

判例研究

内閣総理大臣による 靖国神社参拝訴訟に関する一考察 安倍首相靖国参拝訴訟を素材として

柴田正義

目次

1. はじめに
2. 従来 of 靖国判決
 2. 1. 中曽根首相・靖国訴訟
 2. 1. 1. 中曽根首相・靖国訴訟判決の概要
 2. 1. 2. 若干の検討
 2. 2. 小泉首相・靖国訴訟
 2. 2. 1. 小泉首相・靖国訴訟判決の概要
 2. 2. 2. 若干の検討
 2. 3. 靖国訴訟における「主流」と「傍流」
3. 安倍首相・靖国訴訟
 3. 1. 判決の概要
 3. 2. 検討課題
4. 検討
 4. 1. 最高裁平成 18 年判決の射程と安倍首相・靖国訴訟判決
 4. 2. 職務該当性判断の余地
5. 結びにかえて

1. はじめに

2020年9月16日、安倍内閣は総辞職し、同月19日、安倍晋三元首相は靖国神社を参拝した。在任中の靖国参拝が物議を醸した一方で、氏の一個人としての参拝が耳目を集めることはなかった。このことは、「首相の靖国神社参拝」を求める人々が、必ずしも安倍氏に私的な靖国参拝を欲しているわけではないことを示唆している¹⁾。

在任中の靖国参拝は世論を二分し（「適切だ」45%、「適切でない」43%—日経世論調査²⁾）、東京・大阪では訴訟が提起された。内閣総理大臣の靖国神社参拝は政教分離原則に抵触しうるものであり、A級戦犯を含む「英霊」を国家元首が崇拝する行為は、第二次大戦を「負の遺産」と捉える戦没者の遺族や宗教者らの内心の自由、信教の自由を侵す危険がある³⁾。これらは、中曽根康弘元首相、小泉純一郎元首相が靖国神社を参拝した時にはすでに争点となっていた。これまでの裁判所の判断は、参拝行為の職務性や参拝の違憲性に触れるものが一部あるものの、主に「侵害行為」および「被侵害利益」の有無に収斂している。こうした判断枠組みは、これまでの下級審判決を総括した最高裁平成18年6月23日第二小法廷判決（以下、「最高裁平成18年判決」とする）においても「端的」に表現され、右判決以降の裁判の「先例」となっている。

このような判断枠組みを先例と位置づけた一連の安倍首相・靖国訴訟判決は、これまでと同様に原告・控訴人らの請求を棄却した。しかし後述するように、安倍首相の参拝の態様、前後の状況、原告の主張にはこれまでの靖国訴訟と異なる点があり、右最高裁判決が先例となり得るかは疑問である。そこで本稿では、中曽根首相・靖国訴訟および小泉首相・靖国訴訟における一連の判決を整理し、いわゆる靖国訴訟の「主流」をなす裁判例の特徴を把握した上で、安倍首相・靖国訴訟判決と同判決が依拠する最高裁平成18年判決の関係について検討する。このため、本稿では訴訟ごと

-
- 1) 齊藤は、小泉純一郎氏の靖国神社参拝を指してこのように記述しているが、これは小泉氏以外の首相についても遍く当てはまるものであろう。齊藤小百合「二つの靖国参拝違憲訴訟—異なる判決をどうみるか」法学セミナー 614号（2006年）62頁。
 - 2) 「首相の靖国参拝、賛否割れる 本社世論調査」（日本経済新聞、2014年1月26日）。
 - 3) 靖国神社の歴史、思想等については、さしあたり村上重良『慰霊と招魂』（岩波新書、1974年）を参照。

の細かな差違ではなく靖国訴訟判決の大枠を貫く「法理」に着目し、政教分離原則や憲法判断の適否などに関する言及は最小限にとどめる。

2. 従来靖国判決

本節では、中曽根首相・靖国訴訟判決および小泉首相・靖国訴訟判決の傾向を整理する。靖国訴訟が損害賠償請求の外形を装いつつも、その実質は首相の靖国参拝に関する憲法判断を引き出すことにあった点、本件が国家賠償請求の形で争われている点に鑑み、ここでは、政教分離原則違反、職務該当性、行為の違法性（侵害の有無）、損害の有無（被侵害利益が法的保護に値するか）に光を当てる。括弧付きで侵害の有無としたのは、本件では違法性の論点侵害行為の有無にすり替わっており、参拝行為の違法性そのものに言及されることは憲法判断以外の場面ではほとんど見受けられないためである。

これらの判決に対してはすでに多くの憲法学者らが分析を行ってきた。そのため、本節の課題は、判例の大まかな傾向から靖国訴訟の「主流」および「傍流」と呼びうる特徴を析出させるための若干の検討にとどまる。

2. 1. 中曽根首相・靖国訴訟

内閣総理大臣による靖国神社参拝については、約半世紀にわたり議論が重ねられてきた。第二次大戦以降、歴代首相が参拝を繰り返してきたが、三木武夫首相は政教分離違反の疑いを意識し、公用車を使用しない、玉串料は私費で支払う、記帳に肩書きは記さない、公職者を随行させないという「私的参拝四原則」を明言した上で、1975年8月15日の「私的参拝」を果たした⁴⁾。中曽根首相は1983年に就任後、九度に渡り「正式でない公式参拝」を行ったが、十度目に初めて「公式参拝」を明言し、これを皮切りに内閣総理大臣

4) ただし、1978年8月15日、福田赳夫首相は公用車を使用し3名の公職者を随伴し、「内閣総理大臣」と記帳して参拝を行った。同年10月17日、安倍晋太郎内閣官房長官は政府統一見解（後掲注54）において、「四原則」から玉串料の公費支出以外の項目を削除した。首相による靖国参拝の態様について詳細に論じたものとして、さしあたり藤田尚則「靖国神社と国家追悼施設」（宗教法24号、2005年）を参照。

による靖国神社参拝は訴訟問題へと発展することとなった⁵⁾。

1985年8月15日、中曽根首相は、官房長官および厚生大臣を随行させ公用車で靖国神社に赴き、拝殿において「内閣総理大臣中曽根康弘」と記帳し、本殿にて内陣に向かって直立・黙祷し、深く一礼して参拝を行った(以下、本項では「本件参拝」とする)。その際、祭壇には「内閣総理大臣中曽根康弘」と表示された生花一对が供えられ、氏は公費から支出した金三万円を「供花料」の名目で靖国神社に納めた。その後のインタビュー等で、氏は、「内閣総理大臣の資格で参拝した」、「いわゆる公式参拝である」と明言した。

これに対して、戦没者遺族、仏教徒、クリスチャン、無信仰者らが、本件参拝は憲法20条3項および89条に違反しており、当該参拝により信教の自由、宗教的人格権、宗教的プライバシー権、平和的生存権等が侵害され精神的苦痛を被ったとして、国家賠償および損害賠償を求めて各地で出訴した(図1)。

	請求	職務該当性	政教分離違反	参拝の違法性 (侵害の有無)	被侵害利益 の法益性
①九州第一次訴訟 ⁶⁾ (第一審、確定)	個人賠償	-	-	- (-)	-
②大阪第一次訴訟 ⁷⁾ (第一審、控訴)	国家賠償 + 個人賠償	-	-	- (×)	×
③九州第二次訴訟 ⁸⁾ (第一審、控訴)	国家賠償 + 個人賠償	-	-	- (×)	×
④姫路訴訟 ⁹⁾ (第一審、控訴)	国家賠償 + 個人賠償	-	-	- (×)	×
⑤九州第二次訴訟 ¹⁰⁾ (④の控訴審・確定)	国家賠償 + 個人賠償	-	△ (明示せず)	- (×)	×

5) 「公式参拝」について、靖国懇報告書は、「内閣総理大臣その他の国務大臣が公的資格(内閣総理大臣その他の国務大臣としての資格)で行う参拝のことであり、したがって、閣議決定などは特に必要でない」とする。ジュリスト 848号(1985年)111頁。

6) 福岡地裁昭和63年2月1日判決・判タ658号252頁。

7) 大阪地裁平成元年11月9日判決・判タ715号36頁。

8) 福岡地裁平成元年12月14日判決・判タ715号36頁。

9) 神戸地裁姫路支部平成2年3月29日判決・訟月36巻7号1141頁。

10) 福岡高裁平成4年2月28日判決・判タ778号88頁。

⑥大阪第一次訴訟 ¹¹⁾ (②の控訴審・確定)	国家賠償＋ 個人賠償	－	○ (違憲の疑い)	△(明示せず) (×)	×
⑦播磨訴訟 ¹²⁾ (⑥の控訴審・確定)	国家賠償＋ 個人賠償	－	－	－ (×)	×

(図1：中曽根首相・靖国訴訟　－：審査無し、○：積極、×：消極、△：その他)

2. 1. 1. 中曽根首相・靖国訴訟判決の概要

内閣総理大臣等の靖国神社への公式参拝に関する訴訟は、国民の権利・利益の侵害を理由として国家賠償法に基づき損害賠償を請求する方式と、公式参拝を要求する地方議会決議に基づく公金支出の違法性を住民訴訟で争う方式の二つが考えられる。本件で問題となっているのは前者であり、①で中曽根首相の個人賠償責任が否定されて以降¹³⁾、国および内閣総理大臣たる氏に対しては国家賠償請求が行われるようになった。本件参拝をめぐる訴訟の特徴をまとめると以下のようになる。

第一に、中曽根首相は私的参拝を否定し内閣総理大臣としての立場による「公式参拝」を明言している。このため、②ないし⑦いずれも国賠法上の職務該当性を判断していない。

第二に、⑤および⑥は本件参拝の違憲性に言及した。⑤は、「宗教団体であることの明らかな靖国神社に対し、『援助、助長、促進』の効果をもたらすことなく、内閣総理大臣の公式参拝が制度的に継続して行われうるのは疑問であり、参拝の方式が神道の定めるところに寄らないということで、従来の政府統一見解で問題とされていた点が解消したとは必ずしも考えがたい」として違憲性の疑いを仄めかしつつ、「本件公式参拝は参拝の方式をそれなりに配慮し、政府自身それが宗教的行為でない」と説明して実施したものであり、かつ、内閣総理大臣の靖国神社への公式参拝はその時の一回だけにとどまり、その後は行われていない等の諸事情に徴すると、本件参拝は、国が靖国神社を公認し、国民に習うべきものとして範を示したものとみえず、また、控訴人らに対し靖国信仰を押しつけたともいい

11) 大阪高裁平成4年7月30日判決・判タ789号94頁。

12) 大阪高裁平成5年3月18日判決・判タ827号69頁。

13) 「反対世論を押し切って敢行された本件公式参拝のもつ顕著な故意性に鑑みると、個人責任をも認定することが必要と思われる」との見解もある。小林武「大阪靖国訴訟第一審判決」法学セミナー427号(1990年)107頁。

