The University of Osaka
Institutional Knowledge Archive

Title	国葬と法治主義：わが国の法状況の整理
Author(s)	高橋, 明男
Citation	阪大法学. 2022, 72(3-4), p. 370-350
Version Type	VoR
URL	https://doi.org/10.18910/89702
rights	
Note	

The University of Osaka Institutional Knowledge Archive : OUKA

https://ir.library.osaka-u.ac.jp/

The University of Osaka

国葬と法治主義

――わが国の法状況の整理――

高 橋 明 男

はじめに
Ⅰ　国葬に関連する実定法の変化
（1）明治憲法下
（2）日本国憲法下
Ⅱ　国葬の法的統制
（1）憲法との整合性
（2）法的根拠
（3）規制（羈束）法律
Ⅲ　国葬をめぐる争訟
（1）差止め訴訟
（2）住民監査請求・住民訴訟
おわりに

はじめに

本稿は、内閣が2022年７月22日に閣議決定により2022年９月27日に行うことを決めた安倍晋三元内閣総理大臣の国葬儀(1)をめぐって生じた議論を契機として、国葬と法治主義に関するわが国の法状況を整理しようとするものである。本稿が扱うテーマはいささか時事的なものであり、比較法を含む本格的な研究ではなく論点整理に止まるので、記念論文としては不似合いの面もあるが、ご寛容を願う。

論述の順として、国葬に関連する実定法の明治憲法下から日本国憲法下への変化を確認した後、国葬の法的統制について、憲法との整合性、法的根拠、規制（羈束）法律の順に論じ、国葬をめぐって提起された差止め訴訟、住民監査

請求・住民訴訟について、そこにおける若干の論点に言及する。

Ⅰ　国葬に関連する実定法の変化

（1）明治憲法下

1　明治憲法下において、天皇の大権である「爵位勳章及其ノ他ノ榮典ヲ授與」（明憲15条）する行為を規律する規範の一として、国葬令（大正15年勅令第324号）が定められていた。[(2)] 国葬令は、天皇、太皇太后、皇太后、皇后の大喪儀（1条[(3)]）、皇太子、皇太子妃、皇太孫、皇太孫妃及び摂政たる皇族の葬儀（2条）を国葬と規定すると共に、「国家ニ偉勲アル者」についても特旨により国葬を賜うことを規定していた（3条）。後者の国葬の例には、東郷平八郎、西園寺公望、山本五十六等、20例があったとされる。[(4)]

なお、栄典の授與には、死者に対する国家による顕彰としての国葬と並んで、特定の人の栄誉を表彰する栄典制度があり、それに関わる規範として、位階制（大正15年勅令第325号「位階令」）、勲章（明治8年太政官布告第54号「勲章従軍記章制定ノ件」）、褒章（明治14年太政官布告「褒章条例」）、文化勲章（昭和12年勅令第9号「文化勲章令」）などがあった。[(5)]

2　以上のように、明治憲法下においては、国葬は「栄典ヲ授與」する天皇の大権として、法律ではなく勅令である国葬令により規律されて行われており、栄典制度についても同様に、法律ではなく勅令や太政官布告に基づいて行われていた。

（2）日本国憲法下

1　日本国憲法は、第7条において内閣の助言と承認により行う天皇の国事行為の列挙の中で、「栄典を授与すること。」（第7号）と「儀式を行ふこと。」（第10号）を定める。当然ながら、いずれも、明治憲法15条のような天皇の大権ではない。このような憲法の下においては、昭和22年法律第72号（日本国憲法施行の際現に効力を有する命令の規定の効力等に関する法律）により、国葬令は、就中第4条の規定のほか、制度全体としても失効していると解されてきた。[(6)] 国葬令が規定する大喪儀については、皇室典範（昭和22年法律第3号）第

25条が「天皇が崩じたときは、大喪の礼を行う。」と定めるが、それ以外の場合の国葬については、皇室典範以外に直接に定める法律の規定はない。[7] 日本国憲法下では、昭和天皇の大喪の礼が、天皇の国事行為として1989年に行われたほかは、安倍晋三元内閣総理大臣の国葬までは、占領下の時期（1951年）に貞明皇太后の大喪儀が「準国葬」として行われたことを除き、[8] 吉田茂元内閣総理大臣の国葬が佐藤栄作内閣総理大臣を葬儀委員長として1968年に行われた１例のみがある。[9]

一方、栄典制度については、過去に栄典法案が国会に提出されたことがあるものの、成立せず、明治憲法下の法規範が、勅令等の一部がそのまま効力を維持したり、[10] 太政官布告を政令で改正したりして、存続しているものがある。[11] また、栄典の授与は、天皇の国事行為として行われるもののほか、法律や条例で、内閣総理大臣や地方公共団体の長が栄典を授与することは禁止されていないと解されて、実際に広く行われている。[12]

２　以上のように、日本国憲法下においては、国葬は、天皇の大喪の礼に関する皇室典範のほかは法律による直接の規律はなく、国葬と並ぶ特定人の栄誉の表彰制度としての栄典についても、文化功労者に対する年金支給を例外として、[13] 明治憲法下の仕組みの一部が、法律により取って代わられて規律されることなく存続している。

Ⅱ　国葬の法的統制

（１）憲法との整合性

１　国葬に対する憲法上の疑義は、①明治憲法下の国葬令が失効したとされたように、内容的に平等性を欠く仕組みが日本国憲法下で存続しうるか、存続しうるとしてどのような形をとる必要があるか、という問題が提起されると共に、②葬儀が故人を悼むことを本質とする以上、宗教的な側面を有することは否めず、国が実施する国葬は国をあげて故人の栄誉を讃えるものでもあるため、[14] 政教分離原則（憲20条３項）との抵触や内心の自由（憲19条）・信教の自由（憲20条１項・２項）の侵害可能性が問題となり得る。前者①は次項の法的根拠の

