

近年の人権判例(5)

安 藤 高 行

V 信教の自由関係判例

V—1 小泉首相靖国神社参拝違憲訴訟

周知のように小泉純一郎元首相は首相在任中合計6回靖国神社に参拝した(以下では原則として、こうした小泉元首相の首相在任中の靖国神社参拝を単に「参拝」という。また小泉純一郎元首相については、以下では、「小泉首相」で統一する)。それは平成13年8月13日、14年4月21日、15年1月12日、16年1月1日、17年10月17日、18年8月15日と毎年1回、期日を違えて行われたが、これらの参拝についてはこれも周知のように、各地で多くの訴訟が提起された。その類型は、国、小泉首相個人、靖国神社に対して国家賠償法および民法による損害賠償を求めるもの、国、国の機関としての小泉首相、小泉首相個人、靖国神社に対して参拝したことの違憲確認を求めるもの、国の機関としての小泉首相に対して参拝の差止めを求めるもの、靖国神社に対して国の機関としての小泉首相の参拝受入れの差止めを求めるもの、国に対して公人として、または公務として参拝することを禁止する法律を制定しなかった立法不作為の違憲確認を求めるもの等、多岐に亘っているが、いうまでもなく、それらの訴えの究極のねらいは、参拝が憲法20条3項(以下憲法の条文については、「憲法」は省略し、条項数のみを示す)が定める政教分離原則に反するとの判断を引き出すことである。こうした訴えに対して現在(平成21年3月)までにすでにかかなりの数の判決が言渡されているが、ここではこうした判決のうち平成18

年6月23日の最高裁判決までの13の判決を対象とし、またそのうちの損害賠償請求に係る部分を中心として、小泉首相靖国神社参拝違憲訴訟を概観することにした。むろん平成18年6月23日の最高裁判決以後も判決の言渡しは続いているが、参拝をめぐる主たる論点とその判断の仕方はこの最高裁判決までで出尽しているし、また、こうした論点や判断方法は損害賠償請求との関連で展開されるのがふつうだからである。

予め対象とする13の判決とその登載誌をまとめて示しておく、次のとおりである。

- ①大阪地判平成16・2・27判時1859号77頁。
- ②大阪地判平成16・2・27判時1859号102頁。
- ③松山地判平成16・3・16判時1859号117頁。
- ④福岡地判平成16・4・7判時1859号125頁。
- ⑤大阪地判平成16・5・13判時1876号70頁。
- ⑥千葉地判平成16・11・25訟月52巻9号2801頁。
- ⑦那覇地判平成17・1・28訟月52巻9号2851頁。
- ⑧東京地判平成17・4・26訟月52巻9号2895頁。
- ⑨大阪高判平成17・7・26訟月52巻9号2955頁 (①の控訴審)。
- ⑩東京高判平成17・9・29訟月52巻9号2970頁 (⑥の控訴審)。
- ⑪大阪高判平成17・9・30訟月52巻9号2979頁 (⑤の控訴審)。
- ⑫高松高判平成17・10・5訟月52巻9号3045頁 (③および松山地裁に係属した同種の3事件判決に対する控訴を併合して判断したもの)。
- ⑬最判平成18・6・23判時1940号122頁 (⑨の上告審)。

(なお④は控訴がなされず、傍論で参拝を違憲としたこの地裁判決が確定した。また⑩については平成18年6月27日、上告棄却および上告不受理の決定があり、⑫についても同日、同様の決定があったが、⑪については上告がなされず、④と同様、この傍論で参拝を違憲とした高裁判決が確定した)

ただ上にのべたように、これらの訴訟は、参拝は20条3項が禁止する国の機関の「宗教的活動」に当たる違憲の行為であるとの判断を得ることを目的に提起されたものであるが、判決の多くは、参拝が国家賠償法1条1項にいう「職務を行うについて」という要件に該当する行為であるか（以下「職務行為該当性」という）、および（ないし）、参拝によって原告らの法的利益の侵害があったか（以下「被侵害利益の存否」という）を先に判断し、かつ、その判断で終わっていて、2判決を除いては参拝の合憲性の判断にはいたっていない。すなわち参拝の違法性の判断を行って参拝を違憲とした2判決以外は、参拝が職務行為に該当しないことや、参拝によって損害の発生があったわけではないことを認定すると、「その余の点につき検討するまでもなく、…損害賠償請求はいずれも理由がない」として、参拝の合憲性を論じることなく判断を終わっているのである。こうして小泉首相靖国神社参拝違憲訴訟では否応なしに、参拝の合憲性よりも、職務行為該当性と被侵害利益の存否が判決の主たる論点となっているので、以下ではそれぞれの職務行為該当性論、および（ないし）、被侵害利益の存否論に着目して、これらの13の判決を概観することにしよう。なお2判決の違憲論については、職務行為該当性論についてのべる際に併せて簡単に言及することにする。

(1) 職務行為該当性

13の判決のうち、職務行為該当性を検討しているのは、①④⑤⑥⑩⑪の6つであるが、そのうち職務行為該当性を認めたのは、①④⑥⑪の4つであり、⑤と⑩はそれを否定している。ただ職務行為該当性を認めた4つの判決も、その後の判旨の展開は同一ではない。すなわち①と⑥は職務行為該当性を認めた後、違法性ではなく、被侵害利益の存否の判断（＝否との結論）に移っているのであり、④と⑪のみが続いて違法性の判断に移り、上に示したようにともに参拝を違憲とし（これが13の判決のうち合憲性判断を行った2判決として先に言及した判決である）、最後に被侵害利益の存否の判断（＝否との結論）を行っ

ているのである。

このことは2つのことを意味する。つまり1つは、職務行為該当性を判断することが、必ずしも国家賠償法1条1項の文言の順序通り、職務行為該当性、違法性、被侵害利益の存否という順で判断することを意味するわけではなく、むしろそれは損害賠償請求を判断するのは国家賠償法に拠るべきか、あるいは民法に拠るべきかという、いわば適用法の確定のための作業としてなされることがあるということであり、もう1つは参拝の合憲性が判断されるにいたれば、違憲の結論となるのが通例であるということである。筆者は後者の点に関しかつて自らの小著で、「靖国神社というまぎれもない宗教団体に対し、国家机关の資格において参拝という宗教行為を行うことは、むしろ宗教的活動性を否定することのほうが困難である」⁽¹⁾と書いたことがあるが、こうしてみると、判例も同様に考えているといってよいであろう。

これらのことを前置きとしたうえで、先ず①④⑥⑪（以下この4つの判決についてまとめていう場合は「4判決」という）をみることにしよう。

①は、参拝等に関する事実経過を縷々のべた後、最高裁昭和31年11月30日第2小法廷判決⁽²⁾（以下単に「31年判決」という）を引用して、国家賠償法1条1項の「職務を行うについて」に関しては、公務員が主観的に権限行使の意思をもってする場合に限らず、客観的に職務執行の外形を備える行為がこれに該当すると解すべきであるとし、参拝がこのような意味での「職務を行うについて」という要件を充足するか否かを検討する。そして、公用車を用い、内閣総理大臣秘書官を同行させて靖国神社に向かい、参集所で「内閣総理大臣小泉純一郎」と記帳し、献花の名札には「献花内閣総理大臣小泉純一郎」と記載されていたという参拝の態様、自民党総裁選の討論会において、内閣総理大臣に就任したら、いかなる批判があろうとも8月15日には必ず参拝するとのべたり、8月13日の参拝直前に官房長官に参拝に関する自らの信念や日程変更の理由を説明し、理解を求めた「小泉内閣総理大臣の談話」を発表させたりした参拝前の状況、および、参拝後も私的参拝であることを明確に示したことがなかつ

たことなどの参拝後の状況等を総合して、これを外形的・客観的にみれば、参拝は小泉首相が内閣総理大臣の資格で行ったものと認めるのが相当であり、したがって、参拝は、国家賠償法1条1項の「職務を行うについて」に該当するとする。④も叙述に繁簡の差はあるが、ほぼ同様の参拝の態様や参拝前後の状況の指摘により（また、やはり31年判決を引用して、国家賠償法1条1項の「職務を行うについて」とは、当該公務員が、その行為を行う意図目的はともあれ、行為の外形において職務の執行と認め得る場合をいうと解するのが相当であるとしている）、参拝は行為の外形において内閣総理大臣の職務の執行と認め得るものというべきであり、「職務を行うについて」に当たると認められるとする。

⑥は、私人としての参拝であることを明言したか否かをポイントとして判断して、職務行為該当性を結論している点で、これらの判決とはやや行論を異にしている。すなわち、「内閣総理大臣の地位にある者は、その行為が社会に与える影響も自然と大きくならざるを得ないため、それが純粋な私人としての行為であるか否かを明確に決することは、困難な場合も多く、その職務の性質上、仮にその意思がなくとも、職務執行の外形を備えうる場合が多くなる立場にあるといえる。そして、国家賠償法上の職務行為該当性については、前記…のとおりに（この前記の箇所ではやはり31年判決が引用されている一筆者）、公務員が主観的に権限行使の意思をもってする場合に限らず、客観的に職務執行の外形を備える行為も含まれると解すべきであるから、内閣総理大臣の地位にある者が私的行為を行う際、その行為が客観的、外形的に職務行為に該当するか否かにつき疑義を生じさせ得る性質を有する場合には、それが国家賠償法上の職務行為に該当しないことを明らかにするよう配慮して行動しなければならない立場にあるといえる。ところが、本件参拝において、被告小泉は、参拝前から靖国神社を参拝する旨公言し、参拝後も、8月15日に靖国神社に参拝することは公約であった旨発言した上、平成16年4月までは本件参拝が私人としての参拝であることを窺わせる発言をしたことは一切なく…、本件参拝の態様を見て

も、被告小泉は、公用車を使用し、秘書官及びSPを同行させた上、記帳、献花にあえて「内閣総理大臣」との肩書きを付して、外形上、本件参拝とその職務とに関連があるように見受けられる記載をした一方、前記…認定事実をみる限り、被告小泉において、本件参拝が、客観的、外形的に内閣総理大臣としての職務行為に該当しないことが明らかになるように配慮して行動した跡も窺えないことからすれば、本件参拝は、客観的に職務執行の外形を備えた、国家賠償法上の職務行為に該当するものと認めるのが相当である」とするのである。

ただこの、内閣総理大臣の行為は職務行為か私的行為かを明確に決することが困難な場合も多く、したがって私的行為を行う際にはそれが国家賠償法上の職務行為に該当しないことを明らかにするよう配慮して行動しなければならないところ、参拝においては私人としての参拝であることを発言するなど、そのように配慮して行動した形跡がないから、職務行為に該当するという⑥の判断も、結局は、参拝時およびその前後の事実からすれば参拝には私的行為ではなく、職務行為と思わせる要素が多分にあったことを主たる理由にしているのであるから、その点では①④と軌を一にしているとみてよいであろう。

また⑪も、参拝は、靖国神社に祭られた祭神に対し畏敬崇拝の気持を表すというものであるから、個人の行為として行われるのが本来であるとしつつ、しかし参拝が公的な立場において内閣総理大臣としてなされたと評価されるものであれば、その職務を行うについてなされたものと認められることになるとして、それがこのような意味での公的行為であるか否かを検討する。なおその前提として、上記の3判決同様「職務を行うについて」とは、当該公務員が主観的に権限行使の意思をもってする場合に限らず、私的な目的や意図をもってする場合でも、客観的に職務行為の外形を備えている場合には、これに該当するものと解するのが相当であり、また職務行為の外形を備えた行為であるか否かについては、当該行為のみならず、その前後の状況等をも総合して判断すべきことが説かれている（ただし31年判決の引用はない）。そしてこれまでにすでにのべた公用車の使用や、「内閣総理大臣 小泉純一郎」との記帳等の参拝の

