

靖国参拝訴訟の問題点と今後の課題

百地 章 (日本大学)

一、靖国参拝訴訟の概要

小泉首相の靖国神社参拝をめぐるのは、全国六箇所（大阪、松山、千葉、東京、福岡、沖縄）で八件の訴訟が提起された。請求内容は、①精神的苦痛についての国等に対する損害賠償、という点ではすべて共通していたが、中心的役割を担った大阪の二件の訴訟（大阪韓国人訴訟、大阪台湾人訴訟）および松山の二件の訴訟（第一次、第二次訴訟）では、それ以外に、②首相の公式参拝の違憲確認、③首相に対する公式参拝の差止め、④靖国神社に対する首相の参拝受け入れ差止め、を求めている。

このうち、二件の大阪訴訟については、平成十六年二月に大阪地裁が、松山訴訟（第一次）では翌三月に松山地裁が判決を下したが、いずれも原告側の全面敗訴であった。その後、平成十六年四月の福岡地裁判決と平成十七年九月の大阪高裁判決が「傍論」の中で、首相の靖国神社参拝を違憲とはしたものの、原告の損害賠償請求はすべて退けている。そして、昨年〔平成十八年〕六月二三日、最高裁第二小法廷が、原告側の損害賠償請求と参拝の違憲確認の訴えを全面的に退ける判決を下して以来、最高裁判決が相次ぎ、松山訴訟（第二次）に対する本年〔平成十九年〕四月十二日の最高裁第二小法廷判決をもって、全て終結することになった。そのいずれも、原告側の全面敗訴である¹⁾。

本報告では、このうち大阪および松山の訴訟を中心に論ずることとし²⁾、併せて福岡訴訟の地裁判決にも言及することとする。

二、いわゆる「宗教的人格権」をめぐる

(1) 原告側の主張

大阪および松山の訴訟では、原告側の主張は多岐にわたっていたが、その中心となったのが「宗教的人格権」等の侵害を理由とする、損害賠償請求であった。原告側は、首相の靖国神社参拝は原告らの「宗教的人格権」や「宗教的（非宗教的）自己決定権」等の侵害に当たり憲法違反であるとして、次のように主張していた。

即ち、原告側によれば、憲法二〇条一項後段および十三条はいわゆる「宗教的人格権」つまり「遺族原告ら各自が、肉親の死について、それぞれの宗教的立場（あるいは非宗教的な立場）でこれを意味づけ、他人からの干渉・介入を受けず静謐な宗教的（あるいは非宗教的）環境のもとで、戦没者への想いを巡らせる自由」を保障している。

また、個人の尊厳と幸福追求権を定めた憲法十三条は、人格的生存の根幹にかかわる権利として「人格的自律権・自己決定権」を保障しており、「戦没者が靖国神社に祭られているとの観念を受け入れるかどうかを含め、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、みずから決定し、行う」権利もこの人格的自律権・自己決定権に含まれる。この「宗教的（非宗教的）自己決定権」は、憲法十九条（思想良心の自由）および二〇条一項前段（信教の自由）によって保障された権利でもある。

つまり、これが原告らのいう「宗教的人格権」ないし「宗教的（非宗教的）自己決定権」である。そして、首相が靖国神社を公式参拝し、戦没者を顕彰・慰霊することは、この原告らの「宗教的人格権」ないし「宗教的（非宗教的）自己決定権」を侵害するものであり、原告らはこの参拝によって自らの有する信仰や思想に対する圧迫・干渉を受け、脅威を与えられたという。

(2) 原告側主張の問題点

①宗教的人格権について

原告らが主張していた「宗教的人格権」と「宗教的（非宗教的）自己決定

権」がどのような関係にあるのかは、原告らの主張からは必ずしも明らかと言えないが、両者はほぼ同質、同内容の権利とみることができよう。そして少なくとも「宗教的人格権」なるものが、最高裁によってすでに明確に否定されていることは間違いないし、「宗教的（非宗教的）自己決定権」なるものも、「宗教的人格権」と同様、きわめて曖昧不明確なものであって、判例上、法的権利とは認められていないのも事実である。

殉職自衛官合祀訴訟において、最高裁は、亡夫が山口県護国神社に合祀されたことにより、信仰生活における心の静謐等を侵害され精神的苦痛を被ったと主張する妻の訴えを退けて、次のように判示した³⁾。

「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。」そして「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希うことのあるのは、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ことは、見易いところである」と。

つまり、「宗教的人格権」なるものは法的権利とは認められず、また「合祀」によって妻が侵害されたと主張するのも、単なる「不快の感情」（不快感）にすぎないとするのが最高裁の立場である。そしてこの見解は、その後、昭和六〇年の中曽根首相の靖国神社参拝をめぐる起こされた大阪、福岡それに姫路靖国訴訟における一連の下級審判決によって踏襲されており、確立した判例となっている。

例えば、大阪地裁は、「原告らが本件訴訟により被った旨主張する精神的苦痛なるものは、靖国神社に合祀されている原告らの親族と原告らとのかかわりにおける信教上の権利等を侵害されたことによる原告らに特有のものというよりも、むしろ、本件公式参拝が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であって」「かかる原告らの感情は法律上慰謝料をもって救済すべき損害には当たらない⁴⁾」としている

