

## 政教分離原則の脱法行為(三)

——自衛官合祀拒否訴訟をめぐる——

後藤 光 男

### 一 はじめに

本稿では、殉職自衛官合祀拒否事件（中谷裁判）を取り上げ、行政による政教分離原則の脱法行為について検討を加える。

一九八九年六月一日に自衛官合祀拒否訴訟大法廷判決がだされ、原告全面敗訴というかたちで結着がつけられたが、原審の認定した「事実関係の核心的部分をことさらに正視せず」、意図的に歪曲して、国（自衛隊）の脱法行為を容認する問題の多い判決であった。そこでまず、事件の概要と下級審判決および最高裁判決を紹介し、その問題点の一端を指摘しよう。本訴訟では論点は多岐にわたるが、行政機関による脱法行為という点にしぼってみたい。（本稿は自衛官合祀拒否訴訟最高裁判決についての全面的な検討を加えるものではない。これについては他日稿を改めて検討したい。）

## 二 事件の概要と下級審判決

### 1 事件の概要

原告の夫は、陸上自衛隊員として自衛隊岩手地方連絡部金石出張所に勤務していたが、一九六八年一月十二日公務従事中に交通事故で死亡した。原告である妻は、一九五八年四月、日本キリスト教山口信愛教会において洗礼を受け、それ以来の熱心なキリスト教徒であり、亡夫の遺骨を同教会の納骨堂に納め、命日にはキリスト教式の記念会を行い、また毎年十一月の同教会で行なわれる永眠者記念礼拝に出席するなどして、亡夫をキリスト教によって深く追慕してきた。

ところが、被告山口県隊友会は、亡夫を含む、同県出身の殉職自衛官を山口県護国神社に合祀（神社神道において二柱以上の神を一社に合わせ祀ること、或は一柱の祭神を既設の神社に合わせ祀ることをいう）したいと希望し、同じ意図をもっていた自衛隊山口地方連絡部（以下、単に地連という）職員の支援を得て県隊友会名で、一九七二年三月三十一日県護国神社に合祀を申請した。

その過程で、右申請の事実を知った原告は、合祀に反対である旨を地連や県隊友会に示してきたが、県隊友会は申請を撤回することなく、よって県護国神社は、一九七二年四月十九日に原告の亡夫を祭神として合祀し慰霊祭を斉行した。

県護国神社への合祀申請手続は県隊友会名義でなされたものであるが、それまでの隊友会に対する地連職員の間との態様は、九州各地連あての合祀実施状況についての照会文書の作成、発送、これに対する回答書の隊友会長への交付、県護国神社宮司への説明と合祀手続の打合せ、「奉斎実施準則」の起案、合祀経費の募金事務、合祀申請に必要な書類の取揃え等の事務の担当である。

そこで、原告は、本件合祀申請は自衛隊員の士気高揚を目的として、地連が主導し、隊友会がこれと一体となつて行つたものであり、隊友会と国との共同行為によるものであるとし、信教の自由は政教分離という現実的手段によつてのみ保障され、それゆえ、個人の信教の自由に対する間接的侵害を禁止する不作為義務を国及びその機関に課し宗教的人格利益を保障しており国がこれに参加したことにより政教分離条項に反し、さらに、原告の亡夫の信教の自由を侵害し、宗教上の自由の濫用として違法な行為といふべきであり、右行為により原告および亡夫の宗教的人格利益が侵害されたとして、隊友会山口支部連合会と国（自衛隊山口地連）に一〇〇万円の精神的損害の賠償の支払いと隊友会山口支部連合会に合祀申請手続の取消を求めて本訴を提起した。

これに対して、隊友会・国（自衛隊山口地連）は、合祀申請は隊友会の行為で、国の関与ないしは共同行為とはいえない、本件合祀は隊友会および県護国神社の宗教行為の自由に属する、政教分離規定は制度的保障であつて自由権したがつて人権の規定ではなく、その規定違反は国民個々人の権利侵害とはかかわらない、ことを理由にこれを争つた。

## 2 第一審判決の概要

第一審判決（山口地判昭和五四・三・二判時九二二号四四頁）は、県隊友会に、権利能力のない社団として当事者能力を認めた上で、次のように判示した。

(1) 隊友会本部は、一九六三年防衛庁から殉職自衛隊員の慰霊祭を実施するよう業務委託を受け、全国都道府県毎に五年間で行うこととなり、翌一九六四年一月被告県隊友会が主催して、自衛隊発足以来同年三月までに殉職した山口県出身者一二柱の慰霊祭を県護国神社において行なった。中国四国外郭団体懇談会において、陸上自衛隊第三師団の師団長は、合祀に賛意を表し、これを推進することを要望した。その後、地連総務課が所管する遺族援護業務の一環として被告県隊友会による合祀申請を積極的に推進する態勢がとられるに至った。「一一県の自衛隊と神社とのゆ着の実例を明らかにし、こうした認定にもとづいて」本件合祀申請は県隊友会の発意により、県隊友会の費用をもって、県隊友会の名義によって為されたものであり、また、従来地連が被告国の主張するような物的、事務的な援助を業務として隊友会に与えてきたことが認められる。しかし、関係係官の行為をつぶさにみると、……これらの行為は、本件合祀申請を準備するうえで、それぞれの時期における最も重要な行為であり、かつ準備行為のほとんど大半を占めているばかりか、照会書の作成、発送と奉斎準則の起案は、各係官の裁量のもとに為されたものである。そうして右各行為は地連が県隊友会の合祀申請を推進するとの態勢のもとになされたのであった。このようにみても、係官の各行為は、県隊友会のための一般的、補助的な手伝いにすぎない行為乃至は県隊友会の合祀申請を側面から援助する行為とみることはできないのであって、当時の県隊友会の力量では事実上なしえないところの、「本件合

「祀申請に向けられた個別的で積極的で核心的な行為」であり、かかる地連の一連の行為がなければ、本件の如くに合祀申請に至ったとはみられない状況にあったといえる。本件合祀申請は、県護国神社へ申請をした一点をとらえれば、隊友会の単独行為であるが、これを一連の経緯でとらえれば、両者の共同行為である。

