

(事件①) 平成30年(ワ)第38165号 即位の礼・大嘗祭等違憲差止等請求事件

原告 佐野通夫 外240名

被告 国

(事件②) 平成31年(ワ)第8155号 即位の礼・大嘗祭等違憲差止等請求事件

原告 天野恵一 外76名

被告 国

原告第7準備書面

(違憲性・違法性に関する主張の補充)

2020年12月14日

東京地方裁判所民事第10部合議C係 御中

原告ら訴訟代理人弁護士 木村庸五

同 浅野史生

同 井掘哲

同 酒田芳人

同 吉田哲也

原告ら訴訟復代理人弁護士 土田元哉

第1 はじめに

国賠法1条1項が定める要件は、①「国又は地方公共団体」の「公権力の行使」に当たる「公務員」が、②その「職務を行うについて」、③「故意又は過失」によって、④「違法に」、⑤他人に「損害」を加えたことで

あるが、本件において、被告日本国は上記①②については争っていないことから、上記③ないし⑤の要件充足性が問題となる。

この点、被告日本国は、2019年4月15日付け準備書面（1）5頁以下において、いわゆる職務行為基準説を引用した上、「国賠法1条1項の違法は、当該個別の国民の権利ないし法的利益に対する侵害があることを前提としており、権利ないし法的利益の侵害が認められない場合には、国賠法上の違法を認める余地がない」（6頁）と一般論を述べ、本件においては「本件儀式等は、個々の国民に向けた行為ないし処分ではなく、個々の国民の人格的利益に対する圧迫・干渉を生じさせるようなものでもないのであって、そもそも、その性質上、人格的利益が保護されるための最低限度の侵害すら生じる余地がないことが明らかなものである」（7頁）と主張する。

以下、上記③ないし⑤の要件充足性に関する考え方を述べるとともに、被告日本国の立論に対する反論を行う。

第2 国賠法1条1項における権利ないし法的利益の侵害

1 国賠法上保護の対象となる被侵害利益

国賠法1条1項の「違法に他人に損害を加えたとき」における「損害」とは、民法不法行為法の一般理論におけると同様に、法益侵害による不利益をいう。

この点、最高裁1991年4月26日判決（民集45巻4号653頁）は、公害に係る健康被害に関する特別措置法3条1項又は公害健康被害補償法4条2項に基づき水俣病患者認定申請をした者が相当期間内に応答処分されることにより焦燥、不安の気持ちを抱かされないという利益は、内心の静謐な感情を害されない利益として、国賠法1条1項上保護の対象となるか否かが問題となった事案において「一般的には、各人の価値観

が多様化し、精神的な摩擦が様々な形で現れている現代社会においては、各人が自己の行動について他者の社会的活動との調和を十分に図る必要があるから、人が社会生活において他者から内心の静穏な感情を害され精神的苦痛を受けることがあっても、一定の限度では甘受すべきものというべきではあるが、社会通念上その限度を超えるものについては人格的な利益として法的に保護すべき場合があり、それに対する侵害があれば、その侵害の態様、程度いかんによっては、不法行為が成立する余地があるものと解すべきである。これを本件についてみるに、既に検討したように、認定申請者としての、早期の処分により水俣病にかかっている疑いのままの不安定な地位から早期に解放されたいという期待、その期待の背後にある申請者の焦燥、不安の気持を抱かされないという利益は、内心の静穏な感情を害されない利益として、これが不法行為法上の保護の対象になり得るものと解するのが相当である。」と判断している。

このように、内容・程度からみて、社会通念上一定の限度を超えて精神的苦痛を被ったと評価することができれば、国賠法上保護の対象となる利益となる。

前述したとおり、被告日本国は「個々の国民の人格的利益に対する圧迫・干渉を生じさせるようなものでもない」と主張するが、ここでいう「圧迫・干渉」とは具体的に何を意味するのか不明であるものの、「個々の国民の人格的利益」に対する物理的・直接的な強制を意味するのであれば、狭きに失し、国賠法 1 条 1 項における被侵害利益の解釈論としては採り得ない。

2 被侵害利益の考え方一般論

一般論としては、国賠法 1 条 1 項における被侵害利益は、財産的損害であると非財産的損害であるとを問わないし、積極的損害であろうと消

極的損害であるとを問わない。本件においては、慰謝料請求という損害賠償請求であることから、非財産的損害であって、それが法的利益であることは特に問題となるはずはない。しかし、被告日本国は、上記のように「人格的利益が保護されるための最低限度の侵害すら生じる余地がない」などと主張するので、次項以下、訴状で提起した各論点ごとに検討を加える。

3 主権者としての地位（国民主権）の侵害

本件訴訟における国民主権侵害の位置付けは以下のとおりである。

後記第3のとおり、本件訴訟における国賠法1条1項の違法性に関する判断枠組みとしては、民法不法行為法の通説である相関関係説と同じく、行為不法と結果不法の相関により判断されるべきである。

