、同法二〇条一項後段の『宗教団体』に該当するものと解することはできないというべきである。」という。即ち憲法八九条前段にいう「宗教上の組織若しくは団体」、同法二〇条一項後段にいう「宗教団体」とは、宗教的活動を目的とする団体をいうものと解すべきであり、このような目的を有しない団体が、その本来の事業の目的を遂行するうえで臨時的又は定期的に宗教的行事ないし宗教にかかわり合いのある行為を企画実行しているからといって、これが直ちに前記各法条にいう「宗教上の組織若しくは団体」及び「宗教団体」に該当するものと解するのは相当でないとするのである。

そしてまた、忠魂碑の前で隔年で行われる神式・仏式の慰霊祭について、宗教にかかわる活動をしていることは否定できないとしながらも、「これらは、いずれも英霊顕彰の事業を遂行するための社会的儀礼を尽す手段・形式として宗教儀式に関与し又は実行しているにすぎず、その宗教儀式を通じて宗教上の教義をひろめ又はその信者を教化育成することを目的としたものではないことが明らかである。すなわち、日本遺族会ないしその支部は戦没者を慰霊・顕彰するための社会的儀礼の方法として、忠魂碑その他の戦没者の碑の前で慰霊祭を神式・仏式の宗教儀式をもって行うことにつき、会員の意思を集約しその協力を求めているにすぎず、会員に神道又は仏教の信仰を得させることを目的としているわけではない」と断定している。

一般的に、憲法にいう「宗教団体」とは「ひろく宗教上の礼拝ないし宣伝を目的とするすべての団体」をいい、「宗教上の組織若しくは団体」とは、「宗教の信仰・礼拝ないし普及を目的とする事業ないし活動を行う目的をもつて組織された団体」をいうが、「厳格に制度化され組織化されたものに限らず、緩やかな結合体も含む」と解されるのが通説的である。<sup>18</sup>しかし控訴審判決は、憲法にいう「宗教団体」とは、「宗教的活動を目的とする団体をいうものと解すべきであり、このような目的を有しない団体が、その本来の事業の目的を遂行するうえで臨時的又は定期的に宗教的行事ないし宗教にかかわり合いのある行為を企画実行」しても直ちに宗教団体ではないというのである。しかし、「日本遺族会（およびその支部）が『英霊の顕彰』を目的の首位に掲げ、その事業として判決も認めるとおり、『靖国神社国家護持の推進、各種英霊顕彰事業の実施、靖国神社例大祭の提灯代の負担などを行って』いる点で、広義の宗教行動を行う組織であることは明らかである。政教分離原則を適確に実現する見地からすれば、公的扶助や支持を差し控えるべき『宗教上の組織』と見ることが相当といえよう。<sup>19</sup>」

また、遺族会が神式仏式で慰霊祭を挙行することが、まぎれもなく宗教的であることを承知しながら、それらは「社会的儀式」(19) のための方式に「すぎず」(9)、靖国や神社神道の「信仰を目的としているものではない」というのである。この論法を以てすれば、宗教活動をどんなに広く行っても、主目的にしない形をとりさえすれば、「宗教上の組織若しくは団体」には当たらないということになりそうである。こういうやり方で、憲法八九条の規定等が骨抜きにされる結果にならなければ幸いである。<sup>20</sup>政教分離を厳格にとらえる立場からいえば、憲法上の「宗教」の意義を、できるだけ広義に把握するのが、憲法の趣旨に適合するものといえる。宗教学上考えられる宗教の意味と憲法上考えられる宗教の意味とが一致する必要性はない。憲法上考えられる宗教の意味には、「いわゆる一般的な意味においての『宗教』のほか、『宗教』類似の行為、『宗教』現象の周辺に位置する行為をも含む<sup>21</sup>」とするのが妥当であろう。宗教の意義を「一義的かつ広義に解した場合、寺社等の文化財保護のための補助金支出や宗教系私学への補助金支出も憲法上問題になるものと考えら

れる<sup>(22)</sup>という反論もみられるが、これらについては、すでに述べたように、憲法の平等原則や教育権の保障という他の憲法原理から当然に導き出されるものであり、宗教のファクターを捨象することは、政教分離原則とは全くかわりなく成り立つところのものである。わが国の靖国神社問題にみられるように、靖国神社の宗教性を払拭して（払拭できるものではないが）、国家護持にもちこもうとしている反憲法的な事態がみられる今日的状況では、なおさら憲法上の「宗教」を最広義に考え、これを定義する必要があると思える。なぜなら、宗教がより包括的にとらえられれば、国家は宗教とのかわりについて、より一層慎重でなくてはならなくなり、それだけ憲法上の要請である国家と宗教の完全な分離が徹底されるからである。