(2) 民法七〇九条と国家賠償法一条の権利は、「法的な保護に値する利益」であり、憲法二〇条一項前段が保障する信教の自由は、一三条を媒介として、違法な侵害に対して司法的救済を求めうべき法的利益を保障されたものとして、「私法上の人格権」に属するといえる。そして「一般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、右の宗教上の人格権の一内容としてとらえることができる。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故人を宗教的に取扱うことの利益も右の人格権と考えることができる。

(3) 本件合祀申請により、亡夫の祭神を神社神道に従って礼拝するよう強制しているわけではないが、他人により勝手に神社神道の祭神として祀られる等のは決して些細な事柄ではなく、自らの信仰に従い、静かな宗教的環境のもとで信仰生活を送るべき法的利益—人格権—を原告は侵害された。

(4) 県隊友会も宗教的行為を行う自由がある。宗教上の人格権はその性質上自然人の内面に淵源するものであるが、社団の社会的活動には、その構成員の宗教上の人格権を総合的に社団として実現させる宗教行為と目すべきものがあることが明らかであり、隊友会の本件合祀申請行為もこのような宗教的行為である。原告との関係では、「自由と自由との衝突」であり、亡夫との親近度ないし人間的密接度に従って両者に差等を設ける理由はなく、一方の行為が他方に対する制止強制にわたりないしは公序良俗に反する等の事情がない限り、その法的保護について順位を決すべき

法的規準は見出し難い。隊友会の合祀申請行為を独立にとらえると違法性はない。

(5) 隊友会と地連は、先に認定したとおり、共同行為者として、本件合祀申請を行なったものである。合祀が宗教行為であることは明らかであるが、「合祀申請行為も、右合祀が行なわれるための前提をなすものとして基本的な宗教的意義を有しており、且つ県護国神社の宗教を助長、促進する行為である」から、憲法第二〇条三項の禁止する宗教活動にあたる。憲法二〇条三項を制度的保障とするか否かで原告と国との間で争いがあるが、「この定めに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我が国社会の公の秩序に反するものとして、私人に対する関係で違法な行為」である。

(6) 憲法二〇条一項後段の特権とは、「特殊の利益を与え、優遇すること」であって、本件合祀申請は、特権を県護国神社に付与するとは断定できない。

以上の論理で、地連・隊友会に対し、原告の被った精神的損害の賠償の支払を命じたが、本件合祀申請手続の取消手続の申立については、隊友会が県護国神社に合祀申請行為の撤回の意思表示をしている以上、かりに同神社が合祀をやめず、「原告の人格権に対する侵害は本質的に継続的な性質を有する」としても、隊友会は「原状回復のために自らなしうべきことを果し終えた」といえるとして、これを棄却した。

被告県隊友会及び国は、本判決が損害賠償を求める請求について認容したため控訴した。原告妻は敗訴部分について附帯控訴した。

### 3 控訴審判決の概要

控訴審判決（広島高判昭和五七・六・一判時一〇四六号三頁）は、県隊友会を設立の経緯、組織、事業の運営等から検討して、「隊友会を構成する内部的な組織の一部」と認定し、県隊友会の訴訟当事者能力を認めなかった。

このため、原判決のうち県隊友会に関する部分が取り消されたので、県隊友会の違法性について論じた(4)の部分が不必要となり、全文削除された。

(1)の地連の関与は「本件合祀申請に向けられた、個別的で積極的に核心的な行為」であるから合祀申請は県隊友会との共同行為であるとする認定はそのまま維持された。(2)の宗教上の人格権の認定についても、ほぼそのまま維持された。(5)の地連の政教分離原則違反に関する部分はそのまま引用された。(6)の護国神社への殉職自衛官の合祀に自衛隊が関与することは、護国神社に対して特権を付与するものではないと消極的にとらえた部分は、全文削除された。

本判決は第一審判決の一部削除修正以外は全面的にこれに依拠しており、何ら独自の見解を加えていない。このため、第一審判決の問題点がそのまま継続することになった。

### 三 最高裁判決の理論構造

控訴審で敗訴した国側は、最高裁判所に上告した。事案は、当初、第一小法廷に係属していたが、一九八七年三月四日に大法廷にまわされ、一九八八年二月三日に口頭弁論が開かれた。この時点で、原判決が破棄されることが予想されたが、最高裁がどのような理論構成のもとに結論を導くのか、反対意見の裁判官が何人であるのかなど注目されてきた。

しかし、結果は、一四人の裁判官が合憲説をとって原判決を破棄し、第一審判決を取り消した。多数意見を形成しているのは矢口長官を含む一人の裁判官である。このうち、長島裁判官および高島・四ツ谷・奥野裁判官が補足意見を付している。結論に賛成しつつ、理由づけにおいて異なる裁判官は三人で、これは島谷・佐藤裁判官と坂上裁判官の二つのグループに分かれる。これらに対し、伊藤裁判官だけが反対意見を述べている。

#### 多数意見

① 本件合祀申請を地連職員と県隊友会の共同の行為と評価すべきか否かについて

「県護国神社による合祀は、基本的には遺族の要望を受けた県隊友会がその実現に向けて同神社と折衝を重ねるなどの努力をし、同神社が殉職自衛隊員を合祀する方針を決定した結果実現したものである。してみれば、県隊友会において地連職員の事務的な協力に負うところがあるにしても、県隊友会の単独名儀でされた本件合祀申請は、実質的にも県隊友会単独の行為であったものというべく、これを地連職員と県隊友会の共同の行為とし、地連職員も本件合祀申請をしたものと評価することはできない。」

② 本件合祀申請に至る過程において県隊友会に協力していた地連職員の行為が、憲法二〇条三項にいう宗教的活動に当たるか否かについて

津地鎮祭最高裁判決の目的効果基準、判断方法によって決められなければならない。「本件合祀申請という行為は、殉職自衛隊員の氏名とその殉職の事実を県護国神社に対し明らかにし、合祀の希望を表明したものであって、宗教とかかわり合いをもつ行為であるが、合祀の前提としての法的意味をもつものではない。そして、本件合祀申請に至る過程において県隊友会に協力していた地連職員の具体的行為は前記のとおりであるところ、その宗教とのかかわ

