

# 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——

辰 村 吉 康

岐阜大学教養部助教授  
(1983年10月11日受理)

### On the Constitutional Principle of Separation Between State and Religion

Yoshiyasu TATSUMURA

#### 1. は じ め に

本稿は箕面市の忠魂碑移設訴訟を素材として、「国及び公の団体」と宗教とのかかわり合い方、即ち日本国憲法上の政教分離の原則について考察しようとするものである。箕面市忠魂碑訴訟とは、昭和57年3月24日、大阪地裁で下された箕面市忠魂碑移設訴訟と昭和58年3月1日、同じく大阪地裁で下された箕面市忠魂碑前慰霊祭訴訟をさす。これらの訴訟では、移設訴訟では違憲判断が、慰霊祭訴訟では公務員の慰霊祭参列は私的行為とならざるを得ないとして過払給与の返還請求認容の判断が示された。

両判決が社会に与えた影響は大なるものがある。日本国憲法の制定以来、憲法20条や89条に規定する政教分離の原則に関して出された判決は決して多くはない。その数少ない事例のひとつとして、昭和52年7月13日に最高裁で判決が下された津地鎮祭違憲訴訟があった。この判決については、箕面市忠魂碑移設訴訟との対比において後述するが、結論から言えば、政教分離の原則について、絶対的分離主義を排し相対的分離主義に立つものであった。即ち国家と宗教の「かかわり」を容認した上で、一定の基準または枠を超えた「かかわり」が生じた場合にだけ、これを許さない趣旨と解されるものである。

このような津地鎮祭最高裁判決以後、公式行事としての神式地鎮祭の凍結が解除されたと伝えられたり<sup>1)</sup>、従来から議論のある首相ら公人の靖国神社への参拝、あるいは地方議会における公人の靖国神社参拝要請決議のごとき政治的動向にみられるように、今日、憲法的要請である政教分離の原則がともすると軽んじられたり、なしくずしに形骸化されつつある。このような社会的状況の中で、地鎮祭と忠魂碑やその前で行われる慰霊祭とは、同じ儀式でも、その性格や形態が違うというものの、判例法上、津地鎮祭最高裁判決の政教分離原則についてのこの先例拘束のもとで、いずれも原告勝訴の判決が下されたことは、たとえ下級審の判決とはいえ、社会においても学界においても注目されるべき判決であったと考えられる。それ故、本稿では箕面市忠魂碑移設訴訟判決を素材として、判決論理の批判検討を通じて日本国憲法で保障する政教分離原則の意義を明らかにしていきたいと思う。なお、昭和58年3月1日に判決が下された忠魂碑前慰霊祭訴訟では、公人の宗教儀式への参列は「私的行為」であるとして、政教分離の原則についての論及をさけたので、本稿では考察の対象とはしない。

これについての考察は別の機会にゆずることとする<sup>(2)</sup>。

## 2 信教の自由と政教分離原則

### (一) 日本国憲法上の政教分離原則

憲法は、「信教の自由は、何人に対してもこれを保障する。」(20条1項前段)とし、また、「何人も、宗教上の行為、祝典、儀式又は行事に参加することを強制されない。」(同条2項)として、いわゆる狭義の信教<sup>(3)</sup>の自由を保障する規定を設ける一方、「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1項後段)、「国及びその機関は、宗教教育その他いかなる宗教活動もしてはならない。」(同条3項)とし、更に「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、又は公の支配に属しない慈善、教育若しくは博愛の事業に対し、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、いわゆる政教分離原則の諸規定を設けている。

かつて宮沢俊義教授は、個人の信教の自由の問題に関して、「信教の自由の保障を完全にするためには、さらにすすんで、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>(4)</sup>」と強調されたことがある。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問題であり、何人からも直接的にしろ間接的にしろ侵害、圧迫を受けるべきものではないのである。しかるに国家と宗教との関係を歴史的にみると、一旦国家と特定の宗教または宗教団体との関係ができたならば、あるいは両者の癒着する現象が生じたならば、国家と特定の関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来た歴史的事実がある<sup>(5)</sup>。それ故に宗教の私事性を確認し、政教分離を完全にするのが、信教の自由を十全に保障する歴史的客観的条件ともなっているのである。

「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かかわることがらであるから、世俗的権力である国家（地方公共団体も含む。以下同じ。）は、これを公権力の彼方におき、宗教そのものに干渉すべきではないとする、国家の非宗教性ないし宗教的中立性を意味するものとされている。<sup>(6)</sup>」何故、今日政教分離の原則が主張されるのか、その根拠については、歴史的経験的側面に照らして次のように言われている。すなわち(イ)国家が特定の宗教を特権化してそれへの礼拝を強制すれば、それ以外の宗教の信徒又は特に信仰をもたない者(信教の自由は信じない自由も論理必然的に含むから)は、自分たちの信教の自由を侵される。(ロ)さらにその国家も特定宗教の信者以外の者に対して抑圧的になり、専制的統治を招く。(ハ)次に政教の癒着は宗教そのものの破滅をもたらす。すなわちそれは、特定宗教は特権化によって甘やかされて、必要な厳しさを失う結果腐敗し、人間を内面的に支え生かす宗教本来の力を失う等からである<sup>(7)</sup>と。政教がなんらかの形で結びつく程度が強ければ強いほど、信教の自由が保障される程度は弱くなると言っても過言でない。したがって政教分離原則は、信教の自由を保障する上で不可欠の前提をなすものと考えられ、具体的にその内容としては、次の二点の要素をもつものと思われる<sup>(8)</sup>。①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、又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、同一にして中立的な態度をとるべきである。②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、各個人の自由に放任されるべきものであり、宗教を信ずるや否や、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。

わが国は世界憲法史の中でも類をみることのないほど厳しい政教分離原則を採用しているといわれる<sup>(9)</sup>。このことは、旧憲法下において国家神道が事実上国教的取扱いを受け、神社参拝等が強制され、旧憲法で保障された信教の自由が著しく侵害されたばかりでなく、国家神道はいわゆる軍国主義の精神的基盤ともなっていたこと、あるいは国家と神道との結びつきにより種々の弊害を生じさせたにがい経験にかんがみると当然の帰結であったともいえよう。単に歴史的理屈からだけでなく、わが国の宗教や人権に対する国民性からみても、厳しい政教分離原則をもった意味は大きいものといえる。なぜなら、特にわが国では、政教分離に関する認識が不足しており、その上に信教の自由と政教分離との関係についての理解が不足していること、信教の自由や政教分離を自らの手で戦い取った経験の足りないこと、文明国では珍しい多重信仰が今も行われていること、それと関連して習俗と宗教との区別が曖昧であることや神社神道と天皇との結合への動きが未だみられること等といった傾向が強いからである<sup>(10)</sup>。