そして、国民主権侵害は行為不法の側面で検討されることになる。すなわち、本件諸儀式等は、国民主権という日本国憲法における大原則を逸脱する態様でなされていることから、行為不法の悪質性は極めて顕著であり、この点が国賠法1条1項の適用上考慮されなければならない。

4 納税者基本権

(1) 被告日本国の主張

被告日本国は、現行法上、納税者基本権を認める明文規定はなく、その定義・内容は極めて抽象的、かつ、権利の主体・対象・内容・成立要件は、いずれも不明確であり、排他性のある権利としての外延を画することさえできず、裁判例でも納税者基本権が主観訴訟の前提である個人の具体的な権利又は法的利益に当たらないと判示されている旨主張する。

(2) 被告日本国の主張の誤り

ア しかしながら、実定法に根拠を有しないのは納税者基本権に限らず、例えば、人格権一般にいえることである。にもかかわらず、裁判例は、一定の人格権が法的保護に値するものであることを認めてきている。例えば、大阪空港訴訟第一審判決（1974年2月27日判例時報729号3頁）は「個人の生命、自由、名誉その他人間としての生活上の利益に対するいわれのない侵害行為は許されないことであり、かかる個人の利益はそれ自体法的保護に値するものであって、これを財産権と対比して人格権と呼称することができる」と判示している。上記最高裁1991年4月26日判決における「早期の処分により水俣病にかかっている疑いのままの不安定な地位から早期に解放されたいという期待、その期待の背後にある申請者の焦燥、不安の気持を抱かされないという利益は、内心の静穏な感情を害されない利益」も同様に解することができる。

イ 納税者基本権を権利として認めるに当たっても、特段、実定法上の定めの有無は関係ないはずである。

日本では、租税の徴収面の問題（租税法律主義）と租税の用途面の問題（歳出予算）とを法的に切断する考え方が支配的であり、タックス・ペイヤーは、租税の徴収面においてのみ登場することになっていた。しかし、国民主権を基底とする日本国憲法の財政民主主義の観点からは、租税概念は、タックス・ペイヤーの立場からの租税の用途面をも含んだ概念として統一的に把握されなければならない、租税の徴収面と用途面の双方について、納税者のための法的統制のための権利の存在を主張し得る。

この納税者基本権の理論はすべての立法（予算を含む）に対する指導原理であり、納税者基本権に対する主観的な権利侵害を主張することができる。すなわち、憲法に違反する不公平税制・不公平税

務行政が行われることは、ある納税者の納税者基本権を主観的に侵害することを意味する。いずれの場合においても、数量的にも相対的に当該納税者の納税義務額が増額するのであって、それだけ当該納税者の法的利益が侵害されることになる。このように主観的な権利・法的利益の侵害が発生することになるため、当該納税者は通常訴訟のかたちで訴訟提起が可能となるのである。

このように納税者基本権の内容・定義は具体的であり、かつ、権利の主体・対象・内容・成立要件も明確といえる。

(3) 小括

以上のとおり、納税者基本権は具体的な権利あるいは法的利益と認められるのであって、本件における原告らの納税者基本権の主張は主観訴訟の前提を充たす。

5 思想・良心の自由の侵害

(1) 被告日本国の主張

被告日本国は、原告らには沈黙の自由を侵害されておらず、本件諸儀式の執行及びそのための国費支出は、原告らに対し、ある思想及び良心を持っていること、又は持っていないことを理由として他の一般国民と明確に区別しうるだけの具体的な不利益を加えるものではない、原告らが異論や反対の意思を表明することを直接に規制されることはなく、何らかの思想及び良心の自由を持つことを強制されたり、禁止されたりするものではない、原告らの主張は、原告らが主観的に苦痛を感じたというものにすぎず、およそ思想・良心の自由の侵害とは認められない旨主張する。

(2) 被告日本国の主張の誤り

ア 思想・良心の自由の意義

思想・良心の自由は、内面的精神活動のなかでも、最も根本的なものである。とりわけ、日本国憲法においては、明治憲法下の天皇制ファシズム、治安維持法体制において、「国体ヲ変革」する目的（治安維持法1条・1941年）、「私有財産制度ヲ否認」する目的を有するものとみなされた者たちは、特高による苛烈な弾圧を受け、拷問により虐殺、獄中死を強制され、転向を強要され、あるいは数年ないし十数年もの間、刑務所や予防拘禁所に隔離収容された。ここでいう「国体」とは「憲法一条ニハ大日本帝国憲法ハ万世一系ノ天皇之ヲ統治スト規定シ我国国体ノ如何ナルモノナリヤヲ明示シタリ即チ万世一系ノ天皇ヲ君主トシテ奉戴スルコトカ我国ノ国体ナリ換言スレハ万世一系ノ天皇ヲ戴ク君主制カ我国ノ国体ナリ治安維持法第一条ニ所謂国体モ亦此ノ意義ヲ有スル」（治安維持法被告事件・昭和6年（れ）第305号・同年7月9日大審院刑第一刑事部判決）ものと解されてきた。