し、首相の靖国神社参拝は違憲の疑いがあるとする「傍論」を書いた大阪高裁でさえ、「宗教的人格権」については「控訴人らが、内閣総理大臣である被控訴人中曾根の行った本件公式参拝により、その主張のような不快感、焦燥感、憤りなどの感情を抱いたとしても、右のような人格感情は、名誉感情のように法的保護に値するものとして社会的に是認されたものとか、法律上、一定の金銭をもって償われるべき精神的苦痛ということとはできないから、これをもって、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」⁵⁾と明言している。

また、本件大阪訴訟では、小泉首相の靖国神社参拝を支持する遺族、戦友らによって補助参加が申し立てられたが、その根拠として持ち出されたのがこの「宗教的人格権」と「民族的人格権」であった。つまり申立人たちは、もし原告らの主張する宗教的人格権や民族的人格権なるものが認められるのであれば、首相の靖国神社参拝を支持し、亡夫、亡父や戦友らの靖国神社での合祀を誇りに思い、靖国神社を大切にと願う申立人たちの宗教的・民族的人格権も同様に認めるべきである、なぜならば、万一原告らの主張が認められ、首相の靖国神社参拝が許されないなどということになれば、自分たちの精神的苦痛は甚大なものとなり、それによって申立人の宗教的人格権や民族的人格権が侵害されることになるのであるから、と主張していた。

この補助参加申立ては六次にわたってなされたが、大阪地裁、大阪高裁、それに最高裁はいずれもこの申立てを却下・棄却している。そしてその理由は、申出人らの主張する「宗教的人格権」は法的利益とは認められないからというものであった。第一次、第二次補助参加申立てに対して、大阪地裁は「申し出人らの主張とおりの内容であると解しても、そのような人格的利益を直ちに法的な利益として認めることはできない」（大阪地決平成14・7・31）と述べて、この申出を却下し、大阪高裁（大阪高決平成14・11・6）、最高裁（第1小決平成15・1・27）も同様に申出人の抗告、特別抗告を退けている⁶⁾。とすれば、この結果から推測しても、裁判所が原告らの宗教的人格権を認めるはずがなかった。

事実、大阪、松山の各地裁は、いずれも宗教的人格権を否定した。大阪地裁

判決は次のようにいっている。「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に望むことのあるのは、その心情として理解できるとしても、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がたい」。また、松山地裁判決は「本件参拝は、被告小泉が靖国神社に参拝したというものにすぎず、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から」「本件参拝によって原告ら主張の利益の侵害があったとは認められない」と判示している。

さらに、「傍論」において本件参拝を違憲とした福岡地裁判決でさえ、「本件参拝によって、原告らが、不安、不快感、憤り、危惧感、圧迫感などを抱いたことは認め得るもの」「本件参拝により賠償の対象となり得るような法的利益の侵害があったものということとはでき」ないとした⁷⁾。

ちなみに、殉職自衛官合祀訴訟では、殉職自衛官の妻という故人ときわめて身近な関係にある者が、「合祀」そのものに反対し、「宗教的人格権」なるものを主張したわけであるが、最高裁は妻の法的利益の侵害を認めなかった。したがってこのケースと比較するならば、本件訴訟では、原告の中には戦没者遺族以外の、靖国神社と直接関係のない者まで多数含まれていた上、主張されている内容も「合祀」そのものではなく、単なる「首相の参拝」による法的利益の侵害にすぎなかったのだから、裁判所によって原告らの訴えがことごとく退けられたのは当然といえよう。

②宗教的（非宗教的）自己決定権について

次に「宗教的（非宗教的）自己決定権」であるが、原告らは憲法十三条、十九条それに二〇条一項前段によって「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どうかを含め、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、みずから決定し、行う権利」が保障されており、首相が靖国神社を公式参拝し、戦没者を顕彰・慰霊することは、この「宗教的（非宗教的）自己決定権」を侵害するものであると主張した。

原告らが主張していたこの「宗教的（非宗教的）自己決定権」なるものも、

実は内容が曖昧不明確であったが、以上述べた「宗教的人格権」と多分に重なるところがあるのではないと思われる。もしそうであるとすれば、そのような「宗教的（非宗教的）自己決定権」なるものが認められるはずはなかろう。また、「自己決定権」という言葉に着目して考えた場合、学説でさえ「自己決定権」なるものは認めながら、どこまでその外延を認めるべきかという点については争いがある。まして判例では、「宗教的（非宗教的）自己決定権」なる権利を認めた例など存在しない。輸血をめぐる判決⁸⁾でも、手術については「患者の同意」が必要であり、「この同意は、各人が有する自己のあり方（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」としているだけである。言っていることは至極当然のことに過ぎず、わざわざ「自己決定権」などという言葉を使う必要さえないと考えられよう。

それどころか、先の殉職自衛官合祀訴訟最高裁判決は、「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持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言うべきであり、「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も同様である。何人かをその信仰の対象とし、あるいは自己の信仰する宗教により何人かを追慕し、その魂の安らぎを求めるなどの自由は、誰にでも保障されているからである。」そして「県護国神社による孝文〔殉職自衛官〕の合祀は、まさしく信教の自由により保障されているところとして同神社が自由になし得るところであり、それ自体は何人の法的利益をも侵害するものではない」と判示して護国神社側の「祀る自由」を認めている。

