

「内閣総理大臣靖国神社参拝訴訟における 平和的生存権の主張」

小 林 武

目次

はしがき——靖国神社公式参拝の生起する平和的生存権の侵害

I 靖国神社の位置と歴史的役割

1 戦争史の中の靖国神社

(1) 沿 革

(2) 特 質

2 憲法の原理的転換と靖国神社の不変性

II 靖国訴訟の展開：各訴訟の論立てと平和的生存権論の位置

1 中曽根参拝および小泉参拝

(1) 中曽根康弘首相による靖国神社参拝

① 「靖国懇」報告書と公式参拝の正式実施

② 違憲訴訟

③ 平和的生存権論

(2) 小泉純一郎首相による靖国神社参拝

① 小泉首相の積極的姿勢

② 違憲訴訟

③ 平和的生存権論

2 安倍参拝の特質と違憲訴訟の枠組み

- (1) 安倍首相と靖国参拝
- (2) 違憲訴訟が問うもの
- (3) 平和的生存権侵害の強調

Ⅲ 平和的生存権主張の可能性

- 1 日本国憲法における政教分離と平和主義の不可分性
- 2 安倍政権の戦争政治への傾斜
- 3 平和的生存権主張の2つの形態
 - (1) 安倍参拝訴訟原告主張の論理と課題
 - (2) 9条違反の国家行為をただす平和的生存権主張
 - (3) 9条違反に至らない状況下での主張

むすびにかえて——首相靖国参拝を今問うことの格別の意義

はしがき——靖国神社公式参拝の生起する平和的生存権の侵害

わが国の憲法政治の中で、「靖国神社」の占める位置は、きわめて特異である。法制上それは、一個の単立の宗教法人にすぎないが、政治構造の中のその実態においては、国制（*Verfassung*）の一構成要素でありつづけている。戦後改革の過程でGHQは、国家神道を廃止して国家と神社神道との完全分離を命じる「神道指令」⁽¹⁾を出した。そして、日本国憲法は、疑念を容れる余地のない明瞭さで、国家と宗教の徹底的な分離（完全な政教分離）を定めたから（20条1項後段・3項、89条）、靖国神社が国家との関係で特別の地位を占めることは本来生じえない事柄であった。しかし、現実には、公権力と神道との格別の結びつきは絶えることがなく、その中で靖国神社は、「明治天皇の宣らせ給うた『安国』の聖旨に基づき、国事に殉ぜられた人々を奉斎」⁽²⁾することを目的とした神社として、戦前からその使命を継承しており、一方、首相等も「公式参拝」⁽³⁾をやめていない。

天皇の参拝も、戦後7回に及んだ。——この現象は、何を意味するのか。

これほどまでにあからさまに憲法典から乖離した憲法現象に対しては、少なくない国民がこれを放置せずに司法の場に持ち出し、また憲法学界からも強い批判が向けられつづけている。靖国公式参拝以外に裁判で問題とされた政教分離関係の事案は、自治体のする神式地鎮祭、地蔵像や忠魂碑慰霊祭への財政援助、また永年にわたる地元神社への土地等の無償貸与、靖国神社への玉串料の奉納、知事等の大嘗祭への参列等である。地方自治体の長などに対する訴えが多いのは、拠るべき訴訟類型として住民訴訟があることにも因っている。これらと異なって、首相の靖国公式参拝を市民が裁判上争うことは、それに適した客観訴訟の類型が整っていないわが国ではさまざまな難題がともなうが、事案のもつ重大性は格別であって、工夫を重ねつつ多くの訴訟が提起されてきた。

この靖国参拝問題にかかる訴訟において、憲法——憲法解釈——上争われてきたのは、政教分離原則を中心に、信教の自由、宗教的人格権ないしプライバシー、また思想・信条の自由等である。これらは、この問題に迫るために欠かせない橋頭堡であるが、平和主義がそれに加わる。すなわち、憲法20条と9条を関連づけてとらえることが必須事として要請されるのである。

大日本帝国憲法では、天皇は神の子孫として神格を有し、その地位は神の意思にもとづくものとされ、そのことでわが国は世界に類のない万世一系の君主国であると説かれた。こうして、この憲法は、立憲君主制の外見をまといつつ、神権主義的君主制の色彩が濃厚なものとなっていた。そこでは、神道の祭主である天皇が政治の頂点に立つという事実上の祭政一致の体制がとられ、政府は天皇を輔弼する役割を受け持つにとどまった。神道が国家神道、すなわち国教として扱われ、反面、他の宗教は冷遇、さらには弾圧の下に置かれた。大日本帝国憲法が定めていた信教の自由(28条)は、神社に与えられた国教的地位と両立しうる限りで許容されたにすぎず、

臣民は神社信仰を義務づけられていた。これが、国家主義・軍国主義の精神的支柱となり、とりわけ靖国神社は、時の天皇制政府・軍部が侵略戦争と植民地支配を遂行するための不可欠な宗教的・イデオロギーの装置として機能した。

このような特異な祭政一致体制を根本的に否定し、わが国に信教の自由・政教分離の確立を要請したのが連合国軍総司令部による「神道指令」(1945年12月15日)であり、そこでは、神道の国家からの分離、神道の教義からの軍国主義的・超国家主義的思想の抹消、学校からの神道教育の排除などが政府に対して命じられている。そして、この指令に次いで出された天皇の「人間宣言」(1946年1月1日)によって、天皇とその祖先の神格が否定され、神道の特権的地位を支えてきた基盤の消滅が明確にされた。日本国憲法の信教の自由の保障と国家・宗教の厳格な分離は、このような沿革を踏まえて明定されたものである。この歴史に照らすなら、日本国憲法は、20条の政教分離と9条の戦争放棄および前文の平和的生存権保障から成る平和主義とを一体のものとして、わが国公権力に命じたものととらえられる。それゆえ、公権力担当者の靖国公式参拝は、原理上、平和主義違背をも惹起せざるをえないのである。そしてまた、それにもかかわらずおこなわれた戦後歴代の公権力担当者の参拝は、まさに、9条をも蹂躪するものといわなければならない。憲法への誠実さを具えない政府によって、日本国憲法の懸念が的中する事態が生起してきたのである。

とりわけ、現在、安倍首相の内閣は、2014年7月1日の集団的自衛権行使容認の閣議決定を軸にして、自衛隊の海外派兵について地域と態様の限定を取り払う法制度づくりをすすめている。その先には、憲法平和主義条項の改変がある。このような施政の一環として、同首相による2013年11月26日の靖国神社参拝は、後に見るように、まさに意欲的・積極的に、憲法を何ら憚ることなくおこなわれた。それは見事に、20条・89条違反と9条・前文侵犯とが一体であることを物語るものであった。先行する中

曽根・小泉各内閣における参拝事例とは、基本を同じくしつつ、戦争をする国への傾斜において著しい特質をもつものといわなければならない。それは、これを市民が裁判の俎上に載せるときには、平和的生存権を主張することが必要であり、またそれが十分に可能であることを示している。

本稿は、このような問題意識をもって、内閣総理大臣の靖国神社参拝に対して市民が違憲訴訟を提起する場合、平和的生存権を主張することが不可欠である旨を弁証し、また、その射程を明らかにしようとするひとつの試論である。

I 靖国神社の位置と歴史的役割

1 戦争史の中の靖国神社

(1) 沿革

明治政府は、19世紀半ばまでに成立していた多様な系統の神社を、天皇崇拝を軸に再編成するとともに、同じ思想に立つ神社をつぎつぎに創建して、国家神道をつくりあげた。この創建神社には、数は少ないが、きわめて社格の高いものがあって、国家神道の教義を代表していた。それらは、次の4系統に分けられる。①近代天皇制国家のための戦没者を祀る神社、②南北朝時代の南朝方「忠臣」を祀る神社、③天皇・皇族を祀る神社、および、④植民地・占領地に創建された神社、である⁽⁴⁾。靖国神社は、「招魂社」、「護国神社」などの各地に設けられた神社とともに、①の系統に属するが、抜きん出た地位をもつ単立の神社である。

靖国神社の前身とされるものは、1869年に建てられた東京招魂社であるが、それは、戊辰戦争で天皇の側に立って戦死した兵士を祀るために明治天皇によって創建された。そして、1879年6月4日、東京招魂社は、「靖国神社」と改称され、同時に別格官幣社の社格が与えられ、政府の行政組織に取り入れられた。その際の祭文では、天皇のために戦死した勲功顕彰のために祭祀

をおこなうことを宣し、天皇国家の安泰を祈願する意味で「靖国」とした由来を説いている。その施設、敷地は、国有地が提供され、内務・陸軍・海軍各省の管理下に置かれた。そして、靖国神社の官司等は「神官」と呼ばれ、官吏として扱われた。

靖国神社の祭神は、霊璽簿に登載された天皇側の戦死者に限られ、その決定権は軍当局にあった。この戦死者等は、「靖国の神」「英霊」へと昇華されていった。霊璽簿を正殿に祀ることにより、人霊が「神霊」になるわけであるが、この神霊は、皇祖皇宗の神々や現人神である天皇の配下に位置づけられており、天皇が親拝することで国家の中での権威が一層高められた。そして、靖国神社は、わが国にとって最初の本格的な対外戦争である日清・日露両戦争を機に、戦没者の慰霊顕彰と天皇制への帰依教化のための施設としての機能を遺憾なく発揮し、軍国主義の精神的支柱たる役割を果たした。1931年に始まる満州事変とそれに続く日中戦争、それが41年12月からの太平洋戦争へと拡大し、この15年戦争（アジア太平洋戦争）は45年8月まで続けられたが、その間、同神社は、戦争完遂のための不可欠の施設だったのである。

こうして、現在、靖国神社には、明治維新前後の内乱から1945年までの戦死者に、いわゆるA級戦犯も加えて、246万余名⁽⁵⁾が合祀されている。

(2) 特質

靖国神社のきわだった特質は、ひとつに、国家神道の教義を代表する中核的な施設であったところにある。国家神道とは、近代天皇制国家がつくりだし、明治維新から太平洋戦争の敗戦に至る約80年間にわたって日本国民を精神的に支配した国家宗教であり、宗教的政治制度であった。この、19世紀後半に登場した日本の新しい国教は、神社神道と皇室神道を結合し、宮中祭祀を基準に神宮・神社の祭祀を組み合わせることによって成立した⁽⁶⁾。その教義は、天皇神格化のイデオロギー体系を基軸にしている。

それは、天皇は天照皇太神の子孫であり、日本国の国土・国民のすべてが天皇のものであるとの論理を土台にして、天皇を神道の最高祭祀者として位置づけるものであった。国民は、天皇を崇拝し、それを頂点とする神道国家に滅私奉公することが使命であるとされ、神道にもとづく道徳律を強制された。たしかに、明治憲法は、「臣民」に、「信教ノ自由」を「安寧秩序ヲ妨ケス及臣民タルノ義務ニ背カサル限ニ於テ」保障していた（28条）。しかし、その「義務」の内には、国教としての地位を有する神社への崇敬の義務が含まれているとされたので、神社神道に反する宗教を信仰することは許されず、真の意味での信教の自由が保障されていたといえるものではなかった⁽⁷⁾。そのために、神社は宗教ではない、というたてまえが用いられ、神社神道が一般の宗教の上に君臨するものとして位置づけられた。そして、こうした「祭祀と宗教の分離」の趣旨を行政上明らかにする必要上、神社行政と宗教行政を区別すべく、神社局と宗教局を別に置いた。なお、靖国神社の場合は、祭神の大多数が戦没軍人であるところから、陸軍・海軍両省（実質的には陸軍省）が管轄した。