態様、参拝が内閣総理大臣就任前の公約の実行として行われたという参拝にいたる経緯、参拝後も私的参拝とは明言せず、むしろ公的な参拝であることを表明していると受け取られる発言をしていること、動機ないし目的も日本の為政者としての政治的な動機ないし目的が主たるものであることを示す発言や談話を表していること等の事情を総合すると、参拝は、少なくとも行為の外形において、内閣総理大臣としての「職務を行うについて」なされたものと認めるのが相当であると結論するのである。

4 判決はこうしてみると、つまるところ、参拝は内閣総理大臣という資格や立場で行われたため、少なくとも外形上は内閣総理大臣の職務の遂行と認められ、国家賠償法1条1項の「職務を行うについて」に該当するものといえよう。より端的に言えば、4 判決は、参拝は内閣総理大臣としての行為であるから、当然職務行為であるとするのである。そして上述したように、こうした認定方法はすでに31年判決が宣明するところであるとしている。この31年判決が示した認定方法は一般に外形標準説といわれるが、こうした外形標準説に立って参拝をみれば、そこには職務行為性が認められるというわけである。しかし筆者はこのように昭和31年判決の事案と参拝を同列にみることは賛成できない。

よく知られた31年判決の事案は、東京都警視庁巡査が自己の経済的苦境を切り抜けるため、通行人に対して不審尋問を行ってその所持品を証拠品名義で取得することを思い立ち、警察官の制服、制帽、外套を着し、同僚から窃取した拳銃を携帯して川崎市に赴き、買物の際多額の札束を所持しているのを知った男性を追尾して川崎駅ホームで呼止め、駅長室に連行して不審尋問のうえ所持品検査をし、その際自ら予め用意した金銭入りの封筒を秘かに所持品のなかにまぎれ込ませてスリの嫌疑をかけ、さらに男性を駅前派出所に連行して現金その他の所持品を証拠品として預ると称して受取り、同所を出て連行中隙をみて逃げようとしたところ、「どろぼう」と大声で連呼されたため、所携の拳銃により同人を殺害して金品領得の目的を遂げたというものであるが、最高裁はこ

うした巡査の行為について、「けだし、同条（国家賠償法1条1筆者）は公務員が主観的に権限行使の意思をもってする場合にかぎらず自己の利をはかる意図をもってする場合でも、客観的に職務執行の外形をそなえる行為をしてこれによって他人に損害を加えた場合には、国または公共団体に損害賠償の責を負わしめて、ひろく国民の権益を擁護することをもって、その立法の趣旨とするものと解すべきである」として、東京都の賠償責任を認めた原判決を支持したのである。

この判決の正確な理解のため巡査の行為や行為時の事情を分解して整理してみると、(a)行われた不審尋問、連行、所持品検査等の行為自体は警察官の適法な（法に根拠をもつ）職務の遂行とみなされるものである、(b)行為をなした時の当人の地位は、当該行為を適法になし得る公務員（警察官）であった、ただし、(c)当人の当該行為の目的は自己の利をはかるものであり、権限行使をはかるものではなかった、(d)当人にとって行為時は非番の日に当たっており（勤務割では、午後5時から翌朝9時まで勤務したときは、これを終えて自宅に帰り休息する定めとなっており、当日はこの休息すべき日に当たっていた）、また所為の現場のほとんどは東京都警視庁の管轄区域外であった、との4点にまとめられるが、31年判決は、(b)を当然の前提としつつ、何よりも(a)を受けて、職務行為該当性を認めているのである。すなわち(c)(d)からすれば巡査の行為の内実は私利私欲をはかるための仮装の職務行為であって、到底職務行為といえるものではないが、(a)からして客観的には職務執行の外形を備えた行為とみなされるものであり、こうした場合も国や公共団体は賠償責任を免れないとしているのである。この判決ではなによりも(a)の、行為自体は一応適法な職務行為とみなされるものであるということが基本的なポイントとされ、当人の目的や行為時の勤務割、場所等は措いて、こうした外形によって職務行為該当性を認め、国民の利益を擁護するのが、国家賠償法1条1項の趣旨であるとするのである。これが31年判決のとった外形標準説である。

ところが小泉首相の参拝においては、31年判決で基本となっている(a)に相

当する部分が存在しないのである。むしろ(a)の要素が認められるかどうか、そのこと自体が争われているのであるから、31年判決の外形標準説は適用し難いケースなのである。にもかかわらず、4判決、あるいは少なくともそのうちの3つが31年判決と同様な立場によって判断した結果として、参拝を内閣総理大臣の職務行為としているのは、上にみたように31年判決の事案でいう「外形」とは何よりも行われた行為（不審尋問、連行、所持品検査、等）の職務行為性に着目してのことであることをよく認識せず、31年判決を単に、公務員の行為らしくみえれば、「職務を行うについて」という要件に該当するものとした判決と読んだためであろう。こうした読み方を受け、内閣総理大臣という資格や立場で行われた以上、参拝は内閣総理大臣の職務遂行の様相を帯びるから、職務行為該当性が認められるとされるのである。こうした内閣総理大臣という資格や立場で行われた行為という「外形」によって、当該行為の職務行為該当性を認めるやり方を外形標準説と称することは、用語の問題としてはとくに異を唱える必要はないとしても、それは31年判決の外形標準説とは異なる外形標準説であることは認識しておく必要があるであろう。

要するに繰り返していえば、4判決の立場は、参拝時およびその前後の状況をあれこれ検討して、それが内閣総理大臣としての資格や立場で行われたか否かを判断し、そのことが肯定されれば、それ以上参拝という行為自体の性質は分析することなく、参拝は内閣総理大臣の職務としてなされたものとするのである。

しかし内閣総理大臣という公的な立場で行われたならば、必然的に当該行為は内閣総理大臣の職務として行われたものとみなされるというのは、いささか短絡的な行論であって、やはり行為の性質も検討して職務行為か否かを判断すべきであろう。そして行為の性質も踏まえて判断すれば、内閣総理大臣という資格や立場でなされたが、内閣総理大臣の職務行為とはいえない行為も存在すると考えるべきであろう。例えば現実にもみられる、経済団体や労働団体等の民間団体の会合におけるスピーチやあいさつがそれである。それは内閣総理大

臣という地位とは無関係になされるものではなく、内閣総理大臣という地位に在る者として、その意味では内閣総理大臣という資格や立場によってなされるものである。いうまでもなくそうした行為は内閣総理大臣により、内閣総理大臣としてなされることによってのみ意味をもつものとなるのであり、実際にも当人も団体側も内閣総理大臣が個人的な資格や立場でスピーチしたり、あいさつしているとは毛頭考えないであろう。

しかしふつうにみれば、そうしたスピーチやあいさつはいわばインフォーマルな行為であって、直接、間接に法に基づいてなされる内閣総理大臣の職務行為とはいいい難いであろう。このことが示すように、内閣総理大臣という資格や立場で行われる行為と職務行為は、必ずしも同義語ではないと考えるべきではなかろうか。むろんこうしたケースについても、それは公的な立場に基づくものではないとか、あるいは逆に、そうした行為もその性質からして職務に付随する行為とみなされるとかすることによって、公的な立場に基づく行為＝職務行為という図式を維持することがはかられるかもしれないが、それはやはり強引で不自然な立論であろう。

筆者はこのように、内閣総理大臣という公的な立場でなされるが、その行為の性質からして、職務行為とはいえない行為の領域が存在すると考える。そして参拝はまさにこうした行為の1つであると考えるのである。

4判決は前述のように参拝について、それが内閣総理大臣という資格や立場でなされたことを様々な事実を挙げて論証しようとするが（判決の論理からすれば上にのべたような理由で、この論証が確かであればあるほど、職務行為性も強固になるのである）、そのように縷々説明するまでもなく、当人が内閣総理大臣になったら8月15日に必ず参拝するとしていた公約を受けてなされたものであることや、官房長官に談話を発表させ、態々マスコミに知らせて取材の便宜をはかるなどしたことだけからでも、参拝は内閣総理大臣という資格や立場で行われたことは明白である。しかし宗教施設や類似の施設への参拝は本来はパーソナルなものであり、例えば首脳との会談のため訪問した外国で彼地

の国立の戦死者の追悼施設に参拝するような、外交という職務に付随してなされる参拝の場合とか、あるいは国内のある施設についてそこを国の戦死者の追悼施設とするとの政府の決定がなされ、そのことを受けてなされる参拝の場合のような、特段の事情のある参拝でない限り、やはりパーソナルなものにとどまり、職務行為、あるいはそれに付随する行為とはいえないであろう。そして小泉首相の参拝は、自己の内閣総理大臣になる前の公約に基づく、あるいは自己の政治的な信念に基づく、一宗教法人の宗教施設への参拝にすぎないのであって、そこにはこうした特段の事情＝職務行為性を窺わせるものは何もないのである。したがって小泉首相の参拝は内閣総理大臣としての資格や立場でなされたものであることは主観的にも、客観的にも明らかであるが、国家賠償法1条1項にいう、「職務を行うについて」なされたものとはいえず、国家賠償法による賠償請求の対象となるものではないと考えるべきであろう。

ただしこのことは参拝が合憲性判断の対象から外れることを意味するわけではない。職務行為ではなくても、参拝は内閣総理大臣としての資格や立場で＝内閣総理大臣の地位に在る者として行われたことは確かであるから、やはりそれは国家機関としての行為とみなされ、国家機関の地位にある者が守るべき法的義務が及ぶのであり、20条3項が禁じる国家機関の宗教的活動に当たるのではないかと問う余地は充分にあるのである。そしてそのことを問うならば、筆者はすでにのべたような理由によって、参拝は明らかに政教分離原則に反するものとする。もちろん被侵害利益の存否の問題も含めて、現行法の下ではこうした参拝の違憲性を司法的に確定することは困難であるが、職務行為ではないことが、そのまま参拝を合憲性判断の対象外とすることを意味するわけではないことは、強く指摘しておきたい。このことについては後にも若干ふれる。

以上のような筆者の理解と実質的にはほぼ重なるのが⑤である。⑤は先ず、「ところで、本件各参拝（この事件では平成13年、14年、15年の3回の参拝が対象になっている―筆者）は、靖国神社への参拝という行為であり、その行為自体としては、私人の神社・仏閣などへの参拝と異なるところはなく、個人の

宗教的動機によってなされる行為である」とし、「したがって、被告小泉が内閣総理大臣の地位にある人物であるということのみから、靖国神社への参拝が内閣総理大臣の職務行為としてなされたものとみなすことはできない」として、「本件各参拝が、個別的な法令の根拠や閣議決定等に基づいてなされたものではない以上、本件各参拝が外形的にも内閣総理大臣の職務行為自体を構成したり、職務執行の手段として行われることは考えられないところである」とまとめる。筆者も上にほぼ同旨をのべたところである。