日本国憲法は、こういった歴史を踏まえて、精神的自由に関する諸規定の冒頭に憲法19条をおき、思想・良心の自由をとくに保障したのであった。日本国憲法で思想・良心の自由を明記したのは「従来わが国では、天皇が政治的世界における絶対的権威であるだけでなく精神的・道徳的世界においても絶対的権威であると考えられており、人の内心に対しても強い影響力を認められていた」のに対して「このような天皇の精神的・道徳的権威を否定するところに特別の意義がある」のである。（佐藤功『ポケット注釈・憲法（上）』新版291～292頁）

イ 保障の意味

思想・良心の自由の保障の意味は、一般的には、①国民がいかなる国家観、世界観、人生観を持とうとも、それが内心の領域にとど

まる限りは絶対的に自由であり、国家権力は、内心の思想に基づいて不利益を課したり、あるいは、特定の思想を抱くことを禁止することができないこと、②国民がいかなる思想を抱いているかについて、国家権力が露頭を強制することは許されないこと、すなわち、思想についての沈黙の自由が保障されることと解されている。(芦部信喜『憲法』第5版147頁)

しかし、ここで注意しなければならないことは、思想・良心の自由の保障は、思想・良心の形成過程にも及び、それは必ずしも強制でなくても、国家が特定思想を宣伝・勧奨することも思想・良心の自由の侵害に該当する。この点においても、国家は精神的活動に対する絶対的な中立義務を負うのである。このような解釈は、憲法学説上、通説といってよい。以下、この点に関する憲法学説を概見する。

ウ 思想・良心の形成過程の保護

(ア) 何人もいかなる世界観・人生観・主義・主張を内心に抱懐しようと、内心にとどまっているかぎり、それは絶対に自由であるから、明治憲法時代にみられたような、国家権力が特定のものの見方ないし考え方を国民に押しつけ、強制することが許されないことは、言うまでもない。特定の思想を「勧奨」することも、事実上強制的な働きをする場合が多いので、19条に反するとみるべきであろう。

(芦部信喜『憲法学Ⅲ人権各論(1)』増補版106頁)

(イ) まず第1に、国家権力が、特定のものの見方ないし考え方…を正統的なものとし、国民に対しそれを従うべきことを強制することは、憲法19条によって禁止される。一人ひとりの「思想」がなにものにも強制・干渉されることなく形成されるべきことは、

精神的自由権の保障の基礎的な前提である。また、国家権力が特定の「思想」を勧奨することも、形式的には強制ではないにせよ、実際上は強制的に働くから、やはり許されない。いわゆる国教の樹立がその典型的な例であるが（これは 20 条によっても禁止される）、宗教の領域以外であっても、特定の「思想」を強制ないし勧奨することは、「思想・良心の自由」を保障する憲法 19 条によって禁止されるのである。

（浦部法穂『憲法学教室』全訂版 125 頁）

- (ウ) 「思想及び良心の自由」は、それが人の内心にとどまっている限り、性質上法的規制の対象とはなりえないが、公権力が人の内心を強制的に告白させもしくは推知するとき、または特定の内心の形成を狙って特定の思想を大規模かつ組織・継続的に宣伝するとき、「思想及び良心の自由」は重大な危機にさらされることになる。したがって、「思想及び良心の自由」を法的に保障することの意義は、公権力のこの種の行為を禁止し、人の内心を保護することにあると解される。

（佐藤幸治『憲法』第 3 版 486

頁）

- (エ) 第 19 条がこのような内心の自由を保障したことは、わが国において特に意味があるといわなければならない。すなわち、後に天皇制について述べる際にも触れるが、従来わが国においては、天皇が政治的権威とともに道徳的権威をもつものと考えられていた。「教育勅語」が国民道徳の大本を示したものであるとされたのは、その内容自身が正しいということのみによってではなく、それが同時に政治的権威者でもある天皇の名において国民に命ぜられたものであったからである。このように、従来わが国民の

内心も、天皇の絶対的権威から自由ではなかったのである。第 19 条が国民の思想・良心の自由を保障したことは、国民が天皇の絶対的権威から解放され、真に自由な人間になったことを意味する。

一般論としていえば、人間の内心は本来、自由であり、人間が内心においていかなる思想を有するかは、本来、外部から権力をもって強制し得ないものである。国家権力によって人間の思想を弾圧し統制しようとしても、仮に表面的には、その人間がそれに服従したかのように見えても、内心におけるその思想自体をも変更させることは不可能である。このように考えれば、内心の自由を憲法において規定することはそもそも無意味であるともいえるのである。しかし、前に述べたように、特にわが国において、国家は国民の内心における価値判断について本来無関係であるべきという原理そのものを明らかにすること自体が、特に重要な意味を有するのである。すなわち、わが国においては、天皇または国家の名において要求されることがすなわち正しいと考えられ、ことの正しさは、そのこと自体の正しさによってではなく、それが天皇または国家が正しいとしたことによってであると考えられていた。しかるに近代国家における自由の理念は、何よりも個人の人格の尊厳を基礎とし、国家はこの内心に対しては、無干渉すなわち中立でなければならぬとされる。第 19 条は、この「国家の中立性」の原理を明らかにしたものといえるであろう。明治憲法下において「教育勅語」が果たしている役割が国民の意思としての法律たる教育基本法、特にその前文によってとって代えられ、また第二国会において、教育勅語の無効を宣言する決議が行われたことは、このことを示すものである。

