

信教の自由の保障と国の宗教的中立性との間 ― 空知太神社事件を機縁として ―

西 山 千 絵

はじめに

一. 砂川政教分離訴訟（空知太神社事件）の概要と各判決の異同

二. 関連裁判例とその異同

三. 問われる空知太神社事件大法廷判決

四. 『信教の自由』に対する配慮の可能性

結びに代えて

はじめに

昭和 52 年 7 月 13 日の最高裁大法廷判決（民集 31 巻 4 号 533 頁、以下「津地鎮祭最大判」という。）は、憲法上の政教分離規定違反の有無について、公的機関が宗教とのかかわり合いをもったという一点においてではなく、公的機関の行為の目的とその一般的効果にかんがみ、総合的に判断するとの立場を示した。すなわち、問題の行為に何らかの宗教色が見受けられるとしても直ちに違憲とするのではなく、行為の態様や当時の状況などを実体的にみて、憲法 20 条 3 項が禁じる「宗教的活動」への該否を判断するというものである。平成 9 年 4 月 2 日の最高裁大法廷判決（民集 51 巻 4 号 1673 頁、以下「愛媛玉串料最大判」という。）、平成 22 年 7 月 22 日の最高裁第一小法廷判決（集民 234 号 337 頁、以下「白山ひめ神社最判」という。）でも「相当とされる限度」に応じた憲法 20 条 3 項適合性判断がなされ、この立場は踏襲されるに至っている¹⁾。また、空知太神社のための市有地の無償利用提供行為が憲法 89 条に基づき違憲とされた平成 22 年 1 月 20 日の最高裁大法廷判決（民集 64 巻 1 号 1 頁、以下、この差戻

¹⁾ 従来の最高裁の基本的立場に関して、安念潤司「政教分離・信教の自由(1)」法教 208 号(1998 年) 62-3 頁、辻村みよ子編『基本憲法』(悠々社、2009 年) 122 頁以下[佐々木弘通執筆部分]、林知更「政教分離原則の構造」高見＝岡田＝常本編『日本国憲法解釈の再検討』(有斐閣、2004 年) 125 頁以下を主に参照。

前上告審判決につき「本件大法廷判決」という。)においても、「公の財産の利用提供等における宗教とのかかわり合いが、我が国の社会的、文化的諸条件に照らし、信教の自由の保障の確保という制度の根本目的との関係で相当とされる限度を超えるものと認められる場合に、これを許さないとするもの」として、やはり程度に応じた憲法 89 条適合性の判断が行われ、また「諸般の事情を考慮し、社会通念に照らして総合的に判断すべきもの」という見地も採用された。すなわち、政教分離原則違反の判断枠組みについて、津地鎮祭最大判以降も、基本的な部分は特に変更されずにきているものと考えられる²⁾。

「政教分離の制度の根本目的は、信教の自由の保障の確保」（津地鎮祭最大判）といわれるが、政教分離原則を緩やかに解釈する論法としても信教の自由は活用されてきた。その一方で、憲法 20 条 1 項の精神を十分尊重し、信教の自由の保障をいかに広範に捉えようとも、例えば加持祈祷によって病気治療行為をなし被害者を死なせた者の刑事責任が問われた最高裁昭和 38 年 5 月 15 日大法廷判決（刑集 17 巻 4 号 302 頁）において「一種の宗教行為としてなされたものであったとしても、それが（中略）他人の生命、身体等に危害を及ぼす違法な有形力の行使に当るものであり、これにより被害者を死に致したものである以上、被告人の右行為が著しく反社会的なものであることは否定し得ないところであって、憲法 20 条 1 項の信教の自由の保障の限界を逸脱したものというほかはない」と確認されたように、信仰心に由来する行為であれ、他人の基本的人権を犠牲に供してまでも当然に保護されるとは解されない³⁾。

そうであれば、限界ある信教の自由の保障とそこから導かれる宗教的な多様性に対する配慮や尊重は、日本国憲法における政教分離原

²⁾ 清野正彦「[本件大法廷判決] 判解」法曹時報 63 巻 8 号（2011 年）169 頁参照。

³⁾ 「公共の福祉」解釈をめぐる議論として、曾我部真裕「人権保障制約原理——公共の福祉論、超法規的事由」法セミ 641 号（2008 年）18-9 頁 [19 頁] 参照。

