

事件番号 平成29年（ネ受）第99号
申立人 菱木政晴 外276名
相手方 安倍晋三, 靖国神社, 国

上告受理申立理由書

2017年5月11日

最高裁判所 御中

申立人ら訴訟代理人
弁護士 加 島 宏 (代 表)
弁護士 中 島 光 孝 (事務局)

(別紙添付)

第1章 総論	3
第2章 最高裁判例と相反する判断	3
1 原判決の示した「憲法判断の必要がない」との判断	3
2 必要な場合には憲法判断を行う近時の最高裁判決	4
（1）付随的審査制と憲法保障機能	4
（2）憲法判断に踏み込んだ最高裁判決の存在	5
（3）最高裁判決の近時の動向－客観法原則違反から主観的権利を導く	7
3 小括	11
第3章 法令の解釈に関する重要な事項	11
第1 処分権主義違反・釈明義務違反	11
1 原判決の判断	11
2 処分権主義違反	12
（1）処分権主義	12
（2）本訴訟における審理の対象・範囲	13
3 釈明義務違反	13
（1）本件における裁判所の釈明義務	13
（2）本件における釈明義務違反	16
第2 期待権に関する原審判断は経験則に反している	18
1 原判決の判断	18
2 日本国憲法の最高法規性とこれに対する市民の期待	18
3 公務員による憲法違反行為が起こらないとの市民の期待が社会一般に広く共有されていること	20
4 小括	22

第1章 総論

原判決には、政教分離の判断を回避したという点で、最高裁判例と相反する判断があり（本書面第2章）、この点上告受理事由に該当する（民事訴訟法318条1項前段）。また、処分権主義違反・釈明義務違反を犯したこと（本書面第3章第1）及び、期待権に関する判断が経験則に反したこと（本書面第3章第2）により、法令の解釈に関する重要な事項を含んでおり、この点も上告受理事由（民事訴訟法318条1項後段）に該当する。

第2章 最高裁判例と相反する判断

1 原判決の示した「憲法判断の必要がない」との判断

原判決は、一審判決に「念のため補足する」として、以下のように述べる。

「民事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、かつそれで十分である。本件においては、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、控訴人らの請求はいずれも理由がないから、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。まして、我が国の裁判所によ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自体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。したがって、控訴人らの主張は採用することができない。」

すなわち、本件においては、

「民事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、かつそれで十分である」という前提の下に、

- ① 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、控訴人らの請求はいずれも理由がない。
- ② そうであれば、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。
- ③ まして、我が国の裁判所によ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から、本件参拝が内閣総理大臣の職務行為であると仮定して、その憲法適合性を判断する必要があるとはいえない。

という見解が「念のため」わざわざ示された。

しかし、原判決のこの見解は、裁判所の違憲審査権の行使についての誤った見解に基づくものであって、最高裁判所の近時の動向に照らしても不整合であり、かつ容認しがたい。

以下、具体的に述べる。

2 必要な場合には憲法判断を行う近時の最高裁判決

（1）付随的審査制と憲法保障機能

原判決が「我が国の裁判所によ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」と断言する部分につき、まず、付随的審査制の「個人の権利保護を第一の目的とする」（芦部信喜（高橋和之補訂）「憲法第六版」380頁）理念に拘泥しすぎているといえることができる。また、仮にこの部分を肯定するとしても、裁判所の憲法保障機能から、「結論を出すに当たって必要な場合に、かつその限度で」憲法判断をするべき場合を広く捉えるべきである。

そもそも、憲法は最高法規性を有し（81条）、また基本的人権尊重の原理（前文及び第3章）に依っている。そこから、裁判所が「憲法の番人」として違憲審査制を司り、基本的人権尊重の見地から憲法秩序を保障

する役割が導かれる。そして三権分立（99、41、63及び98条）の思想から、司法は独自の立場で係争の法令を解釈して違憲と解される場合には事件に適用することを拒否する責務を負い、かつ、立法・行政の違憲的な行為を司法が統制し、権力相互の抑制と均衡を確保する必要がある。