(佐藤功『日本国憲法概説』全訂第 4 版 175～176 頁)

(オ) 思想の自由は、その時代の正統派でない、少数者の思想を保障しているところに意義がある。いうまでもなく、その時代の正統派の思想は権力により抑圧されるおそれはない。だから、権力者の憎む異端思想を抑圧しないことが、まさに思想の自由の現実の意義である。アメリカのホームズ裁判官は、「もし憲法の原則の中に、他のどの原則にもまさって絶対的に遵守を要求されるものがあるとするれば、それは思想の自由の原則である。われわれと同じ意見をもっている者のための思想の自由ではなくて、われわれの憎む思想のための自由である」…と述べた。またジャクソン裁判官は、「異なる意見を持つ自由は、重要でない事項に限定されるものではない。もしそうならば、それは自由の幻影にすぎないであろう。その自由の実体をなすものは、現存秩序の核心について異なる意見をもつ権利なのだ」…と述べた。これらの言葉は、自由主義的民主主義社会の精神をよく示したものであり、思想の自由の意義を明らかにしたものであるとあってよいであろう。

(橋本公亘『日本国憲法』改訂版 223 頁)

人類の多年の経験を顧みれば、ある時代ある場所で絶対的真理とされたことが、次の時代または他の場所では誤りとされ、次から次へと新旧思想の交代が行われてきたことを知ることができる。だから民主主義社会は何らのタブーを設けず、すべての人が社会のあるべき姿について自由に考えることができ、現在の秩序について絶え間ない検討を加え、思想の自由競争が行われることによって、開放的な社会をつくりあげているのである。

(同書 224 頁)

(カ) 思想は人間の内面的精神活動であり、特定思想をもつことを政府が強要することは一見不可能なようにもみえる。しかし、特定思想の強制は、実際には、内心の形成過程においてなされる。典型例として、政府が特定思想を教育・宣伝するなどの手段によって強制・勧奨することがあげられる。政府が行うマインド・コントロール（洗脳）である。

（渋谷秀樹『憲法』第3版 334頁）

(キ) また、謝罪広告を命ずる判決は憲法19条に違反しないとする最高裁判決（最大判1956年7月4日民集10巻7号785頁）において、田中耕太郎長官は、憲法19条の意義につき次のような補足意見を述べている。「要するに国家としては宗教や上述のこれと同じように取り扱うべきものについて、禁止、処罰、不利益取扱等による強制、特権、庇護を与えることによる偏頗な所遇というようなことは、各人が良心に従って自由に、ある信仰、思想等をもつことに支障を招来するから、憲法一九条に違反するし、ある場合には憲法一四条一項の平等の原則にも違反することとなる。憲法一九条がかような趣旨に出たものであることは、これに該当する諸外国憲法の条文を見れば明瞭である」。

(3) 小括

以上、国家が特定の思想を勧奨したり、庇護を与えることにより偏頗な所遇をすることなども、思想・良心の自由の侵害に該当する。被告日本国の立論は、神権天皇制・天皇制ファシズムを否定し個人の尊厳を基調とした日本国憲法における思想・良心の自由の解釈論としては不適切である。本件においては、被告日本国は、本件諸儀式等のうち剣璽等承継の儀、即位後朝見の儀、即位礼正殿の儀、祝賀御列の儀、祝宴の儀を国事行為として行うほか、他の儀式を天皇

の公的行為として位置付け、膨大な血税を注ぎ込み、組織的・長期にわたり本件諸儀式等を執り行った。これは、天皇を賛美、代替わり奉祝の勸奨、庇護であり、国家によるマインドコントロールにほかならず、思想・良心の自由の侵害は明らかである。

6 政教分離違反

(1) 被告日本国の主張

被告日本国は、津地鎮祭最判、自衛官合祀訴訟最判を引用し、憲法 20 条 3 項及び 89 条前段の各政教分離規定は、いわゆる制度的保障規定であり、信教の自由を保障するものではないとして、原告らの主張は確立した判例と異なる独自の見解であって、失当である旨主張する。

しかし、果たして、政教分離規定を被告日本国がいうような制度的保障規定と捉えることができるであろうか。以下、政教分離規定の法的性格について論ずる。

(2) 政教分離規定の法的性格その 1 (人権説再論)

ア 津地鎮祭事件最高裁の制度的保障論

津地鎮祭事件で最高裁判所が示した制度的保障論は「元来、政教分離規定は、いわゆる制度的保障の規定であって、信教の自由そのものを直接保障するものではなく、国家と主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の保障を確保しようとするものである」として、政教分離規定（制度）と狭義の信教の自由規定（人権）を峻別する立場を打ち出し、②その政教分離規定について、宗教は社会生活と接触する外部的な社会事象としての側面を伴うのが常であるから「国家は實際上宗教とある程度関わり合いを持たざるを得ない」とし、③そのような考え方を前提として、憲法 20 条 2 項は「狭義の信教の自由を直接保障する規定であるのに対

