

# 靖国問題と靖国訴訟

平野 武（龍谷大学）

## 1 はじめに

現在日本においては宗教をめぐる多くの問題が噴出している。宗教が多角的に存在している以上、宗教をめぐる紛争も複雑多様な形をとることは当然であるが、法的レベルでも種々の紛争がある。宗教団体内部の法的紛争はあとをたたず、また、宗教法人法の改正にかかわる問題、情報公開法をめぐる問題、税制に関する問題等々議論はつきることがない。現在では信教の自由や政教分離をめぐる判例も集積されている<sup>1)</sup>が、それらの評価に関しても意見の対立がある。憲法改正が現実問題になりつつある今日、宗教に関する憲法の規定の見直し論についてもこれから議論が沸騰するであろう<sup>2)</sup>。宗教へのまなざしが多様なだけに議論の性格もきわめて多様である。

以上のような宗教をめぐる問題の中で靖国神社（正式には「靖國」神社と表記され、法人登記上もその字が使用されているが、本稿では一般に使用されている「靖国」を用いる）をめぐる問題は最も激しい論争の対象になっている。靖国神社は、戦前は陸軍省・海軍省が管理する神社（一般の神社は内務省が管轄）であったが、現在は宗教法人法による単立の宗教法人である。しかし、戦後も引揚援護局等の協力のもと戦没者等を合祀しつづけ、また、後に触れるように政府により「特別」な扱いをされてきた神社である。靖国問題が特別な意味をもつのは、それが法的問題・憲法問題であるだけでなく、周知のとおり政治上の問題、外交上の問題、歴史問題・歴史認識の問題、イデオロギー問題でもあるからであるが、その前提に靖国神社が、今日246万柱以上の祭神を合祀する巨大な神社であり、戦没者「慰霊」の中心的施設であるという事実がある。

この事実をどのように評価するについて立場の相違がある。

いわゆる「靖国問題」といわれるのは大きな広がりをもつ問題であり、それは例えば、現在の議論的になっているA級戦犯合祀やそれにまつわる分祀論、首相の参拝問題、国立追悼施設問題や政教分離に関する規定の憲法改正問題等々からなる問題群である。さらにはその前提に護国神社、忠魂碑との関係や戦没軍人・軍属等を祭神（いわゆる「賊軍」や空襲等で死亡した一般市民は除外）としていることとの関係で軍国主義との関係をどう考えるかという問題、ポツダム宣言、「自由指令」と宗教団体の廃止、「神道指令」との関係で今日の靖国神社をどのようにとらえるかという問題等がある。それらに共通しているのは、国家神道体制の中でも戦争に深く関わった神社に対する評価の問題であり、日本国憲法の基盤に関わる根本問題としての政教関係のあり方への問である。

靖国問題は日本の過去が投影されている問題であるが、国際化が進む中でのこれからの日本のありかたに関わる問題でもある。アジアに向き合う日本、世界の中での日本のありかたの問題であると同時に個人の尊重・尊厳を基調とする日本国憲法と民主主義の維持と発展にかかわる問題であるといえよう。

ところで靖国神社は古くからの御霊信仰を基盤にしているといわれることがあるが、靖国神社は天皇のために忠死した「忠魂」を祀る別格官幣社であり、創建以来倒幕運動の中で倒れた勤皇の志士や官軍側の戦死者を祀り慰霊・顕彰してきたことを忘れてはならない。靖国神社は、その後、日清、日露の戦争を経て対外戦争での戦死者・戦没者を祀る神社へとその性格を変えていったが、その中で靖国神社は戦没者を国家の「英霊」として慰霊・顕彰することすなわち死者を国家的観点から管理することによって国民の生き方を管理したのである。靖国問題はその意味でも「戦没者追悼」のあり方を超える問題である。また、死に関して個人と国家との関係をどう考えるかという問題である<sup>3)</sup>。このことに関しては追悼、慰霊、顕彰の意味をどのように考えるかも吟味されるべきであろう。

そのような「靖国問題」については多様な角度から議論がなされうるし、現に多種多様な議論が交錯しているが、ここでは問題を限定して、裁判（いわゆ

る靖国訴訟)との関連で若干の検討を加えたい。「靖国問題」を扱った書物、論攷はすでに数多くあり、小稿で概論的な議論をする必要はないであろうし、法的観点からこの問題を取り上げる場合、訴訟を無視することはできないと考えるからである。

靖国訴訟にも歴史的経緯がある。日本遺族会等の支援のもと靖国神社の国家護持を目指した靖国神社国家護持運動から靖国神社公式参拝運動への転換という経緯の中で靖国訴訟をとらえることが必要である。靖国神社国家護持は政教分離原則に反するとの批判にさらされたので、いわゆる靖国神社法案<sup>4)</sup>は、その批判回避のために靖国神社の宗教性を「排除」しつつ靖国神社の国家護持を実現することを柱にしていた。その内容について若干の例を紹介すると、例えば自民党「靖国社草案要綱」(昭和31年3月)では、「靖国社は、国事に殉じた人々を奉斎し、その遺徳を顕彰し、もって国民道義の高揚を図るとともに恒久の平和の実現に寄与することを目的とする(1条)、とし、靖国社は、宗教的教義を流布し、信者を募り、これを教化育成してはならない(2条)とするが、内閣総理大臣が靖国社に対して報告及び検査する権限を認め(25条)、国等に補助金、貸付金の支出を行いうること(26条)を定めていた。しかし、靖国神社の名称を靖国社に変更することには靖国神社や遺族会から強い抵抗があったので、その後の法案は靖国神社という名称を使用しながら、「宗教団体とする趣旨のものと解してはならない」(昭和42年6月いわゆる村上案2条)という解釈規定を置くものが多い。1974(昭和49)年に衆議院に上程された「靖国神社法案」(いわゆる根来案)も第2条「解釈既定」において「この法律において「靖国神社」という名称を用いたのは、靖国神社の創建の由来にかんがみその名称を踏襲したのであって、靖国神社を宗教団体とする趣旨のものと解釈してはならない。」とし、第5条「非宗教性」では、「靖国神社は、特定の教義を持ち、信者の教化育成をする等宗教的活動をしてはならない。」とする。同法案は、また、内閣総理大臣が法人である靖国神社の理事及び監事を任命すること(12条)とし、靖国神社の監督をし(34条)業務の報告をさせ、検査させることができる(35条)とする。第32条では、国は靖国神社の経費の一部を負担・補助するものとする<sup>5)</sup>。

上記のところからも分かるように、これらの靖国神社法案にはそもそも多くの無理があった。また、靖国神社の宗教的自律性を否定することに反発する意見もあり、靖国神社の国家護持を進める側においても種々の不協和音が生じた。靖国神社法制定は結局ひとまずは「挫折」せざるを得なかったのである<sup>6)</sup>。

## 2 靖国神社公式参拝推進と岩手靖国訴訟

靖国神社法制定が「挫折」したあと、靖国神社国家護持をすすめる側では、靖国神社公式参拝を推進する運動へと戦術を転換し<sup>7)</sup>、まずは地方議会での公式参拝推進決議を実現することを目指すことにした。中心となったのは「英霊にこたえる会」である。以下、地方議会での公式参拝推進決議にかかわる岩手靖国訴訟をとりあげ、ついでその他の靖国神社に関する判例のいくつかを見ることにする。いずれもよく知られたものであり、詳しく紹介する必要はないと思われるが、判例の流れの検討に欠かせないので、その概略を敢えて示したい。

靖国神社国家護持運動から靖国神社公式参拝運動への展開の中で各地の自治体の議会で公式参拝の推進に関わる決議がなされている。このような決議は数多いが、岩手県議会の推進決議に関わっては訴訟が提起された。以下、まず同事件の盛岡地裁判決（昭62・3・5）について見ておきたい。