問題として扱うこととし、後者②の問題について検討する。

２　前述のとおり、明治憲法下の国葬のうち、天皇の葬儀については皇室典範に規定することにより、象徴天皇制という憲法上の仕組みの中で説明されうるよう意図されたと共に、大喪の礼の形式を無宗教の形式で行うことにより、政教分離原則との抵触を避けることが図られている[15]。葬儀を無宗教形式で行うことにより政教分離原則との抵触を避ける考え方は、国葬として行われた吉田茂元内閣総理大臣の葬儀において適用され、さらに、国葬の形式をとらずに行われた歴代の元内閣総理大臣の公葬においても踏襲されているとされる[16]。今回の安倍元内閣総理大臣の国葬に際しても同様に、無宗教形式で行われることとされる[17]。このような国葬の実施方法が政教分離原則に反しないかどうかの確認が必要であろう。

３　国葬が行われることにより、国民個々人の内心の自由・信教の自由が侵害される可能性については、国民の服喪を命じる国葬令４条の失効により、吉田茂元内閣総理大臣の国葬に際しては、国民に対して協力を求める形がとられることにより回避が図られた。具体的には、①弔旗掲揚、②黙とう実施、③当日の半休、④公式行事・儀式等の自粛が閣議了解による政府の方針とされ、一般においても同様の方法による弔意表明の実施が求められたとされる[18]。

このような一般人に対する強制的な服喪の要素を避けるやり方は、次項で扱う法的根拠の要否の問題とも関係するが、直接に強制するものでないにせよ、国家による葬儀の実施への協力要請が、国民個々人の内心の自由・信教の自由に影響しないと言えるかどうかは問題を孕む。この点に関連して、殉職した自衛隊員が護国神社に合祀されたことについて、キリスト教信者である自衛隊員の妻が自己の宗教上の人格権を侵害されたとする訴えに対して、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とし、憲法20条３項の政教分離の規定は制度的保障の規定であって、私人の法的利益を直接保護するものではないとして、訴えを斥けた最大判昭和63年６月１日[19]の射程が、国葬の実施に対してどのように関係するかが問題となろう。

４　また、前記の吉田茂元内閣総理大臣の国葬に際して、閣議了解により、政府機関とその職員に対して、弔旗掲揚、黙とう実施、当日の半休の措置が採られたことは、葬儀委員長である内閣総理大臣の指揮監督権の行使とみられる余地がある。内閣総理大臣の指揮監督権がどのような形で行使できるかについては、特に「指示」という非権力的な形式をとった場合、本来的に権力的な作用とされる指揮監督権（憲72条）が非権力的な作用を含みうるか、含みうるとしてどのような要件を満たす必要があるかについて、内閣総理大臣の運輸大臣に対する指示が内閣法６条が定める閣議にかけた方針に基づくことの必要性をめぐり、ロッキード事件（最大判平成７年２月22日）において争われた[(20)]。今回の安倍元内閣総理大臣の国葬では、閣議了解を行うことなく、岸田文雄内閣総理大臣が葬儀委員長として、各府省で弔旗掲揚と黙とうを実施することを決めたとされるが[(21)]、内閣総理大臣の行政機関内部における指示権の適法性の問題を孕む。

５　さらに、政府機関・政府職員に対して弔旗掲揚と黙とうの実施を指示することは、職員の内心の自由を侵害する可能性がある。この点に関連して、公立学校の教職員に対して、卒業式等の式典に際して国歌斉唱の際に国旗に向かって起立し国歌を斉唱することを命ずる旨の校長の職務命令が憲法19条に違反するとの主張について、当該職務命令が特定の思想を持つことを強制したり、これに反対する思想を持つことを禁止したりするものではなく、特定の思想の有無について告白することを強要するものということもできないとしつつ、国歌斉唱の際の起立斉唱行為が国旗及び国歌に対する敬意の表明の要素を含む行為であることに鑑み、自らの歴史観ないし世界観との関係で否定的な評価の対象となる「日の丸」や「君が代」に対して敬意を表明することには応じ難いと考える者が、これらに対する敬意の表明の要素を含む行為を求められることは、個人の歴史観ないし世界観に由来する行動（敬意の表明の拒否）と異なる外部的行動（敬意の表明の要素を含む行為）を求められることとなる限りにおいて、その者の思想及び良心の自由についての間接的な制約となる面があるとして、このような間接的な制約が許容されるか否かは、職務命令の目的及び内容並びにこれによってもたらされる上記の制約の態様等を総合的に較量して、当該職

務命令に上記の制約を許容し得る程度の必要性及び合理性が認められるか否かという観点から判断するのが相当であるとした最判平成23年６月６日[22]の射程が、国葬実施に伴う弔旗掲揚と黙とうという形での弔意の表明の指示に対してどのように及ぶかという観点からの検討が必要となろう。

（２）法的根拠

１　前述のとおり、国葬は、明治憲法下においては国葬令という勅令により規律されて行われたが、日本国憲法下においては国葬令が失効したとされ、国葬令が規定する天皇の大喪儀については皇室典範が規定するに至ったものの、皇族以外の「国家ニ偉勲アル者」の国葬については、国葬令に代わる法律が制定されず直接的に規律する法規範がないままである。

２　吉田茂元内閣総理大臣の国葬が行われたときの事情については、貞明皇太后の大喪儀の際に佐藤達夫法務府法制局長官意見が、国葬実施には「憲法上法律の根拠を要」せず、「行政作用の一部」なので「理論上は内閣の責任において決定し得る」とし、吉田一郎内閣法制局第一部長が1965年１月８日の公式制度連絡調査会議で、「単に、国葬をやってやるというのなら、政令でやることができるであろう」と述べたことを踏まえ、「政府として国費によって葬儀を行うことを閣議決定することによって事実上の国葬を行えるものと結論」づけたとされる[23]。

今回の安倍元内閣総理大臣の国葬を閣議了解により決定するにあたっても[24]、この考え方が踏襲され、国の儀式を内閣が行うことについては、内閣府設置法（平成11年法律第89号）第４条第33号において、内閣府の所掌事務として「国の儀式並びに内閣の行う儀式及び行事に関する事務に関すること（他省の所掌に属するものを除く。）。」と規定されていることから、閣議決定を根拠として、行政が国を代表して行い得る行政権の作用であると政府は判断した[25]。その際、「国民に更なる義務を課すとか、権利を制限するというものでない限り、具体的な法律が必要ないという学説に基づいて」いるという説明が、衆議院議員運営委員会及び参議院議員運営委員会の閉会中審査においてなされた[26]。