し」、3項は、上記の制度的保障であるがゆえに、その「保障にはおのずから限界があり」、両者の規定は「それぞれ目的、趣旨、保障の対象、範囲を異にするものである」から、「2項の宗教上の行為等は、必ずしもすべて3項の宗教的活動に含まれるという関係にあるものではない」という、3項の「宗教的活動」を限定的に解釈する立場をとっている。(芦部信喜『憲法学Ⅲ人権各論(1)』増補版148頁)

イ 政教分離について制度的保障論はとりえない

この点、もともと「制度的保障の理論」は、当該事項に関して立法権が広範な裁量権限をもつことを前提にしつつ、立法権によっても侵害しえない制度の本質的内容(中核)の存在を認めようとする議論である。しかし、(少なくとも日本国憲法において)宗教に関しては、立法権は明らかに犯罪等に該当する行為を規制する場合を除いてはいかなる裁量的権限をもっていない。したがって、宗教の領域に関して、制度的保障という概念を用いること自体許されないものである。すなわち、日本国憲法の人権規定を解釈するための理論としては、制度的保障の理論は、その意義をほぼ失っている。(浦部法穂『憲法学教室』全訂版136頁、芦部・前掲)

また、上記最高裁の「制度的保障論」についてみれば、狭義の信教の自由保障規定と政教分離規定の趣旨・目的、保障の対象・範囲は異なることを強調して「自由」と「制度」との密接な関係を断ち切るものであって、政教分離の厳格性を著しく相対化する可能性がある。同最高裁判決で藤林益三等5裁判官の反対意見が「国家と宗教の結びつきを容易に許し、ひいては信教の自由の保障そのものを揺るがすことになりかねない」と批判しているとおりである(芦部・前掲149頁)。

ウ 政教分離規定は人権規定である

そもそも、政教分離は、信教の自由のための単なる「手段」ではない。それは信教の自由確立のための「必須の前提」である。つまり、歴史的に、政教融合が信教の自由を完全に否定してきたことから、信教の自由の確立にとって政教分離が不可欠だと考えられたものである。すなわち、仮に政教融合による個々人の信教の自由への圧迫が、直接的な強制や弾圧がない限り間接的なものに留まるとしても、かかる間接的な圧迫が、社会における信教の自由の否定そのものとして現れることになる。ゆえに、政教分離規定で禁止されている一見「間接的」な圧迫を廃除することによって、信教の自由の保障ははじめて完全なものになるのである。

体系的に整理すれば、日本国憲法は、直接的な強制や弾圧を排除するとともに、政教分離を定めることによって間接的な圧迫をも排除して、信教の自由の完全な保障を図っていると言える。

上記のことを考えれば、政教分離は信教の自由の 1 つの内容をなすものであって、政教分離規定は、それじたい人権条項と言えるのである。(以上、浦部・前掲)

(3) 政教分離規定の法的性格その 2 (制度的保障論について)

ア 上記のとおり、津地鎮祭最判は、政教分離原則を、信教の自由を間接的に確保するための制度として把握するものであるが、このような意味で制度的保障の観念を用いるのは、本来の制度的保障説の意義からは外れている。すなわち、制度的保障説が論じられる通常の場合であるところの財産権の不可侵(憲法 29 条 1 項)や地方自治の保障(92 条)においては「制度的保障か、それとも主観的権利か」という「あれか、これか」の問いがまずあって、制度的保障説をとるということは主観的権利性を否定するということと同時に意味していた。なぜなら、当該保障は制度を客観的に保障するものにすぎ

ず、その結果として保護される主観的利益は反射的利益として保護されるにとどまるから、すなわち主観的権利の保障ではない、という論法によってである。たとえば、私有財産制度の保障にすぎず、具体的財産権を権利として認めるものではないとされ、あるいは地方自治制度の保障にすぎず、自治体が現実 enjoyment している利益を権利として認めるものではないとされる。また、以上のような制度的保障説は、権利性の否定を意味するばかりではなく、制度の保障自体も、その本質部分が侵害されなければよいとするラインにまで後退して把握する点にも特徴を有している。

ところが、政教分離原則の場合、制度的保障説といっても、そもそも上記のような「あれか、これか」の制度的保障論をとることは、元来不可能である。なぜなら、憲法が政教分離原則と信教の自由とを同時に保障している以上、政教分離原則を制度的保障と捉えたからといって、政教分離原則によって保護される主観的利益（信教の自由）を反射的利益の地位にとどめることはできないからである。

それでは、津地鎮祭最判は、どのような意味で「制度的保障」という言葉を用いているのかが問題となる。

第一に、同判決の制度的保障説は、もとより信教の自由の権利性を否定するものではなく、信教の自由という主観的利益を間接的に保護するものとして政教分離原則を位置づけている。すなわち、同判決が「信教の自由そのものを直接保障するものではなく、…間接的に信教の自由を確保しようとするもの」というのは、単に政教分離原則が信教の自由にとり手段的な役割を与えられている、という趣旨にすぎない。このことは、政教分離原則が信教の自由を擁護するうえで有用であり、それゆえ前者に違反する行為は後者の侵害につながることを、憲法自身が規範的に確定しているということ（両