しかし⑤はそれで終らず、内閣総理大臣の地位にある人物による行為には、そうした地位にあることから、職務行為に該当する行為でなくても、単なる私的領域にとどまるとはいえない社会的影響力を生じ得るものがあることもまた疑いのないところであると続ける。そしてこのような、いわば内閣総理大臣としての地位に伴う行為として社会的な影響力を生じるものは、大別すると、私人としての行動として扱うべきもの（その性質からプライバシーの支配する私的領域にとどまる行為として扱うべきもの）、政治家としての行動として扱うべきもの、および国の行政活動と関連するものと認められ、国の機関としての内閣総理大臣の職務と関連するものと扱うべきものの3つに分けられ、最後者の場合、すなわち、「私人あるいは政治家としての行動にとどまらず、…国の機関として行動したといえるだけの…国とのかかわり合いが当該行為について認められる場合」には、「客観的に…国の機関としての内閣総理大臣の職務の内容と密接に関連し職務行為に付随してなされる行為として、国賠法1条1項の対象となるものと解するのが相当である」とする。

筆者もこの結論にはほぼ同意するが、上述したところから明らかなように、こうした結論にいたる筆者の道筋は異なっている。すなわち筆者は内閣総理大臣という資格や立場で、より一般的に言えば、内閣総理大臣という地位に在る者として行う行為のなかにも、行為の性質からして直接、間接に法に基づく職務行為とはみなし難い行為が存在すると考え、こうした行為を国家機関としての内閣総理大臣が行う行為ではあるが、職務行為とはいえない行為とし、それ

は特段の事情がない限り、国家賠償法1条1項にいう、「職務を行うについて」という要件に該当する行為ではないとするのである。つまり⑤が、「いわば内閣総理大臣としての地位に伴う行為として社会的な影響力を生じるもの」としている行為を、筆者は国家機関としての内閣総理大臣の行為ではあるが、職務行為とはいえない行為とし（このようにいう前提としては、⑤のように、「内閣総理大臣としての地位」と「国の機関としての内閣総理大臣」を区別するのは不自然だという思いがある）、⑤がそうした行為を、私人としての行動として扱うべきもの、政治家としての行動として扱うべきもの、および国の機関としての内閣総理大臣の職務と関連するもの（国家賠償法1条1項の対象となるもの）に分ける三分法をとるのに対し、そのまま国家機関としての内閣総理大臣の行為ではあるが、職務行為とはいえない行為にとどまるものと、にもかかわらず、特段の事情が認められるため、国家賠償法1条1項の対象となるものに分ける二分法をとるのである。

こうして参拝が内閣総理大臣の職務行為に該当するか否かは、判決のような理解では、「国の機関として行動したといえるだけの…国とのかかわり合いが認められるかどうか」によることになり、筆者のような理解では、職務行為とみなすべき特段の事情が認められるかどうかによることになるのである。結論として筆者が参拝にはこうした特段の事情は認められないとし、したがって参拝は職務行為とはいえないと考えていることについてはすでにのべたが、判決もこうした国との関わり合い（「国の関与」といういい方もしている）を否定し、「本件各参拝は、…内閣総理大臣としての地位に伴う行為ではあっても、国の機関としての内閣総理大臣の行為と客観的外形的にみるべきものではないと認められる」としている。つまり参拝をめぐる状況をみても、精々国の関与を窺わせる事実としては、公用車を利用させ、内閣総理大臣秘書官を同行させているという、国の機関としての内閣総理大臣の行為であるとの評価の重要な要素とはならない事実が挙げられるのみであるとするのである。こうして行論は異なるが、筆者の理解と⑤の論旨は実質的にはほぼ重なるのである。ちなみに⑤

の論旨に筆者がこれまでに挙げた例を当てはめると、経済団体や労働団体等の民間団体におけるスピーチやあいさつは、私人としての行動として扱うべきものの、本件参拝は政治家としての行動として扱うべきものとなり、いうまでもなく、首脳会談のため訪問した国の国立の戦死者追悼施設への参拝や、政府の国の戦死者の追悼施設とするとの決定を受けた参拝が国の機関としての内閣総理大臣の行為ということになる。

なおこうして参拝について国家賠償法によりなされた国への賠償請求を棄却した⑤は、次いで民法709条に基づく小泉首相個人への請求に関して判断し、「被告小泉は内閣総理大臣であって、その行為は内閣総理大臣としての地位に伴う社会的な影響力を内外に対して持つものであるから、国の機関としての行為と認められない行為についても、憲法を尊重し、また国民全体の利益を考慮すべき職責があることは当然である」としつつ、参拝によって原告らの法的利益は侵害されていないとして、やはり請求を棄却している。すなわち参拝の違法性の判断を飛ばして被侵害利益の存否の判断に移っているのであるが、上の引用文は、「国の機関としての行為と認められない行為についても」という部分を、「国家機関としての行為ではあるが、職務行為とはいえない行為にとどまるものについても」と読み替えれば、前述したところから明らかなように、筆者の見解でもある（ただし判断の順序は別の問題である）。そして重ねていえば、違法性の判断が行われれば、参拝について違憲の判断が示される可能性が大であるし、またそのように判断するのが、政教分離原則からすれば当然であると考えるのである。そのことはいい換えれば、現行法の下で参拝の合憲性を争うとすれば、民法709条によって参拝した首相個人に損害賠償の訴えを提起し、その違法性の立証において参拝の違憲性を主張するのが、相対的にせよ、また被侵害利益の存否の問題は残るにせよ、最も適切な手段ではないかということである。

最後に⑩をみると、縷々参拝時の事実にあつて、結論として、「これらによれば、被控訴人小泉が同月13日に靖国神社に赴いて本件参拝を行った一連の行為

は、被控訴人小泉の判断、意思（内閣総理大臣の立場においてその職務行為として参拝する趣旨であると受け取られることを避けるために、同月15日に靖国神社に赴くことを断念して同月13日に参拝を私的に行うこととしたこと）、被控訴人小泉が靖国神社の本殿に昇殿して戦没者の例を拝礼した行為の目的、性質等（専ら個人的な信条に基づく宗教上の行為であって、元来純然たる私的行為として被控訴人小泉個人が憲法第20条第1項により保障されるべき宗教の自由の範疇に属するものであること）、政府の主催する公式行事との関係等の客観的状況（本件参拝が政府の主宰する「戦没者を追悼し平和を祈念する日」の行事として政府によりその実施が決定されていたものではないこと）等）に照らし、上記の行為のうちに内閣総理大臣の職務行為として行われたものがあるとはいい難く、本件参拝は、被控訴人小泉が自己の信条に基づいて行った私的な宗教上の行為であるか、又は個人の立場で行った儀礼上の行為であるというべきであるから、いずれも個人的な行為の域を出るものではなく、本件参拝が内閣総理大臣の職務行為として行われたものであるとは認め難いものといわなければならない」としている。

しかし結論は筆者も同じではあるが、主観的にも、客観的にも、参拝が内閣総理大臣という資格や立場で行われたとみるのが自然であるにもかかわらず、8月15日の参拝であれば内閣総理大臣の職務行為とみなされるおそれがあったが、8月13日の参拝であれば、それが避けられ、私的な参拝として扱われる見込みがあったとするかのような強引な立論によって、全体を私的な宗教上の行為、あるいは個人の立場で行った儀礼上の行為に矮小化している点で、その行論には賛成できない判決である。こうした把握では不法行為による損害賠償請求の途すら閉ざされ、参拝の合憲性を争う司法上の手段は皆無ということになりかねないのである。

ただ⑩は、「靖国神社が、国家のために戦没した軍人、軍属等の霊を慰めるためにお社（やしろ）を建立して戦没者の招魂慰霊の祭を行うことを目的としており、このようにして軍人、軍属等の霊を祭って宗教上の活動である祭祀を

行う施設であることは公知の事実であることに照らすと、本件参拝は、仮に内閣総理大臣の職務行為として行われたとすれば、全体として、信教の自由に対する制度的保障である政教分離規定とされる憲法第20条第3項において国及びその機関が行うことを禁止されている『宗教的活動』に当たる可能性があるといえることができる」ともしているから、いわばこうした認識の裏返しとして、殊更に参拝を私的な宗教上の行為、あるいは個人的な儀礼上の行為としているとみることもできよう。

なお最初にのべたように、参拝の職務行為該当性を認めた4判決のうち、④と⑪は次いでその合憲性の判断を行い、ともに違憲としているが、その理由はほぼ同じである。ここでは⑪に沿って両判決の違憲の理由を簡単に紹介すると、それは、「宗教的活動」の意義について、津地鎮祭事件最高裁判決が示した目的効果基準による定義を採用することをのべることから始まっている。

すなわち、「憲法20条3項にいう宗教的活動とは、およそ国及びその機関の活動で宗教とのかかわり合いを持つすべての行為を指すものではなく、そのかわり合いが上記相当とされる限度を超えるものに限られるというべきであって、当該行為の目的が宗教的意義を持ち、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をいうものと解すべきである」とし、参拝がこうした行為に当たるかどうかを検討するのである。

そして靖国神社が宗教法人法にいう宗教団体であり、同法に基づき設立された宗教法人であること、参拝は客観的にみてきわめて宗教的意義の深い行為というべきであること（参拝の核心部分は、靖国神社の本殿において、祭神と直に向き合って拝礼するというきわめて宗教的意義の深い行為であるとされている）、態様もいわゆる正式参拝ではないが、本殿での拝礼によっており、宗教的意義が浅いとみることはできないこと、小泉首相の参拝実施の意図は強固であり、また小泉首相が靖国神社以外の宗教団体、神社、仏閣等に公的参拝したことを認めるに足る証拠はないことなどからすれば、参拝が、国またはその機関が靖国神社を特別視し、あるいは他の宗教団体に比べて優越的地位を与え

ているとの印象を社会一般に生じさせ、靖国神社という特定の宗教への強い社会的関心と呼び起こしたことは容易に推認されるところであること等を指摘して、参拝は20条3項の禁止する宗教的活動に当たると認められるとするのである。

重複するが、⑪の「まとめ」を引用して、その論旨を正確に紹介すれば、「本件各参拝は、極めて宗教的意義の深い行為であり、一般人がこれを社会的儀礼に過ぎないものと評価しているとは考え難いし、被控訴人小泉においても、これが宗教的意義を有するものと認識していたものというべきである。また、これにより、被控訴人国が宗教団体である被控訴人靖国神社との間にのみ意識的に特別の関わり合いをもったものというべきであって、これが、一般人に対して、被控訴人国が宗教団体である被控訴人靖国神社を特別に支援しており、他の宗教団体とは異なり特別のものであるとの印象を与え、特定の宗教への関心と呼び起こすものといわざるを得ず、その効果が特定の宗教に対する助長、促進になると認められ、これによってもたらされる被控訴人国と被控訴人靖国神社との関わり合いが我が国の社会的・文化的諸条件に照らし相当とされる限度を超えるものというべきである」ということである。

広く事実を拾ってなされた丁寧な論証ではあるが、筆者はすでにのべたように、内閣総理大臣という地位に在る者として、一宗教法人の宗教施設に対して参拝という宗教的行為を行うことで、すでに国家機関の宗教的活動になっていると考えるので、⑪のこのような行論は不必要に仰々しいものにみえる。また参拝が靖国神社という特定の宗教への強い社会的関心と呼び起こしたことは容易に推認されることや、参拝の行われた平成13年8月には靖国神社に例年より多くの参拝者があり、またそのホームページへのアクセスが急増していることをもって、参拝の効果が特定の宗教に対する助長、促進になったことが認められる証左とされているのをみると、こうした曖昧な推認や一時の現象的な事実に頼っている分、論証は却って強引と受け取られるおそれさえ感じるのである。