同判決は、岩手県議会での靖国神社公式参拝推進決議をめぐる訴訟と靖国神社への玉串料支出についての訴訟に関わるものであり、訴訟は地方自治法242条の2にいう住民訴訟として提起された（被告は決議に賛成した議員、議長等である）。第一審判決は、原告住民の請求を棄却した。判決は公式参拝推進決議事件に関し次のようにいう。信教の自由は天賦の人権の最たるものであり、それは公人であることにより制限されない。内閣総理大臣等は私人として思想および良心の自由、信教の自由を有し、かつまた政治的中立を要求されない公人たる政治家として、自己の信念に従って行動することはいうまでもなく、私人として許容されていることが、公人として否定されることはない<sup>8)</sup>。ただし、公式参拝は国の行事として行えば違憲と判断される。同判決は、玉串料事件に関しては靖国神社への玉串料支出は戦没者慰霊のための社交的儀礼とし

た。

これに反して、同事件仙台高裁判決（平3・1・10）は違憲判断を示した。仙台高裁は、公式参拝推進決議事件について、議員らには靖国神社公式参拝、玉串料支出に関して違法でないと認識した点について過失がないことを理由に住民側敗訴（上告せず確定）の判決を出したが、その中で目的効果論に依拠しながら<sup>9)</sup>も、公式参拝はその目的が宗教的意義をもち、その行為の態様からみて、特定の宗教への関心を呼び起こし、その直接的影響だけでなく、潜在的な影響および間接的、潜在的動向を総合考慮すれば、政教分離原則に照らし相当とされる限度を超える、との判断を示した。そして、玉串料支出については、知事に指揮監督上の義務違反がないとした（住民側敗訴）が、その目的を客観的にみればそれが戦没者追悼という儀礼的、世俗的側面を有するとともに春秋の例大祭、夏のみたま祭に際し、祭神に畏敬崇拝の念を表するものであるから多分に宗教的側面を有しているとした。

仙台高裁判決は、住民側敗訴の判決を示しながら、公式参拝、玉串料支出について特定の宗教への関心を呼び起こすものとしたが、そこでは直接的影響だけでなく、潜在的な影響および間接的、潜在的動向が考慮されていることが注目値する<sup>10)</sup>。また、同判決では裁判において実際求めていた判断に関しては勝訴した側と敗訴した側が逆転している。これはいわゆる「ねじれ」判決といわれるものである。そして、敗訴した側が実質的勝訴と考え上告しないと判決はそのまま確定する。本件もそのような結果になったのであり、そのことを問題にする議論も存在する。

なお、村の靖国としての忠魂碑<sup>11)</sup>をめぐる訴訟がこの時期提起されており、注目すべき判決が出ている。箕面市移設・再建事件大阪地裁判決（昭57・3・24）では目的効果論により違憲判決（過度のかかわり論が採用された）が出されている。そこでは忠魂碑の性格について国家神道、靖国神社との関係を検証しながら宗教性を認定している<sup>12)</sup>。しかし、同慰霊祭判決（昭58・3・1）では教育長参列は私的行為とされた。公務員が宗教上の儀式に参加することは、それが如何なる目的で、如何なる必要から行われものであっても常に私人としての行為とであると解するほかはない、との判断が示されたのである。併合事件

の大阪高裁判決（昭62・7・16）、同事件最高裁判決（平5・2・16）では忠魂碑を単なる記念碑として（靖国神社との関係を強調する主張に対して靖国神社と切り離し）合憲の判断がなされている。箕面市遺族会補助金訴訟大阪地裁判決（昭63・10・14）では「国家神道消滅論」により住民側の主張が退けられており、同事件最高裁判決では忠魂碑は記念碑との判断により住民側が敗訴している<sup>13)</sup>。

「国家神道消滅論」は無視し得ない問題を孕んでいる。国家神道体制はすでに消滅をしたとし、政教分離を緩和させる思考は、戦後、靖国神社、忠魂碑の意味も変化したという結論を導く。時期的にはやや後になるが、大分抜穂の儀訴訟地裁判決も国家神道が消滅したとする判断を示している（大分地判平6・6・30）。しかし、国家神道が消滅してしまったとして政教分離を緩和する見解については、慎重なアプローチが必要であろう<sup>14)</sup>。国家神道の理解があらためて問題になろう。なお、大嘗祭関連訴訟においては天皇の象徴的地位を強調する（そのような地位に敬意を払うことを正当化する）ことによって違憲の主張を退ける判決も存在していることに注意しなければならない。現在、国家神道、国家神道体制について従来の理解を見直す議論も登場している<sup>15)</sup>。国家神道についてのこれまでの理解には問題がないわけではなく、実証的歴史研究に基づいて是正していくべきところを是正するのは当然のことといえる。そのような研究はこれからも進めなければならない。しかし、そのような研究が、一つのイデオロギーとして機能し、結果として政教分離を形骸化するようであれば話は別であろう。

### 3 中曽根首相公式参拝訴訟と自衛官合祀訴訟

本格的な靖国公式参拝訴訟が提起されるのは、中曽根首相（以下、肩書はすべて当時のもの）による「公式参拝」が実施されたときである<sup>16)</sup>。「戦後政治の総決算」を叫び、「国のために倒れた人に対して感謝を捧げる場所がなく、誰が国に命を捧げるか」という趣旨の発言をしていた中曽根首相は、1985年8月15日に「内閣総理大臣たる中曽根康弘」として靖国神社へ「公式」参拝した<sup>17)</sup>。公式参拝実施のための準備として、前年の84年8月、藤波官房長官の私的諮問

機関として靖国神社問題懇談会が設置され、翌年報告書が出されている。政府は、1980（昭和55）年11月17日にいわゆる公式参拝について政府としては違憲とも合憲とも断定していないが、このような参拝が違憲ではないかの疑いをなお否定できない、との統一見解を示していたが、その違憲との疑いを「克服」するためにまとめられた報告書の内容は、国民や遺族の多くが靖国神社を戦没者追悼の中心的施設と見ており、内閣総理大臣その他の国務大臣が同神社に公式参拝をすることを望んでいるとした上で、参拝方式の工夫によって憲法の政教分離規定に反しない公式参拝は可能（懇談会内部では反対意見はあった）というものであった<sup>18)</sup>。この意見書に基づき8月14日に藤波官房長官は、首相らが公式参拝を行う旨の談話を発表。翌日、中曽根首相は、黙祷・一礼方式による公式参拝を行ったのである。その際、公費から供花料も出されている。

このような公式参拝に対して「英霊にこたえる会」等は高く評価したが、厳しい批判もあった。海外からは日本の軍国主義により多大の被害を受けた中国や韓国の反発があったが、日本国内でも多くの疑義が出された。そして、この問題について司法の判断を求めようとする人々もあり、大阪、姫路、福岡で訴訟が提起された。各地の訴訟は公式参拝の政教分離原則違反（違憲性）を主張する訴訟であったが、国賠訴訟という形をとったので、原告らの権利侵害を主張せざるをえなかった。そこでは、平和的生存権、信教の自由、政教分離人権説、宗教的人格権、宗教的に意味づけられない権利（憲法20条3項）等が主張されたが、中心となったのは宗教的人格権<sup>19)</sup>である。そして、そのような宗教的人格権の主張が依拠したのは、自衛官合祀訴訟山口地裁判決（昭54・3・22、なお二審広島高裁判決も基本的に支持）であった。

上記地裁判決については周知のところであるが、確認のため概要を示しておきたい。同判決は、次のようにいう。一般に人が自己もしくは親しい者の死について他人から干渉を受けない静謐の中で宗教上の感情と思考を巡らせ、行為をなすことの利益を宗教上的人格権の一内容としてとらえることができると解される。人が自己の死に対してこのような人格権を有することは明らかであると考えられるが、他人の死に対しても、これを肯定しうるかは一応問題となる。しかし人は現世において自己に最も近い者として配偶者と共同の生活を営



み、精神生活を共同にするものであるから、配偶者の死に対して自己の死に準ずる程の関心を抱くのは通常であり、従って他人に干渉されることなく個人を宗教的に取扱うことの利益も、右にいう人格権と考えることが許されると解される…原告が自己の信じる宗教によって亡夫を記念し、その死の意味を探ろうとしているとき、他人よって勝手に亡夫を神社の祭神として祀られ、永代にわたって命日祭を斉行されることは決して些細なことではない。人が自己もしくは親しい者の死について他人から干渉を受けない静謐の中で宗教上の感情と思考を巡らせ、行為をなすことの利益を宗教上の人格権の一内容としてとらえることができる<sup>20)</sup>。