したがって、この憲法の枠組からすれば、具体的事件を提起した名宛人のためにというのみならず、歴史的に長期に渡り常に問題とされており、国家による行為の憲法適合性が直接的に争われ、放置すれば繰り返し人権侵害を生じることが歴史的にみて自明といえる案件については、裁判所の最高法規性、人権保障機能及び三権分立の趣旨に鑑み、裁判所は積極的に憲法判断をしなければならない。

(2) 憲法判断に踏み込んだ最高裁判決の存在

そして憲法判断の性質上、いつ憲法判断をするかは裁判所の広い裁量に委ねられている。

すなわち、「憲法判断」は、他の国家権力との間でのバランスの問題を惹起し、裁判所がいつ憲法判断に踏み込むかは、基本的には裁判所の裁量に委ねられている。判例では、憲法判断が「必要な場合」であるかどうか、ある種の基準とされている。すなわち、裁判所は、自らが「必要な場合」と判断する場合に憲法判断を行うことができる。

ア 公職選挙法204条の選挙無効訴訟における千葉補足意見について

上記の理は、公職選挙法204条の選挙無効判決（最判2014（平成26）年7月9日裁判所時報1607号1頁）に付された千葉勝美補足意見からも見て取れる。

同補足意見は、渋谷秀樹教授の「憲法判断の条件」（『講座憲法学6』）という論考によりながら、米国連邦最高裁のブランダイス判事のアシュワンダー対テネシー溪谷開発公社事件補足意見に示された「ブランダイス・ルール」を引用し、「裁判所が、事件の結論を導くのに必要かつ十分な法律判断に加えて、当事者の主張に対する念のための応答として憲法判断を付加的に判示することは・・・ブランダイス・ルールないしその精神に照らして疑問のあるところといわなければならない。」とする。

また、「制定法についての憲法適合性の判断は、その結論のいかんにかかわらず、多くの場合、政治的・社会的に様々な影響をもたらすものであるところ、必要な場合には違憲立法審査権を行使して判断を示すことは当然であるとしても、司法の本質を見すえ、必要な場合を超えてまで憲法判断を展開することには慎重であるべきものとする考え方であり、このブランダイス・ルールの法理は、その後米国連邦最高裁の判例法理となっている。」と述べている。

この見解は、①「事件」と「憲法判断」が論理的に別の概念としては独立であること及び、②制定法についての憲法適合性の判断のように政治的・社会的に様々な影響をもたらすものであっても「必要な場合」は「違憲立法審査権を行使して判断を示すことは当然」であることを前提として、③「念のための応答として」憲法判断を付加することについて「ブランダイス・ルールないしその精神に照らして疑問」とするものである。

すなわち、「必要な場合」と判断される場合には、憲法判断に踏み込むことは「当然」とされているのである。

だからこそ原判決も、制定法に対する判断より政治的・社会的な影響度の低い「本件参拝が内閣総理大臣の職務行為に該当するか否かを判断し、これが政教分離原則（憲法20条3項）に違反するか否かを判断すべき」との控訴人らの主張に対し、憲法判断を「必要な場合」と認めたからこそ、「念のため補足」をしたものであろう（9頁）。

ただし、申立人らは、ここで判断すべきはこのような司法消極主義の開陳ではなく、憲法違反か否かの積極的判断であった、と主張するのである。

イ 近時の積極的憲法判断－再婚禁止期間違憲判決

そして、裁判所が「必要な場合」と判断する場合に憲法判断を行うという手法を、近時の最高裁判決（再婚禁止期間違憲訴訟最高裁大法廷判決2015（平成27）年12月16日民集69巻8号2427頁）も採用し

ている。

同判決は、民法733条1項のうち100日を超えて再婚禁止期間を超える部分が、平成20年当時において憲法14条1項、24条2項に違反すると判断した一方で、国家賠償法上の違法性（国会議員の立法不作為）は否定した。

違法性を否定しながら、違憲という判断を下すことは、これまで一般的に言えば回避されてきたものと思われる。同判決は、最高裁が憲法判断を示す「必要」を認めた例であり、実質的な違憲確認訴訟として機能したもののといえる。