則の拘束を受けながら、どこまでなしうるものなのか。本来ならば政教分離訴訟では、一種の宗教的な争いに対して、調和とバランスのとれた両者の関係を探ることが求められている。優先的に信教の自由に配慮しつつ、それが特定の宗教への加担となることなしに、公的機関の行為はどこまで公共的、世俗的範疇にとどまるか。しかも、公的機関と宗教とのかかわり合いは、その性質等に応じてそれぞれに異なる考慮があり、類型化を要すると考えられる。そこにきて、一連のいわゆる砂川政教分離訴訟は、政教分離原則違反と信教の自由へのあるべき配慮との緊張関係が問われたものとなり、学説の注意をより深く喚起する契機となった。これらの詳細な分析や評価を手がかりとしつつ、従来判例に通底する課題に、多少なりとも接近することを試みたい。

一．砂川政教分離訴訟（空知太神社事件）の概要と各判決の異同

（１）事案の概要

１ 北海道砂川市（以下「市」という。）は、空知太連合町内会（以下、「本件町内会」という。）に対し、市の所有する土地（以下「本件各土地」という。）を無償で、天照大神を祭神とする空知太神社（以下「本件神社」という。）の祠、鳥居、地神宮、「神社」の記載の物件（以下「本件神社物件」という。）、神社又は地域の集会場等を含む建物（以下「本件建物」という。）の敷地としての利用に供していた（以下「本件利用提供行為」という。）。本件各土地のうち本件土地１及び４は、昭和２３年頃小学校の拡張工事に伴い、新たな本件神社移転地としてその所有者から提供されたものであった。昭和２８年になって、これらの土地につき砂川町に寄附願出があり、同町も、町議会において、上記土地の採納の議決及び上記両土地を祠等の施設のために無償で使用させるとの議決をしたものである。そして、本件町内会は、昭和４５年、市から補助金の交付を受けて、本件各土地上に地域の集会場として本件建物を新築した。これに伴い、本件町内会は、市から本件土地

1 及び 4 に加えて本件土地 3 (同土地は同年 9 月に地元住民である H から市に寄附された。)を、さらに北海土地改良区から本件土地 2 及び 5 を、本件建物の敷地としていずれも無償で借用していた。平成 6 年、市は、北海土地改良区から、本件土地 2 及び 5 をそれぞれ買受けた。以上の過程を経て、本件各土地は、すべて市の所有地となった。

本件神社の管理運営は、宗教法人法所定の宗教法人ではなく、神社付近の住民らで構成される氏子集団 (以下「本件氏子集団」という。)によってなされている。そして、本件神社においては、毎年、元旦、春、秋の祭りに砂川神社から派遣される宮司により神式の行事が営まれ、雅楽の演奏、巫女の舞などが行われることもあった。本件は、本件利用提供行為が憲法の定める政教分離原則に違反するものであって、敷地の使用貸借契約を解除し神社施設の撤去および本件土地の明渡しを請求しないことが違法に財産の管理を怠る行為に当たるとの主張から、市の住民である X (上诉人)らが、市長である Y (被告)に対して、地方自治法 242 条の 2 第 1 項 3 号に基づき上記怠る事実の違法確認を求めた事案である。

2 本件第一審判決 (札幌地判平成 18 年 3 月 3 日民集 64 巻 1 号 89 頁)は X らの請求を一部認容し、差戻前控訴審判決 (札幌高判平成 19 年 6 月 26 日民集 64 巻 1 号 119 頁)も、本件利用提供行為は憲法 20 条 3 項に規定される政教分離原則に違反するなどとして、Y が本件町内会に本件神社物件の収去を請求しない点において、違法にその財産管理を怠る事実があると判断した。Y からの原告に対し、最高裁大法廷判決 (最大判平成 22 年 1 月 20 日民集 64 巻 1 号 1 頁)は、本件利用提供行為が憲法 89 条、20 条 1 項後段に違反するとしつつ、本件各土地の全部又は一部を無償で譲与し、有償で譲渡し、又は適正な時価で貸し付けるなど、差戻前控訴審判決が命ずる方法以外にも「本件利用提供行為の違憲性を解消するための他の合理的で現実的な手段」が存在する可能性があり、審理を尽くさせる必要があるとして、本件を原審に差し戻した。