中曽根首相公式参拝訴訟は、遺族以外の者が原告に加わっている点で自衛官合祀訴訟と異なる点がある。それ故、中曽根首相公式参拝訴訟で主張された宗教的人格権は、国家による宗教的意味づけからの自由等の新しい要素が加えられている。しかし、中曽根首相公式参拝訴訟に対する各地の判決は、自衛官合祀訴訟最高裁判決（大法廷判決平63・6・1）の宗教的人格権否定の実質的影響（但し引用はない）を受け、これらの訴訟における原告らの主張を退けた。

宗教的人格権について自衛官合祀訴訟最高裁判決は、周知のとおり、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のあるのは、その心情としては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とするならば、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、といい、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、とした。寛容論が宗教的人格権否定の論理として登場していることに注意すべきであろう。なお、判決には坂上裁判官、伊藤裁判官の反対意見がある<sup>21)</sup>。

自衛官合祀訴訟最高裁判決には種々の問題点がある。まず、原告・被上告人は合祀「申請」による法的利益侵害を争っているのに、最高裁は被告ではない



県護国神社の合祀自体による法的利益侵害について検討していることに問題があるろう。最高裁は、合祀申請によって法定利益が侵害されるか否かを判断すれば足りるところ、当事者間で真剣に争われた争点ではなく、また、最高裁自身当事者の利益とは不可分一体とはいえないと考えている（最高裁判決は合祀申請の事実を合祀と併せ一体として評価すべきでものではない、という）事項について判断しているのである。少なくともこのような判断の「判例」としての意味については疑問を感じざるを得ない<sup>22)</sup>。

以上の疑問をさておいても、宗教的人格権について、祀る側の信教の自由を妨げることをもってこれを否定する論理には説得力があるとは思われない。祀る側の自由を認めながら祀られない自由を認めることは可能である。祀る自由を認めることが祀られない自由を否定することにならないことは、名誉権やプライバシー権を表現の自由を妨げるとして否定することはできないことを想起すれば理解できるはずである。祀る自由と祀られない自由をともに認め両者をどのように調整するかを検討すべきである。付言すれば、宗教的人格権を成熟した権利として認め得ないとしても不法行為法上救済されるべきものとするのは十分可能である（伊藤裁判官反対意見参照）。この観点からしても被侵害権利・利益の柔軟な解釈すなわち祀られない利益の承認が認められるべきであろう<sup>23)</sup>。

寛容論については、本来マイノリティーについて権力者・多数者に要求すべきものであり、力弱き少数者に寛容をとくことはノンセンスであるといえる。自衛官合祀訴訟最高裁判決は、護国神社と一個人の力関係を無視した議論を展開しているのである。寛容について論じるのであれば、憲法13条の個人の尊重、民法2条（当時の民法1条の2）の個人の解釈基準における個人の尊厳を根拠にすべきであろう。

なお、自衛官合祀訴訟最高裁判決は、政教分離と信教の自由の関係についての基本的考え方を示している。それは津地鎮祭訴訟最高裁判決を踏襲したもので、いわゆる目的効果論の再確認である<sup>24)</sup>。津地鎮祭訴訟最高裁判決については多くの批判がなされているが、同判決が政教分離規定を信教の自由を保障するための制度的保障の規定と解しながらも、宗教に対して圧迫・干渉があれば

信教の自由を侵害する国家の宗教的活動として違憲判断を導くとしていることは注目すべきであろう。そこでは政教分離は信教の自由を保障するための制度であり、政教分離は信教の自由を侵害しない限り相対化されるが、圧迫・干渉があればそのような国家の宗教的活動は禁止されるとの考え方を示していたのである<sup>25)</sup>。自衛官合祀訴訟最高裁判決はその考え方を踏襲しているが、上記の観点からすると判決が「圧迫又は干渉が加えられた事実については、被上告人において何ら主張するところがない。」と述べているところは注目されよう<sup>26)</sup>。圧迫・干渉が主張・立証できれば、政教分離違反の判断がなされ、その結果、合祀による人権侵害に対する救済が認められると解されるのである。

以上のように吟味すべき点が多々ある自衛官合祀訴訟最高裁判決であるが、そこでの宗教的人格権否定論を下敷きにして、関西靖国訴訟大阪地裁判決（平1・11・9）は次のように判示する<sup>27)</sup>。信教の自由に対する侵害があったというためには、少なくとも信教を理由とする不利益な取り扱い、もしくは宗教上の強制が具体的に存することが必要不可欠である。宗教的人格権ないし宗教的プライバシー権なるものは、実定法上の根拠を欠き、その内容が極めて個別的、主観的、抽象的なものであり、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。

九州靖国訴訟福岡地裁判決（平1・12・14）は次のようにいう。原告らが不快、怒り、あるいは国家神道の復活に対する危惧の念等を抱いたであろうことは容易に察知しうるところであるが、宗教的人格権、宗教的プライバシー権、平和的生存権なるものが、内閣総理大臣の靖国神社参拝による国家賠償法上法的保護に値する明確な権利とあるとまで認めることは困難であるから、右のような感情を生じたからといって、原告らの権利が侵害されたとまでいうことはできない。

播磨靖国訴訟神戸地裁姫路支部判決（平2・3・29）はいう。宗教的人格権は実定法上その根拠を欠いているのみならず、その内容は、本件公式参拝によって原告らが抱いた不快感、憤りや怒りあるいは戦前のような国家と神道の結び付き復活への危惧感といった宗教上の感情にすぎず、かかる宗教上の感情は主観的、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)としては認められない。

上記の裁判では原告らの権利侵害の主張はすべて退けられた<sup>28)</sup>が、注目すべきは、「繰り返されると違憲」とする判決(福岡高裁平4・2・28)があることである。同判決は、参拝は一度に止まっており合憲としたが、しかし、繰り返されると違憲であるとの判断を示している。判決は原告・控訴人敗訴であったが、控訴人側は上告せず、一種の「違憲判断」が確定した。また、「違憲の疑い」を示した判決(大阪高裁平4・7・30)もある。同判決は、違憲であると断定し難いが、その場所、一般人に与える効果、影響、その他の諸事情を総合し、社会通念にも従って考えると、本件公式参拝は政教分離規定に違反する疑いがあるとしたのである。この判決に対して原告・控訴人側は上告せず、ここでも「違憲疑義判決」が確定した。これらもいわゆる「ねじれ」判決といえよう。

#### 4 中曽根首相公式参拝訴訟後の展開

中曽根首相公式参拝訴訟が闘われたのは、1989(平成1)年から1992(平成4)年である。その後も信教の自由、政教分離をめぐる訴訟は絶えることはなかった。その中で岩手靖国訴訟仙台高裁判決(平3・1・10)が出されている(一審判決は昭62・3・5)が、これについてはすでに触れたところである。時間が前後するところがあるが、もう一つ言及すべきは、愛媛玉串料訴訟である。同事件に関する第一審判決(松山地判平1・3・17)も県知事の靖国神社への玉串料支出について違憲判断を示したが、そこでは目的効果論に依拠しながらも、目的効果の基準を厳しくしたことが注目される<sup>29)</sup>。同判決では「目的」の客観的側面が重視され、また、「象徴的結び付き」という概念が使用された。同判決は、玉串料支出を支出者の主観的意図とは別に、靖国神社の祭神そのものに対して畏敬尊崇の念を表するという一面が、含まれてこざるを得ないといひ、また、玉串料の支出は、経済的な意味は別にして、精神的側面から見ると、「象徴的」な役割の結果として靖国神社の宗教活動を援助、助長、促進する効果を有するものということができるとした。同判決は、また、注目すべきことに各人の信仰の如何にかかわらず、靖国神社の祭神に対して畏敬尊崇の念をもつのは当然であるとの考え方が定着するといわゆる宗教的少数者の信仰の自

由を踏みにじる結果を招きかねないとし、このような結果が生じるのを防ぐことが政教分離の目的であるとの認識を示している。

しかし、同事件二審判決（高松高判平4・5・12）は、玉串奉納を社会的儀礼とし、知事の支出の目的は宗教的意義がないとした。効果に関わる判断においても知事の行為は靖国神社に特別の関心と呼び起こすものではない、とされた。原告・被上告人が上告し、愛媛玉串料訴訟は、最高裁で審理されることとなったが、周知のとおり、そこでは画期的な判断が示された。