３　明治憲法下において国葬と共に天皇の大権とされていた栄典の授与につい

ては、日本国憲法下において、実質的には憲法65条（行政権は、内閣に属する）および憲法73条（同条各号に列挙されている内閣の権限の一般行政事務）に根拠づけられているとして、その具体的処理は、内閣総理大臣の下での慎重な選考手続（推薦要綱）に委ねられると見るほかないとする見解があり[27]、政府においても、栄典の授与は相手方に利益を与えるものであって、別に相手方の権利、利益を拘束するものではないから、国会を通過した法律という形式をとらなくてもよいとする考え方があった[28]。

他方、栄典の授与についても、法規を一般的な法規範と解することにより、法律事項であって国民主権の建前から法律によるのがよいとする見解[29]、法規を国民の権利義務に関する法規範と解する場合には、「権利」を広く「権利利益」と解することが必要であるとして、褒章条例は一般的規範であり、さらに国民の利益を与えるものであるから、法律で定められるべきものであるとする見解[30]、栄典の授与によって国民が政治的または社会的関係において差別されるものとすれば、憲法14条１項の法の下の平等に反することになり、内閣の政治的責任を生ずる畏れがあるから、国会の承認なくして栄典の基準が定められることは、内閣の責任を不明確にして民主制の論理に反することになるとして、栄典の基準およびその授与については内閣の責任を明らかにする必要があるとする見解[31]等があった。

４　先にみた、国葬の法的根拠に関する政府の考え方は、栄典の授与に関する政府の理解と同様に、侵害留保的な思考を元にして、相手方に義務を課し、権利を制限する場合でなければ、作用法的授権を必要とせず、組織法的授権で足りるとするものであるとみられる[32]。

しかし、栄典の授与の場合と同様に、国葬についても、特定の者に相当額の国費を費やして栄誉を与えるものである以上、全部留保説的な考え方からは作用法的授権を要すると考えられ、基本的人権の保障と民主的正当性の確保の観点から重要な事項については法律の制定等の議会の関与を必要とする重要事項留保説の立場からも、内閣の判断のみで国葬を行うことを決定することは違憲違法であると考えられる[33][34]。

５　なお、組織法的授権が内閣府設置法にあるとしても、その場合、内閣府の

長としての内閣総理大臣は、内閣府の所掌事務を分担管理する主任の大臣の地位にあり（内閣府設置法６条２項）、内閣の首長としての立場とは異なる。したがって、内閣府の長としての内閣総理大臣が直接に指揮監督権を行使できるのは、内閣府所管の機関とその職員に限られ（内閣府設置法７条１項・６号）、内閣府以外の政府機関に対しては、当該機関の長に対して協力を求めることができるにとどまると解される（内閣府設置法７条７項）。前述のように、内閣総理大臣が葬儀委員長の立場で、閣議を経ることなく、政府機関に対して、弔旗掲揚と黙とうの実施を指示することについては、組織法的にみて、内閣の首長としての立場と内閣府の主任の大臣としての立場の混同があるおそれがあろう。内閣総理大臣が内閣の首長として、内閣府が所管する以外の政府機関と職員に対する指揮監督権を行使するためには、少なくとも組織法的には、閣議を経る必要があろう[35]。

（３）規制（羈束）法律

現在の法治主義に関する考え方においては、法律の留保が及ばない作用であっても、積極的に法律による規制（羈束）を行うべきであるとするのが一般的な理解である[36]。国葬に関しては、この意味における規制（羈束）法も存在しない。規制（羈束）法律による規律は、それがなければ違法になるという意味ではなく、立法府が積極的に規律を行うことが望ましいとされるものであるが、少なくとも、内閣の裁量的な判断を手続的に規律する国葬手続法のような法律の制定は必要であろう[37]。

Ⅲ　国葬をめぐる争訟

（１）差止め訴訟

今回の安倍元内閣総理大臣の国葬をめぐっては、その実施の差止めを求める訴訟が提起されている。本稿執筆時（2022年９月）に、その判決を確認することはできないが、報道されている限りの裁判所の判断を概観しておく。

１　まず、安倍晋三元内閣総理大臣の国葬は憲法が保障する思想・良心の自由

に反するなどとして、市民団体が実施と予算支出の差止めを国に求めた訴訟で、東京地裁は、2022年９月９日付で訴えを却下した。同じ趣旨の仮差し止め請求についても却下する決定を出した。その理由は、国葬の閣議決定は行政処分には当たらず、国葬を行うことは公権力で弔意を強制し、人格権を直接侵害するとの訴えについても「国民に意に反して弔意や行動を強制する効果を有するとは言えない」とし、国民が主権者として国費の支出の差止めを求めることを認める法律も存在しないとするものである。(38)

同様に、安倍元内閣総理大臣の国葬関連予算の執行差止めなどを求めた仮処分申立てについて、2022年９月５日にさいたま地裁が、重大な損害を避けるため緊急の必要があるということはできないとして、却下の決定を行っている。(39)

さらに、2022年９月９日付で大阪地裁が、市民団体が、国葬の実施は「思想・良心の自由」を保障する憲法19条に反し、国葬は弔いの儀式に国民を強制的に参加させることになるとして閣議決定の取消しを求めた訴えについて、閣議決定や国費の支出は、個々の国民に直接何らかの受忍を強いるものではないとし、予算執行の差止めの仮処分申請については、法律上の要件を欠いているとして、いずれも却下する決定を下した。(40)

２　これらの訴訟で主張されているという閣議決定の取消しを求める訴えについては、閣議決定に処分性を認めない先例がある。(41)また、地方自治法において法定されている住民訴訟においては、公金支出の差止めを求めることができるが、住民訴訟は行政事件訴訟法上の客観訴訟の一としての民衆訴訟であると理解されていて、立法政策によるものであるとする先例があり、(42)国レベルで同様の訴訟は実定法上存在しない。

今後、国葬実施やそれに伴う弔旗掲揚・黙とうの実施の差止め訴訟、国葬実施後に引き続き損害賠償請求訴訟が提起されている場合は、前述のように、個々の国民あるいは政府機関等の職員の内心の自由を侵害するものであるかどうか、前述した最高裁判例の射程等をめぐって問題となろう。