ところで憲法で保障する政教分離原則をいかに考えるかについては、従前、国家と宗教との関係を完全に分離しなければならないとする完全分離主義ないしは絶対的分離主義の立場と、国家と宗教の分離は、相対的なものであり、また完全分離を貫くことは、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の限定分離主義ないしは相対的分離主義の二説に分れてきた。もちろん完全分離主義あるいは絶対的分離主義に立つ論者も、その多くは国家と宗教の分離を、字義通り、“絶対的に”又は“完全に”分離することは不可能であるとする考え方を持っていると思われるので、用語としては、厳格分離主義と相対的分離主義ないしは限定的分離主義の二説に分れるといった方が適切であるかも知れない。しかし厳格分離という用語を使用するとしても、注意しなければならないことは、だからといって、国家と宗教のかかわりを“程度の問題”としてすり替えてしまうことである。仮りに宗教的私立学校や宗教的文化財への公的助成の問題を、政教分離原則の観点から考察するとしても、これらの公的助成を認めるが故に、国家と宗教のかかわりを程度の問題として考えざるを得ないとするのは筋ちがいはなはだしいところである。これへの論証は後述するとして、とにかく本稿では論を進めるにあたって、用語上の問題として、厳格分離と相対的分離の用語を使用することにする。

ところで筆者は、日本国憲法で規定する政教分離原則を厳格分離の形で理解すべきを相当と考えている。なぜなら信教の自由は、まさしく個の尊厳の上に成り立つ人権であるからである。日本国憲法上、精神的自由と数えられるものに信教の自由のほか、思想・良心の自由や学問の自由があるが、これら精神的自由は、人間の内心の自由であり、人間が人間として成り立つ根源的な自由なのである。これら人間の根源的かつ現憲法の人権体系における中核の人権に対しては、国家権力は、いかなる理由に基づくものであれ侵害することは許されない。たとえ日本国憲法上の人権調整原理である「公共の福祉」をもってしても、制限または剝奪することは許されないものと考えべきである。このように内心の自由たる信教の自由を絶対的に保障するのが、憲法20条の基本目的である。この基本目的を達成するためには、国が特定の宗教団体もしくは宗教政策を支持するといったことを完全に排除するという国の宗教的中立性ないしは非宗教性ということが確立されなければならない。もしこれらの事がルーズに行われるとすれば、結果として国民は当該国家の一員なるが故に、特定宗教団体もしくは宗教政策に関与又は参加を強制されることになり、人権としての信教の自由が侵害されることは一目瞭然であるからである。故に政教分離の原則は、出来る限り厳格に解されなけれ

ばならない。

さらに政教分離を厳格分離に解すべく理由として、わが国特有の歴史的・社会的条件をあげることも出来る。すでに今日政教分離の原則が採用された所以のところその一部は述べたが、特にわが国特有の条件を強調するなら、その第一は、明治憲法下において、国家と神社神道とが密接に結びつき種々の弊害を生じて来たという歴史的條件が考えられる。神社神道は明治憲法体制における事実上の国教であった。それが他の宗教宗派の上にはいわば君臨し、それへの参拝等が強制された故に、単に信教の自由ばかりでなく、思想、良心、表現、学問等のあらゆる自由に対する侵害が加えられて来た。「今日その国教的性格は除去されたというものの、天皇制と不可分に結びついていた国体神話や惟神道（かんながらの道）のイデオロギー、さらにはそれらに密着した諸制度（皇室祭祀、紀元節等）は、いずれも隠然とした力をもって生き残っているのである。一般に神社信仰は著しく衰退したけれども、伊勢神宮や靖国神社の国営化の動きに見られるように、かつての国教イデオロギーを支えた諸勢力の復活の運動は、憲法にとって見逃すことのできない意味を持っている。<sup>(11)</sup>」故に、これらの歴史的社会的条件は、国家と宗教を厳格に分離すべきことを要請する要因として考えることができる。その二は、わが国の多くの国民が、その宗教的風土として、「多重信仰性」を有し、宗教意識の「雑居性」を有しているという社会的条件をあげることができる<sup>(12)</sup>。純理論的に言えば、一つの宗教が支配的な地位を占める国家と、多重に宗教が併存する国家とのいずれに厳格な政教分離が必要なのか問題となるところであろう。確かに「一つの宗教が支配的地位を占める国家のほうがその宗教を信じない少数者に対する圧力が強くなり勝ちであるから、政教分離の必要は大であるとも言えるし、また、多くの宗教が併存している国において国家が一宗教と結びつけば、他の宗教に対する差別的な圧力が強くなり勝ちであるから、政教分離の必要が大であるとも言える。<sup>(13)</sup>」しかし、多重信仰のもとでは、一宗教が他宗教を徹底的に排除するという思想がなく一種の宗教的寛容が存し、信教の自由の保障ということがそれほど切実な問題として国民に意識されないという特徴がある<sup>(14)</sup>。すなわち言い換えれば、大衆は宗教的にルーズで、宗教的潔癖感が欠如しているとも言えるのである。このようなところでは、国家と宗教との結びつきを妨げようとする国民の抑止力は弱く、かつ一旦国家と特定宗教が結びついた時には、他の宗教への排他性を盲目的に促進助長するとも言えるのである。この意味において、宗教の多重的、雑居の構造は、国家と宗教との完全な分離を必要とする要因ともなるのである。

ところで政教分離原則を理解するにあたって、その侵害の有無には、他の人権や特に憲法20条2項の信教の自由侵害の有無と異なり、特定宗教団体への参加や宗教政策への関与を強いられるといった直接的な“強制”の要素を必要とするものではないということを踏まえておかなければならない。すなわち国が行為主体になって特定の宗教的活動を行ったり、あるいは行為主体でなくとも、単に国の特定宗教に対する財政上の援助や支持あるいは特定宗教の背後にあって国の威信や好意が存在するというだけで、政教分離原則の侵害となることである。なぜなら国が行為主体となって宗教活動を行うことはもちろんのこと、国の特定宗教への財政的援助や支持あるいは威信や好感をもって特定宗教にかかわること自体が、その特定宗教に利益を供与し、これを国教的存在に近づけ、他の宗教及び反対する少数者を異端視し、疎外する間接的圧力となるからである。

以上政教分離原則を何故厳格分離の形で解さなければならないか、その理由を信教の自由の人権カタログの中での位置づけやわが国特有の宗教に対する歴史的條件、社会的条件をあげて述べてきたが、この原則に対する厳格分離主義と相対的分離主義の二説が集約的に展開

されたのが津地鎮祭違憲訴訟最高裁判決であった。そこで次にこの津地鎮祭最高裁判決多数意見—以下多数意見という—の批判検討を通じて、厳格分離主義の考え方をより詳述してみたいと思う。

