

大嘗祭違憲訴訟(六)〔控訴審編その4〕

— 鹿児島県知事の大嘗祭出席についての住民訴訟の記録 —

小 栗 実

五 控訴人の第一〇準備書面(一九九四年七月二〇日)(つづき)

第一 日本国憲法における政教分離規定の立法事実

一 明治憲法下における国家神道の成立と信教の自由の抑圧(前号に掲載)

二 敗戦と神道指令、日本国憲法の成立

1 敗戦と神道指令

敗戦直後、GHQは、覚書「国家神道・神社神道ニ対スル政府ノ保証・支援・保全・監督並びニ弘布ノ廃止ニ関スル件(いわゆる神道指令)」(一九四五年二月一五日)を発し、戦前の天皇神聖の教義による国家と神社神道の結合を排除しようとした。神道指令は、冒頭で

「……国家指定の宗教ないし祭祀に対する信仰或は信仰告白の（直接的或は間接的）強制より日本国民を解放するために、戦争犯罪、敗北、苦悩、困窮及び現在の悲惨なる状態を招来せるイデオロギーにたいする強制的財政的援助により生ずる日本国民の経済的負担を取り除くために、神道の教理ならびに信仰を歪曲して日本国民を欺き、侵略戦争へ誘導するため意図された軍国主義的ならびに過激なる国家主義的宣伝に利用するが如きことの再び起こることを防止するために、再教育によって国民生活を更新し、永久の平和および民主主義の理想に基礎を置く新日本建設を実現せしむる計画にたいして、日本国民を援助するために、ここに左の指令を發す」

と述べて、その目的を明示していた。そして、「神道ニ関連スルアラユル祭祀、慣例、儀式、礼式、信仰、教へ、神話、伝説、哲学、神社、物的象徴」（※傍線は控訴人による）と国家との完全な分離を要求する、徹底したものであった。

神道指令により、国家と神社神道との完全な分離が命ぜられ、神社神道は、一宗教として他の宗教と同じ法的基礎の上に立つこと、神道に対する国家、官公吏の特別な保護監督の停止、神道及び神社に対する公の財政援助の停止、神棚その他国家神道の物的象徴となるものの公的施設における設置の禁止及び撤去等の具体的措置が明示された。天皇ないし皇室と伊勢神宮、靖国神社その他の神社との信仰上の密接な関係は残ったが、あくまでそれは私的なつながりとして取り扱われることとなった。

一九四六年には、昭和天皇は、極めて遠まわしな表現ながら、いわゆる「人間宣言」を發し、自己の神性を否定した（但し、一般に「人間宣言」と称される一九四六年一月一日の詔書は、冒頭に明治天皇の「五箇条御誓文」が掲げられており、昭和天皇は一九七七年八月二三日の記者会見において、この点に関する記者の質問に対して、「そのことについてはですね、それが実はあの時の詔勅の一番の目的なんです。神格とかそういうことは二の問題であった。……民主主義を採用したのは、明治大帝の思し召しである。しかも神に誓われた。……民主主義というものは決して輸入のものではない

ということを示す必要が大いにあったと思います。」と答えており、「人間宣言」がその文字通りの内容のものではないことは明らかである。)

## 2 日本国憲法の成立

日本国憲法は、政教分離が完全でなければ真の信教の自由は保障されないという旧憲法下の苦い歴史的経験に鑑み、神道指令の趣旨を引き継ぎ、国家神道を解体して信教の自由を確立するために、詳細な政教分離規定を設けて、国家権力の無宗教性(世俗性)を確立せんとした。同時に日本国憲法は、天皇の地位を「主権の存する日本国民の総意に基づく」ものとして、天皇の神性を完全に否定した。

こうして天皇の祭祀は、政教分離の原則に従って、いかなる意味においても全く国家的公的性格を持たない天皇個人の私事となった。宮中で天皇に仕える神職である掌典、内掌典は、天皇の私的使用人となったのである。

## 三 戦後の国家神道と政教分離規定の必要性

### 1 政治の反動化と皇室祭祀の復権

(一) 戦後米ソ冷戦の激化と朝鮮戦争の勃発により、日本はアメリカ合衆国の反共前進基地として重視され、民主化も抑圧されるようになった。そしてこれを機に旧支配層の復活と政治の反動化が進行しはじめた。

日本国憲法により、神道に対する国家の支援・保障は禁じられたが、宗教としての国家神道は残っていた。旧支配層にとっては、国家神道体制は国民支配の具として極めて魅力的なものであったから、憲法の制約を意識し、アメリカ合衆国の眼をそらしながら、宗教としての国家神道との結び付きを強め、これを実質的に支援・保障しようとする姿勢を取り続けた。

しかし、神道との露骨な接着は未だ国民の批判に耐えられないことから、「象徴」という独特で曖昧な地位を与えられた天皇の権威の復活をもって、その先鞭をつけようとしたのである。

(二) 一九五二年には皇太子継宮明仁(現天皇)の立太子礼が旧立儲令に従って挙行されたが、この立太子礼において、政府は神道儀礼である「賢所大前の儀」の一部を国事として挙行し、政教分離原則無視の第一歩をしるした。

一九五九年には同人と正田美智子(現皇后)の結婚式が旧皇室親族令に従って挙行されたが、この模様が当時普及し始めたテレビを駆使して大々的に宣伝されてブームをまきおこし、これを機に生物学者としての昭和天皇など、民主的で親しみのある皇室というイメージが、女性週刊誌をはじめとする出版物とテレビを通じて組織的に広められるようになった。

一九六〇年には内閣総理大臣池田勇人が国会の答弁書で八咫鏡(やたのかがみ)の所有権が皇室にあることを声明して、「三種の神器」の公的復権に道を開いた。一九六七年には、国民の広範な反対を押し切って、二月一日の旧紀元節が「建国記念の日」の名称で「国民の祝日」として復活した。

そして一九六九年には、自民党所属衆議院議員二三八名が「靖国神社法案」を提出し、靖国神社の国営化を企画した。「神社」を非宗教の慰霊施設と擬制して国家が運営するこの構想は、まさに戦前同様の国家による神道支援体制の再現を目指したものといわざるを得ないものであったため、宗教者をはじめ国民各層から広範で根強い反対運動が起こり、一九七四年までに六回にわたり廃案となった。しかし、反動勢力は執拗に靖国神社の国営化を企て、一九七五年二月、天皇の靖国神社公式参拝の法制化を主眼とする「慰霊表敬法案」の構想を発表した。この法案は国会提出までには至らなかったが、推進側は、この内容の実現をその後の運動の目標とするようになり、地方自治レベルで靖国神社の公式参拝を推進する決議をなす運動などを展開した(なお、岩手県議会における公式参拝議決が仙台高裁一九九一年一月一〇日判決(判例時報一三七〇号三頁)(確定)で違憲と判断されている)。

このような動きを背景として一九八五年八月一五日内閣総理大臣中曾根康弘は、靖国神社への公式参拝を強行した。こ

の時は内外の強い批判を受けて一回だけに終わったが、その後も首相や閣僚による公式・私的を明確にしない靖国神社参拝が継続的に行われている。

(三) 皇室経済への民主的統制の後退

皇室祭祀の復権を助長し、皇室の政治的・宗教的権威の強化に貢献したのは、皇室経済への民主的統制の後退であった。日本国憲法は、八八条ですべての皇室財産が国に属するものとし、すべての皇室費用は予算に計上して国会の議決を経なければならぬとして、皇室財産を国家財産の中に吸収合併し、国家財産の一元化を図った。また八条は皇室への財産の譲渡等について国会の議決を求めた。

ところが、これらの規定を具体化する法律である皇室経済法は、従前の皇室財産をそのまま皇室のために用いることを認めたり(同法附則第二項)、「日常の費用その他内廷諸費に充てる」定額の「内廷費」を支給し、これを「宮内庁の経理に属する公金としない」こととする(同法第四条)など、皇室の財産維持・形成に道を開いた。また、一九五三年及び一九六四年の国有財産法の改正を通じて、私人による皇室の経済的支援を可能にし、国会の議決を要する場合を限定することにより(同法一三条二項)、国会の統制を後退させた。

さらに、内廷費と宮廷費を分けて前者は公金としないことにしながらも、実際は宮内庁によって内廷費が経理され、皇室の日常の諸事について宮内庁が「お手伝い」として援助支援する体制が作られ、この宮内庁の全面的バックアップにより、皇室がその祭祀の挙行を全うすることが、できるようになった。他面、皇室のあり方が宮内庁によって完全にコントロールされて、皇室の権威の政治的利用が横行するようになった。

今回の即位の礼・大嘗祭の挙行を可能ならしめた背景には、右のような皇室経済の自立と宮内庁の援助支援があった(以上、笹川紀勝「皇室経済と議会制民主主義の課題」北大法学論集第四〇巻第五・六合併号参照)。

(四) 皇室祭祀への参列の日常化

政教分離原則の確立により、法的には天皇の祭祀は天皇の私事とされることになったが、皇室祭祀は、紀元節祭が廃止され、二祭の名称が変わった以外は、ほぼ旧皇室祭祀令等の規定どおりに今日も生き続けている。