がたいので、控訴人らの『信教の自由』に対し間接的（心理的）強制を加えて、その自由を侵害、制限したものと認めることができない」と述べ、これを侵害行為の問題として処理した。⑥は、津地鎮祭事件最高裁判決¹⁴⁾が採用した目的効果基準に照らし、靖国神社が「神道の教義をひろめ、そのための儀式・行事を行い、信者を教化・育成することを目的とし、そのための社殿等の施設を有する宗教団体である」こと、かかる宗教団体の「本殿や社殿において、参拝する行為は、それが靖国神社の主宰するものではなく、かつ、戦没者の霊を慰めることを主な目的とするものであっても、外形的・客観的には、神社、神道とのかかわりをもつ宗教的活動であるとの性格を否定することはできない」こと、これまでの政府解釈によれば、内閣総理大臣や国務大臣が国の機関として公式参拝することが違憲であるとの疑いを否定できない見解をとっていたこと等の事実に加え、「右のような本件公式参拝の行われた場所、本件公式参拝が一般人に与える効果、影響、その他…の諸事実を総合し、社会通念に従って考えると、昭和60年当時におけるわが国の一般社会の状況の下においては、…本件公式参拝は、憲法20条3項所定の宗教的活動に該当する疑いが強く、公費から三万円を支出して行った本件公式参拝は、憲法20条3項、89条に違反する疑いがあるというべきである」と判示した。

第三に、原告・控訴人らが主張した権利ないし利益は訴訟により若干異なる¹⁵⁾。②では国家権力による間接的な宗教的干渉を一切受けけない自由を含む広義の信教の自由、宗教的静謐の中で個人について思いをめぐらす自由を内容とする宗教的人格権ないし宗教的プライバシー権、平和的生存権、③では②の信教の自由、宗教的人格権、平和的生存権に加え、自己または親しい者が祀られたり、拝礼されたり、宗教的意義づけをされない権利としての宗教的プライバシー権、④では②の信教の自由に加え、政教分離により保障される法的利益、および何人にも干渉されない私的静謐の中で宗教的、無神論的思索を重ねることができる宗教上の心の平安を内容とする宗教的人格権ないし宗教的プライバシー権が主張された。

上記の権利ないし利益について、各事件の第一審は、「実定法上の根拠

14) 最高裁昭和52年7月13日大法廷判決・民集31巻4号533頁。

15) 平野武「靖国神社公式参拝訴訟－宗教的人格権と憲法訴訟」(宗教法10号、1991年)41頁。

を欠くのみならず、その権利ないし法的利益の内容が極めて個別的、主観的、抽象的なものであって、法律上の権利ないし法的利益として客観的に把握しうるような明確性を有しない」(②)、「国家賠償法上法的保護に値する明確な権利であるとまで認めることは困難」(③)、「主観的、抽象的なものであって、国賠法1条の対象となる明確な法的利益(権利)としては到底認めることはできない」(④)として、いずれも抽象性・不明確性を理由にその法益性を否定した。右の権利ないし利益は、上級審で⑤「不快、怒り、危惧の念等」や⑦「単に主観的な感情にすぎないもの」と言い改められたが、これは⑥がいうように、自衛官合祀訴訟最高裁判決¹⁶⁾が具体的権利・利益性を認めなかった「自己の心情ないし宗教上の感情」にあたるものである。

第四に、②ないし⑦いずれの判決も、本件参拝は原告・控訴人らに対する「圧迫、干渉、強制」等の侵害には該当しないと判断し、参拝行為の違法性に関する直接の言及を避けた。原告・控訴人らの中には「本件公式参拝により控訴人らが受けた被侵害利益が『不快感』であって、法的に十分強固なものではなくても、侵害行為の(客観的)違法性が強度であるから、その相関関係において法的に保護される利益となり得る」と主張するものもある(⑦)が、裁判所は、侵害の事実の不存在で足り、客観的違法性の判断は必要ないと判示した。一方、⑥では、「仮に、本件公式参拝が、憲法の前述各規定(20条3項、89条)に違反するとしても、…」と参拝行為の違法性については留保した上で、「法律上、保護された具体的な権利ないし法益の侵害」がないとして請求を退けた。

以上から、いずれの裁判所も本件参拝が侵害行為に該当しないこと、原告らの主張する権利ないし利益が抽象的なものであり法的に保護されたものといえないことを理由に原告・控訴人らの請求を退けたことがわかる。参拝行為の職務該当性について判断したものはなく、⑤および⑥における本件参拝の憲法判断は、上記の結論に影響を与えるものではない。

2. 1. 2. 若干の検討

本件参拝に関する司法判断は、以下に見るように、政教分離違反に関す

16) 最高裁昭和63年6月1日大法廷判決・民集42巻5号277頁。

る判断に着目するか、判決の結論に着目するかで評価が分かれる。

第一に、靖国訴訟の最大の目的は、先述したように、内閣総理大臣による靖国参拝が政教分離原則に違反することの確認を引き出すところにある¹⁷⁾。このことは、控訴人らが⑤および⑥を「実質的な勝訴」とみなし上訴していない点から明らかであり、裁判所も原告の主張する利益を原告らの「憲法解釈等に反して敢行されたことによる一種の不快感、焦燥感ないし憤りといったもの」(②)とみなしているところから、このことをある程度自覚していることがわかる。参拝の違憲判断に触れた二判決のうち⑤は「宗教団体であることの明らかな靖国神社に対し、『援助、助長、促進』の効果をもたらすことなく、内閣総理大臣の公式参拝が制度的に継続して行われうるかは疑問」というにとどまり、⑥は⑤に沿う形で詳細な事実認定を行った上で「違憲の疑いが強い」と判断した¹⁸⁾。こうした判断については、「傍論」ながら司法として違憲性を示唆した点を評価しつつより正面からの判断を期待するもの¹⁹⁾、「必要性の原則」を明らかに離れた憲法判断のあり方に疑問を呈するもの等、その評価は様々である²⁰⁾。しかし、そもそも本件参拝は、「閣僚の靖国神社参拝問題に関する懇談会」(以下、「靖国懇」とする)報告書等の理論的バックアップの下²¹⁾、「大方の国民感情や遺族の心情をくみ、政教分離原則に関する憲法委の規定の趣旨に反することなく、また国民の多数により支持され、受け入れられる何らかの形で、首相や閣僚の靖国神社への公式参拝を実施する方途を検討」した上で政府が憲法違反とはならない「公式参拝」の形態を模索し、参拝を一礼形式とし公費支出の名目を玉串料から供花料に変更するなどして形式上合憲性を

17) 平野・前掲注15)、54頁。

18) 大石眞「内閣総理大臣靖国神社公式参拝および県知事の大嘗祭への出席・参列と政教分離原則の関係」判例評論413号(1993年)187頁。

19) 桐ヶ谷章「内閣総理大臣の靖国神社公式参拝の違憲性および同行為による信教の自由、宗教的人格権、宗教的プライバシー権、平和的生存権の侵害」法学教室145号(1992年)139頁。

20) 大石・前掲注18)、189頁。

21) 後藤光男「危機に立つ政教分離」(早稲田社会科学研究所、1987年)83頁。後藤は、右懇談会報告書に使われた最高裁判決(津地鎮祭最高裁判決)は、「本来の争点解決には役に立たない基準をアメリカ判例法理からかりてきて、地鎮祭をもっともらしく合憲化するために採用して、こじつけの論理を展開していたのであり、国民の目をごまかす裁判所による方法的な偽装であった。」とした上で、目的効果基準は政教分離原則を緩和させ、基準があまりにも不安定であるがゆえに都合のよい結論を導くために援用される危険性が高く、中曽根首相・靖国参拝により「一つのハードルはこえられた」とみる。同84頁参照。

よそおったものである²²⁾。こうした背景を見るならば、政教分離原則を重要な憲法原理として位置づけた上で、本件参拝を違憲とした判断を「憲法の番人たる最高裁をはじめとする司法部」がその職責を果たそうとしたものと積極的に評価する指摘は的を射たものといえよう²³⁾。

しかし、違憲判断を示した⑤および⑥を含むいずれの裁判も、「信教を理由とする不利益な取扱いもしくは宗教上の強制」の不存在および原告が主張する権利ないし利益の法益性の欠如を理由に、「宗教的人格権の権利性をトータルに否定している²⁴⁾。」さらに、全ての判決が原告・控訴人らの主張する権利ないし利益への「侵害」を否定した。いずれもその理由づけは、参拝には「圧迫、干渉、強制」の要素がないとの説明にとどまる。このことは、参拝の違憲判断が国賠訴訟の性質上、判決主文に影響し得ないことを意味する。⑤および⑥を相関関係説の観点から積極的に評価するものがあるが²⁵⁾、両判決は参拝行為の違法性と侵害性とを分離し、「侵害が

22) 後藤・同上、84頁。

23) 平野・前掲注15)、56頁。なお、憲法判断回避の準則と司法府の裁量権の関係について述べたものとして、青井未帆「憲法判断をめぐる司法権の役割について」(学習院法務研究第12号、2018年)34-39頁を参照。青井は、「本準則(ブランドイス・ルールを指す:筆者)が具体的事案を規律する力は強くないことを意識すべきである。具体的な訴訟において真に問われるべきは、回避の原則から逸脱することを正当化する十分な理由があるか否かである。特定の社会的政治的状況のなかで、司法と政治部門との関係も踏まえて、司法の役割に関する一定の判断がなされた結果、憲法判断に踏み込む場合があると判断されることは、『憲法回避判断の準則』にすでに織り込み済みなのである。」(37頁)と述べる。

24) 平野武・前掲注15)、46頁。平野は、これらの判決が自衛官合祀訴訟最高裁判決に影響を受けている点を指摘し、「もし最高裁判決が先行していなければ、三判決は宗教的人格権の権利性の否定についてそれなりの立ち入った論理を展開せざるをえなかったはずである。三判決は、最高裁判決を後ろ盾にして宗教的人格権の主張を切って棄てることができたのである。」と述べる。同48頁。

25) 相関関係説については、内田貴『民法Ⅱ』(東大出版会、2011年)359頁。国家賠償法において相関関係説を準用しうるかについて、宇賀は、同法1条1項の違法性は「民法709条の解釈における『権利侵害から違法性へ』という判例学説の発展の成果を取り入れたものであり、違法を客観的要件、故意過失を主観的要件と解していた」もので、「立法者が、国賠法1条1項の違法性と民法不法行為法の違法性を異なったものと認識していた形跡は見つからない。」と述べている。宇賀克也『国家賠償法』(有斐閣、1997年)42頁。かかる見地から、芦部は「内容が不確定な宗教的人格権の法益性を検討する際には、侵害行為の態様との関係で判断する方が得策」と述べている。芦部信喜『宗教・人権・憲法学』(有斐閣、1999年)60頁。また、⑥を「この種の訴訟にたちはだかる主観的権利・利益侵害の立証という困難な関門にとっては、注目すべき判示」とするものとして、森英樹「内閣総理大臣の靖国神社公式参拝は憲法20条3項・89条に違反するか。また同行行為は信教の自由、宗教的人格権などを侵害するか。」法学教室148号(1993年)105頁。⑤を控訴人らに対する間接的侵害の存在を理論的に前提としつつ本

なければ被侵害利益無し」、「(参拝は) 違法かもしれないが侵害ではない」という論理を前提としているため、これを参拝の違法性と被侵害利益の相関関係に着目して評価できるとする考えは妥当でない。

本件参拝に関する論評の多くは、特に⑤、⑥にみられる違憲判断に着目しているが、重要なのは参拝行為そのものが違憲（違法）か否かに関わらず、その侵害性と被侵害利益を否定して請求を棄却する判断枠組みにある。こうした中曽根首相・靖国訴訟の特徴を踏まえて、次項では小泉首相・靖国訴訟について確認する。