## (二) 津地鎮祭違憲訴訟最高裁判決について

### (1) 本件の事実と経過

本件の事実関係は、以下のとおりである。

地方公共団体である津市は、昭和40年1月14日、市体育館の起工式（以下本件地鎮祭という）を主催し、建設現場において、宗教法人大市神社の宮司ら4名の神職主宰のもとに、神式の式次第に則り挙行した。上の挙式費用7,663円は、津市議会の可決を経て、市の公金から支出された。これに対して被上告人（一審原告、二審控訴人）は、津市長（上告人）を相手どり、上記公金の違法な支出につき、損害補てんを求める請求（地方自治法242条の2に基づく）を行った。このように本件の事実は至って単純でありその争点もかなり簡明である。本件の最も重要な争点は要するに、地方自治体たる津市が主催して神社神式に則って行った本件地鎮祭が、憲法20条3項にいう宗教活動にあたるかどうかの点にあるのである。

これについて第一審は、本件地鎮祭は、外見上宗教的行事に属することは否定しえないが、その実態をみれば単に建築の着工にあたり広く行われている習俗的行事であって、神道の布教、宣伝を目的とした宗教的活動ではないから、これを地方公共団体である市が主催しても、憲法20条3項に違反しないと判断した。一審判決はまた、本件挙式費用の支出も特定の宗教団体を援助する目的をもってなされたものとはいえず、特に神職に対する金4,000円の支出は、単に役務に対する報酬の意味を有するにすぎないから、憲法89条、地方自治法138条の2に違反するものでないと判定した<sup>(15)</sup>。

これに対して第二審は、本件地鎮祭の意義、沿革、その習俗性の有無等につき、詳細な検討を加え、それが神社神道固有の宗教儀式であると判定し、かつ憲法20条3項の禁止する宗教的活動とは、単に特定の宗教の布教、教化、宣伝等を目的とする積極的行為のみならず、同条2項で掲げる宗教上の行為、祝典、儀式または行事をも含む、およそ宗教的信仰の表現である一切の行為を網羅するものと解すべきであるとし、本件地鎮祭は、政教分離の原則を侵し、憲法20条3項の禁止する宗教活動に該当し許されないものと判断した。またそのための公金支出も違法と判定した<sup>(16)</sup>。

地鎮祭を習俗的行事とみるか宗教的行事とみるかは事実認識の相違ということだけでは済まされない問題性を含んでいると思われるが<sup>(17)</sup>、とにかく第一審は本件地鎮祭を習俗的行事であると認定したために、政教分離原則について論及するまでには至らなかった。

第二審判決は、国家と宗教との関係について、厳格分離主義を貫いていると考えられる。第二審判決は、政教分離原則を次のように規定する。それは、「およそ宗教や信仰の自由の問題が人間生活における精神的、内面的自由にかかる純粋に個人的心情の問題であるから、世俗的権力である国家の関与すべきことでなく、これを神聖なものとして公権力の彼方におき、国家は宗教そのものに干渉すべきではない、との国家の非宗教性ないし宗教に対する中立性を意味する。」と。そしてその目的は、「第一に信教の自由に対する保障を制度的に補強し確保するところにある。」とする。以上の政教分離原則に対する意味、目的を述べ、続けて判決は政教分離規定がルーズに解されるならばとして次のように述べるが、これはまさしくわが国における国家と神社神道の関係におけるにがい歴史的経験に裏づけられた指摘であろう。すなわち、「政教分離の原則は、国家と宗教との結合により国家を破壊し、宗教を墮落せしめる危険を防止することを目的とする。もし国家がある特定の宗教と結びつくと、その結果、

他の宗教を信仰する人々の国家に対する憎悪、不信、反感をもたらし、国家の基礎を破壊する危険を招来する。のみならず、特定宗教に対する国家の政治的、財政的援助は、該宗教に対する人々の尊敬を失わせ、その腐敗堕落を醸成する」と。まさしく明治憲法下における国家と神道の結びつきは、他の宗教を迫害するというだけでなく、神道は軍国主義の精神的基盤ともなっており、国民を戦争にかり立て、ついには国家を破滅させんとしたではなかったか。

## (2) 最高裁判決について

最高裁判決多数意見は、憲法20条1項前段および同条2項を「いわゆる狭義の信教の自由を保障する規定」とし、同条3項および1項後段、同89条から政教分離が保障されるとして政教分離について論及する。政教分離が日本国憲法上保障されるに至った理由について、わが国では、過去において「国家神道に対し事実上国教的な地位が与えられ、ときとして、それに対する信仰が要請され、あるいは一部の宗教団体に対しきびしい迫害が加えられた等のこともあって、旧憲法のもとにおける信教の自由の保障は不完全なものであることを免れなかった」とし、それ故に、信教の自由を無条件に保障するため、政教分離規定を設けたとする。そしてその意義は、「国家と宗教との完全な分離を理想とし、国家の非宗教性ないし宗教的中立性を確保しようとしたものと解すべきである。」とする。

明治憲法下において、国家神道に対する信仰が要請されるあまり、一部の宗教団体に対して厳しい迫害が加えられた歴史的事実や日本国憲法下において政教分離規定が設けられるに至った事情等については、大方の認めるところであり異論はないが、不可思議なのは、判決が唐突に「国家と宗教との完全な分離を理想とし、国家の非宗教性ないし宗教的中立性を確保しようとしたもの」と述べていることである。憲法20条3項は「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、同条1項後段は「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」と規定するのである。また憲法89条も「公金その他の公の財産は、……公の支配に属しない慈善、教育若しくは博愛の事業に対し、これを支出し、又はその利用に供してはならない」（以上傍点筆者）と規定している。このように憲法が、厳格に「してはならない」と規定するものを、何故「理想」と言っているのであろうか。多数意見が、政教分離を「理想」としたのは、後述の判旨の中でいう、国家と宗教の完全な分離は、「實際上不可能」という文章を引き出すための布石であるとは推測できるが、もし多数意見が、「理想」ということで、現実の国家社会においては、政教分離の原則は、単なる綱領的な国の宗教に対する指針または努力目標にすぎないと解しているとする、それは「近代国家がその憲法で保障しようとした精神的自由の実質的な保障、確保を無意味なものたらしめるであろう。<sup>(18)</sup>」得てして拘束性を持った法上の権利や制度保障を、理想とか努力目標といった非拘束、非遵守の形でとらえようとする場合が、この他に見られないこともないが、これらはいつも法上の権利や制度を漠然化し無意味たらしめる役割を果たしてきた。本判決においても文脈の流れにおける言葉の綾ではすまされない、憲法で保障する厳格な政教分離の原則を大幅に後退させてしまう伏線が、ここに敷かれているように思えてならない。

多数意見は上述のような布石のもとで、続いて実質的には政教不分離の原則を容認するかのような論を展開する。

「元来、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く、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。ところが、宗教は、信仰という個人の内面的な事象としての側面を有するにとどまらず、同時に極めて多方面にわたる外部的