そして、この皇室祭祀には、内閣総理大臣以下国家公務員の参列が、私人としての行為という名目で慣例となっている。一九七六年大正天皇の五〇年式年祭が皇靈殿で行われ、文部大臣海部俊樹が参列し、同日行われた天皇后の多摩陵参拝には内閣総理大臣福田赳夫と官房長官園田直が随行した。神社、寺院への勅使の差遣や大師号、国師号等の宣下も、天皇の私事との名目で、戦前と同様に行われている。

天皇の祭祀の内容は戦前と異なるものではなく、この国の祭司王として祭祀を執行しているものであることは明らかであるが、政府はあえてこれに参列することにより、天皇の宗教的権威の強化に向けて既成事実を積み重ねている。今回の大嘗祭への国家的関与や公務員の参列も、このような流れの延長線上にあるものとしてとらえなければならぬ。

## 2 神社本庁の動向

(一) 神道指令を受けて一九四六年に神祇院官制をはじめ、すべての神社関係法令が廃止されると、神社関係者らは、直ちに宗教団体「神社本庁」を設立した。神社本庁は、庁規に「神宮ハ神社ノ本宗トシ本庁之ヲ輔翼ス」(第六一条)とかかげ、伊勢神宮を中心に、全神社が結集するという基本構想にたって設立された。これは、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。神社本庁は、全国の神社のほとんどにあたる七万八千余社を組織し、順次地方下部組織として都道府県神社庁を設立し、教団機構を整備した。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。宗教としての国家神道は完全に残ったのである。

朝鮮戦争以後の政治の反動化の中で、一九五三年には、敗戦によって中止されていた伊勢神宮の式年遷宮が行われたことを契機に、神社界には復興の気運が高まり、国家による神道への支援・保障の復活が、神社本庁の指導層をはじめ宗教

界の一部と反動勢力によって公然と要求されるようになった。神社本庁は、神社の民族宗教としての性格を全面に押し出して、国家的公的性格を離れて神社神道はありえないとの立場を取り、国家による神道への支援・保障の要求を基本路線とし、靖国神社の国営化運動にも力を注いだ。

今回の大嘗祭にあたって、神社本庁は「登極令に定められてゐる即位礼、大嘗祭、大饗は、すべて国家的重儀である。従つて、国がその理を明らかにするためにも、すべて国の行事として行はれること。」との基本姿勢を取つて、大嘗祭を国事行為として行うよう政府に働きかけたり、奉祝運動を展開したりした。また、神社本庁は、大嘗祭の意義を説くパンフレットを大量に配布したが、その中で天皇が神道の祭主であることを強調して、自らの宗教的存立の支えとして天皇の宗教的權威を用いる姿勢を明らかにしている(甲二五号証及び二七号証)。

(二) 以上のように、宗教としての国家神道は残存しており、神道の側も国家による支援・保障の復活要求に心血を注いでいる現実があるのであつて、1で述べた皇室祭祀と癒着する政府の姿勢とあいまつて、国家神道体制は現在も確固として存在していると言える。したがつて、日本国憲法で厳格な政教分離規定が設けられ、神道に対する支援・保障が禁じられていても、政教分離規定が設けられた当初の意義は何ら薄れておらず、不断に国家神道の解体への役割が期待されているのである。

### 3 国民の意識

日本は宗教の生きた博物館だと言われている。古来の宗教といわれる神道は自然崇拜・農耕儀礼・祖先祭祀といった基層宗教が合体して表層宗教に形を整えたものであるし、民衆レベルでは生死・通過儀礼、年中行事、物忌などにみられるアニミズムがあり、また巫術、神憑り、託宣といったシャーマニズムがあつた。これらに、六世紀以降に伝来した大乘仏教の諸思想が、平安二宗と鎌倉新仏教及び固有の山岳崇拜と習合した修験道として日本化して結実し、日本文化の発展と日本人の信仰心形成に決定的影響を与えた。このような多元的な宗教の影響を受けて、日本人の多くは重層的な宗教生活

を営んで来た。戦前には、この国民の多元的・重層的信仰を国家が利用し、大規模な抵抗を受けることなく、自己の信仰のいかんにかかわらず臣民の義務として天皇を崇拜し神社に参拝する体制——国家神道体制を敷くことができたのである。その国家神道体制が一面、一般国民の間に、自己の宗教と国家の祭祀の二重信仰を当たり前のことと受け止める心情を培い、国家神道と他のなんらかの宗教との重層的信仰を矛盾なく実践する傾向を促進したのである。反面、この重層的信仰を拒否し、唯一神を信仰する者に対しては、激しい社会的圧力が加えられ、国家・社会から排除して来たのである。

このような国民の信仰の実態は、戦後も大きな変化はない。このため、国家と神社神道との結びつきは、多くの国民にとってさほど違和感なく受け容れられる反面、神社神道やその中心的教義である天皇崇拜と相容れない信仰を持つ者は社会の中で孤立することになる。しかも、戦後ほぼ一貫して政権を掌握している勢力が、常に天皇の宗教的權威の強化を企図し、宗教としての国家神道との結びつきを強めていることからすると、重層的信仰を拒否する者に対する国家・社会からの圧力は実質的に戦前と変わるところがなく、国家と神道が結びつくことによつて個人の信教の自由が制約される程度は、他の宗教の場合に比べても格段に大きいのである（池田政章「憲法と宗教」の歴史心理——法文化論への誘い——公法研究五二号三〇頁以下参照）。

右のようなわが国独特の宗教事情も、憲法の政教分離原則を現代においても成り立たしめている事実なのであり、その解釈において重視されなければならない事情なのである。

## 第二 日本国憲法及び法令のもとにおける大嘗祭の位置付け

一 原判決は、被告の参列の目的を「国の要職にある天皇の皇位継承儀式に儀礼を尽くし、祝意を表す目的のため」とし、効果としてもその限度に止まる、と判示するが、前提問題である、大嘗祭の「公的」挙行が日本国憲法や法令のもとにおいて果して許されるものであったか否かについての検討は全く抜け落ちている。しかし、現在の憲法秩序の下においてそ



の「公的」挙行自体が許されない儀式であれば、それに対して「公人」が「儀礼を尽くし、祝意を表す」こともまた憲法秩序の下で許されないことになるはずである。したがって控訴人が原審において大嘗祭の「公的」挙行を違憲と主張していたのであるから(一九九一年六月七日付け準備書面等)、その点について原判決が判断しなかったのは、判断遺脱というべきである。

控訴人としては、控訴審において、改めて、大嘗祭の「公的」挙行が違憲、違法であるから、これに対して「公人」が「儀礼を尽くし、祝意を表す」ことも違憲・違法であることを主張するものである。

その根拠として、憲法制定、皇室典範改正の立法過程において、大嘗祭はもはや「公的」には行うことが許されないものになったのだということを以下に詳細に論証したい。

## 二 皇位継承をめぐる憲法と皇室典範

### 1 日本国憲法(以下「現憲法」という)について

現憲法は、その前文において、国民主権主義、基本的人権尊重主義及び平和主義が基本原理であることを宣言する。そして、天皇の地位は、国民主権原理に立脚する象徴であるとし(一条)、皇位は、世襲制であつて国会の議決した皇室典範の定めによって継承されることとした(二条)。

### 2 一九四七年一月一六日法律第三号の皇室典範(以下「現典範」という)について

現典範は、皇位は皇統の男系男子が継承し(一条)。天皇が死亡したときは皇嗣が直ちに即位し(四条)、皇位の継承があつたときは即位の礼を行う(二四条)と規定するのみである。

### 3 大日本帝国憲法(以下「旧憲法」という)について

#### (一)「告文」抄

皇朕レ謹ミ畏ミ

皇祖

皇宗ノ神靈ニ誥ケ白サク皇朕レ天壤無窮ノ宏謨ニ循ヒ惟神ノ宝祚ヲ承継シ（略）茲ニ皇室典範及憲法ヲ制定ス（略）

（なお、「皇祖」とは天照大神をさす。）

（二）旧憲法は、万世一系の天皇が統治し（一条）、神聖不可侵の天皇が国家元首であり、統治権を総攬することを定めていた（三条、四条）。そして、皇位は、皇室典範の定めにより皇男子孫が継承すると定めていた（二条）。

（三）以上からわかるように、天皇の地位は神権天皇原理に立脚し、皇位の継承は帝国議会の協賛（旧憲法五条）を経ずに、憲法とは別の法体系の下に、天皇によって制定される皇室典範の定めるところによる。

4 大日本帝国憲法下の皇室典範（以下「旧典範」という。）について

（一）第一条

大日本國皇位ハ祖宗ノ皇統ニシテ男系ノ男子之ヲ繼承ス

（二）第一〇条

天皇崩スルトキハ皇嗣即チ踐祚シ祖宗ノ神器ヲ承ク

（三）第一一条

即位ノ禮及大嘗祭ハ京都ニ於テ之ヲ行フ

5 現典範に大嘗祭に関する定めがなく。さらに他の法令にも大嘗祭に関する定めがないのはなぜか。

（一）旧憲法（告文を含む）の神権天皇原理からすれば、天皇の拠って立つ地位は神であることからして、皇位継承において、新天皇が神となる儀式（宗教儀式）を必要としたことは必然的であった。旧典範は、旧憲法の神権天皇原理を象徴化するための具体的な定めをしていた。