2. 2. 小泉首相・靖国訴訟

2001年8月13日、小泉首相は秘書官を随行させ、公用車を使用して靖国神社を参拝した（以下、本項では「本件参拝」とする）。氏は、参集所内において「内閣総理大臣小泉純一郎」と記帳したのち、拝殿正面から中庭を経て本殿に昇殿し、戦没者の霊を祀った祭壇に黙祷したのち、深く一礼を行った。本殿に供えられた献花には「献花内閣総理大臣小泉純一郎」という名札が付され、氏は献花料3万円を私費で負担した。これ以降毎年、計六度繰り返された参拝も、記帳の有無などや日程の違いを除き基本的に2001年参拝と同一の方式である。

本件参拝に対して各地で訴訟が提起された。その類型は、国家賠償法に基づく国、国の機関としての小泉首相に対する損害賠償請求、民法に基づく小泉個人、靖国神社に対する損害賠償請求、本件参拝の違憲確認、国の機関としての小泉首相に対する参拝差止め、靖国神社に対する参拝受入れの差止め等多岐にわたる²⁶⁾。以下では、これらの判旨を整理したうえで主な傾向を示し、中曽根・靖国訴訟との異同について考察する。なお、本件参拝をめぐる訴訟の論点は、下記⑭で出尽くしている²⁷⁾。このため、以下では主に⑭以前のものについて扱うこととする（図2）。

件参拝の憲法判断に踏み込もうとした「先進的価値を有するもの」と評したものとして、永田秀樹「靖国神社への公式参拝と政教分離原則」法学セミナー454号（1992年）122頁。

26) 安藤高行「近年の人権判例（5）」（九州国際大学法学論集16巻1号、2009年）1頁。安藤はこのうち①-⑭、⑱を対象に詳細な分析を行っている。同1-28頁参照。

27) 同上、2頁。

内閣総理大臣による靖国神社参拝訴訟に関する一考察（柴田）

	請求	職務該当性	政教分離違反	参拝の違法性 (侵害の有無)	被侵害利益 の法益性
①大阪第一次訴訟 ²⁸⁾ (第一審、控訴)	国家賠償＋ 個人賠償他	○	－	－ (×)	×
②大阪第二次訴訟 ²⁹⁾ (第一審、確定)	差止(抗告)	－	－	－ (－)	×
③松山第一次訴訟他 ³⁰⁾ (第一審、控訴・ 一部却下)	差止(抗告)＋ 国家賠償＋ 個人賠償他	－	－	－ (×)	－
④福岡訴訟 ³¹⁾ (第一審、確定)	国家賠償＋ 個人賠償他	○	○	○ (×)	×
⑤大阪第三次訴訟 ³²⁾ (第一審、控訴)	国家賠償＋ 個人賠償他	×	－	－ (×)	△ (侵害行為 による)
⑥千葉訴訟 ³³⁾ (第一審、控訴)	国家賠償＋ 個人賠償他	○	－	－ (×)	×
⑦那覇訴訟 ³⁴⁾ (第一審、控訴)	国家賠償＋ 個人賠償他	－	－	－ (×)	×
⑧東京第二次訴訟 ³⁵⁾ (第一審、控訴)	国家賠償＋ 個人賠償他	－	－	－ (×)	×
⑨大阪第一次訴訟 ³⁶⁾ (①の控訴審、上告)	国家賠償＋ 個人賠償他	－	－	－ (－)	×
⑩東京第一次訴訟 ³⁷⁾ (⑥の控訴審、上告)	国家賠償＋ 個人賠償他	×	－	－ (－)	－
⑪大阪第三次訴訟 ³⁸⁾ (⑤の控訴審、確定)	国家賠償＋ 個人賠償他	○	○	○ (×)	×

28) 大阪地裁平成16年2月27日判決・判時1859号76頁。

29) 大阪地裁平成16年2月27日判決・判時1859号102頁。

30) 松山地裁平成16年3月16日判決・判時1859号76頁。

31) 福岡地裁平成16年4月7日判決・判夕1157号125頁。

32) 大阪地裁平成元年5月13日判決・判夕1151号252頁。

33) 千葉地裁平成16年11月25日判決・訟月52巻9号2801頁。

34) 那覇地裁平成17年1月28日判決・訟月52巻9号2801頁。

35) 東京地裁平成17年4月26日判決・訟月52巻9号2801号。

36) 大阪高裁平成17年7月26日判決・訟月52巻9号2801頁。

37) 東京高裁平成17年9月29日判決・訟月52巻9号2801頁。

38) 大阪高裁平成17年9月30日判決・訟月52巻9号2801頁。

⑫高松第一次訴訟 ³⁹⁾ (③他の控訴審、上告)	国家賠償＋ 個人賠償他	－	－	－ (×)	×
⑬松山第二次訴訟 ⁴⁰⁾ (第一審、控訴)	国家賠償＋ 個人賠償他	－	－	－ (×)	－
⑭最高裁第二小法廷 ⁴¹⁾ (⑨の上告審、確定)	国家賠償＋ 個人賠償他	－	－	－ (×)	×
⑮最高裁第三小法廷 ⁴²⁾ (⑩の上告審、却下)	国家賠償＋ 個人賠償他	－	－	－ (－)	－
⑯最高裁第二小法廷 ⁴³⁾ (⑫の上告審、却下)	国家賠償＋ 個人賠償他	－	－	－ (－)	－
⑰東京第二次訴訟 ⁴⁴⁾ (⑧の控訴審、上告)	国家賠償＋ 個人賠償他	?	?	? (?)	?
⑱沖繩訴訟 ⁴⁵⁾ (⑦の控訴審、上告)	国家賠償＋ 個人賠償他	?	?	? (?)	?
⑲高松第二次訴訟 ⁴⁶⁾ (⑫の控訴審、上告)	国家賠償＋ 個人賠償他	?	?	? (?)	?
⑳最高裁第一小法廷 ⁴⁷⁾ (⑰の上告審、却下)	国家賠償＋ 個人賠償他	－	－	－	－
㉑最高裁第一小法廷 ⁴⁸⁾ (⑱の上告審、却下)	国家賠償＋ 個人賠償他	－	－	－ (－)	－
㉒最高裁第一小法廷 ⁴⁹⁾ (⑲の上告審、却下)	国家賠償＋ 個人賠償他	－	－	－ (－)	－

(図2：小泉首相・靖国訴訟

－：審査無し、○：積極、×：消極、△：その他、?：未登載のため不明)

2. 2. 1. 小泉首相・靖国訴訟の概要

小泉首相・靖国訴訟は、i 行政庁の公権力の行使に関する抗告訴訟として出訴するも、本件参拝が行政事件訴訟法3条1項のいう「公権力の行使」

39) 高松高裁平成17年10月5日判決・訟月52巻9号2801頁。

40) 松山地裁平成18年3月15日判決・判例集未登載。

41) 最高裁平成18年6月23日第二小法廷判決・判タ1218号183頁。

42) 最高裁平成18年6月27日第三小法廷決定・判例集未登載。

43) 最高裁平成18年6月27日第二小法廷決定・判例集未登載。

44) 東京高裁平成18年6月28日判決・判例集未登載。

45) 福岡高裁那覇支部平成18年10月12日判決・判例集未登載。

46) 高松高裁平成18年11月22日判決・判例集未登載。

47) 最高裁平成19年3月22日第一小法廷決定・判例集未登載。

48) 最高裁平成19年4月5日第一小法廷決定・判例集未登載。

49) 最高裁平成19年4月12日第一小法廷決定・判例集未登載。

に該当しないとして請求を却下した事案②、③（一部）、ii原告の権利ないし利益に対する侵害行為が存在しないとして請求を棄却した事案③（一部）、⑬、iii原告らの主張する権利ないし利益が法的に保護されたものではないとして請求を棄却した事案（侵害行為の不存在も含む）⑦、⑧、⑨、⑫、⑭、iv職務該当性を否定し請求を棄却した事案⑤、⑩、v職務該当性を認めた上で請求を棄却した事案①、④、⑥、⑪に分類することができる⁵⁰⁾。これらの訴訟の特徴をまとめると、以下のようになる。

第一に、小泉首相本人が、参拝が私的なものか公的なものかを問われた際に「内閣総理大臣小泉純一郎が心をこめて参拝した」などと曖昧な返答を繰り返したため、氏の参拝の職務該当性をめぐりivおよびvにみられるように判断が分かれた。ivでは、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」（⑩）とした上で、氏の本件参拝に係る一連の行為の職務該当性を否定した。その一方、vでは、参拝前後の状況と参拝の態様を「総合してこれを外形的・客観的にみれば、本件参拝において閣議決定や公費支出、他の閣僚の同伴という事実がなく、政府が本件参拝について私的参拝であったとの立場をとっていたことなどの諸事情を最大限考慮しても、なお、本件参拝は、被告小泉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る」（①）として本件参拝の職務該当性を認めた。

第二に、職務該当性を認めた④、⑪が目的効果基準に立ち参拝の憲法判断に踏み込んだ⁵¹⁾。④によれば、「本件参拝は、…靖国神社の本殿等において、一礼して祭神である英霊に対して畏敬崇拝の心情を示すことにより行われた行為であるから、靖国神社が主宰する者でも神道方式に則った参拝方式でもなく、また、靖国神社に合祀されている戦没者の追悼を主な目的ではあっても、宗教との関わり合いをもつものであることは否定することができない。」また、被告の発言等をみるに、被告が「単に社会的礼儀

50) 渡辺康行「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 卷 6 号（2007 年）729 頁参照。

51) 百地は、これを目的効果基準の「改ざん」として批判する。百地章「靖国参拝訴訟の問題点と今後の課題」（宗教法 27 号、2008 年）138-140 頁。

として本件参拝を行ったとは言い難く、また、国の機関である内閣総理大臣としての戦没者の追悼は、靖国神社への参拝以外の行為によってもなし得る」にも関わらず、本件参拝後も内閣総理大臣として継続的に靖国神社に参拝したこと、「本件参拝後の終戦記念日には、前年の二倍以上の参拝者が靖国神社に参拝し、閉門時間が1時間延長されたことなどからすれば」、本件参拝により宗教施設である靖国神社を援助、助長、促進するような行為をもたらしたことが認められる。上記の諸事情を考慮し、社会通念に従って判断すれば、「本件参拝は宗教とのかかわり合いをもつものであり、その行為が一般人から宗教的意義をもつものと捉えられ、憲法上の問題のあり得ることを承知しつつされたものであって、その効果は、神道の教義を広める宗教施設である靖国神社を援助、助長、促進するものというべきであり、憲法20条3項に違反する。⑪によれば、戦没者の追悼自体は靖国神社に参拝できなければ実施できないものではなく、「本件各参拝の核心部分は、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極めて宗教的意義の深い行為である…。」効果についてみるに、「本件各参拝が、国又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宗教への強い社会的関心を呼び起こしたことは容易に推認されるところであり、「本件各参拝が被控訴人靖国神社の宗教を助長、促進する役割を果たしたことが窺える…。」以上の通り、「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というべきであり、また本件参拝が「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を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」であるから、本件各参拝は、憲法20条3項の禁止する宗教的活動に当たると認められる。

第三に、裁判所は、本件参拝は「原告らに何らかの強制力を及ぼしたり、

原告らを不利益に取り扱ったりするものではない」(③)、「被告小泉が被告靖国神社に参拝したというものにすぎないのであって、原告らに何らかの強制力を及ぼしたり、原告らを不利益に扱ったりするものではないというべき」(⑬)として侵害の不存在を理由に原告・控訴人らの請求を退けた。

