

政教分離をめぐる問題点

——箕面忠魂碑事件を中心として——

“Some Problems about Separation of Religion and State”

小堀久男

一 本稿の課題

大阪府箕面市が、戦前より同市立小学校の一隅にあり、戦後、箕面市の遺族会が維持管理する戦没者のための忠魂碑を、小学校の増改築のための必要に迫られたことを理由に、他の公有地に公費で移設し、忠魂碑のための用地を無償で貸与していることは、同遺族会が厳格な意味で宗教上の組織若しくは団体であるとはいえないとしても、憲法八九条が禁じている宗教活動に対する公の財産の支出、利用に該当し、さらに、市の行為の目的は宗教的意義をもつと評価されてもやむをえないものであり、その効果も宗教活動に対する援助、助長、促進になるから、国及び公的機関に宗教的活動を禁じている憲法二〇条三項にも違反するとの判決が、去る昭和五七年三月二四日、大阪地方裁判所により下された（判例時報一〇頁）。

本件忠魂碑をめぐる問題の第一点は、本件遺族会は宗教団体として

政教分離をめぐる問題点

の性格をもっているか否かということであり、第二点は、本件忠魂碑は宗教施設であるかどうかということである。もし本件遺族会が「宗教上の組織若しくは団体」であるとすれば、その維持管理下にあり礼拝の対象となっている本件忠魂碑は、宗教上の施設としての性格を有することとなり、これに関する公費の支出、用地の無償貸与は、判決に示されている通り、憲法二〇条三項及び同八九条に違反することになる。しかし、本件遺族会が宗教上の組織または団体でないとするれば、本件忠魂碑自体が宗教施設であるか否かにより、市の行為の憲法違反の有無が問題となるかどうかということが検討されねばならない。

本件判決は、最高裁判所により合憲とされた津地鎮祭事件、山口地方裁判所及び広島高等裁判所により違憲とされた殉職自衛官合祀事件につづいて、地裁段階ではあるが、政教分離原則侵害の有無を論じた数少ない憲法判断の一つとして学問上興味あるものである。箕面市は本判決を不服として大阪高等裁判所に控訴しているもので、いずれその判断が示され、当事者の一方がそれに不服であれば最高裁判所へと訴

訟が係属し、憲法八一条により最高裁判所にのみ与えられている合憲違憲決定権に基づき、やがて最高裁判所の憲法判断が示されることになるであろう。国や地方公共団体のみならず、一般国民にとっても、問題の帰趨が注目される場所である。

政教分離を採る国においても政教分離の概念は、普遍的、一義的に定まっているわけではない。各国の歴史的经验や国民の宗教心、宗教的感情により、各国独自の意味における政教分離の概念が存在する。世界の中で比較的厳格な政教分離を定めているアメリカ合衆国の場合は、連邦最高裁の判例上、厳格分離主義の姿勢が見られるとされるが、わが国の場合は、津地鎮祭最高裁判決に見られるように、いわゆる目的効果論を中核とする相対的分離主義が採用されている。尤も、学説としては、アメリカ合衆国においてもわが国においても、厳格分離、相対的分離両論があることには変りがない。以下、焦点を憲法問題に絞り、先ず政教分離の意義、内容を明らかにした後、原告・被告双方の主張とこれに対する裁判所の判断をめぐって、前記諸問題点を検討していくことにする。

二 政教分離の意義と内容

(一) 政教分離の意義

憲法は、二〇条一項前段において、何人も信教の自由を有する旨を、そして二項において、公権力による宗教的強制から解放される旨を、それぞれ定めるとともに、「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。」(二項)、「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。」(三項)と定めて、国家と宗教とは分離されねばならないことを明らかにしている。この国家ないし公権力と宗教との分離原則を実効あるものとするために、憲法はさらに八九条において、「公金その他の公の財産は、宗教上の組織若しくは団体の使用、便益若しくは維持のため、……これを支出し、又はその利用に供してはならない。」と規定し、財政面から政教分離を確実なものとするにより、国民の信教の自由を保障しようとしている。

信教の自由は、近代憲法の欠かすことのできない基本的人権として、その保障が謳われてはいるが、その具体的保障形態は、既述のように各国一様ではない。たとえば、イギリスやスペインのように、国教制度をとってはいるが、国教以外の宗教に対しては、宗教的寛容に基づきその存在を認め、実質的に宗教の自由を保障している国もあれば、イタリアや西ドイツのように、国家と教会とは、各別の固有の支配領域を有し、その領域では国家と教会は互いに独立しており、教会は憲法上公法人としての地位を認められ、各自の個々の領域では互いに干渉することなく独自に事務を処理するが、両者の競合事項については、政教条約(ダントル)に基づいて処理する国もある。これらの諸国に対して、アメリカ合衆国やフランスのように、国家と宗教とを分離し、相互の不干渉を原則とする国がある。わが国も勿論この部類に属する。

国家と宗教との分離という場合の国家の概念については別に疑念を

抱くこともないが、宗教とか宗教的行為ないし宗教的活動に関する憲法上の概念については、津地鎮祭事件、自衛官合祀事件の判例や学説に見られるように、一般的概念ないし基準というものが明確な形で存在しない。そこに政教分離違反という問題が生ずる余地がある。特にわが国のように、民族と言語が単一であるにも拘らず、キリスト教国やイスラム教国のように、国民的支持の下に歴史的に単一の宗教が支配的な地位を占めたことがなく、雑多な宗教が多元的多義的に併存するところでは、宗教と非宗教、宗教的行為と非宗教的行為との区別の基準が曖昧となる可能性が多分にあるといえる。そこで、宗教と国家とを完全に分離することは、現実には不可能であるということ前提に、国ほどの程度の宗教へのかかわり方が、その目的と効果とにおいて、政教分離違反になるのが検討されねばならないという最高裁の津地鎮祭判決における多数意見に代表されるところの、いわゆる相対的分離論が主張されるわけであるが、学者や裁判官の中からこれに対しては異論が唱えられている。⁽³⁾

の政治的団体として統一するためには、一定の精神的支柱を必要とし、その精神的支柱として宗教が効果的であることを知っていたし、宗教の方も、宣伝布教のためには、世俗的権力と結びつくことが効果的であることを知っていた。一度宗教と国家とが結びつくと、宗教は本来の純粋さを失い墮落への道を歩み、国家は宗教的迫害者となり、宗教的絶対性の故に、反対派の意見に耳を傾けず、絶対主義国家として道を誤り破滅の方向へと進み、国民を不幸にしてきたのである。国家と結びつく宗教といえ、国家の目的上、多数の信者を擁している大宗派ないし大教団でなければならなかったわけであるから、政教分離の目的の一つには、宗教上の少数者を間接的な圧迫から保護し、宗教的少数者の基本的人権を保障するということがある。宗教的少数者の人権が、直接的、間接的にいかなる形にもせよ抑圧されるならば、やがては、国民大多数の基本的人権が脅かされる日が到来する。基本的人権の歴史のうちでも根本的意味を持つ信教の自由と政教分離の原則は、最も重大に考えられねばならない性質のものである。日頃は宗教心を持たなくとも、正月が来れば社寺にお参りし、彼岸や盆が来れば寺参りをするのが国民は、ともすれば日常における宗教的無関心、宗教に対する無知から、公権力による直接的強制が伴わないかぎり、政教分離にかかわる統治機関の行為にも、つい無関心になったり、必要以上に寛容になったりするおそれがある反面、逆に、人間自然の感情の発露としての行為も、理論的分類上、宗教的色彩を帯びたものともなれば、必要以上に厳格な分離を要求することにもなる。

統治機関が、宗教、殊に特定の宗教と結びつき、あるいは特定の宗教的行為を助長すれば、必ず他の宗教や宗教的活動を差別・圧迫し、個人の信教の自由の侵害への道を開くことになることは、わが国のみならず諸国の歴史に見られるところである。⁽⁴⁾すなわち世俗的権力は、さまざまな価値観・人生観・世界観をもつ国民を、国家という一つ