すなわち同事件最高裁判決（大法廷平9・4・2）は、目的効果論に従い違憲判断を示したが、そこでは目的の客観的把握がなされ、効果における「印象」が問題とされたのである。最高裁判決は、県が当該特定の宗教団体を特別に支援しており、それらの宗教団体が他の宗教団体と異なる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、とした<sup>30)</sup>。同判決は、目的効果論をとりながらも玉串料奉納は社会的儀礼に過ぎないものではなく、県のかかわりは、特定の宗教への関心と呼び起こすものといわざるをえないと述べている。また、憲法制定の経緯に照らせば、玉串料奉納は相当数の者がそれを望んでいるとしても、憲法上許されるものではないとも判示していることも注目される。同判決は最高裁大法廷判決であり、当然のことながらその影響力は極めて大きなものであった。

愛媛玉串料最高裁判決以降、違憲判決が増加しているように思われる。明確な違憲判決とすれば、例えば愛媛県新宮村の観音像設置についての松山地裁の違憲判決（平13・4・27）が注目されよう。十和村神社修復費事件高知地裁判決（平10・7・17、確定）、自治会神社費事件佐賀地裁判決（平14・4・12、確定）も見逃せない。滋賀猷穀祭訴訟大阪高裁判決（平10・12・15）は一部違憲の判断を示している。滋賀県甲南町玉串料支出事件天津地裁判決（平15・7・14）も参照されるべきである。

一方、合憲判決もある。箕面忠魂碑遺族会訴訟最高裁判決（平11・10・21）は、補助金支出の目的は福祉増進であり、その効果は間接的、付随的として合憲判断を示した。鹿児島大嘗祭訴訟の控訴審判決である福岡高裁宮崎支部判決（平10・12・1）、大分抜穂の儀訴訟福岡高裁判決（平10・9・25）、東京即大訴

訟地裁判決（平11・3・24）等も合憲判断を示している。最高裁は、大嘗祭に関する大分抜穂の儀訴訟判決（平14・7・9）や大嘗祭への鹿児島県知事の参列に関する訴訟の判決（平14・7・11）でも合憲判決を出している<sup>31)</sup>。

もう一つの傾向として、信教の自由を拡充する判決がでていることが注目される。これに関しては、まず、神戸高専事件<sup>32)</sup>が言及されるべきであろう。同事件最高裁判決（平8・3・8）では、信教の自由について「直接的制約」を超える展開がなされている。同判決は、本件各処分は、その内容それ自体において被上告人に信仰上の教義に反する行動を命じたものではなく、その意味では、被上告人の信教の自由を直接的に制約するものとはいえないが、しかし、被上告人がそれらによる重大な不利益を避けるためには剣道実技の履修という自己の信仰上の教義に反する行動を採ることを余儀なくされるという性質を有する、とした。さらに「信仰上の真しな理由から剣道実技に参加することができない学生に対して、代替措置として、例えば、他の体育実技の履修、レポートの提出等を求めた上で、その成果に応じた評価をすることがその目的において宗教的意義を有し、特定の宗教を援助、助長、促進する効果を有するものということはできず、他の宗教者又は無宗教者に圧迫、干渉を加える効果があるともいえないのであって、…学生が単なる怠学のための口実であるか、当事者の説明する宗教上の信条と履修拒否との合理的関連性が認められるかどうかを確認する程度の調査をすることが公教育の宗教的中立性に反するとはいえないものと解される。」とした<sup>33)</sup>。信教の自由を重視した判決といえよう。

また、東大医科研付属病院輸血事件最高裁判決（平12・2・29）では、患者が宗教上の信念からいかなる場合にも輸血を受けることは拒否するとの固い意思を有しており、輸血を伴わない手術を受けることができると期待して医科研に入院したことを医師らが知っていたなど本件の事実関係の下では、上告人らは、手術の際に輸血以外には救命手段がない事態が生ずる可能性を否定し難いと判断した場合には、患者に対し、医科研としてはそのような事態に至ったときには輸血するとの方針を採っていることを説明して、医科研への入院を継続した上、上告人らの下で本件手術を受けるか否かを患者自身の意思決定にゆだねるべきであったと解するのが相当である、という。また、患者が、輸血を受

けることは自己の宗教上の信念に反するとして、輸血を伴う医療行為を拒否するとの明確な意思を有している場合、このような意思決定をする権利は人格権の一部分として尊重されなければならない、と判示しているが、これは信教上の自己決定権を認めたものといえる<sup>34)</sup>。

## 5 小泉首相参拝訴訟

周知のとおり、小泉首相はその在任中数回にわたり靖国神社参拝を行った<sup>35)</sup>。靖国神社参拝は「公約」でもあったが、中曽根首相以来、途絶えていた参拝を公然と再開したのであった。これについては韓国や中国から激しい批判がなされ、国際問題ともなったが、国内においても多くの批判があり、各地で訴訟（大阪〈第1次、第2次〉、松山、福岡、千葉、那覇、東京）が提起された。

訴訟の内容は、損害賠償(国賠法)、違憲確認、首相の参拝差止め、靖国神社に公的参拝の受け入れの禁止等であり、地方自治法の住民訴訟の形をとりえないので、やはり原告らの被侵害権利・利益を如何に構成するかが大きな問題となった。

原告らのいう被侵害権利・利益は、各地の訴訟において若干異なっているが、宗教的人格権、宗教上の自己決定権、信教の自由、平和的生存権、民族的人格権等が主張された。民族的人格権は、アジアとの関係を意識した訴訟において主張されたものであり、そこでは在日韓国人、在韓韓国人や台湾「原住民」等が訴訟の当事者になったからである（特に大阪第2次訴訟は台湾訴訟ともいわれ、「原住民」から「還我祖霊」が主張された<sup>36)</sup>）。

以下、これらの訴訟の判決のいくつかを紹介する<sup>37)</sup>。裁判は、すべて原告敗訴に終わっている。すべての判決が宗教的人格権の権利性を否定し原告らの請求を棄却している。しかし、小泉首相の参拝の公的性格を認めたものは少なくない。大多数は違憲判断を回避しているが、注目すべきことは、違憲判断をしたものが2件あることである。すべての判決において合憲判断はなされていない。さらに付言すれば、これまでの靖国訴訟で合憲判断がなされた例は皆無である。

第1次訴訟大阪地裁判決（平4・2・27）は、参拝の公的性格は認めたが、



人が自己の信仰生活や戦没者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として、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、そのような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する等の法的救済を求めることはできない、と判示した。

千葉地裁判決（平4・11・25）も参拝の公的性格は認めたと、次のようにいう。原告らは、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利益としての宗教的人格権を侵害された旨主張する。しかし、原告らの主張する権利又は法的利益の内容は主観的、抽象的であり、法律上保護に値する権利と認めることは困難である。宗教的人格権は、その内容が抽象的である上、実定法上の根拠を欠くものであって、それ自体を独自の法律上の権利ないし法的利益として客観的に把握し得る明確性を有するに至ったとは未だ認められない（この点で、原告らが主張するプライバシー権とも性格を異にする）。

その他、松山地裁（平14・3・16）、高松高裁（平15・10・5）東京地裁（平15・4・26）等は公務性判断・違憲判断をせずに請求を棄却している。大阪第2次訴訟地裁判決（平14・5・13）、千葉訴訟東京高裁判決（平15・9・29）は私的参拝と判断した。2005（平成17）年10月12日の福岡高裁那覇支部判決は、原告らが沖縄戦の悲惨な体験から、参拝に対し不快感を抱いたとしても、信教の自由について強制や不利益を受けた事実は認められない、とした。その他にも判決はあるが、そのすべてを紹介できない。以下、二つの「違憲」判決について紹介する。