以上のように再婚禁止期間違憲判決の動向を踏まえれば、本件においても、事件性の要件とは別に（仮に被申立人らの本件参拝行為等の違法性が認められなかったとしても）、裁判所は違憲判断を下すべきであった。

（3）最高裁判決の近時の動向－客観法原則違反から主観的権利を導く

ア 例えば、森林法違憲判決（最大判昭和62・4・22民集41巻3号408頁）の法令違憲や国公法事件（最判平成24・12・7刑集66巻12号1337頁（国公法違反事件（堀越事件）））における適用違憲の例をみても、人権をテーマとした違憲判決が、当該訴訟ないし公判の当事者のみならず、特定の個人を超えたより一般的な自由や権利について、人権の特性に鑑み、保障する「仕組み」が存在していることが看取できる。

イ 特定の個人を超えたより一般的な自由や権利について保障する「仕組み」は、表現の自由をめぐる判決においてより明確に判示されている。

すなわち、名誉毀損の成立要件について表現の自由との調整を図った「相当性の理論」（最大判昭和44・6・25刑集23巻7号975頁（夕刊和歌山時事事件））。民法不法行為責任について、最小判昭和41・6・23民集20巻5号1118頁。）、一般国民の表現の自由を広く保障すべく事前差止めの要件を厳格に設定した「北方ジャーナル要件」（最大判昭和50・9・10刑集29巻8号489頁）は、曖昧不明確な規定に対して一般国民の表現の自由を保障する観点から明確性を求めた「明確性の原則」を引用して、人権ないし権利であっても個人に還元されない（つまり広く一般的な自由や権利について保障する）側面を有することを示した。その点で法原則との関係は極めて相対的なのである。

ウ 殊に、ある公立図書館で、「除籍対象資料」に該当しないにもかかわらず、図書館職員が独断でコンピューターの蔵書リストから除籍する処理をして廃棄したことについて、当該図書館の著者が国家賠償請求訴訟を提起したという事件において、最高裁（最判2005（平成17）年7月14日民集59巻6号1589頁）は、以下のような注目すべき判断をした。

すなわち、公立図書館は「住民に対して思想、意見その他の種々の情報を含む図書館資料を提供してその教養を高めること等を目的とする公的な場」であり、「公立図書館の図書館職員は、公立図書館が上記のような役割を果たせるように、独断的な評価や個人的な好みにとらわれることなく、公正に図書館資料を取り扱うべき職務上の義務を負うものというべきであり、閲覧に供されている図書について、独断的な評価や個人的な好みによってこれを廃棄することは、図書館職員としての基本的な職務上の義務に反するものといわなければならない。」とした上で、「公立図書館の図書館職員が閲覧に供されている図書を著作者の思想や信条を理由とするなど不公正な取扱いによって廃棄することは、当該著作者が著作物によってその思想、意見等を公衆に伝達する利益を不当に損なうものといわなければならない。そして、著作者の思想の自由、表現の自由が憲法により保障された基本的人権であることにもかんがみると、公立図書館において、その著作物が閲覧に供されている著作者が有する上記利益は、法的保護に値する人格的利益であると解するのが相当であ」と判示して、著作者の国賠法に基づく損害賠償請求を認容した。

つまり、「思想、意見等を公衆に伝達する公的な場」である図書館は、表現の自由の客観法的価値を実現する制度であるところ（客観的法原則）、そこからかかる客観法的価値を損なう行為をしてはならないという図書館職員への職務上の義務が導かれ、当該義務違反を「思想、意見等を

公衆に伝達する」著作者の主観的権利を導いているのである。
エ このように近時の最高裁が、客観法原則違反から主観的権利を導いていることに鑑みれば、人権と客観的法原則との関係は、前者から後者が導かれ、後者から前者が導かれるという相対的なものであることが明確となる。