とすれば、原告らの主張する「宗教的（非宗教的）自己決定権」つまり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、みずから決定し、行う権利」なるものは、最高裁判決によって認められたこの「祀る自由」を否定するものであって、法的権利と認めることはできない。

③「祀る自由」との関係は？

次に、仮に「宗教的人格権」ないし「宗教的（非宗教的）自己決定権」なるものを認めた場合、最高裁で認められた「祀る自由」との関係はどうなるので

あろうか。

この点、原告側の平野意見書は、憲法二〇条三項によって国の宗教的活動が禁止されている以上、「国には宗教的行為の自由は存在しない」のであるから、「宗教的人格権ないし『信仰生活の自由』を認めたからといって誰かの宗教行為の自由が制約されることを心配する必要はない」としていた。

しかしながら、もし原告らの「宗教的人格権」なるものを認めた場合、靖国神社の「祀る自由」との関係はどうなるのであろうか。平野意見書では、「信教の自由が保障されている以上、誰でも自由に宗教的行為をなすことができる。すべての人は祀る自由をもっている」と述べているが、このことは矛盾しないのであろうか。平野教授は「祀る自由」を認めても、宗教的人格権が否定されることはない。「重要なことは、宗教行為の自由を認めながら同時に宗教的人格権を承認し、これをいかに調整するかである」と主張されている。しかし、現実にはどのように「調整」すれば、靖国神社の「祀る自由」と原告らの「宗教的人格権」なるものが両立するのであろうか。

原告らは、靖国神社の「祀る自由」を否定しただけでなく、さらに靖国神社に対して「首相の参拝を受け入れないように」との要求までしていた。しかしながら、これこそ憲法で保障された靖国神社の「信教の自由」を蹂躪するものであって、「信教の自由」の拡大を主張されている教授からみれば、原告らの主張は到底容認しえないはずである。現に平野教授は、平成十五年一〇月六日の法廷での「証言」においても、靖国神社での戦没者の「合祀」につき、過去の二〇〇万人以上のケースについては遺族の「承諾」は不要である旨証言し、靖国神社の「祀る自由」を承認されたはずであった。

三、国家賠償訴訟における判断方法をめぐって

原告らのねらいは、その主張から窺われるように、損害賠償請求よりも首相参拝の合憲性について裁判所の判断を求めることにあった。しかしながら八事件中、裁判所が—あくまで「傍論」でしかなかったが—憲法判断を行ったのは福岡地裁と大阪高裁だけであった。

このような「司法消極主義」の姿勢に対しては批判もみられる。しかしなが

ら、本件各訴訟は国家賠償請求ないし民法上の損害賠償請求という形式を取っており、訴訟の核心は法益侵害の有無ということであったから、原告らの法益侵害が認められない以上、憲法判断がなされなくても別に問題はない。裁判所の憲法判断は、本来、それをしなければ結論が出せないという場合にのみなされるべきであって、「憲法判断はそれをすることが不可避でない限り行わない」というのが、わが国における憲法訴訟の原則だからである。その意味では、福岡地裁判決が損害賠償請求を棄却しておきながら、憲法判断にまで踏み込み、しかも本件首相の参拝を違憲と断じたのはかなり異例のことであった。

ただし、この「憲法判断の回避」は絶対的なものではない。それゆえ、本件各訴訟の焦点は、あくまで首相の参拝の合憲性にあるとの認識に立つて、福岡地裁が憲法判断に踏み込んだことを評価する憲法学者も見られる。

また、国家賠償請求においては、「職務行為該当性」「違法性の有無」「法益侵害の有無」などの争点につき、裁判所がどのような順序で判断すべきかについての定説は存在しないようだから、この点でも「違法性の有無」についての判断が先行する可能性は、否定できない。現に、本件各訴訟の判決では、三つのパターンが見られた。その第一は、第一次松山訴訟の地裁判決のように、まず原告らの主張する「法益侵害」の有無を判断し、法益の侵害が見られない以上、「その余について判断するまでもなく、原告らの請求には理由がない」として請求を棄却する方法である。そしてこれと同じ手法で原告の請求を棄却したのが、沖縄地裁等の判決であった。第二は、福岡地裁判決のように、「法益侵害の有無」の判断以前に本件参拝の「職務行為性」と「違法性の有無」を判断し、職務行為性と違法性は認めながら、「法益侵害」はないとして、請求を棄却する方法、そして第三が、大阪韓国人訴訟の第1審判決や千葉地裁判決に見られたように、まず「職務行為性」の有無を判断し、しかる後に「法益侵害」の有無を判断しただけで、原告らの法益の侵害が存しない以上、「違法性の有無」については判断するまでもないとして、請求を棄却する手法である。

このうちどれを採用するかは、裁判所の判断に委ねられている。しかしながら、前述のとおり国家賠償請求の核心は法益侵害の有無にあると考えられること、また本件各訴訟では首相の参拝の「違憲性」についての判断が求められて