上述したように、国家神道の教義は軍国主義と一体不可分のものであり、靖国神社は、軍国主義・超国家主義日本の最大のイデオロギー的支柱としての役割を果たした。これがもうひとつの特質である。戦争に駆り出される国民は、戦死することが崇高な理想とされ、「靖国で会おう」の挨拶を交わすことが美德とされた。戦死して靖国の祭神（軍神）となると、天皇の「親拝」を受ける栄に浴し、それこそが子々孫々にわたる最高の名誉であると教えられた。

さぞかし、靖国神社なしには、国民を戦争へと動員することはできなかったであろう⁽⁸⁾。今も境内にある「遊就館」は、まさに、同神社が軍事的機構であることを――誇らしく――告げている。

靖国神社は、まことに、通例の神社とはまったく異なった特殊に政治的な宗教施設であったのである。

2 憲法の原理的転換と靖国神社の不変性

日本国憲法は、ポツダム宣言と GHQ の指令、とくに神道指令を含む戦後改革を背景に、徹底した不再戦の宣言と戦争放棄・戦力不保持・交戦権否認の平和主義を定めるとともに（前文・9条）、それと一体のものとして政教分離原則を確定した（20条、89条）。それは、国家と宗教の分離を目指したものであるが、その標的は、まさに神社神道にあった。

それにもかかわらず、靖国神社は、単立の神社として存続し、1952 年には宗教法人の認可を受けた。先にも一瞥したように、その際に定めた規則は、次のような「目的」条項（3条）を含むものである。

「本法人は、明治天皇の宣らせ給うた『安国』の聖旨に基き、国事に殉ぜられた人々を奉斎し、神道の祭祀を行い、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うことを目的とする。」

こうして、靖国神社は、戦前からの使命を継承するものとしてその戦後史を歩みだした。とくに、1952 年 4 月 28 日、平和条約の発効により連合国の占領が終了してわが国が法的に独立を回復し、神道指令は効力を失うこととなった後、日本遺族厚生連盟（後の日本遺族会）を中心に、国民の間に、靖国神社を再び国家護持（国営化）すべきであるとの運動が生じた⁽⁹⁾。そして、そのための立法化も再三にわたって試みられたが、反対の世論も強く、実りを得ることにならなかった。そこで、それに代って、1975 年頃からは、従来内閣総理大臣その他の国務大臣が靖国神社に私的資格で参拝していたのを公式参拝へと転換させる動きが強まる。

すなわち、1975 年、三木首相が、戦後の首相としてはじめて 8 月 15 日の終戦記念日に靖国神社を参拝した。それを皮切りに、首相の春秋例大祭や終戦記念日の参拝が恒例化していく。もっとも、三木武夫首相は、私人としての参拝を強調しており、①公用車を使用しない、②玉串料を国費から支出し

ない、③記帳には肩書きを記載しない、④公職者を随行させない、という4点を私的参拝だとするための条件として挙げ、それを守って実施した。

ところが、1978年8月15日には、福田赳夫首相は、私的参拝だと言いながら、公用車を使用し、3名の公職者を随行させ、「内閣総理大臣 福田赳夫」と記帳して参拝した。前記4条件のうちで従ったのは、玉串料を私費で支払ったことだけである。これに対しては、このような参拝は憲法20条3項の禁止する国の機関による宗教的活動にあたり違憲である、との強い批判が出され、大きな政治的・社会的反響を呼ぶに至った。それを受けて、政府は、同年10月17日に統一見解を表明し、玉串料を公費で支出することがない限り私的行為と見るべきである、とした。翌1979年の大平正芳首相の参拝は、福田首相の方式を踏襲し、鈴木善幸首相も、当初は同様であった。政府は、1980年11月17日、2度目の統一見解を表明した。それは、「政府としては、従来から、内閣総理大臣その他の国務大臣が国務大臣としての資格で靖国神社に参拝することは、憲法第20条第3項との関係で問題があるとの立場で一貫してきている。……〔それで、〕国務大臣としての資格で靖国神社を参拝することは差し控えることを一貫した方針としてきた」というものであった。これは、先の統一見解と同様、首相参拝を無理矢理にでも私的なものと説明しようとするものであったといえる。

しかしながら、1982年の終戦記念日における鈴木首相の参拝では、それまで私的行為だとしてきた見解を転じて、公私の区別を明言しない態度をとった。加えて、鈴木内閣の奥野誠亮法務大臣による、憲法は公式参拝を禁止していないとの発言まで出されるようになった。

このように、歴代首相⁽¹⁰⁾の靖国参拝は、当初は私的行為としておこなわれていることが強調されていたが、それが徐々に崩しにされていったことがわかる。ただ、上記1980年の政府統一見解の段階では、国務大臣の資格での参拝は差し控えるという一線は崩していなかった。しかしながら、

1982年11月27日就任の中曽根康弘首相は、翌83年4月21日の参拝で、公私の別は表明せず、「内閣総理大臣たる中曽根康弘」の参拝であると明言した。これは、公式参拝に限りなく接近したものであり、市民の間から、違憲であるとする訴訟が提起されることとなった。

これ以降の展開については、本稿では、中曽根、小泉そして安倍各首相の参拝を、それぞれ章を改めて検討することとする。それに移る前に、2点につき短いコメントを付しておきたい。——ひとつは、靖国神社のもつ戦前戦後をとおしての（戦後日本国憲法体制下でも実質的に変わるところのない）国家神道ないし政教一致・祭政一致的性質と軍国主義イデオロギーの鼓吹者としての役割である。これは、首相公式参拝に対する違憲訴訟においては、20条違反と9条違反とが分かちがたいものとして主張されることを導く。そして、平和的生存権は、本稿のこれまでの叙述の中で未だ登場の機会を得ていないが、訴えを提起する市民の被侵害利益の柱として位置付けられるであろう。

もうひとつは、沖縄の場合である。後でふれるように、小泉首相の参拝に対して沖縄の人々も提訴に及んでいるが、沖縄に見られる問題は、本土のそれにはとうてい一般化できない深刻さ、悲惨さをもつ。さしあたり、小泉参拝の沖縄訴訟（2002年9月30日那覇地裁に提訴）の訴状から拾うにとどめるが、琉球処分後、沖縄には、市町村制や衆議院議員選挙法の施行が本土より著しく遅れた（前者は本土が1879年であるのに対して沖縄は1921年、後者は1890年に対して1912年）のにひきかえ、徴兵制は、逸早く1896年に施行されている。それと並んで、皇民化教育は、沖縄語を禁止し（「方言札」）、沖縄文化を低級なものとみなすなど、県民のアイデンティティを否定する形で進められた。それは、「鉄の暴風」と呼ばれた1945年3月末から5か月間に及ぶ沖縄戦では、住民は、「ありったけの地獄を集めた」阿鼻叫喚の日々を強いられ、住民の犠牲者が軍人のそれを上回る悲劇が生じた。そこでは、皇民化軍国主義教育の結果として、日本人であることを立証す

るための死が選ばれ、また日本軍（「友軍」）による県民（同朋）の殺害がおこなわれ、あまつさえ、強制された集団死（「集団自決」と呼ばれるべきものではない）まで惹起されて、住民の4人のうち1人が亡くなったのである。これほどまでの惨禍がもたらされたのは、沖縄戦が天皇制国体護持と本土防衛のための捨て石作戦として遂行されたことに因る。——その精神的支柱であり、戦後も本質を変えない靖国神社への首相の公式参拝は、沖縄の場合、後に叙述するが、直截的に、人々の平和のうちに生存する権利を侵害するものといわざるをえないのである。

この沖縄の問題を本格的に解明するためには、少なくとも、沖縄への国家神道ないし靖国神社の教義・制度の移入史の研究をふまえて、今日沖縄に米軍基地の重圧をもたらしている日米安保条約＝軍事同盟体制の下でおこなわれる首相参拝の本質の考察に深く立ち入らなければならないが、それは筆者にとっては後の課題にして、先に進むことにしよう。

Ⅱ 靖国訴訟の展開：各訴訟の論立てと平和的生存権論の位置

1 中曽根参拝および小泉参拝

(1) 中曽根康弘首相による靖国神社参拝

① 「靖国懇」報告書と公式参拝の正式実施

中曽根首相は、前述したように、1983年4月21日の就任後最初の参拝の後、靖国公式参拝を合憲のものとすべく、それまでの政府見解の変更に乗り出した。そのため、同年7月8日、自民党村上勇議員（日本遺族会会長）らに指示し、それを受けて同党は靖国神社問題に関する小委員会を再開して、翌月8月10日に公式参拝を合憲とする法的根拠をまとめた。それを背景にして、同首相は同月15日および10月18日に参拝をおこなった。翌年84年4月13日には、上記小委員会の検討を踏まえて、自民党は公式参拝合憲の正式見解を出している。こうした経緯を受けて、中曽根首相は、

同年7月17日に官房長官の私的諮問機関として「靖国懇」（「閣僚の靖国神社参拝問題に関する懇談会」）を発足させ、その報告書は、翌1985年8月9日に提出された。

靖国懇報告書は、方式次第で違憲とならない公式参拝も可能であるとする、次のようなまとめをおこなった⁽¹¹⁾。すなわち、「憲法との関係をどう考えるかについては、〔津地鎮祭訴訟にかんする〕最高裁判決を基本として考えることとし、その結果として、最高裁判決に言う目的及び効果の面で種々配慮することにより、政教分離原則に抵触しない何らかの方法による公式参拝の途があり得ると考えるものである。……政府は、この際、大方の国民感情や遺族の心情をくみ、政教分離原則に関する憲法の規定の趣旨に反することなく、また、国民の多数により支持され、受け入れられる何らかの形で、内閣総理大臣その他の国务大臣の靖国神社への公式参拝を実施する方途を検討すべきであると考え。」としたものである。

ただ、報告書は、公式参拝の合憲性については異論があることを認めて両論併記的な記述をし、また、公式参拝を実施するにあたって配慮すべき事項として、その方式と政教分離の関係、合祀対象者とくにA級戦犯の問題、国家神道・軍国主義復活の懸念、信仰の自由との関係、政治的対立や国際的反応等を挙げていた。ともあれ、この報告書提出を待っていたかのようなタイミングで、中曽根首相は、同月15日、公式参拝に踏み切った。すなわち、公用車で公務員を随伴して靖国神社に赴き、「内閣総理大臣中曽根康弘」と記帳し、本殿で一礼した。そして、玉串料の代りに供花料として公費から3万円を支出する、という態様にしたのである。

つづいて、同じ8月20日、政府は、公式参拝にかんする新しい政府見解を出した。すなわち、「靖国神社の本殿又は社頭において一礼する方法で参拝することは、同項〔憲法20条3項〕の規定に違反する疑いはないと判断に至ったので、このような参拝は差し控える必要はないという結論を得て、昭和55年11月17日の政府統一見解をその限りにおいて変更し

た。」との見解であった。ただ、その後は、同首相による参拝はおこなわれていないようであるが、都合 10 度に及び、公式参拝を正面から実現させた中曽根参拝に対しては、それを違憲とする訴訟が全国 3 地裁に提起された。項を改めよう。

② 違憲訴訟

3 つの訴訟は以下のとおりで、それぞれに 1 審および控訴審判決が出されている。(さらに、住民訴訟も 2 件あると伝えられているが、筆者には確認できていない。)