#### （四） 教育長の本件慰霊祭への参列等について

ここでの問題は、遺族会が主催した慰霊祭への市の関与、具体的には、慰霊祭のための市教育財産の貸与、市職員の準備行為・後片付け行為および慰霊祭への教育長の参列が、宗教的活動に該当するかどうかということであった。まず慰霊祭への市長や教育長等の参列について、第一審判決は教育長についてのみ、慰霊祭に出席した時間に対する給料分を不当利得として市に支払うことを認めたが、政教分離原則については、「公務員が宗教上の儀式に参列することは、法律的には私的行為として評価するほかないから、被告の参列行為について政教分離の原則からその適法性合憲性について判断する必要がない。したがって、本件に関しては政教分離の原則についての判断をしない」と述べている。ともかく被告の宗教儀式への参列を「私的行為」であるとしたために、政教分離の原則について論及する必要はないというのであった。

これに対して控訴審判決は、本件各遺霊祭は、「専ら戦没者を慰霊・顕彰するという民間習俗・社会儀礼的意義を明示する目的で挙行されたものである」から、市教育長の参列は、「その目的及び効果からみて信教の自由を制度的に保障すべき相当の限度を越えたものと解することはできない」というのである。控訴審判決は、政教分離原則の解釈の立場とし

て、地鎮祭訴訟最高裁判決の立場を踏襲している。すなわち憲法二〇条三項の趣旨は、国家と宗教の完全分離を目指したものである。国家（公共団体）と宗教の「かわり合いの程度」により、違憲にも合憲にもなるとするものである。換言すれば「信教の自由を保障することを確保するという制度の根本目的との関係で相当とされる限度」を越える場合に限り禁止されるものであるとする考えに立脚し、その補完理論として目的効果基準論を採用している。

ところで、忠魂碑移設訴訟における第一審判決においても、目的効果基準論が採用されていた。

第一審判決は、政教分離の憲法解釈について、津地鎮祭最高裁判決をふまえたうえで次のように述べていた。

「憲法二〇条一項後段、同条三項及び八九条は、いわゆる政教分離の原則を採用し、国民の信教の自由（宗教を信じる自由又は信じない自由）を保障することとどまらず、国家があらゆる宗教に対して中立であることを要求し、国家が宗教とのかかわり合いをもつ場合、その目的及び効果からみて、国家のかかわり合いの程度が国の社会的、文化的諸条件に照らし、国民の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相当の限度を超えないことが要請されていると解するのが相当である」と。

これはまさしく津地鎮祭最高裁判決多数意見が述べていた「相対的分離主義」<sup>11</sup>「目的効果基準論」を、政教分離原則を解決する前提として採用したものとみることができるとは、したがってその後、憲法八九条あるいは二〇条三項の具体的解釈においても、目的効果基準論の展開が、時としてみられたのである。

憲法八九条については、次のように述べる。

「憲法八九条は、『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』と規定しているから、宗教上の組織若しくは団体に対する公の財産の支出、利用を禁じているにすぎないようであるけれども、この規定は、広く信仰、礼拝、布教等の宗教的意義を有する事業ないし活動に対し、公の財産を支出し、利用させることが、当該宗教活動に対する援助、助長、促進等の結果をもたらす場合には、



厳格な意味での宗教上の組織若しくは団体に対するものに限らず、これを一切禁じる趣旨であると解するのが相当である」と。

また憲法二〇条三項の解釈については次のようにいう。

「憲法二〇条三項にいう宗教活動とは、宗教の布教、教化、宣伝等の活動にとどまらず、そのほか宗教上の祝典、儀式、行事等であっても、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、促進等になるようなものである限り、広くこれに含まれると解するのが相当である。」と。このように第一審判決もその前提としては相対的分離主義の立場に立つものであるが、相対的分離主義が必然的に言及しななければならない「相当される限度」の解釈においては、国と宗教とのかかわり合いを簡単に容認せぬように厳しく解していくという趣旨に解するのが、文脈の流れからいっても妥当であろう。即ち第一審判決は、次のように結論づけていた。

