

# 行政判例を読む

靖国参拝違憲確認等請求上告事件  
自衛隊のイラク派兵差止等請求控訴事件

2008 年 5 月 24 日（土）

発表者：大江 弘之

ここ数年、行政法分野で興味深い判決が出ている。日本の将来を考えると無関心ではいられないものだ。かといって、法的思考なくしてこれにあたって、法律家達から相手にされない。この会合では判例を皆で読むことを通じて、第 12 回会合で紹介した近代的法学思考、とくに日本の法的思考を身につけてもらえればと思っている。

## ○判例の読み方

### 判例とは何か

この質問に皆さんは的確に答えることが出来るだろうか。まず判例とは何かを整理してみたいと思う。裁判は大きく分けて、刑事と民事に分けられ、刑事訴訟法や民事訴訟法に定められた手続きの中で起訴、裁判等が行われる。他にも刑事訴訟法規則等もあるが、ここでは詳しくは触れない。この二つの訴訟法の中に「判例」という言葉が登場する。いずれも重要な規定であるので、簡単にみておこう。

#### 刑事訴訟法 405 条

「高等裁判所がした第一審又は第二審の判決に対しては、左の事由があることを理由として上告の申立てをすることが出来る。

- 一 憲法の違反があること又は憲法の解釈に誤があること。
- 二 最高裁判所の判例と相反する判断をしたこと。
- 三 最高裁判所の判例がない場合に、大審院若しくは上告裁判所たる高等裁判所の判例又はこの法律施行後の控訴裁判所たる高等裁判所の判例と相反する判断をしたこと。」

#### 民事訴訟法 318 条 1 項

「上告をすべき裁判所が最高裁判所である場合には、最高裁判所は、原判決に最高裁判所の判例（これがない場合にあっては、大審院又は上告裁判所若しくは控訴裁判所である高等裁判所の判例）と相反する判断がある事件その他法令の解釈に関する重要な事項を含むもの認められる事件について、申立てにより、決定で、上告審として事件を受理することができる。」

#### 同法 312 条

- 1 項「上告は、判決に憲法の解釈の誤りがあることその他憲法の違反があることを理由とするときに、することができる。」
- 2 項「上告は、次に掲げる事由があることを理由とするときも、することができる。ただし、第四号に掲げる事由については、第三十四条第二項（第五十九条において準用する場合を含む。）の規定による追認があったときは、この限りでない。
  - 一 法律に従って判決裁判所を構成しなかったこと。
  - 二 法律により判決に関与することができない裁判官が判決に関与したこと。
  - 三 専属管轄に関する規定に違反したこと（第六条第一項各号に定める裁判所が第一審の終局判決をした場合において当該訴訟が同項の規定により他の裁判所の専属管轄に属するときを除く。）。
  - 四 法定代理権、訴訟代理権又は代理人が訴訟行為をするのに必要な授權を欠いたこと。
  - 五 口頭弁論の公開の規定に違反したこと。
  - 六 判決に理由を付せず、又は理由に食違ひがあること。」

ここでいう「判例」が我々の言う判例であるとして差し支えないだろう。中野次雄「判例とその読み方」には

**「判例」とは裁判所が特定の事件についてした法的論点についての判断である**

と書かれている。日本の裁判所は具体的な事件に即して裁判をするのであり、憲法裁判所は無い。何ら実体的な法益侵害が無いのに、権利といった抽象的な概念を判断することは無いのである。

そして、裁判所では取り上げられた論点しか基本的に取り扱わない。それは日本の裁判所が当事者主義を採択してい

るからである。刑事裁判の場合は被告側と検察側、民事裁判所であれば原告と被告側で取り上げられた論点についてのみ取り扱う。ただ、一方で実体的な真実を発見する責務が裁判所にあるのも事実である。そこで、特に刑事訴訟において職権で訴因の変更を命じるなどの措置を取ることが出来るようになっている。民事と刑事では法的な状況も違うのであり、それぞれの規定が異なるので注意してほしい。詳しくは各訴訟法を勉強してもらいたい。