（２）住民監査請求・住民訴訟

１　国による国葬実施を直接に対象とするのではなく、国葬に地方公共団体の

長や議会議長が参加することについて、そのための公金支出の差止めを求める住民監査請求がいくつかの道府県において提起されている。2022年８月19日に、安倍晋三元内閣総理大臣の国葬に知事や議長が公金を出して参列するのは憲法に違反するとして、弁護士らが、北海道、京都、大阪、兵庫の４道府県の各監査委員に対し、公金の支出の差止めを求める住民監査請求を行った。同時に、結果が出るまでの間、公金支出を暫定的に停止することも求めている。請求人らは、首相経験者の葬儀は内閣・自由民主党合同葬が慣例で、首相在任期間は国葬の理由にならず、国葬は、追悼を国民に強いることにもつながるとし、「法の下の平等」を保障した憲法14条や「思想・良心の自由」を保障した憲法19条などに違反すると主張している[43]。その後、広島県[44]、長野県[45]、沖縄県[46]、鳥取県[47]においても、同様の請求が提起されている。

原稿執筆時に、これらの住民監査請求に対して監査結果はまだ出されていないものがほとんどであったが、大阪府については、2022年９月21日に住民監査請求を棄却する監査結果が公表された[48]。住民監査請求が棄却された後に引き続き住民訴訟が提起された例として、広島県における出訴がある[49]。

２　住民監査請求は住民訴訟を提起するための前置手続であり、請求に対する結果に不服がある場合、あるいは住民監査請求を提起した後60日を経過しても監査委員が監査又は勧告を行わない場合、住民訴訟を提起することができる（地方自治法242条の２第２項）。しかし、住民監査請求であれ住民訴訟であれ、対象となるのは公金支出等の財務会計行為であって、財務会計行為の原因となる行為ではない。今回の国葬をめぐる住民監査請求の場合、国葬への知事等の参加そのものを差し止めることはできず、参加のための公金支出が差止めの対象となる。

この場合、財務会計行為の原因となる行為に違法または不当事由がある場合であっても、その違法性・不当性が財務会計行為に承継され、財務会計行為を違法または不当であると主張することができるとは限らない。それは、およそ公金支出を伴わない作用は多くないところ、公金支出の原因となる行為に違法性があれば、すべて公金支出にその違法性が承継され、公金支出を住民訴訟で争いうることにすれば、原因行為について、本来であれば、処分性、原告適格、

訴えの利益等の制限がある主観訴訟（抗告訴訟または当事者訴訟）で争わなければならないにもかかわらず、そのような制限がなく、住民であれば誰でも、また財務会計行為である限り争うことができる住民訴訟への迂回が可能になってしまうからである。ここに、住民訴訟を通じた地方行政の適法性確保の機能をどこまで重視すべきかについて、議論が生じる要因がある。[50]

３　今回の安倍元内閣総理大臣の国葬への地方公共団体の知事等の参加をめぐる住民監査請求・住民訴訟の場合、さらに問題となるのは、国が実施する国葬について違憲性・違法性が主張されていて、そのような違憲・違法な国葬に知事等が参加することが違憲・違法であるという論理になることである。つまり、通常の住民監査請求・住民訴訟において問題となる先行行為の違法性の財務会計行為への承継の問題に加えて、地方公共団体の先行行為の原因となる国の行為の違法性の地方公共団体の行為への承継が問題となる。

また、この場合、国の行為がどのような意味において違憲・違法であるのかも問題となる。まず、国葬が憲法上必要な作用法的根拠を欠いていて違憲である、あるいは国葬が政教分離原則に違反して違憲であるという意味における違憲性があるならば、それは客観的制度的なものであるから、地方公共団体の代表が参加するにあたっても考慮する必要があろう。これに対して、国葬の際の政府機関等における弔旗掲揚や黙とうの実施が、国民個人あるいは政府機関等の職員に対する関係で、必要な法的根拠または法的手続を欠いている、あるいはその内心の自由を侵害するおそれがあるという意味における違憲性・違法性の問題があり得るが、この意味の個別的な法関係における違憲性・違法性が直ちに地方公共団体の代表が参加する行為の違憲性・違法性に転化するかどうかは問題であろう。他方、国が、地方公共団体に対して、国葬に際して、地方公共団体の代表が国葬に参加し、地方公共団体においても弔旗掲揚や黙とうを行い、地方公共団体が運営する学校における休校等の措置をとるよう指示するならば、地方公共団体の自治権の侵害のおそれが生じ得よう。

４　財務会計行為の原因となる行為の違法性が財務会計行為に承継するかどうかについては、多くの裁判例が蓄積している。[51] まず、原因行為が政教分離原則に反して違憲である場合については、その執行のための財務会計行為にも瑕疵

が承継するという点は、津地鎮祭訴訟以来、安定した判例であるということができる。[52]

原因行為の違法性が財務会計行為に承継するかどうかについて、最高裁判例で基準となっているとみられるのは最判平成４年12月15日である。[53] それによれば、住民訴訟の一である損害賠償請求訴訟について、財務会計上の行為を行う権限を有する職員に対し、当該職員の財務会計上の行為をとらえて損害賠償責任を問うことができるのは、たといこれに先行する原因行為に違法事由が存する場合であっても、原因行為を前提としてされた当該職員の行為自体がその職務上の義務である財務会計法規上の義務に違反する違法なものであるときに限られるとして、教育委員会がした校長任命の処分について、地方公共団体の長は、当該処分が著しく合理性を欠きそのためこれに予算執行の適正確保の見地から看過し得ない瑕疵の存する場合でない限り、当該処分を尊重しその内容に応じた財務会計上の措置を採るべき義務があるとされた。この判決は、原因行為が行政委員会によるもので、地方公共団体の首長にはその判断を尊重する義務があることを背景としたものであるが、その後の裁判例においては、原因行為が行政委員会の行為でない場合であっても、財務会計行為を行う職員が、予算執行の適正確保の見地から看過し得ない瑕疵があるかどうかを審査する職務上の義務に違背したかどうかが、基準として採用される例がみられる。[54]