3 この本件大法廷判決を受けて、市は、本件神社の氏子総代長らと協議し、(ア)本件神社の表示を撤去する、(イ)地神宮の文字を削り、宗

教的色彩のない「開拓記念碑」等の文字を彫り直す、（ウ）建物内にある祠を取り出し、鳥居付近に設置し直す、（エ）鳥居及び祠の敷地として本件各土地の一部を上記氏子集団に適正な賃料によって氏子総代長に賃貸する、（オ）当該土地の周囲にロープを張るなどその範囲を外見的にも明確にする措置を施すという、以上の手段（以下、「本件手段」という。）を採る方針を策定した。差戻後控訴審判決（民集 66 巻 2 号 702 頁）は、かかる市長の提案は大法廷判決にいう「合理的で現実的なもの」であると評価し、Xらの請求をいずれも棄却したことから、Xらが再度上告をした。これに対して差戻後の最高裁（最一小判平成 24 年 2 月 16 日民集 66 巻 2 号 673 頁）は、本件神社物件の撤去及び本件土地 1 の明渡しの請求の方法を採らず本件手段を実施することは、憲法 89 条、20 条 1 項後段に違反しないとして、上告を棄却した。

（２）本件差戻前控訴審判決

1 以下では、本件大法廷判決における違憲判断の意義とその余波について再検討するために、一連の砂川政教分離（空知太神社）訴訟の各判決を概観する。

本件本件大法廷判決に至るまでは、政教分離原則違反の有無に関して専ら憲法 20 条 3 項が適用法条の中心におかれ、本件における市の行為に対する判断基準についても、いわゆる目的効果基準が用いられていた。本件差戻前控訴審判決は次のようにいう。

「砂川市が本件両土地〔鳥居、地神宮、祠等を含む神社建物が設置されている土地（引用者）〕を取得し、以後、本件施設の維持のために無償で使用させている行為は、一般人がこれを社会的習俗にすぎないものと評価しているとは考え難く、本件施設の管理者においてもこれが宗教的意義を有するものであるという意識をもたざるを得ず、これにより砂川市が特定の宗教上の組織との間にのみ意識的に特別の関わり合いをもったとの外形的事実が形成されていることは、これを否定することができないのであり、一般人をして砂川市が特定の宗教に特別の便宜を与えているとの印象

をもたらすものといわざるをえない。

これらの諸事情を総合考慮すれば、砂川市が本件両土地を取得し、以後、本件施設〔鳥居、地神宮、祠等を含む神社建物（引用者）〕の維持のために無償で使用させている行為は、その目的が宗教的意義をもつことを免れないほか、その効果が特定の宗教に対する援助、助長、促進になることは明らかというべきであり、これによってもたらされる砂川市と宗教とのかわり合いが我が国の社会的・文化的諸条件に照らし相当とされる限度を超えるものであって、憲法 20 条 3 項の禁止する宗教的活動に当たると解するのが相当である。」

同控訴審判決は、憲法 20 条 3 項適合性を判断するにおいて、まず市が本件土地を取得した経緯に着目し、市が本件神社物件が存在する本件各土地を取得等した目的からして、「祠等の宗教施設の維持存続にあると評価されることもやむを得ないところであり、宗教的意義を有することは否定し難いものである」と、市の行為が本件神社物件のためのものとの評価を与えた。すなわち、同判決においては、宗教的施設に対する市有地の無償利用提供行為だけではなく、「砂川市が本件両土地〔鳥居、地神宮、祠等を含む神社建物を設置させている土地（引用者）〕を取得し、以後、本件施設の維持のために無償で使用させている行為」と包括的に表現されるように、本件土地を取得したこと目的を含めて、違憲の問題が生ずるとされていた。同控訴審において問われた市の行為は、地方公共団体の財産を供することにとどまらず、まずは本件各土地の取得を原因とする一連の行為からなり、専ら特定の宗教ないし宗教的組織に向けられた積極的なものと理解されている。

2 示唆的なのが、「憲法 20 条 3 項にいう宗教的活動に当たり、同条項の政教分離規定に違反し、また、宗教的施設を維持するために地方公共団体の財産を供するものであり、憲法 20 条 1 項後段、89 条に規定される政教分離原則の精神に明らかに反するものというべきである」と述べられる点であり、これは本件第一審が「砂川市の所有する本件土地を、空知太連合町内会に対し、同連合町内会との間の使用貸借契約に基づいて使