おり、前述の「憲法判断の回避」の原則に配慮すべき必要があること、さらに訴訟の迅速化の要請などから考えて、法益侵害の有無だけで結論が出せる以上は、その判断を先行させ、無用な憲法判断は避けるべきではないかと思われる。とすれば、判決の出し方としては、少なくとも第一ないし第三の手法によるのが望ましく、この点でも福岡地裁判決には疑義がある⁹⁾。

四、首相の靖国神社参拝の合憲性

(1) 福岡地裁判決（平成十六・四・七）の問題点

しかも、福岡地裁判決が首相の参拝を違憲とした理由は、最高裁の示す目的効果基準に照らして考えた場合、きわめて疑問といえよう。

同判決は、本件首相参拝の「目的」には宗教的意義があるとして、次のような理由をあげている。(i) 靖国神社が宗教法人であること、(ii) 首相の参拝には、自民党内や閣僚の中にも強い反対があったこと、(iii) 一般人は、参拝を単なる戦没者の追悼とは評価していないこと、(iv) 憲法の政教分離は神道を念頭においた規定であること、(v) 首相が将来においても継続的に参拝するとの強い意志をもっていること、(vi) 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こと、(vii) 戦没者追悼の場所として靖国神社は必ずしも適切でないこと、(viii) 参拝には憲法上の問題や諸外国からの批判があることを承知しつつ、首相があえて自己の信念あるいは政治的意図に基づいて参拝を行ったこと、などである。しかしながら、これらの理由をみても、本件参拝に宗教的意義ありと認定するだけの十分な根拠は窺われない。それどころか、「強い反対があったから、参拝には宗教的意義がある」としたり、「首相が強い意志を持ち、自己の信念に基づいて参拝したのだから宗教的意義がある」としたりするのは、いずれも牽強附会であって、説得力をもたないであろう。

また、参拝の「効果」についても、判決は本件参拝直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、閉門時間が一時間延長されたこと以外に、参拝が特定宗教に対する援助、助長、促進にあたるとする明確な理由をあげていない。したがって、これも十分とはいえないと思われる。

(2) 大阪台湾人訴訟大阪高裁判決（平成十七・十・十一）の問題点

①目的効果基準の「改ざん」

大阪高裁が首相の靖国神社参拝を違憲とした傍論の内容は、一見してわかるように、あの矛盾した、問題だらけの愛媛玉串料訴訟最高裁判決（平成九年四月）や松山地裁判決（平成元年三月）を下敷きにしたものである。この最高裁判決に対しては、玉串料違憲論者たちからさえ、「目的と効果について明確な認定なしに違憲と断定している」とか、「初めに違憲の結論ありきの矛盾した判決である」などといった手厳しい批判が加えられた¹⁰⁾。にもかかわらず、その論法をそのまま採用したから、大阪高裁判決の傍論には、様々な矛盾が存在している。しかも、この判決には、以下に述べるように、巧妙な「からくり」が仕込まれていた¹¹⁾。

つまり、目的効果基準を採用したと**はい**うものの、高裁判決は非常に巧妙にこの判断基準を「改ざん」している。したがって、その意味では、大阪高裁判決が採用した目的効果基準は、最高裁で確立した目的効果基準そのものではない。首相の靖国神社参拝を憲法違反とするべく、目的効果基準の中味つまり判断基準まで改ざんしてしまったわけであった。その意味では、基準の適用を誤った最高裁の玉串料判決よりも、さらに悪質といえよう。

最高裁判決は、目的効果基準をもとに、ある行為が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、「当該行為の**外形的側面**のみにとらわれることなく、当該行為の行われる場所、当該行為に対する一般人の宗教的評価、当該行為者が当該行為を行うについての意図、目的及び宗教的意識の有無、程度、当該行為の一般人に与える効果、影響等、諸般の事情を考慮し、**社会通念**に従って、客観的に判断しなければならない」としている。ところが大阪高裁判決は、最も肝腎な「当該行為の**外形的側面**のみにとらわれることなく」という部分を「当該行為の**外形的側面のみならず**」としてしまった。つまり改ざんである。そのためであろう、判決は通常、過去の最高裁判決をそのまま引用するときは、その旨、判決名、判決日時を明記するにもかかわらず、大阪高裁判決には最高裁判決が一つも引用されていない。これでは目的効果基準もどきの、勝手に作り上げた独自の目的効果基準というしかない。

なぜこの点がそれほど問題になるのか。津地鎮祭訴訟において名古屋高裁は、神道式地鎮祭が宗教的活動に該当するかどうかを判断する際、その主宰者が「宗教家」かどうかとか、その儀式が宗教界で定められた「宗教的儀式」かどうかといった、専ら「外形的側面」に着目して違憲と断じてしまった。そのため最高裁はこの判決を破棄するべく、緩やかな目的効果基準を樹立し、当該行為が宗教的活動にあたるかどうかを検討するにあたっては、「外形的側面のみにとらわれることなく、社会通念に従って、客観的に判断すべき」としたわけであった。ところが大阪高裁判決は、「外形的側面」も重要であるとし、再び名古屋高裁判決の方向に押し戻そうとした。