ここではあくまで「判例」の実体的な理解を主目的にして話を進めることにする。

ではなぜ、「判例」は必要とされるのだろうか。単に法律で規定されているからというだけでなく、その法の制定動機から含めて検討してみよう。人が違えば、判断も異なる。これは至極当然のことだ。しかし、それが裁判所でも認容されるべきことなのかというと、そうではないというべきだろう。裁判所は国家機関である。我々は共産主義社会にいるわけではない。であるならば、国家レベルで統一的な判断がなされるのが筋というものだろう。それが判例法という言葉にも繋がる。たが、我々は機械ではないから、全く同一の判断は出来ない。ではどうするのか。一つに判断基準を設けることがあげられる。何を基準に判断すればいいか。それはもちろん法律や憲法であろう。しかし、法律や憲法には全ての答えが書いてあるわけではない。理念やルールといった一般的かつ抽象的なことが書かれており、実際に用いる際には具体的な事例に当てはめて判断するのである。その理念やルールの解釈、あてはめには法学的な思考が必要となる。そこで「判例」が判断基準としていきてくるのである。「判例」とは先人がどう法律や憲法を具体的な事例に当てはめて判断したかの記録なのである。それを参考にする程度である程度の統一的な判断は下せるであろう。「判例」の存在価値はここにある。もっとも、時代の流れと共に判断基準も変わるものであり、その際は「判例」変更することが訴訟法上認められている。

ちなみに統一的な判断を下す工夫として三審制があげられる。但し、全ての事件が最高裁判所に来るとなれば、大変なことになる。であるから、上告は一定の場合に限られる。その条件とは上に述べた条文の通りである。そして、それがまさに「判例」違反なのである。「判例」とはそれまで主に最高裁判所が判断してきたものである。その国家的性格から、一度判断した以上「判例」は簡単に変更されるべきではない。現に今でも大審院の判例が生きていることもあるくらいだ。

以上のように「判例」を捉えると「判例」との付き合い方が見えてくる。さらに「判例」を噛み砕いていこう。

#### 一、「判例」とはどの部分のことを指すのか。

判決文のどの部分が「判例」にあたるのか。これは実は重要な点である。どの部分が「判例」にあたるのか考えておかないと、「判例」を正しく読むことは出来ない。それに同じような判断はあっても、同じ事件はない。事件といった個別具体的な事実まで記憶することは大変煩雑でもあるし、有意義ではない。「判例」における判断にとって、重要な事実をさしあたりおさえておけばよい。もっともこうした詳細な事実は参考にはすべきである。中野氏いわく、「判例」とは直接的には結論、及びそれを導く他の類似の事例にも適用できるようなある程度抽象化された命題であるという。この点は実際に判例を読みながら考えておくことにしよう。なお、「判例」にあたらぬ部分は傍論とされる。さらに最高裁の判決には意見、補足意見や反対意見があるが、これは今後の「判例」の予測に役立てることは出来ようが、やはり「判例」とはいえない。その点では傍論と似た性格を持つ。ちなみに補足意見と意見の違いであるが、補足意見は法廷意見（＝「判例」）にさらに加えて裁判官が理由付けをしようとする場合になされるものであり、意見とは結論は同調しつつも、理由付けが違うものである場合になされるものである。

#### 二、「判例」の射程範囲を見定める。

よく上告棄却の理由に、上告理由にある判例違反は事実誤認であるという文が見受けられる。これは判決がある具体的な事件に基づいている以上、一定程度類似した事実の事件でなければ「判例」は使えないのだ。これを言い換えれば、「判例」はどういった事件に適用されるのかということの考察が不可欠であるということだ。この点から「判例」にあたる部分だけでなく、「判例」の判断をなした重大な事実までは考察せねばならないということだ。