- | | |
|-----------|---|
| I. 大阪訴訟 | 1. 大阪地判 1989.11.19 判時 1336 号 45 頁
2. 大阪高判 1992.7.30 判時 1434 号 38 頁 |
| II. 福岡訴訟 | 1. 福岡地裁 1989.12.14 判時 1336 号 45 頁
2. 福岡高判 1992.2.18 判時 1426 号 85 頁 |
| III. 播磨訴訟 | 1. 神戸地姫路支判 1990.3.29 訟月 36 卷 7 号頁
2. 大阪高判 1993.3.18 判時 1457.98 頁 |

これら訴訟は、ほぼ共通して、中曽根首相の靖国神社公式参拝は憲法 20 条 1 項・3 項に違反し、それによって原告らは政教分離原則にもとづく利益、信教の自由（間接的強制により侵害される自由も含む）、宗教的人格権・宗教的プライバシー権、平和的生存権を侵害され精神的苦痛を被ったと主張し、国家賠償法 1 条 1 項、民法 709 条・710 条にもとづいて国と同首相に損害賠償を請求するという形をとっている。

裁判所は、また共通して、次のように説示することですべて訴えを斥けた。すなわち、政教分離原則は制度的保障を定めたもので、国民個人に具体的権利を保障したのではなく、公式参拝が同原則に違反したとしても原告らが具体的に信教を理由とする不利益取扱い、もしくは宗教上の強制を及ぼすものではない、また、他人から干渉を受けない静謐の中で死者を敬愛追慕するという宗教的人格権や、自己の死を自ら意味づける自由である宗教的プライバシー権、さらには平和的生存権も、実定法上の根拠に欠

け、個人に法律上保護された具体的権利・利益と解することはできない、というものである。ただ、その中で、Ⅰ－２大阪高裁、Ⅱ－２福岡高裁の各判決が、傍論の中で、公式参拝が違憲となりうることを示唆したことは、多大の注目を集めるところとなった。

すなわち、Ⅰ－２は、本件公式参拝は憲法 20 条 3 項・89 条に違反する疑いがあるというべきであるとし、その理由として次のものを挙げていた。——①靖国神社は宗教団体であること、②参拝行為は外形的・客観的には神社・神道とかわりをもつ宗教的活動の性格を否定できないこと、③政府も靖国懇報告までは、公式参拝には違憲の疑いを否定できないとの見解をとっていたこと、④公式参拝を是認する圧倒的多数の国民的合意は得られていないこと、⑤内外に及ぼす影響はきわめて大きいこと、⑥現に内外から反発と懸念が表明されたこと、⑦将来も継続しておこなうことが予定され、たんに儀礼的・習俗的になされたとはいえないこと、などである。また、Ⅱ－２は、「宗教団体であることの明らかな靖国神社に対し、『援助、助長、促進』の効果をもたらすことなく、内閣総理大臣の公式参拝が制度的に継続して行われるかは疑問であり、参拝の方式が神道の定めるところによらないということで、従来の政府統一見解で問題とされていた点が解消したとは必ずしも考え難い」と判示したのである。

両判決とも、憲法判断において、公式参拝が違憲となりうることを示唆した。もっとも、それらは、学界⁽¹²⁾では従来より批判の強い最高裁津地鎮祭訴訟・山口自衛官合祀訴訟判決の「目的・効果基準」を踏襲するもので、判例理論上の進展は見られない。それでも、Ⅰ－２判決が、合憲論と違憲論の間を逡巡しつつも違憲の判断をにじませ、また、Ⅱ－１判決が、少なくとも継続的な公式参拝には違憲の疑いがあるとしたのは、下級審に対する最高裁判例の事実上の拘束力が益々強められている今日の状況からすれば、小さからぬ意義をもつものと考えられる。とくに、上告された場合には最高裁の全面的な合憲判断が必定であることを念頭に置くなら、正

面からの違憲判断を回避して国側勝訴とし、国側の上告が封じられる効果を導いた判決手法は、適切な選択であったといえよう⁽¹³⁾。

③ 平和的生存権論

この中曽根参拝訴訟において平和的生存権はどのように主張され、また判断されたのか。これが本稿の最大の関心事であるが、実のところ、その本格的展開は見られない。

大阪訴訟の訴状（日付は確定できないが、1985年8月20日〔政府が従来の一見解の変更を表明〕以降、その年内であると筆者は推定している）は、次のように言う。——靖国神社の歴史と日本軍国主義のもとで国民を統合する精神的中核として果してきた役割、および、本件公式参拝がなされるに至った経緯・背景に照らせば、それは、憲法の平和主義と国民の幸福追求の権利、平和的生存権を危殆ならしものである。そして、この平和的生存権は、憲法の保障する基本的人権中の基本権として、国民が国家に対して平和を維持、促進する施策を要求するとともに、戦争の脅威にさらされず、また戦争への危惧をもたないですむ精神的、物質的環境下で生きる権利である。またそれは、憲法前文・9条・13条から導き出される実定的な憲法上の人権である、と。また、国家の靖国神社への介入を認めない宗教的人格権は、平和的生存権によっても裏打ちされているという意味で、原告らの宗教的人格権の侵害による損害を考えるにあたっては、平和的生存権への侵害という要素も大きく考慮されなければならない、とも主張していた。

これに対して裁判所は（Ⅰ－1、2とも）、平和的生存権は憲法上の根拠を欠き、またその内容は抽象的で、いまだ国民各個人に法律上保護された具体的な権利ないし法的利益ではないと、一刀両断に斥けている。福岡訴訟の高裁判決（Ⅱ－2）も、平和的生存権として原告が主張する「平和」とは、理念ないし目的としての抽象的概念であって、そこから具体的な権利利益を導き出すことはできない、と判示している。この点は、後に再びとりあげることになる。

(2) 小泉純一郎首相による靖国神社参拝

① 小泉首相の積極的姿勢

中曽根首相による公式参拝と政府見解の変更が押し通された翌 1986 年 8 月、政府は、「前年（85 年）の中曽根首相の公式参拝は近隣諸国の国民の間に批判を生み、過去の戦争への反省と平和友好への決意に対する誤解と不信さえ生まれるおそれがある。政府としては、首相の公式参拝は差し控える。」旨の方針を公にした。そのため、それ以降は、橋本龍太郎首相が 1996 年 7 月 29 日に参拝したのを除いて、実施されない状況が続いた。

しかし、2001 年 4 月 26 日第 87 代首相に就任する小泉純一郎氏は、それに先立つ自民党総裁選挙中から、首相になれば終戦記念日に靖国神社に参拝することを明言していた。就任後はじめて迎えた終戦記念日の 2 日前である同年 8 月 13 日、同神社に赴き、参集所で「内閣総理大臣小泉純一郎」と記帳した後、本殿において、戦没者の霊を祀った祭壇に黙祷した後、深く一礼するという態様で参拝した。なお、玉串料を支出することはせず、献花代 3 万円を私費で支払った。その献花には「内閣総理大臣小泉純一郎」という名札が付されていた。なお、参拝には秘書官を同行させ、公用車を用いた。他の閣僚は同伴していない。参拝の実施についての閣議決定はなされていない。

小泉首相は、その後も、2002 年 4 月 21 日、2003 年 1 月 14 日に参拝し、続いて、2003 年 11 月 29 日第 88 代に就任の後も、2006 年まで在任中毎年おこなった。

② 違憲訴訟

これに対して、全国 6 つの地域で 7 種の訴訟（大阪が第 1 次、第 2 次⁽¹⁴⁾ の 2 種）が提起され、13 の判決が出されたことが確認できる。事件を、先の中曽根参拝訴訟と通し番号にして、判決年月日順に一覧表示しておこう。

IV. 大阪訴訟（第1次）	1. 大阪地判 2004.2.27 判時 1859 号 76 頁 2. 大阪高判 2005.7.26 3. 最判 2006.6.23 判時 1940 号 122 頁
V. 松山訴訟	1. 松山地判 2004.3.16 判時 1859 号 76 頁 2. 高松高判 2005.10.5
VI. 九州・山口訴訟	1. 福岡地判 2004.4.7 判時 1859 号 125 頁
VII. 大阪訴訟（第2次）	1. 大阪地判 2004.5.13 判時 1876 号 70 頁 2. 大阪高判 2005.9.30 訟月 52 卷 9 号 2979 頁
VIII. 千葉訴訟	1. 千葉地判 2004.11.25
IX. 沖縄訴訟	1. 那覇地判 2005.1.28 2. 福岡高裁那覇支判 2006.10.12
X. 東京訴訟	1. 東京地判 2005.4.26 2. 東京高判 2005.9.29 訟月 52 卷 9 号 2970 頁

小泉参拝は、中曽根首相の場合と異なり、当初は公式参拝であるかどうかを明言せず、後には外交関係を配慮して私的参拝であることを強調し、また献花料を公費で支出することも避けた。そのために首相の靖国参拝を公的行為（職務行為）と見るかどうかで裁判例は分かれている（上掲X-2は、職務行為性を否定した例である）。ここでは、2001年の参拝（以下、本件参拝とも）に対して提起された大阪第1次訴訟とその判決を事例としてとりあげ、訴えに対する裁判所の判断を概括的に知った上で、他の事案に含まれている重要点に注目することにしたい。

この訴訟の大阪地裁判決（Ⅳ－1）は、本件参拝の職務行為性を認めた上で、原告らの法的権利利益の侵害の有無の判断に入る。政教分離原則は信教の自由を国民個人に保障したものではないとし、本件参拝が信仰や思想良心を理由とする不利益または強制ないし制止をもたらしてはならず、また原告らのいうところの、「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」は、憲法上保障されたものとはいえないから、法的権利利

益の侵害はない、という論理で訴えを斥けている。

こうした判断は、それまでの靖国参拝訴訟の裁判例のものと通底しているが、この大阪地裁判決を維持した大阪高裁判決（Ⅳ－２）を受けて下された最高裁判決（Ⅳ－３）もまた、こうした流れの定着を図るかのごとく、憲法判断に入らないまま法的利益の侵害はないという理由で、上告を棄却した。すなわち、言う。

「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が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、靖国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、…損害賠償請求は…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。）」

としたのである。この最高裁判決で注目されたのは、むしろ、それに付された滝井繁男裁判官の補足意見であるが、後にふれることにしよう。

判決群の中で、とくに取り上げられるべきは、明確な違憲判断ないし違憲の疑いがあるとの判断を示した九州・山口訴訟の第１審福岡地裁判決（Ⅳ－１）と大阪第２次訴訟の控訴審大阪高裁判決（Ⅶ－２）である。前者福岡地裁は、小泉参拝の職務行為性を認めた上で、それが「靖国神社が主催するものでも神道方式に則った参拝方法でもなく、また靖国神社に合祀されている戦没者の追悼を主な目的とするものであっても、宗教とのかかわり合いをもつ」ことは否定できないとした。その上で、一般人の意識では同参拝をたんに戦没者の追悼とは評価していないこと、憲法の政教分離規定

は神道を念頭に置いた規定であること、神道の宗教的意義を否定することは相当でないこと、また、将来においても継続的に国の機関である内閣総理大臣として参拝する強い意思を有していることが窺われることからすれば、たんに社会的儀礼として本件参拝をおこなったとは言い難い。そして、内閣総理大臣のする戦没者追悼は、靖国神社参拝以外の方法によってもなしうる。それら諸事情を考慮し、社会通念にしたがって客観的に判断すると、本件参拝は、その効果において「神道の教義を広める宗教施設である靖国神社を援助、助長、促進するもの」であり、憲法 20 条に違反する、と明言した。

