

政教分離原則と民法

— 靖国合祀取消請求訴訟控訴審判決を素材として

中 村 哲 也

- 1、はじめに
- 2、大阪高判2010（平22）・12・21判時2104-48の事実概要と判決理由
- 3、大阪高判の基本的構造とその問題点
- 4、合祀による遺族の追慕利益の侵害と受忍限度規準
- 5、政教分離原則と追慕利益および合祀の関係
- 6、まとめ

1、はじめに

靖国神社に合祀されている戦死者の遺族が靖国神社に対して合祀取消と損害賠償を、国に対して損害賠償を請求している事件につき、第1審大阪地判2009（平21）・2・26判時2063-40、控訴審大阪高判2010・12・21はともにそれら請求をすべて棄却した¹。これらの判決ではこの事件の中心をなす靖国神社に対する請求に関して、基本的に最大判1988（昭63）・6・1（自衛官合祀事件）民集42-5-277の枠組みに拠って判断されており、この最大

1 この大阪高判のあとも、同様の請求に対して東京地判2011（平23）・07・21（未公開、原告は韓国人生存者1名と遺族9名）、福岡高裁那覇支判2011（平23）・09・6（未公開）と請求棄却判決が続いている。

判が本件原告らにとっての大きな壁となって立ちはだかっている。この大
法廷判決は、その事件で被告とされた国（陸上自衛隊山口地方連絡部）に
よる隊友会山口支部の合祀申請への協力行為について政教分離原則違反を
否定する部分と被告とはされていない護国神社の合祀による原告の利益侵
害を否定する部分からなっていた。靖国神社に対する合祀取消請求裁判へ
の大きな影響というのは、大法廷判決の判断内容のうちの後者である²。し
たがって、以下ではこの部分—私人間の信教の自由の対置と呼ぼう—を
検討対象とするが、その際の基本的視角は、①靖国神社による合祀の歴史
的役割を抜きにして考えるべきではないということ³（以下の4）、②政教
分離原則を憲法規定の適用としてだけでなく民法上も意味をもつものと
して考えるべきであるということ（5の内容）にある。これら問題①②の
所在については大阪高判を紹介したあと、3で敷衍することにする。

2 もっとも前者についても、大阪高判でいえば、その政教分離違反判断その
ものに対してではないが、その判断の前提におかれた（以下の5で検討対
象とする）靖国神社の合祀決定の自律性の強調には、大法廷判決における
護国神社による合祀決定の独立性の強調と同様の役割がみられる。後注27
および該当本文参照。

3 自衛隊合祀最大判の私人間の信教の自由の対置図式に対しては、護国神
社の「歴史的な背景を切り落とし（た）」ものであるという指摘（樋口陽一・
座談会「自衛官合祀と信教の自由」ジュリ916号〔1988〕14頁）があった。
そのことは靖国神社による合祀をめぐる争いについての本判決の判断によ
りあてはまるであろうということが、以下4の叙述の内容である。そしてそ
こでは、「歴史的な背景」が具体的に合祀取消請求権の法的構成作業のなか
でどのような意味をもちうるのかが扱われる。なお、本事件では差止と損
害賠償が請求されているが、本稿は差止請求と損害賠償請求の法的構成上
の相違という問題には立ち入らないから、両請求権の違法性要素の共通部
分を検討するものということになる。

2、大阪高判2010・12・21判時2104-48の事実概要と判決理由

〔事実概要〕 戦死者の遺族であるXらが、Y1（靖国神社）がXら（第1事件第2事件あわせて9名）の故人を合祀し、合祀を継続している行為は、Xらの敬愛追慕の情を基軸とした人格権を侵害する違法な行為であり、また、Y2（国）がXらの故人の情報をY1に提供した行為等が違法な行為（原告のうち1名の故人は国設靖国神社に合祀されたから、その合祀が国の責任であるという主張）であって、これによりXらが精神的苦痛を被っていると主張し、Y1Y2に対して損害賠償を請求するとともに、Y1に対してXらの近親故人の氏名の霊簿等からの抹消を求めた。第1審大阪地判はXらの主張する人格権の内容は宗教的あるいは非宗教的心情ないし感情であり、それらは直ちに法的利益として認めることができないとして、請求をすべて棄却した。大阪高裁はXらからの控訴を以下のような理由で棄却した。

〔判決理由〕 原告8名が「敬愛追慕の情を基軸とする人格権としてイメージしているものは、靖国神社の教義や宗教活動に対し、内心で抱く個人的な不快感や嫌悪感を言葉で言い換えて表したものにすぎず、未だ、法的な保護に値する権利、利益とまでいうことはできない。」「(オ) 他方、合祀及び合祀継続行為は、被控訴人や靖国神社にとっては、まさに教義にかかわる宗教活動そのものである。被控訴人靖国神社も私的な宗教団体であって、信仰を同じくする個人の集合体である以上は、他人に対する強制や不利益の付与を伴うものでない限り、個人と同様、信教の自由、宗教活動の自由が等しく保障されているのであって、権利利益相互間の調整のための内在的制約に服することはあっても、個人の人格権や信教の自由の保障に劣後するなどということはない。(ウ) そうすると、控訴人らが、耐え難い苦痛を感じているからといって、ただちに控訴人らの権利又は利益が侵害されたことにはならず、結局のところ、本件では、敬愛追慕の情を基軸とする人格権が、損害賠償や差止請求の根拠になるような法

的利益であると解するのは相当でないというべきである。

原告のうちの1名につき、「(イ) 敬虔なクリスチャンである控訴人は、父も同様であったことから、…(合祀によって) 耐え難い精神的苦痛を感じていることが看取できる。しかし、靖国神社にとっては、戦没者をできる限り広範に合祀することこそが、まさにその宗教活動そのものであって、仮に控訴人の宗教的人格権及び信教の自由を優先させ（…るならば、靖国神社の）教義に直接関わる事項であるだけに、その宗教活動の自由を侵害することになってしまう。」