「本件忠魂碑（本件移設前の碑を含む）は、特定の宗旨によるものであるかどうかはともかくとして、宗教的観念の表現である礼拝の対象物となっている宗教施設である。ところが、箕面市は、本件忠魂碑及び本件移設前の碑の敷地として市有地を無償で使用貸借させている。そして、本件移設は、宗教施設である本件忠魂碑をその宗教目的のために維持して使用させようとするものである。そうすると、これらは、箕面市が、宗教活動を援助ないし助長させる行為であるというほかはない。

したがって、箕面市は、本件忠魂碑が礼拝の対象とされている（慰霊祭つきの忠魂碑であること）を認識しながら、何らの制約を加えることもなく本件使用貸借や本件移設をしたが、その費用の多額なことや継続的關係が生じて行くことに照らして、同市は、宗教施設に対して過度のかかわりをもったといえる。そのうえ、行為の目的や効果の点から検討しても、本件使用貸借や本件移設は、その目的が宗教的意義をもつと評価されてもやむを得ないものであり、その効果も宗教活動に対する援助、助長、促進になることが明らかであるから、憲法二〇条三項にも違反する。」と。

したがって忠魂碑訴訟における第一審判決及び控訴審判決の政教分離原則についての基本的立場は、津地鎮最高裁判決と同じであり、要は「相当とされる限度」の間口が広いか狭いかの違いであり、間口が広くて「相当される限度」に入りやすい本件控訴審判決が政教分離原則をほぼ無限界にまで緩和させていく作用を有しているのに対して、間口を狭くしつつ第一審判決においても、「相当とされる限度」内の宗教との結びつきを認めるのであるから、場合によっては政教分離を画餅にしてしまう危険性をそこに秘めていることは否めないのである。

一般論として目的効果基準論の効用を認めるにしても、それは国家と宗教の厳格分離を貫こうとすれば、不合理をとまわずにしては不可能である場合に限られるべきである。<sup>(23)</sup> すなわち、厳格分離を貫くことによって、現代憲法の基本原理に重大な問題が生ずる場合、<sup>(24)</sup> 憲法の根本原則を守るための方策として、高次の見地から、「目的効果基準論」が採用されてしかるべきなのである。目的効果基準論が上述のような場合にだけ、有効な機能を發揮しうるとするならば、津地鎮祭事件においても、又本件事件においても、目的効果基準論は登場すべきでなかったというべきである。なぜなら、「津市が地鎮祭を挙行しなければ現代憲法における福祉国家原理の基本にかかわる重大な問題に直面するわけでもなく、住民の重大な利益が害されるわけでもない。…本件についても箕面市が忠魂碑の敷地を無償貸与し、公費で移転を行わなければならない、福祉国家原理の基本にかかわる重大な問題に直面するわけでもなく、また住民の重大な利益が害されるわけでもない。」<sup>(25)</sup> からである。

## 五、おわりに

国民主義、民主主義の建前が、戦後曲りなりにも定着した今日の日本で、かつての絶対主義的天皇制の復活は、ほとんど考えられない。しかし一方では、象徴天皇制を基盤にして、憲法で規定する象徴天皇制の枠を越えた旧体制への歩

み寄りの画策も頻繁である。政府自身も、紀元節、君が代、元号などの旧天皇帝シンボルの再生をはかり、靖国神社国営化要求、それへの階程としての公人参拝の実現、愛国心の鼓舞、検定による教科書統制など、反民主的の反憲法的情况を作り出してきた。靖国神社の復権や忠魂碑の復活も、こうした動きの一環として把らえる必要がある。なぜなら忠魂碑は、歴史的には第一審判決も述べるように、忠霊塔≡護国神社≡靖国神社という旧天皇帝国家の国家主義的、軍国主義的シンボルの一環であり、天皇制思想と不可分の宗教的装置であったからである。