この判決は、目的効果基準に依拠しているが、重点を効果に置いて違憲判断を導いたことも注目される。また、「裁判所が違憲性についての判断を回避すれば、今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」たという判決姿勢は、とくに重視されよう。判決の結論においては、原告らの権利利益が否定され訴えは棄却されたが、原告側は、違憲判断を得たことを実質的勝訴と評価して控訴せず、判決を確定させた。そのもつ意味はきわめて大きいと考える。

後者、大阪第 2 次訴訟の高裁は、小泉首相の 2001 年 8 月 13 日、2002 年 4 月 21 日および 2003 年 1 月 14 日の各参拝にかんして、職務行為性を肯定した上で、目的効果論を基準にして、それが憲法の禁止する宗教的活動にあたりと断じた。要旨、次のように述べている。 — 本件各参拝は、きわめて宗教的意義の深い行為であり、一般人がこれを社会的儀礼に過ぎないものと評価しているとは考え難いし、また、これにより国が靖国神社との間のみ意識的に特別の関わり合いをもったというべきであって、一般人に対して特定の宗教への関心を呼び起こすものといわざるをえず、その効果は、特定の宗教に対する助長・促進になると認められ、これによってもたらされる両者の関わり合いがわが国の社会的・文化的諸条件に照らし相

当とされる限度を超えるものというべきである。したがって、本件各参拝は、憲法 20 条 3 項の禁止する宗教的活動にあたと認められる、というものである。もっとも、ここでも法的利益の侵害は否定されて国賠請求は斥けられている。上記違憲判断は、津地鎮祭判決に示されたわが国最高裁型の目的効果基準論に依拠したものであるが、違憲の結論を導いた論理の明瞭さは際立っている。この判決についても上告はなされず、確定している。

加えて、大阪第 1 次訴訟の最高裁判決（Ⅳ－3）に付された滝井補足意見が注目される。その趣旨は次のごとくである。上告人は首相の靖国参拝によって自己の心の平穏を害し、不快の念を抱かせるものであるとして精神的苦痛を理由に損害賠償を請求する者であるところ、一般に、他人の参拝行為によって心の平穏を害され不快感を抱く者があつたとしても、そ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る。もっとも、本件参拝は、私人の行為ではなく、内閣総理大臣によっておこなわれたものであり、「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。」その場合、「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うるものとする。」というものであつた。これは、国の政教分離原則違反行為を国家賠償訴訟をとおして請求する場合に、信仰の自由が直接に侵害されたという強制の要素がなくとも権利侵害があつたことを主張しうることを、場面を限定しながらも肯定した論理として積極的に受けとめることができよう。

③ 平和的生存権論

小泉参拝に対する訴訟は6地域7種に及び、13の判決が確認できるのであるが、平和的生存権への言及は、例外を除いて少なく、この権利への注目度は概して低いものであったといわなければならない。松山訴訟(V)および大阪訴訟(第1次・第2次〔Ⅳ・Ⅶ〕とも)では、まったく見当たらない。

福岡訴訟(VI)の訴状(2001年11月1日)は、平和的生存権成立の歴史的意義を語ることに余念がない。すなわち、靖国神社など国家神道を精神的支柱として惹き起された侵略戦争による惨状を直視して、日本国憲法の平和主義が成立したこと、それにもかかわらずこの神社は現在もなお、戦前の全体主義的政治のイデオロギー的シンボルであったその基本を変えていないことを明らかにし、それゆえ、それに参拝する首相の行為は、まさにこれを承認・称揚・鼓舞するものとして、憲法の平和主義・戦争放棄の大原則に違反し、原告らの有する平和的生存権を侵害するものである、と主張する。

そして、平和的生存権の内容は、「日本の国家権力と接触する可能性のある全世界の全ての人々に、日本による侵略戦争と植民地支配の恐怖やそれに起因する欠乏に苦しめられることのない権利を保障し、日本国民に対しては『平和を愛する諸国民』との間に築きあげた信頼関係のもとで戦争の恐怖や予感に脅かされることなく安んじて暮らしていくことのできる権利」だといえる、としている。ただ、それ以上には、期待される規範論的構成はなされていない。そのためでもあろう、1審福岡地裁(VI-1)は、「平和とは抽象的概念であって、憲法前文にいう『平和のうちに生存する権利』ということ自体からは一定の具体的な意味内容が確定されるものではなく、また、憲法9条は、国家の統治機構及び統治活動についての規範を定めたものにすぎず、国民の具体的権利を直接保障したものということではできないから、結局、原告ら主張の平和的生存権は、その内容及び性質など

の点で抽象的なものといわざるを得ず、憲法上保障されている権利ということではできない。」とのみ応答して、この主張を斥けている。千葉訴訟（Ⅷ）の訴状（2001.12.23）における平和的生存権の主張も、福岡訴訟のものと同工異曲である。

なお、東京訴訟（Ⅹ）の訴状（2001.12.7）・控訴状（2005.5.9）・上告理由書（2006.8.31）は、いずれも大部のものながら、平和的生存権を主張していない。それがユニークなのは、「平和への思いを巡らせる自由」という概念を紡ぎだしているところにある。それは、「戦争の悲惨さを憎み、平和を真剣に希求する内心の自由」であるとされ、また敷衍して、「〔この自由は、〕個人が日本国憲法の定めた平和主義を内面化させ、自己の人格の中核に据えた上で、戦争の悲惨さを憎み、平和を真剣に希求する内心の自由である。先のアジア・太平洋戦争でアジア諸国を侵略した日本国民にとって、この平和への思いを巡らす自由は、戦争体験や戦没者への思いと結びつき、広く共有されている権利」であって、その根拠は、憲法前文第2段、9条、13条及び19条に求められる、というものである。ただ、ここで前文・9条を挙げるとき、平和主義・国際協調主義が強調され、平和的生存権とのつながりは重視されていない。

このことは、「平和への思いを巡らせる自由」が、平和的生存権とは別個の、訴状自身が述べているように、「宗教的人格権（憲法20条1項前段、13条）、思想信条の自由（憲法19条、前文、9条）として尊重・保障されなければならない」自由として位置づけられているところに起因しているものと思われる。これに対して、東京地裁は、次のような理由を示して一蹴する。——原告らの主張する「平和への思いを巡らせる自由」が、宗教的人格権や思想信条の自由の一内容として位置づけられるものであれば、本件参拝は、原告ら個人を思想信条を理由として不利に取り扱ったり、特定の思想良心をもつことを強要したり、あるいは妨げたりするものではないから、自由の侵害にはならない。また、原告らは、「平和への思いを巡ら

せる自由」を、宗教的人格権や思想信条の自由と並列する権利としても主張しているが、その場合、その概念そのものが抽象的かつ不明確であるばかりでなく、具体的な権利内容、根拠規定、主体、成立要件、法的効果等のどの点をとってみても一義性に欠け、その外延を画することさえできないきわめてあいまいなものであり、それをもって国賠法上保護された権利ないし法的利益と認めることはできない、としたのである。なお、この判示の後半の叙述は、平和的生存権についてその具体的権利性を否定するために裁判所が常套的に用いてきたものと同じである。

小泉参拝に対して沖縄で提起された訴訟（Ⅸ）では、本稿の関心からすれば取り上げておくべき原告主張が見られる。すなわち、第2次世界大戦においてわが国が靖国神社を中核とする国家神道体制の下で遂行した侵略戦争が、日本とアジア各国で多数の無辜の市民の命を奪ったことへの反省から、日本国憲法で平和的生存権が宣言され、9条で具体化されたと述べた上で、次のように述べている。

「この、平和的生存権については、抽象的概念であって具体的な人権としてとらえることは不可能であるとの批判がなされている。しかし、平和的生存権は、まず第1に『平和のうちに文字通り生存する権利』それ自体をさすものととらえることができ、第2に、より広く『戦争の脅威と軍隊の強制から免れて平和のうちに諸々の人権を享受する権利』ということができる。この広義の平和的生存権は、軍事目的のために個人の自由や財産などを剥奪・制限されない権利ということであり、例えば、軍事情報の開示を求め、かつその取材・報道の自由を完全ならしめるためには、表現の自由のみならず平和的生存権こそが重要な意義を持つことになるのである。

そして、前記のような靖国神社の成立の歴史的経緯と戦後のあり方と、その国家護持を目指す政府と靖国神社双方の経過を踏まえるならば、被告小泉の本件各参拝は、まさしく靖国神社及びそれが体現して

いる尽忠報国、英霊顕彰という戦前の全体主義的な政治的象徴を表現し、称揚し、鼓舞しているものであり、明白に憲法の平和主義、戦争放棄の大原則に違反するといえる。これによって、原告らに忌まわしい戦争を再体験、想起させ恐怖、不安をもたらしているのであって、国家による戦争の脅威から免れて平和のうちに生活することが妨げられたのであるから、その平和的生存権を侵害しているというべきである。」

——こうした沖縄訴訟の平和的生存権論は、神権天皇制の下で強いられた言語に絶する沖縄戦の悲惨な体験が土台となっている。すなわち、原告は、次のような主張をしている。

「沖縄の歴史、本土と沖縄の関係性を直視する原告らは、沖縄において天皇制のもたらした重大な加害性を自らの加害性として自覚し、反省し、天皇制と天皇制軍隊が沖縄住民に対して行った人間の尊厳を破壊する加害行為が、再び起きることのないことを願い、憲法の理念が実現されることを強く望んでいる。ところが、被告小泉による本件参拝は、沖縄において天皇制護持の名の下に沖縄住民に圧倒的犠牲を強いた天皇制軍隊を英霊として正当化し、さらに、天皇制の護持と日本の独立のために沖縄を長期にわたって米軍事支配のもとに売り渡した行為を正当化するものである。被告小泉が、内閣総理大臣として靖国神社に参拝し、天皇制軍隊を英霊として祀り、正当化する行為は、過去において日本国が行ってきた他国を無視する偏狭で独善的な天皇制軍国主義と、その精神的支柱であった国家神道に復活につながるものであり、その行為は、原告らが権利として有する憲法の保障する人間の尊厳の基本である『思想信条の自由』及び『平和のうちに生存する権利』を侵害するものである。」

これに対して、1審那覇地裁（Ⅸ－1）は、この主張を斥けるのに、「そもそも原告らの主張する『平和のうちに生存する権利』なるものは、その

概念そのものが抽象的かつ不明確であるばかりでなく、具体的な権利内容、根拠規定、主体、成立要件、法的効果などの点をとってみても一義性に欠け、その外延を画することさえできない、極めてあいまいなものである。」というステレオタイプの論拠を持ち出していたにすぎない。

小泉首相は2006年9月に辞任し、それ以降政権は、(第1次)安倍、福田、麻生、鳩山、菅、野田各首相が担ったが、いずれも靖国神社公式参拝はおこなっていない。再び首相が靖国参拝をするのは、2012年12月26日に発足した(第2次)安倍政権である。