用させ、本件土地上に本件施設を所有させている行為は、本件施設が宗教施設である点において、（中略）憲法 20 条 3 項にいう宗教活動に当たり、また、宗教的施設を維持するために、地方公共団体の財産を供するもので憲法 89 条に反するものというべきである」（下線、引用者）としていた下線部の箇所を、同控訴審判決で書き改めたものである。これは、市が主体となって行った一連の行為に憲法 20 条 3 項違反の問題が生じていると捉えてのことか、それとも、直接には憲法 89 条は関係しないと捉えてのことか。例えば、「昭和 45 年に本件建物が建設された際には、本件建物の入口に「神社」と明記された上、本件鳥居が新たに設置されるなど、宗教施設としての性格が強まっている」とあるのは、宗教とのかかわり合いにおける市側の意識、意図の解明につながる事実の指摘ともみることができる。

その一方で、市の行為の相手方については、本件土地の使用貸借契約を結んでいた本件町内会とされ、かつ本件町内会は「特定の宗教の信仰、礼拝又は普及等の宗教的活動を行うことを本来の目的とする組織ないし団体には該当しない」旨が確認されている。そこに鑑みれば、本件町内会が憲法 20 条 1 項後段にいう「宗教団体」、憲法 89 条にいう「宗教上の組織若しくは団体」には該当しないことを非常に重視するために、それらとの抵触が「精神」という文言とともに後景に退き⁴⁾、憲法 20 条 3 項違反がより前面に出たと解する余地が生じよう。この点、本件第一審判決は「氏子集団といったものの存在を観念し得るとしても、役員や氏子に関する規約はなく、しかも空知太神社の地域の者すべてが氏子ではないから、氏子総代の母体となるべき氏子集団の構成員を特定することができない」としたうえで、「本件施設の所有者は、氏子集団を包摂する団体としての空知太連合町内会」として直ちに憲法 89 条違反を判断していたところ、本件差

⁴⁾ 林知更「[本件差戻前控訴審判決] 判批」平成 19 年度ジュリ重判解（2008 年）15 頁では、事案の構造が従来と異なることを踏まえたうえで、「なお 20 条 1 項後段と 89 条の『精神』に含みをもたせた」と形容されている。

戻前控訴審判決が町内会を憲法 89 条にいう「宗教上の組織若しくは団体」に該当しない、と明言したのは先にも述べたとおりである。

3 なお、差戻前控訴審判決の示した結論は、「砂川市長である被告には、空知太連合町内会に対し、本件建物の外壁の表示及び本件祠、本件鳥居並びに本件地神宮の収去を請求しない点において、憲法 20 条 3 項に規定される政教分離原則に違反するとともに、憲法 20 条 1 項後段、89 条に規定する政教分離原則の精神に反し、違法にその財産管理を怠る事実がある」というものであり、上記各収去をさせることによって憲法違反の状態を是正できるとしていた。判文中では、「砂川市が特定の宗教上の組織との間にのみ意識的に特別の関わり合いをもったとの外形的事実が形成されていることは、これを否定することができない」との表現が用いられ、町内会と同一でないゆるやかな宗教的結合体に言及しつつ、行為の違憲性につながる効果である「特別の便宜を与えているとの印象」に結びつけている。

(3) 本件大法廷判決

1 本件大法廷判決の大きな意義は、それ以前の段階では憲法 20 条 3 項適合性が問われた政教分離原則違反の判断枠組みを、憲法 89 条適合性へと方向修正した点にある。すなわち、市が連合町内会に対し市有地を神社施設の敷地としての利用に無償で供していたことの適否について、本件第一審判決及び本件差戻前控訴審判決は、それぞれ当該行為が憲法 20 条 3 項にいう宗教的活動に該当するか否かをもって、当該行為に関する市の無償提供行為の憲法適合性を判断したところ、その後の本件大法廷判決は、憲法 89 条の類型における政教分離原則違反を打ち出した。これは憲法 20 条 3 項を適用法条の中心においた先例からの分岐として、「政教分離原則一般へと抽象化されない、個別条文の前提とする侵害行為類型に応じた審査の必要性を認め、目的効果基準の適用領域の限定を示唆するものとも読める」⁵⁾ といったよう