(2) 被侵害利益の存否

(1)でみた6つの判決以外の職務行為該当性について判断していない7つの判決はもちろんのこと、先ず職務行為該当性について判断した6つの判決も、参拝の職務行為該当性を否定し、国家賠償請求は、「その余の点について判断するまでもなく、理由がないといわざるを得ない」として棄却し、小泉首相個人に対する損害賠償請求についても、原告らは、小泉首相が参拝は違法な職務行為であることを充分承知しながらこれを行ったものであり、個人としても損害賠償責任を負うと主張するところ、この職務行為との主張は前記のように採用することはできず、したがって請求は前提を欠くものであって失当であるといわざるを得ないとして、同様に被侵害利益について論じることなく請求を棄却した⑩を除く5つは、被侵害利益の存否についても判断している。もっともそれぞれの判決が被侵害利益の存否について判断する順序やコンテキストは当然必ずしも同一ではないが、いずれにしろ本節の対象である13の判決のうち、こうして被侵害利益の存否について判断した12の判決は、結論してはすべて被侵害利益の存在を否定している。

いうまでもなくこのことが、2つの判決しか合憲性判断にいたっていないことにつながっているのであり、参拝について違憲判断を求める原告側からすれば、大きな障害となっているわけである。そのためこうした壁を克服し、裁判所に違憲判断を迫る工夫として不法行為責任の有無は侵害行為の態様と被侵害利益の種類との相関関係によって決定されるべきである（侵害行為の違法性が大きければ、被侵害利益が重大でなくても不法行為責任が成立する）という⁽³⁾、不法行為法上のいわゆる相関関係説的主張が国家賠償請求訴訟でも展開されたりすることもあるが、これも、「被侵害利益なるものが存在しないと判断される以上、侵害行為の態様との相関関係を考察することは無意味であ」るとか、「およそ法律上の権利ないし利益といえないものが、他人の行為の違法性ないし違憲性によって、権利ないし利益に昇格し得るなどといった場合があり得る」とは考えがたく、この理は、本件参拝が違法であるかどうかによっても、左右

されるものではない」(⑨)とされるなど、現在のところ判決の容れるところではない。

このように損害賠償請求によって参拝の違憲判断を引き出そうとする原告側からすれば被侵害利益の問題は大きなネックとなっているのであるが、それが原告らからどのような形で主張され、裁判所によってどう判断されて否認されているかを、以下簡単に紹介することにしよう。

原告らの被侵害利益についての主張は多岐に亘っており、簡単に一括りにはできないが、そのくわしさから代表的な主張とみなしても差支えないと思われる①③⑥⑧等における主張をみると、原告らは、「戦没者が靖国神社に祀られているとの観念を受け入れるか否かを含め、戦没者をどのように回顧し祭祀するか、しないかに関して(公権力からの圧迫、干渉を受けずに)自ら決定し、行う権利ないし利益」あるいは、「日常の市民生活において、平穏かつ円満な宗教的生活を享受する権利」・「個人が国家によって一定の宗教的意味付けをされない権利」＝「宗教的人格権」を有しているとし(⑨が、戦没者をどのように回顧し、祭祀するか、しないかに関して、自ら決定し、行う権利ないし利益なるものは、いわゆる殉職自衛官合祀訴訟最高裁判決のいう、「原審が宗教上的人格権であるとする静謐な宗教的環境の下で信仰生活を送るべき利益なるもの」と表現こそ異なるものの、その範疇に含まれるものというべきであるというように、両者は実質的には重なるものと思われる)、その具体的な実定法上の根拠として、13条の幸福追求権、19条の思想・良心の自由、20条1項前段の信教の自由、20条3項の政教分離等の保障を挙げている。

さらに事案によっては、加えて、前文や9条によって保障される平和的生存権等をも上記の一般的な被侵害利益を基礎づけるものとして挙げ(平和的生存権にふれている主張はかなりある)、またいわば冠となる権利、利益として、上の2つの他に、「平和に対する思いを巡らす権利」が言及されることもあるし、逆に冠となる一般的な権利、利益を挙げずに、ダイレクトに上記の信教の自由等の個別的な権利、利益のみを被侵害利益として挙げている例もある

が（この場合は宗教的人格権もこうした個別的な権利、利益の1つとして言及されることになる）、概観すると、上述のような、戦没者の回顧や祭祀に関して自ら決定し、行う権利ないし利益、あるいは宗教的人格権といった一般的な権利、利益を先ず被侵害利益として措定し、その具体的な実定法上の根拠として、13条、19条、20条（1項前段および3項）、さらに場合によっては前文および9条（が保障する権利）を挙げるのが、比較的よくみられる例といえよう。

したがってまた判決の判断方法のなかでは、先ずそうした原告ら主張の一般的な権利、利益が法的救済の対象となるそれであるかを検討し、次いでさらにそれらの根拠とされる個別的な権利、利益から原告ら主張のように真に上記の一般的な権利、利益が導き出されるか、また併せて参拝によってそうした個別的な権利、利益の侵害があったといえるかについて検討するのが、比較的多くみられるパターンということになる。

戦没者の回顧や祭祀に関して自ら決定し、行う権利ないし利益、あるいは宗教的人格権の主張とは、戦没者が靖国神社に祀られているとの観念を受け入れるか否かを含め、戦没者をどのように追悼するか、あるいは祀るか、祀らないか、またその死をどう評価するかということは、生き残ったものの世界観、信条、人生観、宗教、等、人格の根本にふれるデリケートな問題であって、私人間においてすら、この問題に関して自己の考えや行いを正統として他人に押しつけることは許されず、ましてや公権力がこの問題に関する一定の考え方、態度、行動が正当であると吹聴宣伝し、かつ、その吹聴宣伝するところに従って行動し、その絶対的な影響力をもって国民の考え方、態度、行動に圧迫、干渉を加え、もって実質的に「正統」を押しつけることが許されるはずがないとか（①）、そもそも、宗教は、高度に個々人の評価と判断に委ねられる事柄であるから、国家が個人の「生」「死」「魂」のあり方に対して宗教的意味付けをしたり、特定の宗教に優劣などの評価を加えたりすることは許されないというべきであるとかするもの（⑧）である。

しかし判決は、「人が、自己の信仰生活や戦没者の回顧の在り方を決定する

行為の静謐を他者の宗教上の行為によって害されたとして、そのことによって不快の感情を持ち、そのようなことがないよう望むことのあるのは、その心情として理解できるところではあるが、このような宗教上の感情は、法律上保護された具体的権利ないし利益とは認め難いから、上記のような宗教的感情を被侵害利益として、直ちに損害賠償を請求する等の法的救済を求めることはできないと解すべきである」とか (①)、原告らが宗教的人格権の内容として主張する権利は、「実定法の根拠を欠くものである上、その内容は、保護の対象面においても、侵害の態様及び結果の面においても、主張それ自体においてきわめて漠然としたものであり、神社への参拝という、もともと第三者に対する直接的・物理的な強制や干渉を伴わない行為による侵害行為に対して法的保護の対象とし、第三者の行為の差止めや、賠償責任を負わせるには、余りにも抽象的かつ主観的にすぎるものといわざるを得ないから、上記原告らの主張する内容の宗教的人格権は、実定法上の人権として保障されているとはいえないというべきである」とかして (⑧)、その法的権利性ないし利益性を否定する (判決のなかには、戦没者の回顧や祭祀に関して自ら決定し、行う権利についても、それ自体概念として曖昧で、その適用されるべき範囲を画し難く、不明確なものであるうえに、戦没者および靖国神社に関する認識の程度や思い入れの大小等の個人的主観的要因によって、その内容に大幅な差異を来すことが明らかで、保護すべき場合を一律に確定することが困難であるなど、法律による保護になじむものとはいい難いとするものもある—⑨)。また先にも若干ふれたように、判決はしばしばこのような判断に関連する先例として、「人が自己の信仰生活の静謐を他者の宗教上の行為によって害されたとし、そのことに不快の感情を持ち、そのようなことがないよう望むことがあるのは、その心情として当然であるとしても、かかる宗教上の感情を被侵害利益として、直ちに損害賠償を請求し、又は差止めを請求するなどの法的救済を求めることができるならば、かえって相手方の信教の自由を妨げる結果となるに至ることは、見易いところである。信教の自由の保障は、何人も自己の信仰と相容れない信仰

をもつ者の信仰に基づく行為に対して、それが強制や不利益の付与を伴うことにより自己の信教の自由を妨害するものでない限り寛容であることを要請しているものというべきである。このことは死去した配偶者の追慕、慰霊等に関する場合においても同様である。…原審が宗教上の人格権であるとする静謐な宗教的環境の下で信仰生活を送るべき利益なるものは、これを直ちに法的利益として認めることができない性質のものである」とした殉職自衛官合祀訴訟最高裁判決を引用する。

そしてこの、原告らの主張する権利、利益は宗教的感情にすぎないものであって、法的救済の対象となる被侵害利益とはいえないとか、実定法上の根拠を欠くのみならず、漠然としており、抽象的、主観的であって実定法上の人権として保障されているとはいえないとか、参拝には第三者に対する強制や干渉の要素は認められないとかいう一般的な権利、利益の主張に対する否定的判断の基本部分が、個別的な権利、利益の主張に対する判断に際しても用いられて、やはりそうした個別的な権利、利益の主張も全面的に退けられるのである。

すなわち19条の思想・良心の自由や20条1項前段の信教の自由については、これらの自由は国家から公権力によってその自由を制限されることなく、またいかなる不利益をも課せられないとの意味を有するものであり、したがってこれらの自由が侵害されたといい得るためには、少なくとも、思想・良心、あるいは信教を理由とする不利益な取扱い、または強制・制止の存在が必要であるところ、参拝によってそのような結果がもたらされたとは認められないから、参拝が思想・良心の自由、あるいは信教の自由を侵害したということはいえないし、また原告ら主張の戦没者の回顧や祭祀に関して自ら決定し、行う権利ないし利益、あるいは宗教的人格権とは、戦没者をどのように回顧し祭祀するか、しないかに関して自ら決定し、行うことに対して、国家から圧迫、干渉といった間接的な影響さえも及ぼされない利益、あるいは宗教事項に関して干渉されない自由をいうものと解されるところ、上記のようなその性質からして、思想・良心の自由や信教の自由は、そうした間接的な影響力を及ぼす行為からの

自由まで保障しているとは解し難いから、戦没者の回顧や祭祀に関して自ら決定し、行う権利、あるいは宗教的人格権が、19条や20条1項前段によって保障されるとは認め難いとされるのである。

20条3項の援用についても、政教分離規定は国による宗教教育、その他の宗教的活動からの自由を人権として保障している規定であり、このような人権の内容として個人は、国の宗教的活動（例えば靖国神社への公式参拝）により、自分自身および肉親が、特定の宗教に対して宗教的意味付けをされない自由、宗教事項に関しては干渉されない自由、すなわち宗教的人格権を有していると解すべきであるとの主張は、人権としての政教分離の具体的内容が明らかではなく、政教分離原則から原告らが主張するような主観的かつ抽象的な権利内容が導き出せるともいえないうえ、信教の自由との関係も不明確であるから、原告らの主張は採用できないとして退けられる。

さらに13条が根拠となすとの主張についても、13条は憲法の人権規定には列挙されていなくても、人格的生存に不可欠な利益を総体として含むものであるところ、戦没者の回顧や祭祀に関して自ら決定し、行う権利ないし利益なるものは人格的生存に不可欠なものといえるか否か疑問があり、未だ利益として充分強固なものとはいえないから、13条によって保障される法的利益とは認め難いとされる。