2 安倍参拝の特質と違憲訴訟の枠組み

(1) 安倍首相と靖国参拝

2013年12月26日、安倍晋三首相は、モーニング姿で公用車に乗って首相官邸を出発した。参拝にあたっては、本殿において、かつて中曽根首相や小泉首相が参拝時にはしなかった神道形式の正式な「二礼二拍手一礼」をおこない、「内閣総理大臣 安倍晋三」と記帳書に記帳し、同様に記載した札を掛けた生花一对を奉納した。この一連の行動に際して、靖国神社側は、安倍首相が同神社に到着した時には宮司が出迎え、拝殿から本殿への移動、参拝、記帳、献花および記者会見に至るまで、宮司・神職等が同行・先導して、これを積極的に受け入れた。そして、同首相は、参拝終了後、『恒久平和への誓い』と題し、「本日、靖国神社に参拝し、国のために戦い、尊い命を犠牲にされた御英霊に対して、哀悼の誠を捧げるとともに尊崇の念を表し、御霊安らかなれとご冥福をお祈りしました。」で始まる談話を発表した。なお、この参拝は、あらかじめ諸外国や政府与党に通知した上でおこなわれたものであった。

こうした参拝の外形は、これが客観的に内閣総理大臣としての公式参拝であることを物語っている。さらに、この参拝に至る経過を見ると、安倍

氏は先にも首相をつとめたが（2006～07年の第1次安倍内閣）、その在任中には靖国参拝をすることができなかった。同人は、それをかねがね「痛恨の極み」である旨、とくに2012年9月14日総裁選中の共同記者会見や、同年11月30日首相就任前の党首討論会において表明し、同年12月26日第2次安倍内閣発足後も繰り返し公言していた。そして、発足1年後に実行に及んだのである。

なお、これに際して、同首相は、「国のリーダーが国のために命をかけた英霊に尊崇の念を表すことに外国からクレームをつけられるいわれはない」（前出党首討論）、また、「国のために戦った方々の冥福を祈り、尊崇の念を表するのは当然だ。しかし、それが外交問題の発展していく中で、行く行かないということを、今、言うべきではない」（2013年7月21日テレビ各社インタビュー）などと語っており、自身の公式参拝が内外の批判を招き、政治問題となる可能性をも承知の上でおこなったことがわかる。とすれば、安倍首相ないし安倍政権の進める政策、とくに安全保障政策、またその歴史認識の特質を論じることが不可欠となる。後に平和的生存権の争点を検討する際にとりあげることにしたい。

（2）違憲訴訟が問うもの

安倍首相の靖国神社への参拝は、上記のもの以降はなされていない（本稿脱稿時の2015年3月27日現在）。しかし、2014年4月21日には、同日から始まった春季例大祭に合せて、「内閣総理大臣 安倍晋三」の名で真榊（まさかき）を奉納した。本来、時宜をはかって幾度も参拝したいという強い意思をもっている同首相が参拝自体は見送ったわけであるが、それについて、報道機関は、ほぼ共通して、米大統領が日本と中韓両国との関係悪化を懸念していることに配慮したものと思われる、と観測した。いずれにしても、提起された違憲訴訟（「関西訴訟」と名付けられている）は、2013年12月26日の首相参拝に対するものである。

すなわち、原告ら外国人を含む市民は、2014年4月11日、大阪地裁に、同人の内閣総理大臣としての靖国神社参拝行為および靖国神社によるその受け入れ行為の差止めと損害賠償とを求め、安倍晋三・靖国神社・国を被告として訴えを提起した（現在係属中である）。

そこでなされている首相参拝の違憲・違法性、それによる原告らの被侵害権利・利益の主張は、もとより、それまでの中曽根参拝、小泉参拝に対する訴訟におけるものと共通しているところが多い。ただ、この訴訟の際立った特色は平和的生存権論にあると思われるので、すぐ後にそれをややくわしく取り上げることにして、原告主張の要点を摘示しておこう。

まず、安倍参拝の違法性について、それが政教分離規定（20条1項後段・3項、89条）に反するにとどまらず、立憲主義を定めた諸規定（99条を軸として、97条、98条1項等）から成る法秩序に客観的に違反するものであることを強調している。その傍証として、自民党が2012年に公にした日本国憲法改正草案が、国民に憲法尊重義務を課して、反面、義務主体から「天皇又は摂政」を削除していること、また、安倍首相が改憲要件を緩和すべく96条の改正を先行的に実施する提案をしたことを挙げ、この政権の立憲主義否定の姿勢を明確に指摘している。なお、靖国神社は、この首相参拝を積極的に受け入れることで原告らの権利を侵害し、また政教分離違反を惹起した、としている。

権利侵害については、「内心を自由に形成し変更する権利」、「特定の宗教を信仰したり、あるいは宗教を信仰しないという信教の自由を維持し確保する権利」および「戦没者をどのように回顧し祭祀するかしないかにかんして自ら決定し、これをおこなう権利」ならびに平和的生存権への侵害を挙げている。この中で、回顧・祭祀に関する自己決定権とされるものは、従来からの靖国神社（あるいは護国神社）にかかわる訴訟、とりわけ山口自衛官合祀訴訟以来重要視されてきた宗教的人格権ないし宗教的プライバシー権の系譜に属するものであるが、ここでは遺族である原告だけでなく、

靖国神社の教義と相容れない信仰をもつ原告や、神道のみならず宗教一般を認めない原告をも含めて、首相の靖国参拝に賛成しない人々すべてが共有できる権利概念を追究したところに特色がある。ただ、そうであるだけに、それが首相参拝によって直接的・具体的に侵害されたことを十分説得的に主張することが課題となろう。これまでの靖国訴訟で国側から常套的に出されてきたところの、原告らは当該参拝によって具体的な不利益取扱いや強制を受けていない、もしくは主張にかかる権利は実定法上の根拠を欠き、具体的な権利ないし法的利益と解することはできない、との反論を論破することが要求されるからである。

なお、訴状では、憲法の政教分離規定をめぐって、それを信教の自由という主観的権利を保障した規定であるとは解さず、信教の自由については、別途導き出している。これは、学説の多数の見解とも合致するもので、危うさがない。

(3) 平和的生存権侵害の強調

安倍参拝に抗うこの関西訴訟では、原告らの侵害されたとする憲法上の権利の中で、平和的生存権がとくに重視されている。これは、憲法の政教分離原則違反の国家行為は、本質的に、即、平和主義への侵害であるという、箕面忠魂碑訴訟以来の（ひいては神道指令と日本国憲法制定以来の）わが国における政教分離問題の核心を衝く主張であるといえる。とりわけ安倍首相の靖国参拝に堪しては、この参拝が憲法の平和主義を軽視し、ないし蔑ろにする政策を背景としたものであること、他方、平和的生存権の裁判規範性を明認した点で画期的意義をもつ2008年名古屋高裁判決（2008.4.17判時2056号74頁。自衛隊イラク派兵差止め訴訟控訴審）が出されたこと、この相互に向き合うような2つの要因が、これまでの中曽根参拝、小泉参拝の各訴訟における平和的生存権論議のレベルを飛躍的に高めたものと推測される。

訴状で展開された平和的生存権の解釈論は、次のごとくである。——すなわち、憲法前文第2段のいう「平和のうちに生存する権利」を、「戦争放棄および戦力不保持の原則を堅持した日本に生存する権利」と定義した上で、前文、9条および13条を総合的に根拠として成立する基底的な人格的自律権であるとする。それが、たんなる抽象的理念ではなく具体的権利性および裁判規範性をもつものであることは、前出名古屋高裁判決によって明らかであり、同判決によって、それまでの、平和的生存権は内容・性質において抽象的で憲法上保障された権利とはいえないとしてきた裁判例（たとえば、2004年4月7日福岡地裁判決〔本稿でいうⅥ-1〕）は「乗り越えられた」とする。

そして、この名古屋高裁判決が言うところの「憲法9条に違反する国の行為、すなわち戦争の遂行、武力の行使等や、戦争の準備行為等によって、個人の生命、自由が侵害され又は侵害の危機にさらされ、あるいは、現実的な戦争等による被害や恐怖にさらされるような場合、また、憲法9条に違反する戦争の遂行等への加担・協力を強制されるような場合には、平和的生存権の主として自由権的な態様の表れとして、裁判所に対し当該違憲行為の差止請求や損害賠償請求等の方法により救済を求めることができる場合がある」との判示に依拠して、安倍参拝と靖国側の受け入れは「戦争の準備行為等」に該当し、またそれによって原告らの「生命、自由」が「侵害の危機にさらされ」たとし、そのことの弁証に力を注ぐことになる。

この訴えは、未だ判決には至っていないが、被告3者は、平和的生存権にかんして、従来国側が用いてきた論理をベースにして反論をおこなっている。曰く、安倍側準備書面（1）（2014.9.30付）は、「原告らの主張する平和的生存権は、その具体的権利性が極めてあいまいであって、民法において損害賠償の対象となり得るような法的保護に値する法的利益とはいえない。」この点については、百里基地訴訟最高裁判決が「上告人らが平和主義ないし平和的生存権として主張する平和とは、理念ないし目的としての抽象概念であって、それ自体が独立して、具体的訴訟において私法上の

行為の効力の判断基準になるものとはいえない旨判示している。/ また、首相靖国参拝にかかる訴訟の福岡高裁〔Ⅱ－2〕・大阪高裁〔Ⅰ－2〕などの「裁判例からも明らかなように、本件参拝により原告らの平和的生存権が侵害されたとの主張は、そもそも平和的生存権なるものが法律上保護された権利ないし利益とはいえないため、原告らの主張は認められない」というものである（/ は、原文では改行されていることを示す。以下同じ）。

また、靖国神社側第1準備書面（2014.10.21 付）は、いう。「原告らは、〔名古屋高裁判決を根拠にして、〕本件参拝及び本件参拝受入れが『戦争の準備行為等』に該当する旨を主張する。/ しかしながら、上記最高裁判決〔小泉参拝にかかる最二小判 2006.6.23（Ⅳ－3）〕のとおり、『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』し、『国事に殉ぜられた人々』を合祀している靖国神社に参拝したからといって、それが『戦争の準備行為等』に該当しないことは多言を要しないことである。/ 平和的生存権に具体的権利性が肯定される場合があるとした上記名古屋高裁判決の可否は別にしても、同判決を根拠とする原告らの主張が失当であることは明かである。」と。

そして、国側第1準備書面（2014.10.28 付）は、「原告らがその主張の根拠とする名古屋高裁平成20年判決は、」「違憲確認及び差止めに係る訴えについてはいずれも却下し、損害賠償請求については棄却した一審」・・・「の結論を維持したものである。」そうである以上、「他の権利発生要件である侵害行為に関する判断をする必要はなかったにもかかわらず、主文の結論に影響しないいわゆる『傍論』で平和的生存権の具体的権利性を肯定した上、自衛隊のイラク派遣は違憲であると判示し、被控訴人である国が上訴審における審査を受ける余地のない形で憲法判断を示したものであり、違憲審査の在り方を誤ったものである。⁽¹⁵⁾」と論じている。

——以上の各被告主張もふまえて、われわれは、靖国訴訟では平和的生存権はどのように論じるべきか、項を改めて考えることにしたい。

Ⅲ 平和的生存権主張の可能性

1 日本国憲法における政教分離と平和主義の不可分性

われわれは、先に、政教分離原則違反の国家行為は、本質的に、即、平和主義の侵害にあたることを強調した。日本国憲法において 20 条と前文・9 条とは、その目指すものを共有して誕生したのである。