な社会事象としての側面を伴うのが常であって、この側面においては、教育、福祉、文化、民族風習など広汎な場面で社会生活と接触することになり、そのことからくる当然の帰結として、国家が、社会生活に規制を加え、あるいは教育、福祉、文化などに関する助成、援助等の諸施策を実施するにあたって、宗教とのかかわり合いを生ずることを免れえないこととなる。したがって、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……（中略）右のような見地から考えると、わが憲法の前記政教分離規定の基礎となり、その解決の指導原理となる政教分離原則は、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、国家が宗教とのかかわり合いを持つことを全く許さないとするのではなく、宗教とのかかわり合いをもたらし行為の目的及び効果にかんがみ、そのかかわり合いが右の諸条件に照らし相当とされる限度を超えるものと認められる場合にこれを許さないとするものであると解すべきである。」と。

そしてその間、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の例として、①特定宗教と関係のある私立学校に対しての助成、②文化財である神社、寺院の建築物や仏像等の保存のため国が宗教団体に補助金を支出したりすること、③刑務所における教誨活動といったものをあげ、「これらの点にかんがみると、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おのずから一定の限界があることを免れず、政教分離原則が現実の国家制度として具現される場合には、それぞれの国の社会的・文化的諸条件に照らし、国家は實際上宗教とある程度のかかわり合いをもたざるをえないことを前提としたうえで、そのかかわり合いが、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、いかなる場合にいかなる限度で許されないこととなるかが、問題とならざるをえないのである」と述べている。すなわち多数意見を簡単に要約すると、まず国家と宗教とが「かかわり合いを持つこと」を前提として、その上で宗教とのかかわり合いをもたらし「行為の目的及び効果」を考えて、「相当とされる限度を超えるものと認められる場合に」、政教分離原則に違反する事態が認定されるとするのである。

すでに多数意見については、政教分離規定を、なんの合理的理由づけもなく、「理想」と位置づけたことの問題性を指摘したところであるが、以下にも順次多数意見のもつ問題点を指摘しておきたいと思う。

まず多数意見が、政教分離を「制度的保障」と位置づけたことであるが、この点は通説でも認めるところであり異論はない<sup>(19)</sup>。要するに政教分離は信教の自由を実効ならしめる方法であるとは大方の認めるところである。この意味において、信教の自由と政教分離とは目的と方法との関係にあるといってもよい<sup>(20)</sup>。問題は、多数意見がこの制度的保障論を、政教分離原則は「国家が宗教との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い」と帰結する一要素として使用していることである。政教分離が信教の自由を実現するための方法であり手段であり条件であるといっても、それは重要性において、なんら信教の自由に劣るものではない。「一般的にいつてある目的を実現するための具体的方法が、目的そのものに劣らず重要であるのは、方法を考慮せずには、目的は実現に向って進まないからであり、目的は永遠に抽象的理念として止まるからである。<sup>(21)</sup>」このような憲法上の制度的保障はいくらでもある。例えば学問の自由を保障するための大学の自治、平和的生存権を確保するための全面的戦争放棄の原則、もっと巨視的にみれば、憲法の制定自体や国民主権主義、民主主義といったことも、人間が人間らしく生きていくという目的を達成せんがための制度的保

障といえるのである。これらが制度的保障である故に、目的たる諸権利との関係で、その遵守の程度においてなんらの差を生じるものでもない。確かに「信教の自由」と「政教分離」は厳密に言えば、異なる概念<sup>(22)</sup>と言えるにしても、大切なことは、政教分離を信教の自由と切り離してではなく、密接不可分のものとし、信教の自由保障の見地から総合的に把握することなのである。

次に多数意見が、国家と宗教とのある程度のかか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、文化財への補助、刑務所での教誨活動の問題についてみる。これらの活動は、明らかに現代文化国家では一般的現象であり、また必要的要請であるともいえる。しかし、これらのことを認めるならば、国家と宗教とのかかわり合いも認めざるを得なくなるというように、両者がストレートに結びついているのであろうか。否である。

まず私学助成についてであるが、特定宗教と関係のある私立学校に一般の私立学校と同様の助成をするといっても、これは、宗教活動への助成という観点から問題にされるべきでなく、教育に対する助成とみるべきなのである。これは国民の教育権を保障している憲法26条を根拠にして導き出される教育への助成である。特定の宗教団体の活動を私学助成を通じて援助しようとするものでない。もし仮にこれを違憲とするならば、それは宗教を理由とする教育の差別となり、憲法の保障する平等原則上、重大な問題を呈するのである。また神社寺院の文化財としての建築物や仏像等の維持を目的とする国の補助も、私学助成への論理と同じで、宗教団体の活動そのものに対する援助の目的で、補助助成が行われているのではない。文化財を、社会的に保存、維持し、後世に伝えることが、国民及び国家の責務なのである。しかもこれらは、文化財一般に平等になされるのであって、特定宗教の建築物や仏像だけを目的にしたものでない。そもそもこれらのことは、「文教政策上憲法も当然に認めていると解される目的を、憲法の平等原則に従って施行するうえで、宗教のファクターを捨象すること（いい換えれば、宗教性によって特別の差別をしないこと）は、国教分離原則とは全く関わりなく成り立つところの文化的要請」<sup>(23)</sup>なのである。

さらに刑務所等における教誨活動も、「それは国家目的実現のため、一定の期間一般社会から隔離される者について、国が（いうまでもないが憲法上の要請である）信教の自由を保障する見地に立って、かかる活動を許容しなければならないところから導かれるべきものである。<sup>(24)</sup>」国が受刑者に特定の宗教を強制したり、各人の信仰の自由を制限したりするものではない。これは信教の自由と矛盾するどころか、逆に信仰の自由を尊重する原理に立っているから出てきたのであり、政教分離原則と対立する意味をもつはずがないのである。いずれにせよ、多数意見があげた「不合理な事態」としての例は、「平等の原則等憲法上の要請に基いて許される場合にあたるもので、なんら不合理な事態は生じないのである。こういう事例を『不合理な事態』の典型と考えるのは、極端な形式主義者以外にはありえないであろう。<sup>(25)</sup>」と評されてもやむを得ないところである。

さて次に多数意見の採った「目的効果基準論」について言及してみる。多数意見は政教分離について、国家と宗教の「かかわり」を容認した上で、一定の基準または枠を超えた「かかわり」が生じた場合にだけ、これを許さない趣旨であると解し、その限界を超える「かかわり」とは、「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、干渉等になるような行為」（傍点筆者）の場合をいうとした。このように、国家と宗教のかかわりを認めるか否かは、その行為の目的や効果にかかわる程度の問題によるとする判決の論理を、いわゆる「目的効果基準論」とよんでいる。