福岡地裁判決（平16・4・7、原告控訴せず確定）は、参拝の職務該当性（公務性）を認め、また、目的効果論に依拠（津地鎮祭訴訟最高裁判決引用）しながら次のようにいう。参拝は靖国神社に合祀されている戦没者の追悼を主な目的とするものであっても、宗教とかかわり合いをもつ。一般人の意識においては、本件参拝を単に戦没者の追悼という行事と評価しているものとはいえず、さらに、靖国神社に参拝し続け、将来も継続的に参拝をする強い意志を有していることからすれば、単に社会的儀礼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。政府は、本件参拝後に戦没者追悼のための公営施設の在り方についての懇談会を設置し、検討を委ねていた。それにもかかわらず、既に本件参拝を含めて4回も内閣総理大臣として靖国神社に参拝していることに照らせば、一般人に宗教的行為と捉えられること並びに憲法上の問題及び国民又は諸外国からの批判等があり得ることを承知しつつ、あえて自己の信念あるいは政治的意図に基づいて本件参拝を行ったものといえる。そして本件参拝直後の終戦記念日には、前年の2倍以上の参拝者があり、閉門時間が1時間延長されたことなどからすれば、本件参拝によって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、促進する効果をもたらしたというべきである。

信教の自由侵害については次のようにいう。本件参拝は、原告らに対して信教を理由として不利益な取扱いをしたり、物理的な強制を含む宗教上の強制や制止をしたりするものではなく、原告らに不安感、危惧の念を生じさせるものではあっても、それ以上に上記のような信教の自由を侵害したものとはいえない。

福岡地裁判決が、以下のようにいうのは注目されよう。中曽根首相参拝事件の判決で違憲の疑いが出されており、国民的議論が必要とされる状況があったにもかかわらず、その中で参拝が繰り返されている。裁判所が判断を回避すれば継続の可能性あり、違憲性判断は裁判所の責務である。

福岡地裁判決は、以上の観点からいわゆる「傍論」による違憲判断をなしたが、このような傍論による違憲判断の是非については種々の議論があろう<sup>38)</sup>。敗訴した原告側が控訴しないことによって判決は確定した。そのことをもって、福岡地裁判決は憲法判断についての審級制を形骸化するという批判もあろう。本件は、結果としてはいわゆる「ねじれ」判決となったが、それは制度上の問題である。現行制度では本件福岡地裁判決とは逆のケースも生じうる。違憲の主張を交えて訴訟を提起した者が違憲の主張は認められなかったものの権利救済され、敗訴した相手方がその結果を容認して上訴しない場合も違憲の判断がなされないまま裁判は確定する。現行制度が上級審の憲法判断の途を塞ぐ

という批判は、最高裁が憲法裁判のすべてを判断すべきとの見解を前提にしているようであるが、日本国憲法上は下級審もまた憲法判断をなしうることは定着した見解であり、これについて異論はない。それでも下級審は上級審の憲法判断が得られないような場合、自らの憲法判断を避けるべきであろうか。制度改正をすべきとの議論はありえようが、現行制度を前提とするかぎり、それぞれの裁判所が憲法判断を行うことは否定されるべきではなかろう。また、憲法原理が権利侵害にかかわって主張された場合、その事件に即して裁判所が憲法原理に違反しているか否かを説明することも許されよう。もちろん傍論は法的には意味をもたないし、拘束力をもつものではないが、事件性の範囲内で争点について説明することは判決の説得力を増すことになる<sup>39)</sup>。

第2次訴訟大阪高裁判決（平17・9・30、上告せず、確定）も参拝の公務性を認める。判決は、首相の靖国神社参拝について宗教的意義があるものと認定する。首相の参拝の核心部分は、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とし、他方、戦没者の追悼自体は、靖国神社に参拝しなければ実施できないものではない、という。目的効果論に依拠しながら、その宗教的意義が浅いと見ることはできない、とするのである。他方、効果については、首相の参拝は靖国神社を特別に支援しており、特別のものであるとの印象を与え特別の関心を引き起こし援助、促進になる、という。愛媛玉串料最高裁判決を踏まえた判決であることは明らかである。判決は、次のようにもいう。このような参拝は控訴人らに不快等の感情を抱かせる可能性がある。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する権利があると解する余地がないわけではない。しかし、参拝はそれ自体直接控訴人らに向けられたものでなく、強制、圧迫・干渉があったとはいえない。

上記大阪高裁判決では、判決理由の中で違憲判断がなされており、これを傍論による違憲判断と見ることはできないであろう。結論を導くのに絶対的に不可欠のもの以外はすべて傍論であるとする見解もあろう。しかし、原告・控訴人らはいわゆる違法性・権利侵害相関関係説を主張したのであり、権利侵害についての判断に関して違法性の吟味がなされたのはむしろ当然といえよう。こ

ここでは違法性・権利侵害相関関係説の主張が違憲性の判断を導いたということができよう<sup>40)</sup>。

次に大阪第1次訴訟の上告審判決である最高裁判決（小法廷判決平18・6・23）を紹介する。同判決は原告・控訴人・上告人の上告を棄却したが、自衛官合祀訴訟最高裁判決を引用していないことが注目されよう。判決は、次のようにいう。上告人らは「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、行う権利又は利益」が害されたと主張する。「人が神社に参拝する行為自体は、他人の信仰生活などに関して圧迫、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で、自己の心情または宗教上の感情が害されたとして、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で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。」最高裁は以上のように述べ、損害賠償請求は、その余の点について判断するまでもなく理由がないものとして棄却すべきである（なお、本件参拝が違憲であることの確認を求める訴えには確認の利益がなく、却下）とした<sup>41)</sup>。

同判決には補足意見（滝井裁判官）がある。同補足意見はいう。他人の行為で心の平穏が害されたとしても、行為が過度にわたる場合等に初めて法的に救済される。参拝という行為で内心の静穏な感情を害されないという利益は法的に保護されたものではない。損害賠償の対象とすることは、かえって参拝した者の自由を妨げることとなる。もっとも私人ではなく国の行為としてなされた場合は、異なった判断も可能であろうが、政教分離規定はこれに反したからといって直ちに国民の権利ないし自由の侵害があったということとはできない。この規定は心理的圧迫を阻止するという意味をもっているとしても、上告人らの受けた心理的圧迫は不特定多数に及ぶという性質のものにとどまる。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と考える。これが国などの行為で侵害されたときには損害賠償請求ができるが、原告らはそのような個別的利益を主張していない。また、滝井補足意見が、人は親密な生活を共に過ごした人への敬慕の念から「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られたり、その意に反して別の宗旨で追悼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もの」としていることも紹介しておこう<sup>42)</sup>。

上記最高裁多数意見は、「人が神社に参拝する行為自体は、他人の信仰生活などに関して圧迫、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で、自己の心情または宗教上の感情が害されたとして、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ことはできない。」というが、これは、高裁判決の「参拝はそれ自体直接控訴人らに向けられたものでなく、強制、圧迫・干渉があったとはいえない。」との判断を踏襲しているといえよう。最高裁は、参拝という行為を祭神に向けられたものと理解した上で遺族との関係を遮断しているのである。このような論法の正当性の問題をさておいても、祭神として祀ることを権利侵害にならないとした自衛官合祀訴訟の判断とは異なっていることは確かである<sup>43)</sup>。

## 6 新靖国訴訟

小泉首相の靖国神社参拝訴訟は一応終結したが、大阪や東京で新たな靖国訴訟が提起されている。ここでは大阪の新靖国訴訟を紹介する。この新しい靖国訴訟では原告らは戦没者＝靖国神社祭神の遺族であり、肉親の合祀取消を靖国神社によって拒否された者によって構成されているが、これは、過去の訴訟の経験を踏まえ原告を限定し、勝訴の可能性を追求したものと見ることができよう。被告は靖国神社と国である。靖国神社が被告になっていることに注目すべきである。新靖国訴訟の遺族の権利侵害に関する原告の主張は、上記補足意見に依拠するところが大きいように思われる。そこでは慰謝料請求と祭神名簿と