(二)とところが、現憲法は、国民主権主義、平和主義、及び基本的人権尊重主義を基本原理として制定され、天皇の拠つて立つ地位は国民主権にあるとした。他方、現憲法は、あらゆる価値の根源が個人にあるという個人の尊厳を基本理念とし(一三条前段)、したがって、個人の尊厳から必然的に流出する基本的人権を保障する。あらゆる価値の根源が個人にあるのであるから、現憲法において、必然的に基本的人権としての信教の自由を保障し、政教分離を保障した(二〇条、八九条)。同時に、旧憲法下における天皇の宗教たる国家神道(皇室神道)をいかなる意味でも拒絶するために、信教の自由を保障し、政教分離を保障したのであった。

(三)現憲法の下位法である現典範は、当然のことながら、右のような現憲法の基本原理に立脚して制定されたのであった。だからこそ、現典範は、旧憲法下で国家神道(皇室神道)の中核をなし、天皇が神となる宗教儀式としての大嘗祭に関する規定を意識的におかなかつたのである。また、他の法令においても大嘗祭に関する規定を制定しなかつたし、制定しようと思ひなかつたのである。

### 三 現典範の立法過程

前記二の5の原告らの主張を現典範の立法過程に基づいて検証する。

- 1 現典範は、第九一帝国議会において審議され、可決されて成立したものである(一九四七年一月一六日法律三号)。
- 2 現典範の立案作業は、一九四六年三月一二日の閣議決定により、「内閣総理大臣ノ諮問ニ応ジ憲法改正ニ伴フ諸法制整備ニ関スル重要事項ヲ調査審議スル」ために設置された臨時法制調査会において行われた。そして、同年七月一日、「憲法の改正に伴ひ、制定又は改正を必要とする主要な法律について、その法案の要綱を示されたい」との諮問がなされ、右調査会は、同年八月始めに設置された部会における試案審議に向けて、試案の作成にかかつたのであった。このようにして、右調査会において、約三か月間討議され、「皇室典範改正法案要綱」が議決され、同年一〇月二六日内閣総理

大臣に答申された。そして、「皇室會議」の権限に関する第三七条が追加され、政府案として枢密院の審査にかけられた後、第九一帝国議會に提出された。

その基本精神は、第一に、改正憲法の精神を十分汲み入れて、皇室の制度を新事態に適合するよう合理化すること、第二に、皇室の尊嚴と皇統の護持に遺憾なきを期するというものであった。そして、「現行の原則に大なる変更を加へない」建前に立つて、

① 皇室典範の法形式を法律とすることに問題はないか、

② 女帝を認めるか、

③ 天皇の退位を認めるか、

④ 摂政、皇位継承順序、皇室會議それに対する国会のかかりあいはどうあるべきかを検討したのであった。その答申内容は、現典範に、極めて近いものであって、女帝、天皇の退位、胎中天皇はいずれも認めないというものであった。

3 右の右調査会を中心とした議論は、現憲法制定過程（現憲法改正草案及びこれを議會へ提出する旨の閣議決定は一九四六年四月一六日、同年六月八日枢密院の審査を終えた現憲法改正案の第九〇帝国議會への提出は同月二〇日、現憲法の議會手續の終了は一〇月七日）後のことであつて、天皇の地位が国民主權に立脚した象徴天皇制であることを前提としてそれだけ穏やかな振幅の狭いものであった。同時に右調査会の議論、個人の尊嚴の理念から必然的に保障されなければならぬ信教の自由及び政教分離原則を十分に意識したものであった。（以上については「信山社—日本立法資料全集・1・皇室典範」四頁乃至三二頁参照。以下「資料全集〇〇頁」として引用する。）

4 帝国議會へ提出されるまでの皇室典範案作成過程において、以下のような議論がなされている。

(一) 法制局は、帝国議會における皇室典範案の審議に向けて、「想定問答集」を作成している（資料全集三三三頁、一八

六頁以下)。

(1) 問 皇室典範中に規定すべき事項如何。

答 改正憲法において典範に規定すべき事項として明示されている皇位継承及び攝政のを中心として規定すべきである。これに關聯し、皇位継承及び就任の資格者としての皇族のこと、天皇又は皇族たる御身分による特別な事項、特に審議を要する事項に關する審議機關のことが規定されることになる。現行の典範に比すると、まづ皇室の家範的な事項は、これを削つて国法の外に置き、次に皇室の經濟に關する事項は、これを皇室經濟法に移し、更に、皇族の訴訟に關する事項等は一般の訴訟法規等に移す等の點において相違している。

(2) 問 現行の皇室令は、どうなるか。

答 有効な國法として成立しているのであるから、改正憲法の原理に反しない限り、形式論としては、一應有効と考へられるものもあるが、改正憲法施行までにできるだけ整理し、必要な法制を整備したい。その際皇室の家範的な事項は國法の關するところでないこととなり、(略)。

(3) 問 即位の禮は国事であるとする政教分離との關係如何。

答 今后〔後〕は宗教的色彩を除くこととならう。(従つて大嘗祭及び三殿の祭事は、再検討を必要としよう。)

(4) 右のような想定問答からして、内閣は、現憲法の信教の自由及び政教分離の原則を十分に意識して、大嘗祭が宗教的儀式であると判断し、これを国家の問題ではなく、皇室の私的な問題にしていることがわかるのである。なお、即位の禮についても、現憲法の政教分離の原則を十分に意識し、宗教的色彩を除くこととしているのである。

(二) 前記調査会における皇室典範案の作成過程において、一九四六年七月の宮澤俊義委員の「皇室典範に關して」と題する書面第五項(儀制)において、「即位の礼等の公の儀式から宗教的(神秘的)色彩を取り除くよう注意するを要する。」と記載されている(資料全集七三頁)。

これも現憲法の信教の自由、政教分離原則を意識したものであり、だからこそ、大嘗祭については、宗教的儀式（皇室の私的問題）であると認識し、皇室典範案から除外したのである。

5 次に帝国議会における議事録を通して、大嘗祭については、現憲法の政教分離原則の適用により、国家の問題ではなく、単なる皇室の私的問題としたことを検証する。

(一) 帝国議会においては、主として女帝問題と天皇の退位問題が議論された。

(二) 皇室典範案は、一九四六年二月五日開催の第九一帝国議会衆議院本会議においてその審議が開始された。

(1) 国務大臣吉田茂は、提案理由の中で次のように述べている。

現行の皇室典範に比べますと、第一、皇室の御一家に関する事項はこれを除外し、第二に皇室の経済に関する事項は皇室経済法案に譲り、第三、訴訟に關してはこれを一般の訴訟法規等に任せることにいたしました點において、顯著な相違があるのであります。

(2) 国務大臣金森徳次郎は次のように答弁している。

次に踐祚即位につきましての特別な章を設けなかったのはどういふのであるかというお尋ねでありましたが、踐祚及び即位に關します規定は、現行の皇室典範には御説のごとく三箇條規定があります。そうしてこれに基づきます諸般の制度は、登極令という皇室令の中に定まつておるのであります。これを分解して一つ、に考えてみますと、踐祚に關する規定、すなわち天皇崩御になりますれば、皇嗣すなわち踐祚を遊ばされるという規定が一つであります。これは、先にも御指摘になりましたように、文字こそ變つておりますけれども、ほとんどそのまゝに今回の改

正案の何(中)にはいつておるのであります。また即位の禮を行わせられ、大嘗祭を行わせられるというふうの規定は、これはその即位の禮に關しましては、今回制定せられます典範の中にやはり規定が設けてありまして、實質において異なるところはございませんので、大嘗祭等のことを細かに書くことが一面の理がないわけではありませんが、これはやはり信仰に關する點を多分に含んでおりますが故に、皇室典範の中に姿を現すことは或は不適當であろうと」考えておるのであります。(略)

次に皇位の繼承に關する儀式と云う場合につきましては、これは先にも少しくお答えはいたしました。皇位繼承に伴つて、種々なる儀式が行われられることは、恐らく現在の有様と同じような方向にむいておると存じております。しかしながら改正憲法におきましては、宗教上の意義をもつた事柄は、國の當然の儀式とはいたさないことになっております。従つて皇位繼承に關する諸種の儀式の中につきましても、宗教的なる意味を多く含んでおりますものは——或は少しでも含んでおりますものは、皇室典範の中に取り入れることが困難であるわけでありまして、三種の神器を授受するということは、恐らく實際において行われ、ことと思つております。しかしその中には、殊に賢所のお祭りのごときは、宗教的意味をかなり含んでおるものと存じます。これを皇室典範に取り入れることは困難であるわけでありまして、又大嘗祭は、同じような理由によりまして、皇室典範の中に取り入れることもできません。またこれに基づきます施行の命令というものの中に取り入れるかと申しますと、これも國の規則であります。宗教的なるものにつきましては規定することできません。

(三) 衆議院皇室典範案委員會議録(速記)第三回(第六類第一号昭和二十一年二月九日)によると、殿田幸次委員と金森徳次郎國務大臣との間で次のようなやりとりがなされている。

○殿田委員 どうもこの點納得が行かないのでありますが、だいたいキリスト教の戒律によりますと、庶出の子供を絶對認めない方針であります。(略)また政府がキリスト教の戒律を採用したとするならば、政府は今後國王の中に宗教的

な雰圍氣を絶對に取入れないことにした、特に皇室典範には三種の神器と大嘗祭の規定を今度削除したと言われているが、この主義と相反するものではないかということを一言お尋ねしたいと思います。

○金森國務大臣 庶子の制度につきまして、典範の改正が行われましたのは、キリスト教とは全然關係ございません、(略)