オ 上記のように、客観的法原則と人権との関係は相対的であって、客観的法原則違反から憲法上の法的利益ないし主観的利益を観念することは容易である。

この点、本件の被告安倍首相の靖國神社参拝行為に関しては、客観的法原則である政教分離原則と信教の自由が問題となるが、前者の政教分離原則から、いわば信教の自由が侵害される「おそれ」からの自由、という法的利益が導かれる。

市有地を神社施設のために無償で使用させていることの政教分離原則違反の有無が争われた空知太神社事件において、「国家と宗教とのかかわり合いには種々の形態があり、およそ国又は地方公共団体が宗教との一切の関係を持つことが許されないというものではなく、憲法89条も、公の財産の利用提供等における宗教とのかかわり合いが、我が国の社会的、文化的諸条件に照らし、信教の自由の保障の確保という制度の根本目的との関係で相当とされる限度を超えるものと認められる場合に、これを許さないとするものと解される。」ことを述べ、市が町内会に対して私有地を無償で神社施設の敷地としての利用に供している行為を憲法89条、20条1項後段に違反するとした（最大判平成22・1・20民集64巻1号1頁）。

すなわち、上記最高裁からも明らかなように、政教分離原則にとっての根本目的は「信教の自由の保障の確保」であって、強制という契機の有無に拘れば、政教分離原則の意義を没却するのである。直接的な強制の契機が存在せず、侵害の「おそれ」にとどまる場合であっても、それは信教の自由の保障されない状態を来しており、それを回避するための制度が政教分離原則であるはずである。

カ このように、客観的法原則である政教分離原則から、『信教の自由が侵害される「おそれ」からの自由』という法的利益が導くのが、現在の判例の動向であるということができる。

3 小括

以上のとおり、近時の判例は、「必要な場合」を積極的に捉えて憲法判断を行う傾向があり、かつ、客観的法制度から主観的権利を導くという傾向を有する。

しかし原判決はこのような判例動向を無視して司法消極主義に拘っており、判例違反を来しているということができる。

第3章 法令の解釈に関する重要な事項

第1 処分権主義違反・釈明義務違反

1 原判決の判断

原判決は、本件参拝及び本件参拝受入れにより損害賠償の対象となり得るような申立人らの権利又は法律上保護されるべき利益の侵害があったといえるかという争点につき、一審判決を一部補正しながらも、これを維持している。一部補正後の判示は以下のとおりである。

「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て、不快の念を抱いたとしても、自己の権利又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ず、上記の心情ないし宗教上の感情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。」（以下「判示①」とする）

「そして、本件と同様、内閣総理大臣が靖國神社を参拝した行為が政教分離原則を規定した憲法20条3項に違反するとして回顧・祭祀に関する自己

決定権等の侵害がある主張した事案における最高裁平成18年判決は、上記のことは、内閣総理大臣の地位にある者が靖國神社を参拝した場合においても異なるものではないと判示した。」（以下「判示②」とする）

「しかし、前記1（1）で認定したように、靖國神社は国事に殉じた人々を奉斎すること等を目的としており、その歴史的経緯からして一般の神社とは異なる性格を有することは認められるものの、相手方安倍が参拝し、これを靖國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り、申立人らに対し、自己の心情ないし宗教上の感情が害されたとして不快の念を抱かせることがあるとしても、申立人らのような特定の個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と解される。これによれば、本件参拝及び本件参拝受入れは、申立人らの主張する内心の自由形成の権利等を侵害するものということとはできない。」（以下「判示③」とする）

2 処分権主義違反

（1）処分権主義

ア 民事訴訟法246条は、「裁判所は、当事者が申し立てていない事項について、判決をすることができない」と定めている。これは、訴訟の開始、審判の対象・範囲、訴訟の終了についての処分の自由を当事者に認める処分権主義を定めたものであり、当事者が審判対象を決定し、裁判所は、当事者の申し立てた事項以外の事項について判決をしてはならないとしたものである。民訴法246条の「事項」とは「訴訟物」、すなわち訴訟上の請求を意味する（最判昭33. 7. 8民集12-11-1740）。