霊璽簿等からの氏名抹消請求がなされている<sup>44)</sup>。

裁判ではまたしてもどのような権利・利益が侵害されているのかが問題となる。すなわち原告らの主張は単なる信仰上の嫌悪感・不安感や敵愾心と受け取られないか、という問題があろう。この点について、大阪における訴訟では原告らは「追悼の自由等」を主張しているが、その内容は、本件戦没者と家族的・人格的な紐帯をもっているそれぞれの原告らは、①戦没者をどのように追悼するかしないか、どのように祀るか祀らないかの自由を有し、②本件戦没者の死をどのように心に刻み、追悼・慰霊するのか、しないかを個人として決める自由があり、また、③法的に保護されるべき本件戦没者に対する敬愛追慕の情がある、というものである<sup>45)</sup>。新靖国訴訟では、すでに触れたように原告は靖国神社の祭神の遺族によって構成されており、原告らは肉親である祭神への強い敬慕の念を有している。そこから従来の議論を乗り越える展開ができるかどうか訴訟の核心となる。付言すれば、憲法20条1項後段の特権付与の禁止との関係では「英霊」を独占的に祀り、ときには公的参拝の対象となっていることで特権的地位を有している靖国神社の合祀行為は、社会的権力による圧迫・干渉にならないか、という問題、そのような場面で自衛官合祀訴訟判決のいう「寛容論」が成り立つのかという問題等があり、一方では合祀取消請求は履行不可能な請求にならないか、すなわち祭神名簿と霊璽簿は信仰の対象物であり、神聖なものとして裁判所による介入を許さないものであると考えるべきかどうか等の問題があろう<sup>46)</sup>。いずれにしても、これらの裁判は始まったばかりであり、その詳細な検討は今後待たなければならない。

靖国神社が訴訟の被告になることで「宗教戦争」になることは避けなければならない。教義や信仰内容が裁判で問われることはない。祀る側である靖国神社の信教の自由が否定されることもない。しかし、裁判所は靖国神社の祀る自由を認めることが祀られない権利を直ちに否定し、祭神の遺族のもつ信教の自由、自己決定権、敬愛追慕の権利を否定することにはならないとの主張にあらためて答えることが求められているといえる。すでに述べたように、祀る自由を認めることが祀られない権利の否定に直結するとは考えにくい。祀る側の自由を認めながら人格権として祀られない自由を認めることは十分可能であり、

憲法が個人の尊重・尊厳を基調として以上、人格権を広範に認めることがむしろ必要であるといえる。その上で靖国神社の合祀が原告の権利を侵害していないか、権利濫用に当たらないかが検討されるべきであろうが、そこでは国の関与が問題となろう<sup>47)</sup>。

宗教的人格権という言葉を使用するかどうかは別にして、実質的に信仰生活を営む権利を認めた判決もある。定例的に行われる読経又は法座への参加を拒否されたことを争った読経参加拒否差止め事件（大阪地裁平9・9・17）は、信教の自由は人間の感情世界に関することがらであるものの、生命、身体、健康、行動の自由などと同様、人間の人格的本質にかかわるものとして、私人間においても実定法上一定程度尊重されなければならないものと考えられ、これを宗教的自由又は宗教的人格権に基づく権利と言うかどうかは別として、宗教上の信仰等に相当する行為に侵害があり、その態様・程度が社会的に許容する限度を超えるときには、場合によっては、法的保護が図られるべきであって、侵害の差止が認められる場合もあり得るというべきである、とするが、この判示の方がはるかに常識的な判断といえよう。

自衛官合祀訴訟最高裁判決も、すでに指摘したように圧迫・干渉があれば信教の自由の侵害があるとしていた。その後この考え方については、最高裁自身も確認しているところである。小泉首相の靖国神社参拝に関する訴訟の最高裁判決が圧迫・干渉があれば信教の自由の侵害があることを認めたことはすでに見た。また、同判決の滝井補足意見が強制の要素をも否定していることも言及した。神戸高専事件判決や東大医科研輸血事件判決において最高裁が信教の自由を拡充させる判断を示してきたこともすでに触れたところである。

自衛官合祀訴訟から20年経過した現在、最高裁自身がその後判示してきた判決にそった新しい判断を示すことが求められているといえる。いうまでもなく、日本国憲法の基礎をなしているのは、個人の尊重・尊厳の原理である。それは憲法13条に掲げられているところであるが、その原理からすると宗教に関しても個人の問題として考えるべきであろう。政教分離原則もまた、宗教を公的な存在から個人の私的事項にすることを意味する。民法2条は、「この法律は、個人の尊厳と両性の本質的平等を旨として、解釈しなければならない。」と



する。民法のこの規定は、市民生活一般に及ぶ解釈規定である。個人の尊重・尊厳は法秩序を貫く原理である。このことからすると宗教に関して個人の選択・決定がまず認められるべきなのである。この当然のことが新しい靖国訴訟では問われているのである<sup>48)</sup>。靖国問題は、歴史的問題であり、そのレベルでの議論の重要性を軽視するつもりはないが、同時に現在社会における信仰、宗教のあり方の問題としてこれを議論すべきであると思われる。

すでに触れたように、新靖国訴訟では、敬愛・追慕の権利侵害の主張がなされている。靖国神社による合祀は英霊を顕彰する行為でもあるが、顕彰によって敬愛・追慕の権利が侵害されることもある。「英霊」として顕彰されたくない者にとって顕彰は苦痛をもたらすことがある。それ故、顕彰には顕彰される側の同意が必要である。田中元総理胸像等公開禁止請求事件（東京地裁平3・9・27、確定）は、被告の本件胸像の作成、展示の目的は被告に対する原告の功労、功績の顕彰という点にあるが、その当該本人が胸像の公開、展示という形での顕彰を拒否している以上、被告としては原告の意思を尊重すべきであり、あえてこれを無視してまで本件胸像を公開、展示して計画どおりに実行することが、前記原告の顕彰という点からしてもどれだけ意味があるか疑わしく…その必要性は認められないと言わなければならない、とした。遺族の敬愛・追慕の権利についても遺族の同意のない顕彰はこれを侵害することがあるといえよう。

新靖国訴訟は、憲法の個人の尊重・尊厳を基調として他者から意味づけられない権利を人格権として認めること、意に反して祀られない自由を個人の精神的領域として確立することを目指しているといえる。靖国神社の信教の自由は保障されるが、自由は他人を害しないすべてのことをなすことに存する（1789年フランス人権宣言）。祀られたくない人の意思に反して祀ることができるかが問われているのである。靖国訴訟はいわば新しい段階を迎えているが、その問題を含めて靖国問題は、今後も厳しい議論の対象となりつづけるであろう。



## 注

- 1) 戦後の憲法問題の中で政教分離については、小泉洋一「政教分離と信教の自由——靖国神社問題の現状と課題」(ジュリスト1334号「日本国憲法60年」)、拙著『政教分離裁判と国家神道』(法律文化社)、同『宗教と法と裁判』(晃洋書房)等を参照。宗教をめぐるその他の法的問題として、宗教法人法に関しては役員人事等をめぐる問題やオウム真理教解散事件、また、いわゆる「カルト」集団に関しては、統一教会等の寄付金問題、集団結婚の有効性を争った事件等があり、これらについては判例も集積されている。
- 2) 自民党新憲法試案要綱(2005年4月)は、20条について、政教分離原則は維持すべきだが、一定の宗教的活動に国や地方自治体が参加することは、社会的儀礼や習俗的・文化的行事の範囲内であれば許容される、とし、また、国や地方自治体は、特定の宗教や宗派を教育することは出来ないが、一般的な宗教に関する教育は実施できる、としている。
- 3) 靖国神社の歴史についても数多くの文献があるが、靖国神社自身から『靖国神社百年史』(資料編上、中、下、事歴年表)や『靖国神社忠魂史』(第1～5巻)が出版されている。後者は戦前に出されたものであるが、その内容は戦争史である。そこには靖国神社の性格が自画されているといえよう。
- 4) いわゆる靖国神社法案は、幾度か具体化されている。これらの靖国神社法案は表敬法案まで含めてかなりのバリエーションがある。広く考えれば、社会党「靖国平和堂(仮称)に関する法律草案要綱」(昭和31年3月22日)もこれに含まれよう。
- 5) これらについて本稿で詳しく言及する余裕はないが、例えば、国会国立図書館調査立法考査局『靖国神社問題資料集』を参照。
- 6) 靖国神社と「英霊」国家護持派とは時には微妙な緊張関係に立つ。このことは国立追悼施設設立問題をめぐっても生じているところである。
- 7) 靖国神社国家護持から靖国神社公式参拝への展開については、拙稿「靖国決議」(法と民主主義166号)参照。
- 8) 私人として許されることが公人としては許されない例(取賄罪等を考えよ)があるから、この論理は奇妙である。岩手靖国訴訟地裁判決については、笹川紀勝「公式参拝の憲法問題——岩手靖国訴訟を契機として」(ジュリスト889号)ほか参照。
- 9) 周知のとおり、日本での政教分離裁判の基点となった津地鎮祭訴訟最高裁判決(昭52・7・13)は、いわゆる相対的分離をとり、目的効果論を導入した。同判決は、目的の主観的把握と効果の限定的把握を行い、宗教意識の雑居性と重層信仰の存在に原因する国民の宗教的関心の低さを理由に神式の起工式が神道を援助、助長、促進することはない、とした。岩手靖国訴訟高裁判決は、これを部分的に