り合いは間接的であり、その意図、目的も、合祀実現により自衛隊員の社会的地位の向上と士気の高揚を図ることにあったと推認されることは前記のとおりであるから、どちらかといえばその宗教的意識も希薄であったといわなければならぬのみならず、その行為の態様からして、国又はその機関として特定の宗教への関心呼び起こし、あるいはこれを援助、助長、促進し、又は他の宗教に圧迫、干渉を加えるような効果をもつものと一般人から評価される行為とは認め難い。したがって、地連職員の行為が宗教とかかわり合いをもつものであることは否定できないが、これをもって宗教的活動とまではいうことはできないものといわなければならない。

なお、憲法二〇条三項の政教分離規定は、いわゆる制度的保障の規定であって、私人に対して信教の自由そのものを直接保障するものではなく、国及びその機関が行うことのできない行為の範囲を定めて国家と宗教との分離を制度として保障することにより、間接的に信教の自由を確保しようとするものである（前記最高裁大法廷判決）。したがって、この規定に違反する国又はその機関の宗教的活動も、それが同条一項前段に違反して私人の信教の自由を制限し、あるいは同条二項に違反して私人に対し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。」

③ 被上告人の法的利益の侵害の有無について

「私人相互間において憲法二〇条一項前段及び同条二項によって保障される信教の自由の侵害があり、その態様、程度が社会的に許容し得る限度を超えるときは、場合によっては、私的自治に対する一般的制限規定である民法一条、九〇条や不法行為に関する諸規定等の適切な運用によって、法的保護が図られるべきである。しかし、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。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ものというべきである。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おいても同様である。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宗教的行為をする自由は、誰にでも保障されているからである。原審が宗教上の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、これを直ちに法的に利益として認めることができない性質のものである。」

以上の見解にたつて本件をみると、県護国神社による合祀は、「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。」

#### 長島敦裁判官の補足意見

##### ① 信教の自由と宗教的寛容さについて

「各宗教には他の宗教が憲法上保障されている宗教上の行為に干渉せず、これを妨げないという寛容さが、憲法上要請されているものということができる。このことは信者においても同様であり、各宗教の信者にも、他の宗教の行う宗教上の行為について、それが宗教団体その他の団体、集団によって行われるものであれ、その信者によって行われるものであれ、たとえそれに対し不快感をもったとしても、これを受忍すべき寛容さが求められているものという

べきである。」「憲法は、その宗教の我が国における歴史的沿革や信者の多少にかかわらず、どのような宗教に対しても、またどのような宗教を信ずる者に対しても平等に信教の自由を保障しているのであって、いわゆる宗教的少数者といわれる立場にある者を特別に保護しようとしているものではないから、このような者もその例外ではなく、ひとしくこの寛容さが求められていることはいうまでもない。」「さらに、この理は、死去した自己の配偶者や近親者を自己の信仰する宗教以外の宗教で慰霊し、あるいは信仰の対象とする者がある場合でも、同様であり、たとえその宗教上の行為に対し不快感を抱いても、これを受忍すべき寛容さが求められている。」「近親者相互間においても、互いに寛容さが要請される。」「本件合祀行為に関して、同神社が被上告人に対し同神社の行う宗教上の行為、儀式又は行事に参加するよう強制し、あるいは被上告人の信仰又はそれに基づく行為に対し、制限又は禁止、圧迫又は干渉が加えられたと評価する余地は全くなく、本件合祀行為により被上告人の法的利益は、何ら侵害されていない。」

②地連職員の行為と宗教的活動について

「本件において地連職員に憲法二〇条三項にいう宗教的活動と評価し得る行為があつたか否かは、その行った具体的行為について検討するほかない。」その具体的行為をみると、憲法二〇条三項にいう宗教的活動に当たらない。「しかしながら、憲法がその二〇条三項に政教分離規定を設けた趣旨にかんがみるときは、本件合祀申請に至る過程における地連職員の行為の中には、より慎重であることが望ましかったものがあり、特に本件合祀行為が終了した後のある地連職員の言動の中には、行き過ぎの感を免れず、公務員としては自粛が求められる。」

高島益郎、四ツ谷巖、奥野久之裁判官の補足意見

「本件合祀申請はその名儀どおり県隊友会単独の行為といふべきであり、これを地連職員と県隊友会の共同の行為

とし、地連職員も本件合祀申請をしたものと評価することはできないし、本件合祀申請に至る過程における地連職員の具体的行為はその態様等からみて憲法二〇条三項にいう宗教的活動とまでいうことができない。」しかし、公務員は、「その職務遂行に当たっては、必要以上の宗教とのかかわり合いを慎んで宗教的中立性を堅持するとともに、宗教的少数者等から国又はその機関としての宗教的活動に当たるのではないかと疑われるような言動や特定の宗教に配慮を加えたと受け取られかねないような言動を自粛し、いやくもその宗教的中立性に疑惑を招くことのないようにすべきである。」地連職員の行為は、「宗教的中立性に疑惑を招きかねない言動であって、行き過ぎの感を免れず、公務員としては自粛が求められるところといわなければならない。」

#### 島谷六郎、佐藤哲郎裁判官の意見

①「本件合祀申請に至る一連の行為、すなわち殉職自衛隊員の合祀を求めての県護国神社に対する働き掛けを全体としてみれば、それは地連職員と県隊友会の共同の行為と評価すべきであって、これを是認した原審の判断は正当であり、地連職員は県隊友会のする合祀申請に事務的に協力したにすぎないとし、本件合祀申請が県隊友会の単独名義でされていることから、共同の行為でないとする多数意見は、余りにも形式論にすぎるといわなければならない。」