国の行為の違法性については、「靖国神社の行為が違法であるとは認められないから、国の行為との間での共同不法行為性（客観的関連共同性）について判断する必要はない。しかし、Xらは国が靖国神社の合祀という宗教行為を援助、助長したことが違法であると主張しているので、…必要な範囲で判断する。」とし、「靖国神社が合祀を行なうことについて、国の協力が不可欠であったとまではいえないとしても、多数の合祀対象者の合祀の円滑な実行にとって国の協力が大きな役割を果たしたことは明らかであり、…国は、合祀という宗教行為そのものを援助、助長し、これに影響を与える行為を行っていたということが出来る」としたが、合祀は靖国神社の自律的決定によるものであり、また、合祀によってXらの法的利益が侵害されたとはいえないから、「国の政教分離原則に反する行為により、Xらの信教の自由が侵害され、その法的利益が侵害されたということもできない」とした。

3、大阪高判の基本的構造とその問題点

一 検討課題①②の敷衍

①自衛官合祀最大判では、合祀を拒否する原告の権利・利益の存在が否

定され、その理由として、原告と護国神社の信教の自由を対置させようとして、この利益を認めると相手方の信教の自由を害することになるとされた（私人間の信教の自由の対置）。この大法廷判決は、事件を遺族には故人を異なった宗派によって追悼されることを拒否する権利があるかという問題として捉えたうえで、護国神社（宗教団体）の信教の自由への寛容を個人に求めた。大阪高判は寛容という表現は使わないが（大阪地判はこの表現を使っている）、最大判の私人の信教の自由対置図式を靖国神社が被告とされたこの事件にスライドさせて、靖国神社に対する合祀取消請求および靖国神社と国に対する損害賠償請求を棄却した。被告の「信教の自由」に関して、霊簿からの故人の氏名の抹消は「戦没者をできるだけ広範に合祀する」という靖国神社の教義にかかわるとしているが、大阪高判のこの教義理解に問題があることは4（①aイ）で述べる。

②大阪高判は被告国（厚生省）の協力行為は政教分離原則に反するとしたが、靖国神社の行為が違法ではないから原告に対しては違法とならないとして、国に対する損害賠償請求を否定した。この事件での厚生省の行為は、戦前の陸軍省・海軍省の業務の延長であり、政教分離の実施が不十分であったことを表すものである。たまたまある宗教団体への協力行為を行なったというのではなく構造的であり、政教分離の目的（国家神道における国家主義・軍国主義の排除）に反するものであった。本稿は国に対する請求を否定した判断を直接に扱うことはしないが、厚生省の協力と靖国神社の行為との関係についての判断は検討対象となる。

このようにみると、まず①では、自衛官合祀最大判の枠組みが私人間の宗教行為についての一般的ルールであるのに対して、本件で原告が問題とするのが靖国神社問題であることのずれがある。私人間の「信教の自由」の対立とする図式は、靖国神社が歴史上果たしてきた役割を捨象している。ここには戦後政教分離原則が導入された経緯が現れてこない。戦死者がいてそれと無関係な私人たる宗教団体が合祀を行なっているかのような構図になっている。まずこの点から、原告・被告の主張を私人間の「信教の自由」

として同列に置くことに問題はないかが検討されなければならない。

次いで②の問題は、政教分離原則は憲法規定の適用問題に限られるのかということである。これは大阪高判が否定した国の行為と靖国神社による合祀の共同性の問題につながる。具体的には、そこから不法行為法と差止法のなかで政教分離違反問題を含んだ法的構成は可能かという問題になる⁴。

以下では、①私人間の「信教の自由」の対置図式についての検討は次のように①aと①bとし、ついで②合祀と政教分離原則の関係の問題が検討される。

①a原告の主張からは、大日本帝国が故人を意に反して戦地に赴かせ、被告はその国の軍事施設であったことが重要な意味をもっていることが窺われる。そこでは、①の対置図式が表しているような、遺族による死の意味づけとその死には関与していない私人たる宗教団体が第三者として行なうそれとの間の対立が問題としてあるのではない。このような原告の主張の民法上の扱いの可能性について、以下の4で扱う。

①b死者の扱い方における原告による故人への追慕と靖国神社による合祀の間には、追慕の私事性と戦死の国家主義的意味付けの対立がある。戦前からの靖国神社の教義は合祀への異議はありえないということを前提としている。原告による合祀取消請求と合祀には遺族の承諾は不要であるとする靖国神社の教義の対立に關しての民事裁判規準の構成に際しては、民法第2条が「個人の尊厳」を解釈の指針として掲げていることの意義が省みられなければならない。その際には、宗教団体からの政治および個人

4 最大判1977・7・13民集31-4-533津地鎮祭事件以来述べられている「制度的保障」によれば、政教分離原則は個人の権利を根拠付けるものではないとされている。とくに自衛官合祀最大判がこのことを明示した。憲法学説では一般に政教分離を「制度的保障」とすることには批判的であるが、他方で、私人たる神社は政教分離原則に服さないとされているから、自衛官合祀最大判を批判して別の不法行為法的構成を対置させる見解においても政教分離が構成要素とされることはない。

（さらには故人）の解放も政教分離原則の一面であることが重要になる。このことについても4で扱う。

②合祀にとって国の行為との共同性をもつ意味、そのことと遺族の追慕利益との関係が政教分離原則の民法上の意味という視点から5で検討される。

政教分離原則の導入が既に靖国神社が戦前に果たした国家主義・軍国主義的機能の排除を目指していたのであり、合祀取消請求訴訟判決を政教分離原則との関係から検討するうえでは靖国神社の教義に触れることが必要となる。②問題においてだけでなく、①問題においても合祀の意味は教義と不可分であるから教義の内容に言及するのは不可避である。従って、教義を扱うか否かではなく、合祀取消請求と関わる限りで教義を裁判上どのように扱うかが重要になる。合祀取消請求問題では、教義は宗教的ないし神学的な検討対象ではなく、法学的視点からの検討の対象となる。そこで直接の法的な争点たりうるのは（後述する本稿の構成では）合祀による受忍限度を超えた追慕利益侵害の有無である。この判断のためには、教義のもつ政治的・社会的役割およびそれと政教分離原則との関係付けが重要であり、この争いを差止法・損害賠償法の中に置くことにとっては、神や霊の存在や内容についての信仰上の争いがあるとしてもそのことは重要な意味をもたない。したがって、ここで教義の内容に言及してもそれは宗教・信仰そのものに関しての法的判断を行なうことを意味しない。だから当然のことながら、靖国神社の合祀において戦死者が祭神として扱われることの宗教上信仰上の意味やその是非は本稿の問題とはならない。このことから後述①の合祀の意味およびそれを受忍限度要素とすることに関しての検討においても、重要とされるのは、祭神とされることではなく故人および遺族の意思に反して殉国者として扱われることの遺族にとっての意味である。確かに、殉国と祭神がむすびついていることが国家神道の（したがってまた天皇制国家の）特色であったが、本稿は、本事件を神をめぐる宗教・信仰上の争いとしてではなく、追慕の対象である故人の人格の扱いの