イ 処分権主義のもとでは、審理の範囲は、請求の趣旨及び請求の原因によって特定された訴訟物、すなわち当事者の訴訟上の請求に限定される。

判例は、訴訟物は、基本的には、原告の主張した請求の趣旨及び請求の原因によって特定されるとしている（最判昭36. 3. 24民集15-3-542）。

他方、当事者が法律的評価ないし表現を誤った場合には、裁判所が、当該事案に即した法的請求があったものとすることは処分権主義には反しない。最判昭34. 9. 22民集13-11-1451は、原告が売買契約解除に基づく家屋明渡しとともに、明渡し済みまでの賃料相当額の金員の支払を請求し、原告が「不法占拠」「損害金」と呼んでいても、これを不当利得返還請求と解して認容するのは処分権主義に反しないとしている。ここでは、原告が「損害金」と呼んでいるものが「不当利得」という表現に変えられることになる。

（2）本訴訟における審理の対象・範囲

本訴訟では、申立人らは、「内心の自由形成の権利等」という実体法上の権利が存在し、これが本件参拝及び本件参拝受入れによって、侵害されていると主張している。

申立人らは、「内心の自由形成の権利等」の侵害に基づく損害賠償請求権と「心情ないし宗教上の感情」が害され「不快の念」が生じたとしてこれに基づく損害賠償請求権が競合して成立する場合に後者を主張しているわけではない。前者が成立するとして、かつ、その法律的評価ないし表現に誤りないものとして、前者を請求している。

したがって、本訴訟では、「心情ないし宗教上の感情」が害されたかどうか、「不快の念」が生じたかどうかを審理するのではなく、端的に「内心の自由形成の権利等」が侵害されたかどうかを判断すべきである。にもかかわらず、「心情ないし宗教上の感情」が害されたかどうかを問題としている点で、原判決は民訴法246条の処分権主義に反する。

3 釈明義務違反

（1）本件における裁判所の釈明義務

ア 本訴訟では申立人らは内心の自由形成の権利、信教の自由確保の権利及び回顧・祭祀に関する自己決定権の侵害に基づく損害賠償請求権を訴訟物として特定しているのであるから、審理の範囲はこれに限定されるべきである。

裁判所が、内心の自由形成の権利、信教の自由確保の権利及び回顧・祭

祀に関する自己決定権が侵害されたとする申立人らの主張が、「自己の心情ないし宗教上の感情が害されたことによる不快の念」が生じたものであるとの主張であると受け止めたのであれば、申立人らに対し、申立人らの主張が前者であるか後者であるかを明らかにするよう釈明を求めるべきである。

民事訴訟法149条1項は、裁判長に釈明権を認めている。これは、弁論主義のもとでは、訴訟資料の提供は当事者の権能でりかつ責任であるが、裁判所においてその趣旨を了解できなければ、事件の輪郭や争点の所在を解明することができず、当事者の申し立てた事項に対して審理し裁判をすることができない。そこで、訴訟関係を明瞭にするため、事実上及び法律上の事項に関し、当事者に対して発問し、立証を促すことができるとしたものである。

さらに、当事者の不完全な弁論を放任したままで、弁論主義を形式的に適用することは、当事者を落とし穴にかけるのと同然で、裁判への信頼感を失わせることになり、また、裁判官として国民の信託に応えることにもならない。したがって、釈明権は同時に釈明義務でもあると解されている。

イ 空知太神社事件・最大判平22. 1. 20民集64巻1号1頁は、神道に属する神社に対して北海道砂川市が土地を無償提供していたことにつき、憲法89条の禁止する公の財産の利用提供に当たり、ひいては憲法20条1項後段の禁止する宗教団体に対する特権の付与にも該当するとした。そのうえで、職権による検討を加え、以下のように判示した。