⁵⁾ 小泉良幸「[白山ひめ神社最判] 判批」速報判例解説 Vol. 8 (2011 年) 37 頁。

に、大きく注目され、一連の空知太神社事件には多数の分析が加えられることとなった。

2 本件大法廷判決の憲法判断の枠組みは、次の通りである。

まず、憲法 89 条と憲法 20 条 1 項後段との関係に言及があり、これら条文において具体化されている政教分離原則に関連して「国家と宗教とのかかわり合いには種々の形態があり、およそ国又は地方公共団体が宗教との一切の関係を持つことが許されないというものではな」と、憲法 89 条適合性判断における基本的姿勢が示される。そして、「国又は地方公共団体が国有地を無償で宗教的施設の敷地としての用に供する行為は、一般的には、当該宗教的施設を設置する宗教団体等に対する便宜の供与として、憲法 89 条との抵触が問題となる行為であるといわなければならない」として、本件が憲法 20 条 3 項の抵触問題ではない旨が指摘されている。

それがいかなる理由によってか、どこに違いが認められるかは後で検討するものの、財政的側面における宗教とのかかわり合いの規律を憲法 89 条に一元化させる趣旨というのがひとつの見方である。そして、市が本件各土地（とりわけ本件土地 1 及び 4）を取得した経緯について、「もともとは小学校敷地の拡張に協力した用地提供者に報いるという世俗的、公共的な目的から始まったもので、本件神社を特別に保護、援助するという目的によるものではなかったことが認められる」「本件利用提供行為に至った事情は（中略）解消手段の選択においては十分に考慮されるべきであろう」と評価された点もまた参考になる。すなわち、最高裁大法廷で政教分離原則違反が問われたのは、「本件各土地を本件神社物件のために無償で提供している」という市の行為の具体的な態様ないし現状であり、各土地をそれぞれ取得した過去は違憲性の対象に含まれていない。さらに、この本件利用提供行為が開始された経緯とともに、「本件氏子集団による本件神社物件を利用した祭事がごく平穏な態様で行われてきていること等を考慮する」とされたことからすれば、行為そのものの宗教的志向は弱い事例と捉えられた可能性がある。

もっとも、田原睦夫裁判官補足意見では、砂川町の寄附採納の違憲性に

ついで言及がある。「本件神社の境内地（中略）として引き続き使用することを前提に」寄附の申入れがあり、上記土地の所有権を取得した同町においても、同土地を引き続き無償にて本件神社の敷地として利用させるに至ったことは、「実質的に本件神社の管理主体を経済的に支援するために、上記寄附を受け容れたものと認めざるを得ず、それは憲法 20 条 1 項後段及び 89 条に違反するものとして無効であると評さざるを得ないものである」⁶⁾。しかし、上述の経緯に対しては、「上告人において、本件「財産の管理を怠る事実」を解消する方法について多数意見が指摘する裁量権を行使する上で、考慮すべき事情の一つに該当する」とも認めており、同補足意見と多数意見との基本的な考え方は異ならない。

3 本件大法廷判決では、国公有地を無償で宗教的施設の敷地としての用に供する行為が例外的に憲法 89 条違反とならない例として、「一般的には宗教的施設としての性格を有する施設であっても、同時に歴史的、文化財的な建造物として保護の対象となるものであったり、観光資源、国際親善、地域の親睦の場などといった他の意義を有していたりすることも少なく、それらの文化的あるいは社会的な価値や意義に着目して当該施設が国公有地に設置されている場合」を挙げており、宗教施設性格とその他の性格との対比により、建造物への保護の途を講じている。さらに、戦前の前法秩序と戦後の後法秩序との過渡的な調整課題であったところで旧知の、社寺等に無償で貸し付けてある国公有地の譲与、売払い、貸付け等の措置ができないままの例が相当数残存している事情も例に挙げつつ、これらは「当該利用提供行為が、一般人の目から見て特定の宗教に対する援助等と評価されるか否かに影響するものと考えられるから、政教分離原則との関係を考えるに当たっても、重要な考慮要素とされるべき」ものとした。

⁶⁾ 田原裁判官は、契約の存在に言及しつつ、「同土地の寄附の採納が有効か否かは、本件請求との関係で直接の影響を及ぼすものではない」と指摘するが、採納後、実際にその通りに境内地として無償の利用提供をさせたことで、寄附採納それ自体にもう違憲の原因は生じている。市（町）の所有権取得は、以後なされた無償利用提供行為に吸収されて一連の行為を形成すると考えるべきであり、そこは原因をあわせて評価しなければ意味をなさないであろう。