このような裁判例に鑑みると、今回の安倍元内閣総理大臣の国葬への参加のための公金支出が違法であるかどうかについて、裁量的判断と言える原因行為である国葬への参加に、違憲の瑕疵を含めて予算執行の適正確保の見地から看過し得ない瑕疵があるかどうかが問題となろう。

５　財務会計行為あるいはその原因行為が国の行為を前提としている場合、国の行為の違法性が財務会計行為あるいはその原因行為に承継するかどうかという問題については、東京高判平成26年３月25日[55]が参考となる。事案は一級河川利根川の管理者である国土交通大臣が河川法および特定多目的ダム法に基づき多目的ダムとして八ッ場ダムを建設する事業につき、国土交通大臣の建設費負担金の通知に基づいて流域都県の一である茨城県が負担金を支出することの違法性が主張されたものである。裁判所は、特定多目的ダム法７条１項は、ダム

使用権の設定予定者は建設費負担金を負担しなければならないものと定めており、予算の適正な執行に当たることを義務付けられている茨城県企業局長及び同知事は、国土交通大臣の納付通知に係る支出をする義務を負うものであって、当該支出行為が違法であるというためには、国土交通大臣の建設費負担金の納付通知に重大かつ明白な違法ないし瑕疵があり、又は外形上一見して看取できる違法ないし瑕疵があることが認められる必要があると判断した。

この裁判例は、地方公共団体の公金支出が法的に支出の義務を負う負担金に係る国の納付通知に基づくものであっても、予算の適正な執行にあたることを義務づけられている地方公共団体の財務会計行為を行う職員は、国の行為に重大かつ明白な違法ないし瑕疵があり、または外形上一見して看取できる違法ないし瑕疵があるかどうかを審査する義務があることを示すものであると言える。また、この裁判例で問題となり得る瑕疵は、国と地方公共団体の関係におけるものであると言える。[56]

6　前述のとおり、今回の安倍元内閣総理大臣の国葬は閣議決定に基づいて行われるもので、各地方公共団体の代表の国葬への参加については、地方公共団体に法的に義務づけられたものではなく、その代表が参加するかどうかは各地方公共団体の判断に委ねられている。上記の裁判例に鑑みると、参加するための財務会計行為を行うにあたって、各地方公共団体の財務会計行為を行う職員にあっては、国葬に明らかな違憲性・違法性があり、地方公共団体の代表が国葬に参加する行為にその違憲性・違法性が承継し、地方公共団体における予算の適正な執行確保の見地から看過し得ない瑕疵があるかどうかを審査する職務上の義務があるということができる。したがって、今回の安倍元内閣総理大臣の国葬への参加のための公金支出をめぐる住民監査請求・住民訴訟においては、このような観点からの審査が行われなければならないと考えられよう。[57]

おわりに

本稿は、執筆の契機となった安倍晋三元内閣総理大臣の国葬（2022年９月27日実施）がまだ行われていない時点（2022年９月26日）で脱稿し、裁判例や住

民監査請求の動向、学説の動向を十分に考慮することができなかった。その意味で、原稿執筆時における論点整理にとどまっており、谷口勢津夫先生には不十分な論考を献呈することになったことをお詫びいたしたい。本稿のテーマに関しては、引き続き、考察を深めていくこととしたい。

（1） 政府は、国葬儀は国の儀式として行う葬儀であり、明治憲法下に国葬令に基づいて行われた国葬と同一ではないとの立場をとる。しかし、本稿においては、国が国費をもって国の事務として行う葬儀の意味で、国葬と国葬儀を区別せずに扱う。後注(32)も参照。なお、政府が第209回国会（臨時会）の衆議院議員および参議院議員に対する答弁書の中で示した見解について参照、https://www.shugiin.go.jp/internet/itdb_shitsumon.nsf/html/shitsumon/b209001.htm; https://www.shugiin.go.jp/internet/itdb_shitsumon.nsf/html/shitsumon/b209017.htm;https://www.shugiin.go.jp/internet/itdb_shitsumon.nsf/html/shitsumon/b209027.htm;https://www.shugiin.go.jp/internet/itdb_shitsumon.nsf/html/shitsumon/b209028.htm; https://www.sangiin.go.jp/japanese/joho1/kousei/syuisyo/209/touh/t209008.htm; https://www.sangiin.go.jp/japanese/joho1/kousei/syuisyo/209/syuh/s209009.htm; https://www.sangiin.go.jp/japanese/joho1/kousei/syuisyo/209/touh/t209010.htm; https://www.sangiin.go.jp/japanese/joho1/kousei/syuisyo/209/touh/t209011.htm; https://www.sangiin.go.jp/japanese/joho1/kousei/syuisyo/209/touh/t209024.htm（2022年11月15日最終閲覧）

（2） 前田修輔「戦後日本の公葬――国葬の変容を中心として――」史学雑誌130巻7号（2021年）61頁（69頁）は、明治憲法下における国葬は国葬令があって初めて行われたものではないから、国葬令は積極的な評価を受けていたとは言えないという。

（3） 皇室喪儀令（大正15年皇室令第11号）第1条第1項・第2項において、これらの皇族について大喪儀を行うことが規定されていた。

（4） 宮間純一『国葬の成立』［勉誠出版］（2015年）2頁、前田・前掲注(2)61頁。

（5） 宮沢俊義・岩倉則夫・山内一夫「鼎談　栄典制度について」ジュリ288号（1963年）10頁以下参照。和田英夫「栄典・恩赦の制度とその運用」ジュリ933号（1989年）125頁（126頁）は、栄典の制度として王公族、華族、朝鮮貴族、位階、勲章、記章、褒章を挙げる。

（6） 行政法制研究会「重要法令関係慣用語の解説？　国葬」判時1356号（1990年）31頁。国葬令4条は、「皇族ニ非サル者国葬ノ場合ニ於テハ葬儀ヲ行フ当日廃朝シ国民裳ヲ服ス」と規定していた。