靖国神社への公的参拝や本件における忠魂碑前での慰霊祭についても、それらを推進する人々によって、これらは宗教団体の行う儀式とは関わりない、「国民の自然な感情の発露」であると弁明されている。いうまでもなく、国家のために一身を捧げた人々の霊を祭って冥福を祈り、二度と戦争という過ちを繰り返さないことを誓うことは、全国民の願いであり、厳格分離主義か相対的分離主義かの立場に関係なく異論の余地はない。しからば、なぜ靖国神社や護国神社あるいは忠魂碑という旧天皇帝国家のシンボルを復活させるのか。これらの下でなければ英霊を慰めることができないという分でもあるまい。どうして旧体制イデオロギーと絶縁した非宗教的なやり方で、戦争犠牲者の冥福を祈る方式がとられないのであろうか。すべての戦争犠牲者の英霊を祭り、国民が感謝を捧げ、戦争に対する戒めをたえず各自の心に刻むには、旧体制イデオロギーと直結する靖国神社や忠魂碑によるのではなく、すべての者が納得できる宗教宗派を越えたものによるべきだとするのが、それこそ「自然の感情の発露」のように思えるのである。そして戦争犠牲者の英霊を慰める唯一のそして最大の方法は、二度と人間が人間を殺戮する戦争を繰り返さないこと、戦争否定に向って、不断の努力を重ねることではなかろうか。

注

(一) 箕面市忠魂碑移設訴訟第一審判決については、拙稿「日本国憲法上の政教分離原則について―箕面市忠魂碑移設訴訟判決を素材として―」、岐阜大学教養部研究報告第一九号一七頁、忠魂碑前慰霊祭訴訟については、拙稿「政教分離原則についての一考察」

- 箕面市忠魂碑慰霊祭判決を素材として」・法政論叢（日本法政学会）第二〇巻四七頁がある。
- (2) 判例時報一二三七号。
- (3) 初宿正典（『忠魂碑』）前での慰霊祭と憲法の政教分離原則―箕面市忠魂碑・慰霊祭訴訟控訴審判決についての若干の所感―・ジュリスト八九四号八八頁。
- (4) (3)につづき控訴審判決を扱ったものとして、上田勝美「箕面忠魂碑・慰霊祭訴訟控訴審判決」・法学教室八六号一〇〇頁、右崎正博「忠魂碑・慰霊祭と政教分離」・別冊ジュリスト（憲法判例百選Ⅰ）七二頁、大石真「戦没者慰霊のための忠魂碑および神式又は仏式の慰霊祭に市が関与したことの合憲性」・判例タイムズ六四七号四一頁、戸波江二「箕面忠魂碑・慰霊祭訴訟控訴審判決」・法学セミナー三九八号九五頁、小林直樹「政教分離に関する司法判断」・法律時報五九巻二二号六八頁、富永健「箕面忠魂碑訴訟控訴審判決と政教分離原則」・日本法政学会法政論叢第二四巻一二頁等がある。
- (5) 控訴審判決の要旨については、前掲判例時報一二三七号の解説の部分において、歴大な控訴審判決の要旨が要領よく纏められているので、本稿においてはそれを引用させていただいた。
- (6) これらの歴史的事実については、小池健治・西川重則・村上重良編「宗教弾圧を語る」（岩波新書）に詳しく実例が語られている。
- (7) 宮沢俊義・芦部信喜補訂「全訂日本国憲法」二二九頁。
- (8) 信教の自由と政教分離の関係について、通説は次のようにとらえている。すなわち、「政教分離は、憲法二〇条一項後段、同条三項、八九条によって規定されている。それは個人の自由権でない。それは、宗教団体に対する国家の干渉排除と宗教団体の政治的中間性を保障する。それは信教の自由を間接的に徹底強化する。それは制度的保障の一例である。」・笹川勝巳「信教の自由と政教分離の関係」・ジュリスト七七一年三七頁。
- (9) 笹川前掲には、カール・シュミットの制度的保障についての考え方が簡潔に紹介されている。
- (10) 鶴飼教授は、制度的保障説をとらえ、「この説はナチスの理論家カール・シュミットが国民の基本的人権を制約し、ナチス独裁政権の強力化を図るために構造した理論であって、日本国憲法のように基本的人権の確立を以てその基本原則としている実定法体系に適用することは不可能である」と述べられる。鶴飼信成「新版憲法」八五頁。
- (11) 横田耕一教授は、「政教分離規定は、狭義の信教の自由に加えて、国家と宗教の結合から生ずる間接的な圧力からの自由を独自に保障している人権条項とみることができる」として、このようにとらえることよって「国家と宗教の結合によって何らかの間接的圧力を受けたことを証明できる個人が、政教分離原則違反のみを理由として訴訟を提起でき」、いわゆる原告適格を拡大する効果があると主張される。「信教の自由」と「政教分離原則」・判例タイムズ三八五号八一頁。