法的評価をめぐる争いと捉えることから、合祀のもつ戦死者を祭神とする側面と殉国者とする側面のうちで、後者を重要な受忍限度判断要素の一つとみるものである。

以下で上記の各問題の検討に入る前に、合祀についての筆者の認識を纏めておく。

合祀とは、戦死者をすでに祭神とされているものの集団（「一座」）に加えることおよびその祭神とされている状態である。教義上は、合祀によって戦死者である人の霊が神霊となる。その霊は靖国神社に居るのであって、家族のもとに帰るものではないとされる^{5,6}。合祀は、氏名その他の事項が霊璽簿に記載され奉納されことによって行なわれる。この個人名の記載は個人（故人）の個性への着目の故ではなく、戦死者が祭神となるという教義によるものである⁷。また、これは死者の追悼ではなく殉国者としての顕彰であることが重要である⁸。従って、合祀は合同慰霊祭とは異なる。合同という意味はなく一人と仮定しても合祀であり、祭神として祀るので

5 大江志乃夫『靖国神社』〔1984〕136頁以下に紹介されている陸軍大将・靖国神社宮司（1938年4月から1947年1月まで）鈴木孝雄の文章を参照。祭神が居るとされることは戦時下になると国民（臣民）が靖国神社参拝を強制されることと結びついた。なお、帝国憲法第28条の「信教の自由」には、国家神道を拒否する自由は含まれていないとされていた。大江・前掲97頁にはこれとの関連での帝国憲法第28条の適用に関しての『内務省史第二巻』〔1970〕の記述が紹介されている。また、村上重良『慰霊と招魂』〔1974〕132頁以下も参照。

6 戦前は、靖国神社は、臣下を祭神とする神社であったことから、伊勢神宮系列とは別という意味で別格官幣社とされた。臣下が祭神であったから、天皇は「御濱台」といわれる台に乗って祭神より高い位置から参拝した（赤沢史朗『靖国神社』〔2005〕17頁）。

7 村上・前掲112頁。

8 追悼と顕彰の相違従ってまた首相などの公式参拝の際に追悼を理由とする問題性について、赤沢・前掲8頁以下。靖国神社創建の際における慰霊から勲功顕彰への変化につき、大江・前掲120頁。天皇の「忠臣」を祭神とする別格官幣神社の全体については村上・前掲76頁以下。

あって死者の魂を慰霊するものではない。

合祀は決定後に遺族に通知されるだけである⁹。天皇が戦死者を祭神とすることにしたのだから、合祀することによって故人の意思や遺族の承諾は無関係であるという論理による。旧植民地人についても同様であった。

遺族たる原告が主張する合祀取消請求の具体的内容は故人の氏名の霊璽簿からの抹消である。その他の戦死者の合祀には影響しない。ただし、靖国神社にとっては、合祀の決定は教義上天皇・国家によるものであるから、遺族からの要求によるものであれその故人の合祀のみの取消は考えられないことになる¹⁰。また、靖国神社が本来的に政治目的のための神社¹¹であったからその教義の運用には政治性恣意性が伴っていた¹²。戦後は合祀

-
- 9 遺族を靖国神社に招待することも顕彰儀式的政治的効果にとって重要な意味をもっていた(具体的には、田中伸尚『靖国の戦後史』〔2002〕48頁以下、高橋哲哉『靖国問題』〔2005〕21頁以下など参照)。しかし、招待された遺族も合祀祭典への参列は許されなかった。遺族は、招魂祭において招魂斎庭で、霊璽簿を本殿に運ぶ閣の中に浮ぶ御羽車を拝むのであり、翌日、合祀祭典後に昇殿参拝した(赤沢・前掲20頁)。
 - 10 田中・前掲118頁に合祀取消要求者との面談でそのように述べる靖国神社宮司の発言が紹介されている。もっとも生存していたことが判った場合には取消している。
 - 11 靖国神社の前身である東京招魂社は1869(明2)年に兵部大輔であった大村益次郎が中心となって戊辰戦争での官軍の戦死者の招魂のために創建された。兵部省の附属施設であったことがのち1879(明12)年の靖国神社への改称、別格官幣神社への列格後も(一時期神官人事に内務省が関係した他は)陸軍省・海軍省の管轄であることに続いた。これらの経緯および靖国神社の破格の扱いにつき、村上・前掲45頁以下、107頁以下参照。ちなみに、その後敗戦時まで、国家神道系の神宮・神社は内務省、教派神道系は文部省の所管であった。
 - 12 その例は、大江・前掲127頁、井上勝生「ある日清戦争戦死者の碑から」図書2011年9月号7頁に見られる。もっとも、このことは靖国神社の宗教性と軍の論理の間に全く齟齬がなかったということまでを意味するものではない。赤沢・前掲20頁以下に陸軍省と靖国神社の意見が相違した例が紹介されている。

の決定は形式的には靖国神社によって行なわれることになっているが、実質的には大部分は厚生省の遺族補償リストと同じである。戦後になって補償基準と異なる合祀が部分的にあるが量的にも質的にも戦前の合祀の性格を変えるものではない¹³。