②「いやくも国の機関としては、ことさらに特定の宗教に接近し、これと結びつくような行為は許されないものであって、本件における地連職員の行為は、殉職自衛隊員の県護国神社への合祀という宗教上の行為を目的としたものであって、右条項の禁止する宗教活動に当たるといわなければならない。」

③「しかしながら、憲法二〇条三項の政教分離規定に違反する国又はその機関の宗教的活動も、それが私人の権利又は法的利益を侵害するに至らない限り、私人に対する関係では当然には違法と評価されるものでないことは、多数

意見の説示するとおりであるし、本訴において被告人が宗教上の人格権又は宗教上のプライバシーとして主張するところのものは、これを法的利益として認めることができない。」

坂上審判官の意見

① 「何人も、死去した近親者の追慕、慰霊等については、それが誰によって行われる場合であっても、自己の意思に反しない宗教的方法によつてのみ行われることにより、その信仰に関する心の静謐を保持する法的利益を有すると解するのが相当であり、これは宗教上の人格権の一内容といふことができる。」 県護国神社による合祀は、「配偶者である被告人の意思に反したものであり、被告人がそれにより不快の感情をもち、その信仰に関する心の静謐を害された以上、被告人は法的利益を侵害されたものといわなければならない。」

② 「もっとも、近親者の間においても互いにその信仰を異にする場合があり得るのであり、このような場合は、近親者の間においても故人の追慕、慰霊等の宗教的方法に関する意見を異にするであろうから、ある近親者の意思に沿つて行われた追慕、慰霊等により、他の近親者の心の静謐が害されることがあり得よう。」「このような場合は、正に故人の近親者の間における人格権と人格権の衝突の場であり、多数意見のいう寛容が要請される場合であるといわなければならない。したがって、ある親近者によつて行われ、又はその意思に沿つて行われた追慕、慰霊等の方法が他の近親者にとってはその意思に反するものであつても、それに対しては寛容が要請されなければならない。その者の心の静謐を優先して保護すべき特段の事情のない限り、その人格権の侵害は、受忍すべき限度内のものとして、その違法性が否定されるべきである。」 本件では、合祀を望む父との関係において、「被告上告人としては、たとえこの合祀が自己の意思に反するものであつて、心の静謐を害されたとしても、その侵害は、受忍すべき限度内のものとして、

堪えるほかない。」

③「本件合祀申請は、県隊友会の行為であつて、これを地連職員と県隊友会の共同の行為と評価することはできず、地連職員は県隊友会をした右申請に協力したものと評価すべきこと及び本件合祀申請に至る過程において県隊友会に協力してした地連職員の行為は、これを憲法二〇条三項にいう宗教的活動とまでいうことができない。」しかし、「地連職員の言動には、行き過ぎの感を免れないものがあり、公務員として自肅が求められるところがあることについては、裁判官高島益郎、同四ツ谷巖、同奥野久之の補足意見のとおりであり、この点についても私も右補足意見に同調する。」

#### 伊藤正己裁判官の反対意見

①「本件において被告人は、自己の信ずる宗教上の活動を阻害されたり、県護国神社への参拝を強制されたりしたことはないのであるから、信教の自由そのものへの侵害は認めることができない。」そこで、問題は、「原判示の『静謐な環境のもとで信仰生活を送る利益』が被侵害利益となりうるかどうかということになる。」「現代社会において、他者から自己の欲しない刺激によって心を乱されない利益、いわば心の静穏の利益もまた、不法行為法上、被侵害利益となりうるものと認めてよいと考える。この利益が宗教上の領域において認められるとき、これを宗教上の人格権あるいは宗教上のプライバシーといふこともできるが、それは呼称の問題である。これを憲法一三条によって基礎づけることもできなくはない。私は、そのような呼称や憲法上の根拠はともかくとして、少なくとも、このような宗教上の心の静穏を不法行為法上の法的利益として認めうれば足りると考える。」本件合祀によって、「宗教上の心の静穏を乱されるものであり、法的利益の侵害があつたものといわねばならず、県護国神社への合祀は、被告人に對

し、せいぜい不快の感情を与えるものにとどまるもので法的な利益の侵害があったとは認められないとするのは適切でない。」

② 「次に、本件侵害行為のとらえ方が問題となる。」「本件において侵害行為の態様を考える場合に、具体的な合祀申請行為をそこに至る一連の行為と切り離してとらえるのは適当ではなく、全体の経過のうちに総合的にとらえることが必要であると思われる。」

③ 「不法行為責任を認めるためには、加害行為と損害の発生との間に因果関係の存在が必要である。」「本件合祀に至る一連の行為を全体としてとらえるならば、本件合祀申請行為と被告人の法的利益の侵害との間に因果関係を認めることができる。」「本件合祀申請と本件合祀とは密接不可分の関係にあるものというべきであり、合祀に至る全体の経過をみるとき、一連の働きかけがあつて初めて合祀が実現したものであつて、本件合祀申請と本件合祀との間に因果関係の存在を認めて差し支えはない。」

④ 「本件における合祀に至る一連の行為を、原判決のように地連職員と県隊友会の共同行為であるとみると、多数意見のように地連職員の行為は単に事務的な協力にすぎず専ら県隊友会の単独の行為であるとみると、本件の事実関係をどう評価するかに係わる本件の重要な点である。」「本件合祀申請の形式は、県隊友会単独の行為であるとしても、そこに至る過程において、地連が物心ともに協力支援したものであるということができる。」「地連職員の意思も単なる事務的な協力の域をこえていた。」「本件合祀申請は、原判決のいうように、県隊友会と地連職員とが相謀り共同して行ったとみるのが相当である。」