そのため判決は、参拝の「外形的側面」に注目、本件参拝は「宗教施設である靖国神社」の「本殿」において、「祭神」に対し「拝礼」することによって「畏敬崇拜の気持ちを表したもの」であるから、「客観的に見て極めて宗教的意義の深い行為」とであると断定してしまった。しかしながら、このような論法を使えば、最高裁によって合憲とされた神道式地鎮祭でさえ、「宗教法人である神社」の「神職」が主宰する「神道的地鎮祭」を市自身が主催した上、「供物料」などの公金を支出し、さらに市長自らその「宗教儀式に参列」し、「玉串奉奠」まで行ったのであるから、神道の神に「畏敬崇拜の気持ちを表したもの」であって「客観的に見て極めて宗教的意義の深い行為」とであると断定せざるを得ないであろう。したがって、大阪高裁の判断方法は、明らかに誤りである。

それに、なぜ本殿での一礼方式の「拝礼」が、直ちに「畏敬崇拜の気持ち」の表明や「宗教的意義の深い行為」つまり「宗教心」や「信仰」の表明になってしまうのか。靖国神社は、他の多くの神社と違い、ご祭神は「戦没者」「英霊」である。したがって、靖国神社の「ご祭神」も、その遺族や戦友らから見れば、あくまで「亡き肉親」や「亡き戦友」であり、多くの国民にとっても「国のために亡くなられた戦没者」である。したがって靖国神社参拝の目的は、その多くは「信仰の表明」などといったものではなく、「戦没者の慰霊、追悼」という世俗的なものと考えられる。

このことは、外国からの表敬参拝を考えて見れば明らかである。靖国神社に

はこれまで外国の元首、大使、軍隊、武官らが数多く参拝しているが、国名から考えてその多くはキリスト教徒であり、イスラム教徒、仏教徒、無神論者なども含まれている。そして外国からの元首や大使、武官らが本殿において「祭神」に向かい、一礼の「拝礼」をする例も多い。判決は、それらも全て世俗的、儀礼的な参拝ではなく、宗教的意義の深い「信仰の表明」と断定するのであろうか。

さらに判決は、一方で、本件参拝の「主たる目的」は「戦没者に反省と哀悼の意をささげること」であり、「専ら戦没者の追悼という宗教とは関係のない目的で行うもの」とか、「参拝の主たる動機ないし目的は政治的なもの」と認定しておきながら、他方では、「参拝の核心部分」は「祭神に対し、一礼する方式で拝礼することにより、畏敬崇拝の気持ちを表したもの」であり、「客観的に見て極めて宗教的意義の深い行為」であるなどと断定している。これは明らかに矛盾である。判決は一体、首相の参拝の本当の意図、目的は何だというのであろうか。

このように、本判決は最高裁が退けたはずの「外形的側面」のみにとらわれ、逆に「一般人の意識」や「社会通念」を無視したものであって、これではとても最高裁の審理に耐えられるはずがない。そのため、最高裁での審理を回避するために、あえて上告封じをしてしまったのではないかと考えられる。

ちなみに、玉串料支出を違憲とした松山地裁判決は、「主観的意図」と「客観的目的」を区別し、玉串料支出の「主観的意図」は「戦没者の慰霊と遺族の慰謝」であるが、玉串料の支出には「靖国神社の祭神そのものに対して畏敬崇拝の念を表するという一面が、どうしても含まれてこざるを得ない」から、客観的に見れば「宗教的意義をもつことを否定することはできない」とした。本判決は、この松山地裁判決の論理を採用したものと考えられる。しかしこの松山地裁判決に対しては、徹底的に反論を加えたこともあり¹²⁾、玉串料を違憲とした最高裁でさえ、「主観的意図」と「客観的目的」を区別するような論法は採用しなかった。にもかかわらず、大阪高裁が再びこの理論を採用したことについては、強い疑問を覚える。

②「効果」判断への疑問

次に「効果」であるが、判決の認定方法は完全に愛媛玉串料訴訟最高裁判決の手法を踏襲したものである。すなわち、判決は、①参拝が国又はその機関が靖国神社を「特別視」し、他の宗教団体に較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、②首相の参拝がおこなわれた平成十三年八月には、例年より多くの参拝者があり、③インターネットのホームページへのアクセス数が急増したことをもって、靖国神社への「助長、促進」があったと断定した。

しかしながら、最高裁判決のいう特定宗教への「援助、助長、促進」とは、たとえばそれが布教、宣伝に当たるとか、財政援助にあたるとかいった、もっと現実的で具体的な援助を指しており、単なる「特別視」、「印象」さらには「社会的関心」などといった抽象的で曖昧なものではない。それに考えてみれば、「特別視」とか「社会的関心」などというのは、もともと価値中立的な概念であるから、社会的関心を呼び起こしたからといって、それがプラスとなるかマイナスとなるかはわからない。したがって、仮に強い社会的関心と呼んだからといって、それが直ちに靖国神社への「援助」となるとは断定できまい。

また、参拝者数が増加したからといって、それが慰霊、追悼のための参拝であれば、特定宗教への援助といった宗教的效果があったものと決め付けることはできない。それにもしそれをいうなら、翌年は参拝者が減少しているわけだから、靖国神社への援助には当たらなかったことになろう。さらにホームページへのアクセス数が増加したからといって、それがそのまま「援助」となるには限らない。現にアクセスの中には、参拝反対派による妨害もあれば、中国からのハッカー攻撃さえ存在したからである。