では以上のことを踏まえて、練習も兼ねて早速判例を読み進めることにしよう。

## ○靖国参拝違憲確認等請求事件

### 〔事実の概要〕（第1審の判決文より）

#### （1）当事者

##### ア 被告小泉及び被告内閣総理大臣について

（ア）被告小泉は、昭和47年に衆議院議員選挙に初当選し、その後、厚生大臣、郵政大臣（いずれも当時）等の大臣を歴任し、平成13年4月下旬の自由民主党（以下「自民党」という。）総裁選挙によって自民党総裁に選出され、同月26日、第87代内閣総理大臣に任命された（なお、被告小泉は、衆議院解散総選挙後の平成15年11月19日、引き続いて第88代内閣総理大臣に任命された。）。

（イ）被告小泉は、本件参拝当時、内閣総理大臣であり、被告国の公務員であった。

（ウ）被告内閣総理大臣は、被告国の一機関であり、行政権を有する内閣の首長である。

##### イ 被告靖国神社について

（ア）被告靖国神社は、宗教法人法に基づき、東京都知事の認証を受けて設立された宗教法人であり、靖国神社を設置している。

（イ）被告靖国神社は、東京都千代田区九段北3丁目1番1号に社務所をおき、「明治天皇の宣らせ給うた『安國』の聖旨に基き、國事に殉ぜられた人々を奉斎し、神道の祭祀を行ひ、その神徳をひろめ、本神社を信奉する祭神の遺族その他の崇敬者（〔中略〕）を教化育成し、社会の福祉に寄与しその他本神社の目的を達成するための業務及び事業を行ふこと」を目的としている（靖国神社規則3条）。

（ウ）靖国神社は、明治2年6月、明治維新の内戦（戊辰戦争）において、国のために一命を捧げた人たちの霊を慰めようとして、明治天皇によって「東京招魂社」として創建されたのが起源で、明治12年には、「靖国神社」と改称された。明治天皇が命名した「やすくに」という社号には「国を平安にし、平和な国を作り上げる。」という思いが込められている。

（エ）靖国神社には、戊辰戦争で戦死した三千五百八十八柱の霊、その後の「佐賀の乱」、「西南戦争」、「日清戦争」、「日露戦争」、「第一次世界大戦」、「満州事変」、「支那事変」、「大東亜戦争」等の事変、戦争で戦死した者の霊など現在合計二百四十六万六千余柱の霊が祀られている（その霊の中には、極東国際軍事裁判の結果、戦争犯罪人として処刑されたA級戦争犯罪人（いわゆるA級戦犯）の霊も含まれている。）。（甲33,34,乙A1）

#### （2）本件参拝の態様等

ア 被告小泉は、終戦記念日の二日前である平成13年8月13日午後4時30分ごろに本件参拝を行ったが、その態様は、参集所玄関から参入し、fらの出迎えを受け、参集所内において「内閣総理大臣小泉純一郎」と記帳した後、拜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後、深く一礼を行うというものであった（神道形式であるいわゆる「二拝二拍手一拝」は行っていない）。なお、靖国神社の本殿上壇の間に供えられていた献花には「献花内閣総理大臣小泉純一郎」という名札が付されていた。被告小泉は、参拝後、到着殿菊花の間にてfと懇談した後、同広間で記者との会見に応じた（甲1,45,乙A1の2,弁論の全趣旨）。