学説上いわゆる厳格分離主義・相対的分離主義のうち、概していえ

ば、前者は理論面を重視し、後者は実際面を重視する主張である。前者は、いささかも理論上宗教的色彩のある事柄であれば、厳格に公権力との切断を要求する。それに対し、後者は、実際生活上の合理性を要求する。すなわち、公権力と宗教とのかわりを完全に切断することが不合理な場合のあることを前提とし、憲法が禁止するのは、当該行為の目的が宗教的意義をもち、その効果が宗教に対する援助、助長、促進又は圧迫、干渉になるような行為であるとす。これら両論のいずれに立つかにより、全体として合憲論と違憲論とに分かれたり、あるいは政教分離その他の憲法上の観点から、一方が合憲又は違憲とするものうちの一部について、他方が逆の結論に到達する場合がある。厳格分離論は国民の信教の自由を守る見地から優れてはいるが、国や地方公共団体自身が、公共のための殉職者の追悼・慰霊を主催することをどのように考えるかという卑近な問題に直面する。特定宗教の僧侶や神職の存否の如何にかかわらず、死者の追悼・慰霊という行為は、広い意味における宗教的行為に含まれるであろうから、国や地方公共団体は、公共のための殉職者の追悼・慰霊さえ行いえないという不合理さを招きかねない欠点がある。厳格分離論においては、人の死を悼むという人間自然の感情の発現形式と理論との衝突現象が生ずる可能性を含んでいる。これに対し相対的分離論は、右に挙げた厳格分離論の欠点を緩和する長所はあるが、国家と宗教との分離の限界が時として曖昧になる危険を孕んでいる。殊に相対的分離論においては、宗教的行為と習俗との限界において議論が生ずる。津地鎮祭事件も本稿において論ずる箕面忠魂碑事件も、ともにこの領域にお

ける議論である。政教分離が確保される時に、信教の自由が完全に保障されるといっても過言ではない。⁽⁵⁾しかし右述のように、政教分離の内容が判例・学説上一義的に定まっていないうところに、この問題の困難さがある。

(二) 政教分離の内容

厳格分離主義をとるアメリカ合衆国の態度は、わが国の政教分離を考察するに際し参考とすべき点が多い。そこで、アメリカ合衆国憲法における政教分離の内容を概観し、つづいてわが国の政教分離の内容を、憲法の条文に従って順次見ていくことにする。

アメリカ合衆国憲法修正第一条は、「連邦議会は国教を公認し、宗教的行為の自由な執行を禁止……する法律を制定することができない。」と規定しているが、この場合の国教公認禁止条項（いわゆる Establishment Clause）の解釈については、一九四七年に、当時の連邦最高裁判所が、ある事件について下した判決の中で、ブラック判事の述べた下記のような意見が支持されている。すなわち、「州・連邦政府は教会を設立することができない。また、一つの宗教又はすべての宗教を助成し、又は或る宗教を他の宗教よりも優遇する法律を制定することもできない。人をその意思に反して教会に行かせるよう又は行かぬように強いたり影響を及ぼすこともできないし、又いかなる宗教についてもその信仰、不信仰、不信仰の表明を強制することはできない。何人も宗教の信仰、不信仰、又は宗教の信仰の公言などにより、また、教会へ出席し又は出席しないために処罰されることはない。どのような

名称のものであらうと、またどのような形で宗教教育をし宗教行事を行つものであらうと、金額の多寡にかかわらず、宗教活動又は宗教組織を維持するために租税を課することはできない。州政府、連邦政府ともに公然又は秘密裡に、いかなる宗教組織又は団体の業務にも参加することはできない。またこの逆も許されない⁽⁶⁾というものであり、これは現在のアメリカ合衆国における Establishment Clause 及び Separation of Church (or Religion) and State に関する一般解釈である。これは一八〇二年に、「教会と国家とを分離する壁」(a wall of separation between church and state)⁽⁷⁾を築くことが修正第一条の目的であるといつたジェファソンの言葉を具体的に示したものである。信教の自由に関する修正第一条はこの Establishment Clause と、つづくいわゆる宗教の自由保障条項 (Free Exercise Clause) とにより完全なものとなっている⁽⁸⁾。連邦最高裁判所によれば、この Free Exercise Clause の意図たるところは、宗教上の訓練や教育、戒律等の価値を認めるということ、殊に、これらのことを参考にして個人が国からいかなる強制も加えられることなく、自由に自分の信ずる宗教を選択することを保障することにあるとする⁽⁹⁾。つまり修正第一条中の信教の自由に関する規定の構造は、一面において、禁止されるべき国家の行動を規定し、他面において、国民の信教の自由を保障しようとしている。

Establishment Clause と Free Exercise Clause とは、ある場合には重なることもあるが、両者の規律の対象が異なっていることに注意する必要がある。つまり右両条項は、宗教の自由に対する政府の全く異

なつた二種類の侵害を禁じているのである。すなわち、Establishment Clause の目的は、既述の如く、特定宗教と国家権力との一体化は、宗教自身の墮落、偽善、迫害を生み、政治を誤らせ政府を破壊するという歴史の示す暗い事実を注視し、政治も宗教もおのの道を誤らないがために政治と宗教とを分離し、本来、個の問題である宗教は、国民の自由委ねようとするところにある。これに対して Free Exercise Clause は、「個人の精神という私的王国に自分自身の信仰の領域を持つ権利」⁽¹⁰⁾そのものを直接的に保障することがその目的である。

このように、信教の自由と政教分離とに関しては、比較的簡単な条文であるにもかかわらず、長年月の議論により豊富な内容をもつアメリカ合衆国連邦最高裁判所の判決や学説によって、集約的に明らかにされている。日本国憲法の政教分離条項は、アメリカ合衆国のそれに比較すれば詳細で周到な規定の仕方である。

1 「特権」付与の禁止 憲法二〇条一項後段は、「いかなる宗教団体も、国から特権を受け……てはならない。」と規定し、宗教団体に対する「特権」の付与を禁止している。ここにいる宗教団体とは、宗教法人法による法人格を有する団体だけでなく、「ひろく宗教的礼拝ないし宣伝を目的とするすべての団体をいう」⁽¹²⁾「国から」ということは「公」からという意味であつて、地方公共団体だけでなく、行政の一翼を担う公法人も当然に含まれる⁽¹³⁾。そして「特権」とは、特別の利益または優遇的地位のことである。以上を総合すると、宗教法人法上の法人格を有するものと否にかかわらず、すべての宗教的性格のある団体は、国からは勿論のこととして、地方公共団体やその他の公共団体等

すべての「公の手」から、他の宗教的団体あるいは一般の団体や国民と比較して、特別の利益や優遇的地位を得てはならないということである。憲法は、アメリカ合衆国憲法のように国教樹立の禁止について明記してはいないが、国が特定の宗教を公認し国教的地位を承認することは、典型的な「特権の付与」であり、いかに他の宗教の存在に寛容であっても憲法に違反する。

この特権条項で問題となるのが、宗教法人に対する税制上の優遇措置である。しかしこれは宗教法人そのものを、宗教法人であるが故に他の法人ないし団体から区別してこれを優遇するのではなく、わが国の税制が、営利を目的としない公益法人や社会福祉法人等の一定の所得に対しては、公共の福祉の観点から非課税措置をとっている結果、非営利法人としての宗教法人もその対象となったものである。したがって、宗教法人の一定の所得に対する非課税措置は、憲法の禁止する「特権の付与」にはあたらない。しかし宗教団体に「公」の補助金を支給したり、右にいう税制上の優遇措置の外に、ある種の免税措置を定めることは憲法に違反する。⁽¹⁴⁾

2 政治権力行使の禁止 「いかなる宗教団体も、…：政治上の権力を行使してはならない」(二〇条一項後段)。この場合の「政治上の権力」の意味については定説がなく、A説は、国や地方公共団体に独占されている統制的権力であるとし、⁽¹⁵⁾ B説は宗教団体が、その積極的な政治活動によって政治に強い影響を与えることであるといひ、⁽¹⁶⁾ C説は、たとえば過去における「八紘一字」の名の下に、軍国主義政策を押し進めた政治上の権威 (political authority) の宗教上の基礎付けのよう