それゆえ判決は、参拝が何ゆえ靖国神社への「援助、助長」に当たるかを明確に指摘できないまま、援助、助長に当たるかのごとき判断を下してしまった。つまり、初めに違憲の結論ありきの判決であるという所以である。それに判決文をよく見ると、「助長、促進」になるというだけで、「援助」に当たるとは一言も言っていない。つまり大阪高裁は、参拝が靖国神社への「援助」に当

たるとは明確に認定できなかつたため、用心深くこの語を避けたのではないかとさえ思われる。

このように判決は「目的効果基準」の内容つまり判断基準まで改ざんし、それを強引に適用して、参拝には宗教的意義があり靖国神社へ援助、助長に当たるかのごとく断定してしまったわけであった。その意味では、緩やかな目的効果基準を強引に厳格適用して違憲判決を下した愛媛玉串料訴訟最高裁判決よりも、さらに問題の多い判決であるといわなければならないまい。

五、いわゆる「傍論」をめぐる

(1) 下級審の「傍論」(ねじれ判決)は、三審制を基礎とする違憲審査制の否定

このように、福岡地裁判決が首相の参拝を違憲とした理由は、内容的にきわめて疑問が多く、支持することはできないが、もう一つの問題は、この合憲性の判断がいわゆる「傍論(オバイタ・ディクタ)」の形で示されたことである。この点については、いかに評価すべきであろうか¹³⁾。

確かに、一般論としていえば、たとえば下級審において憲法問題が重要な争点とされたり、あるいは一、二審で異なる憲法判断がなされたような場合、たとえ憲法判断が不要なケースであっても、最高裁があえて「念のため」といった形で憲法判断を行うことは、当然許されよう。なぜなら、最高裁は憲法解釈についての終審裁判所だからである。ただ、問題となるは下級審の場合であって、これについては慎重な考慮が求められる。というのは、現行憲法は三審制を前提として違憲審査制を採用しているからであって、少なくともこれを否定するような形で傍論を付すことは許されないからである。

ところが、本件判決は、原告側の損害賠償請求を棄却し原告敗訴としておきながら、傍論の中で敢えて憲法判断を行い、首相の靖国神社参拝を違憲とした。つまり「ねじれ判決」である。こうなると、被告側としては、傍論の内容にいくら不満があっても控訴は認められない。他方、原告側も、裁判の本当のねらいは違憲の判断を勝ち取ることにあるから、これでもって「完全勝訴である」とし、控訴しようとはしない。そして裁判長も、過去の判決に照らせばこのような事態が生ずることを十分予想しつつ、敢えて傍論を付したものと考え

られる。とすれば、このようなねじれ判決は、三審制を基礎とする憲法の違憲審査制を否定するものであるから、本判決にみられるような傍論は憲法違反の疑いさえあるのではないかと思われる。

ちなみに、「傍論」そのものの当否について、最近では「蛇足」であり違法であるとして否定する見解も見られる¹⁴⁾。しかし、憲法学者の多くは肯定的であり、例えば芦部信喜教授は、「少なくとも最高裁が、その事件の重要性なり、法解釈ないし判例の統一の必要性に応じて、憲法判断を念のために付加すること自体は、まさに最高裁の政策的考慮に基づく憲法判決の一つの方法として、場合によってはむしろ積極的に是認すべきではないか」¹⁵⁾と主張される。

この点、本報告者も、最高裁判所に限っていえば、最高裁は憲法判断を行う終審の裁判所であることから、例外的に「傍論」で憲法判断を行うことは認められると思う。例えば、下級審において憲法問題が重要な争点とされていたり、違憲判断が下されたりしたような場合には、判決主文と直接関係のない場合であっても、必要に応じて最高裁が傍論を付し、憲法判断を行っても構わないのではないかと考える。

現に最高裁は、例えば生活保護受給権をめぐる朝日訴訟において、原告の死亡を理由に「訴訟終了」を言い渡しておきながら、「念のために」という形で傍論を付け、憲法二十五条の生存権の法的性格につき意見を述べたことがある。もちろん、最高裁の判示であっても、傍論である以上、判例としての効力は持たないが、最高裁の考えを知る上で貴重な役割を果たしてきたのではないかと思われる。

とはいうものの、下級審となれば話は全く別であり、高橋和之教授も傍論について「下級審の場合は、その判断が最終的となってしまうような形で行うことは許されない」とされる¹⁶⁾。特に「ねじれ判決」となれば、違法どころか違憲の疑いさえあるのではなからうか。なぜなら、先に述べた一連の「ねじれ判決」は、被告の国や自治体側の上訴（控訴、上告）権を故意に奪うものだからである。それどころか、もし「控訴封じ」や「上告封じ」が横行することになれば、三審制を基礎とし、最高裁をもって法律等が憲法に違反しないかどうかを判断する終審の裁判所とするわが国の違憲審査制（憲法八十一条）そのもの