イ 被告小泉は、本件参拝に際して、秘書官を同行させ、靖国神社への往復に公用車を用いた。なお、他の閣僚を同伴していない（甲1,乙A1の2,弁論の全趣旨）。

ウ 被告小泉は、本件参拝の際、玉串料を支出することはせずに、献花代（3万円）を私費で負担した（甲1,乙A1の2）。

エ 本件参拝の実施については、内閣の閣議で決定されたものではなかった（弁論の全趣旨）。

## 〔訴訟経過〕

### 第1審 大阪地裁平成16年2月27日（判例時報1859号76頁）

争点は以下の通りであった。

- (1) 本件参拝が憲法20条3項所定の宗教的活動にあたって違憲といえるか否か。
- (2) 本件参拝が内閣総理大臣の「職務を行うについて」（国家賠償法1条1項）なされたものか否か。
- (3) 本件参拝が原告らの法的利益を侵害したといえるか否か。
- (4) 原告らの被った損害。
- (5) 被告小泉、被告国及び被告靖國神社の損害賠償責任の有無。
- (6) 原告1外4名の本件参拝の違憲確認請求に係る訴えが適法か否か。
- (7) 原告1外4名の被告内閣総理大臣に対する靖國神社参拝の差止請求に係る訴えは適法か否か、また、同請求に理由があるか否か。
- (8) 原告1外4名の被告靖國神社に対する参拝受入れの差止請求に係る訴えは適法か否か、また、同請求に理由があるか否か。

これについて大阪地裁は（2）について、「職務を行うについて」に該当すると判断した。そのため（5）はあきらかに理由がないとしつつ、（2）についても、原告らが主張する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し、また本件参拝によって侵害を受けたともいえないとして、訴えを棄却。したがって他の争点についても原告の訴えを棄却した。

### 控訴審 大阪高裁平成17年7月26日（訟務月報52巻9号2955頁）

主な論点は（2）に絞られたが、原告が主張する権利ないし利益が法律上保護される権利ないし利益とは言えず、本件参拝によって侵害を受けたともいえないとして、控訴棄却。

### 上告審 最二小判平成18年6月23日（最高裁判所裁判集民事220号573頁）

【文献番号】28111345

靖国参拝違憲確認等請求事件

最高裁判所第二小法廷平成17年（受）第2184号

平成18年6月23日判決

## 主 文

本件上告を棄却する。

上告費用は上告人らの負担とする。

## 理 由

上告代理人井上二郎ほかの上告受理申立て理由について

1 本件は、上告人らが、内閣総理大臣の地位にある被上告人小泉純一郎が平成13年8月13日に行った靖國神社の参拝（以下「本件参拝」という。）は、政教分離原則を規定した憲法20条3項に違反するものであり、本件参拝により、上告人らの「戦没者が靖國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」が害され、

精神的苦痛を受けたなどと主張して、被上告人国に対し国家賠償法1条1項による損害賠償請求権に基づき、被上告人小泉及び被上告人靖國神社に対し不法行為による損害賠償請求権に基づき、それぞれ1万円及びこれに対する遅延損害金の支払等を求める事案である。

2 まず、上告人らが侵害されたと主張する権利ないし利益が法律上の保護になじむものであるか否かについて考える。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、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國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。

したがって、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ものとして棄却すべきである（なお、以上のことからすれば、本件参拝が違憲であることの確認を求める訴えに確認の利益がなく、これを却下すべきことも明らかである。）

。

以上と同旨の原審の判断は、正当として是認することができる。原判決に所論の違法はなく、論旨は採用することができない。

よって、裁判官全員一致の意見で、主文のとおり判決する。なお、裁判官滝井繁男の補足意見がある。

裁判官滝井繁男の補足意見は、次のとおりである。

私は、法廷意見の結論に賛成するものであるが、論旨にかんがみその理由につき補足して意見を述べておきたい。

1 本件訴訟は、上告人らのもつ思想、信条、信仰に照らせば、戦没者を祭神とする神社に内閣総理大臣が参拝することは、上告人らの心の平穏を害し不快の念を抱かせるものであるとして、それによって受けた精神的苦痛を理由に損害賠償を請求するなどというものである。

2 言うまでもなく、他人の行為によって精神的苦痛を受けたと感じたとしても、そのすべてが法的に保護され、賠償の対象となるわけではない。何人も他人の行為によって心の平穏を害され、不快の念を抱くことがあったとしても、それが当該行為をした人のもつ思想、信条、信仰等の自由の享受の結果である限りそれを認容すべきものであって、当該行為が過度にわたった結果それぞれのもつ自由を侵害したといえるものとなったとき、初めて法的保護を求め得るものとなるのである。