4、合祀による遺族の追慕利益の侵害と受忍限度規準

一 課題①a)、①b)の検討

①a)、歴史的背景をもったものとしての合祀は故人に対する二重加害を意味するものであることについて

このことは靖国神社が遺族（以下、配偶者、子それが不存在の場合の親、兄弟姉妹とする）の合祀取消請求に応じないことに合理的根拠があるかを考えるうえで重要な点である（以下のウ）が、この点は、大阪高判における追慕利益の法的意味についての判断（以下のア）、靖国神社の教義の理解（以下のイ）に関係しているので、この符号を付した順番で述べることにする。

13 追加は、旧皇族王族戦死者、旧植民地人の軍人軍属戦死者、敗戦時の自決者や戦犯刑死者、その他の「国と雇用関係にあった」とされた人々の合祀などである。詳しくは田中・前掲37頁以下、赤沢・前掲98頁以下を参照。なお、赤沢・前掲99頁は、これら戦後の追加的合祀について、「合祀を天皇や国家からの恩恵として理解するような、政教分離以前の戦前的な感覚が残っている」と評している。大阪高判においては戦病死の範囲を例にして戦後の靖国神社の「自律」的決定の存在が重要な意味を持つものにされている。大阪高判におけるこの「自律」性判断のもつ問題については5で述べる。

ア、遺族の追慕利益の法的保護可能性について

戦死者はすべて殉国者であるとする、戦死者はすべて合祀を望んでいるとするは戦前においても暴力によって維持されたフィクションであった。まして、戦後は合祀を望む遺族と拒否する遺族がいることは当然のことである。戦前とは異なり、遺族が追慕の情から合祀拒否の意思を表明しても権力からの制裁はないという意味でなら、合祀拒否が「自由」であることには疑う余地はない。この自由が相手方に対する損害賠償請求権や取消（差止）請求権を認められうるものであるかまたその要件如何は、遺族の追慕利益の性格付けから考えられなければならない。

大阪高判の追慕利益についての判断は、「未だ、法的な保護に値する権利、利益とまでいうことはできない」「控訴人らが、耐え難い苦痛を感じているからといって、ただちに控訴人らの権利又は利益が侵害されたことにはならず、結局のところ、本件では、敬愛追慕の情を基軸とする人格権が、損害賠償や差止請求の根拠になるような法的利益であると解するのは相当でない」というものである。大塚直は、その侵害の違法性判断を受忍限度規準によるべき利益を第1種利益、著しい違法性や権利侵害がある場合にのみ保護に値されるとする第2種利益とする区分を提唱している¹⁴。それによればこの外に法的利益性が否定される利益があることになろう。そして、大阪高判の追慕利益についての説示は、原告の追慕利益の内容を「不快感や嫌悪感」であって、「未だ」上記の第2種利益でもなくその外にあるとするものようである¹⁵。もっとも他方で「本件では、…ただちに

14 大塚「公害・環境、医療分野における権利侵害要件」NBL936号〔2010〕43頁。

15 原告の主張を合祀に対する不快・嫌悪によるものとする表現は第1審判決の文章を引き継いでいる箇所である。第1・2審どちらにおいても、直接には原告による人格権構成を否定する文脈での表現であるが、原告の主張全体に対する裁判所の評価を表している。合祀の歴史的背景には目を向けない姿勢がそこにある。なお、自衛官合祀最大判においては、一般論を述べ

は…」という部分に力点を置いて読めば、本事件を離れた追慕利益一般には第2種利益たりうることも全く否定されたとまではいえないかもしれないが¹⁶、いずれにせよ、追慕利益を狭く解しておりまた保護に消極的であることは確かである。このことは大阪高判が故人の名誉やプライバシーの侵害を遺族の追慕利益侵害とは別ものと構成しているようにみえることと関連している¹⁷。故人の名誉やプライバシー侵害にあたる場合を遺族の追慕利益侵害と構成することは学説における有力な見解である¹⁸。この立場にたてば遺族の追慕利益は大塚のいう意味での第1種利益といえるであろう。下級審裁判例事件にみられるような故人の名誉・プライバシーを侵害することは遺族の追慕利益の侵害となるとしたうえで、追慕利益侵害はそれらに限られるわけではなく、故人の追悼という宗教的意味をもった追

る箇所では他の宗教行為について「たとえそれに対し不快感をもったとしても、」というような表現はあるが、本件第1審第2審のように、原告の主張内容を表すのに嫌悪感という強い表現は使われていない。

16 この「ただちには、」というのは、「他人に対する強制や不利益の付与を伴う」場合ではないからという意味になろうか。しかし、これらが合祀以外の追慕利益侵害を想定しながら述べられているものであるのかの判定は難しい。ちなみに自衛官合祀最大判では、「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」とされていた。

17 これまで遺族の追慕利益の侵害に対しては、地裁裁判例（静岡地判1981.7.17判時1011号36頁、大阪地判1989.12.27判時1341号53頁）において、故人の名誉やプライバシー侵害の場合に損害賠償が認められている。大阪高判は、遺族の追慕利益とは別項目で「本件戦没者の法的利益侵害性」として死者の名誉とプライバシー侵害の有無を判断しいずれも否定している。この構成は原告の主張に答えたもので大阪高判が積極的にこの法的構成を採っているとまではいえないが、このような構成の下では地裁の裁判例を参照しても追慕利益の侵害を認められた例はなくなるから、この構成は大阪高判が追慕利益の法的保護可能性に消極的な説示をしたことと結びついているといえよう。

18 学説の概観は、宇佐見大司「死者の名誉毀損」『メディア判例百選』〔2005〕83頁参照。

慕も一定の要件の下で保護される追慕利益とされるべきであるとするのが本稿の主張の一つである。追慕利益の内容を広げることで、本事件のもつ歴史的背景およびそれと関連をもつ政教分離原則と追慕利益侵害の違法性判断を関係付けることが可能になってくるであろう。その際に重要なことはまず追慕利益のあるべき保護の実質的根拠を明らかにすることである。筆者は、故人を追慕することは故人を直接間接に知る人すべてに開かれた自由であるが、法的保護の対象たる追慕利益は遺族の追慕に限定され、その内容は、故人との生前の家族関係が遺族の精神生活のなかに延長されたものであると考える。そして本件で問題となる追悼という意味での追慕は、市民社会¹⁹に適合性をもつ政教分離原則が実効的である宗教的環境の下でその環境を共同享受するなかで行なわれる。このように追慕利益保護の根拠を故人の遺族の精神的な生活への関連性に求めることで、侵害の違法性基準を受忍限度違反に求めることが可能になると考えているが、この点に関しては他の課題の検討を済ませたのち5の末尾であらためて述べる。