「上告人において直接的な手段に訴えて直ちに本件神社物件を撤去させるべきものとするとは、神社敷地として使用することを前提に土地を借り受けている本件町内会の信頼を害するのみならず、地域住民らによって守り伝えられてきた宗教的活動を著しく困難なものにし、氏子集団の構成員の信教の自由に重大な不利益を及ぼすものとなることは自明であるといわざるを得ない。さらに、上記の他の手段のうちには、市議会の議決を要件とするものなども含まれているが、そのような議決が適法に得られる見込みの有無も考慮する必要がある。これらの事情に照らし、上告人において他に選択することのできる合理的で現実的な手段が存在する場合には、上告人が本件神社物件の撤去及び土地明渡請求という手段を講じていないことは、財産管理上直ちに違法との評価を受けるものではない。すなわち、それが違法とされるのは、上記のような他の手段の存在を考慮しても、なお上告人において上記撤去及び土地明渡請求をしないことが上告人の財産管理上の裁量権を逸脱又は濫用するものと評価される場合に限られるものと解するのが相当である。」

「3 本件において、当事者は、上記のような観点から、本件利用提供行為の違憲性を解消するための他の手段が存在するか否かに関する主張をしておらず、原審も当事者に対してそのような手段の有無に関し釈明権を行使した形跡はうかがわれない。しかし、本件利用提供行為の違憲性を解消するための他の手段があり得ることは、当事者の主張の有無にかかわらず明らかというべきである。そうすると、原審が上告人において本件神社物件の撤去及び土地明渡請求をすることを怠る事実を違法と判断する以上は、原審において、本件利用提供行為の違憲性を解消するための他の合理的で現実的な手段が存在するか否かについて適切に審理判断するか、当事者に対して釈明権を行使する必要があったというべきである。原審が、この点につき何ら審理判断せず、上記釈明権を行使することもないまま、上記の怠る事実を違法と判断したことには、怠る事実の適否に関する審理を尽くさなかった結果、法令の解釈適用を誤ったか、釈明権の行使を怠った違法があるものというほかない。」

上記最大判は、神社が存在している地域のすべてが氏子というわけではなく、氏子とされる者にも神道以外の宗教の者もあり、また氏子総代及び世話役に神道の者はいない（同訴訟の一審判決の認定）という状況において、訴訟においては第三者であり当事者とはなっていない「氏子集団の構成員」の信教の自由を持ち出し、それを根拠に市有地の提供行為の違憲性

を解消するための他の合理的で現実的な手段が存在するか否かについて適切に審理判断するか、当事者に対して釈明権を行使する必要があったとしたものである。

ウ 訴訟の当事者になっていない第三者の憲法上の権利である信教の自由を侵害しないためという理由で、神社物件の撤去及び土地明渡請求以外の違憲性を解消するための手段について裁判所に釈明義務を認めるのであれば、本件において、内心の自由形成の権利等が侵害されているという申立人らの主張は、「自己の心情ないし宗教上の感情が害されたことによる不快の念」が生じたという主張と同じか異なるのかにつき釈明を求めてしかるべきである。

(2) 本件における釈明義務違反

ア 本件では、申立人らが訴訟の当事者となって憲法に由来する権利の侵害を主張している。訴訟の当事者になっていない氏子集団の構成員の信教の自由、しかも訴訟の当事者である砂川市長からも主張されていない氏子集団の構成員の信教の自由を侵害しないようにとの配慮から裁判所に釈明義務を求めるのであれば、訴訟の当事者となって本件訴訟の申立人らの内心の自由形成の権利等が侵害されているかどうかを審理するにあたり、それが自己の心情ないし宗教上の感情と異なるのかどうかを申立人らに発問し、申立人らの主張を明瞭ならしめる義務があるというべきである。

しかるに、原審においては、上記釈明義務を尽くさず、その結果、判示③のように、前段と後段の論理的連関が不明な判示になってしまっている。すなわち、その前段では、「参拝にとどまる限り」は相手方安倍の参拝は、申立人らに対し、自己の心情ないし宗教上の感情が害されたとして不快の念を抱かせることがあるとしても、申立人らのような特定の個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としているが、これはある意味では当然のことである。「参拝」は、「社寺に参って神仏を拝むこと」（広辞苑）であり、それが宗教的な目的で行われるのであれば信教の自由に基づくものであり、また、他の目的・動機で行われるのであれば自己決定権に基づくものである。他人の「参拝」を目の当たりにしたり、聞いたりして、それに不快の念を抱いたとしても、個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。その意味で、この判示部分はまったく無意義である。