この考え方は、アメリカ合衆国連邦最高裁判所が、憲法修正第1条の政教分離条項違反の有無の判断基準に関し、シェンブ事件（*Abington School District v. Schempp*, 347 U. S. 203(1963)）で定式化して以来、アレン事件（*Board of Education of Central School District No.1 v. Allen*, 392 U. S. 236 (1968)）やティルトン事件（*Tilton v. Richardson*, 403 U. S. 672 (1971)）等を通じて形成されて来た、目的、第一的效果、過度のかかわり合いの基準によっている<sup>(26)</sup>。

多数意見は、「宗教とのかかわり合いをもたらし行為の目的及び効果にかんがみ、そのかかわり合いが」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「これを許さない、とするのであるが、この目的効果基準論は、必然的に、その「相当とされる限度」とは、具体的に何をさすかが問題となる。「相当とされる限度」を超える典型的なものは、宗教の布教、教化、宣伝等であるが、目的効果基準論では、宗教上の祝典、儀式、行事等でも、上述の目的と効果をもつ限りは、「相当とされる限度」を超えるものとなり、「宗教活動」の意義を、布教、宣伝、教化等の積極的行為に限られるとする上告理由や一部の学説<sup>(27)</sup>よりも広く解していることはうかがえる。しかし、「宗教活動」を、「おおよそ国及びその機関の活動で宗教とかかわり合いをもつすべての行為を指すものではなく」、「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」と限定する多数意見の定義は、「単に宗教の布教、教化、宣伝等を目的とする積極的行為に限らず、憲法20条2項の『宗教上の行為、祝典、儀式又は行事』を含む一切の宗教的行為を網羅する」とする厳格主義の立場からは批判がなされよう。なぜなら、もし多数意見のように、国の行う宗教上の祝典、儀式、行事でも、そ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」に該当しないということになると、多数意見が意識しているといえないとにかかわらず、国と特定宗教との結びつきを許してしまうことになり、その結果、他の宗教及び少数者を異端視し、疎外する間接的圧力となり、政教分離原則を危機に陥しめる重大な萌芽になるからである。

「宗教活動」の定義をできる限り広く解しようとする厳格主義の立場からは、一般的に上述のような形で、目的効果基準論のとり定義を批判するが、さらに問題点として指摘しなければならないのは、多数意見が、ある行為を、「宗教活動」に当たるか否かを決定する判断基準として、「社会通念」をよりどころにしている点である。すなわち多数意見は、ある行為が宗教活動に該当するかどうかを検討するにあたっては、「当該行為の主宰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ない。」と述べている。

多数意見は、宗教的活動の判断をなすにあたって、行為の外形、場所、一般人の宗教的評価、行為の意図、目的、宗教意識の有無、程度、一般人に与える効果、影響といった考える諸般の事情のすべてを考慮に入れて、客観的に判断しなければならないとするのであるから、一見、説得力があり、合理的であるかのような様相を示している。しかし、その際に「一般人」が重視され、「社会通念」が強調されるならば、次の二点で問題が生じてくる。

第一に、かかる基準の採用は、一種の多数決主義の採用であり、多数者の意思によって、少数者の信教の自由を侵す危険性があること。

議会制民主主義は、多数決主義をもって、国家の意思を形成するのを常としているが、精神的自由、なかでも思想や良心、人間の信仰といった内心の自由は、本質的に、多数決原理になじまないものである。信教の自由の中心的課題は、少数者の信教の自由を保障することにあるといっても過言でない。にもかかわらず、「一般人」や「社会通念」を基準にして、「宗教」や「宗教活動」を意味づけるなら、それ以外のものを枠外においやることになり、それらには信教の自由が及ばないこととなる。

第二に、かかる基準は、その概念自体が漠然としており、裁判所の判断によって、ある行為の宗教性の有無を、主観的、恣意的に判断される危険性があること。

多数意見は、もちろん今日の宗教に対する「社会通念」がどのようなものであるかは明示していない。社会通念であるから固定したものでなく、その時代に応じて変化しうるものであろうが、わが国民性における宗教の雑居性、あるいは寛容性からすれば、「社会通念が、日本国憲法が訣別した過去の国家主義的イデオロギーの基盤となった情動<sup>(28)</sup>」に結びつきやすく、かかる情動を根拠にして、憲法の政教分離原則が崩される危険性は多分にある。それ故にこそ、主観的、恣意的判断に左右される基準ではなく、科学的、客観的に判断されうる基準がのぞまれるのである。

この目的効果基準論が、国家の非宗教性ないし宗教的中立性の原則を、著しく軟化してしまったことは明らかである。なぜなら、国と宗教のかかわり合いの「相当とされる限度」も、全く不明確であって、また「一般人」や「社会通念」という判断基準も、あまりにも漠然としているからである。厳格な意味で政教分離が貫徹されるためには、憲法20条3項でいう宗教的活動の意味を出来るだけ広く解すべきである。藤林追加反対意見が、「思うに、わが憲法においても、宗教又は宗教的という語は、できうる限り広く解釈されるべきものである。しかるにこれを厳密に定義し、またこれを狭く解するときには、それ以外の宗教ないし宗教類似の行為には20条の保障が及ばないこととなって、信教の自由が著しく制限される結果となるばかりでなく、反面、国家と宗教の密接な結びつきが許容される道を開くこととなろう。」と述べているのは、目的効果基準論を採用した多数意見への痛烈な警鐘となるであろう。そして具体的に一体何が宗教活動になりうるのか、その判断基準としては、ここでは論証しないが、筆者は、第二審判決が示した

①当該行為の主宰者が宗教家であるかどうか、

②当該行為の順序作法（式次第）が宗教界で定められたものであるかどうか、との基準で十分であると考えている<sup>(29)</sup>。

以上、本節では、津地鎮祭違憲訴訟最高裁判決多数意見の政教分離に関する考え方を批判検討してきた。そこでの批判の視点は、おのずから厳格分離主義の寄って立つ立場を披瀝したものと考えている。それによれば、①国家の非宗教性ないし中立性は、たんなる「理想」として位置づけられるべきものではなく、拘束性を持った規範として考えられなければならないこと、②政教分離を人権実現の「方法」たる制度的保障と考えるにしても、「目的」たる信教の自由の保障と、その重要さの程度において、なんら変らないこと、③多数意見が「不合理な事態」として例をあげた、私学助成、文化財への補助あるいは刑務所での教誨活動は、厳格な政教分離原則に照らしても、いささかも不合理な事態でなく、他の憲法原理や平等原則から、当然に認められること、④宗教及び宗教活動の判定にあたっての目的効果基準は、国家と宗教のある程度のかかわり合いを認めることになり、実質的には、政教不分離の原則を承認する理論となること、さらに「相当とされる限度」の判定基準として、「一般人」の認識や「社会通念」を用いることは、それがあまりにも漠然としていて不適切であること、⑤