前文や9条に基づく平和的生存権による主張も、これらの条文にいう平和とは、理念あるいは目的というような抽象的概念であって、それ自体から国民各個人に対して法律上保護される具体的な権利ないし法的利益を導くことは困難であるとして退けられている。

判決のうちでややニュアンスを異にしているように見えるのは、「信教の自由に関する憲法20条1項は、単に同条2項に例示された強制的行為のみならず、国家による宗教的活動がもたらすべき個人に対する宗教上の圧迫、干渉をも禁止しているものというべきであるから、人は、信教の自由の内容として、公権力による強制のみならず、圧迫、干渉を受けない権利ないし利益をも有す

るものと解すべきである」として、強制にとどまらず、圧迫、干渉にまで信教の自由の保障の範囲を拡げているかにみえる⑩である。とくにこれを上述のように、「直接的・物理的な強制や干渉」のみが禁止されているとしているかのような⑧と比較すると、とくにそのように受け取られかねないが、⑩が圧迫、干渉といっているのは、小泉首相の参拝が控訴人らに対して参拝を奨励したり、自らの行為を見習わせるなどの意図、目的があった場合、すなわち控訴人らに靖国神社への信仰を奨励したり、靖国神社の祭祀に賛同するよう求めるなどの働き掛けをした場合との謂であり、こういう場合は他の判決の基準でも信教の自由等による保護の対象にされるであろうから（⑧も別の箇所では、「強制」には「心理的強制」もあり得ることを明言している）、結局⑩も他の判決と被侵害利益についての判断を異にするものとはいえないであろう。

こうして繰り返していえば、判決は、原告らが参拝により侵害されたとする権利や利益は実際には、宗教的事柄について抱いた不安感、圧迫感、不快感、強い憤り等の感情であって、それは未だ法的救済の対象となる権利や利益のレベルに達しているものとはいえないとし、また同じことの裏返しの表現として、19条や20条等は、そうした宗教的感情まで保障の対象にするものではないとし、さらにまた参拝は小泉首相限りの行動であって、第三者に強制や働き掛けをする行為ではないから、第三者の権利、利益の侵害をもたらすものではないなどとして、参拝に関する被侵害利益の存在や、参拝による権利、利益の侵害を全面的に否認するのである。

先にものべたように、こうした事態を克服しようとする工夫もみられないわけではないが、判決のこのような被侵害利益に関する判断そのものはとくに異を唱えられるようなものではない。損害賠償法理をそれ自体のレベルでみれば、原告らの侵害されたとする権利や利益は賠償の対象となるものではないという判断は、むしろ通常のもの、あるいは妥当なものとして承認されるのである。その意味では判決にはとくに問題はないし、またこうした判決を覆すのはきわめて困難と思われる。

しかしそれでことを終えるには大きな問題が残るというべきであろう。何故なら判決の行論には、このように損害賠償論としては当然の法理をのべている側面とともに、訴訟の本旨はいうまでもなく、損害賠償という形式をとりながらも、実は損害賠償請求訴訟ではなく、参拝違憲訴訟であり、そのことは裁判所にも自明のことであるところ、合憲性判断を避けるために、損害賠償請求という形式でなされたことを利用しているという側面も窺えるからである。いい換えれば、判決には、損害賠償の請求はそれを真のねらいとしてなされたわけではなく、現行法の下では参拝の違憲判断を求める方法が他にないため、やむなく採られた手段にすぎないという事情を十分に弁えつつ、そのことを取えて無視して、損害賠償請求訴訟という形式のルールに沿って、しかも合憲性判断の手前でことの処理を終えようとしている意図が窺えるのである。

むしろ形式論としては、「被告国に国家賠償責任を負わせるには、私人の具体的な権利ないし法的利益が侵害されたことが前提として必要であり、本件においては、原告らの主張するいかなる具体的な権利ないし法的利益に対する侵害の事実も認めることができないのであるから、当裁判所が本件参拝の客観的違法性を判断する必要はなく、原告らの…主張を採用することはできない」とか、「不法行為の成否に関し、侵害行為に関する判断を先にし、被侵害利益に関する判断を後にしなければならない法的根拠は見いだしがたい。被侵害利益なるものが存在しないと判断される以上、侵害行為の態様との相関関係を考察することは無意味であり、侵害行為について判断しなかったとしても、それをもって判断遺脱の瑕疵があるとはいえない」とかいういい方で一応の説明はつくであろう。しかしそれが核心をはずした説明であることは、裁判所自身がよく認識しているはずである。

むしろこういう場合、すなわちいわゆる統治行為のような政策的・政治的決定行為ではなく、法的判断になじむ国家機関の個別具体的な行為（あるいは国家機関の個別具体的な行為と疑われる行為）があり、しかもそれが憲法の国民の人権保障のための明文の制限と抵触する、あるいは抵触するおそれがあるに

もかわらず、そのことを争う最適の訴訟手段がない場合には、やむを得ず採られた訴訟手段の形式ではなく、含意に対応する法的判断を下すべきであり、そのことは決して裁判所の役割を超えるものではないと考えるべきではなからうか。逆に訴訟の真の争点を知りつつ、また、それが重大な憲法問題であることを認識しつつ、訴訟の形式に籍口して、そうした争点についての判断を避けることの方が裁判所の在り方としては疑問が呈されるであろう。

このことに関して、参拝が内閣総理大臣の職務行為に該当し、また20条3項に反するとしたうえで、被侵害利益が存在しないから、損害賠償請求は理由がないとした④は、こうした判断方法の理由を、「現行法の下においては、本件参拝のような憲法20条3項に反する行為がなされた場合であっても、その違憲性のみを訴訟において確認し、又は行政訴訟によって是正する途もなく、原告らとしても違憲性の確認を求めるための手段としては損害賠償請求訴訟の形を借りるほかなかったものである。一方で、靖国神社への参拝に関しては、前記認定のとおり、過去を振り返れば数10年前からその合憲性について取り沙汰され、『靖国神社法案』も断念され、歴代の内閣総理大臣も慎重な検討を重ねてきたものであり、元内閣総理大臣中曽根康弘の靖国神社参拝時の訴訟においては大阪高等裁判所の判決の中で、憲法20条3項所定の宗教的活動に該当する疑いが強く、同条項に違反する疑いがあることも指摘され、常に国民的議論が必要であることが認識されてきた。しかるに、本件参拝は靖国神社参拝の合憲性について十分な議論も経ないままなされ、その後も靖国神社への参拝は繰り返されてきたものである。こうした事情にかんがみると、裁判所が違憲性についての判断を回避すれば、今後も同様の行為が繰り返される可能性が高いといふべきであり、当裁判所は、本件参拝の違憲性を判断することを自らの責務と考え、前記のとおり判示するものである」と説明している。

筆者がのべたのとほぼ同じ問題意識に立って合憲性判断に踏み込んでいるわけであるが、ただ筆者は、内閣総理大臣の靖国神社参拝の合憲性が過去から取り沙汰され、論議され、違憲の疑いを指摘する判決もあり、国民的議論の必要

性が認識されていたところ、本件参拝がこうした経緯を受けた十分な議論も経ないままなされ、繰り返されているという事情を理由にするのではなく、先にものべたように、国家機関の行為、あるいはそのように受け取られる行為があり、しかもそれが有権者の審判によって是非を決すべき政治的・政策的決定行為ではなく、むしろ法的判断になじむ（あるいは法的判断の方がふさわしい）個別具体的行為であり、しかもまた当該行為が国民の人権を保障するための憲法の条項に違反するか否かが実質的な争点となり、違憲の主張に十分合理性が認められる場合には、たとえ法的救済の対象となる被侵害利益については疑問があっても、当該行為の合憲性判断は裁判所のなすべき作業であると構成すべきであるとする。

損害賠償請求訴訟において被侵害利益が存在しないとしながら、違法性や違憲性を論じることは、その訴訟の趣旨を逸脱するものであるという批判がしばしばなされるが、それは本来の損害賠償請求訴訟についていえることであって、参拝に関してなされる損害賠償請求訴訟は、実は本来のそれではないというところから考察は出発すべきであると思われる。実質的にはともあれ、形式的に損害賠償請求という形でなされた以上、判決もそのルールをはずれるべきではないというのは、結局適切な訴訟手段がないことを奇禍として、違憲の行為をバックアップすることにほかならないことをよく認識すべきであろう。とくに最高裁がまことに簡単に、「人が神社に参拝する行為自体は、他人の信仰生活等に対して圧迫、干渉を加えるような性質のものではないから、他人が特定の神社に参拝することによって、自己の心情ないし宗教上の感情が害されたとし、不快の念を抱いたとしても、これを被侵害利益として、直ちに損害賠償を求めることはできないと解するのが相当である。上告人らの主張する権利ないし利益も、上記のような心情ないし宗教上の感情と異なるものではないというべきである。このことは、内閣総理大臣の地位にある者が靖国神社を参拝した場合においても異なるものではないから、本件参拝によって上告人らに損害賠償の対象となり得るような法的利益の侵害があったとはいえない」（⑬）と

先ずいい、かつ、それで終る判断を示し、今後はそれに倣って、被侵害利益の不存在のみをのべて、請求を棄却する判決が益々増大することが予想されるだけに、このことをとくに強調しておきたい。

こうして筆者は、参拝をめぐる被侵害利益の問題はむしろ判断方法の問題として処理され、克服されていくべきであろうと考えるのである⁽⁴⁾。

註

- (1) 安藤高行・基本的人権〔改訂増補版〕190頁。
- (2) 最判昭和31・11・30民集10巻11号1502頁。
- (3) 駒村圭吾「総理大臣の靖国参拝による法的利益の侵害の有無」(平成18年度重判解) 17頁。
- (4) 小泉首相靖国神社参拝違憲訴訟に関する代表的文献としては、渡辺康行「『国家の宗教的中立性』の領分」(ジュリストNo.1287号60頁)、同「靖国参拝と損害賠償の対象とすべき法的利益侵害の有無」(民商法雑誌136巻6号69頁)があり、そこではまた他の文献も紹介されている。

V-2 その他の信教の自由関係判例

信教の自由に関しては上にみた小泉首相靖国神社参拝違憲訴訟以外にもいくつかの興味を惹く判例がみられる。いずれも小泉首相靖国神社参拝違憲訴訟と同じように、政教分離原則に関わるものであるが、具体的にいうと、国立大学の構内に神社を存置すること、同様に市有地上に神社等の宗教施設を設置することを許し、市有地を神社の敷地として無償で使用させていること、および、市長が市内にある神社の式年大祭の奉賛会発会式に出席して祝辞をのべたことの合憲性が争われた事案である。以下これらの3つの事案を順にみることにしよう。

第1の事案は信州大学の構内にある神社(その歴史は江戸時代にまで遡り、明治末期この神社があった地に旧日本陸軍の歩兵聯隊が設置されたときに、同聯隊に受け継がれて守護神とされ、戦争終結に伴う同聯隊の解散後はその跡地

に医学専門学校〔当該信州大学の前身〕が転移し、神社は連合軍の指示で一時的に構外に移転したが、その後再び大学構内の元の場所に戻された）について、このように国立大学の構内に神社を存置させていることは、憲法20条、89条等に違反するとして（本節でも以後憲法の条項については、「憲法」は省略する）、そのことにより受けた精神的苦痛に対する慰謝料と神社の構外への移転が請求されたものである（被告は当初は国であったが、国立大学法人法、同施行令等により、その後国立大学法人信州大学が承継人となった）。