第四に、本件参拝をめぐる原告らは、「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」(①、③、⑨、⑫他)、「内心における信仰の自由」(⑦)、「日常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」(⑦)・「国家又は地方公共団体によって個人の『魂』『生』『死』等の宗教的事項について一定の評価を加えられない法的権利」(⑧)・「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」(⑨)－すなわち宗教的人格権(⑦)、恐怖と欠乏から逃れる平和のうちに生存する権利－すなわち平和的生存権等に対する侵害を主張した。かかる主張に対して裁判所は、「内面的信仰の自由への侵害が、物理的強制のみならず、心理的・精神的強制にまで及ぶと解した場合には、対象となる人間の意識、考え方という主観的な状況によって侵害の成否が左右され、非常に曖昧なものとなるのみならず、被害を受けたとする者が無限定に広範囲に及ぶ危険性も否定できない」(⑦)等、概念の抽象性・不明確性を理由として、また「強制や不利益の付与を伴う行為によって妨害されない限り、損害賠償などの法的救済を求めることのできる法的利益とはいえない」(⑫)等、侵害の不存在と組み合わせで被侵害利益の存在を否定した。⑭は「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、上記のような信条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」と判示した。

⑭には、滝井裁判官補足意見が付されているが、その骨子は概ね以下の

二点からなる。第一に、本件参拝が政教分離原則に違反する可能性を暗示している点である。氏は、政教分離原則を「国及びその機関に対していかなる宗教活動も禁止しており、この規定は、それがおかれた歴史的沿革に照らして厳格に解されるべきもの」とした上で、「これに反する行為があったことから（下線は筆者による。以降の下線についても同様である。）直ちに国民の権利法的利益が侵害されたものということとはできない」と述べた。第二に、これまで否定されてきた被侵害利益について、これが「個別的利益」であれば損害賠償請求が認められ得ることを明示した点である。本件において上告人らが受けた心理的圧迫については「不特定多数の国民に及ぶ性質のもの」であった。しかし、氏によれば、「例えば緊密な生活を共に過ごした人への敬慕の念から、その人の意思を尊重したり、その人の霊をどのように祀るかについて各人の抱く感情などは法的に保護されるべき利益となり得るもの」であり、「何人も公権力が自己の信じる宗教によって静謐な環境の下で特別の関係のある個人の霊を追悼することを妨げたり、その意に反して別の宗旨で個人を追悼することを拒否することができるのであって、それが行われたとすれば、強制を伴うものでなくても法的保護を求め得る」のである。後者は、これまでの「主流」における被侵害利益の存在に関する判断に、新たな観点を呼び込むものである。

このように、本件参拝にかかる一連の判決も基本的に「侵害」および「被侵害利益」の不存在を理由に原告・控訴人・上告人の請求を棄却した。ただし、職務該当性を判断した判決も見られ、中には、本件参拝が国賠法上の「職務」に該当しないことを理由に請求を棄却するもの、「職務」に該当すると判断した上で本件参拝が違憲であることを明示するものがある。これらは中曽根首相・靖国訴訟判決にはみられない新たな特徴である。

2. 2. 2. 若干の検討

本件参拝に関する司法の判断枠組みには、結論こそ中曽根首相・靖国訴訟判決と同一であるが、以下のような独自性があらわれている。

第一に、原告らの主張には新たな傾向がみられる。例えば宗教的人格権について、以前は「宗教的静謐の中で個人について思いをめぐらす自由」や「何人にも干渉されない私的静謐の中で宗教的、無神論的施策を重ねることができる宗教上の心の平安を内容とする利益」などとされていたのに

対して、本件参拝においては「戦没者が靖国神社に祀られているとの観念を受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」、「国家又は地方公共団体によって個人の『魂』『生』『死』等の宗教的事項について一定の評価を加えられない法的権利」、「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」など、「思いを巡らす対象」が具体化され、内容も『公権力』から干渉を受けないものとされた。このため、判決の中には被侵害利益の存在を否定しながらも「侵害行為による」や「特段の事情」といった留保付きのものがみられるようになり、中には被侵害利益については明示しないものもあらわれた。これは、侵害の態様や事情によっては「宗教的人格権」が法的利益として認定されうることを示唆するものであると同時に、国家が関与すべきでない個人の宗教的人格権の領域の存在を暗示するものでもある。

第二に、全ての中曽根首相・靖国訴訟判決が「被侵害利益」の不明確を問題視し、参拝行為の侵害性ととの相関関係は否定したのに対して、本件の多数の判決は原告・控訴人らが主張する権利ないし利益の判断に先立ち「干渉、圧迫、強制」等の侵害行為の態様に言及するなど、「侵害行為」と「被侵害利益」とを相関させながら前者の不存在を前提として後者を否定する傾向が読み取れる⁵²⁾。こうした傾向は、靖国訴訟初の最高裁判決である⑭においても、まず参拝行為が侵害行為に該当することを認めず、それをもって被侵害利益の存在を否定する、といった形で表れている。⑭の法廷意見は原審の判断を支持しており、基本的にはこれまでの靖国訴訟判決の、侵害行為および被侵害利益の不存在を理由に請求を棄却するという「主流」の立場に与したものと理解され、以降の靖国訴訟判決の「先例」となっている。

第三に、参拝が国賠法上の「職務行為」に該当するかが一部の裁判所により審査された。ただし、職務該当性は一律に審査されていない⁵³⁾。例えば⑩は、1978年のいわゆる「政府統一見解」に沿うこと⁵⁴⁾、小泉

52) ただし、⑨および⑫のように、中曽根首相・靖国訴訟判決の判断枠組みと同様に、両者の相関関係を否定しているものも一部ある。

53) この点について、⑩および⑪を対比させつつ職務該当性を審査する意味について検討したものと、齊藤・前掲注1)、60-64頁を参照。

54) 政府統一見解については、http://www.kantei.go.jp/jp/singi/tuitou/dai2/siryoy_4.html

首相の「自己の信念」に基づくこと、8月15日に参拝した場合には職務行為として参拝したと誤認されるおそれがあること、それゆえ同日の参拝を避けたこと等を確認した上で、小泉首相個人の判断・意思において、政府の戦没者追悼行事等と混同されぬように行った「私的な宗教上の行為」または「個人の立場で行った儀礼上の行為」とした。かかる判断によれば参拝は小泉個人の行為であるため国賠法上の要件を満たさず、その余の判断を待たずして請求は棄却される。なお、⑤は被害者利益について言及したが、⑩の立場からすれば蛇足である。

一方、⑪は、職務該当性を判断にするにあたり、「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」とし、「外形」については、「当該行為のみならず、その前後の状況をも総合して判断すべき」とした。その上で、本件参拝については、参拝行為の私的・宗教的性質ゆえに後景に退いている「日本の為政者としての政治的な動機ないし目的」こそが本件参拝の主たる目的であり、そのような目的でなされる公的参拝と個人的信条に基づく私的参拝とは同じ外見を持ちうるのだから、本件が私的参拝であるとするのならば、「それに相応しい対処の方法をすべきであった」として、本件参拝の職務該当性を認めた⁵⁵⁾。⑪で重視されたのは「公的性格を窺わせるもの」であり、国家机关である「公人には信教の自由が保障されえない」のであるから⁵⁶⁾、判決のいうように本件参拝が公的な立場でなされたのでないなら、「私的行為」であることを明確にする必要があった⁵⁷⁾。①、④、⑥も、概ね右にみたように、本件参拝が内閣総理大臣としての「資格」や「立場」で行われ、外形上は閣総理大臣の職務の遂行と認められることを根拠に、職務該当性を認めた⁵⁸⁾。職務該当性判断も、本件においては判決の結論を左右するもの

を参照。(最終アクセス、2021年2月15日)

55) 齊藤・前掲注1)、60-61頁。

56) 後藤・前掲注21)、85頁。

57) ただし安藤は、「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言えない行為の領域が存在すると考える。」と述べ、参拝をこの一つとして理解している。かかる理解について、安藤・前掲注26)、8-11頁を参照。なお、職務行為に該当しないことは「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」旨補足している。同11頁。

58) 安藤・前掲注26)、7頁。

ではない。しかし参拝行為に着目した新たなアプローチは、消極判断により判旨をより明瞭にする、または後述するように参拝の違憲判断に踏み込む手掛かりを与えるといった重要な意義を持つ。

第四に、本件においても一部の裁判所は参拝の違憲判断に踏み込んだ。①および⑥は憲法判断こそ回避しているが、職務該当性審査の際に政教分離違反の疑いに光を当てた。特に①は判決主文で「本件参拝は、…国の内閣総理大臣が行ったものといえる」と明示して憲法 20 条 3 項該当性を認め、違憲判断を暗示している。さらに、④および⑩は目的効果基準に照らして内閣総理大臣による靖国神社参拝を違憲とした⁵⁹⁾。小泉首相・靖国訴訟においても、中曽根首相・靖国訴訟と同様に、原告が真に求めていたのは靖国参拝の憲法判断であった。「傍論」の形での違憲判断について、「訴訟の目的が公権力による違憲行為の統制であれば、他に手段がない場合、当然、傍論での違憲判断も認められるべきであるなどというのは、いささか短絡的」との批判もある⁶⁰⁾。しかし、「国家賠償法の公権力統制機能を重視することが憲法上正当化されるなら、違法性の判断を独立に行ったとしても、それは『傍論』と呼ばれる筋合いのものではなくなる⁶¹⁾。」これは、政教分離の憲法上の位置づけの理解と公権力の統制・抑止に関わる問題であり、全体の中ではあくまで少数であるがこうした判断が現れたこと自体は評価すべきであろう。

最後に以上を総括した最高裁判決である⑭にも触れておきたい。この判決は、一般人の靖国参拝と首相の靖国参拝を同一視している、侵害行為の不存在が被侵害利益の価値判断の根拠となる理由が示されておらず両者の記述が「混線」しているなどの難解な点がみられる⁶²⁾。このため、これまでの評釈の中には、判決中の「不利益の付与」、「圧迫、干渉」の様相と射程を明らかにすることで被侵害利益を認める可能性を示唆するもの⁶³⁾、滝

59) このような「ねじれ判決」を、三審制を基礎とする違憲審査制の否定として批判するものとして、百地・前掲注 51)、142-145 頁。

60) 百地・前掲注 51)、145 頁。

61) 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」ジュリスト 1332 号 (2007 年) 17 頁。

62) 渡辺・前掲注 50)、734 頁。

63) 同上。もっとも、駒村は本件については被侵害利益がそもそも法的に保護されておらず、「侵害行為の態様を論ずるまでもなく、ゼロにはいくら乗じてでもゼロにしかならない」と述べる。

井裁判官補足意見の行間に政教分離違反の指摘を見出すもの⁶⁴⁾、下級審判断の「主流」を追認したものと解するもの等あるが⁶⁵⁾、いずれも同判決の射程については十分に掘り下げられていない。同判決が安倍首相・靖国訴訟の先例として位置づけられ得るのかどうかについては、「4. 検討」において論じる。