を崩壊させかねない。「ねじれ判決」は、最高裁の持つ違憲審査権を剥奪するに等しいからである。

(2) 「傍論」肯定論への疑問

これに対して、判決支持派の中には、原告らの訴訟の目的が「公権力による違憲行為の統制」つまり裁判所による首相の参拜の抑止にある以上、裁判所はあえて憲法判断をすべきであるなどといった見解も見られる。また横田耕一教授も、「裁判所には事件を解決するだけでなく、憲法秩序を維持する役割がある」として次のようにコメントしておられる。「今回の訴訟のように繰り返し違憲が争われている状況がある場合、裁判所は違憲審査を任されている以上、憲法秩序を守ろうと、あえて憲法判断をすることも必要ではないか」¹⁷⁾。福岡地裁の亀川裁判長も同じ考えのようで、判決骨子を読み上げた後、「裁判所が憲法判断を回避すれば、今後も参拜が繰返される可能性があるため、裁判所の責務としてあえて憲法に違反するとの判断を示すものだ」と述べていた。

この点、わが国の違憲審査制は、「憲法秩序の維持」そのものを目的とするドイツ型の憲法裁判所とは異なり、「人権の保障」が主たる目的であるとされる。つまり憲法違反の国家行為から人権を保障することに主眼が置かれている。ただ、憲法秩序の維持と人権の保障とは決して別の事柄ではなく、憲法秩序を維持するためには基本的人権の保障が必要であり、逆に人権を保障することによって憲法秩序そのものも維持されることになる。

とすれば、わが国の裁判所に対して憲法秩序の保障や違憲の国家行為の統制を求める見解も、誤りとはいえないであろう。しかし、そこには自ずから限界がある。つまり、わが国の違憲審査制は、具体的な争訟事件つまり、民事、刑事ないし行政事件を前提とし、事件解決のために必要な限りで付随的に違憲審査権を行使するというものであって（付随的違憲審査制）、最高裁判決も言うように、裁判所が具体的事件を離れて抽象的に法律や命令等の合憲性を判断する権限は認められていない。それゆえ、具体的事件の解決のため憲法解釈が必要となる場合にのみ、憲法判断を行うというのが本来のあり方である。とすれば、本件訴訟においては、原告らの主張する法益の侵害はなく、人権が侵害さ

れているわけではないのだから、それ以上、憲法判断を行う必要はない。

この点について、学説の中には「事件の重大性や違憲状態の程度、その及ぼす影響の範囲、事件で問題にされている権利の性質等を総合的に考慮し、十分理由があると判断した場合は、〔憲法判断〕回避のルールによらず、憲法判断に踏み切ることができる」（芦部教授）といった有力な見解も存在する。つまり、「憲法判断の回避」のルールも絶対的なものではないから、場合によっては敢えて憲法判断に踏み込むことも許されるというわけである。

本件訴訟は、果たしてその例外的なケースに該当するであろうか。この点、実は芦部教授自身、中曽根首相の靖国参拝をめぐる訴訟の中で、平成四年、大阪高裁が違憲の疑いありとの傍論を付した判決の手法については疑問を呈しておられる。「高裁が、しかも一審判決で合憲判決が示されたような事件であればともかく、そういう事情もないのに、控訴人・被控訴人の主張を受けて、傍論で違憲の疑義を表明することは、憲法訴訟のあり方として、その適切性に疑問の余地もあるであろう¹⁸⁾と。つまり芦部教授は首相の靖国神社参拝違憲論者ではあるが、高裁が「傍論」と言う形で行った憲法判断の手法には批判的であったことが分かる。また中曽根参拝当時は、横田教授も「憲法訴訟としてこうした方法が妥当かどうか、理論的な検討を加える必要がある」と慎重であった¹⁹⁾。したがって、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、いささか短絡的であって、わが国の違憲審査制度の本質を踏み外すものといわなければなるまい。

しかも本判決は、既に述べたように、「上告封じ」を狙ったねじれ判決であって、このようなやり方は最高裁を終審裁判所とする違憲審査制を否定するものである。したがって、違憲の疑いさえ強い。とすれば大阪高裁は、違憲行為の統制や憲法秩序の維持どころか、自ら憲法違反を侵していることになるが、それでも「憲法秩序の維持のため」といった大義名分を振りかざすつもりであろうか。

六、大阪韓国人訴訟最高裁判決（平成十八・六・二三）

小泉首相の靖国神社参拝をめぐる大阪韓国人訴訟において、最高裁は平成十八年六月二十三日、原告側の損害賠償請求および参拝の違憲確認の訴えをいずれも退ける、原告全面敗訴の判決を下した²⁰⁾。

八件の参拝訴訟のうち、最高裁による初めての判決であったが、原告全面敗訴のこの判決は、事実上首相の参拝を合憲として追認したにも等しい判決であって、高く評価できる。しかも、その直後の六月二十七日には、松山訴訟と千葉訴訟についても、最高裁が原告側の上告を棄却しており、係争中であった靖国参拝訴訟の帰趨は、これでほぼ定まったといつてよからう。

先に述べたとおり、国家賠償訴訟では、①当該行為が公務員の「職務行為」として行われたかどうか、②その行為が違法（違憲）かどうか、③法益の侵害があったかどうか、の三点が主要な争点となる。ただ、この三点について、裁判所がどのような順番で判断を下すべきかということになると必ずしも定説はない。そのため下級審判決も三つのタイプに分かれた。