イ、大阪高判のいう靖国神社の「信教の自由」・教義について

大阪高判は、合祀取消（霊璽簿からの故人の氏名等の抹消）は、「控訴人（靖国神社）の教義に直接関わる事項」であるから「その宗教活動の自由を侵害することになってしまう」（判時2104号55頁）という。しかし、靖国神社の教義が原告の合祀取消請求と対立するのは、大阪高判のいうような「戦没者をできるかぎり広範に合祀すること」の故ではない。「広範に合祀」というだけであるなら、合祀取消の請求をしている遺族の数は合祀されている太平洋戦争の戦没者212万余のうちの僅かであるから、合祀取消請求に応じたからといって「広範に合祀すること」にとって大きな影

19 ここでの市民社会概念の使い方については、広中俊雄『新版民法綱要』〔2006、旧版は1989〕1頁、中村「民法上の法形成と民主主義的国家形態」民法研究第6号〔2010〕3頁。

響があるわけではない。また、「広範に合祀する」ということではもともと意思を確認していない遺族からの合祀取消要求に応じない理由としては薄弱である。教義としての硬さは、「できるだけ広範」ということにはなく、天皇の軍隊に属する者の戦死者はその意思に関係なくすべて殉国者であって例外はないとすることにある。それが天皇制国家による戦死の意味づけであり、「臣民」はそのことから逃れられない。靖国神社の創建以来の任務はそのような戦死者・殉国者すべての招魂と顕彰であり、それが明治天皇の意思によるものとされるから、例外が許されないのである。靖国神社は裁判の場では天皇制下でこの教義の持った意味（「戦死者はその意思を問わずにすべて殉国者である」）をそのまま言うわけにはいかずに、「できるだけ広範に合祀する」としかいえないであろうが、裁判外では合祀の方針は明治天皇の意思によっているから個人や遺族の意思によって影響されるものではないというのが現在でも靖国神社の対応である²⁰。大阪高判による上述のような靖国の教義の理解は本事件での対立点を不明確にするものである。

ウ、故人に対する二重加害性

以上のことを前提とすると、合祀の取消を請求する遺族からすれば、戦前の靖国神社は陸軍省・海軍省所管の軍事施設として戦死に関して国家による加害の一端をになうものであったことに加えて、合祀は後述（①⑤）するように戦死者である故人の人格を無視するものであるという意味で故人に対する再度の加害を意味することになる。このような故人に対する二重加害は、合祀による追慕利益侵害の違法性・受忍限度判断の一つの要素とされるべきものである。この二重加害ということを判断要素とするには、裁判所がそのような主張を歴史認識として正しいと判定することが必要である訳ではなく、そこで行なわれるのは、そのような主張に合理的根

20 前注10参照。

拠があるかという判断である。合祀取消請求を「不快感・嫌悪感」によるものであるとする大阪高判にみる表現には、合祀取消請求には法的意味を認めるだけの合理的根拠がないという判断の存在を見ることができる。原告の主張と靖国神社の歴史的役割の関係、合祀と故人の人格との関係の検討を欠くことがこのような姿勢に導いたのであろう。しかし靖国神社が果たした歴史上の役割を考えれば、一方で合祀を望む遺族がいると同時に、他方で合祀を拒否する遺族がいることには合理的根拠があるというべきである。また、重要なこととして、現憲法の政教分離規定の出発点に位置する総司令部による国家神道禁止指令（1945・12・15）は、戦前の靖国神社の歴史的役割と教義を主要な排除対象としたものであったことがある。靖国神社が現在に至るも政教分離原則に反対の姿勢をとっているのは、この原則が戦前の靖国神社の果たした政治的役割への否定的評価を基礎にしているからである。靖国神社は戦前の自らの存在との連続を否定していない²¹。原告の追慕利益の主張は、戦死に対して（法的意味ではないにせよ）責任を負う大日本帝国の軍事施設が故人を殉国者として顕彰している合祀状態が故人の人格を無視するものであって追慕利益を侵害しているという意味を持ちうるものである。追慕利益の内容の把握において歴史との関連

21 戦後の宗教法人靖国神社規則は「第三条 本法人は明治天皇の宣らせ給うた『靖国』の聖旨に基づき、国事に殉ぜられた人々を奉祭し、神道の祭祀を行ない、その神徳をひろめ、本神社を信奉する祭神その他の崇敬者（以下『崇敬者』という）を強化育成し、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を行なうことを目的とする」として戦前との連続性を維持している。ここでは「本神社を信奉する祭神」とされているが、この「信奉」は故人の（生前の）意思や信仰を意味してはいないようである。神道と個人の信仰の関係については後注32にあげた文献中の井門富士夫発言を参照。なお、大阪高判は、「靖国神社も私的な宗教団体であって、信仰を同じくする個人の集合体である」としているが、この文章がそこで言われている「個人」の範囲が何を指すかという点が検討されたうえでのものであるかは明らかではない。

性を捨象するのであればそのことの理由を述べなければ、原告の主張の合理的根拠の有無という問題に答えたことにはならない。大阪高判は、靖国神社を故人らの戦死と関係を持たない第三者である私人と位置づけるから、靖国神社の戦前の役割に触れることがない。しかし、そのような位置づけは問題の実質的所在から離れた、私人たる宗教団体という法的概念による不適切な抽象というべきである。

①⑥、故人の追慕と合祀の相違 — 全戦死者合祀の論理と個人（故人）の尊厳の関係

本件事件での争いは、故人の追悼を被告が原告の信仰とは異なる宗教によって行ったあるいは故人を神としたということの故のものではない。したがって、遺族は異なる追悼の仕方を拒むことができるかというような法的问题とされるべきものではない。