⑤ 「本件合祀申請行為が県隊友会と地連職員との共同の行為であるとすると、問題は、このような地連職員の行為

が、被上告人の被侵害利益との関係において違法なものといえるかどうかである。ここで、憲法二〇条三項の定める政教分離の原則からみて、地連職員の行為が憲法上どのように評価されるかが問題となる。「政教分離規定は、信教の自由を実質的に保障するためのものであるが、いわゆる制度的保障の規定であって、直接私人の人権を保障するものではないから、これに反する国ないし国の機関の行為も、私人に対する関係で直ちに違法と評価されるものではない。しかし、地連職員の行為が政教分離規定に反し国が憲法上行うことのできないものであると判断されるときには、右の行為は憲法秩序に違反するものであるから侵害性の高度なものというべきであり、また、国には保護されるべき利益もないことになるので、国が被害者に対して受忍を求めうる立場にないことは明らかである。」津地鎮祭最高裁判決は、「政教分離の原則により国に禁止される宗教的活動の判断基準を目的、効果、かわり合いの程度の三つに求めたものであり、抽象的には正しいものといえよう。問題はその基準の適用であろう。」「この基準を国に禁止される宗教的活動の範囲を狭く限定するように適用することは、憲法の趣旨を没却するおそれがあり、適当とは思われない。」「本件合祀申請と本件合祀とは密接不可分の関係にある。」「合祀申請はまさに自衛隊の殉職者の霊を神道によって祭神として祀ることを直接の目的とするものであり、……他の宗教ではなく神道に従って県護国神社に合祀してもらおうよう申請する行為は、その効果において、神道を特別に扱ってこれに肩入れすることとなり、その援助、助長に当たるとみることができると考える。そして、地連職員は、以上のような性質を有する本件合祀申請を県隊友会と相謀り共同して行ったものであるから、そのかわり合いは相当とされる限度をこえているものと認めるのが相当である。そうすると、地連職員の行為は憲法二〇条三項にいう宗教的活動に当たるものというべきである。」「地連職員の行為は被上告人に対する関係でも違法なものといわなければならない。」

このように、最高裁多数意見は、国の上告理由（宗教的人格権の侵害はない、政教分離規定違反は私法上の違法行為とはならない、地連職員の行為は宗教的活動にあたらぬ）をほぼ全面的に認めたらうに、県護国神社による合祀は神社の信教の自由として自由に行いうるものである。すなわち、県護国神社の信教の自由と被上告人の信教の自由との衝突の問題であり、同神社と被上告人の間の私法上の関係として検討すべきであるとして、被上告人に對して寛容を要請している。しかし、「ここには、問題の意図的なスリカエがある。つまり、国家による中谷さんの精神的自由の侵害という国家と中谷さんとの問題を、護国神社と中谷さんとの宗教の自由の問題にスリカエしているのである。合祀申請の有無に関係なく、護国神社が自主的に合祀を決定し得るという点も、本件の具体的な経過に照らしてみても、およそ実態に合わない理屈である。」<sup>(1)</sup> 本件の場合、県護国神社が被上告人の意思に反して合祀することとは、被上告人の宗教的人格権を侵害すると考えられる（この問題については別途論ずることとした）。「信教の自由は、今日までの世界史における苦悶にみちた良心のたたかいがきずきあげた自由であって、その歴史的経緯からしても、ほんらい一人一人の自然人の内心の自由にぞくすることであり、寛容とのかかわりを問題にするなら、寛容はまず護国神社、靖国神社に對してこそ要求されなければならない」<sup>(2)</sup>筋合いのものである。最高裁の寛容論は、少数者、弱者の抑圧を許容する倒錯した寛容論である。

県護国神社の合祀の自由に限界があることを指摘したのは坂上裁判官のみであり、宗教的人格権を認めたのは坂上・伊藤裁判官の二人であり、また、地連の政教分離原則違反を指摘したのは、島谷、佐藤、伊藤裁判官の三人ではない。

本判決多数意見の最大の問題点は、原判決の認定した事実に関する評価を根本的に変更している点である。芦部信

喜教授の指摘にもあるように、①地連の関与を過小に、県隊友会の行為を過大に評価し直す立場を打ち出したのは、地連職員の行為を単なる事務的な協力にとどまるものとすることによって、加害行為の違法性の争点につき、「宗教的活動」に当たらず政教分離原則に反しないと解釈することを著しく容易にするためであった。そして、地連・県隊友会切断の論理は、合祀と合祀申請行為とを峻別する論理と結び合せて、被告人と県護国神社という私人相互間の自由の調節の問題にしぼり、寛容を説いて不法行為の成立を否定する論旨を組み立てる基礎になっている。②しかし、原審の確定した事実関係に関する多数意見の評価は、島谷・佐藤両裁判官意見も指摘しているが、「余りにも形式的にすぎる。」加害行為として争われている合祀申請は、県隊友会が会長名義で行った県護国神社への申請行為のみを指すと解すべきではなく、そこに至る一連の行為を「総合的にとらえることが必要であると思われる。」という観点から原判決の確定した事実関係を検討すると、本件合祀申請は県隊友会と地連職員とが相謀り共同して行ったものとみるのを正当としよう。<sup>(3)</sup>

最高裁のこうした「事実認定」の特色は、『国』の責任を何としても認めたくないという先取りされた結論が『事実認定』を先導した<sup>(4)</sup>とみることができる。「一・二審が問うた『国』<sup>(5)</sup>」自衛隊の責任を、何とかして免れしめようとする「努力」は、『共同行為』の否認、問題の私人間関係への局限、あべこべの『寛容』論など、無理に無理を重ねた強引な諸論法の中に読みとられるであろう。それに相応して、少数者の人権（ここでの宗教上の人格権）の軽視が、対蹠的に浮び上ってくる<sup>(5)</sup>のである。

最高裁の判旨は粗雑で説得力に欠ける。政教分離の意義の理解を全く欠落させているのである。政教分離原則は、国家と宗教との結合から生ずる間接的な強制的圧力から少数者の信教の自由を保障するためのものである。筆者は、

政教分離原則違反ということ正面にすえ、政教分離原則の本質如何の解明という見地から論理を構成するのがオードックスな手法であると考ええる。そして、仮に隊友会のみで合祀を行ったとしても(それは事実<sup>(5)</sup>に反するが)、政教分離原則が適用され違憲となるとする論理が展開されるべきであらう。また、県隊友会のみならず、県護国神社にも他人の祀られたくない自由を配慮した厳しい自己規律が必要とされる。