イ 判示③の前段に続けて、判示③の後段では、「これによれば、本件参拝及び本件参拝受入れは、申立人らの主張する内心の自由形成の権利等を侵害するものということとはできない」としている。上記「これによれば」の「これ」が判示③の前段を指すことは明らかである。しかし、前段から後段を導くことはできない。前段と後段は論理的につながっていない。

このような判示になったのは、申立人らの主張が自己の心情ないし宗教上の感情が害されたというものか、それとは明確に区別された内心の自由形成の権利等の侵害であるのかについて、原審が申立人らに対して主張を明瞭ならしめるための釈明を求めなかったからである。

原審が適切に釈明義務を尽くさず、内心の自由形成の権利等の侵害と自己の心情ないし宗教上の感情の侵害の違いを曖昧にし、かつ特段の理由もなく両者を同じようなものとみなしてしまったため、原判決は、上記のような論理的に混乱した判示になってしまっている。

原判決に釈明義務違反があることは明らかである。

第2 期待権に関する原審判断は経験則に反している

1 原判決の判断

内閣総理大臣による靖國神社参拝が憲法20条3項に違反するものであることは、平成16（2004）年4月7日福岡地裁判決および平成17

（2005）年9月30日大阪高裁判決において、それぞれ明確に判断された。申立人らは、司法権が上記のような判断を示した以上、憲法尊重擁護義務を負う公務員である内閣総理大臣による靖國神社参拝すなわち憲法違反行為は二度と繰り返されないだろうと期待しており、相手方安倍による本件参

拝は、申立人らのこのような期待権を侵害するものである。

この期待は法的保護に値する利益であるが、原判決は、「これが社会一般に広く共有されているとは認められず、控訴人らの思いに止まるものであり、これを権利又は法律上保護されるべき利益ということはできない」として権利侵害を否定した。

この非常識な判断は、法令の解釈に関する重大な事項である。

2 日本国憲法の最高法規性とこれに対する市民の期待

日本国憲法が国の最高法規であることは言うまでもないが（憲法98条）、にもかかわらず権力による憲法違反の行為が行われないために、公務員に憲法尊重擁護義務が課され（憲法99条）、憲法違反の立法または処分について司法権による違憲審査があること（憲法81条）など憲法自体に日本国憲法の最高法規性を実質的に保障するための憲法保障制度が組み込まれている。

憲法による政教分離の実質的保障は、靖國神社参拝問題について述べるならば以下のように機能することとなる。

第一に、憲法20条3項において、国の機関による宗教的活動は明確に禁止されており、「国の機関」にあたる内閣総理大臣は「宗教的活動」である靖國神社参拝を行ってはならない。憲法はそもそも内閣総理大臣ら国家権力に対する制約であるが、憲法98条において重ねて公務員の憲法尊重擁護義務を明記し、公務員による憲法違反行為を防止しようとしている。これは憲法による憲法最高法規性の事前保障である。

ところが、元内閣総理大臣の中曾根康弘氏、小泉純一郎氏による靖國神社参拝にみられるように、時として事前保障が奏功せず、公務員により憲法違反行為が行われることがある。そこで次に、このような場合に事後的保障として、三権の一翼を担う司法権により、その行為が憲法違反であるとの判断がなされることとなる。司法権がある行為を憲法違反であると宣言することにより以後同様の行為が繰り返されることを防ぐ目的であることは言を俟たない。

内閣総理大臣の靖國参拝について初めて憲法判断を示した福岡地裁判決は、以下のように述べている。

「結論としては、本件参拝によって原告らの法律上保護された権利ないし利益が侵害されたということはできず、不法行為は成立しないとして原告らの請求をいずれも棄却するものであり、あえて本件参拝の違憲性について判断したことに関しては異論もあり得るものとも考えられる。