厳格な意味で政教分離を実現するためには、宗教及び宗教的活動の意味をできる限り広く解すべきであること等であった。次節ではこのような立場のもとで、箕面市忠魂碑移設訴訟判決について検討を加えてみたい。

### 3 箕面市忠魂碑移設訴訟<sup>(30)</sup>について

最初に述べたごとく箕面市忠魂碑訴訟とは、昭和57年3月24日、大阪地裁で下された箕面市忠魂碑移設訴訟と、昭和58年3月1日に同じく大阪地裁で下された箕面市忠魂碑前慰霊祭訴訟の二つに分れる。本稿ではすでに述べたように忠魂碑移設訴訟を対象とし批判検討する。

#### (1) 本件の事実の経過と判決要旨

大正5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10年代の前半ごろまで、移設前の碑の前で毎年慰霊祭が催れていた。同小学校の生徒は、敗戦まで、登下校時礼拝するよう教育されていた。本件移設前の碑は、昭和22年3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、そのままの状態では放置された。しかし昭和26年ごろ、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27年ごろ結成され、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、毎年神式または仏式（1年交替）で行われている。

ところが小学校の増改築のため、本件忠魂碑を他に移転する必要が生じた。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ともに、公社からこれを7,882万円余で買い受け、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20条、89条に違反するとして、つぎ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、土地を明渡せと請求すること、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7,882万円余の支払請求を怠ることの違法確認をすること。

③市長個人ならびに市教育長個人に対し、右違法行為によって、市の被った損害の賠償請求を求めること。

これに対する判決の要旨は次のとおりである。

①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89条に違反することになり、上述各行為は、宗教活動に対する援助、助長、促進になるもので、憲法20条3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け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2条16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市が本件土地の売買代金として7,882万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（730万円）のうち、解体費用を控除した金額（496万円余）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、および違法の公金支出を命じた市長（いずれも個人）は、右損害の賠償責任がある。

以上が箕面市忠魂碑訴訟の事実の概要と判決要旨である。本訴訟では、市長の行った本件土地の仮運動場としての用途廃止処分が、果して住民訴訟の対象となる行政処分にあたるのか否かという問題性も含んでいると思われるが、本稿では、憲法上の基本問題、すなわち忠魂碑の宗教的性格や忠魂碑の移設及び本件土地の使用貸借の違憲性の問題についてのみ検討することとする。

## (2) 本件忠魂碑の宗教的性格

本件事件において、市の行った忠魂碑の移設や敷地の使用貸借が、憲法89条や20条3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る。すなわち、①忠魂碑は西南の役（明治10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、その事績を顕彰し、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、後年無縁となることのないようにこれを祀るなどにあったこと、③靖国神社は明治2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14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10年代に入って中国大陆での戦火が拡大し、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」する事態となっていたこと、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靈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ったこと、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20年12月15日）に基づく、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21年11月14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ったこと、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、

敗戦後は異ってしまっ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〉の碑ではなくて、〈平和〉などの碑になってしまったということはないこと等である。

判決は以上のような歴史的考察のうえで、忠魂碑というものの歴史的な性格や機能を認識し、つぎに忠魂碑の「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わっていない。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、本件忠魂碑に霊魂が宿ると観念して、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1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的方式に則り、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20条、89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る。

以上、忠魂碑の「宗教的性格」について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、ほぼ正鵠を射たものと言えよう。ただ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も、判決が「本件移設の前後によって変わっていない」と結論づけたことに対する反論はある<sup>(31)</sup>。確かに判決が、何故、忠魂碑の性格が戦後も「変わっていない」というのか、その論証の足りなさ是否めないところである。しかし「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。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は多分にもっている。このようなことからみれば、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「変わっていない」と結論づけても事実と反するようには思えない<sup>(32)</sup>。

判決論旨の忠魂碑の「宗教的性格」のところで問題点として指摘しうるのは、判決が、忠魂碑をそれ自体で宗教施設と認識しているのか、あるいは慰霊祭を伴うことにより、全体として宗教施設と認識しうるとするのが明確でないということである。この点に関して被告は、「原告らは、本件忠魂碑を忠霊塔と混同しているものであり、本件忠魂碑は地域出身の戦

没者を追悼，記念するための記念施設にすぎない」と主張していた。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，記念する記念碑の意義の二つの性格を持っているものと思われる。原告被告らの主張の違いは，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，判決は「本件忠魂碑を宗教施設」と断定した。判決文を通読すると，一方で「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，神社境内にただようと同じ荘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現化の現われである神体としての霊璽（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，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。」と述べている。これによれば，忠魂碑自体で宗教施設となると考えているようであるが，他方で，「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極めが市当局と支部遺族会との間でされているが，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」と述べている。すなわち慰霊祭を伴うことで忠魂碑が宗教施設となると考えているのである。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<sup>(33)</sup>」とするのは妥当な見解ではなかろうか。ましてや本件忠魂碑の場合は慰霊祭も付随しているのであり，結論的に，本件忠魂碑を宗教施設と位置づけたことには，大方において異論のないものと思われる。

次に判決の「宗教」の定義についてであるが，本判決の「宗教」についての定義はかなり包括的である。すなわち，「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」と。確かに「宗教」の定義は，人それぞれによってさまざまである。したがって「本条（憲法20条）で自由を保障される『宗教』の観念をすべての場合について一律画一的に定義することは困難であり，またそのことは正しくない<sup>(34)</sup>」という主張もうなづける。しかし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学上考えられる宗教との意味が一致する必要性はない。憲法学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>(35)</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>(36)</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の状況では、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。

以上のことから、判決が本件忠魂碑を宗教施設であると結論づけていることには、妥当な判示として首肯できるところである。

(3)移設や使用貸借に関する市の行為の違憲性について

判決は、本件忠魂碑が宗教施設であることを確認したのち、本件使用貸借および本件移設の違憲性について論考する。

まず初めに判決は、日本国憲法で定める政教分離原則の解釈とその適用に関する根本的な態度を明らかにしている。本判決は、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る。

「憲法20条1項後段、同条3項及び89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）を保障するにとどまらず、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我が国の社会的、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」＝「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。したがってその後に続く憲法89条あるいは20条3項の具体的解釈においても、目的効果基準論の展開が、時としてみられるのである。

憲法89条については、次のように述べる。

「憲法89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20条3項の解釈については次のようにいう。

「憲法20条3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。

なお、憲法20条3項は、『国及びその機関』が宗教的活動をしてはならないとしているが、『国及びその機関』とは、国及び地方公共団体、その他の公権力を行使する一切の機関を

指称すると解すべきであり、地方自治体である箕面市が右主体に該当することはいうまでもない。」

このように憲法89条や憲法20条3項のそれぞれの文言を広義に解釈するのは、なにも目的効果基準を採用してのみ導き出されるものではなくて、厳格分離の立場からも首肯できる通説的見解である。