(四) 衆議院皇室典範案委員会議録(速記) 第四回(第六類第一号昭和二十二年二月一日)によると、稲葉道意委員の質問に対して、金森徳次郎國務大臣は次のように答弁している。

(1) 天皇が賢所の御参拝を現實にどういふふうに遊ばされているのか、或いは今後いかに遊ばさるゝのかということ、これは、私の立場からはお答えしにくい立場にあるわけでございます、なぜかと申しますと、今回の皇室典範の建前から申しますと、天皇の公のお立場としての御地位がきめらるゝことになります、そうして賢所を御参拝になります立場は、今までは多分國の公の仕事という面において考えられておったと思ひますけれども、この憲法が改正せられました後におきましては、それは國の立場として行わせらるゝのではなくて、天皇御一人としての立場として行わせらるゝものと、考えております、と申しますのは、宗教に關することは國の制度の中に取り入れぬということになっております、今賢所を御参拝になりますことが宗教であるかどうかということ、一つの問題になるかも知れませんが、今までの考え方では、或いは現在の考え方では、宗教に屬するものと考えております。従つてそれはこの典範から全然外に立つものでありまして、平たく申しますと、従来の皇室典範が二つに割れまして、その一つが今度の皇室典範である、他の一部分が残るわけでありまして、その方面に屬することにならうと存じております。

(2) 従来宮中のいろいろなお祭りが宗教であるかどうかは、先に申しました通り、それは議論のあり得る問題と思ひます、しかし現在はそれを宗教的のものと考えております、そこで宗教的なのは國の國家機關がこれを行つてはならない



ということに憲法できまっております、従つて國の仕事の中に取り入れませんので、國の仕事以外のものとなつて行くものと思つたのであります、この皇室の御地位は、先ほど申しましたように二つに分かれまして、一面におきまして、國の面ということになりますと、天皇のこの國の象徴たる面におきましては、それは祭祀は行われぬのでありますけれども、天皇御一人の面におきまして、これは私生活ということは語弊がありますけれども、公生活でない面、その面におきましては従来通りのお祭りは行われぬ、ものと拝察しております、これは全く想像でありますけれども、だいたい私どもの經驗しております所から想像いたしましたして、従前通りお祭りは行われぬ、ものと思つたわけでありませぬ、しかし、それは國の制度ではなく、皇室御一家の制度である、こういうことになる、(略)

(3) 御大禮も御大葬もその關係におきましては、宗教と宗教でないものと二つに組合わされていくということに現状ではあると思つております、そこで御大禮の方は御質問が直接にはありませんでしたが、これはこの前本会議だったか、少し申したと思つておりますが、御大禮の中にも宗教的色彩の籠っているものと、それから色彩の籠っていないものと二つに分け得る、たとえば賢所大前の儀というようなのは、これはどうしても宗教に組合わされますから、表向きの皇室典範の御大禮になりませぬ、しかし群臣を集め、外國の使臣等を集めて行われぬ今までの紫宸殿の儀というふうなものになりますと、これは宗教的意味は含んでおりませぬ、またほかに關係はあるかも知れませぬが、觀念的に切り離すことができません、そういうことはこの典範に基づきまして、國で御大禮を行う、即位の禮を行うということになる、そういったしますると、その裏にあります宗教的な面、たとえば大嘗宮の御儀ということになりますと、皇室典範はわれ關せず、こういう態度である、それがなくなるかといへば、それがなくなるということは恐らくあり得ないと思つたのであります、それがこの外に行われぬと思つた、御大葬の方は即位の禮よりもっと緊密に宗教に絡みついておることは、これは仰せの通りでありますけれども、そこが人間の考え方でありまして、一つのを二つに分けて、裏と表にいたしますれば、この表側におきまして、國民がこゝに悲しみの意をいたすということになりますと、國民の意思は宗教を離れて考

えられる、そうすると、その宗教によって行われまする部面は皇室のお内輪のこととして別に存在するようになって、實際は手續は創意工夫しなければなりませんけれども、實際はそれでおおると思うのであります。

(五) 貴族院皇室典範案特別委員會議事速記録第二号(一九四六年二月一七日)によると、金森徳次郎國務大臣は次のように説明ないし答弁している。

- (1) 左様でありまするが故に、現在の皇室典範の中に規定してありまする事柄の中に於きまして、皇室の御一家に規則とも考へるべき部分及び一般の法令に任すことが適當と考へられまする部分は之を取除きまして、残る部分を法律たる今回の皇室典範の案に盛込んだ譯であります、其の結果と致しまして、現在の皇室典範の中にありまする色々な規定の中の皇族の監督及び懲戒、太傅(傅)の規定、改元、皇族の訴訟等に関しまするものは除くこととなつた譯であります。
- (2) 要するに眼目と致しまして改正憲法の精神を具體化させ、而も他の一面に於きまして、皇室の尊嚴を維持し、其の由緒深き傳統を活かすことに最善の注意を廻らした譯でございます、どうぞ御審議を御願致したいと考へます。
- (3) 皇室典範と憲法との關係と云ふものは、現在の法律の中に於きましても色々な學説上の疑問がある譯であります、併し今回の改正憲法の下に於きましては、そこに根本的なる者の差が現れて居りまして、所謂國法一元化と申しまするか、憲法を似て成文法中の最高のものとして、其の外には是と對立するものを認めないと云ふ原理が含まれて居るものと思ふ譯であります、(略)、其の顯著なる目印は改正憲法の第二條及び第五條に於きまして、皇室典範は國の法律である、國會の決を経ると云ふことを決めて、さうして欺様な皇室典範の中には皇位繼承及び攝政のことを規定してある、斯う書かれて居ることに依つて明らかであると存じまするし、又國民平等の原則が示され、さうして其の國民の中には天皇も含まれて居ると云ふことは、憲法改正の場合に述べました所の説明でありまして、其の説明が是認せらるゝ限り茲に變化があつ

たものと思ふ譯であります、(略)

(4) 今回の憲法の改正自體は色々むずかしい問題を包含して居りますが、私は此の憲法は日本國民の政治的なる組織の面を規定して、居るものと思ふのでありまして、其の政治的なる組織の面の外にありまして、信教の面とか思想の面とか云うやうなことを別の範圍にして居る、そう云ふのが此の憲法の持つて居る一つの根本の思想と思つて譯であります、でありますから、此の憲法の下に、及び之に附隨して出來て來ますところの諸般の制度は、宗教と云ふことを離れて設けられて行く、斯う云ふ原理を推論し得るものと思つて居ります、今回皇室典範が提案せられます場合に於きまして、從來皇室の面に於きましても、亦國民の面に於きましても、御即位に關連を致しまして幾多の宗教的なる儀式があつたことは固より認めらるるのでありますけれども、此の政治面の制度と致しまして、左様な宗教的なる規定は、之を設けることは憲法の趣旨としまして、背馳するものやうに思はるのであります、我々の政治は神秘的なるものを離れまして、合理的なる、常識的なる舞臺に於て行はれなければならぬと云ふ見地を採ります限り、事實は如何様にあらうとも、此の政治の世界に於きましては、左様な風のことを離脱することが正當かと思はれます、そこで御即位の禮とか、三種の神器とか云う面におきまして、宗教的發現と見らるべき部分は全部皇室典範、の法規の外に割愛したのであります、詰り國の秩序の外にあるものとして扱つた譯であります、でありますから、先づ三種の神器に付て申しますと、是は皇位の繼承であるとして傳へられて來た、皇位のある所に三種の神器が帰屬すると云ふことは、古來の長い間の慣例であると云ふことは固より承知して居りますけれども、併し其中味は多分に宗教的なるものを織り込んで居りまして、之を現實の、謂はば俗的政治の面に規定をすることは避けなければならぬと思ふ譯であります、でありますから、此の皇室典範の上に於きまして左様な規定を置かなかつた譯であります、併し現實に三種の神器が如何に扱はる、かと云ふことは、少し今迄の考へ方と違つては來るのであります、皇室の中のこととして扱ふ趣旨である譯であります、さうして今ちよつと御觸れになりましたやうに、三種の神器に伴ひます其物的方面……精神的方面でありませぬ、物的方面は、是は皇室經濟

法の中に一つの規定を設けて道行きを明かにして居ります、精神的な方面に付きましては、固より法律の關與する面ではないと考へて居ります、それから大嘗祭は是も今仰せになりました通りでありますけれども、即位の禮と大嘗祭は、程度の差はありますが、固より或思想を以て今迄一貫されて居ったものであらうと考へて居ります、けれども今後の合理的なる政治の面に於きましては、信仰に關係のない部面だけを採入れると云ふことにして大禮の規定を皇室典範に織込みまして、信仰的なる部面のことは國の制度の外に置くと云ふ考になつて居ります、従つてそれは制度自身の上から見ますと、矢張り外に出してしまふことになりまして、恐らくは皇室の御儀式として、皇室内部の御儀式として續行せられて行くことであらうと想像を致して居ります。(以上については、資料全集三三三頁乃至三三九頁、一一八頁乃至一二四頁)

6 以上からして、政府における皇室典範案作成過程においても、帝國議會における審議過程においても、大嘗祭は皇室神道にかかる宗教儀式であることが明白に意識されていたのであり、従つて、現憲法の信教の自由及び政教分離原則からして、大嘗祭は、当然に國家の問題ではなく、皇室の單なる私的問題として現憲法及び現典範その他の法令の外に置かれたのであった。