に、宗教が政治と結びついて、政治的権威のためのたらきを営んではならないということであるとす。⁽¹⁷⁾ 政教分離が、政治をして、主に市民生活の外的条件を整えることに専念せしめ、宗教には、市民の内の面的生活を豊にするための自由の広場を与えることを目的とすることからすれば、A説が妥当である。B説の見解には憲法解釈上若干の問題点がある。宗教はその性質上妥協を許さない。したがって価値観の異なる多数人の意思を、一定のルールに従って全一の意思へと結合させ、それをもって民意とみなす世俗的行為には本来的に適合しないから、宗教団体は政治活動に関与すべきではないというのがB説の理由であると思われる。特定の宗教団体が政治を左右することがあってよいとは思われないが、政治活動の自由がある国民が宗教団体の構成員でもあるのであるから、宗教団体にも当然政治活動の自由があると解せられる。憲法が、特に宗教団体に政治活動を禁止していると考えるところには疑問がある。ただ、政治活動の枠を越えて、統治権力をみずから手で動かすことになれば、それはもはや単なる政治活動ではなく、憲法の禁止する政治権力の行使となる。政治活動と政治権力の行使とは、憲法解釈上区別されねばならない。そうでなければ基本的人権の一つとして政治活動をすることができる国民が、私的団体としての宗教団体の構成員になると、政治活動ができなくなるという矛盾を招くことになる。

3 宗教的活動の禁止 「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」(二〇条)。ここにいう国及びその機関とは、単に国家機関のみを指すものではなく、権力的作用、非権

力的作用を含む統治活動にかかわるすべての機関を指し、具体的には、官公署をはじめそのほか国または公共団体によって管理、運営される学校、病院など一切の営造物も含むと解されている。¹⁹⁾ 宗教教育とは、宗教を広めるための宣伝や教義にもとづく教化育成のことである。教育基本法は憲法のこの定めをうけて、「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」(同法九条一項)と規定している。しかしこれは、国・公立の学校では教育上一切宗教にかかわってはならないということの意味するものではない。宗教と人間生活とのかわりには重大な意味をもつものであるから、特定宗教または宗教全体の布教宣伝を目的とする教育は、当然に禁止の対象となるが、宗教的寛容を養い、その社会生活上の意義を明らかにすることを目的とする教育は、人間教育上有益でこそあれ害になることはないから、禁止の対象とはならない。教育基本法も、「宗教に関する寛容の態度及び宗教の社会生活における地位は、教育上これを尊重しなければならない」(同法九条)と明記している。私立学校における宗教教育は、恰も家庭における宗教教育と同じく、信教の自由の一部として保障されている。また宗教を学問的に研究し、その成果を教授することは学問の自由(憲法二三条)に含まれ、ここにおいて宗教教育とはその目的を異にするので禁止の対象とはならない。

宗教的活動については、特定宗教の宣伝を目的とする活動にとどまらず、祈祷や礼拝をはじめ、宗教上の堂宇、祭壇を設けたり、憲法二〇条二項に定める「宗教上の行為、祝典、儀式又は行事」など、宗教的信仰の表現として行われる行為はすべて含まれ、国にはこれら一切

の宗教的活動が禁止されている。しかし、既述のように、国・公立学校で節分の豆まきをしたり、官庁が正月に門松を立てたり、国鉄の駅でクリスマス・ツリーを飾ったりすることなどは、宗教性が失われた習俗的行事であり禁止の対象とはならない。禁止される宗教的行為と関連して、総理大臣をはじめ内閣閣僚の靖国神社参拝が問題となるが、公務員であっても、一国民として信教の自由を有するのであるから、個人として参拝することはならぬ憲法の禁止するところではない。しかし個人としての参拝か否か疑念を抱かせるような形で参拝することは、国の重要な機関としての地位にあることを考えれば、明確に違憲とはいえずとも避ける方が望ましい。一旦帰宅し、公務から完全に解放されて後に、家族と共にあるいは単独で参拝することは、個人としての信教の自由権の行使であり憲法の禁止するところではない。さらに、監獄法による受刑者に対する教誨が問題となるが、これも受刑者が個別的に要請し、これに応じて教誨師による教誨を施したり、教育基本法九条一項に定められた意味の宗教教育を受刑者に施すことは、受刑者の人格向上、善良な社会人として社会へ復帰させるための教化・育成上有効であり、禁止の対象とはならないと考えられるが、これに関する詳細はここでは擱く。

4 公金の支出・利用の禁止 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。」と規定する。この規定の目的は、政教分離を財政的側面から保障することにより、国民の信教の自由を確保することにある。これにより国家または

地方公共団体等は、その財産を、名目の如何にかかわらず、宗教上の組織または団体のために支出または利用することを禁止されている。

ここにいう宗教上の団体の典型は、宗教法人法二条に規定する宗教団体である。しかしそのほか宗教法人法上の団体ではないが、憲法二〇条一項後段にいう広い意味の宗教団体に包含されるものとして、本条では「宗教上の組織」という表現をしているものと解せられる。注意すべきは、宗教上の組織または団体が公的利益を受ける場合であっても、それが、何人に対してでも享受されうるものであれば、公益法人非課税の論理と同様に、政教分離の原則に反するものではない。また公共の用に供されている公の財産を、宗教上の組織や団体が、一般国民と同一条件で利用することはなんら本条に違反しない。要するに、宗教上の組織や団体であることを理由に、国民一般に与えられていない利益を与え、あるいは、国民一般が享受する利益を与えないということは、政教分離ならびに平等原則からも禁止されているのである。

三 箕面市と遺族会・忠魂碑とのかかわり

本稿冒頭で問題点として指摘した通り、箕面忠魂碑訴訟の論点は、箕面市遺族会ならびに本件忠魂碑の性格如何というところにある。その性格の如何により、市の行為の合憲性・違憲性が決定づけられることになる。以下順次遺族会と忠魂碑の性格を検討する。

(一) 遺族会の性格 原告らが、「箕面市遺族会は、靖国神社参拜

の事業及び同神社の祭神たる英霊を顕彰し慰霊するために、英霊の象徴としての忠魂碑を礼拝し、毎年同碑の前で戦没者慰霊祭を開催する事業をその重要な目的事業」としているから、憲法八九条にいう「宗教上の組織又は団体に該当する」と主張するのに対し、被告らは、箕面市遺族会は、戦争で肉身を失った遺族が、会員の慰問激励と福祉向上とを目的に結成されたもので、老人クラブなどと同様の一種の福祉団体であって、憲法八九条にいう「宗教上の組織又は団体」には該当しないと反論し、本件判決も、「箕面市遺族会が厳格な意味で宗教上の組織又は団体であるとはいえないとしても」と言って、その宗教上の組織又は団体性については、一応消極的態度を示している。

箕面市遺族会が結成されたのは、昭和二十七年頃である。本件遺族会は、箕面市内に幾つかの支部をもつ団体であることは明らかであるが、それが憲法八九条にいう宗教的性格を具有するかどうかについては、学者の間でも意見が分かれている。本件遺族会をいかなる角度から見るか、つまりどの点に視点を置くかにより、社会福祉団体にもなれば宗教団体にもなる。原告・被告双方の主張のうち、どちらの言い分に、一口に本件遺族会の性格を表現する場合の客観的妥当性があるかということである。仮に、本件遺族会は宗教団体または社会福祉団体であると言ってみたとすると、その社会福祉的性格または宗教的性格が全く消滅するわけではない。要するに、いずれの意味の色彩が他方よりも濃厚であるかという問題であろうと考える。本件判決がその宗教性について消極的態度を示しているのも、宗教団体法上の人格の有無もさることながら、右の意味を考えてのことであろうと思

われる。

憲法八九条前段所定の「宗教上の組織若しくは団体」の意義については、学説上、広・狭二説に分かれている。A説は、「宗教上の組織 (institution) とは、寺院、神社のような物的施設を中心とした財団的なものを指し、団体 (association) とは、教派、宗派、教団のよ⁽²⁰⁾うな人の結合を中心とした社団的なものを意味する」といい、B説は、宗教上の組織とは、「宗教の信仰・礼拝または普及を目的とする事業ないし運動」であり、団体とは、「宗教の信仰・礼拝または普及を目的とする人の結合体」である⁽²¹⁾。A説は宗教法人法二条に定めるところの、いわゆる典型的な宗教団体を念頭においているようであるが、B説の方は、それを含むことは当然のこととして、それだけにとどまらず、より広い意味で「宗教上の組織若しくは団体」の意味をとらえようとしている。B説が妥当である。理由の第一は、もしA説に従うとすれば、そこで定義づけられている組織もしくは団体以外の組織もしくは人の集団ないし結合体に対し、公の財産の支出・利用の道を開くことになるからであり、理由の第二は、憲法二〇条一項後段の「いかなる宗教団体」という文言との整合性が必要であると考えられるからである。