すなわち、日本国憲法の政教分離規定は、神道指令とその土台をなすポツダム宣言とを基軸とした戦後改革の歴史的動向を踏まえて制定されたものであるが、その趣旨は明瞭である。確認的に記しておくなら、ポツダム宣言 10 項後段において民主主義的傾向の復活強化に対する一切の障碍を除去し、言論、宗教及び思想の自由の尊重が確立されるべきことが約束されていたが、そこにいう宗教の自由とはまさしく神道の国家宗教的性格を抹消することを意味していた。はたして 1945 年 12 月 15 日、神道指令が発せられて具体的措置が示されたが、主眼とするところは、神道の国教的性格が軍国主義・超国家主義の精神的淵源であるから、国家と宗教の分離が民主主義確立のための必須の前提であるとの観点をもって、国家神道の有していたあらゆる国教的性格の剥奪、これの国家からの分離の徹底にあった。つまり、国家神道は、神秘的天皇制と封建的諸制度および反動的思想の一支柱となり、また、軍国主義・侵略主義の理念的基礎付けに用いられたことは事実であった。このことは、健全な民主主義・平和主義とは、何よりも完全な信教の自由を前提とするものであることを教える貴重な歴史的体験であったといわなければならないのである⁽¹⁶⁾。

念を押すなら、日本国憲法の政教分離規定は、神道指令のいう、「神道ノ教理並ニ信仰ヲ歪曲シテ日本国民ヲ欺キ侵略戦争ヘ誘導スル為ニ意図サレタ軍国主義的並ニ過激ナル国家主義的宣伝ニ利用スルガ如キコトノ再ビ起ルコトヲ防止スル」という方向性を確認して設けられたものである。それで、宗教と政治の結合を抽象的・一般的に禁止したものではなく、その

標的は、まさに具体的に国家神道であった⁽¹⁷⁾。

したがって、靖国訴訟において、原告が侵害されたとする権利に平和的生存権を加えることは、たんにその他の各権利・利益の主張を補強したり、原告適格を基礎づけたりする役割をもつにとどまらず、この憲法訴訟の支柱をなす本質的な意味をもつものといえるのである。

安倍参拝関西訴訟の原告がしているような、平和的生存権の本格的主張に期待が寄せられるゆえんである。この点を、踏み込んで考えておこう。

2 安倍政権の戦争政治への傾斜

憲法前文にいう「平和のうちに生存する権利」の「平和」とは、9条が規範的に定めている戦争の放棄・武力の不保持・交戦権の否認を内容とするものであるから、政府が、この9条の命令に反して戦争政治に乗り出したとき、直ちに、国民の主観的権利としての平和的生存権の侵害が惹起される。このように、平和的生存権は、国民個人の基本権でありながら、国家の客観的な政治・政策と一体的関係をもって機能する。したがって、安倍首相の靖国参拝を平和的生存権の角度から論じるとき、その政権の政策、とくに軍事・「安全保障」関連の政治動向を分析しておかねばならない。なお、こうした政権の動向は、2013年12月26日の靖国参拝の背景をなすものとして把握することが必要とされるのであるから、その時点までのものに限るべきであるといえるが、問題は、同首相ないしその内閣の政治姿勢そのものにあるところから、上記時点を越えた事象をも含めて検討することが許されよう。

この点を、原告側第4準備書面（2015年2月16日付）を参考にして摘示するなら、安倍首相は、改憲、とくに9条改正にかねてよりきわめて強い意欲を有し、それを公言してきた（なお、このこと自体、憲法99条違反を惹起するものであるが、今日もはやそれを問う者は少ない）。第1次政権の2007年の施政方針演説において「戦後レジームからの脱却」を宣言し、その中

で、「もちろん第9条では『自衛軍保持』を明記すべきです」と述べた。そして、それを実行すべく、2012年の総選挙の政見公約においては、まず96条の改正を先行させる方針を掲げた。これは、2013年の参議院議員選挙の前後に強く主張されたが、国民の支持を得られなかったために、一旦は後景に退けられた。しかし、2014年4月には、この主張を再開している。96条改正が9条改正の準備であることは疑いのないところである。さらに、2015年春、政府・自民党の中から、最初の改憲発議のテーマ（環境権、国家緊急権、財政規律など）や時期（2016年参院選後。なお、3月25日の講演で船田元・自民党憲法改正推進本部長は、初回改憲は2年以内に、と修正）にまで言及する発言が出され、改憲への動きは現実味を帯びている。

この改憲動向に併行して、第2次安倍内閣は、実質的な憲法改変（いわば「壊憲」）を進行させている。2013年11月27日に国家安全保障会議（日本版NSC）の創設関連法を成立、翌12月には発足させ、またそれと一体的に、特定秘密保護法を2013年12月に成立、翌14年12月10日から施行させている。さらに、2013年12月、新「防衛計画の大綱」を閣議決定し、同時に武器輸出三原則を廃止して「防衛装備品」（武器のことである）の輸出や他国との共同開発に道を開いた。そして何より、2014年7月1日には、集団的自衛権の行使を容認する閣議決定をおこない、翌15年の通常国会においてこの集団的自衛権行使を軸とした「安全保障法制の整備」（戦争のための立法準備のことである）のための法案を上程すべく準備されている⁽¹⁸⁾。——こうして、安倍政治は顕著に軍事色を強めていることが明らかである。

一方、靖国神社の側であるが、同神社は、今も戦前からの使命を承継し、戦争を称揚する施設としての役割を果たし続けている。すなわち、「靖国神社社憲」は戦後（1952年9月30日）に制定されたものであるが、同神社の根幹の「目的」は、「御創立の精神に基き、祭祀を執行し、祭神の神徳を弘め、その理想を祭神の遺族・崇敬者及び一般に宣揚普及」する等にあるとしている（2条）。また、この社憲と同日（1952年9月30日）に制定の「宗教法人『靖

国神社』規則」は、前述のとおり、法人の目的として、「本法人は明治天皇の宣らせ給うた『安国』の聖旨に基き、国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を教化育成」すること等を目的とする、と定めている（3条）。ここで、同神社は、戦争に参加し、生命を奪われたことを「神徳」だとし、また、「国事に殉」じた行為だとして、その奉斎と崇敬者の教化育成を自らの使命にしているのである。それは、「英霊」を再び生み出すことにつながるものであって、靖国神社とは、その本質において日本を戦争のできる国にするための神社である、と言ってはばからないであろう。

しかも、今日、政治が日本を海外でも戦争ができる国へと向わせている状況の中で、戦死した自衛官を靖国神社に合祀するというテーマが、リアルなものとなってきた。戦後70年間、この国は平和憲法の下で新たな戦没者と遺族を生み出さずに来たわけであるが、「わが軍」（2015年3月20日参議院予算委員会における安倍首相答弁）が集团的自衛権を行使することになった今後は、自衛官に戦死の「覚悟」が必要とされる。つまり、入隊の際に宣誓する「事に臨んでは危険を顧みず、身をもって責務の完遂に務め、もって国民の付託にこたえることを誓います」という一文にある「事に臨ん」だその先を見据えることが求められる時代に入ったのである⁽¹⁹⁾。そして、それに呼応するかのように、神道の側で、とくに神社本庁を中心にして国家神道の復活ないし祭政一致を目指す動きが強まっている⁽²⁰⁾。

そして、安倍政権は、こうした流れと政策上同調するだけでなく、組織的・人脈的にも一体化しているといえる。すなわち、首相靖国参拝を一例とするような国家主義的ないし歴史修正主義的な政策を押しすすめ、また戦争をする国に急激に傾斜する現政権を支える一大勢力に日本会議や神道政治連盟があり、それぞれに対応して議員連盟がつくられている。現在の第3次内閣（2014年12月14日施行の総選挙により同月24日に発足したもの。もともと、第1次、第2次の安倍内閣でもこの特徴は基本的に変わらない）の閣僚を

みるなら、論者の指摘⁽²¹⁾によれば、19名のうち、「日本会議国会議員懇談会」には16名、「神道政治連盟国会議員懇談会」には18名、さらに、同様な立場の、「みんなで靖国に参拝する議員の会」には16名、「日本の前途と歴史教育を考える議員の会」には9名、そして、「創生『日本』」（安倍首相を会長とする議連）には8名を数える。加えて、首相が、大臣と同じ地位であるとして重視する3名の首相補佐官および2名の官房副長官はすべて、上記の日本会議議連、神道議連、靖国議連、創生「日本」のメンバーであるという。この論者が、安倍内閣を「日本会議内閣」と名付けるゆえんである。このような構造こそが、安倍政治の向かう方向に規定的な影響を及ぼしていると見て誤りではなかろう。靖国参拝も、日本会議の歴史認識、すなわち、「南京虐殺はなかった」「慰安婦はでっち上げである」「東京裁判は誤りである」「植民地支配で日本は良いことをした」「大東亜戦争は祖国防衛・アジア解放の戦争であった」などという系列の中で出された発想であったといえる⁽²²⁾。

このように跡付けると、安倍首相の参拝は、それを積極的に受け入れた靖国神社側の行態と一体となって、この政権がすすめている、わが国を好戦国家に急転させる政治の不可欠の一環をなしていることが明白となる。そして、そのことは、大きくつかむなら、この参拝は、戦争をする国をつくるための重要な準備行為であり、戦争へと向う道に建てられた一里塚である、ということができよう。——このように認識した上で、ただ、さらに進んで、そのことが日本国憲法前文が個々人に保障している「平和のうちに生存する権利」の侵害であると論じることが憲法解釈上可能であるか否かの検討に入ることが課題となる。項を改めよう。

3 平和的生存権主張の2つの形態

(1) 安倍参拝訴訟原告主張の論理と課題

安倍首相の靖国神社公式参拝について、これを「戦争の準備行為等」で

あるとし、それゆえ平和的生存権の侵害にあたるとする主張は、成立可能なものであろうか。この論理は関西訴訟の原告側の採るところであるので、それに即して少し考えてみたい。

この主張は訴状においても明解であるが、第4準備書面（2015年2月16日付）が、より詳細である。そこでは、平和的生存権について、「戦争放棄および戦力不保持の原則を堅持した日本に生存する権利」と定義し、憲法前文・9条・13条の総合的解釈によって根拠付けられるとした上で、2008年4月17日名古屋高裁判決を引用して、「少なくとも」同判決が「例示した場合においては平和的生存権が侵害されたと評価できる」とする見解に立って、本件では、次の2つの要件事実——①国による戦争の準備行為等が存在すること、および、②それにより個人の生命、自由が侵害の危険にさらされたこと——に該当する具体的事実が存在しているから、不法行為の成立要件たる平和的生存権侵害が認められる、とする論理が展開されている。

ここにいう名古屋高裁判決は、先にもふれたように、平和的生存権の裁判規範性（具体的権利性）を肯認し、係争の、イラクに派遣された航空自衛隊の対米軍等への「後方支援」活動がそれを侵害するものであることを明快に説示した、画期的意義をもつ判決である。この名古屋高判によれば、平和的生存権に具体的権利性が認められうるのは、「憲法9条に違反する国の行為、すなわち戦争の遂行、武力の行使等や、戦争の準備行為等によって、個人の生命、自由が侵害され又は侵害の危機にさらされ」るような場合、である。原告の第4準備書面は、この「戦争の準備行為等」に着目したのである。

その際、原告は、少なくとも同高裁判決が例示した場合に該当する事象が生じておれば平和的生存権の侵害があったと評価できる、という立場を採り、またそれゆえに、被告国側から平和的生存権の具体的権利性を否定した裁判例として出されていた福岡高裁判決（Ⅱ－2）および大阪高裁判