だからこそ、旧典範及びその細則の登極令は皇室令及附屬法令廃止の件(皇室令一二号一九四七年五月一日)によつて廃止されたのである。

7 以上については、皇室典範案作成過程や議會の審議過程を検証するまでもなく、現憲法の三大原理からして当然のことなのである。基本的人權としての信教の自由及び政教分離原則からして当然のことなのである。とりわけ、大日本帝國憲法下における國家神道(皇室神道)の重要な位置付け及びその果たした重要な役割からして、大嘗祭は、公的問題としては、永久的に拒絶しなければならなかつたのである。

旧法令は、神權天皇原理からする天皇の統治大權を前提とした皇室令であつたが、現典範は、國民主權等の三大基本原理を前提とした法律である。従つて、仮に法文上同じ表現であつても、憲法の主權等の原理的な轉換に伴う法的な構造の

意味上の相違が当然になればならない。もし、現行法令を旧法でもって解釈するとすれば、それは、いわば一定の歴史主義的な思考に立脚するものであり、天皇家主権から国民主権等への原理的な転換を考慮していないものといわざるを得ない。すなわち、現典範を旧典範や廃止された登極令等の旧法令によって解釈することは現憲法上絶対許されないのである。

8 一九四七年五月二日に宮内府の長官官房文書課長名で出された依命通牒（内閣によって決定されたものではない。）について

（一）「現行法には具体的な規定が設けられていないため、様々の解釈を生じているが、明治の『皇室典範』（以下、旧典範という）を承けて定められた明治四三年（一九〇九）公布の『登極令』（同付式を含む）には詳しい細則が設けられていた。これは旧典範と共にいったん廃止されたが、そのさい宮内府から『従前の規定が廃止となり、新しい規定ができていないものは、従前の例に準じて事務を処理すること』との依命通牒が出されている。従って、依然『新しい規定ができていない』今日、『即位の礼』を解釈するにも実施するにも、旧法の『登極令』（とりわけ同付式）の細則及び大正四年（一九一五）と昭和三年（一九二八）の先例を参考にしながら、現実的な工夫をこらすほかない」（以下「これを依命通牒説」と呼ぶ）。

右依命通牒説は、依命通牒を利用し、「従前の例」をもって現行法の不備を補おうとするものである。そうすると、依命通牒説に従うなら、すでに廃止されたことがらがあつて、しかし、それに対応した新しいものがまだ制定されていない場合には、すべて旧法が復活することになる。

しかし、右のような依命通牒説は、現憲法と旧憲法との主権等の原理的転換をまったく無視するものであり、また、前述のような皇室典範案作成過程や議会での審議過程をまったく無視するものであり、とうてい採用することはできない。

（二）旧皇室令が廃止されたとき、宮中事務処理に空白状態が生じたかもしれない。もしそうであれば、単なる宮内府の長官官房文書課長名による依命通牒のようなもので宮中事務を処理できる訳がなく、現憲法の基本原理に則して処理され

なければならぬのは当然のことである。現憲法は、国家の最高法規であり、したがって、憲法の規範性を形式的にも実質的にも天皇と皇室に対して貫徹しなければならぬのである（九八条）。また、皇室の伝統をもって右空白状態を処理することもできない。現憲法の最高法規性よりして憲法の基本原理をもってして処理しなければならないのである。けだし、旧憲法下の皇室の伝統とは、主権者たる国民の究極の最高性を確保しようとして存在したのではなく、神権天皇原理に基づく君主主権者の特権を温存しようとし、「憲法の条項によつて制限された政治」とは逆に、「憲法を制限する政治」を意図して存在していたからである。国民主権の現憲法では、国家を支え動かす、国民の安全と幸福をもたらすものは、天照大神でも天神地祇でもなく、国民一人ひとりの「不断の努力」（二二条）であることを忘れてはならない。

（三）大嘗祭について、天皇自ら「天照大神及天神地祇を祀らせ給ふの儀にして、御一世一度の新嘗」（昭和大礼要録二六〇頁、二六一頁）であり、天皇は、神々に新穀などを供し（供饌の儀）、告文を奏し、自らも食べる（直会）ところにあると言われる。このように、大嘗祭の宗教的な本質は、皇室神道の考えでは、天皇の神格化にある。したがって、もし、政府が皇室の単なる私的宗教儀式である大嘗祭について、右依命通牒にしたがって公的に関与したのであれば、明らかに現憲法に違反するものと断せざるを得ない。

（四）大嘗祭について、政府見解は、「その意味において、大嘗祭は、公的性格があり、大嘗祭の費用を宮廷費から支出することが相当である。」という。また、政府は、「皇室神道」の宗教的儀式である大嘗祭に援助する理由として現憲法の世襲制をあげる。しかし、右のような考えは、詳細に前述したことからわかるように、現憲法の基本原理に反し、現典範に反するものである。立法過程を詳細に検討すれば、大嘗祭は、現行憲法秩序の中で、単に皇室の私的宗教儀式としてしか存在しえないものとされたのであり、このようなものについて、国家が公的に関与することは許されないことは明らかである。現憲法は、皇位の世襲制を定めるが（二条）、さらに重要なことは、個人の尊厳から必然的に流出する基本的人権として信教の自由及び政教分離を定めているのであり（二〇条、八九条）、政府が大嘗祭について関与することはい

かなる意味でも許されるものではなく、もし関与すれば、直ちに憲法違反となるのである。」

控訴人の準備書面(第一〇)は、「第一 日本国憲法における政教分離規定の立法事実」「第二 日本国憲法及び法令のもとにおける大嘗祭の位置づけ」について論述した、六一頁にもわたる大部の文書となった。

## 六 裁判官忌避申立てから証人としての被控訴人⇨鹿児島県知事の本人尋問採用まで

### 証人採用をめぐる争い

控訴人(原告)側から第一〇準備書面が出されていた一九九四年七月の段階で、この鹿児島大嘗祭訴訟の法廷で争われていた事柄は、証人の採用をめぐる争いであった。

七月一五日に、控訴人は「証人採用を強く求める」という題名の意見書を福岡高裁宮崎支部に提出した。その意見書では、前年の六月七日付けで、岩井忠熊、横田耕一両証人を申請して以来、三度にわたって、証人を採用する要請をおこなったにもかかわらず、裁判所が依然として消極的な態度をくずさず、証人採用を保留したことが非難されている。

控訴人の証人採用の必要性についての理由は次のように主張された。

「最高裁判例では、政教分離原則の判断基準である「目的・効果基準」の判断にあたって考慮すべき事実を例示し、行為の主宰者、順序作法等の外形的事実の確定はもとより、当該行為についての一般人の宗教的評価、当該行為の一般人への効果、影響等の諸般の事情を検討したうえで、社会通念に従って、客観的に判断されることが要求されているところ、本件では大嘗祭の性質や国家神道との関係等について争いがあるので、これを証拠により認定するには、岩井証人の取り調べが不可欠であるし、多数者と区別されるべき「一般人」の意識を裁判官の主観や個人的思想と離れて認識するためには、

憲法学の研究者である横田証人の鑑定的意見に謙虚に耳を傾けるべきである」。

「原判決が何ら証拠に基づかず大嘗祭の性質を認定したり、天皇の象徴としての性質に関して特異な憲法論を展開しているのに、控訴人としては、これらの点に関する唯一・不可欠な攻撃防御方法として両証人を申請しているのであるから、事実審としての最終審である高裁としては、当然両証人を採用すべきである」。

「本件は即位の礼・大嘗祭関連訴訟としては最初の高裁係属事件であり、憲法上重大な問題に関する先例としての意味を持つことになるのであるから、特に慎重な審理を尽くすべきである」。

「これまで代表的な政教分離訴訟でも数多くの証人が取り調べられて来た」にもかかわらず「意見書ないし鑑定書で代えようとする態度は、公開法廷の意義を否定し、住民訴訟の機能を理解しないものであり、不当である」。

実際、原審である鹿児島地裁の裁判官による訴訟指揮をみると、この鹿児島大嘗祭訴訟では、学者証人等の採用に消極的であったことは否定できない。大嘗祭への国による公的な費用の負担の憲法適合性、違憲であると主張される宗教儀式に県知事が公費を使って参列することの憲法適合性が問われている、この訴訟において、憲法学者、宗教学者、歴史学者の証人は必要だったが、裁判所は鑑定書、意見書の提出ですませようとした。高裁宮崎支部も同様の態度のように思われた。

#### 一回目の裁判官忌避の請求

七月二〇日に開かれた口頭弁論で、福岡高裁宮崎支部は、控訴人から出されていた証人申請を採用しなかった。そこで、控訴人代理人は、ただちに裁判官の忌避を申し立てた。

その主な理由づけを、控訴人側の代理人の書面は次のように述べている。

「控訴人の意を尽くした論理的・具体的な意見にもかかわらず、裁判所がこれまでの政教分離訴訟の先例におけると異なる



り、頑なな態度で証人採用を渋る理由は何であろうか。

同じ法曹として、まさかそうだとはいえないのであるが、裁判所の態度をみると、本件訴訟が天皇の祭祀に係わるものであること、及び最高裁長官も本件被告と同様の参列をしていることが影響しているのではないかと思われるのである。もしそうだとすれば、由々しきことである。