しかしながら、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、靖國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十年前からその合憲性について取り沙汰され、『靖國神社法案』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、元内閣総理大臣中曾根康弘の靖國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、靖國神社参拝の合憲性については十分な議論も経ないままなされ、その後も同様の行為が繰り返される可能性が高いというべきであり、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。」

司法判断に踏み切ることの意義については本書面第2章第1に詳述したとおりであるが、福岡地裁判決は、この司法判断の憲法保障としての意義を適格にとらえたものであった。すなわち、内閣総理大臣による靖國神社参拝という憲法違反行為が二度と起こらないよう、憲法20条3項の規定を実質ならしめるために踏み切った、憲法保障としての機能を、司法権による違憲判断は有するのである。

これは憲法に組み込まれた憲法保障機能であり、これが実質的に機能することについて、市民は合理的な期待権を有する。

3 公務員による憲法違反行為が起こらないとの市民の期待が社会一般に広く共有されていること

本件において申立人らが侵害されたと主張している期待権は、内閣総理大臣が今後靖國神社参拝を行わないだろうと期待できるという個人の権利である。しかしこのような期待権が法律的に保護されるということの意味は、単に個人の権利にとどまらず、前述のとおり、憲法保障制度が機能していると市民が信頼できるということでもある。すなわち、日本国憲法が国の最高法規であり、内閣総理大臣をはじめとする公務員らはこれを遵守し、万が一にも公務員により憲法違反行為が行われた場合には司法権がこれを違憲だと宣言することにより憲法の最高法規性がなおも維持され、そのような司法判断も公務員により遵守されることにより、憲法の最高法規性が事後的にも担保されるということ、市民が期待できるということであり、居住する社会がそのような立憲国家であると市民が信頼できるということでもある。

前述の憲法保障制度に則してみると、仮に公務員により憲法違反行為がなされた場合に、事後的保障として違憲判決を下しはするが（原判決はそれすらも怠るものであったが）、その司法判断を市民が期待してよいと広く社会一般に認められてはいないとするならば、公務員がさらに司法判断に反する行為を繰り返す場合、それが何度繰り返されても、その違憲行為が確信犯的に繰り返される場合であっても、司法権は単に実効性のない違憲判決を繰り返すしかできず、市民はただこれを眺めているしかできないこととなる。これでは憲法の最高法規性は画餅に帰することとなる。

日本は立憲国家である。権力の行使は憲法の制約を受ける。

明治憲法下では基本的人権尊重が徹底されておらず軍部の暴走を招き、日本国民にもアジアの人々にも甚大な人権侵害を引き起こす結果となった。日本国憲法は、このような歴史の反省に立ち、基本的人権の尊重を至上命題とし、万が一にも権力の暴走により人権侵害が起こらないよう、自身の最高法規性を実質ならしめるために二重三重の憲法保障制度を設けたのである。

相手方安倍による本件靖國神社参拝は、それが憲法20条3項に違反すると明確に判断された行為を繰り返すものであり、憲法20条3項違反であるのみならず憲法保障制度を侵害するものでもある。司法権が、過去の司法判断が遵守されなくても構わないとの立場を取り、行政権の長による「やったもの勝ち」を追認しているうちに、相手方安倍は憲法違反行為を繰り返し、事実上、国家が靖國神社の教えを支持しているという印象を市民の間に植えつけることに成功するであろう。「国家のために死んで神になる」との教義が社会に浸透し、子どもらは学校で国家の求める「道徳」を教えられ、有事には国家のために自らを犠牲にすることも厭わない「国民」が出来上がる。裁判所は国家権力の暴走を止める気もなく、日本国憲法はただの訓示規定となる。これはまさしく戦争への道であり、日本国憲法が二度と繰り返さないと誓った人権侵害そのものである。

このような人権侵害が繰り返されないとの期待を、立憲主義国家に住む市民らが「広く共有されると認められ」ないと、原判決は述べた。これは三権分立制度の下に行政権に対し司法権が有するチェック機能の放棄、司法権の自殺行為である。

4 小括

以上のとおり、期待権に法的保護を認めない原判決は法律の解釈に関する重要な事項を含んでいる。

以 上