決（I-2）は、この名古屋高裁判決によって「乗り越えられたと考えるべきである」との見解を示している。

この点、筆者には、裁判例の位置づけ方にかんして疑問が残る。すなわち、何より、具体的違憲審査制の下で当該係争事案の裁定のために出される判決の判旨を、一般性をもつ規範のごとくに扱うことへの疑問である。裁判例は、あくまで個別事案の解決事例として参照するのが原則であろう。名古屋高裁判決は、そこで争われた空自イラク派兵の憲法適否を裁定したものであって、そこにいう「戦争の準備行為等」も、その裁定に即して語られたものである。この安倍公式参拝訴訟の原告は、イラク訴訟判決の判旨から「等」まで含めて広く引用し、それに該当するなら平和的生存権侵害が認定されうるという見解に立っているわけであるが、筆者は、逆に、これを参照する場合も謙抑的・制限的であるべきだと考えている。また、各裁判例の相互関係にしても、異なった事件の後の裁判例によって先のものが「乗り越えられた」とするのは、——原告の第4準備書面では、判決の効力についていうものではないことを示す慎重な言葉が用いられているが、それでもなお——無理な論理ではあるまいか。先の裁判例も併置されて残っていると認識しておきたい。

なお、この訴訟で、被告国は、名古屋高裁判決が傍論で平和的生存権の具体的権利性を肯定するという手法をとったのは違憲審査のあり方を誤ったものである、としたのに対して、原告は、「自衛隊のイラク派遣の違憲性の判断が求められた際には、平和的生存権の具体的権利性について判断することは必須であり、それは最終的に確認の利益や訴訟としての適法性を理由に請求が棄却されることになっても変わるところはない。訴訟において裁判所が問いかけられた論点について正面から明確に回答を行ったという点で、上記平成20年名古屋高裁判決はむしろ積極的に捉えるべきと言える。」と反論している。筆者は、先にも示した見解からして、この原告側反論に全面的に同感を禁じえない。

もとより、筆者は、名古屋高裁判決について、そのもつ平和憲法裁判史上の際立った画期的意義を高く評価している一人である⁽²³⁾。憲法の平和主義にかかわるその後の訴訟には、すべからくこの判決を確保し、活かし、さらに発展させることを期待している。そうであるからこそ、同判決の個々の判旨を一般化し、ないし拡張して規範のごとくに扱うことは避けるべきだと考えるのである。この安倍靖国訴訟は、まさに名古屋高判の平和的生存権論の歴史的意義を汲み尽くして前進することのできる絶好の位置にある。ここで述べたことは、その汲みとり方についての私見にとどまる。

そのような見地に立つわれわれは、名古屋高裁の判旨を規範化してあてはめるのではなく、平和的生存権の具体的権利性を大きく前進、深化させたその歴史的意義を汲み、判旨全体を参照して、以下の叙述を進めたいと思う。

(2) 9条違反の国家行為をただす平和的生存権主張

ある国家行為が憲法9条に違反した国家行為であると言うことができる場合、国民個人はその国家行為によって自己の平和的生存権が侵害されたとして、その権利を回復しかつ当該国家行為の違憲性をただすべく裁判所に適宜の訴えを提起することができる。これが、平和的生存権が本来的機能を発揮する形態である、と筆者は考えている。名古屋高裁が、「戦争の準備行為等」がなされた場合に平和的生存権が侵害されたとして訴訟提起ができるとした判旨も、それが「憲法9条に違反する行為」、「違憲行為」であることを大前提としている。こうした理解は、憲法の規範構造から必然的に帰結されるものである。筆者の論理はこれまでも公にしているが、再論しておこう⁽²⁴⁾。

すなわち、憲法前文が、全世界の国民が平和のうちに生存する「権利」を有するとしたのは、人の平和的生存を、たんに国家が平和政策をとることの反射的利益と捉える従前の理解から原理的転換を遂げて、平和をまさ

に権利として把握したことを意味する。換言すれば、この平和的生存権規定は、政府に対しては、軍備をもたず軍事行動をしない方法で国民の安全をはかり、国際平和実現の道を追及する平和政策の遂行を法的に義務づけ、反面で、国民には、政府が平和政策をとるよう要求し、また自らの生存のための平和的環境をつくり維持することを各自の権利として保障したものの、と解することができる。

そして、この、前文に直接の根拠をもつ平和的生存権は、9条で具体化された上で、ひとつは、13条をはじめとする第3章各条項に定められた諸人権と結合して機能し、またひとつには、第3章の各人権がカバーしていない領域ではそれ自身が独自の意味をもつ人権として働くものであるといえる。要するに、前文の「平和のうちに生存する権利」の意味内容は、9条によって充填され、そのことで具体性をそなえた人権として機能するものとなり、かつ、第3章の人権条項と相俟って個別の事案において働くこととなる、と解することができる。したがって、「平和のうちに生存する権利」における「平和」は、他ならぬ日本国憲法自身、何より9条（および前文の第1、第2段）のよって特定の意味を付与された「平和」であるから、9条違反の政府の政策が行われたとき、それは即、平和的生存権を侵害したものと評価されるのである。

——以上の理を安倍靖国参拝という国家行為にあてはめるなら、まさに当該参拝が9条違反であると立証できたとき、この行為が平和的生存権侵害であると認定される。名古屋高判が、戦争準備行為が平和的生存権侵害にあたるとしたのは、イラク特措法にもとづいて派遣された空自の対米軍「後方支援」活動が9条1項に違反すると判定した、その文脈においてである。係争事案の文脈抜きで戦争準備行為一般が語られているわけではない。したがって、ここでは、安倍参拝が9条違反の国家行為にあたるのが弁証できてはじめて、平和的生存権の侵害を主張することができる、といわなければならない。

安倍首相の靖国参拝が、日本を海外でも戦争のできる国にするための政策遂行にとって不可欠の一環をなすものであることは明らかである。この点は、これまで精々叙述につとめてきたとおりである。そして、戦争に向う諸条件を構築し、そのための環境づくりに余念のない首相の危険な熱中ぶりは、平和憲法の理念に逆行する、公権力担当者には許されるべくもない行為であって、訴訟をとおして必ずやただされなければならない。とはいえ、この訴訟において平和的生存権を、その本来の機能を發揮させるものとして持ち出すためには、これまで縷々述べてきたとおり、厳密な憲法解釈の論理が求められる。こうした考え方からすれば、これまでの安倍参拝と「戦争の準備行為等」との間にはなお相当以上の径庭があるといわざるをえないのである。

要するに、安倍参拝が、戦争のできる国づくりの作業、つまり、その意味での戦争準備の実質をもつ行為であることは疑いのないところであるが、それをもって、規範解釈上、9条違反の戦争準備行為であることは困難である。それゆえ、ここでは、平和的生存権はその本来の機能を發揮するものとしては主張できないのではないかとするのが私見である。

(3) 9条違反には至らない状況下での主張

叙上のとおり、平和的生存権侵害にかんして厳格な解釈論を採るべきであるとする筆者は、いまだ9条違反の戦争準備行為には至っていない安倍参拝を、本来的な平和的生存権侵害行為として訴訟上攻撃することは、今のところ困難であるとする。

もとより、筆者は、これもすでに述べてきたように、安倍靖国参拝は、体系的な軍事的政策をすすめる安倍政権と、戦争をする国に精神的支柱たる性格をむしろ強めている靖国神社の両者を今日の時点において一体化させるものである、と見ている。まさに、国家行為としての首相の靖国参拝は、国民を再び戦争に動員する、次の戦争のための準備行為としての本質

を有するのである。とはいえ、それは、いわば「普通名詞」としての《戦争を準備する行為》にとどまるものであって、名古屋高判を引用した原告第4準備書面が言う、いわば「固有名詞」としての《戦争の準備行為等》にあたるものではない、と考えている。

このような抑制的な議論は、何より、人権の「切り札」としての性格を尊重する見地と結びついている。いうまでもなく、人権（基本的人権）は、人類の多年に亘る自由獲得の努力の成果であり、日本国憲法においてはその認識が実定化されている（97条）。市民にとっては、それを持ち出すことによって公権力と対峙することのできる最後の言葉である。もっとも、この概念は、今日、普遍化・一般化し、人々はこれを社会生活・政治生活の中で広く使っている。とはいえ、法の世界において、とりわけ裁判の場においては、厳密に、研ぎ澄まして用いるべきであろう。人権の外延・内包を豊富にすることは常に課題であるが、それも、慎重で謙抑的な運用をとおしてこそ可能となると思われる。そして、この理は、平和的生存権を含む、戦後史に登場した新しい人権には、とりわけ妥当するといえよう。

この点を、安倍首相の参拝に即して敷衍するなら、それが憲法の平和主義に根底から「違背」し、そのことで人々の平和のうちに生きようとする自由を妨げている現況下でも、それでもなお、平和的生存権には、この誤った国家行為をそれ自身で取り除いてしまう本来的な役割を期待すべきではない。安倍参拝の9条「違反」を、今のところ断定することができないからである。

それで、この訴訟においては、平和的生存権には、その副次的な機能の発揮を期待することになる。すなわち、今平和的生存権が担うべき役割は、まず、主張されている各被侵害権利・利益の基底ないし背後にある権利として、それらを支担することであろう。また、それら権利にかんする規定を含む、すべての人権条項の解釈基準となる。そして、それは、現実政治を批判し正す法的基準であるとともに、あるべき立法の指針としてはたら

く、ということができよう。

つまり、このような、いわば小文字の平和的生存権は、この訴訟で主張されている諸権利のひとつとして、すなわち、内心の自由形成の権利、信教の自由確保の権利、回顧・祭祀にかんする自己決定権などと横並びに位置づけられるものとして、補充的な役割を主として演じることになるものと考えられる。

そして、こうした平和的生存権の位置づけ方は、けっして重要でないものではない。それは、他の事例においても、次のような形で論じられている。たとえば、沖縄における米軍機のもたらす爆音の差止めを求める訴訟についてみれば、平和的生存権の侵害をいうとき、それが、必ずしも、爆音の発生源である米軍基地の運用とその根拠法である安保条約・地位協定が憲法9条に違反することを主張するものにはなっていない。原告に加わる人々の米軍基地との、主として経済的な関係は、戦後70年・本土復帰後43年を経て、多様でありまた複雑である。基地そのものをなくすこと、すなわち安保＝地位協定の違憲を原告団全体の意思とすることは必ずしも容易ではなく、安保違憲を抜きにした訴訟方針が選択されることが少なくない。その場合、米軍基地が人々の生活に恒常的・日常的に、具体的な形で現実にもたらしている権利・利益の侵害の総体を平和的生存権侵害として構成することに主眼が置かれることになる。そこでは、平和的生存権は、上にいう小文字で書かれたものとして扱われるのである⁽²⁵⁾。

本稿では、先に、小泉参拝に対する訴訟を見た際、沖縄訴訟の一審（Ⅸ－1）において、原告側が平和的生存権概念を広義・狭義に分けて主張していたことに留意しておいた。それも、問題意識において、ここで筆者が述べているところと通底するものと思われる。また、（公刊されたものを目にしたわけではないが、）憲法前文の「恐怖と欠乏から免かれ、平和のうちに生存する権利」を一連のものとして読み、「恐怖と欠乏から免かれる」ことを「平和」の内容であると解し、それにより、9条と連結させること

なく平和的生存権を独立した権利と捉えることができる、とする考え方もある。こうした様々な解釈論の工夫がなされるわけであるが、ここにも、平和的生存権というものの豊かな潜在力が垣間見られる。