「修正」するものといえよう。

- 10) 岩手靖国訴訟高裁判決は、天皇、内閣総理大臣の靖国神社公式参拝について、その目的が宗教的意義をもち、その行為の態様からみて、特定の宗教への関心を呼び起こし、その直接的影響だけでなく、潜在的な影響および間接的、潜在的な動向を総合考慮すれば、政教分離原則に照らし相当とされる限度を超えるとした。岩手県の靖国神社への玉串料支出についても、その目的を客観的にみればそれが戦没者追悼という儀礼的、世俗的側面を有するとともに靖国神社の春秋の例大祭、夏のみたま祭に際し、祭神に対し畏敬崇拜の念を表するものであるから多分に宗教的側面を有しており、また、特定の宗教団体に対し、恒常的かつ継続的に公金の支出を行うことは、県が靖国神社を特別視しているとの印象を社会一般に与えていると推測せざるをえないとした。判決はさらに本件玉串料支出についてはこれが適法視されるなら、全国各地の市町村がこれにならい、多額の支出がなされる可能性があるという潜在的波及的効果をも考慮すべきとした。岩手靖国訴訟高裁判決については、拙稿「岩手靖国訴訟仙台判決をどうみるか——政教分離原則の厳格な適用をめざして」(法学セミナー437号)参照。なお、裁判記録として、岩手靖国違憲訴訟を支援する会編『岩手靖国違憲訴訟戦いの記録——石割桜のごとく』(新教出版社)がある。
- 11) 忠魂碑は、市町村レベルの靖国神社であり、府県レベルでは招魂社・護国神社があった。時期的にやや異なった側面はあるが、一般的にいえば、それらはいわば靖国システムを構成していたといえる。忠魂碑の性格については、拙著『政教分離裁判と国家神道』参照。
- 12) これに似た手法をとったものとして長崎忠魂碑訴訟一審判決(長崎地判平2・2・20)がある。同判決は、招魂社、護国神社にかかわりをもつものについて一部違憲とした。
- 13) 以上の判決については数多くの批評、論評がなされているが、言及しえない。判決の流れを取り上げたものとしては拙著『政教分離裁判と国家神道』を参照。
- 14) 「国家神道消滅論」についても同上書参照。
- 15) 葦津珍彦『国家神道とは何だったのか』(神社新報社)、新田均『「現人神」「国家神道」という幻想』(PHP研究所)等を参照。
- 16) 内閣総理大臣の靖国神社参拝問題は、三木武夫首相の時に顕在化した(1975年8月15日)。同首相は、私的参拝であることを強調し、その基準として、公用車を使用しないこと、玉串料を国庫から支出しないこと、記帳には肩書を付さないこと、公職者を随行させないこと、の4条件を示した。しかし、私的参拝・公式参拝の基準は必ずしも一貫して維持されたわけではなく、その後の内閣総理大臣の靖国神社参拝では曖昧な形がとられたことも多い。中曽根首相は、自ら公式参拝であることを明言して靖国神社へ参拝した。

- 17) 具体的な状況については、「靖国神社公式参拝」(ジュリスト848号特集)を参照。
- 18) 靖国懇の報告についても上記ジュリスト特集を参照。戦没者遺族の中には公式参拝に反対する者もいる。平和遺族会や真宗遺族会は公式参拝を強く批判している。
- 19) 拙著『信教の自由と宗教的人格権』(法蔵館)121頁以下。
- 20) 同判決は、隊友会の行為について「20条3項が国及びその機関はいかなる宗教的活動もしてはならない旨を定める以上、この定め反した地連職員と相被告との共同による行為は憲法に違反することによりわが国社会の公の秩序に反するものとして、私人の関係で違法な行為というべきである。」とする。同判決の批評として、拙稿「山口地裁殉職自衛官合祀判決について」(龍谷大学宗教法研究会編『宗教法研究』第2輯)を参照。
- 21) 今日の不法行為論からすると筆者にはこれの方が説得的であるように思われる。とくに伊藤裁判官の反対意見はいわゆる相関論に立つ議論であり、不法行為論における通説である。
- 22) 原告・被上告人は合祀申請による権利侵害・法的利益侵害を主張しており、最高裁は、合祀申請は合祀の前提としての法的意味をもつものではないとしている以上、合祀申請について判断すれば足りるのである。最高裁は、合祀は護国神社の判断によると判示している。最高裁が合祀申請によっては原告・被上告人の権利侵害・法的利益侵害が生じることはないというのであれば、その限り論理的整合性はあるが、それを超えて護国神社の祀る権利を云々する必要はない。これは争点になっていない事項についての判断であり、判例としての意味はないというべきであろう。
- 23) 自衛官合祀訴訟最高裁判決に対する批評としては、戸松秀典・判例評論362号等を参照。寛容論に関する批判については、例えば小林直樹「自衛官合祀訴訟最高裁判決の検討」(法律時報60巻10号56頁)を見よ。付言すれば、政教分離が少数者の人権保障のためのものであり、本来的に多数決原理になじまないものであることを考えれば、政教分離にかかわる問題についての裁判所の判断については裁判所の判断の土俵の拡大は認められるべきである。このような場合に裁判所が憲法判断を積極的に行うことを否定すると、住民訴訟のように法律によって裁判で争うことができる場合にのみ少数者の人権にかかわる政教分離訴訟が限定されてしまうという結果になる。これでは「訴訟法による留保」(棟居快行)ということになろう。そのことを避けるためには憲法上の争点を提起できる者の拡大が要請されるともいえる。
- 24) 目的効果論は、周知のとおり、神社参詣道路工事事件最高裁判決(昭63・12・16)や大阪地裁像訴訟最高裁判決(平4・11・16)でも確認されている。
- 25) 津地鎮祭訴訟最高裁判決は、憲法20条2項と3項の関係について、それぞれ目

的、趣旨、保障の対象、範囲を異にするというが、3項の政教分離原則が信教の自由の保障を根本目的にしていることを繰り返して述べており、圧迫、干渉になるような行為は禁止されるとしているから、圧迫、干渉があれば信教の自由の侵害があると考えていると思われる（そのように解さなければ圧迫・干渉を政教分離違反とする理由がない）。但し、その場合については20条2項が根拠規定になるのか、それとも同条1項前段が根拠規定になるのかは明確でない。