判決によれば、当該神社の運営に係る経費一切は信州大学医学部の友好団体が負担し（神社を大学構内の元の場所に戻したのも同団体の働き掛けによるところが大きかったようである）、公費や国費は全く支出されていないとのことであるが、いうまでもなく、構内に神社を存置させたままにしていること自体が、89条違反の強い疑いを生じさせ、さらに神社において大学により何らかの宗教行事が行われたり、大学関係者がそうした資格で神社の祭祀に参列したりすることがあれば、あるいはそうしたことがなくても、大学が神社を存置させている目的や効果の評価の如何によっては、20条3項に違反する疑いも生じさせるケースであるものの、他方では、ことの性質からして小泉首相靖国神社参拝違憲訴訟の場合と同じように、仮に憲法違反ないしその疑いが指摘されても、主文では請求棄却が言渡されることが予想されるケースでもある。

そして東京高裁は原判決を維持して、ほぼ予想されたとおりの判断を示している。すなわち判決は、「以上の認定事実によれば、本件神社を信州大学構内に存置させたままにしている国ないし同大学の姿勢は、憲法89条の精神に明らかに反する不相当な行為であるといわざるを得ないが、そのことによって、控訴人の信教の自由が直ちに侵害されたとみることはできないし、控訴人が国ないし被控訴人から本件神社の宗教行事への参加を強制されたなど、控訴人個人の信教の自由が現実には妨害されたと認めるに足る証拠はないから、本件神社の存在により控訴人に具体的な精神的苦痛が生じているとまでは認めることはできない。また、控訴人が国ないし被控訴人に対して本件神社を構外に移転さ

せることを直接要求できる実体法上の権利を認めることもできない」とするのである。「憲法89条の精神に明らかに反する」とし、ストレートに憲法89条違反といっていないのは、おそらく当該神社や友好団体に同条のいう「宗教上の組織若しくは団体」という性格がみられないとの理解によるものであろう。また20条3項に何らふれていないのは、おそらく大学の神社の存置への関わりは、元の場所への復帰を認めるという受動的なものにとどまり、それ以上復帰やその後の運営に人的・物的に関わることはしていないという認定によるものであろうが、ふつうにみて、こうした判旨に格別強い異が唱えられることはないであろう。

もっとも、「宗教上の組織若しくは団体」を広義に解して、より積極的に89条違反を認定すべきであったとの立場もあろうが、いずれにせよ、戦後一旦構外に移転させられたものを後に態々構内に戻したという経緯をみると、大学関係者の政教分離原則についての認識の度合、ひいては憲法感覚に奇異の念を感じさせられる事案である。

ただこの判決についても小泉首相靖国神社参拝違憲訴訟の場合と同様、当然、精神的苦痛の発生や構外移転を要求できる実体法上の権利を認めることができないとして、請求を棄却した1審判決を支持するというのであれば、それで判断を終るべきであって、不必要な憲法判断を行うべきではないという批判はあろうが、これも1ですでにのべたように、たとえ判決主文の理由とは直接結びつかなくても、訴訟の実質的な対象となり、また争点となった行為についての憲法判断を示し、事案についての訴訟関係人らの理解や認識を促すことはやはり意義のあることであるから、判決が89条に言及していることは妥当というべきであろう。いうまでもなく、慰謝料や構外移転の請求は訴訟技術上のものであって、明らかに実質的に争われ、判断を求められているのは、何よりも大学構内に神社を存置させていることの合憲性なのである。とくに公の施設に戦前の神道の施設が残存していることが時折りみられることはあるものの、それは撤去の怠りや失念という単純な理由によるものであることが例であるの

に対し、今回のケースは上にのべたように、一旦撤去されたものを態々元の国立大学の構内に戻したというケースであるだけに、傍論にせよ、そうした復帰を容認し、また存置させ続けていることの憲法上の評価を判決において示すことは意義のあることであったと思われるのである⁽⁵⁾。

第2の市有地上に神社等の宗教施設の設置を許し、市有地を神社の敷地として使用させているという事案は、北海道砂川市（昭和33年市制施行前は空知郡砂川町一したがって以下では時期により「(砂川)町」ということもある）の住民が、市のそのような行為は政教分離原則に反する行為であり、当該使用貸借契約を解除し、神社建物等の撤去を請求しないことは、違法に財産の管理を怠るものであるとして、砂川市長である被告について、上記怠る事実が違法であることの確認を求めたものであるが、市有地についてそのような利用状況が発生した経緯を要約すると次のとおりである。

明治25年頃地域住民の協力により、五穀豊穡を祈願して空知太神社（以下「空知太」については単に「S」とする）の祠が建設されたが、明治30年神社創設発願者の住民6名は北海道庁に対し祠等の施設の敷地に関する土地貸下願を提出して認められ、神社施設が建立された（判決はこのように書いていて、「神社施設の建立」が既存の祠を取り壊して新しい祠を設けたとの意か、鳥居等の祠以外の施設をも設けたとの意か、筆者には必ずしも判然としないが、文脈からすると後者のようにみえる）。その後明治36年にこの祠等の神社施設に隣接してS小学校が建設されたが、昭和23年頃同小学校の校舎の増設と体育館新設の計画が立てられ、その敷地として神社施設がある土地が当てられたため、神社施設を移転する必要性が生じたところ、地区の住民が自らの土地をその敷地として提供したため、神社施設はそこに移転し、同地に地神宮も建てられた。

こうして神社施設は一旦私有地上に移ったわけであるが、昭和28年この土地の所有者が町に対し当該土地の寄付願出をし（固定資産税の負担を避けるためであったとされている）、町は議会において土地の採納の議決、および土地を

祠等の神社施設のために無償で使用するとの議決を行った。ここに神社施設は再び公有地上に存置することになったのであるが、S部落連合会は昭和45年頃神社施設が存置する土地とその隣接地に、かねて住民から設置の要望があった集会所となる建物としてS会館を建設することを計画し、同年10月にこの会館を新築した。この会館はS会館運営委員会によって運営されているが、こうした会館の建設に伴い従来の祠等の神社施設は取り壊されるとともに、S会館内に祠が設置され、また鳥居も新たに設置し直された（文脈からすると地神宮はそのまま残ったようである。付言すると、S会館の2か所の入口のうち、祠側にある入口—鳥居の正面にある—の外壁上部および鳥居には「神社」と記載されている）。なお上記隣接地の一部は私有地であったが、S会館建設前に所有者から市に寄付され、残りの北海土地改良区が所有する隣接地は無償で借用することとされた。

また市はS会館の建設に際しS部落連合会に対し84万円強の補助金を交付し、その後会館の増築工事および水洗化工事に際してもそれぞれ、S部落連合会の後身であるS連合町内会に対し160万円、S会館運営委員会に対し40万円強の補助金の交付をした。さらに市は平成6年に上記の土地改良区所有の土地を644万円強で購入したうえ、引き続き用地を無償で使用させており、こうして神社施設の整備が進むとともに、神社施設のある土地はすべて市有地となったのである。

付け加えると、S神社は宗教法人ではないが、天照大神の分霊を祀り、当該地方では最古に属する神社であって、初詣、春祭り、秋祭りという年3回の行事が行われ、2回の祭りの際には宗教法人であるD神社から宮司が派遣され、秋祭りの際には神事が行われるなどしている。

1 審判決は、まず、S連合町内会が砂川市所有の土地を砂川市との間の使用貸借契約に基づいて使用し、その上にS会館、鳥居、地神宮（以下「本件施設」という）を所有していること、および津地鎮祭事件と愛媛玉串料訴訟で最高裁が説いた目的効果基準を、政教分離原則違反の有無についての判断基準として

のべ、次いで砂川市の行為について判断している。

判断の最初は本件施設が宗教施設といえるか否かであるが、判決はS神社の上のべた沿革、鳥居と地神宮があり、前述のように、鳥居とその正面にあるS会館の入口には「神社」と明記され、またその入口を入ったS会館の正面奥に祠があり、本件施設では神事が営まれることがあるという本件施設の配置等を含む外形および用途に照らすと、本件施設は明らかに宗教施設である神社であるとの評価を受けるものというほかないとする。

もちろんS会館は上述のように、地域の集会場等としての性格を併せもつ建物として建設され、実際にも地域住民の非宗教的な利用に供されてもいるが、判決はしかし、「宗教施設が合わせて他の用途に用いられることがあることによってその宗教施設性が直ちに否定されるものではない。そして、本件施設については、上記のとおり、その宗教施設性が明確であり、地域住民が本件建物をS会館として非宗教的な行事等に利用することがあり、また、その頻度が神社としての利用よりも多いとしても、そのことによって本件建物（S会館のこと—筆者）を含む本件施設の宗教施設性が払拭されるものではない」としている。

このように認定したうえで、判決は、本件施設が存在する土地を町や市が取得した目的を、その経緯に照らして検討する。そして隣接する小学校の校舎の増築および体育館の新設に伴って神社施設が移転した土地の所有者が、後に312番地と311番地2という当該両土地を町に寄付したことについては、それは所有者が祠等の神社施設のために寄付願出をし、これを受けて町は当該土地の採納の議決ならびにそれを無償で使用させることの議決をしたことからすれば、「砂川町は、上記施設のために上記両土地が使用されることを認識して採納の議決をし、その所有権を取得したといえるから、上記両土地の取得の目的は宗教的意義を有する」とする。

また北海土地改良区が所有していた土地の取得についても、同改良区からの買い受けの要請は確かにあったものの、市が、313番土地および316番3土地と

いう「これらの土地に宗教施設である本件施設が存在することを認識しつつ購入したことは明らかであり、上記両土地の取得の目的は宗教的意義を有する」とする。

判決はこの主たる理由にさらに、本件施設が上にのべた歴史的沿革、その外形からの評価、そこで営まれている行事からすれば宗教施設の性格が明確であることを加えて、結論として、「砂川市が、本件施設に関して行った行為、すなわち、砂川市の所有する本件土地を、S連合町内会に対し、同連合町内会との間の使用貸借契約に基づいて使用させ、本件土地上に本件施設を所有させている行為は、本件施設が宗教施設である点において、特定の宗教を援助、助長、促進するものであり、宗教との関わり合いの程度が、わが国の社会的、文化的諸条件に照らし、信教の自由の保障の確保という政教分離の制度の根本目的との関係で相当とされる限度を越え、憲法20条3項にいう宗教活動に当たり、また、宗教的施設を維持するために、地方公共団体の財産を供するもので憲法89条に反するものというべきである」とのべるのである。

2審判決も基本的にはこの1審判決を維持しているが、子細にみると微妙な違いがないわけではない。例えば、神社施設がその上に存在する市有地の寄付願出について町議会が採納の議決をし、また当該土地を神社施設のために無償で使用させるとの議決をしたという経緯に照らすと、「砂川町が上記両土地を取得等した目的は、祠等の宗教施設の維持存続にあることは否定し難く、宗教的意義を有するものといわざるを得ない」としたり、また北海土地改良区からの313番土地と316番3土地の購入についても、「上記各両土地には、…宗教施設である本件建物が存在し、しかも、砂川市もこれを認識していたものである。そうすると、砂川市がこのような宗教施設である本件建物が存在する本件…土地を取得し、引き続き上記両土地を無償で使用させていることに照らすと、砂川市が上記両土地を取得等した目的についても、本件…土地（上記の所有者により寄付された土地—筆者）と相まって、祠等の宗教施設の維持存続にあると評価されることもやむを得ないところであり、宗教的意義を有すること