遺族会の性格を明らかにするためには、会則及び会則に従って行われる事業活動の実態を検討することが必要である。箕面市戦没者遺族会会則第三条は、「本会は会員の慰問激励とその厚生の方法を講じ遺族の福祉向上に資するをもって目的とする。」と定め、第四条は、「本会は前条の目的を達成するため次の事業を行う。一、遺族の実態調査

二、生活、職業その他厚生福祉に関する研究指導 三、講習会、講演会、慰安会等の開催 四、関係当局に対する意見、具申及び情報提供、五、靖国神社参拝に関する事項（これは近年改正されて、「上京旅行に関する事項」となっている）六、その他必要な事項」と規定し、遺族会の目的ならびに目的達成のための事業活動を明記している。遺族会と他の福祉団体との性格上の共通点は、会員相互の親睦と福祉向上などであり、異なる点は、遺族会が忠魂碑前で戦没者のための慰霊祭を開催したり、靖国神社や護国神社等に参拝することである。遺族会が、戦争で軍人・軍属としての近親者を失った人達から構成されていることから、慰霊祭の開催とか靖国神社等の参拝等が目的事業の一つに挙げられていることは至極自然の道理である。宗教心の有無にかかわらず、近親者の死を悼むのは、人間自然の感情である。この感情の外部への発現形態として、追悼、慰霊、鎮魂等の行為が行われることとなる。死者のためのこれらの行為は、人間であるが故に自然と生ずる素朴な宗教的感情に根ざすものである。また、非業な死に遭遇した近親者をもつ遺族達が、互いの福祉、厚生、援護等に関し相互に協力することも自然の成り行きである。他の福祉団体、たとえば箕面市における、母子福祉会、身体障害者福祉会、老人クラブ連合会、原爆被害者の会等が、それぞれ独自に共通の目的達成のために団体を形成しているのと同様に、遺族会も、近親者（その中には一家の働き手であった人達も多数含まれている）の非業の死と、後に遺された家族の悲しみ、死者の慰霊、将来への生活上の不安という精神的共通項を元に、自然発生的に結成されたものである。

遺族会の事業が靖国神社や護国神社の参拝、忠魂碑前での礼拝を含むからといって、直ちに宗教団体であるとはいえない。宗教集団の構成要素として、ブリューワー (Brewer E.D.) は、教義、儀式行事、信者、宗教施設等の四つを挙げているが、遺族会は独自の教義を持たず、したがって信者集団ではなく、遺族会として独自の儀式行事を持たず、ただ日本国民として誰もが考える普通の慰霊祭を開催するにすぎない。(構成要素の一つ、施設については、後で忠魂碑の性格として検討するのでここではふれない)。また、靖国神社、護国神社の参拝や忠魂碑前での礼拝も、中には政府によって戦場に駆り出され、非業の死を遂げた肉身を悲しみ国を恨む気持ちから、それを拒否する遺族があるかも知れないが、通常はそれを行うのが自然であろう。このような極く自然の宗教的感情を、法は無視するどころか尊重さえしている。たとえば、「墓地、埋葬等に関する法律」はその目的として、「国民の宗教的感情に適合」すること(同法)を挙げている。近親者の死、それも戦没という非業の死を悲しみ、追悼、慰霊したいと考えるのは遺族として当然のことであり、死者の霊が祀られているとされる靖国・護国の各神社へ参拝することもその延長として、また当然である。そこには教義も信者たることも一切不要である。ただ素朴な、人間自然に具有する宗教的感情の存在さえあれば足りる。法は、この人間特有の宗教的感情を尊重すべきであるといっている。国内に多数の戦没者遺族会が存在し、同様の活動を行っているのを見ても、遺族会の人達の持っている素朴な宗教的感情が、わが国民にとって共通のものであるということが推測される。靖国神社参拝や忠魂碑前での慰霊祭に

しても、不特定多数の人に宣伝・勧誘したり、また会の構成員の増加を企てたりしているわけではなく、ただ近親者の非業の死という共通項を有する人達だけが集って、年に一度挙行しているにすぎない。

遺族会会則で見た通り、遺族会結成当時は、遺族の実態調査(同会則第(四)条(一)号)や生活、職業等遺族の生活を維持するため(同条)、講習会、講演会等を通じての実践活動(同条)ならびに関係当局への協力要請(同条)は、重要な事業であったと思われる。やがてわが国が高度経済成長長期から経済安定期に入り、遺族達も高齢化してくると、神社参拝、観光旅行、慰霊祭が重点事業となってくる。つまり、遺族会結成後相当の期間は社会福祉団体的活動が活発であったであろうことは容易に推測できるところであるが、生活の安定、遺族の高齢化に伴い、社会福祉的活動よりも、神社参拝、慰霊祭の開催等が重要な事業になることも自然である。かかる現実を見て原告は、遺族会の主たる事業は宗教的活動であるから、遺族会は憲法にいう宗教上の組織又は団体であると主張したわけであるが、原告のこのような主張が妥当でないことは既に述べた通りである。

(二) 忠魂碑の性格 本件訴訟における最大の争点である忠魂碑の性格について、原告、被告は激しく対立している。すなわち原告が、「遺族会は、本件忠魂碑に二九八柱の戦没者を合祀しており、本件忠魂碑を、単なる記念碑ではなく、宗教的な祭祀ないし礼拝の対象物(霊魂の象徴(神体))としており、本件忠魂碑及びその敷地部分は、宗教的活動を目的とする施設」であると主張するのに対し、被告は、

「人間の自然の心情の発露である死者の追悼、慰霊の観念に基づき、戦没者を記念するために、戦没者出身地の民間有志により建設された」記念碑であると反論している。この両者の主張に対し裁判所は、原告の主張を認め次のように判示した。重要な部分なので少し長くながるが引用する。

「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は否定できない。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国民に拝礼が強制された。大日本忠霊顕彰会の発足とその運動は、靖国神社等によって担われてきた右のような役割を強化して忠魂碑にも果たさせ、さらにきめ細く国民の精神教育を行うため、従来区々に建立され、多少ともこのような精神教育のために利用されていた忠魂碑、忠霊塔を再編強化しようとしたものといわなければならない。

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る。そしてこの性格は、本件移設の前後によって変っていない。中略

本件忠魂碑及び玉垣内は侵しがたい聖域的雰囲気をかもし出し、神社境内にたがようと同じ壮厳さや神秘性を感じさせる。そして本件忠魂碑には、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

ての霊靈（これを神体とする例は靖国神社においてみられる）を内蔵しており、戦没者遺族は、本件忠魂碑に霊魂が宿ると観念して、中略、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。また支部遺族会は、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いる。

本件移設の際にも、碑の前で慰霊祭を行うのに必要な広場を確保するという取決めが市当局と支部遺族会との間でなされているが、このことは、本件忠魂碑が慰霊祭を伴うものであること、すなわち、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を意味する。

ところで、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なものとして理解されなければならない。

このようにみると、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、右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はない。

右にみた原告、被告双方の主張とこれに対する裁判所の判断をふまえて、以下、忠魂碑の性格を検討していくこととする。

1 忠魂碑の沿革 忠魂碑の歴史は、明治一〇年の西南の役当時に

遡る。西南の役後、その戦没者を記念するために各地で建てられ始め、多数の戦没者を出した日清、日露の戦争後、別に国の指導があったわけではないが、戦没者出身の地元民間有志により、国内各地に建てられるところとなった。大正五年建立の本件忠魂碑も、村の有志により、村から出た戦没者を記念するものとして建立されたものである。大正時代は、大きな戦争にも遭遇せず、全国で忠魂碑の建設も低調であったが、昭和一〇年代に入り支那事変による戦没者が急増するにつれ、その出身地では忠魂碑の建設が盛んとなっている。つまり忠魂碑建設の動きは、戦争とこれによる戦没者の増加に伴い活発となり、戦没者の減少に伴い不活発になっている。これは戦没者を追悼するという人間自然の感情の発露と、その動向を一にすることを物語っているものである。