- 26) 自衛官官祀訴訟最高裁判決は、20条3項に違反する国又はその機関の宗教的活動は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をいうとし、20条3項に違反する国又はその機関の宗教的活動も、「それが同条1項前段に違反して私人の信教の自由を制限し、あるいは同条2項に違反して私人に対して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違法と評価されるものではない。」とする。そこでは20条1項前段と同条2項が並列されている。すなわち信教の自由と宗教上の行為等への強制の禁止を並べて掲げているが、このことにより強制以外の信教の自由の侵害がありうることを、そしてそれは20条1項前段の信教の自由の保障規定によって救済されることを示したと考えられる。圧迫・干渉による侵害に対する保障の根拠を整理して示したといえる。
- 27) 以下の中曽根訴訟関連判決については、瀧澤信彦「最近の靖国神社関係諸判決について——四つの控訴審判決の分析と評価——」（宗教学研究12号）、拙著『宗教と法と裁判』123頁以下参照。大阪高裁の判決については、藤田尚則「内閣総理大臣の靖国神社公式参拝」（別冊ジュリスト憲法判例百選1・第5版）等を参照。
- 28) これら判決は、宗教的人格権を心の静穏の問題と理解しているようであるが、心の静穏と解しても、不法行為法上で保護の対象になる場合もある。水俣病認定国賠訴訟最高裁判決（平3・4・26）は、水俣病にかかっている疑いのままの不安定な地位から早期に解放されたいという期待、その期待の背景にある申請者の焦燥、不安の気持ちを抱かされないという利益は、内心の静穏な感情を害されない利益として、これが不法行為法上の保護の対象になりうるものと解するのが相当である、と判示した。
- 29) 愛媛玉串料事件第一審判決の影響を受けたものと考えられる長崎忠魂碑訴訟一審判決も「目的」についての客観的把握を行い、被告の主観的目的は戦没者遺家族の精神的慰謝を図ることにあったとしても、客観的にみれば、その目的は特定宗教施設そのものの維持管理にあったと判断されたとした。しかし、宗教団体の認識については政教分離の相対化と目的効果論からアプローチし、宗教団体とは宗教活動を目的とする団体をいうと理解すべきであり、本来このような目的を有しない団体が臨時的、定期的に宗教儀式や宗教にかかわり合う行為を企画実行して

いるからといって、宗教団体に該当するものではないとした。

- 30) 愛媛玉串料事件最高裁判決についてはすでに多くの論評があるが、さらに同判決と津地鎮祭訴訟最高裁判決の比較検討を深めながら、その意義と射程を十分に検討する必要がある。
- 31) 愛媛玉串料事件最高裁判決以降の判決の展開については、拙稿「愛媛玉串料判決とその後」(宗教法21号)参照。
- 32) 同事件では、「エホバの証人」の教義により剣道実技に参加しない学生に参加したのと同様の評価をするならば信教の自由を理由として有利な取扱いをすることになり、公教育に要求されている宗教的中立性を損ない、政教分離原則に反することとなるのか、が争われた。留年・退学処分執行停止を求めた事件の大阪高裁決定(平3・8・2)は、もし、原告人らが、その宗教上の信条から、不利益を受けたとしても、「そのことは、憲法20条で定めた信教の自由の保障の範囲外のことであって、何ら右憲法20条の規定に反するものではないし、教育を受ける権利を害するものでもない。…原告人らに対し、不利益な取扱いをしないよう神戸工業高専(ないしその校長である相手方)に要求することは、神戸工業高専に対して、原告人らの宗教上の信条を強要することになって、神戸工業高専のような公立の学校に要求される宗教的な中立性を損なうことにもなる。」「…学校側としては、特定の宗教を信仰する者の有無を問わず、平等に授業を実施し、平等に評価すべきことも、教育を受ける権利を保障した憲法26条や、平等原則を定めた憲法14条、さらには政教分離原則を定めた憲法20条の趣旨から当然に要請されているところである」とした。この事件の原審である神戸地裁決定も同旨であり、また、退学処分の取消を求めた大阪地裁判決も同様の趣旨である。これらの判決においては、本来信教の自由を支えるはずの政教分離原則が、それを抑制する機能をもたされて援用されていることに注意したい。
- 33) 以上のような観点を示した退学処分取消訴訟一審大阪地裁判決は、大阪高裁判決によって否定され、高裁のその判断はさらに最高裁によって維持された。ここに引用したのは、退学処分取消訴訟に関する最高裁判決である。同判決については多くの紹介があるが、言及できない。
- 34) 東大医科研付属病院輸血事件に関する東京高裁判決(平10・2・9)は、本件のような手術を行うことについては、患者の同意が必要であり、医師がその同意を得るについては、患者がその判断をする上で必要な情報を開示して患者に説明すべきものであるとし、この同意は、各個人が有する自己の人生のあり方(ライフスタイル)は自らが決定することができるという自己決定権に由来するものである、という。同事件最高裁判決は、絶対的無輸血手術の方針を採らないにもかかわらずそのことを患者=エホバの証人の信者に伝えなかった医師、病院側の説明義務違反を認めたものである。もちろん、その前提には患者が輸血をうけること

は自己の宗教上の信念に反するとして、輸血を伴う医療行為を拒否するとの明確な意思を有している場合には、そのような意思決定権は人格権の一内容として尊重すべきであるとの判断がある。これも信教の自由を拡充する判決と評価できよう。

- 35) 小泉首相は、在任中計6回の靖国神社参拝を行ったが、その形式は少しずつ変化させている。また、公約として掲げた靖国神社参拝の性格について訴訟の進行の中でこれを私的行為とする主張をするようになった。
- 36) 詳しくは、中島光孝『還我祖霊』（白澤社）参照。
- 37) これらの訴訟、判決の内容については、各訴訟団がホームページで紹介しているので参照されたい。
- 38) 福岡地裁判決の評価については、澤喜司郎「小泉首相の靖国神社参拝と違憲判決」（山口経済学53巻1号）、百地章『靖国と憲法』（成文堂）を参照。
- 39) 事件に即して違法性（違憲性）があったかどうかは権利侵害に絡みうる可能性がある場合、これについて裁判所が説明することは権利救済を認められなかった側を納得させるためには意味あることであろう。
- 40) 原告・控訴人らは、相関関係説に立った主張をした。相関関係説に立った場合、通常は違法性と権利侵害は相関するから権利侵害の有無を議論するためには違法性について吟味する必要が生じるのはいうまでもない。
- 41) 同最高裁判決とくに滝井裁判官の補足意見については、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）参照。
- 42) 滝井裁判官の補足意見は、家族的紐帯を重視するものであり、遺族の敬愛・追慕の権利を尊重する内容を含んでいる。
- 43) ここでの合憲判断の対象は、靖国神社の祀る行為ではないことを認識する必要がある。
- 44) 東京の訴訟の請求原因、趣旨もほぼ同様である。
- 45) ①の法的根拠として、憲法19条、20条1項、2項があげられており、これらは私人間にも保障されるとする。②の追悼・慰霊に関する自己決定権については、人格権の一内容をなすものであり、本件戦没者と家族的紐帯をもつ原告らが享有すると主張されている。③の敬愛追慕の情の法的保護に関しては、「落日燃ゆ」事件高裁判決（昭54・3・14）、靖国大阪第1次訴訟最高裁判決補足意見が援用されている。付言すれば、エイズプライバシー訴訟大阪地裁判決（平1・12・27）も参照されるべきであろう。
- 46) 霊壘簿と祭神名簿の違い、過去に生存が確認されて祭神を「取り消された」例についてどう考えるかも問題になる。
- 47) 最高裁はいわゆる国立景観訴訟で良好な景観を享受する利益（景観利益）が違法に侵害されたといえるためには、公序良俗に反したり権利の濫用に当たるなど、



社会的に認められた行為としての相当性を欠く程度のものでなければならない、と判示した(平18・3・30)。新靖国訴訟では国の関与が政教分離原則に違反したものであるかどうかの問題になろう。

- 48) 憲法は団体の自由、団体の信教の自由も認めていると解されているが、憲法の人権規定は、本来、個人の自由を保障するものである。すなわち、憲法20条、21条は、まず個人の宗教的集会・結社の自由を認め、その延長上に団体の自由を認めていると解せられるのであり、団体が本来的に自由をもつものとは考えられない。個人の尊重・尊厳の原理は、個人の自由と団体の自由が緊張関係に立った場合、特段の理由がないかぎり基本的には個人の利益を団体の利益に優先させるといふ判断になるはずである。また、個人の尊重・尊厳の原理は、個人とそれを包含する団体に対立関係が生じた場合は、個人がその団体から離脱する自由を認めることになろう。個人がその団体の成員である場合はそこから脱退する自由を有するのはもちろんであるが、個人を団体内部に特別に位置づけたり、意味づけたりする場合は、個人はそこから離脱する自由が認められることになる。団体が宗教団体であってもこの理は変わることはない。祭神として祀ることは、宗教団体に包摂されることを意味する。そのような関係からの離脱の自由が祭神及びその遺族に保障されるべきである。