合祀は、故人がその戦争に対して如何なる姿勢をとっていたかに係わりなく、国家の行なう戦争を「聖戦」であるとするを前提として、戦死者をすべて殉国者として顕彰するものである。そこでは故人が個人としてもった人格を否定することが出発点にある。陸軍省・海軍省の目的である軍の士気の高揚からすれば兵士の個性を抹消してすべての戦死者を顕彰することが必要であり、人格をもった個人としての故人を追悼することは問題とならない。殉国者であるとは、個別故人についてそうであったということによって根拠づけられているものではない。殉国者であるかどうかを個別に判定することはまったく予定されていない。

さらに、故人の名前を記載して殉国者として祀ることは、思想のレベルで集団としての戦死者を語るのとは異なった氏名の政治的利用行為という意味をもつ。故人の人格を無視しつつ殉国者であるとして特定する意味をもつ名前を記載して祀ることは、殉国とされることに大きな抵抗感を持っていたと推測される故人の人格とその人格への追慕を自らの精神生活に関連させている遺族の追慕の念の一層の無視を意味する。ここには国家と軍

の論理（軍国主義）が貫徹されている。そして、戦前とはその機能において比較にならないとはいえ、政治家の靖国参拝に見られるように、合祀されている状態の政治的利用はなお続けられているのである。国家の観点からの故人の属性（戦死者）による把握とは異なって、遺族は死者の私人としての人格と向き合うのであって、私事としての遺族の追慕と国家的視点からの死の意味付けである合祀が対立した場合には、（広義の）宗教の私事性という観点からいって、死者との関係で両者を同一レベルにおくことは適切ではない。戦前であれば合祀と個人（故人）および遺族の意思との対立は表に出ない²²。予め合祀を拒否することは徴兵拒否と同じである。徴兵された個人は死後も国家によって管理された。霊簿の中の名はこのような象徴的な意味をもち、ひいてはこの意味の故に政治家の参拝という政治的利用につながる。

戦後に価値観の多様性に伴って戦争および靖国神社の合祀に対する考え方の相違が表面化してきた。そのうちの合祀を拒否する遺族による死者の取り戻しという精神的利益と靖国神社による国家主義的教義に基づく合祀の遂行利益の対立において、受忍すべきとされるのはどちらと考えるべきか。この受忍限度規準の適用において指針たるべきは民法第2条である。原告の合祀取消の請求が認められても合祀全体が取り消される訳ではなく、合祀を望む遺族の故人は合祀されている状態が続く。このような限定を伴ったのみ靖国神社は現在の社会で存続が認められると考えるべきである²³。

22 悲しみは公にすることは許されなかった。合祀は、国家による建前の強制のなかで遺族の悲しみを名誉の戦死であったという喜びに変えるため、祭神への天皇の参拝をみて「国のお役に立てた」と死を納得し受け入れさせるための顕彰儀式であった。これらにつき前注9文献参照。

23 総司令部からは、靖国神社を宗教施設として残すか、戦没者追悼のメモリアル施設として残すが問題とされ、日本政府の選択に従って、個人的信仰の対象である神社としての存続が容認された（大江・前掲30頁以下、赤沢・前掲40頁以下）。しかし、合祀取消に対する靖国神社の対応（前注10該当本文および同注で掲示の文献参照）は、当時言われた個人の信仰ある

「合祀されても追慕はできる」（自衛官合祀最大判以来の諸判決が合祀によっても強制或いは妨害がないかぎり利益侵害はないとしているのもこの意味）という論拠については、まず、故人が殉国者とされることの拒否は、同時に受容メッセージの送り手になることの拒否を含むということがある²⁴。しかし、本事件においてより基本的なことは、原告の主張がもちうる意味として、政教分離の宗教環境の下での追慕利益が侵害されているということがある。そこで問題は次の5につながる。

5、政教分離原則と追慕利益および合祀の関係

—課題②、合祀における国家と靖国神社の共同性もつ意味について

靖国神社による合祀は政教分離原則に違反する国の行為があつて遂行できる宗教行事である。このことは合祀による追慕利益侵害の法的評価にとって意味をもたないものなのか、私人たる靖国神社の行為は政教分離原則とは関係をもたないという判例の前提になっている見解は支持されるべきものか（政教分離原則は憲法規定の適用問題に限定されるものなのかということ）が次に検討されるべき問題である。

大阪高判は、厚生省と靖国神社の関係について、㊦「（戦病死の扱いについて一部厚生省による遺族補償より広い扱いをしたことを挙げて）自ら

いは遺族による崇敬に基づいた宗教施設のそれによるものとは違っている。

24 この点につき、蟻川恒正「日本・国・憲法」公法研究59号〔1997〕235頁以下参照。なお、大阪高判が故人の名誉毀損を否定する趣旨でいう合祀の非公開性は受容メッセージ性の否定の理由にはならない。なぜなら、戦死者が合祀されていることは一般に知られていることであるから、原告らがそれを靖国神社に拒否しないとすればそれも受容メッセージ性を持つことになる。

の判断で合祀基準を見直したこともあったこと等からすると、合祀は靖国神社の自律的な宗教行為であり、国の関与によっても、その自律性は失われていなかった」とする。④（この意味の「自律的な宗教行為である」）「合祀を国家の宗教行為と同視することはできないから、・合祀を憲法上保護されない宗教活動であるということはできない。国家の援助等を受けたことを理由に、靖国神社の宗教活動の自由が保障されないとか、保障の範囲が他に劣後すると解するのは相当ではない」とした²⁵。

このうちの㉞は、厚生省の行為は（靖国神社に）「影響を与える行為」であるとしたから、「しかし・（靖国神社の）自律」は失われていないとすることが必要になった文章である。この㉞については次の二点が指摘されなければならない。まず、ここでいわれている「自律性」の具体例として挙げられているものは、「自律」とするための根拠としては余りに周辺的な付加である²⁶。「自律」がありうるのは戦後の厚生省との関係に限られるが、その中心をしめる200万をこえる第二次世界大戦における日本軍戦死者につき合祀するかを靖国神社が「自律」的に判断したわけではない。つぎに問題なのは、大阪高判がそのいうところの「自律」を理由として靖