これまでみてきたように、小泉首相・靖国訴訟判決は、中曽根首相・靖国訴訟判決の判断枠組みをそのまま踏襲しているわけではないが、侵害行為と被侵害利益の不存在ゆえに請求棄却へと帰着する「主流」の枠組みは維持しつつ、職務該当性判断から事案にアプローチする新しい傾向、すなわち「傍流」が現れた点に特色がある。かかるアプローチにより、裁判所は、一方で参拝行為を首相の私的行為とみなしその余の一切の論点に関する判断を不要とすることもできれば、他方で参拝行為を公的行為と判断することで違憲判断の足がかりとすることもできる。①は職務該当性に加え憲法20条3項該当性を認めたが、結論では被侵害利益の不存在を理由に「主流」に合流した。一方、先に紹介した④は、このような「リスクな手法」を採用していない⁶⁶⁾。ただし、参拝の違憲判断を回避するのであれば、職務該当性を審査し⑩の枠組みで結論づけた方が筋は通りやすく、審査しないこと自体に裁判所の姿勢が表れているとする見方もある⁶⁷⁾。

2. 3. 靖国訴訟における「主流」と「傍流」

これまで、中曽根首相・靖国訴訟判決および小泉首相・靖国訴訟判決を概観してきた。前者は全ての裁判所が参拝に係る「侵害行為」および「被侵害利益」の存在を否定して請求を棄却した。後者についても、概ね同様の傾向をみることができ、これが靖国訴訟判決の「主流」となっている(図3)。ただし、小泉首相・靖国訴訟判決には、かかる「主流」の他に、職務該当性を第一段階において判断する「傍流」がみられる。この「傍流」は、

64) 大川一夫「最高裁判決の補足意見の意義」法学セミナー 629号(2007年)7頁。

65) 井上禎男「靖国参拝違憲等確認請求事件最高裁判決」法学セミナー 621号(2006年)107頁。

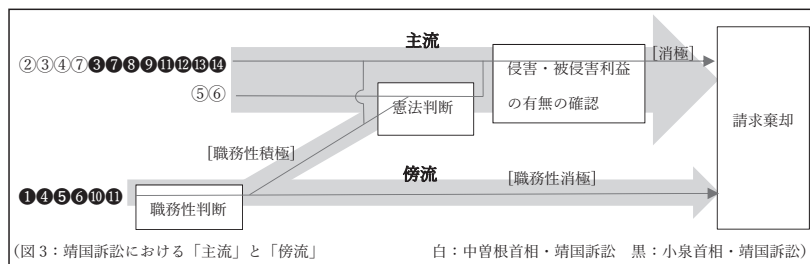
66) 松平徳仁「内閣総理大臣の地位にあるものが靖国神社に参拝した行為の不法行為責任が否定された事例」(自治研究 86巻1号、2010年)136頁。

67) 同上、138頁。

靖国参拝が国賠法上の職務に該当しないとして請求を棄却した大阪高裁平成 17 年 9 月 29 日判決を除き、全てが「主流」に合流している。「傍流」は「主流」の結論に影響を及ぼさないため「判断不要」とする見方もあるが⁶⁸⁾、その意義は上述したように過小評価されるべきではない。

最高裁平成 18 年判決は、「人が参拝する行為自体」の侵害行為性および被侵害利益の存在を否定しており「主流」を総括した。しかし、侵害利益と侵害行為に関する記述は錯綜し⁶⁹⁾、判決中には「参拝する行為自体」は侵害行為となりえず、これを理由に「直ちに損害賠償を求めることはできない」といった含みのある表現が巧みに用いられているため、右判決が「人が神社に参る行為」全般を対象として判断したものなのかは明らかでない。右最高裁判決の射程を検討することは即ち「主流」の対象となる「参拝」の射程を確定することにもなり、今後の靖国訴訟を検討する上で必須の作業となろう。

靖国訴訟には、多数の下級審判決により形成され最高裁判決が「総括」し、それ以降の靖国訴訟の先例とされた「主流」と、少数ではあるが軽視すべきでない「傍流」が存在している。次節では、特に「主流」の範囲を検討しつつ、安倍首相・靖国参拝がこの中でどのように位置づけられるのかを考察する。



68) 木下統一郎「小泉総理大臣の靖国神社参拝訴訟に関する判決の『判決理由の構成』に対する民事訴訟法上の疑問」判例タイムズ 1277 号（2008 年）10 頁。

69) 渡辺・前掲注 50)、730 頁。

3. 安倍首相・靖国訴訟

本件は、いずれも安倍首相が平成25年12月26日に靖国神社に参拝したこと（以下、本節では「本件参拝」とする）、および靖国神社が安倍首相の参拝を受入れたことが、政教分離原則に違反し、ならびに本件参拝が信教の自由、宗教的人格権等を侵害したと主張する原告らが、国に対しては国家賠償法1条1項に基づく損害賠償を、安倍首相に対しては内閣総理大臣としての地位に基づく参拝の差止めおよび民法709条に基づく損害賠償を、靖国神社に対しては安倍首相の内閣総理大臣としての地位に基づく参拝の受入れの差止めおよび民法709条に基づく損害賠償を請求した事案である。

裁判所の認定事実によれば、本件参拝の様子は以下の通りである。

安倍首相は、首相就任前の党首討論会、衆議院予算委員会等において、「前回の首相在任中、靖国神社に参拝できなかったことは痛恨の極みだ。」「国のリーダーが国のために命をかけてきた英霊に尊崇の念を表すことに外国からクレームをつけられるいわれはない。」などと述べた。参拝当日には首相官邸が安倍首相の靖国神社参拝の日程を発表した。

当日、安倍首相は公用車で靖国神社に到着し、宮司の迎えを受け、「内閣総理大臣安倍晋三」と記帳した。続けて、手を水で洗って口を濯ぎ、祓いを受け、鎮霊社を参拝した後、拝殿から本殿に昇殿し、二礼二拍手一礼方式で参拝した。参拝にあたり、氏は「内閣総理大臣安倍晋三」の名で私費から献花料10万円を奉納しており、本殿入り口に設置された生花一對には、「内閣総理大臣安倍晋三」という札が掛けられていた。

参拝後、安倍首相は参集殿にて記者会見に応じ、「前回の首相在任中に参拝できなかったことが『痛恨の極み』との旨を何度も述べ、その上で総裁に選出され、総理大臣となった。これからも参拝の意味を理解してもらうよう努力を重ねる」と発言した。その後、談話「恒久平和への誓い」を⁷⁰⁾、英語、中国語、アラビア語、フランス語、ドイツ語、韓国語、ロシア語、スペイン語付きで発表した。その後の参議院本会議において、本件参拝は「私人の立場で行った」旨述べた。

70) 「安倍内閣総理大臣の談話～恒久平和の誓い～」 https://www.mofa.go.jp/mofaj/a_o/rp/page24_000177.html（最終アクセス：2021年2月14日）

これに対して、戦没者遺族、教育者、神社神道以外の宗教を畏敬崇拝する者、第二次大戦においていわゆる沖縄戦を経験した沖縄在住の者、外国人等が、信教の自由等に対する侵害を主張し、国に対しては国家賠償法1条1項に基づき、安倍首相および靖国神社に対しては民法709条に基づき損害賠償請求等を求め、大阪および東京で出訴した（図4）。

本件参拝についてのみ、以下に原告・控訴人らの主張および判旨を記す。

	請求	職務該当性	政教分離違反	参拝の違法性 (侵害の有無)	被侵害利益 の法益性
①大阪訴訟 ⁷¹⁾ (第一審・控訴)	国家賠償＋ 個人賠償他	－	－	－ (×)	－
②大阪訴訟 ⁷²⁾ (①の控訴審・確定)	国家賠償＋ 個人賠償他	－	－	－ (×)	－
③東京訴訟 ⁷³⁾ (第一審・控訴)	国家賠償＋ 個人賠償他	－	－	－ (×)	×
④東京訴訟 ⁷⁴⁾ (③の控訴審・上告)	国家賠償＋ 個人賠償他	－	－	－ (×)	×
⑤東京訴訟 ⁷⁵⁾ (④の上告審・却下)	国家賠償＋ 個人賠償他	－	－	－ (－)	－

(図4：安倍首相・靖国訴訟 ー：審査無し、○：積極、×：消極、△：その他)

3. 1. 判決の概要

①：大阪地裁平成28年1月28日判決・訟月64巻5号749頁

【原告らの主張】

原告らの中には、靖国神社に合祀された戦没者の遺族、教育者、神社神道以外の宗教を畏敬崇拝する者、台湾在住者、第二次大戦において沖縄戦を体験するなどした沖縄在住者らが含まれている。

原告らは、i個人が、公権力により特定の思想を奨励されたり、これに

71) 大阪地裁平成28年1月28日判決・訟月64巻5号749頁。

72) 大阪高裁平成29年2月28日判決・訟月64巻5号749頁。

73) 東京地裁平成29年4月28日判決・訟月64巻5号749頁。

74) 東京高裁平成30年10月25日判決・判例集未登載、WLJ文献番号
2018WLJPCA10259006

75) 最高裁令和元年11月21日第一小法廷決定・判例集未登載、WLJ文献番号
2019WLJPCA11216014

賛同するよう働きかけを受けたり、又は公権力による圧迫又は干渉を受けることなく、思想、信条、内心を自由に形成し、変更することができる権利（内心の自由形成の権利）、ii 個人が、公権力により特定の思想を奨励されたり、これに賛同するよう働きかけを受けたり、又は公権力による圧迫又は干渉を受けることがない権利（信教の自由確保の権利）、iii 故人と特別の関係にある者が、その故人に対する敬愛追慕の情に基づき、その故人の意思を尊重したり、その故人を回顧し祭祀するかないかについて抱く感情（回顧・祭祀に関する自己決定権）、iv 戦争放棄及び戦力不保持の原則を堅持した社会で生存する権利（平和的生存権）、v 福岡地裁平成16年4月7日判決および大阪高裁平成17年9月30日判決の判断（内閣総理大臣による靖国神社参拝の違憲判断）を内閣総理大臣が遵守することに対する期待権（憲法遵守擁護義務を負う内閣総理大臣に対する期待権）、vi 沖縄在住原告および台湾在住原告らの権利に対する侵害を主張し、国に対して国家賠償法1条1項に基づき、安倍首相および靖国神社に対して民法709条に基づき損害賠償請求を、安倍首相に対して内閣総理大臣としての靖国神社への参拝差止めを、靖国神社に対して安倍首相の内閣総理大臣としての靖国神社参拝受入れ行為の差止めを求めた。

【判旨】 請求棄却、控訴

〔i、ii、iii、viについて〕

「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、不快の念をいただいたとしても、これを被侵害利益として、直ちに損害賠償請求を求めることはできないと解するのが相当である。」本件について、「内閣総理大臣である被告安倍が、一般の神社とは異なる地位にある靖国神社に参拝することにより、一般人が神社に参拝するのと比較して、原告らの内心の自由、信教の自由及び回顧・祭祀に関する自己決定権に対して大きな影響を及ぼすことは認めることはできるものの、被告安倍が参拝し、これを靖国神社が受け入れるという行為は、それが参拝にとどまる限度において、原告らのような特定の個人の信仰生活等に対して、信仰することを妨げたり、事実上信仰することを不可能とするような圧迫、干渉を加えるような

性質のものでないと解される。そうであれば、最高裁平成18年判決と同様に、内閣総理大臣の地位にあるものが靖国神社を参拝した場合においても、原告らが、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。」

[ivについて]

「平和に生存する権利の具体的内容は曖昧不明確であり、…憲法第3章に規定する基本的人権として保障される権利自由とは別に平和的生存権として保障すべき権利、自由が現時点で具体的権利性を帯びるものとなっているかは疑問である」。