2 忠魂碑と忠霊塔 忠魂碑は右にみたように、戦没者の追悼記念のために、いわば自然発生的に、地元民間有志の手により建立されたものである。戦で夫やわが子、兄弟を亡くした人達にとって、天皇への忠死を喜ぶよりは、先ずその死を悲しみ悼むというのが、人間として自然である。このような戦没者の近親者を中心とする民間有志によって建立された忠魂碑とは別に、支那事変勃発二年後の昭和一四年七月七日、軍を中心とする大日本忠霊顕彰会が発足し、「靖国神社の祭神の御遺骨を安置して永遠に祀り七生報国の精神の昂揚を期せんとす」ことを目的に、忠霊塔を建設することを主たる目的事業としていた。これは「民間の自主的な建碑の動きを野放しにせず、靖国の思想を地域住民に定着させるために、『英霊』顕彰を郷土意識と直結さ

せ、地方行政単位ごとに、中心となる慰霊顕彰の塔碑をつくらせる」という政府の意向を具体化するものであった。

内務省は、警保局長、神社局長通牒「支那事変ニ関スル碑表建設ノ件」により、忠霊塔の建設は、一市町村一基をもって原則とする旨を強調し、陸軍省も右通牒と同名の副官通牒を⁽²³⁾発し、忠霊塔について「軍トシテ適当ナル支援ヲ与ヘナルベク單純ナル忠魂碑タラシムルコトナク永遠ニ護国英靈ノ^{オウエイ}聖域トシテ尊崇ノ忠心タラシムルコト」とその性格づけをなし、さらに戦没者個人の墓地・墓碑等について、「個人墓地ニ対シテハ軍ノ干与スルトコロニアラザルモ其ノ遺家族等ニ於テ身分不相応ナル墓碑ヲ建設スル等ノコト無ク戦没者ノ葬喪ニ依ル永久ノ名譽顕彰ハ忠霊塔及陸軍墓地内合葬塔ニ依ル如ク指導スルコト又個人墓碑ニ星章ヲ附スルコトハナルベク之ヲ避ケシムルコト」と指示し、国が建設母体となる忠霊塔は、民間有志によって建立されている戦没者のための單純な記念碑と異なり、靖国神社に祭神として合祀されている戦没者の遺骨を安置し、永遠に護国英靈の聖域として尊崇することに、七生報国の精神の昂揚を期するという、明確な国家目的の下に建設されるものであることが明らかにされていた。しかし忠霊塔の建設には多額を要するため、簡易な方策として、従来から存在する忠魂碑を改造し、戦没者の遺骨・遺品等の収納の場を設置することに、忠魂碑の忠霊塔化も民間に呼びかけていた。

判決は、忠魂碑も忠霊塔も、ともに「忠魂あるいは忠霊を顕彰し、礼拝の対象にしようとする点では両者に全く変りがなかった」と断じているが、果して両者は、本質的に全く同じであるといえるであろう

か。右にみたように、忠霊塔は、戦没者の慰霊は従たる目的で、主たる目的は、「七生報国の精神の昂揚を期する」という国家目的の達成にあったことは明らかである。それに対し忠魂碑は、肉身の非業の死を悲しみ悼む人間自然の感情のあらわれとして、遺族を中心とする地元民間有志により建立された碑である。碑に「忠魂」の文字が彫られているからといって、直ちに、忠霊塔と同じ役割を果す目的で建立されたと断ずるのは早計である。戦前戦中、戦没者は、本人や遺族の内心の如何に拘らず、総て「君」に忠義を尽くして死んだ者であるということが、批判を絶対に許さない建前であった。また、遺族にしてみても、計らずも天寿を全うしえなかった肉身の死が、無駄な、意味の無いものとは考えたくないのが人情である。そうであれば、戦没者のための碑が、忠魂碑と称されることも自然の成行きといわねばならない。忠魂碑は、等しく天寿を全うせず非業の死を遂げた肉身を持つ遺族が、碑前に集まり、思いを同じくする中で死者を追悼し慰霊するための、遺族にとって共通のシンボルたる記念碑としての性格を有するものである。

たとえ忠魂碑が、時の軍部ないし軍国主義者により、軍国主義教育や戦争の聖戦としての意義づけの道具とされたことがあったとしても、それは軍部ないし軍国主義者が、忠魂碑を自己の目的に役立てるべく利用しようとしたにすぎない。判決は、忠魂碑は忠霊塔や靖国神社と同様に、戦争の聖戦としての意義づけや軍国主義教育などの精神教育に役立てられてきたもので、この性格は、碑の移設の前後によって変っていないというが、疑問である。遺族は、聖戦としての意義づ

けとか軍国主義とかの国民に対する精神教育に役立てることを目的として碑を建立したのではなく、肉身の死を悼むという人間自然の感情の発露として建立したと考えるのが自然である。忠魂碑のこの本来の性格こそ、碑の移設の前後によって変っていないものである。一時期、軍国主義者により利用の目的とされたという過去の事実が、敗戦を迎え、軍国主義を否定し、平和国家としての道を歩んでいる現在もなお、恰も継続しているかのような錯覚に陥る原告や判決の主張には納得し難いものがある。

3 忠魂碑と宗教的施設 判決は忠魂碑の宗教的性格について、「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。……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、……憲法八九条に違反する。」⁽²⁵⁾ 忠魂碑は宗教施設であると断定している。忠魂碑が宗教施設であるとすれば、身元不明戦没者の遺骨を納め供養するために、国が設けた千鳥ヶ淵戦没者墓苑や広島原爆慰霊塔も同じく宗教施設ということになる筈であるが、判決は、墓地は宗教とのかかわりの如何を問わず必要なものであるから、千鳥ヶ淵戦没者墓苑は宗教施設ではないといい、原爆慰霊塔前での慰霊式や平和祈念式は無宗教の形式で行われているものであるから、本件と同列に論じることができないという。判決のこの立論にはかなりの矛盾が含まれている

ように思われる。以下、忠魂碑、千鳥ヶ淵戦没者墓苑、原爆慰霊塔の三者について、その性格の比較検討をする。

忠魂碑については、これ迄見てきた通りであるから、ここでは重ねて述べない。

第二次大戦中の戦没者の中には、その遺骨や遺品が遺族の許に届けられた者もあれば、そうでない者の数も多数にのぼった。戦後、殊に南方の島々に放置されたままになっていた戦没者の遺骨を、国や民間の手で収集し、これを納めるために必要な墓地として、国により設けられたものが千鳥ヶ淵戦没者墓苑である。南方洋上に点在する島々に放置されている遺骨を、遺族が個人的に収集することは困難であるばかりでなく、親族の遺骨等を捜し当てることは不可能に近い。国や民間団体の手で収集した身元不明の遺骨等を、国の設置する墓苑に納めることは、国民の宗教的感情に適合しこそすれ反することはない。

本件判決が引用する「墓地、埋葬等に関する法律」の目的は、「墓地……管理及び埋葬等が、国民の宗教的感情に適合し、且つ公衆衛生その他公共の福祉の見地から、支障なく行われること」(同法^(一))にある。同法は単に公衆衛生の見地からだけでなく、国民の宗教的感情に適合することを要請しており、決して墓地、埋葬等と国民の宗教的感情とを無関係なものとしていないのである。土葬の場合は公衆衛生上の見地からの要請が強く、あるいは本件判決のいうように、「墓地は宗教のかかわりの如何を問わず必要なものである」といえるかも知れないが、焼骨を埋藏ないし収蔵し墳墓を設けるといふことになれば、公衆衛生上の見地というよりは、宗教的感情にもとづく行為であると

いわざるをえない。

宗教的感情が皆無であるとすれば、国民の公衆衛生とは無関係な遺骨の収集をはじめ、慰霊ということを前提とする墳墓の設置などについて何らの配慮もなされないのが普通であると考えられる。極端な言い方をすれば、人の焼骨などは他の動物の焼骨同様に一種の塵芥として処理の対象としても差支えないと考えられる。然るに、国がわざわざ身元不明の戦没者のための国の施設としての墓苑を設けたということの意義は、身元不明の戦没者の慰霊ということにある。そして墳墓は、生者が死者を悼み供養するために設けられるものであり、人の素朴な宗教的感情が前提となっていることは疑いの無いところである。

広島原爆慰霊塔も、第二次大戦末期における米軍の原子爆弾の犠牲となつて、天寿を全うすることなく非業の死を遂げた数十万人の人々を悼み慰霊するために設けられたものである。千鳥ヶ淵墓苑同様、戦争の犠牲となつて非業の死を遂げた人々の霊を慰め追悼する目的で設けられたものであるから、これも人の素朴な宗教的感情が前提となっていることは疑いの無いところである。