は否定し難いものである」として、土地取得の目的の宗教的意義の認定のトーンをややダウンさせていることが、それである。

また結論においても、上記の1審判決の結論の後半の「憲法20条3項にいう宗教活動に当たり…」以下を、「憲法20条3項にいう宗教的活動に当たり、同条項の政教分離規定に違反し、また、宗教的施設を維持するために地方公共団体の財産を供するものであり、憲法20条1項後段、89条に規定される政教分離原則の精神に明らかに反するものというべきである」に改めるとして、20条1項後段を加えるとともに、1審の、「憲法89条に反するものというべきである」との断定的判断を、上にのべた第1の信州大学に関わる事案の場合と同じように、当該条文に「規定される政教分離原則の精神に明らかに反するものというべきである」という風に緩和している（それについては、「S連合町内会の本来の目的としては、特定の宗教の信仰、礼拝または普及等の宗教的活動を行うことを本来の目的とする組織ないし団体には該当しないというべきであって、憲法20条1項後段にいう『宗教団体』、憲法89条にいう『宗教上の組織若しくは団体』には該当しないものと解するのが相当である」との判断が理由になっている—1審判決もS連合町内会を「地域団体」とし、またその他にも「S神社を支える宗教団体ないし教団のような団体」の存在も認められないとしているが、にもかかわらず憲法89条違反としているのは、そこにいう「宗教上の組織若しくは団体」の意義について、広義に解する立場をとっているものと思われる⁽⁶⁾。なおさらに関連していえば、1審判決は本件施設の所有者はS連合町内会であり、本件市有地の使用貸借契約も砂川市とS連合町内会との間に成立しているものであり、S神社あるいはその氏子集団には法人格あるいは権利能力のない社団性を認めることはできないから、砂川市とS神社の間には使用貸借契約は存在しないとし、2審判決もこの点はそのまま維持している）。

しかしこうした違いはあるものの、いうまでもなく砂川市（町）の行為を政教分離原則に反するものとする両判決の基調は同一であり、またそうした判断は容易に首肯され得よう。すなわち神社施設の存在する土地を、そのことを知

りながら、また、その施設の維持保存を願うためという所有者の意図を了解して、その寄付願出を採納し、引き続き無償で使用させるとの議決をし、かつその状態をその後も一貫して維持していること、およびその後本件施設が及んだ土地についてもそのことを認識しつつ買い受け、そのまま無償の使用を続けさせているという市の行為は、単なる地域住民との儀礼的な交際、あるいは地域社会の世俗的行事に対する協力というレベルとは異なる、特定の宗教施設を援助する宗教的活動、ないし公の財産の提供と評価されるのである。

もちろん経過としては、学校施設のために移転を余儀なくされた神社施設のために土地を提供した住民が、固定資産税の負担を回避するため寄付を願い出、土地改良区が用途廃止に伴い買い受けを要請したということはあるが、当然のことながら、市にはそうした願い出や要請に応えるか否かの判断の自由があり、また採納や購入に伴って生じる本件のような問題を回避するためS連合町内会等の関係当事者と協議する余地も十分あったわけであるから、1審判決もいうように、こうした事情は市の行為の目的や意義の宗教性を減殺するものではないであろう。

また、本件と同じように、市が宗教施設と主張される施設のために市有地の無償貸与等の便宜をはかったことが政教分離規定に違反するとして住民訴訟が提起された先例としては、周知のように、大阪地蔵像訴訟と箕面忠魂碑訴訟があるが、この2例は寺や神社という宗教施設外の地蔵像と忠魂碑の宗教施設性について意見が分かれる事例であったのに対し、本件の祠、鳥居、地神宮という施設についてはその宗教施設性を否定し難いことも、判決の結論を容易に支持させる理由である。「少なくとも本件の場合には、判例（上記のそれぞれ問題の施設の宗教施設性を否定した大阪地蔵像事件と箕面忠魂碑訴訟の最高裁判決を指す一筆者）の立場を前提にしてもなお問題なく違憲と判断されるべき事例と言えよう」⁽⁷⁾といわれる所以である。

第3の市長の祝辞に関する事案は、石川県白山市の市長が市内にある全国的に名の知られた由緒ある白山比咩神社（以下「H神社」という）の御鎮座2100

年式年大祭の奉賛会発会式に出席して祝辞をのべたことが政教分離原則に違反し、違憲であるとして、出席に伴う公金支出相当額（具体的には市長車の運転職員の時間外勤務手当の一部）につき、白山市の執行機関である市長に対し、個人たる市長（以下「A」という）に対する損害賠償を請求することの義務付けを求めた住民訴訟である。

奉賛会の事業としては、式年大祭斎行、禊場造成および付帯工事、手水舎新築、神社史発行等が計画されていたが、その関係者約120人が出席して行われた発会式はH神社外の一般施設で行われ、とくに神道の儀式や祭事の形式に基づくものではなく、約40分で終了したとされている。

Aは奉賛会の顧問の地位にあったが、秘書課長を伴ってこの発会式に公用車で赴き、前述のように祝辞をのべたところ、こうした行為の合憲性が争われることになったわけである。

この事案は判断のポイントの定め方の如何によって見解が分かれるケースで、発会式の開催場所や式次第等のスタイルに着目するか、あるいはそもそもの奉賛会の目的を主な判断対象とするかによって、結論が大きく分かれることになる。すなわち開会の辞、閉会の辞、その間の挨拶、祝辞、役員・来賓紹介、事業計画説明等が、神道の儀式や祭事に基づくことなく比較的短時間で行われ、また会場そのものもH神社外の一般施設であったという発会式の形式に着目すれば、式次第の一環としてAが祝辞をのべた行為にも格別宗教性は認められないとされ得る余地が多分にあるのに対し、奉賛会の目的に即して判断すると、それはS神社の式年大祭の挙行と神社施設の整備を目指すものであるから、そうした事業に関する発会式で祝辞をのべた行為も宗教性をもつものと判断される可能性が生じることになるのである。

結論からいうと1審判決は前者の途をとり、2審判決は逆に後者の途をとった。1審判決は先ず、政教分離原則の理解については目的効果基準によることを示したうえで、奉賛会そのものは式年大祭斎行等の諸事業を奉賛することを目的として設立された団体であって、特定の宗教と関わり合いを有するもので

あることは否定できないが、発会式自体の宗教的色彩は希薄であったといえるとする。発会式についてこう評価する理由となっているのは、先にのべた発会式の形式である。こうして1審判決も奉賛会の目的に言及していないわけではないが、それは以上にのべた限りであって、以後は専ら上にのべたように評価される発会式との関わりで、Aの祝辞をのべるという行為が20条3項にいう宗教的活動に当たるかどうかを検討するのである。こうした流れからすれば、その結論は初めから容易に見当がつくであろう。

すなわち1審判決は、「そして、このような本件発会式にH神社の所在する白山市の市長としてAが出席し、祝辞を述べることは、社会的儀礼の範囲内の行為であると評価でき、これは一般人から見てもそのように理解されるものといえることができるから、Aの上記行為が、一般人に対して、白山市が特定の宗教団体であるH神社を特別に支援しているという印象を与えることはなく、また、他の宗教を抑圧するという印象を与えることもないというべきである」とし、結論として、「したがって、Aの上記行為は、その目的が宗教的意義をもち、その効果がH神社あるいは神社神道を援助、助長又は促進するような行為にあたることは認められないから、憲法20条3項により禁止される宗教的活動にはあたらない」とのべるのである（念を押して、以上の認定判断は、Aが大祭奉賛会の役員である顧問に就任していることによっても左右されないと付け加えている）。なお1審判決は続いてAの行為が20条1項後段および89条によって禁止される行為に該当するか否かにもふれているが、きわめて簡単に、上記の判断に照らせば該当性は認められないとしている。要するに再度いえば、1審判決は、奉賛会の目的に一応ふれつつ、それを本件の主たるポイントとせず、むしろ発会式の開催場所や式次第という形式を主たるポイントとし、そのことからみれば発会式には宗教的色彩は希薄であったのであるから、そこで祝辞をのべた行為も特段の宗教的意義をもつものではなかったとするのである。

それはまたおそらくこの種の事案では一定の支持者があると思われる、市長は地域の名士として様々な会合に招待され、特段その会合の目的推進の積極的

意図をもつことなく出席して祝辞をのべることも多々あり、そうした行為は地位に伴う社交として扱われ、許容されるべきであるという立場からは、異議なく了解される、あるいはむしろ積極的に支持される見解であろう。ただ奉賛会そのものとその発会式がこの判決がするほどクリアに分断され得るのか、とくに前述のように主として前者についてはその目的を、後者についてはその形式を論じて分断をはかることが行論として妥当なのか、疑問が残るところである。いい換えると、同じ結論をとるにしても、発会式を全体として宗教的色彩が希薄であったものとし、したがってAのそこでの祝辞をのべた行為も宗教的活動ではなく、社会的儀礼であるとするのではなく、発会式の一定の宗教性を認めつつ、Aの行為についてはその宗教的活動性を否定するという途を採るべきではなかったかと思われるのである。1審判決は結論に都合のよい部分のみを、都合のよいように利用しているきらいがないでもないのである。

他方2審判決は重点を1審判決とは逆に奉賛会の目的に置いて判断し、その判断をそのまま発会式の目的の評価にスライドさせるというやり方をしている。いい換えると上述のように、1審判決は両者を分断するために奉賛会についてはその目的に着目して判断し、発会式については開催場所や式次第という形式に着目して判断するというやり方をしているのに対し、2審判決は両者を連動させるために、ともにその目的に着目して判断しているということである。もちろん2審判決も発会式の開催場所や式次第という形式に一応言及はするが、それは目的に基づく判断の結果を左右するものではないとして、軽くふれられるにとどまっている（それは1審判決が奉賛会の目的に軽くふれるにとどまっているのと対照的である）。そして2審判決は結論も1審判決のそれを逆転させているのである。

すなわち先ず、20条3項の「宗教的活動」に該当するかどうかを検討するに当たっては、目的効果基準によるべきことを説いたうえで、「H神社は、宗教団体に当たることが明かであり、本件大祭は、平成20年にH神社の鎮座2100年となることを記念して行われる祭事であって、同神社の宗教上の祭祀である

ことが明らかである。また、大祭奉賛会は、会員から志納された奉賛金等をH神社に奉納して、上記の本件大祭の斎行及びこれに伴う諸事業（本件事業）を奉賛することを目的として、H神社が中心的に関与して結成され、同神社内に事務局を置く団体であり、その目的としている本件事業は、上記祭祀（本件大祭）自体を斎行することであるとともに、これに併せて、禊場、齋館、手水舎等、上記神社の信仰、礼拝、修行、普及のための施設を新設・移転し、同神社の神社史を発刊することを内容とするもので、同神社の宗教心の醸成を軸とし、神徳の発場（揚？―筆者）を目的とする事業とされているのであって、かかる本件事業が宗教活動であることは明らかである」（傍点筆者）とのべて、奉賛会の目的は明らかに宗教活動である事業の実施であるとする。