（７） 天皇の退位等に関する皇室典範特例法（平成29年法律第63号）第３条第３項が「上皇の身分に関する事項の登録、喪儀及び陵墓については、天皇の例による。」と規定する。皇室葬儀令（前掲注（３））が規定していた天皇以外の皇族についての大喪儀は、皇室典範が規定する天皇の大喪の礼とは区別されている。皇室葬儀令自体は、昭和22年５月１日皇室令第12号「皇室令及附属法令廃止ノ件」により廃止されている。

なお、「占領期、『国葬』が政治的論点となった貞明皇后逝去　社会学的皇室ウォッチング！／43＝成城大教授・森暢平」2022年８月８日付週刊エコノミストOnline（https://weekly-economist.mainichi.jp/articles/20220808/se1/00m/020/001000d）（2022年９月25日最終閲覧）によれば、貞明皇太后の死去に際して、国葬法案が提出される動きがあったものの、未成立に終わったとされる。

（８） 前田・前掲注（２）63頁。準国葬の意味は、注７のとおり、皇室葬儀令が廃止され、皇室典範は天皇の大喪の礼のみを規定したため、国葬とする法的根拠がなかったところ、皇室の公費である宮廷費により行うことが閣議了解により決められたことを指している。この間の事情について、森・前掲注（７）参照。

（９） 吉田茂元内閣総理大臣の国葬の後、国葬以外の内閣関与の公葬の形式をとった元内閣総理大臣の葬儀は、1975年の佐藤榮作（国民葬）、1980年の大平正芳（内閣・自由民主党合同葬）、1987年の岸信介（内閣・自由民主党合同葬）、1988年の三木武夫（衆議院・内閣合同葬）、1995年の福田赳夫（内閣・自由民主党合同葬）、2000年の小渕恵三（内閣・自由民主党合同葬）、2004年の鈴木善幸（内閣・自由民主党合同葬）、2006年の橋本龍太郎（内閣・自由民主党合同葬）、2007年の宮澤喜一（内閣・自由民主党合同葬）、2020年の中曽根康弘（内閣・自由民主党合同葬）がある。そのほか、議長、副議長または名誉議員について議院葬が行われた例として、1949年の松平恒雄参議院議長（参議院葬）、1951年の幣原喜重郎衆議院議長（衆議院葬）、1954年の尾崎行雄名誉議員（衆議院葬）、1990年の小野明参議院副議長（参議院葬）、2011年の西岡武夫参議院議長（参議院葬）がある。行政法制研究会・前掲注（６）31頁参照。

なお、大原康男「神道指令と公葬」國學院大學日本文化研究所紀要56号（1985年）１頁は、占領期の昭和21年11月１日内務文部両次官通牒「公葬等について」により、地方公共団体が「公葬其の他の宗教的儀式及び行事」を挙行することを禁じられた後、松平恒雄参議院議長の参議院葬、弊原喜重郎衆議院議長の衆議院葬、長崎市名誉市民の永井隆氏の長崎市葬等の宗教的儀式を伴う公葬が占領軍により許可され、昭和26年９月10日文部次官、引揚援護庁次官通達「戦ぼつ者の葬祭などについて」により、個人又は民間団体による戦没者の慰霊祭、葬儀などに知事、市町村長等が列席することを許可されるに至る過程を分析している。また、

宮間・前掲注（４）４頁は、地方公共団体が宗教色を排除する形で公葬を営んだ例があり、条例によって公葬を明確に定義しているところ（茨木市名誉市民表彰条例１条・４条）もあることを指摘する。故安倍晋三氏については、山口県が独自に県民葬を実施する予定であることが報じられている。NHK　NEWS WEB 2022年９月７日（https://www3.nhk.or.jp/news/html/20220907/k10013808281000.html）。（2022年11月15日最終閲覧）

（10）　昭和22年政令第４号「内閣官制の廃止等に関する政令」により、金鵄勲章等が廃止され、位階令が改正され、位階令改正時に叙位条例は廃止された。一方、「勲章制定ノ件」（明治８年太政官布告第54号）、文化勲章令等はそのまま存続している。また、昭和21年５月３日の閣議決定により一時停止されていた生存者叙勲が、昭和38年７月12日の閣議決定により再開している。内閣府「勲章・褒章制度の概要」https://www.shugiin.go.jp/internet/itdb_kaigiroku.nsf/html/kaigiroku/002020920220908003.htm（2022年11月15日最終閲覧）参照。

（11）　特定の分野における善行等を表彰する褒章条例は昭和30年政令第７号により改正して存続している。褒章条例の政令化については、宮沢・岩倉・山内・前掲注（５）16頁以下及び高田敏「第１編　国会　１　立法の概念」奥平康弘・杉原泰雄編『憲法学５　統治機構の基本問題Ⅱ』（1977年）［有斐閣］１頁（20頁以下）参照。

（12）　和田・前掲注（５）127頁以下。国民栄誉賞表彰規程（昭和52年８月30日内閣総理大臣決定）、東京都名誉都民条例（昭和27年条例第76号）等が挙げられている。

（13）　法律化が行われたものとして、栄典制度の中で、文化功労者年金法（昭和26年法律第125号）が文化功労者に終身年金を支給することを規定している。

（14）　宮間・前掲注（４）２～３頁。

（15）　大喪の礼を無宗教で行うことについては、昭和天皇の大喪の礼に際して、平成元年内閣告示第４号「昭和天皇の大喪の礼の細目に関する件」により詳細が定められた。なお、昭和天皇の大喪の礼が行われた1989年２月24日は、昭和天皇の大喪の礼の行われる日を休日とする法律（平成元年法律第４号）により休日とされた。天皇・上皇以外の皇族の葬儀については、国事行為とせずに私的な行事とすることにより、神道形式で行われても政教分離に反しないとする考え方が踏襲されている。なお、宮沢俊義『憲法Ⅱ――基本的人権――（新版改訂）』（1974年）［有斐閣］354頁。

（16）　前田・前掲注（２）71頁以下。もっとも、国が行う葬儀を特定の宗教に則って行うことが政教分離に反するかどうかについて、前田・前掲注（２）63頁以下は、政府は、特定の宗教により葬儀を行うことは政教分離には反しないとしつつ、「国民挙げての葬儀にするため」に宗教形式を避けたとし、宗教色を出さないことに