したがって、忠魂碑、千鳥ヶ淵墓苑、原爆慰霊塔の三者に共通事は、戦争の犠牲者の追悼・慰霊のために設けられたものであるということであり、異なる点は、千鳥ヶ淵墓苑は遺骨を納蔵する墳墓の性質を有するのに対し、忠魂碑、原爆慰霊塔は、墳墓の性質を持たないということと所有者が異なるということなどである。もし判決の主張するように忠魂碑が宗教的施設であるとすれば、他の二者も当然に宗教的施設でなければ矛盾する。判決は宗教的施設としての性格の有

無に拘泥し過ぎ、宗教的色彩のある構築物であれば、これに対する公費支出は直ちに憲法違反であると性急な結論を出しているようである。そもそも広義における宗教の定義は宗教学者の数に比例して存在するといわれているくらいに多義的であり、定説は無い。したがって宗教的施設の定義もまた多義的である。判決も、宗教的施設の一般的概念を明らかにすることなく、死者を追悼・慰霊するための礼拝の対象としているから忠魂碑は宗教施設であるというのみで、共通の性格を有する千鳥ヶ淵墓苑や原爆慰霊塔については、墓は宗教に関係無く必要だからとか、原爆慰霊祭は無宗教の形で行うからとか、およそ説得力に欠ける説明をするだけである。判決のいうように、千鳥ヶ淵墓苑や原爆慰霊塔が宗教的施設ではないとするならば、忠魂碑も同じく宗教的施設ではないといわなければ論理一貫しない。

4 占領軍神道指令とその周辺 敗戦の年昭和二〇年一月一日、占領軍総司令部はいわゆる神道指令⁽²⁶⁾を発し、国家神道の廃止を中心とする政教分離ならびに軍国主義的乃至過激な国家主義的イデオロギーの排除を命じた。これをうけて政府は、宗教の統制を目的として制定されていた宗教団体を廃止し、勅令宗教法人令を公布施行した。これにより対応に暫時の時間的余裕を必要とする神社神道界を除いて、すべての宗教団体が自主的届出によって宗教法人となることができるようになった。年が明けて昭和二十一年一月一日、天皇の人間宣言⁽²⁷⁾がなされ、二月二日には神祇院官制をはじめ、神社関係の全法令が廃止され、国家神道は制度上消滅し、同日、宗教法人令が改正⁽²⁸⁾され、神社は他の宗教と並んで宗教法人令上の宗教法人となることになった。

政教分離をめぐる問題点

占領軍の神道指令の実行は政府にとって急務であり、また、いさかとも旧軍隊ないし軍人に関する事項の処理に当っては、占領軍も極めて強い関心をもって注目するところであったため、政府としても精神的な程気を使い、国民一般も政府の態度を察知し、占領軍の反感を招くことのないように政府の指示に従った。政府は神道指令を具体的に実施するため、昭和二十一年一月一日通牒「公葬等について」を発し、地方官衙及び地方公共団体は公葬その他の宗教的儀式及び行事（慰霊祭、追弔会等）は挙行しないこと、慰霊祭等は宗教的儀式を伴わないことを条件に、文民としての功労者、殉職者に限ることとし、哀悼の意を表するための国旗掲揚に際しては、現地占領軍側の了解を得ること、戦没者に対する葬儀など個人や民間団体で行うことは差支えないが、地方官衙又は地方公共団体がその名において敬弔の意を表明することは避くべきであること、殊に忠霊塔、忠魂碑その他戦没者のための記念碑、銅像等は、学校及びその構内にあるものは撤去すること、また、公共用地等に存在するもので、明白に軍国主義又は極端な国家主義的思想の宣伝鼓吹を目的とするものは撤去すること、ただし、戦没者遺族が、私の記念碑、墓石等を建立することを禁止するものではない、ということを示した。しかし、この通牒に引き続いて同月二十七日に、警視総監地方長官宛に内務省警保局長通達「忠霊塔、忠魂碑の措置について」が出され、その中で、「単に忠霊塔、忠魂碑、日露戦役記念碑等戦没者の為の碑であることを示すに止るものは原則として撤去の必要はない」旨が指示され、撤去を要する忠霊塔と撤去を要しない単なる記念碑としての忠霊塔・忠魂碑とが区別され

た。撤去を要する忠霊塔とは、大日本忠霊顕彰会が「単純なる忠魂碑たらしむることなく、永遠に護国英霊の埒域として尊崇の中心たらしむること」を目的に建設された忠霊塔である。

単に戦没者の為の碑であることを示すにすぎないものは撤去の必要はなかったのであるが、敗戦、連合軍による占領というわが国初めての経験で、連合軍に対する恐れもあり、当時、各地で多数の忠魂碑が住民の手によって破壊されたり、碑石が土中に埋められたりした。箕面の場合もその一例として、昭和二年三月頃に住民の手によって、基台部分はそのままにして、忠魂碑という文字が刻まれている碑石部分が土中に埋められたのである。元来、そのようなことをする必要がなかったことは、前記内務省警保局長通達により明らかであるが、昭和二年一月一日通牒の指示が徹底し、同年一月二七日通達が不徹底だったのか、その間の事情は詳ではないが、やはり連合軍に対する恐れから、国が国民に要求しないもの迄、撤去、破壊、土中へ埋没などの対象としたものと思われる。敗戦、外国人による国土の占領という未曾有の経験の前で、国や国民の狼狽する有様が彷彿されるのである。

占領政策も一段落し、占領下におけるわが国政も落ち着きを取戻し、やがて昭和二十七年四月二八日に連合国との平和条約が締結され、わが国の主権が完全に回復すると、政府に対し、各地の地方公共団体から忠霊塔や忠魂碑その他戦没者のための記念碑等の建設について、照会が相次いで寄せられている。例えば、富山県からの照会に対して文部省は、「宗教施設又は宗教的儀式行事を伴う施設でない限り、公の機

関が殉職者（戦没者を含む）等の記念碑等を建設することは、政教分離の原則にてい触しないものと考ええる。ただし「忠霊塔」「忠魂碑」等誤解をまねきやすい語はなるべくさけられたい。」と回答している。⁽²⁸⁾ 同様の照会は、山梨県や東京都などからも寄せられていたが、文部省から右と同内容の回答がなされている。戦没者を含めて公の殉職者のための記念碑を建て追悼することは、人として自然の感情であるから、公の機関がこれを行っても政教分離に反するものではないが、忠霊とか忠魂という文字を碑に刻んだりすると、軍国主義ないし国家主義の復活として誤解されるおそれがあるから、用いないことが望ましいというものである。国のこのような態度は、極めて常識的なものであり、憲法上の問題点はない。

強い問題点としてとりあげるならば、新に碑を建立するのではなく、箕面市のように、一旦土中に埋め込んだ碑石を掘り出して再建した場合のことである。右記文部省の回答は、新規に建立する場合の指示であるから、箕面市の場合にはそのまま妥当しない。しかし、戦没者を含めた殉職者等を記念する碑像等を建設することは、政教分離に反しないという文部省の姿勢からみて、戦没者を記念するための碑を建てること自体には問題はない。したがって問題点は、新に建立する場合には避けるようにと指示されている「忠魂碑」という文字が刻まれたままの碑石を再建することの是非にある。土中より掘り出した時に、忠魂という文字を消除して、たとえば、「戦没者記念碑」とでもしておいたならば、今回の訴訟の原因となるようなこともなかったと考えられる。判決もその点を判決理由の中で指摘している。しかし、