ところで続いて判決は、「我が国の国民性は、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21年1月1日、いわゆる『天皇の人間宣言』の詔書を出した)。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」と述べ、いかにも政教分離原則の理解として、厳格分離主義を標榜しているかのような立場を言明している。しかしこの付言をもって判決が、相対的分離主義に対峙するいわゆる厳格分離主義に立っていると位置づけるならば、本判決の論旨をスムーズに理解することはできない<sup>(37)</sup>。本判決はその前提としては相対的分離主義の立場に立つもので、相対的分離主義が必然的に言及しなければならない「相当とされる限度」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妥当であろう。したがって本判決の政教分離原則についての基本的立場は、津地鎮祭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、間口が狭くて「相当とされる限度」に入りにくい津地鎮祭最高裁判決多数意見が、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たのと同じく、間口を広くとった本判決においても「相当とされる限度」でない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原則を画餅にになっ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。

判決は政教分離の解釈の前提として相対的分離主義に立ち、その中でも「相当とされる限度」を政教分離を貫くため厳しく解していくとして、本件判決を次のように結論づける。

「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いえないとしても、本件使用貸借や本件移設は、憲法89条が禁じている宗教活動に対する公の財産の支出、利用に該当することは明らかである。そうすると、箕面市の本件使用貸借や本件移設行為は、憲法89条に違反する。

また、箕面市は、本件忠魂碑が礼拝の対象物とされていること(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20条3項にも違反する。」

個々の点では異論もあるが、判決の結論については賛成である<sup>(38)</sup>。しかしこの結論を導き



出すまでの過程において、厳格分離の立場からみれば、少しく異論があるので指摘しておきたい。

それは判決が政教分離の原則を考えるにあたって、津地鎮祭最高裁判決と同じく相対的分離主義＝目的効果基準を採用したことにつぎるが、本件訴訟において、果して目的効果基準を採用しなければならなかったのかという疑問である。判決の結論部分の文脈の流れは以下のようなになる。

①忠魂碑は、特定の宗旨によるもの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。

②本件使用貸借や移設は、憲法89条が禁じている宗教活動に対する公の財産の支出、利用に該当することは明らかである。

判決が認定するように、「忠魂碑は宗教施設である」、「市は宗教施設である忠魂碑の移設やその土地使用貸借にかかわった」とするならば、それだけでストレートに違憲判断が出せるはずである。政教分離原則違反の要素として、かわり合いの「目的」がいかなるものであったか、またその「効果」がどれ程のものであったかは不必要である。ましてや判決が、本件の使用貸借や移設について、「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、宗教施設に対し過度のかかわりをもったといえる」と述べているが、市の支出した公金が多額か否かで、違憲または合憲に結論が分かれてくる節合のものではない。支出公金の額がいくらであっても、国及びその機関が、特定の宗教活動に公金を支出した場合には、それだけで政教分離原則違反として当然に違憲となるものと解される。また使用貸借の場合、「継続的關係」が生ずるから違憲となるというが、確かに地鎮祭の場合はその場一回限りであり、使用貸借の場合は、契約が継続している限り、永遠のかかわりになるが、これも国と宗教のかかわりの度合が、一回限りのものか継続的なもので違憲合憲に分れるものではないのである。要するに「費用の多額」や「継続的關係」が、政教分離原則違反か否かのメルクマールになるのではない。判決がこれらのものを違憲の判断要素に入れている故に、本判決も場合によっては、憲法で保障する政教分離を画餅にする危険性を多分に含んでいるともいえるのである。

本判決が目的効果基準を採用したことに対しては、その評価は二つに分れる。例えば、上田勝美教授の「本判決の立場は、右に挙示した最高裁判決の立場を何ら批判することなく、無条件に立論の前提としているのである。とすれば、本判決が、政教分離原則の理解として『厳格分離主義』の立場をとることを明らかにしているものの、事例によっては、この立場は、窮極において、厳格分離主義または政教分離主義を形骸化する矛盾を内蔵している、といえよう。<sup>(39)</sup>」という見解と、長尾一紘教授の「本件忠魂碑事件においては、目的効果基準が有効に作用しうるものと思われる。忠魂碑には二重の性格（宗教的シンボルとしての性格と戦没者記念碑としての性格）が認められ、その事実認識と法的評価には少なからぬ困難をとまなう。目的効果基準は、考量を必要とするさまざまな要素を分析し整理するにさいして、現在のところもっとも有用な基準であると思われるのである。<sup>(40)</sup>」という見解を、その代表的な例として挙げることができよう。筆者は前者を正当と考える立場に立つが、かりに、一般論として目的効果基準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、不合理をとまな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>(41)</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>(42)</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、有効な機能を発揮しうるとする

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、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>(43)</sup>。」からである。

本判決が、何故目的効果基準論を採用したのか、これはあくまでも推測の域を出ないが、次のようなことからだと思う。すなわち、本件訴訟は、おそらく二審をへて上告審まで進むことが予想され、その場合、津地鎮祭最高裁判決が、先例としての役割を果す可能性があるからである。その可能性を見越したうえで、元来厳格分離主義に立とうとしていた本判決も、津地鎮祭最高裁判決を無視することができず、それと同じ土俵上での論旨の展開を余儀無くされたのであろう。しかし「目的効果基準論」の安易な採用は、戒しめられなければならない。政教分離の判断基準として、目的効果基準論を採用することは、国と宗教との結びつきを無制限に緩和させる可能性を多分に秘めているからである。

#### 4 お わ り に

国民主権主義、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、元号などの旧天皇制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、反民主的反憲法的情況を作り出してきた。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ろう。なぜなら忠魂碑は、歴史的には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制国家の国家主義的、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制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らうか。

本稿では、厳格分離主義の立場から、判決論旨を批判して来たが、もちろん上述のような社会的政治的情況の中で、忠魂碑を宗教施設として、市のかかわりを違憲と判断した結論については、高く評価するものである。なぜなら、本判決は、先に述べたような総じて民主主

義に逆行する反憲法的な右傾化現象に対して、一つの大きな歯どめとしての役割を果たすかもしれないからである。

(註)