25 大阪高判が国の行為を政教分離原則に反するとしたことには二つの面をみることができる。確かに、この判断部分はこの判決の結論とは関係していないという意味で傍論であり、本判決の理由付け中でも重要な意味が込められているとは解釈できない。このことからこの判断部分は「傍論の付加的判断」であって「新たな判断として重要視」されるようなものではないとする解説（判時2104号本判決解説欄）が出てくる。しかし、他面、このような判断部分があることは、第1審判決との比較では、僅かではあるが問題の実態に近づいたとみることができる。首相の公式参拝を違憲と判断する裁判例における「傍論」に付け加わる形で、合祀に関係する国の行為が政教分離原則違反とされたことの政治的な意味は必ずしも小さくはない。とはいえ、大阪高判では、最大判自衛官合祀判決の枠組みの維持が先行しているが故の問題性は本文に述べるとおりである。

26 戦後の合祀の範囲の追加については、前注13参照。

国神社と国の行為の共同性が切斷されると見ていることである²⁷。しかし、大阪高判は合祀の中心的部分に目を塞いで、私人たる宗教団体の「信教の自由」図式のために「自律」を探し求めたように見える。そこでいう追加的合祀があったという程度の「自律」では、戦後の合祀という事業の大部分が厚生省の協力なしには行なわれえないものであったことを否定することにはならない。大阪高判はこの協力は合祀にとって「必要不可欠であったとまではいえない」としているがそのように判断する根拠は述べられていない。政教分離意識の不徹底のもと、合祀にとって不可欠であるから協力していたと見るの方が現実に合う推論であろう。また、大阪高判は、「影響を与える行為」とそれに止まらない宗教団体の「自律性を失わせる行為」（強制、圧迫、干渉などであろう）を対置させて厚生省の行為を前者であるとしているようであるが、本事件にとってなされるべきであったのは、大阪高判のいう意味の「影響を与える行為」と特定の宗教行事を実質的に「可能にする行為」の対置であった²⁸。そしてまさに厚生省の協力は合祀の大部分を「可能にする行為」であったという意味で「不可欠であった」というべきである²⁹。

27 大阪高判におけるこのような共同性の否定には、自衛官合祀最大判における政教分離原則違反の否定における護国神社の判断の独立性の強調との共通点が見られる。

28 大阪高判のいう「影響を与える」ということの具体的内容は明確ではない。この表現には本文で述べたことのほかに、政教分離原則の説明で多くの場合に宗教団体への圧迫や干渉と意味で「影響を与える」という表現が見られることとも関係するかもしれない。しかし、本件ではそのような「影響」は議論の対象になっていない。おそらくこの「影響を与える」は、すぐ後に続いて「明らかであ（る）」とされている「（厚生省の協力の）大きな役割」と同じ意味なのであろう。いうところの「自律」が、国の協力が「大きな役割」をもつものであっても国の責任を否定するだけのものであるかが問われなければならないが、本稿は国の責任についての判断部分を検討対象とするものではないから、この点にはこれ以上立ち入らない。

29 厚生省の協力は、戦没者についての調査資料の提供にとどまらず、合祀

④部分は、判決理由中で「被控訴人国による法的利益侵害の有無について」という項目の（ア）として最初に述べられているものである。この文章は、原告との関係での憲法上の保障の意義について述べているようで文意が明確とは言い難いが、合祀は私的宗教団体である靖国神社の「自律」的な宗教行為であって、この行為は政教分離違反とされる国の援助を受けていても（原告に対する関係でも）「自由が保障される」とするものである。これは国の政教分離違反行為は靖国神社の宗教行為の評価に関係しないということである。これによって、国の政教分離違反行為があっても、私人間の信教の自由対立図式が維持されることになる。⑦部分と同様ここでも、問題の所在からいえば周辺的というしかない靖国神社の「自律」が決定的な意味を与えられている。本稿の②問題は最終的に大阪高判のこの④部分に凝縮されて現れる。

まず、仮に大阪高判のいう「自律」を認めたとした場合でも、当然に④のように言える訳ではない³⁰。大阪高判が述べている事態を、判決も認めている「大きな役割」を持つ国の「援助、助長」を靖国神社が「自律」的にしたがって政教分離違反行為である可能性を認識しつつ利用したという文章に変えても、なお、原告の合祀取消請求を拒むことを正当化する④のような私人間の「信教の自由」図式は維持されうるのであろうか。戦前の国家神道のなかで神道指令によって国家主義・軍国主義的歪曲であるとして

決定の通知の発送にまでおよんでいた。財政面を含むこれら協力の全体とその経緯については、赤沢・前掲104頁以下。

- 30 ちなみに、もし大阪高判のいうように靖国神社が全体に亘って戦前とは異なった自律的な判断を行っていたとするのであれば、まずその基準を明らかにすることから始めなければならないが、それは判決においてされていない。さらに、かつて軍事施設であったことは否定できないのであるから、戦没者を「できるかぎり広範に合祀すること」もその時代とは異なった意味でなければならない筈であるが、本判決にはそのあるべき相違については無頓着である。また、そもそも「広範に合祀すること」が合祀取消に感じない理由として十分なものであるかが検討された様子はない。

排除の対象とされた中心にあったのが自らのことであったことは、靖国神社が危機感とともに認識していたはずである。厚生省の行為が陸軍省・海軍省の事務を引き継いでのそれであることの認識も当然にあったとみるべきであろう。また、たとえ政教分離違反を意識しなかったとしても協力・助長行為の「自律」的利用であったこと、大阪高判のいう「自律」があったとしても、戦死者はすべて殉国者である（戦死者は合祀から逃れられない）とする教義上、膨大な数にのぼる戦死者の氏名の判明が前提である合祀は政教分離されては教義どおりには遂行できない宗教行事である。しかも、政教分離原則は政治の宗教からの自由をとおして個人の宗教団体からの自由を実現するという意味をももつ³¹。国の政教分離違反行為に依存したあるいはそれを利用した「私的な」宗教団体の「自由」を、それによって追慕利益を侵害された遺族に受忍を求める根拠とすることはできない。国の行為と合祀との関係を述べる㊦㊧においても、靖国神社の歴史の評価が全く現れないことがこの判決の姿勢を表している。このように大阪高判のいう靖国神社の「自律」を前提とし、さらに、政教分離原則に服するのは国の行為だけであるということを前提としても、㊦部分は維持されえないといえるが、㊧問題の検討はなお続く。