者の結びつきは憲法制定者自身が前提とした因果関係、すなわち、
いわば憲法的立法事実であること)を意味するはずである。

第二に、同判決の制度的保障説は、本来の同説とは異なり、制度の本質的部分にまで保障のラインを後退させるものでもない。それ故にまた、同判決が基準として提示した目的効果基準も、制度の本質部分の侵害の有無を判定するための具体的基準であると考えられるべき理由はなく、したがって、政教分離原則の具体的内容の点でも緩やかな限定分離と結びつく理論的必然性はない。同判決が目的効果基準を限定分離の観点からルーズに運用しているのは、制度的保障説の当然の結果ではなくして、判旨自信が述べているように「實際上」の理由に基づくものである。

イ　ところで、上記第一の点については、自衛官合祀訴訟最判及びそれ以降の判例は、津地鎮祭最判の趣旨から踏み出して、政教分離原則が制度的保障であること自体から、同原則と信教の自由との結びつきの弱さを導き出そうとしている。これは政教分離原則が定められた趣旨をわきまえない解釈である。自衛官合祀訴訟判決は「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」と述べ、津地鎮祭最判を引用するのであるが、それに続いて「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…憲法の保障している信教の自由を直接侵害するに至らないかぎり、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」とし、政教分離原則違反が借りに認められるとしても、それだけでは信教の自由等の侵害が当然に生じたとはいえない、とした。ここでは、政教分離原則が信教の自由にとり、憲法の規範構造上「間接的確保」(津地鎮祭最判)の役割を与えられているということから、政教分離原則違反の行為が信教の自由に採り因果関係上「直接侵害」

ではないということが導き出されているのである。

しかし、これは論理の飛躍である。なぜなら、制度的保障説を採った場合、津地鎮祭最判も述べるように、政教分離原則は信教の自由との間では目的・手段の関係に立つことになる。そうであれば、政教分離原則違反の行為については、信教の自由の侵害が憲法上推定される（法律上の推定）か、あるいはむしろ当該侵害が発生するものとみなされるものと解されるのである。

(4) 小括～本件訴訟における政教分離原則違反の位置付け

政教分離原則を基本的人権と考えるならば、政教分離原則違反により、原告らにはストレートに被侵害利益が発生していることになる。

また、上記(3)のように、政教分離原則違反により、信教の自由の侵害が憲法上推定されるか、当該侵害が発生するものとみなされれば、原告らには、政教分離原則違反に基づく信教の自由の侵害という被侵害利益が発生することになる。

さらに、仮に、政教分離原則違反を被告日本国が主張するような制度的保障論に立脚するとしても、被告日本国の行為は、政教分離原則という憲法上の大原則を逸脱する態様で行われたのであるから、国賠法1条1項の解釈適用上、行為不法の悪質性が認められ、これが違法性を基礎付ける根拠となる。

7 信教の自由

(1) 被告日本国の主張

被告日本国は、国家によって信教の自由が侵害されたといいうるためには、少なくとも国家による信教を理由とする不利益な取扱又は強制・制止の存在することが必要であるとした上、本件緒儀式は個々の国民に向けた行為ないし処分ではなく、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も、原告らに何らかの信仰、宗教的行為等を強要し、あるいは、原告らの信教の自由につき不利益な取扱いや強制を伴うものでもない旨主張する。

(2) 被告日本国による信教の自由の考え方は誤っている

ア 被告日本国は、このように信教の自由の侵害を信教を理由とする不利益取扱いや宗教上の強制に限定するのであるが、果たして、このような限定がどこから出てくるのかは必ずしも明らかではない。

まず、信教を理由とする不利益取扱いについては、これは憲法 14 条 1 項の平等保障によってカバーされる問題であって、憲法 20 条 1 項前段「信教の自由は、何人に対してもこれを保障する」の存在理由が 14 条の繰り返しにあるものではない。他の人権をみても、憲法 20 条 1 項前段は、何人に対しても無条件の保障である点で、21 条 1 項「集会、結社及び言論、出版その他一切の表現の自由は、これを保障する」に似ているが、表現の自由の保障は、表現行為に応じて不利益な取扱いを受けることのない権利に尽きるわけではない。また、憲法 20 条 1 項の趣旨が不利益取扱いの禁止を除けば、同条 2 項「何人も、宗教上の行為、祝典、儀式又は行事に参加することを強制されない」による参加の強制の禁止にとどまるのでは、例えば、表現の自由の保障の中身の大半は検閲の禁止であることになろう。しかし、いうまでもなく、表現の自由の保障の存在根拠の一つである思想の自由市場論からは検閲の禁止にとどまらず、事前抑制の原則的禁止一般が要請されるし、その自由が萎縮的效果を受けやすい傷つきやすい自由であることから、漠然不明確ゆえ無効の法理も導き出されている。このように自由権の保障内容は、その存在根拠や特性に応じて決まってくるのであって、不利益取扱いの禁止とその意に反した積極的作為の強制の禁止に尽きるものではない。信教