裁判の命は客観性と公平らしさであり、判決の命は論理性と証拠に基づく理性的判断である。これらがあつてこそ国民は紛争を裁判所の解決に委ね、憲法維持機能を裁判所に期待するのである。

しかるに、裁判所が天皇タブーを恐れ、また最高裁を恐れて論理的、理性的判断を放棄し、最初から結論を持つて住民の主張に耳を傾けようとせず、なりふりかまわず住民に唯一の立証方法を切り捨てるならば、国民の裁判所に対する信頼は一挙に崩壊してしまふであろう。

何より、そのような姿勢の裁判官には、本件のような憲法の重大原則を裁く資格はない。」

この裁判官忌避申立てについて、宮崎支部は七月二五日、「申立て却下」の決定を出した。

申立人(原告)側の代理人はただちに最高裁に抗告した。最高裁第一小法廷は、九月九日に「本件抗告を却下する」決定を、全員一致で下した。その理由は、次のように、ごく法的な理由で述べられていた。

「民事事件について最高裁に特に抗告が許されるのは、民訴法四一九条ノ二所定の場合に限られるところ、本件抗告理由は、違憲をいうが、その実質は原決定の単なる法令違背を主張するものにすぎず、同条所定の場合に当たらないと認められるから、本件抗告を不適法として却下し、抗告費用は抗告に負担させることとし、裁判官全員一致の意見で、主文のとおり決定する。」

なお、最高裁第一小法廷のこの決定で裁判長を勤めたのは、小野幹雄裁判官であり、他に、大堀誠一、三好達、大白勝、高橋久子各裁判官がこの決定に加わっていた。

## 県知事を証人に採用

証人採用をめぐる、このような「前哨戦」があった後、消極的と思われる裁判所がやや驚くべき決定をした。第一〇回口頭弁論の席上、なんと控訴人側が証人採用を求めていた土屋佳照鹿児島県知事の本人尋問を行うことを決めたのである。期日は未定だが、鹿児島地裁で出張尋問を行うとした。亀田弁護士は、新聞社のインタビューに答えて「現役知事の本人尋問は全国でも初めてだろう。参列が宗教的行為であることを明らかにしたい。期日は県議会が終わった四月ころになりそうだ」と述べた（南日本新聞一九九五年一月二〇日）。被控訴人側としては、知事の証人尋問は避けたかったというのが本音だったろう。この種の事件で、知事が法廷で証人に立ったケースとしては、愛媛玉串料訴訟松山地裁での審理で白石愛媛県知事が立ったことが報じられている。

そのさい、裁判所は、知事の証人尋問の条件として、弁論準備のための期日外証拠調べであるとして、一般公開しない「当事者公開」（控訴人本人、代理人のみが参加が認められる）で行い、時間も六〇分に制限する、とした。その後、日程について、四月二五日午前一時から一二時までにいくことが指定された。

これについて、三月六日、被控訴人側代理人からは「証すべき事実」として「被控訴人が鹿児島県知事として、大嘗祭のうち悠紀殿供饌の儀に参列した目的と、儀式中の儀式中の参列者拝礼の意味について立証する」、「尋問事項」は「一、本人の経歴、二、本人が知事として宮内庁長官の案内をうけ、大嘗祭（大嘗宮の儀）のうち悠紀殿供饌の儀に参列した目的について。右出席までに大嘗祭の意義と性格についてどのように理解していたか。三、悠紀殿供饌の儀の式次第に参列者の拝礼があるが、本人は宗教的意図をもって拝礼したのか、四、その他関連事項」とする「証拠申出書」が提出された。そのさい、被控訴人側代理人も二〇分間、県知事本人を尋問することを申し出ている。

一方、控訴人側からは、三月一七日に「上申書」が宮崎支部あてに出された。

この上申書の内容は、二点である。一つは、「取り調べ時間は二時間とってもらいたい」というもの。「書証等の利用を

前提として工夫してみても、やはり申請した九〇分は最低必要である」と主張した。

もう一つは、「公開」を条件に鹿児島地裁での出張尋問を了承したのだから、「取調べは公開とすべき」という主張である。裁判は公開の法廷で行われることが原則であるとする憲法八二条一項を根拠に、非公開とする理由を明らかにすべきと控訴人側は主張した。

四月一七日になると「期日変更申請書」が、四月一八日には「求釈明」が控訴人側代理人からそれぞれ出された。「期日変更申請書」は、一週間後に控えた四月二五日の県知事本人尋問について「原告代理人弁護士らはいずれも当日、すでに他の事件の期日が定められており、いずれも出廷できない」ので「証拠調べ期日を……変更されたい」とした。

「求釈明」は、裁判所にその措置についての説明を求めるものである。控訴人から、知事の本人尋問を公開としないことについて、釈明が裁判所に求められた。その内容は次の通りであった。

「一、この度被控訴人本人調べ期日を指定されたが、同時に尋問を公開しない扱いにするやに聞き及んだ。

そこで、

1、尋問を公開しない扱いをしたことは事実なのか。

2、右が事実であるとすれば、その準拠する法並びに理由について明らかにされたい。

二、いうまでもなく、裁判の対審は公開法廷で行われることが原則（憲法八二条一項）である。これには例外規定があるが、国民の権利が問題になっている事件の対審は常に公開と定められている（同条二項）。

また裁判所法は、公開停止の手続については理由の言い渡しも求めている（七〇条）。  
よって、求釈明する次第である。」

## 二回目の裁判官忌避の申立て

しかし、裁判所はあくまで知事の尋問を非公開で定めた期日（四月二五日）に行うことを変更しなかった。そこで尋問の前日の四月二四日に控訴人側代理人は裁判官三名に対して、ふたたび裁判官忌避の申立てをおこなった。

福岡高裁宮崎支部は、この裁判官忌避申立てについて、四月二八日に却下する決定を下した。理由は次のようになっていた。

「民事訴訟法三七条一項にいう『裁判ノ公正ヲ妨クヘキ事情』とは裁判官と事件との関係から、当該裁判官によつては、公正な裁判を期待することができない客観的合理的事情をいうものと解すべきところ、申立人が本件忌避の原因として主張するところは、いずれも裁判長の訴訟指揮に対する不服をいうものであつて、これが裁判官忌避申立ての理由とはならないことは明らかである。また一件記録を精査しても裁判長裁判官鐘尾彰文、裁判官海保寛、裁判官横田信之に裁判の公正を妨げるべき事情があると認めることはできない。」

この決定について、南日本新聞は原告、被告双方の主張を次のように報道している。

「原告側弁護団は『公正な裁判のためにも、知事を優遇して期日指定したことをしっかりと検討してもらいたい』としてゐる。知事側代理人の松村仲之助弁護士は『忌避申し立ての却下は妥当。早く裁判を進めてほしい』と語った。」（南日本新聞一九九五年五月三日）

五月四日、控訴人側代理人は、この裁判官忌避申立ての却下に対して、「却下は忌避申し立ての中身を十分審議しておらず不当」として、最高裁に抗告した。

最高裁第二小法廷（根岸重治裁判長）は、この抗告を却下し、七月一四日に申立人に伝えた。理由は、第一回目の裁判官忌避申立てのさいと同じく、憲法違反を理由に最高裁に抗告しているが、実質は福岡高裁宮崎支部の単なる法令違背を主張するものにすぎない、とした。

裁判官忌避は認められることはほとんどない。二回にわたる裁判官忌避は、控訴人側のいわば訴訟指揮批判のひとつだっ

たとみることとができる。申立てが最高裁で却下された後、七月二〇日に、控訴人側から「次回期日の進行についての意見書」が出された。その意見書は(一)次回期日に、知事の本人尋問を実施すること、(二)時間は二時間を確保すること、(三)公開で尋問を行うこと、(四)期日については代理人の都合を問い合わせしてほしい、と求めた上で、出廷可能な期日を具体的に挙げて、この日に指定されたい、とした。

それに対して、被控訴人側代理人からは、八月三〇日に、「本人尋問取消申請書」が出される。裁判所が、知事本人に対する尋問を行うことを決めたが、それに対して、本人尋問をする必要はない、と主張した。

その申請の内容は、次のような内容だった。

(一)知事の参列は「社会的儀礼以外の目的があろうはずはなく」そのことは明らかなので、尋問の必要がないと、被控訴人側代理人は主張した。この主張は、基本的に、この裁判の争点である、鹿児島県知事の大嘗祭参列の憲法適合性についての知事側の主張と同じものであった。「すなわち、大嘗祭は天皇の伝統的皇位継承儀式であって公的性格があるとの政府見解のもとに、宮内庁長官から案内を受けたので、知事の社会的儀礼行為としてこれに出席することにより祝意を表するのを相当と考えたものである。知事の社会的儀礼上の行為はその職務に伴うものとして広く認められているところ、右出席は地方自治法上知事の職務上の義務に基づくものではないから、逆に社会的儀礼上の行為であることは自明であり、本人にその意図、目的を問うまでもないことである。そしてその行為が宗教的活動にあたるかどうかは客観的に判断されるべきことであり、本人に問いただす必要はさらさない。」

(二)知事側は、この間の控訴人側代理人の裁判官忌避などの「戦術」に不快感を露にしている。「被控訴人は、多忙な中を、公人たる知事として伝統的皇位継承儀式に儀礼をつくすため参列したばかりであるのに、控訴人の申請に因り、ことさら参列の意図、目的の尋問をうけることは、その必要性和合理性を納得できず、内心遺憾に堪えないところであったが、敢えて出頭の準備をととのえていたのに、七名もの控訴人代理らが、いずれも期日に出頭できないとの正当性のない