ただ、すでに繰り返してきたように、平和的生存権は、客観的制度規範としての9条の定める不戦非武装の禁止命令に反する公権力の行為に対して、市民が抗議し、それを是正させるための権利、いいかえれば、国家の根幹のひとつを成す軍事制度を市民がコントロールするための主観的権利であることを本質とする⁽²⁶⁾。平和的生存権については、その副次的機能を探るときも、この権利の本質をたえず念頭に置いているべきであると筆者は考える。

むすびにかえて——首相靖国参拝を今問うことの格別の意義

内閣総理大臣の靖国神社参拝は、一見、古くて新しい問題である。その歴史は、1951年の吉田茂首相以来であるから65年に及ぶし、また公式参拝であることをはばからず、またそれゆえに違憲訴訟が提起され出した中曽根康弘首相の参拝から数えても30年を越える。しかしながら、今般の安倍晋三首相の参拝は、たんにそのひとつとして看過してしまうことは許されない特質をもつ。それは、すでに述べてきたことであるが、9条改憲——つまりは平和憲法の廃棄——の意思を公然と表明した首相による公式参拝であるところに集約的に表現されている。

それは、憲法の二、三の条項を時宜に合せて改正するといった穏やかなものではない。同首相は、この憲法をもたらし「戦後レジーム」を忌み嫌ひ、そこからの脱却を公言しており、その目指すものは国制自体の転換、すなわち国家改造である。そして、それに見合って、内閣の布陣は、先述のとおり、神社本庁と同步調の日本会議議連に所属する閣僚が大半を占めている。その政策が、神社本庁の政治団体である神道政治連盟の掲げる、

自主憲法の制定、国軍の創設、靖国神社での国家儀礼の確立、道徳・宗教教育の推進、東京裁判と侵略戦争の否定、A 級戦犯の擁護、夫婦別姓反対などと一致を見ていることは、不思議ではない。やはり、ここには、超国家的で歴史逆行的な将来像が描かれているといわざるをえない。首相靖国参拝は、その構想の中に位置づいているのである。

司法審査は、個人の人権確保を主眼とし、同時に、それをとおして憲法秩序の客観的保障にも仕える。市民が今、首相の靖国参拝に抗議しているのは、自らの権利主張を通路としてこの国の憲法を擁護し、その再生をはかるためである。それゆえ、こうした訴訟のもつ意義はまことに大きい。それが実りを獲るために、それぞれの権利をその役割に合せて主張するの でなければならないと思う。本稿は、その一助となるべく書かれたものである。

註

- (1) いわゆる「神道指令」のフルネームは、『国家神道、神社神道ニ対スル政府ノ保証、支援、保全、監督並ニ弘布ノ廃止ニ関スル件』（1945 年 12 月 15 日 連合国最高司令部発日本政府宛覚書）である。本稿では、「軍国主義乃至過激ナル国家主義」を排除し国家神道を否定したこの指令が、戦争放棄と政教分離を不可分のものとして採り入れた日本国憲法に結びついていることを重視している。このような理解は、一般に定着しているものと言ってよいであろう。もっとも、宗教学の側からは、神道指令は皇室祭祀に触れておらず、国家神道を解体したものであるとする評価に留保を加える見解も出されている（参照、島藺 進『国家神道と日本人』〔岩波新書・2010 年〕とくに 184 頁以下）。
- (2) 「宗教法人『靖国神社』規則」（1952 年 9 月 30 日 靖達第 60 号制定）3 条。
- (3) 「靖国懇報告書」では、「内閣総理大臣その他の国务大臣が公的資格（内閣総理大臣外他の国务大臣としての資格）で行う参拝」を「公式参拝」という、としている。

「内閣総理大臣靖国神社参拝訴訟における平和的生存権の主張」

このいわゆる「靖国懇」報告書のフルネームは、『閣僚の靖国神社参拝問題に関する懇談会報告書』（1985年8月9日）である。本稿では、ジュリスト1985年11月10日臨時増刊号（No.848）『緊急特集 靖国神社公式参拝—政教分離の行方は！！』所収のものに拠る。なお、以下で同報告書のページ数を記す場合、すべてこのジュリストのものである。上記引用は、111頁。

- (4) 村上重良『国家神道』（岩波新書・1970年）182－183頁。
- (5) なお、1985年7月末現在で、246万4151柱であるとされる（靖国懇報告書110頁による）。
- (6) 村上・前掲書註（4）1頁による。
- (7) 参照、家永三郎『歴史の中の憲法 上』（東京大学出版会・1977年）144-145頁。
- (8) 国民を戦争に向けて統合することにおいて靖国神社が果たした役割を、生活の場において具体的に伝えるものとして、参照、早川タダノリ『神国日本のトンデモ決戦生活——広告チラシや雑誌は戦争にどれだけ奉仕したか』（合同出版・2010年）。同書が紹介している、1941年から敗戦まで国民学校で使用された『初等科修身』教科書は言う。——「東京の九段坂の上に、大きな青銅の鳥居が、高く立ってゐます。その奥に、立派な社が見えます。それが靖国神社です。……靖国神社には、君のため国のために尽くしてなくなった、たくさんの忠義な人々が、おまつりしてあります。……私たちは、天皇陛下の御恵みのほどをありがたく思ふとともに、ここにまつられてゐる人々の忠義にならつて君のため国のためにつくさなければなりません。」と。
- (9) 靖国懇報告書の述べるところである（110頁）。ただ、この運動は、日本遺族会のほか、靖国神社国家護持国民協議会、神道青年全国協議会、護国神社の全国団体などを中心にしたものであり、『国民の間に…運動が生じた』とするのはミスリーディングのきらいがある。
- (10) 戦後の内閣総理大臣による靖国神社参拝は、吉田 茂首相の1951年10月18日の参拝以降、歴代首相の多くがおこなっている。岸 信介、池田勇人、佐藤栄作、田中角栄、三木武夫、福田赳夫、大平正芳、鈴木善幸、中曽根康弘、橋本龍太郎、小泉純一郎そして安倍晋三各首相である。参照、田中伸尚『靖国の戦後史』（岩波新書・

2002 年) 113 頁。

- (11) この靖国懇は、結局、政府統一見解の変更にお墨付きを与える役割を演じるものとして利用されたといわざるをえない。そのような場ではないと信じて委員に加わった憲法学者は、自己の学問的見解をいくら開陳しても押し潰されたことを明らかにしている(参照、芦部信喜「靖国懇と私の立場」(前掲註(3) ジュリスト 6 頁以下)。
- (12) 私見については、拙稿「政教分離違反の審査基準にかんする解釈論的覚え書き」南山法学 12 巻 4 号(1989 年) 1 頁以下への参照を請う。
- (13) 参照、拙稿「靖国神社への内閣総理大臣の公式参拝の合憲性——九州訴訟福岡高裁・関西訴訟大阪高裁各判決」〔法学教室〕判例セレクト '86 ~ '00, 85 頁。
- (14) この大阪第 2 次訴訟(Ⅶ)は、現在台湾に在住している元「日本軍」軍人・軍属の戦没者の遺族または日本の植民地支配を被った人たちとその子孫を原告とする訴訟である。
- (15) この国側第 1 準備書面は、続けて、自らの見解を補強すべく、最高裁第 2 小法廷 2014 年 7 月 9 日判決(選挙無効訴訟)に付された千葉勝美裁判官の補足意見を引いている。それは、付随的審査制とるわが国の違憲審査においては、「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加えることは…ブランダイス・ルールないしその精神に照らして疑問〔で〕ある」としたものである。

これは、憲法判断回避の準則としてアメリカ判例において形成されてきた理論であり、同じ具体的審査制をとるわが国についてもむげに否定すべきものではない。しかしながら、それを絶対的なルールとして主張すると、違憲審査制の憲法保障機能に反する場合が生じる。そこで、裁判所は、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て、十分理由があると判断した場合は、この回避のルールに拠ることなく、憲法判断に踏み切ることができると解するのが妥当である、とするのが通説である(たとえば参照、芦部信喜『憲法 第五版』〔岩波書店・2011 年〕370 頁)。

筆者も、つとに通説の見地に立ち、さらに進んで、憲法判断に踏み切ることが要

「内閣総理大臣靖国神社参拝訴訟における平和的生存権の主張」

請される場合もある、と考えてきた。名古屋高裁の判断手法は、問題の根本的解決のために必要かつ適切なものであったといわなければならない。

- (16) 参照、『註解日本国憲法 上巻』（有斐閣・1953年）408頁。この書物を代表とする戦後初期に書かれた憲法書では、政教分離が軍国主義否定の意味をもつものであることが明瞭に意識されている。今日において顧みて重要である。

- (17) 参照、針生誠吉・横田耕一『国民主権と天皇制』〔現代憲法大系1〕（法律文化社・1983年）303頁〔横田執筆〕。

- (18) 本稿の脱稿は2015年3月下旬であるが、この法案の上程は、翌々月の連休明けの予定と報じられている。

- (19) こうした状況については、朝日新聞2015年2月18日付が、「靖国と自衛官接近」と題する大型記事で報じている。

- (20) 「神社本庁」は、国家神道解体を受けて、1946年2月3日に神社関係者によって設立された宗教団体である。その庁規には、「神宮は神社の本宗として本庁之を輔翼す」（61条）とかかげられ、伊勢神宮を中心に、全神社が結集するという基本構想が立てられた。つまり、国家神道の延長線上で神社神道を宗教として存続させようとするものであった。それで、神社本庁は、全国の神社のほとんどにあたる7万8千余社を組織したが、その他の約1000の神社は、これに属していない。靖国神社も単立の宗教法人であるが、神社本庁は靖国神社崇敬奉賛会の法人会員であり、両者の関係はきわめて深い。こうした神社本庁の設立によって、国家神道時代の天皇中心の国体の教義と神社の中央集権的編成は、形を変えただけで基本的に存続することになった、とされる（以上参照、村上・前掲註（4）216-217頁）。

その後、神社本庁は、神道政治連盟や日本会議をとおして活発に政治活動をおこない、男系による皇位継承の安定化、紀元節復活、選択的夫婦別姓制拒否、原子力発電支持などのほか、とくに靖国神社の国営化（「国家護持」）法の制定と首相公武参拝の要求などを重ねてきた。

- (21) 依 義文「安倍政権の『戦争する国』・『教育再生』政策を支える右翼勢力の動向」月刊憲法運動439号（2015年3月号）7頁以下。

- (22) なお、こうした立場からすれば、靖国問題は首相公式参拝で完結するものではなく、「陛下のご親拝」の実現が最終目標とされる。天皇の参拝は、昭和天皇が1975年におこなって以来中断しているが、この年は、靖国神社国家護持運動を進めてきた側が、首相公式参拝実現の方向に路線を転換させた年である。公式参拝をめぐっては世論が大きく分かれたため、天皇の参拝ができる状況ではなくなったとされる（参照、吉田 裕「現代日本のナショナリズムと歴史認識問題」月刊憲法運動 439号〔2015年3月号〕27頁）。
- (23) さしあたり、拙稿「平和的生存権論の展開状況——2008年名古屋高裁判決以降の特色」愛知大学法学部 法経論集 197号（2013年）への参照を請う。
- (24) 拙稿「沖縄における平和的生存権の可能性」愛知大学法学部 法経論集 198号（2014年）143頁以下。
- (25) 私見については、拙稿「沖縄米軍基地爆音訴訟における平和的生存権の主張」愛知大学法学部 法経論集 199号（2014年）191頁以下。
- (26) 参照、拙稿・前掲論文註（25）170頁。

（2015年3月27日 脱稿）