の自由は、表現の自由と同様に精神的自由であるから、萎縮効果をも勘案した手厚い保護が必要とされるべきであり、不利益取扱いや参加の強制といった直接的侵害のみならず、間接的侵害からも守られるべきである。また、信教の自由が本質的に内心の自由であるということは、信教の自由が侵害されにくいことを意味するわけではない。むしろ、信教の自由は、内面生活にかかわるセンシティブな人権であるがゆえに、間接的な侵害によっても直接的侵害と同様のダメージを受けうるのである。

イ 被告日本国が主張する「不利益な取扱い又は強制・制止の存在」が物理的・直接的なものであるとすれば、何も信教の自由を持ち出すまでもなく、身体的権利侵害に該当する。

この点、自衛官合祀訴訟最判は「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…。したがって、この規定に違反する国また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」と判示しているが、この判示は次のように考えることができる。

まず、「間接的」とは、要するに「制度的保障」ということを敷衍する表現にほかならない。それ以上に、政教分離原則違反が信教の自由に対する「直接の侵害」となり得ないことまでをいうもので

はない。また、「信教の自由を直接侵害するに至らない限り」とは、政教分離原則違反が信教の自由に対する「直接の侵害」となり得る予知を一般論としては認める命題である。そして「直接の侵害」の意味であるが、上記最判は「直接の侵害」の例として憲法 20 条 1 項に違反する信教の自由の制限を挙げており、信教の自由の制限一般を「直接の侵害」と表現しているのである。つまり、信教の自由に対する委縮効果を伴うような圧迫もまた信教の自由の侵害と解されるのである。

ウ また、前述した思想・良心との自由との関係でいえば、信教の自由も、思想・良心の自由と同じく、人間の内心の精神活動の自由を保障するものであり、その保障の態様を思想・良心の自由と別異に解する理由はない。そうすると、国家がある特定の信教を勧奨したり、庇護を与える場合、それが必ずしも物理的・直接的な強制を伴わないとしても、信教の自由の侵害となり得る。

(3) 小括

以上のとおり、被告日本国の信教の自由の解釈論は「強制」という文言に過度にこだわったものであり、狭きに失し、妥当ではない。

第 3 本件における国賠法 1 条 1 項の違法性に関する判断枠組み

1 国賠法 1 条 1 項の違法性について

(1) 国賠法の違法性は民法不法行為法上の違法性と同じであることについて

ア 国賠法の立法時においては、同法 1 条 1 項の違法性は民法不法行為法の違法性と同じであると考えられていた（宇賀克哉『国家補償法』42 頁）。つまり、同法 1 条 1 項の違法性とは、本来は民法 709 条の違法性と同じであり、同条が規定する「他人の権利又は法律上

保護される利益を侵害」したことを意味している。

国賠法は、民法不法行為法の特別法であり（国賠法 4 条参照）、両者はいずれも損害の公平な分担を基本理念とするのであるから、両者の違法性の意義が同じであることはむしろ当然と考えられる。

「他人の権利又は法律上保護される利益を侵害」（以下「他人の権利等を侵害」という）したからこそ、その損害を填補するために損害賠償責任が生じるのであり、それは国賠法でも民法でも変わりはないはずである。

イ 民法不法行為法では、違法性とは行為不法（加害行為の違法性）を意味するという考え方と結果不法（生じた結果、つまり損害の違法性）を意味するという考え方があるが、現在では両者を相関的に考慮する必要があるとする相関関係説がきわめて有力な通説となっている。

つまり、不法行為法上の違法性は行為不法と結果不法のいずれか一方で判断するのではなく、行為不法と結果不法を相関的にみて、他人の権利を侵害したと認められることが違法であるということになる。

ウ 民法不法行為法では、交通事故による人身損害や物的損害などを見れば分かるように、通常は、他人の権利等を侵害したことは明らかであるため、違法性概念の果たす役割は低下し、むしろ過失が損害賠償責任の成否を判断する上で重要な役割を果たすようになったとされている（新過失論）。

ところが、ある種の不法行為、すなわち「正当な権利行使が一定の限度を超えることによって不法行為を構成する事案においては、故意・過失とは別に『権利』や『法律上保護される利益』の侵害の要件は積極的な意味を持ちうる（従来は『受忍限度』という言葉で

表現されることが少なくなかった)。むしろ、これらの要件こそが不法行為の成否を決することが多い」ことが指摘されている（内田貴『民法Ⅱ』第3版362頁）。

例えば、大気汚染や騒音などの公害事件では、本来は正当な事業活動が一定の限度を超えることにより、つまり受忍限度を超えて他人の権利を侵害したことにより違法となり、不法行為を構成するのである。

そしてこのような事案では、上記の相関関係説により、行為不法と結果不法を相関的に考慮して違法性（受忍限度を超えて他人の権利を侵害したといえるかどうか）を判断することになる。