(二)の忠魂碑の性格で検討したように、忠魂碑は、戦没者を追悼するためのシンボルとしての記念碑的性格が濃く、戦争で肉身を失った遺族達が、新憲法が施行されて、漸く平和の意義を心深く感じつつある時に、再びかの忠魂思想を鼓吹しようとして、埋め込んだ碑石を掘り出して元通り再建するなどということは考えられない。刻まれている文字は忠魂であっても、わが子や夫を失った遺族にとつては、どんなにか悲痛の記念碑であることだろう。このような遺族にとつて、占領軍への必要以上の恐れから一旦土中に埋め込んだ碑石を、占領軍の姿が遠のけば、元通り再建し、肉身の死を追悼し慰霊したいと思うのは自然である。ただ復元の時点で、これを新規の建立として扱うか否かにより、昭和二十一年一月二七日付の内務省警保局長通達の対象としての可否が決まる。新規建立と考えるのであれば、通達の指示を尊重し、公有地に在ることを斟酌して、忠魂碑という文字は消除され、他の適当な文字を刻むべきであろうが、新規建立の範囲に入らないとすれば、これに対して国の意思はなんら示されず、国民の自由意思に委ねられていると考えられるから、忠魂碑という文字を消除し他の適当な文字を充当するか否かは自由である。また、通達とは、上級行政機関がその指揮命令権に基づき、下級行政機関に対して発する成文の訓令であつて、行政機関外部に対する直接的拘束力はない。さらに忠魂碑等に関する該通達は、公共団体が主体となつて遺霊碑等を建設する場合に關して指示を与えているのであつて、一般国民が主体となるものについて指示しているものではない。箕面市の場合、本来撤去の対象とする忠魂碑ではなかつたにも拘らず、占領軍に対する必要

政教分離をめぐる問題点

以上の恐れからこれを土中に埋めたものであり、右通達の内容と法的性質からみて、これを公共団体が主体となる新規建設の範囲に入る碑として扱う必要はない。したがつて復元に際して忠魂碑の文字を消除する必要も認められないものである。

四 ま と め

国民に宗教の自由を保障するためには、政教分離は不可欠である。ところが、宗教的行為には死者に対する追悼・慰霊等も含まれる。公共のための殉職者を、国や公共団体が追悼・慰霊することは、国民の素朴な宗教的感情からも許されることであり、そのために特定の宗教が特別の利益を得、あるいは国や公共団体から優遇されることのないかぎり、政教分離に反するわけのものではない。したがつて、いささかとも宗教的色彩のある行為と統治機関とを完全に分離しようとするような嚴格分離主義には人間が自然にもつて素朴な宗教的感情をも無視してしまふ無理が生ずる。既述のように、嚴格分離主義には、本件に即していえば、理論と實際上の、人間であるが故に自然に有する素朴な宗教的感情との矛盾が内在している。津地鎮祭最高裁判決が、「現実の国家制度として、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ものといわなければならない。更にまた、政教分離原則を完全に貫こうとすれば、かえつ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」といつていることは、妥当な見解といわねばならない。国家や公共団体は、實際上国民の或る種の

宗教的行為とある程度のかかわり合いをもたざるをえない。問題は、そのかわり合いが、信教の自由の保障の確保という目的との関係で、いかなる場合に、いかなる限度で許されないかということである。この問題点について右最高裁判決は次のように判示しているすなわち「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というものと解すべきである。その典型的なものは、…宗教の布教、教化、宣伝等の活動であるが、そのほか宗教上の祝典、儀式、行事等であっても、その目的、効果が前記のようなものである限り、当然、これに含まれる。…ある行為が右にいう宗教的活動に該当するかどうかを検討するにあたっては、当該行為の主事者が宗教家であるかどうか、その順序作法（式次第）が宗教の定める方式に則ったものであるかどうかなど、当該行為の外形的側面のみにとらわれることなく、当該行為の行われる場所、当該行為に対する一般人の宗教的評価、当該行為者が当該行為を行うについての意図、目的及び宗教的意識の有無、程度、当該行為の一般人に与える効果、影響等、諸般の事情を考慮し、社会通念に従って、客観的に判断しなければならぬ」と。

本件判決は我が国の国民性について、「宗教については極めて無節操であり、神と人との区別がつかない特異な民族である（たとえば、天皇は、昭和二十二年一月一日、いわゆる「天皇の人間宣言」の詔書を出した。）と酷評し、「このような社会に、新憲法で採用された政教分離の原則を根づかせるためには、この原則を厳格に解して貫き通さなければ、画餅に等しい。当裁判所は、本件について、この原則を厳

格に適用する立場をとることを付言しておく。」と極めて厳格な基本的態度を殊更に判決理由の中で示しておきながら、判断基準としては、前記最高裁判決の示すところの、国家が宗教とのかかわりをもつ場合のあることを前提とした、いわゆる目的・効果論を採用していることは、本件判決における最大の矛盾点である⁽³¹⁾。

本件忠魂碑は既述のように、大正五年に在郷軍人会篠山支部箕面村分会によって、当時箕面村議会の承認を経て公有地に建てられたもので、占領軍の神道指令を具体化するものとして、当時の内務省より出された通達「忠霊塔、忠魂碑等の措置について」によって、撤去の必要のなかったことは明らかである。したがって忠魂碑が公有地に存在することについては、なんらの違法性も無いと解せられる。このように解することにより、昭和二十六年に遺族達により復元されて以来今回の移設に到る迄、原告を含めて、何人も公有地上に存在する忠魂碑について何等の異議も申し立てなかったことが納得できるのである。もし公有地における忠魂碑の存在が違法違憲というのであれば、今回の移設後のみならず、移設前にも違法違憲の状態が継続していたわけであるから、原告らが、移設時ないし移設後の公費支出や忠魂碑のための土地の、遺族会に対する無償貸与のみを問題にするのは、合理性に欠ける主張であるといわねばならない。

忠魂碑の所有権の帰属については、当初の権利者たる在郷軍人会篠山支部箕面村分会は、敗戦と共に実質的には自然消滅した形となり、昭和二十七年頃箕面市遺族会が結成されてからは、同遺族会が維持管理に当り適法に占有してきたのであるから、移設時の昭和五〇年当時に

は、既に取得時効が完成しており、実質的には碑の所有権は箕面市遺族会にあったと考えられる。しかし形式的には、昭和五十一年一月二十八日に在郷軍人会箕面村分会の清算人が選任され、同年二月二十五日、正式に箕面市遺族会に対して忠魂碑の贈与がなされている。したがって忠魂碑の所有権は、箕面市遺族会に帰属するものである。箕面市が、教育行政上の必要から、私的団体である遺族会が適法に公有地上に所有する忠魂碑を除去するためには、正当な補償を必要とすることは、憲法二九条三項の定めるところである。金銭補償とするか代替地補償とするかは、当事者間の協議にはじまり、最終的には市が決定する事項である。箕面市は市議会の議決を経て、後者の代替地補償をする点について、遺族会との間で協議が成立し、それを履行したものである。そこにはなんらの違法違憲性はない。

原告らが主張し本件判決が認容した忠魂碑移設に伴う箕面市の損害発生と、それに対する市長や教育長の責任とは、公有地上の忠魂碑の違法違憲性を前提として成立する論であるが、右述の如く、公有地上の忠魂碑の存在ならびにその移設行為には違法違憲性はなく、また、移設によって箕面市にはなんらの損害も発生していない。損害が発生するどころか、逆に市にとっては利益もたらされている面がある。何故ならば、移設前の忠魂碑が建っていた小学校の土地は、箕面市内でも地価の高い住宅地の一角にあり、市が当初、該小学校用地拡張のため、私人所有の隣接地買収用に予定した予算は一億五五〇〇万円であったところ、今回の碑の移設による市の計算上の支出は八六〇〇万円であったから、差引七九〇〇万円だけ当初予算より少く済んだこと

と、別の視点から見れば、市有地から箕面市開発公社の所有地へ移設したのであるから、いわば公有地から公有地へ移設したものであって、解体再建作業費を除外し、残りの多額な公費が私人に支払われたわけのものではないからである。

本件判決は、占領軍による神道指令に基づく国からの通達として、忠霊塔・忠魂碑等の公有地上からの一律撤去を要請する昭和二十一年一月一四日付のものだけを取り上げ、これにより、すべての忠霊塔・忠魂碑等の公有地上の存在が許されなくなったと強調するが、該通達が出された直後の同月二七日付の内務省通達が、「単に忠霊塔、忠魂碑、日露戦役記念碑等戦没者の為の碑であることを示すに止るものは原則として撤去の必要はない」と指示していたことを取り上げていないのは、故意か過失かいずれにせよ腑に落ちない点である。さらに、本件移設に関して要した費用の多額なこととその後の継続的關係を理由に、宗教施設に対し過度のかかわりをもったと非難するが、費用の多寡は、政教分離原則とは無関係である。費用が少なければ許され、多ければ許されないという性質のものではない。また、宗教施設に対するかかわりの評価を、金銭の多寡によって決することは不当なことであるとともに、宗教施設へのかかわり合いが、直ちに政教分離原則に反するどのような表現には、納得しかねる。