理由（控訴人の期日変更申請の記載によっても、少なくとも鹿児島市の本代理人一名と宮崎市の復代理人一名は出頭できた）のもとに期日の変更を求めたうえ、果ては裁判官忌避の申立をし、折角指定された証拠調期日を前日になって無にしたことは、客観的に見れば被控訴人本人に対する尋問権を放棄したものと評価されて然るべきものである。仮にそうでなくても、被控訴人本人を翻弄する著しく信義に反する行為であり、被控訴人は屈辱感を払拭できないのである。」

このように、知事の本人尋問をめぐって、攻防がなされたが、一月二四日になって、裁判所はようやく本人尋問の期日を通知した。今度は、以前とことなっていて、宮崎支部で公開して行うことを決めたのだった。

#### 鹿児島県が補助参加を申出

この段階で、憲法解釈それ自体とは離れて、証人採用の問題とならんで、もう一つ争われた点は、訴訟への鹿児島県の補助参加の問題であった。

八月一七日に、鹿児島県はその代理人を通じて、「被控訴人を補助するため訴訟に参加する」ことを申し出た。一審での被告、控訴審での被控訴人は、住民訴訟のしくみからして県知事個人である。そこで、県として、この訴訟に加わるために被控訴人の補助参加を申し出たのだった。その理由が次のように述べられている。

「本件訴訟は、鹿児島県が被控訴人に支給した旅費の損害補填を求める訴訟であり、仮に本件訴訟において被控訴人が敗訴すれば、申出人としては、適法かつ妥当に支出し、もはや申出人に帰属すべきではないと考える金員の返還を受けるのを余儀なくされることとなり、関連する財務関係処理のあり方を問われ、その見直しも要求されることとなるうえ、地方自治法二四二条の二第七項の規定により、控訴人の弁護士に対する報酬の相当部分を負担せざるを得ない場合も生じることになる。」

このように、申出人は、単に判決理由中の法律上又は事実上の判断について利害関係があるだけでなく、本件訴訟の目

的である損害賠償請求権の存否、すなわち訴訟の結果について法的な利害関係を有する。よって、その主張立証を尽くすべく、被控訴人と同じ立場に立って、これを補助するため本件訴訟に参加する利益がある。」

民事訴訟法六四条(新民訴訟法では四二条)では「訴訟の結果について利害関係を有する第三者は、当事者の一方を補助するため、その訴訟に参加することができる」と規定し、この鹿児島大嘗祭訴訟のような行政事件訴訟では、行政事件訴訟法に定めがない事項については、民事訴訟の例による、となっている(行政事件訴訟法七条)。

この鹿児島大嘗祭訴訟の場合、地方自治法二四二条の二第一項四号によって、原告は地方公共団体に代わって、被告の地方公共団体の当該職員に損害の賠償、不当利得の返還を求めている。そういう住民訴訟において、代位されている地方公共団体が、被告の当該職員のために補助参加できるかどうかについては、住民訴訟の本質をどう理解するかにかかわって、学説においても、議論がある。

控訴人側は、一〇月九日の口頭弁論で、補助参加の申出に異議のあることを述べ、一〇月一七日には書面で「補助参加に対する異議理由書」を提出した。

控訴人側の「異議理由書」は、まず「補助参加の利益の不存在」を主張する。「本件の訴訟物は被控訴人に対する損害賠償請求権の存否であり、本案判決の主文における判断においては、申出人と控訴人との実体法上の利益は共通している。けだし損害賠償が認められた場合には、控訴人が提訴の目的を達すると同時に、申立人も損害賠償請求権という実体法上の権利の存在が認められることになるからであり、控訴人敗訴の場合の利害関係も実体法上共通しているからである。

これに対して申出人と被控訴人との間では、判決の主文における判断において、利害を共通にすることはない。損害賠償請求権の存在が肯定された場合、実体法上申出人はこれによって利益を得るが、被控訴人としては不利益を受けることになるのであり、損害賠償請求権が否定された場合はその逆で、いずれにせよ主文における判断に関しては、申出人と被控訴人との利害は完全に対立しているからである。

よつて、申出人には補助参加の利益は認められない。」

控訴人側の主張は、代位請求訴訟のすじからいえば、当然の論理であるが、問題はさらに住民訴訟制度の實質をどう理解するかにかかわってくる。申立人はそれに対して訴訟の「實質論」を展開して、補助参加の正当性を主張した。そこで、控訴人側は、その点にかんしても「實質論で見ても、補助参加は認めるべきではない」と、次のように反論している。

「(一) そもそも住民訴訟がなされるのは、地方自治体が違法な支出について自ら是正しようとしなない場合である。その多くの場合は首長や地方自治体幹部自身の違法な決定によつて違法な支出がなされた場合である。このような場合には、首長や幹部は地方自治体の決定に絶対的な影響力を有しているため、地方自治体自身が損害賠償請求権を行使することは期待できない。その不備を補うために住民訴訟の制度は設けられているのである。」

したがつて、確かに住民訴訟がなされるのは、一見すると地方自治体の見解（表面的にはその時の首長自身の見解）と住民の見解が対立する場合だということになる。しかし、そのような見方は、地方自治体を首長が代表する実際の組織を念頭に置いて見ており、地方自治体首長の意思イコール地方自治体の意思とみている点で問題である。地方自治法における地方自治体はあくまで住民全体で構成されている法的概念としてとらえるべきであり、住民と首長や幹部との見解の対立の局面においては地方自治体は中立を保つべきものと見るべきなのである。

(二) 地方自治体の首長や幹部が自らの決定した支出行為の違法を住民から争われている訴訟について、自らその意思決定に影響力を有する地方自治体を補助参加人として参加させるというようなことを常に許すとすれば、首長や幹部は地方自治体の職員をして訴訟の準備に当たらせ、地方自治体の予算をもつて訴訟の攻撃防御をなすことが可能になり、違法の上塗りを許す結果となる。

そして仮に首長や幹部の決定が違法と判断されて被告が敗訴した場合には、地方自治体が支出は適法との立場で補助参加の結果生じた経費も違法支出となるといふ問題も生じる（住民訴訟が限りなく続くことになる）。



裁判所は、補助参加を無限定に肯認することによって、住民訴訟制度の意義と機能を失わせないようにしなければならない。」

### 補助参加についての判決の動向

地方自治法二四二条の二に基づく住民訴訟において、地方公共団体が被告である首長あるいは職員を補助するために、補助参加人になることができるかどうかについては、判決でも意見が分かれている。

#### (1) 横浜市における住民訴訟補助参加申立事件

管理職の地位にあった横浜市職員に対して特殊勤務手当が支給されたことに対して、その支給は違法な支出であるとして、市民がこの金額の返還又は賠償を求めた訴訟で、横浜市から補助参加の申出があった事件で、横浜地裁は、一九八一年(昭和五六年)三月三〇日の決定で、その申立てを却下している。

「申立人が被告らから単に応訴費用について(損害賠償)請求される関係にあるというだけでは、本案判決でなされる訴訟物に関する判断、すなわち被告らが各自金一万六〇〇〇円の支払を命ぜられるか否かの判断について申立人が右訴訟物に関する判断について法律上の責任を被告らと共に分担すべき立場にあるとはいえないからである。

その他、申立人が主張するように、仮に本案判決理由中において本件金員支給行為が違法ないし無効とされることにより、申立人が何らかの不利益を受けることがあるとしても、それは事実上の不利益ないし別個の事由による不利益に過ぎず、これが、民事訴訟法六四条が補助参加のための要件とする法律上の利害関係に該らないことは明らかである。」(行裁集三三卷七号一〇二四頁)

補助参加を認めなかったこの決定に対して、申立人(横浜市)は抗告した。同年七月八日に、東京高裁は、一転、「原決定を取り消す」決定を行い、補助参加を認めた。

決定は、まず一般的な考え方として、最高裁判所一九七八年（昭和五三年）三月三〇日第一小法廷判決が述べる「損害補填に関する住民訴訟は……実質的にみれば、住民は権利の帰属主体たる地方公共団体と同じ立場においてではなく、住民としての固有の立場において、財務会計上の違法行為等に係る職員等に対し、損害の補填を要求することが訴訟の中心目的であつて、この目的を実現するための手段として、訴訟技術的配慮から代位請求の形式によることとしたものであると解されている」という住民訴訟の特質についての解釈に基づき、「原告と利害関係が同一でない地方公共団体が、被告らのために補助参加しても、対立訴訟構造をもつ民事訴訟の本質に背馳するものということとはできない。かかる場合、地方公共団体は、補助参加の利益があるかぎり、右訴訟で被告らを補助するために参加できるものと解するのが相当である。」とする。

さらに、補助参加の利益があるかどうかについて、論を進める。

「右訴訟で、被告らが敗訴すれば、申立人は、適法かつ妥当に支出し、もはや申立人に帰属すべきでないと考える金員の返還を受けるのを余儀なくされる次第であつて、ひいては、その関係する財務会計処理の見直しも要求されることとなるのである。それゆえ、かかる場合、申立人としては、前示訴訟の結果につき民法六四条の利害関係を有する第三者に該当する」として、参加の利益を認めている（行裁集三三卷七号一〇一九―一〇二〇頁）。