- (1) 小林孝輔「地鎮祭と政教分離の原則」ジュリスト増刊憲法の判例第三版所収33頁。小林教授は、津地鎮祭最高裁判決に対するコメントで、文化庁文化部宗務課長の石井久夫氏が、「妥当な判決」と評している（朝日新聞1977. 7. 13）ことから、このように判断しているものと思われる。
- (2) 拙稿「箕面市忠魂碑慰霊祭判決について」法政論叢第20巻日本法政学会刊に掲載予定。
- (3) 通常、憲法20条1項前段と同条2項を狭義の信教の自由と呼び、政教分離原則（同条1項後段、同条3項、89条）を含む広義の信教の自由と区別している。狭義の信教の自由の内容については、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宗教結社の自由を挙げることができる。
- (4) 宮沢俊義・芦部信喜補訂「全訂日本国憲法」239頁。
- (5) この点に関しては、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。
- (6) 津地鎮祭違憲訴訟大法廷判決（最大判52. 7. 13）、判例時報855号、28頁。以下津地鎮祭違憲訴訟大法廷判決よりの引用はこれによる。
- (7) 相沢 久「近代社会と信教の自由」ジュリストNo748、24頁。
- (8) 津地鎮祭違憲訴訟大法廷判決藤林追加反対意見より。前掲判例時報855号・33頁。
- (9) 前掲藤林追加反対意見は、「日本国憲法20条の規定は、アメリカ憲法修正第1条よりも更に徹底したものであり、世界各国憲法にもその比を見ないほどのものである。」と述べる。
- (10) 相沢 久前掲論文25頁。
- (11) 小林直樹「地鎮祭問題と信教の自由」法律時報49巻11号、96頁。
- (12) 日本人の宗教的態度が重層的構造だとか、雑居的だといわれていることに対する現実的状况については、村上重良「国家神道と日本の精神的風土」ジュリストNo748に詳しく説明されている。
- (13) 越山安久「津地鎮祭違憲訴訟大法廷判決について」ジュリストNo648、54頁。越山氏は、前者（すなわち一つの宗教が支配的地位を占める国）においては、「一般に国家の宗教的中立性、中立主義的分離が要請されることになろう」とし、後者（すなわち多くの宗教が併存している国）においては、「宗教間の平等的取扱い、国家の宗教に対する中立性、好意主義的分離が要求されることになろう」と注釈を加えている。
- (14) 越山前掲論文54頁。
- (15) 津地鎮祭違憲訴訟第一審判決（津地判42. 3. 16）、判例時報483号。
- (16) 津地鎮祭違憲訴訟控訴審判決（名古屋高判46. 5. 14）判例時報630号。以下控訴審判決の引用はこれによる。
- (17) 小林直樹前掲論文において、本件は一見、一つの地方自治体が行った行事に対する定義づけもしくは概念上の分類の問題にすぎないように見えるが、「しかし、少しく立ち入ってみればすぐ判るように、地鎮祭を習俗のカテゴリーに入れるか、宗教的行事とみるかは、単なる概念の分類や規定にとどまるのではなく、まさにすぐれて憲法的な判断の問題である。争点に含まれる核心の問題は、事実の認識ではなくて、それを憲法上許されるものとみるべきかどうかという価値判断にある。」と指摘されている。
- (18) 上田勝美「信教の自由と政教分離の原則」宗教法講座第2号、7頁。
- (19) 大方の見解としては、政教分離原則は、制度的保障の意味にこれを捉えて、信教の自由保障の手段又は条件と考えている。しかし中には、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そのものと見る見解もある。横田耕一「『信教の自由』と『政教分離原則』」判例タイムズ385号、81頁。横田教授は、このようにとらえることによって、国家と宗教の結合によって何らかの間接的圧力をうけたことを証明できる個人は、政教分離原則違反のみを理由として訴訟が提起でき、いわゆる原告適格を拡大する効果があると主張される。又横田教授は、高柳信一教授の政教分離原則の理解を位置づけて、政教分離原則イコール人権として理解する説とされる。横田耕一「国家と宗教」Law School 第19号、82頁。しかしこの位置づけ方には、上田勝美教授より、「高柳教授

の諸主張を、政教分離原則即人権説として捉えることが、あるいは、そこまで読み込むことが果して可能であろうか。私には直ちにそこまでは言えないように思われる。」と反論が出されている。上田勝美「信教の自由の保障」龍谷法学第14巻第4号、15頁。

- (20) 小林孝輔前掲論文33頁。
- (21) 相沢 久前掲論文25頁。
- (22) 座談会「津地鎮祭最高裁判決をめぐって」ジュリストNo648, 23頁。
- (23) 小林直樹前掲論文94頁。
- (24) 熊本信夫「津地鎮祭最高裁判決について」ジュリストNo648, 47頁。
- (25) 小林直樹前掲論文94頁。
- (26) 横田耕一「津地鎮祭違憲訴訟上告審大法廷判決」ジュリスト昭和52年度重要判例解説17頁。尚これらの事件については、土居靖美「アメリカにおける国教禁止条項論」愛媛法学会雑誌9巻2号に要領よくまとめられている。
- (27) 中山健男「日本国憲法における政教分離の原則」名城法学21巻4号。
- (28) 清水 睦「憲法にいう政教分離の原則」法律のひろば第30巻第10号, 18頁。
- (29) 津地鎮祭違憲訴訟控審判決は、ある行為が宗教行為か否かの判断基準として、これら①、②のほかに、③当該行為が一般人に違和感なく受け入れられる程度に普遍性を有していること、という基準もあげている。しかしこの③の基準も「社会通念」と同じく客観的科学的基準とはなりえない。具体的事件において、ある行為を宗教的行為か否かについて判断するには、①、②の基準で十分である。
- (30) 箕面忠魂碑移設違憲訴訟第一審判決(大阪地判57.3.24)判例時報1036号。以下本判決文の引用はこれによる。
- (31) 長尾一紘「『忠魂碑』と政教分離の原則」判例評論290号, 14頁。
- (32) 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』の問題たりうするためには、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題は、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とえて、国家と神道の関係をみるとき、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則の基調に、教義、布教活動を主とし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 睦前掲論文, 13頁。
- (33) 粕谷友介「箕面忠魂碑違憲訴訟」法学教室No22, 80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不十分、これらの実体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。
- (34) 高柳信一「信教の自由」有倉編「基本法コンメンタール」所収, 94頁。
- (35) 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。
- (36) 長尾一紘前掲評論, 179頁。
- (37) 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771号, 28頁。上田教授も、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20条3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」と指摘している。
- (38) 例えば判決は、「箕面市遺族会が厳格な意味で宗教上の組織若くは団体であるとはいえないとしても」と述べているが、確かに遺族会が特定の宗派によらないにしても、毎年「宗教活動」を行っている事実からして、その点に関する限り広い意味での「宗教上の組織」に属すると判定してもよかつたのではなかろうか。

小林直樹「箕面市忠魂碑訴訟の憲法問題」Law School No46, 28頁。

(39) 上田勝美前掲論文, 28頁。

(40) 長尾一紘前掲評論, 179頁。

(41) 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、公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杓子定規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、そういう形式的完全分離を、合理的に一政教分離の本旨を損わずに一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, 4頁。

(42) 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—市場法則乃至プライス・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—に応じて、特定の金銭給付・役務提供・施設供用等を行おうとする場合、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, 4頁。

(43) 粕谷友介前掲論文, 82頁。