前記最高裁判所により示された政教分離原則に照らしてみても、遺族会による戦没者の追悼・慰霊がたとえ宗教的意義のある行為であっても、本件移設行為の目的が宗教的意義をもち、その効果が宗教に対する援助、助長、促進又は圧迫、干渉等になるような行為であるとは

いえない。市の行為の目的は、児童数の増加、校舎の老朽化に対処するための、校舎の増改築、施設設備、用地の拡充等に迫られて、校地の一隅にあった本件忠魂碑を移設し、その跡地を有効に利用するということにある。また実際に移設された土地の形状を見ても、三角形の不整地であり、移設前の土地の地価と比較しても安価で、市としては、本件移設により、計らずも土地の有効利用をなしたといえるのである。

おわりに

本判決の特徴は、本件遺族会を厳格な意味では宗教上の組織又は団体であるとはいえないといながらも、結局はこれを一種の宗教団体的なものとし、宗教団体的なものが維持管理し礼拝の対象とする忠魂碑は宗教上の施設であり、これに対する公費の支出、公有地の無償貸与は違法違憲であるとするが、これら二点の理由づけが一旦否定されれば、判決の論理は全面的に崩壊するところにある。

仮に、市の行為が政教分離原則違反であったとすれば、政教分離をいわゆる制度的保障として把握する側からは、公権力による政教分離原則侵害の違憲性を争う国民の原告適格、政教分離原則の実効性の確保手段等の諸問題が議論の対象として提起されねばならないが、本件においては、政教分離違反は認められなかったわけであるから、この問題領域には立入らなかった。

政教分離原則について、厳格にこれを適用する立場をとると明言し

た本判決が教えたことは、人間の実際生活には、政教分離原則とはかわりがない、広い意味における宗教的行為があるという事実である。本判決は、津地鎮祭最高裁判決に示された目的・効果論に従いつつ、千鳥ヶ淵墓苑の碑や原爆慰霊碑等を宗教施設とせず、本件忠魂碑を宗教施設とした点において、一貫性の無い論理構成を展開し自家撞着に陥ってしまったものである。

政教分離は、国民の信教の自由を確保するためには不可欠の原則である。たまたま本件の場合には、政教分離原則の侵害にはならなかったが、憲法一二条にも明記されているように、国民の基本的人權は、国民の不断の努力によって、これを保持しなければならないものである。国民がそのための努力を怠れば、公権力による基本的人權の侵害は、必ず発生するといっても過言ではない。何故ならば、公権力による基本的人權の侵害を非難する者は、被侵害者たる国民自身を措いて他にはいないからである。わが国において政教分離原則の侵害が訴訟となり、最高裁判所の判断が示されたのは、津地鎮祭事件一件のみである。まだまだ政教分離をめぐる問題は未開拓の領域である。判例も極く限られ、学界での具体的問題についての議論も少ない。思想や言論表現、学問の自由等とちがって、宗教に関しては、各国の歴史的国情が異なる。わが国は、わが国として独自の宗教的背景をもっている。わが国の国情に適合した政教分離原則を樹立することが、学者や法曹界に課せられた課題である。

註

- (1) 伊藤正巳・憲法二六五頁。
- (2) このような三分類については、津地鎮祭事件名古屋高等裁判所昭和四六年五月一四日判決（行裁例集二二巻五号六八〇頁）、高柳信一「信教の自由」（基本法コンメンタール有倉遼吉編・新版憲法）九二頁参照。
- (3) 最高裁判所が示した政教分離に関する、「目的・効果ならびにかかわり合いの程度」論に対しては、程度すなわち量的問題ではなく、質の問題であるという意見（森省三「神道式地鎮祭と政教分離の原則」八芦部信喜編憲法判例百選Ⅰ（四九頁）やその他の異論として、津地鎮祭事件最高裁判決の反対意見、ならびに上田勝美「忠魂碑訴訟大阪地裁判決の意義と課題」ジュリスト七七一号三〇頁などがある。
- (4) わが国の神道と国家との癒着の歴史については、拙稿「信教の自由と政教分離」相愛女子大学・相愛女子短期大学研究論集第二七巻六一七頁にその概略を示した。
- (5) 後藤光男教授も、「信教の自由は、政教分離が保障される時にのみ可能である。」と述べておられる（「政教分離原則の法的性格」法研論集（早稲田）二五号九二頁）。
- (6) B. Schwartz, A Commentary on THE CONSTITUTION of THE UNITED STATES, Volume II 653.
- (7) Ibid.
- (8) Id. at 696.
- (9) Ibid.
- (10) Ibid.
- (11) アメリカ合衆国における政教分離については、滝沢信彦「政教分離の法理―国教禁止条項の適用範囲と本質的機能―」法政論集八巻三・四号一七三頁以下、及び「アメリカ合衆国の政教分離（I）―宗教的機関に対する財政的支援の限界（2）―」法政論集九巻一号九三頁以下に詳論されている。
- (12) 宮澤俊義著・コンメンタール日本国憲法二四〇頁。今日ここという宗

政教分離をめぐる問題点

教団体を、このように広義に解するのが一般的見解である。

- (13) 伊藤正巳・憲法二六五頁。
- (14) 伊藤・同二六六頁。
- (15) 伊藤・同右、宮澤・前掲コンメンタール二四〇―二四二頁。
- (16) 田上稜治「宗教に関する憲法上の原則」憲法講座（2）一三九頁。
- (17) 佐藤功・憲法（ポケット）註釈全書（4）一四六頁。
- (18) 宮澤・コンメンタール二四二頁。
- (19) たとえば、高柳信一教授（東大・憲法）や村上重良講師（慶大・宗教学）は箕面市遺族会を宗教組織であると、柳川啓一教授（東大・宗教学）はその宗教的性格を否定する。林修三教授も否定的である。
- (20) 法学協会編・註解日本国憲法一三三三頁。
- (21) 宮澤俊義・コンメンタール日本国憲法七三八頁。
- (22) 小口偉一、堀一郎監修・宗教学辞典三〇五頁。
- (23) 村上重良・慰霊と招魂一八〇―一八二頁。
- (24) 昭和一四年二月二七日発陸普第一一〇号陸軍省副官通牒「支那事変ニ関スル碑表建設ノ件」。
- (25) 千鳥ヶ淵墓苑は、国の手により昭和三四年三月二八日、東京九段に建設された。六角堂の本屋の地下に二四の納骨堂を設けて、国や民間団体によって、主として南方諸島の第二次大戦戦跡から収集された無名無縁の戦没者の遺骨を納めている。
- (26) 昭和二〇年二月一五日連合国軍最高司令官総司令部参謀副官発第三号日本政府ニ対スル覚書「国家神道、神社神道ニ対スル政府ノ保証、支援、保全、監督並ニ弘布ノ廃止ニ関スル件」が正式の名称である。
- (27) 天皇の人間宣言が出される前後の経緯については、平川祐弘「人間宣言」の内と外（ブライズ教授と山梨提督をめぐって）（新潮昭和五七年一月号）五三―六九頁に詳しい記述がある。
- (28) 昭和二六年四月三日に現行宗教法人法が施行されるとともに、この宗教法人令は廃止された。
- (29) 昭和二七年九月一九日地調三六号富山県総務部長あて文部省調査局長

回答。

(30) 林修三教授は、判決のこのような日本国民に対する酷評に対し、次のように批判しておられる。「キリスト教の信者の目からみれば、神と人の区別がつかないように見える日本人の宗教心のうすさ、そこから出てくるすべての宗教における宗教的行事を習俗化する日本人の宗教ないし神に対する観念は、他の宗教に対し常に寛容であり、他人の信仰を妨害しないという意味でむしろ日本人の長所ともいうべきものであって、こういう点を日本人の短所であるかのようにいって、政教分離の原則の解釈適用をしようという、この判決は、基本的な点であやまりを犯しているというべきだと考える。」(時の法令一一四六号五七頁)。

(31) 上田勝美教授も、「判決が『厳格分離主義』の立場に立つと主張している以上、憲法二〇条三項の解釈に、目的効果論をかぶせる解釈を展開することは許されない」といわれる(「忠魂碑訴訟大阪地裁判決の意義と課題」ジュリスト七七一号二八頁)。