## （２）栃木県知事の靖国神社への玉串料支出に関する住民訴訟補助参加申立事件

この事件は、違憲判決が最高裁で出された、かの愛媛県の靖国神社への玉串料支出に関する住民訴訟と同じ事案である。栃木県知事が宗教法人靖国神社に対し、一九八一年四月二日と同年一〇月一七日に例大祭玉串料として各一万円ずつ、一〇月一二日にみたま祭供花料等として一万七〇〇〇円を公金から支出した。それに対して、県民が違憲・違法を主張して、提訴した。ここでも、県の補助参加が問題になっている。

この事件では、原決定である宇都宮地裁(一九八三年〔昭和五八年〕七月四日)も、抗告審である東京高裁(一九八三年〔昭和五八年〕九月三〇日)もいずれも補助参加を認めていない。

高裁の抗告棄却の決定は次のように述べている。

「本件訴訟において被告である県知事個人が敗訴した場合には、判決主文によって原告人が県知事個人に対して私法上の損害賠償請求権を有する旨の原告人にとって有利な判断がなされるだけのことであり、逆に、被告が勝訴した場合には、判決主文によって原告人が県知事個人に対して私法上の損害賠償請求権を有しない旨の原告人にとって不利な判断がなされることになるのである。したがって、本件訴訟の訴訟物である損害賠償請求権の存否に関する本案判決の主文における判断について、原告人は原告らとは実体法上の利害関係を共通にし対立する関係にはなく、これに反して、被告とは実体法上の利害が相反し対立する関係にあることは明らかであるから、原告人には被告である県知事個人をして敗訴の事態を避けるためないしは勝訴させるため、本件訴訟において被告である県知事個人に補助参加する利益は認められないものというべきである。」(行裁集三四卷九号一六九七頁、判例時報一一〇一号四一頁)

このようにして、県の補助参加は認められなかった。

(3) 岩手県における道路移転補償費用に関する住民訴訟補助参加申立事件

この事件は、岩手県知事が、道路用地取得に関する移転補償費用名目で、同県の公費六四八万五四〇〇円を違法に支出し、同県に損害を被らせたとして、知事を被告に起こされた住民訴訟事件である。この事件でも、県の補助参加が争点になった。

盛岡地裁は一九八九年(平成元年)一〇月三十一日に「補助参加の申立てを却下する」決定を出した。その理由は次のようになっている。

「本件訴訟において被告である県知事個人が敗訴した場合には、判決主文によって申立人が県知事個人に対して私法上の損害賠償請求権を有する旨の申立人にとって有利な判断がなされるだけのことであり、逆に、被告が勝訴した場合には、判決主文によって申立人が県知事個人に対して私法上の損害賠償請求権を有しない旨の申立人にとって不利益な判断がなされることになるのである。したがって、本件訴訟の訴訟物である損害賠償請求権の存否に関する本案判決の主文における判断について、申立人は原告とは実体法上の利害関係を共通にし対立する関係にはなく、これに反して、被告とは実体法上の利害が相反し対立する関係にあることは明らかであるから、申立人には被告である県知事個人をして敗訴の事態を避けるためないしは勝訴させるため、本件訴訟において被告である県知事個人に補助参加する利益は認められないものというべきである。」(判例自治七〇号一五頁)

この決定のこの部分は、先に紹介した東京高裁決定の「丸写し」でありただ「抗告人」が「申立人」に代わっているだけである。

この決定に対して、岩手県は仙台高裁に抗告した。

一九九〇年(平成二年)一月二六日、仙台高裁は「原決定を取り消す」決定を出した。原決定との大きな違いは、住民訴訟の訴訟物を次のように解した点にある。

「訴訟物は代位による単なる損害賠償等請求ではなく、住民代位による地方公共団体の違法な財務会計の補正請求としてとらえなければならない。それ故、この訴訟においては、地方公共団体の首長選挙の結果、首長に交替があったような場合において、前首長時代になした違法な公金支出等の財務会計上の行為の結果の補正について、地方公共団体の判断と原告住民の判断とが同一で、両者が共通して被告と対立関係に立つような例外的な事例の場合を除いて、通常は訴訟物たる右補正の要否につき地方公共団体の判断と住民の判断とが相異なり相対立する関係にあるということが出来る。」(判例自治七〇号一四頁)

そして、本件について、そこでいう例外的な場合に当たらないから、被告である県知事と被告が代表する県とは訴訟物に関して利害を同じくし、いずれも原告住民とは対立関係にある。そこで補助参加が認められるべきであるとしたのだ。

東京高裁一九八一年(昭和五六年)七月八日決定も、最高裁判決を引いて「原告と利害関係が同一でない地方公共団体が、被告らのために補助参加しても、対立訴訟構造をもつ民事訴訟の本質に背馳するものということはできない」と述べている(行裁集三三二巻七号一〇一七頁)。学界でも、園部逸夫論文「住民訴訟の訴訟法上の問題点」(「ジュリスト」九四一号三三頁)は、この決定を「住民訴訟独自の訴訟法理をその運用の現実の中から創造したもの」と評している。同時に、「このような判決による創造が許されないとすれば、住民訴訟の実態に即した独自の手続規定を置くことを検討しなければならぬ」と、今後の課題を設定している。ということは、この補助参加の論点は、法規において今のところ具体的な規定がない現状において、「判決による創造が許されるかどうか」なお検討の余地があるというべきであろう。

このように、住民訴訟における補助参加をめぐることは、現在までのところ高裁段階で相対立した見解がだされている。学説においては、住民訴訟一般について補助参加を認めるべきとするのが通説的見解であるが、個別的な事例について、認められない場合とはどのようなものかも検討する必要があるだろう。

#### 補助参加についての福岡高裁宮崎支部の決定

一九九五年一月一五日、福岡高裁宮崎支部は、補助参加の申出について、決定をだした。その要点は以下のようなものであった。

(一) 民事訴訟法六四条にいう「訴訟の結果についての利害関係」については、「実質的争点や理由中の判断についての

利害関係であつてもよいと解すべきである。また、参加申立人と被参加申立人の利害の共通性についても、実質的観点から考慮すべきである。」

(二) 住民訴訟の実体について、最高裁一九七八年(昭和五三年)三月三〇日第一小法廷判決(民集三三卷二号四八五頁)を参照して、「住民訴訟の実体は、財務会計上の行為等の適否を問うものであり、本件訴訟の訴訟物も、形式的には地方公共団体である申立人がその職員である被控訴人に対して有する損害賠償請求権であるが、実質的争点は、当該財務会計処理の適否であるとみられるものである。

したがって、本件旅費支出という財務会計上の行為の適否について、適法かつ妥当として当該行為を行った申立人は、同一且つ同趣旨の主張をする被控訴人と法律上の利害関係を共通にするものというべきである(被控訴人が敗訴すれば、適法かつ妥当に支出し、申立人が損害賠償請求権を有するものではないと考える金員の支払等を受けるのを余儀なくされ、財務会計上の処理の在り方を問責されたり、地方自治法二四二条の二第七項による相当額の弁護士報酬の支払義務を負担せざるを得なくなるなどとも、右利害関係肯定の一要因になるものと解される)。

(三) 申立人は、民事訴訟法六四条にいう「訴訟の結果についての利害関係を有する第三者」に該当するものと認められる(なお、地方公共団体である申立人を被控訴人のために補助参加させることは、その攻撃防御を尽くさせ、本件審理を充実させることとなり、民事訴訟の本質に反するものとはいえない)。

このように、福岡高裁宮崎支部は、補助参加を認める態度をとった。

この決定については、最高裁が上述の判決で一般的にのべた「住民訴訟の特質」に依拠したとしても、この事案での補助参加の是非を決めるのに、その主張をどこまで適用できるのか否かが問題になるだろう。

この鹿児島大嘗祭訴訟に即して考えてみる場合、地方公共団体が被告と利害関係がただちに同一といえるのかどうか、

検討の課題とするべきであった。というのは、地方公共団体の財務会計上の監査を担当する県監査委員は鹿児島県知事のこの支出について、適法とも違法とも判断せず、意見の一致をみなかったのである（一九九一年二月一八日の通知、拙稿「大嘗祭違憲訴訟（一）」鹿児島大学社会科学雑誌一五号二二頁以下）。とすれば、宮崎支部の決定がいうように「本件旅費支出という財務会計上の行為の適否について、適法かつ妥当として当該行為を行った申立人は、同一且つ同趣旨の主張をする被控訴人と法律上の利害関係を共通にするものというべきである」とはたしていいのだろうか。県監査委員は、明らかに申立人たる県の一機関であり、その監査委員はけっして「適法かつ妥当」とは判断していいのである。県知事と県の利害関係がもうすこし検討されるべきではなかったか。

ともあれ、補助参加の問題は申立人の主張が入れられて、鹿児島県が新たに補助参加人として認められ、その代理人として、これまでの松村仲之助弁護士に加えて、和田久弁護士、池田恒弁護士が加わった。

福岡高裁宮崎支部は、県知事Ⅱ土屋佳照の証人尋問を翌年二月五日に行うことを、控訴人・被控訴人双方に十一月二四日までに伝えてきた。

こうして、再び訴訟が本筋に戻ったかにみえたのだが、その後、予期していなかった事態が突然起きることになる。

（つづく）