政教分離原則は歴史的には憲法規定によって導入され、その後ジグザグを辿りながらも社会的制度としての定着の方向はある。靖国神社国営化はすでに成立の見込みは薄い。公権力による行為につき争われた場合の目的手段規準の適用例は政教分離の貫徹の不徹底を示すものが少なくないが、それでも玉串料事件最大判1997・4・2民集51巻4号1673頁があった。また、首相の公式参拝に対して下級審レベルで違憲判断が示されることがしばしばあるのに対して合憲判断が示されることはない。このような状況の下で遺族による合祀取消請求訴訟に関してわれわれは如何なる民事裁判規準上の法形成を目指すべきなのか。民法上のルールとしてのあるべき法形

31 樋口・前掲ジュリ座談会9頁、同『憲法〔第三版〕』〔2007〕223頁。

成の方向は民法第2条によって示されている。それには政教分離原則の下、宗教団体からの個人（故人）の解放を促進する方向が適格的である。政教分離原則の社会レベルでの推進は、不徹底であった戦後の民主化の遅れた実現に資するものである。

そのように政教分離された宗教的環境は、市民社会に適格的な社会環境として公共財であり³²、本件で問題となる追慕利益の内容である追悼にとって重要な意味をもつ。私人である宗教団体の行為であっても、政治権力との共同で行なう宗教行為は政教分離を重要な内容とする公共財たる宗教環境を損なうものである。ここでは政教分離原則は憲法規定の適用問題としてではなく、民法上保護される生活利益の内容である追慕利益にとつての環境であり共同享受の対象である宗教環境の重要な要素である。故人を直接間接に知る者はすべてこの環境の下で故人を追悼・追慕する自由をもつが（したがって、追慕も開かれているという意味での公共性・共同性をもつ）、侵害に対する法的保護の対象という意味での追慕利益と呼ぶるのは遺族のそれである。そしてこの利益は人格的利益とは区別された意味で生活利益と見るべきである。確かに故人への追慕行為には追慕する人間の人格が現れる。このことは故人を追慕する者すべてについて言えることである。しかし、追慕利益の法的保護が可能になりうるとき、この保護の内容・対象は追慕行為に現れる追慕者の人格性ではない。このことは追慕利益を遺族のそれと限定しても変わるものではない。ここで保護可能性

32 樋口・前掲225頁は、「そう堅いことをいわずとも」というわが国の「風土」に、旧国家神道に対する政教分離の不徹底の背景をみる。政教分離された宗教環境の市民社会における公共財性の展開はそのような「世間」（阿部謹也『ヨーロッパを見る視角』〔2006〕1頁以下）との対抗のなかで進む。この文化的背景と本稿で着目している遺族の意思と合祀の対立との関係を考えるうえで、井門・前掲ジュリ座談会8頁における、共同体を基礎とする合致集団と信仰の同一性に基づく教団教派という宗教集団についての宗教学上の区別の紹介が参考になった。

をもつ追慕利益の実質をなすのは、故人との間にあった家族関係の現在の精神生活との関連性であるとみるべきである。このことのなかに、共同享受の対象である宗教環境そしてまた共同性をもつ追慕のうちで、個人性・生活関連性をもつ宗教的・精神的な生活利益を考慮することができる³³。その侵害の違法性判断規準は受忍限度とすべきである。

6、まとめ

本件では、政教分離原則を重要な要素とする宗教環境を損なう合祀行為によって（課題②）、合祀を拒否する遺族にとっては、政教分離された宗教環境の共同享受の下での追悼を内容とする追慕利益という宗教的・精神的な生活利益の侵害がある。問題となった合祀が、故人や遺族の意思に反して故人を殉国者とするもの（①④二重加害性、①⑥故人の人格無視）であることによって、合祀はその取消を請求する遺族にとっての受忍限度を超えた追慕利益侵害となる。

33 生活利益保護については広中・前掲19頁以下、87頁以下参照。現在学説において人格的利益と生活利益は区別しないで使われることが多い。例えば、吉村良一「故人の追悼・慰霊に関する遺族の権利・利益の不法行為上の保護」立命327・328号〔2009〕956頁以下の本件大阪地判への批判には賛成する点が多いが、この論文でも追慕利益は人格的利益と性格付けられている。しかし、この区別は今後の不法行為法上の精神的利益の保護の拡大において重要性をもってくると思われる。この区別をするうえでは、生活利益の実質を表す生活関連性は生活利益の内容に応じて多様な形をとるが、筆者は景観利益を日照利益との比較で捉えようとしたことがある（中村・前掲17頁、29頁以下）。なお、吉田克己は、公私利益の二重帰属という考えを基にして景観利益の個人への割当ての帰属を語る（例えば吉田・判タ1120号〔2003〕70頁、『民法判例百選Ⅱ〔第6版〕』〔2009〕157頁など）が、「帰属」「割当て」は生活利益享受の実態を適切に表現するものとはいえないであろう。

靖国合祀取消請求訴訟は国内的な関心の対象であるに止まるものではない。最高裁には、諸外国とくにアジアの諸国³⁴に紹介されてそこでも納得を得ることができるような判決即ち大阪高判の破棄を求めるものである。

34 旧植民地との関係では、本稿で述べた二重加害性がより鮮明に現れる。このうち韓国の遺族については前注1に挙げた東京地判事件があり、台湾の遺族の動きについては高橋・前掲94頁に紹介されている。

〔追記〕

2011年12月2日付朝日新聞によると、最高裁は、11月30日に韓国人遺族らによる「国に合祀の取りやめや損害賠償を求めた訴訟」の上告を退ける決定をし、請求を棄却した東京高裁の判決が確定したという。記事からは訴訟の具体的内容は判らないが、時間的にみて注1であげた東京地裁判決の事件とは異なるようである（2011・12・05記）。