#### 四 国(自衛隊)による脱法行為

下級審判決および最高裁判決の問題点は、県隊友会が遺族の承認なしに故人を祀ることを抑制できなかった点である。隊友会が、遺族の宗教的信念を傷つけるような仕方でも、それはいたしかたないという極めて矛盾した内容のものである。隊友会を民間団体と捉え、それが隊友会の祀る自由を容認し、妻の自由と同等の自由を有するとする論理につながっているのである。この点について、横田耕一教授は、「第一審判決のように、県隊友会と被告告人との関係においても、これを単純に自由と自由との衝突として県隊友会の行為に違法性を認めない点にも疑問は残っている。すなわち、本来宗教団体でない社団を、信教の自由の主体として自然人と同様に扱うことは、妥当ではないように思われるからである。また、県隊友会の実態は国の代理とみなせるようなもので、その行為は国家行為に準ずるものとして、政教分離が問題になるとすることもできる」と<sup>(6)</sup>とされている。

本事件において、国(自衛隊)は殉職自衛官を神社へ合祀することを画策した。第一審判決において原告側が主張したように、<sup>(7)</sup> およそ軍隊にとって旺盛な士気をもつ兵員の存在は決定的に重要であり、自衛隊においても同様であ

る。そこで、国は現職隊員の士気の高揚と自衛隊の社会的評価を高めるために、隊友会に殉職自衛官の慰霊祭の実施を委託して現職隊員をこれに参加させてきた。本件合祀の目的も同様であり、宗教的行事により殉職（有事の場合の「戦死」）を美化する道徳を国民の間に育成し、その国防意識を高揚することを目的としている。国（自衛隊）はこのような目的のために合祀実現を積極的に推進し、自衛隊の国家機関としての制約から憲法上行うことのできない合祀を、自衛隊がコントロールしている隊友会に業務委託して行なわせたものである。

それは形式的には政教分離の禁止規定に直接違反しないかのような行為であるにもかかわらず、実質的には、政教分離規定に違反している行為であり、違憲行為の一種であり一変型である。脱法行為の主体は行政機関であり、行政機関が直接に行えば政教分離規定に違反する行為であるために、ダミーを利用することによって、その団体に行わせて形式的に合憲性をよそおい、実質的に国家機関が行ったと同じ目的を実現せしめる悪質な違憲行為であったのである。

本件の脱法行為性について、小林直樹教授が第一審判決の評釈のなかで次のような指摘をされていた。「憲法二〇条の信教の自由を堅持することは、民主憲法の存続にもかかわる優先的課題になるといつてもよいであろう。そうだとすれば、靖国法案などに対する反対とともに、自衛隊と護国神社の結合運動に対する警戒も、憲法保障に必要な条件となろう。この点で、国教分離原則に対する脱法行為的な侵害の可能性を防ぐ必要が、憲法上大きくなっていると思われる。本件に即していえば、もしも地連が表面から一切手を引いて、合祀申請業務を全て県隊友会に委ねる形をとれば、本判決の『共同行為』論による違憲判断は出しえないことになるからである。山口地裁判決の論理構成にとどまるかぎり、実体上違憲の事態が司法的に匡正されえなくなるという重大な不都合が生じて、これを放置し傍観

するほかないであろう。このような脱法行為的方法によって、憲法二〇条等の価値体系が掘りくずされるとすれば、それは憲法保障にとって重大な事態を意味する。<sup>(8)</sup> そうであるがゆえに、国による巧妙な脱法行為をみぬくとともに、これを克服する新しい理論構成が必要とされたのである。

控訴審で、妻の側は、県隊友会を自衛隊のダミーないし準国家機関とみなし、県隊友会についても政教分離原則違反を問う議論を展開していた。<sup>(9)</sup> この点について、芦部信喜教授が、「県隊友会の行為は国の行為と同視されるがゆえに私的行為ではなく、憲法の規制に服する公的行為であると解すべきかどうかという問題が理論的にきわめて重要である。というのは県隊友会の実態が国の agent または instrumentality とみなしうるほど国との関係が密接である場合には、その行為は国家行為とみなされる可能性があり、そうだとすれば、政教分離原則が適用されるほか、第一審判決が説いたような、隊友会の人権（信教の自由）享有主体性を認めることはできない」との鑑定意見書を提出されていた。<sup>(10)</sup> この問題に示唆を与えてくれるのは、アメリカにおける state action の法理であろう。

### 五 State Action の法理

アメリカ連邦憲法修正一条は「連邦議会は、国教の樹立を規定し、もしくは信教上の自由な行為を禁止する法律、また言論および出版の自由を制限し、または人民の平穏に集会をし、また苦痛事の救済に関し政府に対して請願する権利を侵す法律を制定することはできない」と規定する。<sup>(11)</sup> このようにアメリカにおいては、人権保障規定は公権力に対する関係で、国民の権利・自由を保護するものと考えられてきたが、人権規定が私人間においても効力を有するか

否かという憲法問題について、憲法の直接適用か間接適用かという解釈技術が用いられていない。それは、わが国の民法九〇条の公序良俗規定に該当するような、連邦全体にわたって公序の成立を認め、かつ人権の価値を充填することのできる私法の一般条項が存在しないこと、さらに、人権規定の私人間効力が最も深刻に争われてきた法の平等保護の領域においても、修正一四条自体、「……いかなる州といえども正当な法の手続 (due process of law) によらないで、何人からも生命、自由または財産を奪ってはならない。またその管轄内にある何人に対しても法律の平等なる保護を拒むことはできない」と規定することく、州による人権侵害行為のみを禁止する形をとっているからである。

こうしたところから、アメリカにおいては、私人による人権侵害行為を公権力との結びつきを問うことにより、その結びつきが密接であったり、公的な性格や機能をもつに至ったと判断される場合に限り、その私的行為を国家の agent ないしは instrumentality の行為と考え、それを state action という概念でとらえて、公権力の行為と同視して連邦憲法の規制に服するというアプローチを採用してきた。<sup>(12)</sup> これは国家同視説 (state identification theory) と呼ばれる。