より、戦前・戦後における儀式の連続性が途絶えることになったとする。

(17)　首相官邸掲載の令和４年９月６日官房長官記者会見に、葬儀委員長が国葬の流れを決定した旨記載がある（https://www.kantei.go.jp/jp/tyoukanpress/202209/６_a.html）。（2022年11月15日最終閲覧）

(18)　前田・前掲注（２）71頁以下。実際は、国公立の学校は午後休校の措置がとられたという。

(19)　民集42巻５号277頁。

(20)　刑集49巻２号１頁。ロッキード事件の最高裁判決により提起された論点について、高橋明男「内閣総理大臣・各省大臣の職務権限」『行政判例百選Ⅰ（第８版）』（2022年）［有斐閣］32頁参照。

(21)　朝日新聞デジタル2022年８月31日（https://www.asahi.com/articles/ASQ8062PDQ80UTFK00F.html）。（2022年11月15日最終閲覧）

(22)　民集65巻４号1855頁。なお、類似の指摘を含む最高裁判例に、平成23年５月30民集65巻４号1780頁、平成23年６月14日民集65巻４号2148頁、平成23年６月21日裁判集民事237号53頁、平成24年２月９日民集66巻２号183頁、平成25年９月６日LEX/DB25501766等がある。

(23)　前田・前掲注（２）63頁。同論文によれば、このとき、佐藤長官の「実際上は国会の両院において決議が行われ、それを契機として内閣が執行するという経緯をとることが望ましい」という考えまでは参照されなかったという。

(24)　令和４年７月22日閣議決定「故安倍晋三の葬儀の執行について」は、「１　葬儀は、国において行い、故安倍晋三国葬儀と称する。２　葬儀に関する事務をつかさどらせるため、葬儀委員長、同副委員長及び同委員を置く。葬儀委員長は内閣総理大臣とし、同副委員長及び同委員は内閣総理大臣が委嘱する。３　葬儀は、令和４年９月27日（火）、日本武道館において行う。４　葬儀のために必要な経費は、国費で支弁する。」と決定している。

(25)　「岸田内閣総理大臣記者会見」（令和４年７月14日）首相官邸HP（https://www.kantei.go.jp/jp/101_kishida/statement/2022/0714kaiken.html）。（2022年11月15日最終閲覧）

(26)　第209回国会（臨時会）衆議院議院運営委員会会議録第３号令和４年９月８日https://www.shugiin.go.jp/internet/itdb_kaigiroku.nsf/html/kaigiroku/002020920220908003.htm（2022年11月15日最終閲覧）

(27)　和田・前掲注（５）128頁。

(28)　宮沢・岩倉・山内・前掲注（５）16頁における山内内閣法制局第一部長の発言。

(29)　宮沢・岩倉・山内・前掲注（５）17頁における宮沢東京大学名誉教授の発言。

(30)　高田・前掲注(11)22頁

(31)　田上穣治「栄典の授与について」新報86巻１・２・３号（1979年）１頁（３頁）

(32)　行政法制研究会・前掲注（６）31頁は、国葬は、国の意思により国費をもって、国の事務として行う葬儀をいうものと解する限り、将来にわたって一定の条件に該当する人の葬儀は必ず国葬とすると定めることについては法律を要するといえようが、個々の場合に事実上これを行うことは、別段法律の根拠を必要としないと考えられるとする。

　なお、政府の説明には、天皇の国事行為としての大喪の礼の実施が内閣の助言と承認の下に行われることと並び、内閣自身が実施する儀式である「国葬儀」は「行政権の作用」として内閣に留保された権限であるという考え方も含まれているようにも思われる。この点は、「行政」とは別に「執政」の概念を立て、内閣と国会の権限のあり方を論じる見方に関係しうるであろう。「執政」と「行政」の区別につき、中川丈久「議会と行政」『行政法の新構想Ⅰ』（2011年）［有斐閣］115頁（154頁以下）等参照。

(33)　重要事項留保説の立場について、阿部泰隆『行政の法システム（下）［新版］』（2002年）696頁。なお、同書においては、栄典の授与に法律の根拠を要するかどうかは、栄典の評価に関わるとする（前掲書702頁）。

(34)　報道によれば、衆議院内閣法制局と衆議院憲法審査会事務局は、共同で「（国葬実施の）意思決定過程に国会（与党及び野党）が『関与』することが求められていると言えるのではないか」とするメモを作成し野党の会合で示したという。2022年９月23日 東 京 新 聞 TOKYO Web（https://www.tokyo-np.co.jp/article/204088）（2022年11月15日最終閲覧）

　今回の安倍元内閣総理大臣の国葬に関して、岸田内閣総理大臣が両議院の議院運営委員会の閉会中審査において各党からの質問に答えたことは、議会の関与がないことに対する批判を受けてのものであるが、必ずしも国民に理解が得られていない政府の立場を繰り返し述べることで説明責任を果たすことになるといえるかどうかは問題であろう。

(35)　内閣府の主任の大臣としての内閣総理大臣の権限について、木藤茂「各省における総合調整と行政組織法上の諸問題（上）――『内閣官房・内閣府見直し法』をめぐる法的考察」自研92巻６号（2016年）20頁（29頁）。

(36)　代表的な見解として、塩野宏『行政法Ⅰ［第６版］』（2015年）［有斐閣］81頁以下。高田敏編著『新版行政法――法治主義具体化法としての――』（2009年）［有斐閣］30頁以下は、実質的法治主義の内容として、同様の趣旨で「法律による羈束」と表現する。なお、法律の留保が及ばない場合に、組織規範が規制規範となり得るとする考え方がある。松戸浩「行政指導の法的根拠（一）～（三・完）」広法29巻４号１頁・30巻２号27頁（2006年）・30巻３号47頁（2007年）。

(37)　皇室典範により規律される大喪の礼以外の国葬を定める法律が存在しない現状において、国葬を規律する法律の制定が問題となる場合、誰を国葬の対象とするかの基準を法律において明確にするということも、その内容として考えられるが、これまでの国葬法案の制定あるいは国葬の実施の可否をめぐる過程でも、栄典法案をめぐる過程でも、誰に栄誉を与えるかという基準の設定に困難があったことが指摘されている。栄典法案について、宮沢・岩倉・山之内・前掲注(５)15頁以下、国葬について、森・前掲注(７)、前田・前掲注(２)66頁以下。