[vについて]

「裁判所が、ある事件に関し、社会・経済情勢の変動や国民の権利意識の変化等によって裁判所の判断が変わることもあり得るのであるから、裁判所のある事件に関する判断に対する個人の信頼、期待が、損害賠償等によって法的に保護される利益となるものと解することはできない。」

②：大阪高裁平成29年2月28日判決・訟月64巻5号749頁

【控訴人らの主張】

控訴人らは以下のように主張した。すなわち、i「原判決は、これらの権利（内心の自由形成の権利、信教の自由確保の権利）の侵害の有無について判断せず、控訴人らが主張していない「心情ないし宗教上の感情」を侵害しているかどうか、「不快の念」を抱いたかどうかの問題であるとして争点を矮小化し、控訴人らに、内心の自由の自由形成の権利等について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認めることはできないと判断し」たため、裁判所は「控訴人らが主張する内心の自由形成の権利等が実定法上の権利として認められるかどうかを判断し、そのうえで、それらの権利が侵害されているかどうかを判断すべき」である。また、内閣総理大臣の憲法擁護義務に対する期待権については、『「裁判所のある事件に関する判断に対する個人の信頼、期待」ではなく、…内閣総理大臣が裁判所の違憲判断に従うであろうという期待が違法に侵害されたと主張しているのであるから、裁判所は、この点について判断すべきである』。ii 加えて、原判決が本件参拝の職務行為性について判断していない点は、

政教分離原則に違反するかどうかの憲法判断を回避した致命的な判断遺脱である。

【判旨】 控訴棄却、確定

[i について]

「本件参拝及び本件参拝受入れにより、上記両名が戦死者の遺族としての心情を害されたとしても、これにより権利又は法律上保護されるべき利益を侵害されたとはいえない。」このため、「本件参拝及び本件参拝受入れによって権利または法律上保護されるべき利益を侵害されたとは認められないから、控訴人らの請求は、その余の点について判断するまでもなくいずれも理由がない。」

[ii について]

「民事訴訟事件における判決の理由は、結論である主文を導くのに必要な限度で付すべきものであり、かつそれで充分である。…我が国の裁判所における憲法適合性の判断は、具体的事件を前提とし、その結論を出すに当たって必要な場合に、かつその限度で行われるものである。本件の場合、本件参拝が内閣総理大臣の職務行為といえる場合に初めてこれが政教分離原則に違反するか否かという憲法適合性が問題になる。ところが、本件においては、上記のとおり、結論である主文を導くのに本件参拝が内閣総理大臣の職務行為といえるか否か事態を判断する必要がないから、その憲法適合性を判断する必要があるとはいえないことに帰する。」

③東京地裁平成 29 年 4 月 28 日判決・訟月 64 卷 5 号 749 頁

【原告らの主張】

原告らの中には、靖国神社に合祀された戦没者の遺族、仏教、キリスト教等を信仰する者、非宗教者、外国人（韓国人、中国人、ドイツ人等）が含まれている。

原告らは、i 本件参拝は政教分離原則に違反するものであり、ii 積極的自由（信仰を持つ自由、宗教上の儀式を行う自由等）および消極的自由（特定の信仰を持たない自由、特定の宗教上の儀式を行わない自由等）を包含する信教の自由、iii 親しい者の「生」「死」「霊」につき国家によって意味づけをされない権利（宗教的人格権、具体的には遺族が肉親を本人及び自

己の意思・信条に従って慰霊追悼する権利、生活環境に根付いた宗教的信条を傷つけられない権利、国家神道の宗教教育の恐怖から免れる権利、近親者である戦没者を加害者として追悼する権利)、iv 公権力により特定の思想を奨励されたり、これに賛同するよう働きかけを受けたり、又は公権力による圧迫又は干渉を受けたりすることなく、思想、信条などの内心を自由に形成し、変更することができる権利（思想信条の自由）、v 自ら選択する宗教以外の宗教を受入れない自由や自ら選択する宗教、信念を保持する自由を侵害するおそれのある強制を受けない自由（自由権規約 18 条 2 項上の権利）、vi 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（戦没者遺族の人格権）、vii 平和的生存権（憲法前文）、viii 公権力の担い手が憲法擁護義務を当然果たす者という立憲主義に裏付けられた具体的な期待権（憲法尊重擁護義務遵守に対する期待権、ix 外国在住原告らの権利に対する侵害を主張し、国に対して国家賠償法 1 条 1 項に基づき、安倍首相および靖国神社に対して民法 709 条に基づき損害賠償請求を、安倍首相に対して内閣総理大臣としての靖国神社への参拝差止めを、靖国神社に対して安倍首相の内閣総理大臣としての靖国神社参拝受入れ行為の差止めを、x 国に対しては本件参拝の違憲確認を、靖国神社に対しては本件参拝受入れの違憲確認を求めた。

【判旨】 請求棄却、控訴

[判断の枠組みについて]

「原告らの損害賠償請求については、まず、損害賠償の対象となるような被侵害利益があったといえるかが問題となるところ、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を害されたとし、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り、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というべきである（最高裁判成 18 年判決）。他方で、自己の信仰生活等に対して圧迫、干渉を受けない

権利ないし利益の侵害があった場合には、これを被侵害利益として、損害賠償を求めることができる余地があるものと解される。」本件においては、「内閣総理大臣が靖国神社への参拝を行うことは、一般私人の参拝とは異なり、大きく報道され内外の注目を集め、政治的意義を有することから、これを認識した者の思想、信条、信仰等いかんでは一般人の参拝の場合と比べて不快の念が増幅することはあり得るにしても、それが参拝という行為にとどまる限り、そのものの信仰生活等に対して何ら圧迫、干渉を加えるような性質のものではないことに変わりはないから、最高裁平成18年判決の判断は何ら不合理ではない。」「本件参拝においては、…信仰生活等に対して圧迫、干渉に（原文ママ）加えるような性質を有するに至るものとは到底解されない…。」

〔i について〕

政教分離とは、「いわゆる制度的保障の規定であって、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を確保しようとするものであり、直接に国民の権利ないし自由を保障するものではない。」このため、政教分離に反する国等の行為が「私人に対し宗教上の行為等への参加を強制するなど、憲法が保障している信教の自由を直接侵害するに至らない限り、私人に対する関係で当然には権利ないし自由を侵害することにはならないから、本件参拝について政教分離規定から直ちに原告らに被侵害利益があるとすることはできない…。」

〔ii、iii、ix について〕

「これらは、最高裁平成18年判決が被侵害利益に当たらないと説示する『自己の信条ないし宗教上の感情』の侵害と異なるものではな」い。

〔iv、v、vi について〕

「本件参拝および本件参拝受入れが他人の思想、信条に対して圧迫、干渉を加えるような性質のものではな」い。

〔vii について〕

「平和とは、理念あるいは目的等を示す抽象的概念であって、憲法前文にいう「平和のうちに生存する権利」もこれを主張する者の主観によってその内容、安易が異なり得るものであり、いまだ具体的なものではないから、平和的生存権を被侵害利益と認めるのは困難である。」

〔viii について〕

「国家の公権力を行使する者が憲法を遵守して国政を行うべきことは当然の要請であるから、同条の定める公務員の義務は、いわば倫理的な性格のものであって、それに対する個人の期待が、損害賠償によって法的に保護される利益となるものと解することはできない。」

[xについて]

原告は、憲法が採用するアメリカ型の司法審査制の下でも、厳密な意味での要不要を問わず、裁判所は憲法判断を行うことが許されるところ、本件参拝は内閣総理大臣の靖国神社参拝について内外から批判があるにもかかわらず行われ、これを放置すれば政教分離原則が空洞化するおそれがあるから、裁判所は積極的に憲法判断を行う必要がある旨を主張している。しかし、「我が国の現行の制度における違憲立法審査権の行使は、具体的な事件の解決に必要な場合にその限度で行われるという付随的違憲審査制が採られていることからすると、裁判所が憲法判断を行うのは、その判断が具体的な事件の結論を導くために必要である場合に限られるのであって、事件の結論を導くのに必要な場合を超えて憲法判断を行うことは相当ではないものと解される。」本件については、「原告らの損害賠償請求権、差止請求権の前提となる権利ないし法的利益が侵害されたとはいえず、また原告らの違憲確認の訴えについては確認の利益を欠くものであるから、原告らの各請求について結論を導くために憲法判断が必要であるとはいえない。」

④東京高裁平成30年10月25日判決

（未登載、WLJ文献番号2018WLJPCA10259006）

【控訴人らの主張】

控訴人らの主張は以下の通りである。i 原判決は控訴人らの被侵害利益について実質的に検討することなく、最高裁平成18年判決のみをもって、控訴人らの主張する被侵害利益を否定しているが、そもそも右判決は内閣総理大臣による靖国神社参拝と一般人の参拝を同一視している点で人格権の本質を理解していない不相当な判決であり、先例としての価値に乏しい。人格権とは『人間が個人として人格の尊厳を維持して生活するうえで有するその個人と分離することのできない人格的諸利益』の総称であり、『個人の尊厳』が人格権の本質であり、人格権の侵害の態様としては、人格権の本質が無形的な『個人の尊厳』である以上、『圧迫、干渉』を伴わない

無形的なものによって、『個人の尊厳』を冒すといった態様も当然に考えられ、強制や不利益の付与を伴わない侵害であっても、判例や学説上、法的保護に値すると認められている例は、数多く存在しており、人格的利益の保護範囲は大きく拡大されており、…被侵害権利の範囲は拡大されるべきであって、保護される『人格』の範囲は、人格の侵害行為自体がどの程度違法と評価されるか、侵害行為の態様の評価によって行うしかないところ、本件の侵害行為は、明白に政教分離原則違反であり、違法性が著しいものであるから、必然的に保護されるべき人格の範囲も広がってくると解さざるを得ない…。信教の自由については、被害者側の事情、加害行為の状況、加害者側の事情を判断要素とすべきであって、参拝後に行われた安倍首相のインタビュー等のみ基づいて判断することは失当である。ii 憲法判断の回避については、「違憲の疑いのある国家の事実行為について憲法判断の回避の準則を適用すべきではないし、…内閣総理大臣の靖国神社参拝については、下級審においても政教分離原則に違反するとして、憲法判断がなされで（原文ママ）いるものがあることからすれば、本件においても憲法判断をすることは可能であり、また憲法判断をすべきである。」

【判示】 控訴棄却、上告

[i について]

内閣総理大臣が靖国神社への参拝を行うことは、「それが参拝という行為にとどまる限り、その者の信仰生活等に対して何ら圧迫、干渉を加えるような性質のものではない」とした最高裁平成 18 年判決の判断に不合理な点は見当たらず、控訴人らの主張する人格的利益や信仰の自由等に対する侵害も、「本件参拝がもたらす政治的影響の大きさを勘案しても、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ないから、本件参拝によって控訴人らが精神的衝撃を受け、あるいは不快感を覚えたとしても、これらは最高裁平成 18 年判決が被侵害利益に当たらないと説示する『自己の心情ないし宗教上の感情』の侵害と異なるものではない…。」

[ii について]

「我が国の現行の制度における違憲立法審査権の行使は、具体的な事件の解決に必要な場合にその限度で行われるという付随的違憲審査制が採られていることからすると、裁判所が憲法判断を行うのは、その判断が具体