本件で上告人らが問題にするのは他人の神社への参拝行為である。他人の参拝行為は、それがどのような形態のものであれ、その人の自由に属することによって、そのことによって心の平穏を害され、不快の念をもつ者があったとしてもそのことによって他人の自由を侵害するというものではなく、これを損害賠償の対象とすることは、かえって当該参拝をした者の自由を妨げることとなり、これを認める余地はないのである。

3 もっとも、上告人らは、本件参拝は私人の行為ではなく内閣総理大臣によって行われたものであり、そのことによって心の平穏を害され、不快感を抱いた者は、その行為の違法性に照らせば、法的利益が侵害されたものと解すべきだということである。

確かに、国民はそれぞれが思想、信条、信仰の自由をもっており、他人のもつ自由な行動によって心の平穏を害され、不快の念を抱くことになったとしてもそれはそれぞれの国民のもつ自由を享受した結果として相互に寛容さが求められるのに対し、国はそのような自由をもつものではないから、国民は国の行為に対しては格別の寛容さが求められることはないのである。そして、我が国憲法は政教分離を規定し、国及びその機関に対し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であると考える。

しかしながら、この憲法の規定は国家と宗教とを分離するという制度自体の保障を規定したものであって、直接に国民の権利ないし自由の保障を規定したのではないから、これに反する行為があったことから直ちに国民の権利ないし法的利益が侵害されたものということではできないのである。

この憲法の規定は信教の自由を保障するためのものであり、国やその機関が宗教的活動をすることは、その宗教と異なる宗教を信じる者に心理的圧迫を加えることからこれを阻止するという意味をもっているとしても、国の行為によって上告人らが受けたという心理的圧迫は不特定多数の国民に及ぶという性質のものにとどまるものといわざるを

得ず、それは法的保護の対象になるものとはいえないのである。

4 私は、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などは法的に保護されるべき利益となり得るものであると考える。したがって、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故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故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ものとする。

そして、このような宗教的感情は平均人の感受性によって認容を迫られるものではなく、国及びその機関の行為によってそれが侵害されたときには、その被害について損害賠償を請求し得るものとする。しかしながら、上告人らは本訴においてそのような個別的利益を主張しているものではないのである。

5 また、上告人らは、内閣総理大臣が宗教的活動を行うことは、それによって国家がその宗教と特別な結び付きをもつことになる結果、これと異なる宗教や信条をもつ者は心理的圧迫を受けることになり、その違法性は重大であると主張し、被侵害利益は加害行為と相関的に考えるべきであるから違法性の重大である場合には上告人らの法的保護は侵害されたとみるべきだといっているのである。しかしながら、特定の宗教施設への参拝という行為により、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といえる性質のものであるから、侵害行為の態様いかんにかかわらず、上告人らの法的利益が侵害されたといえることはできないのである。

そうである以上、本件参拝が政教分離に反する違憲なものであるかどうかを問うまでもなく、そのことによって上告人らに侵害された利益を認めることはできないのであるから本件請求は失当である。

(裁判長裁判官 今井功 裁判官 滝井繁男 裁判官 中川了滋 裁判官 古田佑紀)

#### <本判決の考察>

- ・「判例」にあたる部分を抜き出して、考察してみよう。
- ・補足意見が長く、これに注目している学者が多い。はたして補足意見は筋の通ったものか。

## ○自衛隊のイラク派兵差止等請求控訴事件

この判決は先月出されたばかりでどこにもまだ評釈が出ていない。ここでは評釈が出ている宇都宮地裁の判決もみながら、名古屋高裁の判断を検討していくことにしよう。

※判決文は当日配布。

#### <本判決の考察>

- ・平和的生存権に裁判規範性を認めうるかどうか。

他多数

#### —参考文献

中野次雄編 「判例とその読み方」有斐閣 2002年

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 巻 6 号 727 頁

大川和夫 「最高裁判決の補足意見の意義」法学セミナー 629 号 6 頁

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 17 頁

門田孝 「判解」法学セミナー増刊速報判例解説 25 頁