そこで問題はどのような私的行為が、どのような要件を充たしたとき、国家行為と同視されるのか、ということである。芦部教授によれば、合衆国最高裁は、「できるかぎり国民の権利・自由を憲法的に保障するために、特殊の状況にある私的行為を国家行為と同視することによって、国家行為の概念を拡大させる判例理論の形成に努めてきたが、国家行為と私的行為の区別を定式化することはほとんどどこもみたくはなく、きわめて個別的なアプローチをとっている。」私的行為に対する国のかかわり合いが、いかなる態様で、いかなる程度になった場合に、国と私人ないし私

的団体が共生関係 (symbiotic relationship) に立つのか、また国が相互依存の立場に入ったといえるのかという問題をそれぞれ事件の「事実を精査し状況を衡量する」手法がとられているため、いかなる状況にある私的行為が憲法の規律をうける行為と同視されるかを類型的に準則化することは容易ではないが、国の私的行為へのかかわり合いの形態、性格、程度等の差異に応じて、state action の理論は、(1) 国有財産の理論 (2) 国家援助の理論 (3) 特権付与の理論 (4) 司法的執行の理論 (5) 統治機能の理論、という五つの理論による類型化があるとされている。<sup>14)</sup>

(1) 国有財産の理論<sup>15)</sup> これは、国有財産を賃借した私人が、その施設で行った人権侵害行為を国家行為と同視し、それに憲法の適用を認める理論であるといわれている。この場合の要件として、①施設の運営に公金の投入があること、②施設に国の実質的なコントロールが存在していること、③国が違憲的行為を間接的に行うという意図ないし動機をもって賃借したこと、④施設が公衆の使用を目的としたものであること、があげられる。最も重要な要件は④であると考えられているが、この要件をすべて具備しないと国家行為にならないという趣旨ではなく、③の意図ないし動機が明白な場合には、賃借人の違憲的行為は国家行為として憲法の規則に服するとされる。

(2) 国家援助の理論<sup>16)</sup> これは、国から財政的援助ないし免税その他の援助をうけている場合の私的団体の行為を国家行為と同視する理論であるといわれている。この場合の要件として、①国の援助が「特別なものである」こと、②事業の運営と政策に国の高度のまたは直接のコントロールが存在すること (ただし、高度のコントロールの要件を欠いても、予算の大部分を国が負担する場合、それだけで十分な要件であるとされている)、③当該団体の公共的性格が濃いこと、があげられている。

(3) 特権付与の理論<sup>17)</sup> これは、国からある種の特権ないし特別の権限を与えられ、その限りで国の広汎な「規制」

を受け、国との間に密接な関係がある場合の私的団体の行為を国家行為と同視する理論であるといわれる。ここでは、一定の独占的な特許を受けた公益事業のような企業体の行った違憲的行為で、国の規制がそれを直接に促進・助長するような場合がそれに該当するとされている。

(二) 司法的執行の理論<sup>(18)</sup> これは、ある特定の形態の私的な人権侵害行為が裁判事件になり、裁判所でそれが是認されて司法的に執行されることになる場合には、その執行は違憲の国家行為となると考え、司法の介入を拒否することによって私的行為を憲法で抑制する理論であるといわれている。

(※) 統治機能の理論<sup>(19)</sup> これは、国の私的行為への積極的な（ないしは特別の）かわり合いがないにもかかわらず、私人ないし私的団体が性質上高度に公的（Public）ないし統制的（Governmental）な機能を使用する場合に、国家行為に準ずるものとして憲法の適用を認める理論であるといわれている。

以上のようなアメリカにおける state action の法理はわが国において展開可能な余地は大きいと思われる。

## 六 国（自衛隊）と隊友会の共生関係

① 隊友会は、「国民と自衛隊とのかけ橋として相互の理解を深めることに貢献し、もってわが国の平和と発展に寄与するとともに自衛隊退職者の親睦と相互扶助を図り、その福祉を増進すること」を目的として、昭和三五年（一九六〇年）十二月二十七日設立され、「防衛意識の普及高揚」や「自衛隊諸業務に対する各種協力」等をその事業として行っている<sup>(20)</sup>。

② 防衛庁は昭和三八年（一九六三年）以来五カ年計画で自衛隊の外郭団体である隊友会に、現職隊員の士気にも影響が大きい殉職者の慰霊祭を、現職隊員の士気高揚と自衛隊の社会的評価を高めるために、各都道府県ごとに順次行うよう業務委託し実施させた。そして、各地における合祀の祭典の実施に、自衛隊の幹部職員が公然と参画し、あるいは合祀実現について積極的な言動をしてきた。<sup>(21)</sup>

③ 自衛隊山口地連は、合祀実現を推進し、自衛隊の国家機関としての制約から建前上行うことのできない合祀申請及び経費の負担についてのみ、山口地連が完全にコントロールしている県隊友会に便宜的に行なわせたほかは、経費捻出のための募金趣意書の発送、募金の集計、合祀関係費用の経理、出納、必要書類の収集・準備、奉斎実施準則及び奉斎申請書の起案、奉斎者名簿の作成など、合祀に関する一切の事務を地連の事務官に行なわせた。合祀申請手続は、形式的には県隊友会の単独名儀でなされているけれども、経緯に照らしてみると、自衛隊山口地連が主導し、その事務手続もすべて地連の係官が勤務時間内に自衛隊の業務の一環として行なったものである。<sup>(22)</sup>

④ 本件合祀当時の自衛隊山口地連と県隊友会の関係は、隊友会の事務所が地連内に設けられ、これには隊友会の会員あるいは事務員は一人もおらず、地連事務官が隊友会の事務を兼務していた。本件合祀問題が社会的関心事になるに及んで、従来、地連庁舎内にあった県隊友会事務局を別の場所に移した。<sup>(23)</sup>

以上のような事実を照らしてみると、隊友会と国（自衛隊）との関係が、アメリカの国家同視説にいうような「共生関係」(symbiotic relationship)に該当する可能性が強い。