的に事件の結論を導くために必要な場合に限られるのであって、事件の結論を導くのに必要な場合を超えて憲法判断を行うことは相当ではなく、本件については、本件参拝及び本件参拝受入れによりにより控訴人らの損害賠償請求権、差止請求権の前提となる権利ないし法的利益が侵害されたとはいえず、また、控訴人らの違憲確認の訴えについては確認の利益を欠くものであるから、控訴人らの各請求について結論を導くために憲法判断が必要であるとはいえない。」

3. 2. 検討課題

本件参拝については、以下のような特徴を見出すことができる。

第一に、原告らが最高裁平成 18 年判決滝井裁判官補足意見を意識し、「個別的利益」を前面に押し出した主張となっている点である。①および③で原告は、これまでの訴訟における抽象的な信教の自由、思想信条の自由、平和的生存権等に加えて、「故人と特別の関係にある者が、その故人に対する敬愛追慕の情に基づき、その故人の意思を尊重したり、その故人を回顧し祭祀するかしないかについて抱く感情」(①)、「親しい者の「生」「死」「霊」につき国家によって意味づけをされない権利」(③)といった個別的権利ないし利益を主張している。これに対して、①は「人が神社に参拝する行為自体」は侵害行為に該当しないとして原告らの請求を棄却し、③は右の説示に加えて、原告の主張する信教の自由、宗教的人格権、思想信条の自由を法的に保護されていない「自己の信条ないし宗教上の感情」とみなした。控訴人らは、争点の矮小化(②)、憲法判断の回避(②、④)、最高裁平成 18 年判決が先例としての価値を持たない点(④)を指摘したが、裁判所はいずれも右最高裁判決に依拠しつつ参拝による侵害が存在しない点を指摘し、控訴人らの請求を棄却した。

第二に、いずれの判決も最高裁平成 18 年判決に依拠している点である。ここから、「内閣総理大臣の地位にある者が靖国神社を参拝する行為について、個人の権利ないし利益を侵害するものではないとの判断は、基本的に定着したもの」と考えることができる⁷⁶⁾。しかし、④で控訴人らが指摘

76) 堀川健太郎解説・訟務月報 64 巻 5 号 754 頁。

した右最高裁判決の射程や先例としての価値については十分に言及されていない。これらの判決を正しく評価するには、右最高裁判決の射程を確定した上で、本件の一連の判決の位置づけを確認する必要がある。

第三に、上記で言及した「傍流」については判断不要とされている点である。② ii で控訴人らは、本件参拝の職務該当性が判断されていない点を指摘した。彼らは、職務該当性の判断回避が本件参拝の憲法判断回避を導くという。これに対して裁判所は、判決主文を導く上で職務該当性の判断は必要ないと一蹴した。ただし、本件において右論点が捨象すべき「傍論」といえるのかは、再検討する余地がある。そもそもここでいう「判断不要の法則」は、職務該当性と被侵害利益とが無関係であることを前提とするものである。しかし、本件参拝の前後の状況や安倍首相の発言、原告らの主張はこれまでの訴訟と異なり、それらについて検討することなしに両者が「無関係」であると断ずることはできない。この点は後述する。

①ないし④はいずれも最高裁平成18年判決が総括した「主流」の判断枠組みに基づくものである。しかし先述したように、管見ではそもそも安倍首相・靖国訴訟判決は右最高裁判決の射程に収まるものではなく、本件参拝をめぐる訴訟において右最高裁判決を引用し職務該当性判断を避けたのは、些か早計であるように思われる。以下では、右最高裁判決の射程について考察し、安倍首相・靖国訴訟判決の先例たり得るかを検討する。これは、「主流」の終着点に「被侵害利益と侵害行為の不存在」とは異なる結論を導かんとする小さな試みでもあり、そのことは同時に職務該当性判断の要否の問題に接続する。このため、「傍流」の意義についても触れることとする。

4. 検討

靖国訴訟の「主流」は、中曽根首相・靖国訴訟判決および小泉首相・靖国訴訟判決を通じて形成されてきた。これは、「侵害」および「被侵害利益」の不存在を理由にその余の判断に関わらず原告・被告人・上告人らの請求を棄却するというものであり、最高裁平成18年判決は、「人が神社に参拝する行為自体」の侵害性を否定し、それゆえに「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」としてこれを総括した。安倍首相・靖国訴訟判決は「主流」の判断枠組みを踏襲しており、「職務該当性」の判断から事案に迫るといふ「傍流」の影をそこに見出すことはできない。

裁判所は、安倍首相・靖国訴訟とこれまでの靖国訴訟とを同一類型のものとして扱っている。しかし、後述するように安倍首相の靖国参拝は、中曽根首相や小泉首相による靖国参拝とは性質・態様ともに異なる点があり、最高裁平成18年判決を先例とし得るかについては一考する余地がある。そこで、以下では右最高裁判決の射程について検討し、同判決の先例としての限界について論じる。さらに、小泉首相・靖国訴訟判決との比較を通じて、安倍首相・靖国訴訟において裁判所が職務該当性を判断する余地について考察する。なお、安倍首相・靖国訴訟判決を検討するにあたっては、様々な論点があると思われるものの⁷⁷⁾、本節ではさしあたり先例の射程と職務該当性判断の二点に考察の対象を絞る。

4. 1. 最高裁平成18年判決の射程と安倍首相・靖国訴訟判決

先述のように、最高裁平成18年判決は短い理由づけにもかかわらず論旨明快でない⁷⁸⁾。例えば、「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」ことがなぜ「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」となるのか理由が明確ではなく⁷⁹⁾、なぜこのことは「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」とい

77) 例えば、小泉首相・靖国訴訟判決の枠組みを用いて宗教的人格権、平和的生存権、首相による信教の自由の主張等に関する検討を試みたものとして、成瀬トーマス誠「安倍首相靖国参拝訴訟について」(宗教法35号、2016年)11-18頁。福岡地裁平成16年4月7日判決および大阪地裁平成17年9月30日判決との関係、平和的生存権について言及したものとして、小林直三「安倍総理大臣の靖国参拝に関する初の司法判断」WLJ判例コラム70号(2016年)。ただし、両者ともに大阪地裁平成28年1月28日判決に関するものである。その他、憲法9条との関係や政教分離原則等、議論すべき課題は山積しているが、こうした諸点に関する検討については他日を期したい。

78) 渡辺・前掲注50)、730頁。

79) 同上、730頁。

う結論につながるのかも十分に説明されていない⁸⁰⁾。その一方で、同判決は「直ちに損害賠償を求めることはできない」と留保を付すことで請求棄却の対象となる範囲が無限定なものとなることへの躊躇の姿勢を示している。安倍首相・靖国訴訟判決は、問題とされる参拝行為に関する詳細な分析をしないまま右最高裁判決を先例と位置づけており、後者の側面は捨象された。

しかし、最高裁平成18年判決は、あくまで小泉首相・靖国訴訟に関する判断を示したものであり、法廷意見のいう「人が神社に参拝する行為」が指すのは、小泉首相による靖国参拝である。それゆえ、右判決をあらゆる「参拝」を対象とするものとして扱うのは適切でない。右判決を安倍首相・靖国訴訟の先例とするには、安倍首相による参拝と小泉首相による参拝とが同種の事案であるかどうかを確認する必要がある。

そもそも、「参拝」のあり方は多様である。観光や社会的儀礼の一環としての宗教性を帯びない「参拝」もあれば、神道の形式に則ったいわゆる「正式参拝」もある。また、靖国神社においては敬愛追慕の対象が「お国」のために戦い死没した兵士の総体（靖国神社のいう「英霊」）であり、特定の故人ではない。首相による靖国「参拝」は「英霊」を対象にしているが、原告ら一部にとって慰霊の対象となるのは「英霊」ではなく特定の近しい故人である。

このように参拝の宗教性と崇拝対象の個性に着目すれば、「人が靖国神社に参る行為」を、A 特定の戦没者を神道の宗旨に準拠した形式で追悼する宗教的・個別的参拝、B 集合体である「英霊」を神道の宗旨に準拠した形式で追悼する宗教的・非個別的参拝、C 靖国神社において、宗教的な外形を伴わず特定の故人を追悼する（黙祷を捧げるなど）非宗教的・個別的参拝、D 靖国神社において、宗教的な外形を伴わず戦没兵士を総体として追悼する非宗教的・非個別的参拝に分類することができる（図5）。なお、ここでいう宗教的・非宗教的の分類は参拝の形式・外形に着目したものであって、非宗教的参拝であってもその効果によっては政教分離違反となり得ることに注意されたい。

80) 同上、733頁。

	A	B	C	D
宗教性	○	○	×	×
個別性	○	×	○	×

(図5:「参拝」の形態)

小泉首相・靖国参拝は、外形は「正式参拝」とは異なる一礼にとどまるものであり、参拝そのものの宗教性は低く、特定の故人を追悼するものではないため、Dに該当する。したがって、最高裁平成18年判決の法廷意見が対象とする「参拝」とはDのみである。滝井裁判官補足意見は「例えば緊密な生活を共に過ごした人への敬慕の念から、その人の意思を尊重したり、その人の霊をどのように祀るかについて各人の抱く感情」を「個別的利益」とし、公権力が自己の「意に反して別の宗旨で故人を追悼すること」を拒否できるとした。ここでは、参拝の様相がAであれば被侵害利益を争う可能性が示唆されている。しかし、宗教的・非個別的参拝であるBや、非宗教的・個別的参拝であるCについては、法廷意見・補足意見ともに何も語っていない。

一方で、安倍首相・靖国「参拝」の様相は、記帳後、手を水で洗って口を濯ぎ、祓いを受け、その後鎮霊社を訪れ、続いて一礼して本殿に入り、二礼二拍手一礼を行うというものであった。かかる様相は「正式参拝」そのものであり、中曽根首相靖国参拝前に靖国懇が追悼の方式の問題を配慮すべきとして指摘し⁸¹⁾、実際に避けられた方式であった⁸²⁾。参拝の目的は「英霊」に対して「哀悼の誠を捧げ」、「尊崇の念を表し」、「ご冥福をお祈り」することであった。こうした特徴から、安倍首相・靖国参拝はBに分類することができる。

以上から、最高裁平成18年判決が「侵害」に該当しないとする「参拝」の射程と断言できるのはDのみであるのに対して、安倍首相・靖国「参拝」はBであり、直ちに右最高裁判決を先例とすることはできない。安倍首相・靖国訴訟判決は理由付けなく右最高裁判決の射程にBを加え、「先例」の

81) 資料「靖国懇報告書と政府・自民党見解」法律時報58巻1号(1986年)28頁。

82) なお、芦部は参拝の「形式」より「効果」を問題視し、参拝形式から宗教的な色彩を除いてもなお政教分離違反の疑いがあるとす。芦部信喜、奥平康弘(対談)「靖国問題と憲法—靖国懇をめぐって」法律時報58巻1号(1986年)18頁。

対象を拡大させようとするものであり、Bに該当する内閣総理大臣による宗教性の強い「参拝」が、なぜ別の信条・宗旨に基づき緊密な関係にあった故人に思いを巡らせる原告らに対する宗教的人格権の侵害となり得ないのか検討すべきであった。なお、津地鎮祭最高裁判決は地鎮祭を社会的儀礼としており、かかる見地からは「正式参拝」であっても社会的儀礼の一環とみなされる可能性が高いのが実情ではある。