そしてこうした判断を受けてその発会式についても、「本件発会式で、大祭奉賛会会長が『崇敬者の総力を結集して、奉賛事業が遂行されるよう』との挨拶を述べ、宮司も『崇敬者各位の協賛によって諸事業が完遂され、本件大祭が盛大に奉仕できるように協力を賜りたい』旨の言葉を述べ、参会者一同が、事業達成のため尽力することを誓い合い、本件発会式を祝ったことが認められるのであるから、本件発会式は、上に判示した大祭奉賛会の本件事業を遂行するため、すなわち、本件大祭を奉賛する宗教的活動を遂行するために、その意思を確認し合い、団体の発足と活動の開始を宣明する目的で開催されたものであると認めるのが相当である」（傍点筆者）とするのである。筆者が2審判決はともにその目的に着目して奉賛会とその発会式の評価を連動させているとする所以である。

このように奉賛会のみならず、その発会式についても宗教活動性が認定されれば、当然の流れとして、そうした発会式で祝辞をのべたAの行為も宗教的意義をもつものと認定されることになる。「そうすると、白山市長であるAが来賓として本件発会式に出席し、白山市長として祝辞を述べた行為（本件行為）は、白山市長が、大祭奉賛会が行う宗教活動（本件事業）に賛同し、賛助し、祝賀する趣旨を表明したものであり、ひいては、H神社の宗教上の祭祀である

本件大祭を奉賛し祝賀する趣旨を表明したものと解するのが相当であるし、本件行為についての一般人の宗教的評価としても、本件行為はそのような趣旨の行為であると理解し、白山市が、H神社の祭祀である本件大祭を奉賛しているとの印象を抱くのが通常であると解される。また、前記事実関係からすれば、Aは、大祭奉賛会及び本件発会式が前記趣旨・目的のものであることを認識、理解していたものと認められ、したがって、同人は、主観的にも、大祭奉賛会が行う本件事業を賛助する意図があったものと推認され、ひいては、本件行為がH神社の祭祀である本件大祭を奉賛するという宗教的意義・効果を持つことを十分に認識し、了解して行動したものと認めるのが相当である」と2審判決がするのは、当然の帰結というべきであろう。

2審判決はこのように認定判断を固めたうえで、付随的に上に繰り返しのべた発会式の非宗教的形式にふれ、これもすでにのべたように、そのことは上記認定を左右するものではないとし、さらには付け加えて、Aの行為が時代の推移によって宗教的意義が希薄化し、慣習化した社会的儀礼にすぎないものとなっているとは到底認められないし、一般人が社会的儀礼の一つにすぎないと評価しているとも到底考えられないとのべて、上記認定判断は維持されるべきものとしている。

こうして2審判決は1審判決とはいわば対極的立場に立つのであるが、それはそれでまた疑問が残らないわけではない。すなわち奉賛会の目的は判決のいうとおりであるとしても、それをそのまま発会式に参加した者全員の目的と同視することがはたして適切であろうか。参加者のなかには奉賛会会長や事務局をつとめるH神社の宮司のような式年大祭の実施当事者もいれば、Aのように来賓として招かれて出席した者もいるのであって、奉賛会が宗教的目的をもち、したがってその発会式も宗教的目的をもち、したがってまた発会式における参加者の言動もまたすべて宗教的意義・目的をもつ活動であるとするのは、いささか単純にすぎるのではないであろうか。

もっとも2審判決も市長側の主張に応じて、Aの行為が儀礼的交際として政

教分離原則に反しないものとみなされる余地があるかどうかを、一応検討はしている。しかし、長またはその他の執行機関のする交際は、それが公的存在である自治体により行われるものであることにかんがみると、相手方との友好、信頼関係の維持増進を図ることを目的とすると客観的にみることができず、また社会通念上儀礼の範囲を逸脱したものである場合には、当該自治体の事務に含まれるとはいえず、その費用を支出することは許されないものというべきであるとする最高裁判例⁽⁸⁾に拠って検討された結果、Aの行為はやはり儀礼的交際の域を超えているとされている。

すなわちAの行為の意図、目的は、宗教的活動である本件事業ひいては本件大祭を奉賛、賛助する意義・目的を有していたものと認められるから、自治体はその役割を果たすために相手方との友好、信頼関係の維持増進を図るという目的からは逸脱するものであったことが明らかというべきであり、また、市長が特定の宗教団体の宗教上の祭祀を奉賛する事業遂行のための組織の発会式に出席し、祝辞をのべ賛同・賛助を表明する行為は、宗教的意義が希薄化し、慣習化した社会的儀礼にすぎないものとなっていたとは到底いえず、社会通念上儀礼の範囲を逸脱しているというべきであるとするのである。

しかしこうした2審判決の判断には、2つの点で疑問が感じられる。1つは、ここにみられる最高裁判例の引用がはたして妥当かということである。この判例は自治体の長等が当該自治体の事務を遂行し対外的折衝等を行う過程において、各種団体等の主催する会合に出席するとともに祝金を交付するなどの交際をすることは、社会通念上儀礼の範囲にとどまる限り、上記事務に随伴するものとして許容されるとしたうえで、その交際がこのように特定の事務を遂行し対外的折衝等を行う過程において具体的な目的をもってなされるものではなく、一般的な友好、信頼関係の維持増進自体を目的としてなされる場合も、それが自治体が住民の福祉の増進を図るという役割を果たすため相手方との友好、信頼関係の維持増進を図ることを目的とすると客観的にみることができ、かつ、社会通念上儀礼の範囲にとどまる限り、当該自治体の事務に含まれるも

のとして許容されると解するのが相当であるとしているのであるが、これは祝金の交付が論じられ、「事務を遂行」、「事務に随伴」、「事務に含まれる」という風に、しきりに「事務」という言葉が用いられていることから分かるように、基本的には自治体の長等が各種団体の主催する会合に出席して祝金を交付することの適法性が争われたケースで、そうした交際が自治体の事務に随伴するか、あるいは事務に含まれるとみなされるかどうかによって祝金の交付の適法、違法が決せられるという判断基準を示したものである。つまり祝金の交付は公金の支出であるから、それには法的根拠が必要であるとし、そうした法的根拠があるか否かのメルクマールを、当該交際が自治体の「事務」に随伴するか、あるいは「事務」に含まれるか否かに求めているのである。

このようにこの最高裁判例は祝金の交付の適法性の判断基準を示し、それに基づいて実際になされた支出の一部を違法、一部を適法としたものであって、本件のような祝金の交付を伴わない祝辞が問題とされたケースの適切な先例といえるか疑わしいのである。いい換えるとこうした祝辞は祝金の交付よりもさらに儀礼性の強いものであり、したがって一々自治体の事務との関わりを検討する必要もないとさえ考えられるから、祝金に関する最高裁判例に従って本件を判断することがはたして適切か、疑問が感じられるのである。

もう1つはいうまでもなく、上にも述べたように、先ずAの行為は宗教的意義・目的をもつものであり、また時代の推移により宗教的意義が希薄化し、慣習化した社会的儀礼にすぎないものとなっているとは到底認められないとの判断を固めたうえで、それが相手方との友好、信頼関係の維持増進を図ることを目的とすると客観的にみることができ、かつ社会通念上儀礼の範囲にとどまると解される行為＝当該自治体の事務に含まれるとして許容されると解される行為に該当するか否かを検討していることである。こういう検討では何ら実質的な検討にはならないことは明らかで、回答は検討するまでもなくすでに出ているわけである。当該自治体の事務に含まれる行為として許容されるか否かを実際に検討するというのであれば、もっと以前の段階で、つまりAの行為が宗教

的意義・目的をもつと認定判断する際に、そこに社会的儀礼性は認められないのか、あるいは認められるとすれば、どちらの要素が優位しているかを判断するという態度を採るべきであつたろう。

また2審判決は、本件大祭の実行は一宗教団体の儀式というにとどまらず、白山市の観光の一大イベントとして、同市もその実行に関わりのある立場にあるとの市長側の主張についても、本件大祭はH神社自身の個別的祭事であり、かつそれにとどまるものと認めるのが相当であつて、観光イベントとして習俗化されていると認めるべき事情は見当たらないと一蹴しているが、これもいささか単純な割り切り方のように思われる。なぜなら、本件大祭のような行事は稀にしかないわけであるから、「観光イベントとして習俗化され」る可能性は元々ないのであり、むしろ全国的にその名が知られているH神社の習俗化されていない稀なる行事、貴重な機会であるからこそ、同神社の個別的祭事の範囲を超えて広く一般の関心を惹くことが予想され、だとすれば観光の振興や地域の活性化に努める市がそうした関心に応じて活動するのは理由のないことなく、こうした意味では市もH神社の行事の「実行に関わりのある立場にある」といえなくもないのである。

こうしてみると、確かに発会式は宗教的意義・目的をもち、したがってそこでのAの行為が宗教と関わりをもつものと評価されかねない側面をもつことは認められるとしても、A自身の当該行為の目的は、むしろ地元の首長として、1神社の行事のレベルを超えて広く関心を呼び、地域にとっても観光の振興や活性化に大きく寄与するものと予想・期待される行事についてその成功を祈念することを目的とするものであつて、とくに神道や宗教施設としてのH神社の普及や繁栄を願い、援助する意図をもつものではなく、その効果も地域の首長の一般にみられる儀礼的行為以上の評価を受けるものではないとみなされる余地もあると考えるべきではなかろうか。

要するに筆者は1審判決のような、発会式については専らその開催場所や式次第等の形式に着目し、そこに宗教的色彩がみられないからAの行為も社会的

儀礼の域を超えるものではないとする見解は採らないが、反面ではまた奉賛会＝発会式の目的の宗教性でAの行為の意義をすべて決するという2審判決にも賛成できないのであり、結局上記のようにとらえるのが適切ではないかと考えるのである。いい換えると、Aの行為には奉賛会＝発会式の宗教的意義や目的によって覆われる部分とそこからはみ出す世俗的部分があるのであって、どちらが優勢であると判断されるかによって結論が決せられるということである。そしてAの行為は何らかの現に行われている宗教行事そのもののなかで、あるいはそれに関わってなされたものではなく、短時間のうちに型通りに進められたセレモニ一的行事のなかで行われたものであることを併せ考慮すれば、むしろ世俗的要素の方が強いもの、すなわち地元の首長としての社会的儀礼ということになるのではないかと考える。

本件は上告されているようなので、最高裁の判断が注目されるが、最高裁の先例との比較でいうと、おそらく津地鎮祭訴訟と愛媛玉串料訴訟の中間に位置するような事例であると思われる。すなわち最高裁判例の立場に立っても、奉賛会発会式で祝辞をのべるという行為は地鎮祭を挙行するというような、社会の一般的慣習に従った儀礼を行うという専ら世俗的目的による行為とまでは断言できないが、他面では神社自体がその境内において挙行する恒例の重要な祭祀に際して玉串料等を奉納するような、明らかに特定の宗教と特別の関わり合いをもつ行為ともいえないから、本件はこの両先例のいずれにも属さない、いわばその中間にあって新たな判断が迫られる事案であるように思われるのである。また即位の礼・大嘗祭に自治体の首長等が参加したことの合憲性が争われた事件も、そこでは儀式自体は首長等とは関わりなく行われ、首長等は単に参列者としてその場に臨んでいるだけであるのに対し、本件では自ら儀式に加わって祝辞をのべるという行為を行っているだけに、ストレートな先例にはならないであろう。

こうして最高裁は従来の事例とは異なる新しい事例の判断を迫られることになるものと思われ、その結果が注目されるのである。

註

- (5) 本件については原告自身による訴訟の記録として、藤原英夫・裁かれたキャンパスの神社がある。
- (6) 林知更「市有地上の神社と政教分離原則」(平成19年度重判解) 14頁。
- (7) 同上14頁。
- (8) 最判平成18・12・1 民集60巻10号3847頁。