今回、最高裁は、第一の手法、つまり最初に「法益侵害の有無」を判断する手法を採用した。つまり、まず「法益侵害の有無」を判断し、昭和六十三年の殉職自衛官合祀訴訟判決と同様、原告らの主張する「法的利益」なるものは「不快の念」にとどまり、法的利益とはいえないとした。そして、原告らの法益が侵害されていない以上、首相の参拝が公的参拝か私的参拝か、参拝が違憲か否かについては判断するまでもないとして原告の請求を退けたわけであった。

国家賠償請求の核心部分は「法益侵害の有無」にある。このことを考えれば、原告らの主張に理由がないことは初めから分かりきっているのだから、わざわざ「職務行為性」や「違法性の有無」など判断せず、端的に「法的利益の侵害なし」として請求を棄却すればそれで十分である。それゆえ今回の最高裁判決は、原告らの請求を棄却した点はもちろん、判決の手法としてもきわめて妥当なものといえよう。

しかも判決は、「上告人らの損害賠償請求は、その余の点について判断する

までもなく理由がない」としている。これは原告らの損害賠償請求を棄却しておきながら、判決主文と直接関係のない「傍論」の中で首相の参拝を違憲とした平成十六年四月の福岡地裁判決や平成十七年九月の大阪高裁判決の手法を、最高裁が明確に否定したことを意味する。その意味でもこの最高裁判決は注目してよい。

さらに言えば、最高裁判決は、参拝の合憲性を裁判で争うというやり方には無理があり、この問題については国会や内閣の判断に委ねるしかないことを暗に示唆したものと解することができよう。というのは、判決は参拝が公的参拝であっても私的参拝であっても、原告らの法益侵害は認められないとした上、違憲確認の訴えについても確認の利益はないとして簡単に却下しているからである。つまり、「統治行為」などと同様、参拝の合憲性については、裁判で争う道はないことを匂わせているわけである。

となれば、現在、有権解釈としては、首相らの靖国神社参拝を合憲とする確立した「政府見解」が存在するわけだから、首相がこの政府見解に基づいて靖国神社を公式参拝することは、一向差し支えないことになる。そして今回の判決は、結果的にこの政府見解を追認したと同様の効果をもたらしているといえよう。始めに、「最高裁が事実上の合憲判決を下した」と述べたのは、このことである。

注

1) 八件の訴訟は、以下のように確定している。

- ① 大阪韓国人訴訟（最二小判平成十八・六・二三）…原告敗訴
- ② 大阪台湾人訴訟（大阪高判平成十七・九・三〇）…原告敗訴（但し、「傍論」あり）
- ③ 松山第一次訴訟（最二小決平成十八・六・二七）…原告敗訴
- ④ 松山第二次訴訟（最一小決平成十九・四・十二）…原告敗訴
- ⑤ 東京訴訟（最一小決平成十九・三・二二）…原告敗訴
- ⑥ 福岡訴訟（福岡地判平成十六・四・七）…原告敗訴（但し、「傍論」あり）
- ⑦ 千葉訴訟（最三小決平成十八・六・二七）…原告敗訴
- ⑧ 沖縄訴訟（最一小決平成十九・四・五）…原告敗訴

2) 大阪韓国人訴訟については、拙稿「大阪靖国参拝訴訟の問題点」『日本法学』

- 第六九卷第三号（平成十六年）一頁以下参照。
- 3) 最大判昭和六三・六・一、判時一二七七号。
 - 4) 大阪地判平成元・一一・一九、判時一三三六号。
 - 5) 大阪高判平成四・七・三〇、判時一四三四号。
 - 6) 拙稿・前掲（注2）、八頁。
 - 7) 福岡地判平成十六・四・七、判時一八五〇号。
 - 8) 東京高判平成十・二・九、高民集五一卷一号。
 - 9) 拙稿「最新判例批評 三二〔首相の靖国神社参拝をめぐる三件の事例〕」『判例評論』五五五号、一七五頁。
 - 10) 拙稿「愛媛玉串料訴訟最高裁判決をめぐって」『日本法学』第六十三卷四号）五六～五七頁。
 - 11) 拙稿「中国の容喙、違憲の傍論を排し堂々の参拝を」『諸君！』平成十八年十二月号、九六頁以下。
 - 12) 拙著『靖国と憲法』（平成十五年）、一頁以下を参照。
 - 13) 拙稿「首相の靖国神社参拝と憲法判断」『法律のひろば』二〇〇四年七月号、七一頁以下。
 - 14) 井上薫『判決理由の過不足』（平成十年）、一七四～一七五頁。
 - 15) 芦部信喜『憲法訴訟の理論』（昭和四八年）、四一三頁。
 - 16) 高橋和之「憲法判断回避の準則」『講座憲法訴訟 第2巻』（平成六年）、十三頁。
 - 17) 朝日新聞、平成十七年十月六日。
 - 18) 芦部信喜『憲法学Ⅲ 人権各論（1）[増補版]』（平成十二年）、一九九頁。
 - 19) 横田耕一「違憲性が問われる靖国神社公式参拝」『法学セミナー』一九九二年十一月号、三四頁。
 - 20) 最二小判平成十八・六・二三、判時一九四〇号。