エ この指摘を国賠法の領域に当てはめて考えてみると、公務員の正当な権限行使が一定の限度を超えることによって不法行為を構成する事案においては、国民の権利や法律上保護される利益の侵害の要件は積極的な意味をもつのであり、公務員の行為が受忍限度を超えて国民の権利を侵害した場合にはその行為は違法となり、不法行為を構成することになると解される。

公務員があからさまに不法行為をすることはむしろまれであり、公務員の行為は、本来は正当な権限行使が一定の限度を超えることにより、受忍限度を超えて国民の権利を侵害することによって不法行為を構成する場合が少なくないと思われる。

そしてこのような事案では、前記の相関関係説により、行為不法と結果不法を相関的に考慮して違法性（受忍限度を超えて国民の権利または法律上保護される利益を侵害したといえるかどうか）を判断することになる。

オ 本件において被告日本国の違法性を判断するためには、①被告日本国の行為の不法性（行為不法）と②原告らに生じた損害の不法性

(結果不法)を明らかとし、③これらを相関的にみて、原告らの権利または法律上保護される利益が受忍限度を超えて侵害されたかどうかを検討する必要がある。

(2) 公権力発動要件欠如説及び職務行為基準説について

ア これまでの行政法学説の多くは、国賠訴訟においても法律による行政の原理（ないしは法治主義）の実現は重要であり、かつ、国賠違法と取消違法を統一的に考えることが簡明であり、国民の権利救済にも資すると考えてきた。その結果として、国賠違法についても行為不法説をとるべきであり、公務員が行為規範としての法令の規定に違反して職務行為をしたときに国賠法上違法となるとする公権力発動要件欠如説が有力である。

しかし、行政処分が違法であることを理由として国賠訴訟を提起するような場合には公務員の行為規範となる法令の規定（つまり根拠法規が定める処分要件）は明確であるが、それ以外の場合には公務員の行為規範となる法令の規定が明確であることはまれであり、法令の解釈によって国賠違法を判断することは現実にはきわめて困難である。本件諸儀式等においても、公務員の行為規範となる具体的な法令の規定は明確ではなく（登極令及びその附式は行為規範たり得ない）、法令の解釈によって国賠違法を判断することが困難な事案である。

それにもかかわらず、国賠違法は、行為不法であり、法令違反を意味するとして、行為規範となる法令の規定がきわめて不明確である場合にも法令の解釈に依存し、結果不法を考慮しないことは、著しく不当な結果を招来することがある。

イ この点、最高裁 1993 年 3 月 11 日判決（民集 47 卷 4 号 2863 頁、奈良民商事件）は、所得税更正処分の取消訴訟で勝訴した（取消違

法が認められた) 原告が、違法な更正処分によって損害を受けたとして国賠訴訟を提起したところ、更正処分が国賠法1条1項にいう違法があったという評価を受けるのは「税務署長が…職務上通常尽くすべき注意義務を尽くすことなく漫然と更正をしたと認め得るような事情がある場合」に限られるが、本件はそのような場合に当たらないとして、請求を棄却した。このように同判決は、職務行為基準説により国賠違法を認めなかった。そして、本件訴訟においては、被告はこの職務行為基準説に立脚している。

同判決の事案においては、原告は税務調査に非協力的であり、税務署長が正しい税額を把握することが困難であったという事情があるので、更正処分が取り消されたとはいえ、税務署長の行為不法の程度が大きいとは言い難いように思われる。そして、取消判決によって過納分の税額は還付されたはずであるから、原告の損害(結果不法)は精神的苦痛による慰謝料と営業損害であるが、これらの損害が受忍限度を超えていたかどうかは疑問である。税務署長にはこれらの損害発生を予見して結果回避措置をとる義務があったということもできないから過失があるとはいえず、国の賠償責任を否定した結論は妥当と考えられる。

法令違反説によると同事件では国賠違法があることになるが、それは不合理であることから最高裁は法令違反説を否定し、取消違法と国賠違法は異なるとする職務行為基準説によったものと思われるが、職務行為基準説に立脚したとしても、行為不法と結果不法の相関関係が考慮されなければならないと考えられる。

(3) 小括～本件における判断要素

ア 結局のところ、本件のように、公務員が依拠すべき行為規範が不明確な場合、職務行為基準説に立脚するとしても、判断要素として

は、相関関係説における行為不法、結果不法の両側面から検討する必要がある。そして、行為規範については、不文の法原則から当該公務員には結果の発生を防止すべき行為規範あるいは過失なく行動するという行為規範が措定される（村重慶一ほか『国家賠償訴訟の実務』36頁）。判断の基準となり得る」

イ 本件における判断要素としては次の諸点を挙げる事ができる。

判断要素としては、前述したように、行為不法としての国民主権原理違反、政教分離原則違反（仮に、被告日本国が主張するような制度的保障論によった場合）、結果不法としての各被侵害利益の侵害のほか、行為そのものとしての本件諸儀式等の意義・歴史的沿革、および神権天皇制・天皇制ファシズムを日本国憲法が否定した経緯・趣旨などである。

以上