- (12) 津地鎮祭違憲訴訟大法廷判決(最大判五二・七・一三) 判例時報八五五号。
- (13) 拙稿前掲「日本国憲法上の政教分離原則について」
- (14) 小林直樹前掲「政教分離に関する司法判断」七一頁。
- (15) 論者の中には、忠魂の『忠』の意義は、それ自体としてはあくまで『思想』の問題であり。これが『宗教』の問題たりうるためには、神社神道のかかわりなど、それ自体宗教的要素をそなえた中間的媒介を必要とする見解もある。たしかに『忠』自体はイデオロギーの範疇に入るとしても、『忠』が宗教か思想かという問は、それほど本質的でなく、忠魂碑が戦前において、特定の宗教と結びつき特定の思想を強要する役割を果たしていた歴史的事実を、少しく重大視するならば、今日、忠魂碑から全く宗教的色彩が払拭されているとは言えないように思える。また『忠』をイデオロギーの範疇と認めたくらば、国家と神道の関係のみならず、この神道が超宗教的な国家イデオロギーとして位置づけられ、それがまさに国家神道の『儀式と行事』によって、国民の内心の自由を著しく侵害してきたのであるから、「日本国憲法の政教分離原理の基調に、教義、布教活動を主としなない宗教らしくない精神活動によるものにせよ、国家権力と結びつくイデオロギー排除の理念があることは自明というべきである」ということもできる。清水 陸「憲法という政教分離の原則」・法律のひろば三〇巻一〇号一三頁。
- (16) 粕谷友介「箕面忠魂碑違憲訴訟」法学教室No.28、八〇頁。粕谷教授は、靖国神社に対する佐藤功教授の「現在の靖国神社が、鳥居、社殿などの体裁その他を改めない限り、神祕的、宗教的色彩を有するものであるといわざるを得ないこと、したがって、それが『宗教・宗派を超越した』忠霊廟的存在となるためには、単に法律上の規定を設けるのみでは足らず、これらの実態そのものを改めることが必要である」(佐藤功「靖国問題と憲法」岩波新書「憲法を考える」所収)とする見解をふまえ、忠魂碑についても同じことが言えると結論づけている。
- (17) 控訴審判決を評釈した前掲注3)・(4)のうち、否定的な立場にたつものとして、大石、富永両教授の見解があげられる。
- (18) 宮沢・芦部前掲書二二九・七四〇頁。
- (19) 小林直樹前掲七三頁。
- (20) 小林前掲七三頁。
- (21) 熊本信夫「政教分離と靖国神社問題」・ジュリスト増刊特集「現代人と宗教」所収。
- (22) 長尾一紘「『忠魂碑』と政教分離の原則」判例評論二九〇号一四頁。
- (23) 高柳信一教授は、「かつての自由放任主義時代であればともかく、経済の自律性が失われ、行政主体が富の再配分、社会的正義の実現、国民福祉の達成および地域生活上の役務・施設の確保等のために、国民の社会経済生活に深くかかわっている現代においては、国家と宗教との間の形式主義的な拘り定期的な完全分離を貫こうとすることは、不合理を伴わずしては不可能」であ

る場合という前提の上で、「目的・効果論」は、たしかに、そういう形式完全分離を、合理的に――政教分離の本旨を損わずに――緩和する際に依拠されるべき基準としては、きわめて有効なもの一つである。しかし「目的・効果論」は、すべての政教分離関係事件に常に適用されるべき唯一万能の基準ではない。」とされる。高柳信一「国家と宗教」法学セミナー増刊「思想・信仰と現代」所収、四頁。

(24) 高柳教授によれば、国家が「現代社会の構造に規定された社会的要求――市場法則乃至ブライス・メカニズムの支配に任せておいたのでは、無視又は侵害されてしまうところの社会的弱者の経済的文化的生存権の実現等」に依えて、特定の金銭給付・役務提供・施設供用等を行うとする場合、その対象者又は対象物がなんらか宗教又は宗派と関係があるということで、当該措置が、形式主義的に解された意味における政教分離原則に違反するとされるようなことになれば、現代憲法の社会国家原理の基本にかかわる重大な問題を生ずることになる」として、その場合にのみ、目的効果論を適用すべきであるとされる。高柳信一前掲論文、四頁。

(25) 粕谷友介「箕面忠魂碑違憲訴訟」・法学教室三二号八二頁。