上記の私見は、最高裁平成18年判決がBのような「参拝」を射程に含んでいるとまでは断言できないとするものである。これは、右判決があらゆる形態(AないしD)の「人が神社に参る行為」を射程としていると仮定すると、国またはその機関による宗教的意義を持つ行為の一切が「侵害」を生じさせない限りで許容され、その結果政教分離原則が完全に骨抜きになることから、そのようなことを最高裁は意図しているわけではないとみる筆者の「見立て」に基づくものである。最高裁平成18年判決の射程を狭く解するならば、安倍首相・靖国訴訟において右判決を先例とすることはできず、宗教的意義を持つ「参拝」と被侵害利益の関係について綿密な検討が必要であった。確かに「英霊」に対して尊崇の念を表することは個別性を欠く。しかし、緊密な関係にあった故人が祀られている当人にとってはまさに個別的問題であり、当人が靖国神社とは異なる信条・信仰を有している場合には尚更である。であるならば、少なくとも外形的に宗教性を帯びた「参拝」については、それが異なる信条・信仰を持つ戦没者遺族に対しては内心、信教の自由への「侵害」となり得る場合があるのではなからうか。このように、靖国参拝はデリケートな問題を包含しているため、少なくとも宗教的中立性が要請される国やその機関は、このような問題から手を引くべきであろう。

4. 2. 職務該当性判断の余地

小泉首相・靖国訴訟において、中曽根首相・靖国訴訟の「主流」の他に参拝の職務該当性に言及する「傍流」が生み出されたことはこれまで述べた通りである。しかし高松高裁平成17年10月5日判決以降、職務該当性は判断されておらず、「主流」が最高裁平成18年判決を通してその後の靖国訴訟の先例となっている。このような傾向は、安倍首相・靖国訴訟判決

の「本件参拝及び本件参拝受入れによって、控訴人らの権利又は法律上保護されるべき利益が侵害されたとは認められない以上、…本件参拝が内閣総理大臣の職務行為といえるか否かを判断する必要はない」、「結論である主文を導くのに本件参拝が内閣総理大臣の職務行為といえるか否か自体を判断する必要がない」（大阪高裁平成29年2月28日判決）という説示に表れている。しかし、これまでの事案における「参拝」の態様および前後の事情と安倍首相・靖国参拝のそれとが同一であることが示されない限り、職務該当性判断が不要であるとはいえないはずである。ただし、本件が国賠訴訟として争われている以上、職務該当性判断はやはり「傍流」にすぎず司法の裁量の範囲内である。職務該当性判断をすべきとの主張には求められる司法像について別途議論が必要となるため、ここでは「判断する余地もある」との立場から、参拝が私的行為であるか公的行為であるかを区別する必要があること指摘するにとどめる。

参拝の態様を比較すると以下のようになる。小泉首相・靖国参拝は、①どのような立場での参拝か氏の発言からは明らかでない⁸³⁾、②公用車の使用・秘書官の随行、③私費での献花料の支出、④内閣総理大臣との肩書の使用、⑤正式な「二礼二拍手一礼」方式ではなく、「一礼」方式、⑥日本遺族会などに公式参拝の意思を伝え（平成13年4月15日）、8月15日靖国神社参拝を公約としていた、⑦首相談話において参拝の前倒しを発表したなどというものであった。一方、安倍首相・靖国参拝の態様を同様の整理に即して示すと、①どのような立場での参拝か、やはり氏の発言からは明らかでない⁸⁴⁾、②公用車の使用・秘書官の随行、③私費での献花料の支出、④内閣総理大臣との肩書の使用、⑤二礼二拍手一礼や祓いを含む「正式参

83) 大阪高裁平成17年9月30日判決の認定事実によれば、以下のような発言をしている。「首相として二度と戦争を起こさない気持ちからも参拝しなくてはならない。…公式とか非公式とかは未だに分からない」（平成13年5月14日）、「公的とか、私的とか、私はこだわりません。内閣総理大臣である小泉純一郎が心を込めて参拝した。」（平成13年8月13日）、「私人小泉純一郎が個人的な信条に基づいて参拝しているので、私的参拝と言っていいかもしれない」（平成16年4月7日）、「内閣総理大臣である小泉純一郎が参拝しているが、内閣総理大臣の職務として参拝しているものではない」（平成17年5月20日）

84) 大阪地裁平成28年1月28日判決の認定事実によれば、以下のような発言をしている。「国のために尊い命を落とした英霊に尊崇の念を表すのは当たり前。」（平成25年4月24日）、「この参拝は、私人の立場で行ったものであって、また、供花代を公費から支出しておらず、憲法の政教分離原則に反する可能性があることのご指摘は当たりません。」（平成26年1月29日）

拜」の方式、⑥前任中に靖国神社に参拝できなかったことを「痛恨の極み」と総裁選、衆院選を含め何度も述べていた、⑦参拝に先立ち首相官邸が日程を発表し、参拝後、参拝の理解を呼びかけ、複数言語で、本件参拝に関する談話「恒久平和への誓い」を発表したなどといったものである。

両者の最も大きな違いは⑦にみられる。⑦からは、職務該当性を判断する意義を見出すことができる。靖国参拝の公私の区別はそもそも相対的であり、判断が難しい⁸⁵⁾。したがって、その基準は各裁判所の判断により絶えず形成されてゆく必要がある。長期にわたり判断を怠る場合、基準はあらぬ方向にずれ込むことがある。当初「私的参拝」とされた要件（公用車の不使用、公職者を伴わない、公金支出無し、肩書不使用）と比較すれば、本件は公金からの支出がないのみで、⑦にみられるように、安倍首相は国のリーダーとしての地位を意識した各種発言をしている。にもかかわらず、氏は「私的参拝」を明言している。こうした基準のズレは、職務該当性判断を重ねることで是正する以外ない。かかる観点からは、職務該当性は判決主文に必須でこそないものの判断するのが望ましいといえよう。

なお、⑤も先述したように「参拝」の性質を分ける決定的な違いである。仮に「参拝行為」の侵害性およびそれによる被侵害利益が認定された場合には、職務該当性が国家賠償請求の成否を分けるということになる。

5. 結びにかえて

従来の靖国判決の「主流」は、「仮に、本件公式参拝が、憲法の前述各規定に違反するとしても、本件公式参拝により、法律上、保護された具体的な権利ないし法益の侵害を受けたことはないし、また慰藉料をもって救済すべき損害を被ったこともない」（福岡地裁平成4年2月28日判決）との立場に立ち、靖国参拝をめぐる憲法問題から目を背け、専ら侵害と被侵害利益の有無に拘るというものであった。最高裁平成18年判決を「主流」の射程を限定するものとして解釈し原告らの権利ないし利益を救済する方途もありながら、安倍首相・靖国訴訟判決においてその可能性は生かされず、反対に「主流」の射程が暗黙裡に拡大される結果となってしまった。

85) 木下・前掲注68)、9頁。

これまで計四判決が内閣総理大臣による靖国参拝の憲法判断に踏み込んだ。しかし、これはあくまで「主流」の枠内にとどまり、かえって福岡地裁平成4年2月28日判決の立場を強化したように思われる。内閣総理大臣による靖国神社参拝は、もとより政教分離原則に違反する疑いが指摘されていた。そして、靖国訴訟の原告・控訴人らは、この点を指摘し続けてきた。しかし、裁判所は政教分離原則を「制度的保障であるがゆえに直接に信教の自由を保障するものではない」とし⁸⁶⁾、靖国訴訟がはらむ憲法問題に立ち入ろうとしない。安倍首相・靖国訴訟も同様である。

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事柄であるから、世俗的権力である国家は、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原則である。わが国では、第二次世界大戦以前、大日本帝国憲法に信教の自由を保障する規定を設けていたが、その保障は「安寧秩序を妨げず、及び臣民たるの義務に背かざる限りにおいて」という制限を伴うものであり、国家神道は事実上国教的な地位が与えられ、国家神道に対する信仰が要請され、一部の宗教団体に対して迫害が加えられていたこともあり、不完全なものであった。こうした過去を踏まえ、新憲法では新たに信教の自由を無条件に保障することとし、その保障を一層確実なものとするため、国家といかなる宗教との結びつきをも排除するため、厳格な政教分離規定を規定したのである（津地鎮祭最高裁判決）⁸⁷⁾。それゆえ、確かに政教分離には人権規範としての側面もないではないが⁸⁸⁾、これは第一義的には国家の基本原則そのものとし

86) 政教分離を制度的保障とすることを「戦後憲法史上最大のスキャンダル」とするものとして、さしあたり石川健治『自由と特権の距離－カール・シュミット「制度的保障」論・再考』（日本評論社、2007年）130頁以下を参照。

87) ただし、同判決は「厳格な政教分離」を「理想」とし、以下のように続く。「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、国家は実際ある程度のかか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」

88) 例えば、横田は「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主ずる間接的な圧力からの自由を俗人に保障している人権条項とみることができる」と述べる。横田耕一「『信教の自由』と『政教分離原則』」判例タイムズ 385号（1979年）81頁。

て捉えるべきである⁸⁹⁾。そうであれば、たとえ人権侵害の事案として構成できずとも、国家原則に対する違反は除去されるべきではなからうか。こうした状況の中で醸成されるのは、宗教的少数者への「寛容」ではなく、「無関心」である。

日本人の多くの心性においては、宗教的雑居性が認められる⁹⁰⁾。そのため、特定宗教を信仰している場合にも「寛容」の精神により他宗教を排斥せず、時・場所により宗教を使い分けることもある。ところが、「宗教的潔癖感を有する者がその潔癖感の故に他宗教の儀式等への参加を拒否したような場合、調和を乱すものとして強度の異和感をもって迎えられ、ひいては異端視されてゆく」ことがある⁹¹⁾。このような事情の下で、靖国神社や護国神社で死者が英霊として祀られることは当然かつ有難いことであり、我が国で護国神社の合祀に異を唱えることは、きわめて奇異な現象であるばかりか、非国民的な事態である⁹²⁾。内閣総理大臣による靖国参拝、世論の反応、反対者に向けられる視線は、こうした日本独特の風土を反映している。靖国参拝問題のみならず、自衛官合祀事件や日曜日授業参観事件⁹³⁾、剣道不受講事件など⁹⁴⁾、少数者への「無関心」が随所に表れている。「不寛容」が違法行為として顕現するならば争うことができる。しかし、「無関心」が生み出す精神的自由への侵害に対しては立ち向かう術がなく、かえって損害を被った者に対して「寛容」を説き伏せるのが現状である。憲法が「いかなる」という文言を駆使して厳格な政教分離原則を設け、また信教の自由を戦前に増して篤く保障していることの意味を、改めて問うてゆくべきであろう。

89) このような見解として、例えば相沢は、「政教分離は人権そのものではない。人権たる信教の自由を実効的にする方法である。」と述べる。相沢久「日本国憲法下における国家と宗教」ジュリスト総合特集21(1980年)223頁。横坂は、「制度的保障たる政教分離原則を人権と解するのは牽強附会である。」と断じる。横坂健司「内閣総理大臣の靖国神社公式参拝」別冊ジュリスト217号(2013年)105頁。

90) 上田勝美「信教の自由の保障－憲法学的に見た若干の論点」(宗教法2号、1984年)60頁。

91) 横田・前掲注88)、74頁。

92) 同上。

93) 東京地裁昭和61年3月20日判決・行集37巻3号347頁。

94) 最高裁平成8年3月8日第二小法廷判決・民集50巻3号469頁。