隊友会は、自衛隊の外郭団体として、防衛意識の普及高揚や自衛隊諸業務に対する各種協力等を業務として行う団体なのであり、単純な民間団体とは考えられない社会的性格をもっており、地連の自らのなしえない違憲行為を業務

委託された団体というる。隊友会は自衛隊の別働隊とみることができ(24)る。隊友会にも政教分離原則が適用されてしかるべきであると考えられる。

## 七 まとめ

本事件は、行政による偽装であり、合憲性を装いつつ違憲行為を実現しようとするものであった。本来、行政が行うことができない事柄を、外郭団体隊友会を利用して、あたかもその私的団体の自主的行為であるごとく装って、自衛官合祀という違憲行為を実現したのである。

また、自衛官合祀拒否訴訟最高裁判決は、事実関係を全文脈の中で考えず、国の責任を回避するに都合のいい一定の部分だけを切りとって、国(自衛隊)による政教分離原則の脱法行為を正当化したのであった。

この判決が、殉職自衛官の護国神社への合祀申請に際し、自衛隊職員は事務的協力をしただけであって、その「宗教とのかかわり合いは間接的であり、その意図、目的も、合祀実現により自衛隊員の社会的地位の向上と士気の高揚を図ることにあったと推認されるから、自衛隊職員の行為は、「宗教的活動とまでとはいえない」と述べ、一・二審判決が認めた「宗教上の人格権」について、「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宗教の自由を妨害するものでない限り寛容である」べきだと説き、「宗教上の人格権……は、これを直ちに法的利益として認めることはできない」として、これを否定した点について、浦部法穂教授は次のような正当な指摘をされている。

護国神社への「合祀実現により自衛隊員の社会的地位の向上と士気の高揚を図る」というのは、まさしく旧軍的発想であり、最高裁は、こうした発想に基づく行為を違憲・違法ではないとして承認したのである。そのうえで、他者の宗教行為に対して寛容であれ、と説くのである。これは、もはや法理論ではない。軍と司法が一体となった「靖国思想」の強制である。日本国憲法が政教分離を厳格に定めているのは、そもそもなんのためだったのか、少しはまともな頭で考えてもらいたいものである。<sup>(25)</sup>

この事件は、「敗戦の所産の一つである政教分離の原則がまだ未確立のものであり、私たちがこれからかちとって内面化すべき課題であることをはっきり示している」<sup>(26)</sup>のである。また、憲法の民主主義と平和主義の原理にかかわる重要な問題を含んでいるのであり、日本国憲法の基調そのものが問われているのである。ここにおける不十分な分析において、公権力の欺瞞性・脱法行為性を指摘しえたかと思う。

注

- (1) 富樫貞夫「歴史の前での責任とは何か」世界一九八八年八月号七一頁。
- (2) 藤本治「逆転した『信教の自由』」世界一九八八年八月号八四頁。
- (3) 芦部信喜「自衛官合祀と政教分離原則」法学教室一九八八年九月号一〇頁参照。
- (4) 小林直樹「自衛官合祀最高裁判決の検討」法律時報一九八八年九月号五三頁。
- (5) 同右五七頁。
- (6) 横田耕一「『寛容』なき社会の『寛容』論」法学セミナー一九八八年八月号二二頁。
- (7) 判例時報九二二号四九頁。
- (8) 小林直樹「自衛官合祀違憲判決の考察」法学セミナー一九七九年六月号一六頁。
- (9) 拙稿「政教分離原則違反と宗教上の人格権」時岡弘編・人権の憲法判例第四集(成文堂、一九八四年)九三頁。

- (10) 芦部信喜・鑑定意見書(自衛官合祀拒否訴訟公判記録)一〇三八頁。
- (11) 宮沢俊義編・世界憲法集二版(岩波文庫、一九七六年)五一頁による。
- (12) 同右五五頁による。
- (13) 芦部信喜・現代人権論(有斐閣、一九七四年)九頁、二三頁参照。
- (14) 詳細については、芦部信喜・憲法Ⅱ人権(1)(有斐閣、一九七八年)九七頁以下、現代人権論二三頁、憲法訴訟の現代的展開(有斐閣、一九七四年)三六一頁以下、右崎正博「私人相互間における人権」杉原泰雄編・憲法学の基礎概念Ⅱ(勤草書房、一九八三年)二二七頁参照。
- (15) 芦部・現代人権論二四頁以下、憲法Ⅱ一〇〇頁参照。
- (16) 芦部・現代人権論二二頁以下、憲法Ⅱ一〇一頁参照。
- (17) 芦部・現代人権論一二七頁以下、憲法Ⅱ一〇一頁、憲法訴訟の現代的展開二七三頁以下参照。
- (18) 芦部・現代人権論四〇頁以下、憲法Ⅱ一〇三頁参照。
- (19) 芦部・現代人権論三〇頁以下、憲法Ⅱ一〇四頁、憲法訴訟の現代的展開三六九頁以下参照。
- (20) 判例時報九二一四六頁。
- (21) 同右六三頁。その状況は、例えば、福井県においては、自衛隊地連部長と県隊友会長が祭主となって合祀慰霊祭を行い、香川県では地連部長が祭主となって合祀祭を行い、鹿児島県では防衛庁長官が祭主となって合祀祭を行い、佐賀県では国費を祭典の一部経費として支出して合祀が行われた。
- (22) 同右四七頁。
- (23) 同右四八頁。
- (24) 拙稿・前掲論文八七頁。
- (25) 浦部法穂・憲法学教室Ⅰ(日本評論社、一九八八年)一七四頁参照。戸波江二教授も、同様に、『殉職自衛官を合祀する』という発想自体、戦前の国家神道のイデオロギーの残滓であり、日本国憲法の下ではおよそ維持しえないというべきである」と指摘されている(『信教の自由と『宗教上の人格権』』法律のひろば一九八八年九月号一二三頁)。
- (26) 富樫貞夫・前掲論文七二頁。