(38)　東京新聞2022年９月12日（https://www.tokyo-np.co.jp/article/201739)。(2022年11月15日最終閲覧)

(39)　東京新聞2022年９月５日（https://www.tokyo-np.co.jp/article/200217)。(2022年11月15日最終閲覧)

(40)　毎日新聞2022年９月12日（https://mainichi.jp/articles/20220912/k00/00m/040/067000c)（2022年11月15日最終閲覧）

(41)　大阪高決平成３年６月６日判時1408号70頁（海上自衛隊の掃海艇等をペルシャ湾に派遣する旨の閣議決定)。確定判決である。

(42)　最判昭和34年７月20日民集13巻８号1103頁。

(43)　朝日新聞2022年８月19日（https://www.asahi.com/articles/ASQ8M674LQ8MPTIL00H.html)。(2022年11月15日最終閲覧)

(44)　中国新聞デジタル2022年９月５日（https://www.chugoku-np.co.jp/articles/-/210842)。(2022年９月25日最終閲覧)

(45)　信濃毎日新聞デジタル2022年９月６日（https://www.shinmai.co.jp/news/article/CNTS2022090600093)。(2022年11月15日最終閲覧)

(46)　琉球新報2022年９月14日（https://ryukyushimpo.jp/news/entry-1583608.html)（2022年11月15日最終閲覧）

(47)　日本海新聞2022年９月20日（https://www.nnn.co.jp/knews/220920/20220920150.html)。(2022年11月15日最終閲覧)

(48)　https://www.pref.osaka.lg.jp/hodo/index.php?site=fumin&pageId=45728（2022年11月15日最終閲覧）

なお、筆者は大阪府の監査委員の一人として本件監査に関与しているが、監査結果は監査委員の合議によるものであり、本稿の内容は筆者の個人的見解である。その後の報道によれば、大阪府以外における住民監査請求は、いずれも棄却されたようである。

(49)　mainichi.jp/articles/20221026/k00/00m/040/250000c（2022年11月15日最終閲覧）

(50)　もっとも、先行行為の違法性の財務会計行為への承継が問題となるのは、先行行為が主観訴訟では争うことが困難であったり、あるいは争われなかったりする

場合が少なくない。先行行為の違法性の財務会計行為への承継については、参照、木佐茂男「住民訴訟の対象」民商82巻６号（1980年）779頁、金子芳雄『住民訴訟の諸問題』（1985年）［慶応義塾大学法学研究会］、栗本雅和「住民訴訟の対象となる財務会計上の行為について」中京26巻３・４号（1992年）54頁、川内劦「住民訴訟の対象と違法性」修道法学11巻１号（1989年）97頁、関哲夫『住民訴訟論（新版）』（1997年）［勁草書房］等参照。

（51） 裁判例について、宇賀克也『地方自治法概説［第９版］』（2021年）［有斐閣］393頁以下。

（52） 最大判昭和52年７月13日民集31巻４号533頁。その後の裁判例においては、政教分離原則の判断基準については変化がみられるものの、原因行為が違憲である場合には、その瑕疵が財務会計行為にも承継するとする論理構造には変化がない。

（53） 民集46巻９号2753頁

（54） 高橋明男・佐藤英世編『地方自治法の基本』（2022年）［法律文化社］278頁（佐藤執筆）。原因行為に裁量の余地が認められる場合は、裁量権の逸脱濫用がある場合に限り違法となるから、原因行為に裁量権の逸脱濫用がある場合には、予算執行の適正確保の見地から看過し得ない瑕疵があると言えよう。もっとも、一日校長事件は４号請求が問題になっており、公金の差止めの請求には直ちに妥当しないのではないかとする批判につき、野呂充「一日校長事件最高裁判決の射程」法時86巻６号（2014年）57頁（60頁以下）等参照。

（55） 判時2227号21頁。最決平成27年９月10日において、上告不受理で確定している。

（56） この裁判例において採用されている、国の行為に重大かつ明白な瑕疵があるかどうかのみを地方公共団体は審査するという準則については、違法性があるかどうかで十分であるとする批判がある。参照、田村達久「八ッ場ダム住民訴訟東京高裁判決の検討」法時86巻６号（2014年）51頁（54頁以下）、人見剛「国の直轄公共事業に係る自治体負担金の法的統制」法時86巻６号（2014年）63頁（66頁以下）、野呂・前掲注(54)61頁以下。確かに、原因行為が国の行為である場合に、この裁判例のように、それによる公金支出を行う地方公共団体の側の審査権限を制限する必要があるかどうかは問題である。他方、この基準の妥当性とは別に、この裁判例においては、負担が法的に義務づけられていると解される場合に、限定的であるにせよ、地方公共団体の審査権を認めているという積極面に注目すれば、国が行う国葬への参加が各地方公共団体の任意の裁量的判断に委ねられていると解される場合においては、地方公共団体は当然に国葬の違法性を審査することができるという準則を導くことができると思われる。

（57） 注48に挙げた大阪府の監査結果は、「財務会計行為である公金の支出の差止めを求めることができるのは、これに先行する原因行為に違法又は不当事由が存す

る場合であっても、この原因行為を前提としてなされる財務会計行為自体が財務会計法規上の義務に違反する違法又は不当なものであるときに限られる（最高裁第３小法廷平成４年12月15日判決参照）。したがって、原因行為に存する違法又は不当事由の内容及び程度が予算執行の適正確保の見地から看過し得ないものであると認められるときに限って、公金の支出が違法又は不当なものとなる。（中略―筆者）本件国葬は閣議決定に基づき行われ、その法的根拠については内閣府設置法第４条第３項第33号にあると説明されていることや（中略―筆者）本件国葬の趣旨と態様に照らし、監査した限りにおいて得られた前記事実関係の下では、作用法的な根拠と規律に基づかずに前記趣旨と態様の下で行われる本件国葬へ出席する行為に、地方公共団体において予算執行の適正確保の見地から看過し得ない瑕疵があるとはいえない。」とする。この監査結果の論理構成は、本文で述べた枠組みと概ね合致するものと言える。