すなわち、国公有地の宗教的施設に対する無償による利用提供行為が相当とされる限度を超えて憲法 89 条に違反するか否かは、「当該宗教的施設の性格、当該土地が無償で当該施設の敷地としての用に供されるに至った経緯、当該無償提供の態様、これらに対する一般人の評価等、諸般の事情を考慮し、社会通念に照らして総合的に判断すべき」（下線、引用者）ことが明らかにされている。

4 そして、以上の憲法判断の枠組みを受けて、本件利用提供行為の憲法 89 条適合性は次のような判断となった。

まず、本件神社物件の宗教施設的性格が肯定され、そこにおいて行われる諸行事も特定宗教の儀式を伴い、宗教的性格が認められる点では、本件各判決は一樣である。しかし、最高裁大法廷は、本件利用提供行為の直接の相手方である本件町内会とはまた別に、「氏子の範囲を明確に特定することはできず」としながらも、世俗的団体たるべき町内会とは区別される本件氏子集団の存在を見い出した。「組織についての規約等はなく、氏子の範囲を明確に特定することはできず、本件氏子集団を権利能力なき社団と認めることはできない」としながら、「町内会に包摂される団体ではあるものの、町内会とは別に社会的に実在している」として、憲法 89 条にいう「宗教上の組織若しくは団体」の要件に合致させたものである⁷⁾。つまりは、本件利用提供行為の「直接の効果として、氏子集団が神社を利用した宗教的活動を行うことを容易にしている」ことを——宗教的行事等を行うことを主たる目的としない町内会との関係性は問われない——違憲の要素にした。

この点、従来の裁判例が、例えば、市有地を町会に各地蔵像の建立あるいは移設のため市有地の無償使用を承認するなどした行為が憲法 20 条

⁷⁾ これを「強引な操作」と形容し、本判決の射程をやや不安定化する危険を指摘するものとして、林知更「空知太神社事件最高裁違憲判決が意味するもの」世界 2010 年 4 月号 28 頁参照。同・前掲注（4）・15 頁においても、「世の中には純粋な宗教目的の団体と純粋な世俗目的の団体の他に、事実上宗教的側面と世俗的側面を未分化のまま併有する組織・団体というものが存在する」として、宗教的・世俗的の二分法的解釈への疑問を呈示される。

3 項、89 条に違反しないとされた最高裁平成 4 年 11 月 16 日第一小法廷判決（集民 166 号 625 頁、以下「大阪地蔵像最判」という。）、あるいは、忠魂碑の移設に際して市有地を無償で利用させる行為が違憲でないとされた最高裁平成五年二月一六日第三小法廷判決（民集第 47 巻 3 号 1687 頁、以下「箕面忠魂碑最判」という。）において、市の直接の相手方である遺族会が「特定の宗教の信仰（中略）等の宗教的活動を行うことを本来の目的とする団体」に該当しないなどして、憲法 89 条違反の構図が否定されていたこととの関連が想起される⁸⁾。

5 結局のところ、本件利用提供行為は、専ら「一般人の目から見て、市が特定の宗教に対して特別の便益を提供し、これを援助していると評価されてもやむを得ない」とされて、憲法 89 条の禁止する公の財産の利用提供に当たり、ひいては憲法 20 条 1 項後段の禁止する宗教団体に対する特権の付与にも該当する」と、違憲判断が導かれた。しかし、周知のように、最高裁大法廷はそこから「職権に基づく判断」の項目を立て、「本件利用提供行為の違憲性を解消するための他の手段があり得ることは、当事者の主張の有無にかかわらず明らかというべきである」等々の指摘を展開するのである。

「本件利用提供行為の現状が違憲であることは既に述べたとおりである。しかしながら、これを違憲とする理由は、判示のような施設の下に一定の行事を行っている本件氏子集団に対し、長期にわたって無償で土地を提供していることによるものであって、このような違憲状態の解消には、神社施設を撤去し土地を明け渡し以外にも適切な手段があり得るというべきである。例えば、戦前に国公有に帰した多くの社寺境内地について戦後に行われた処分等と同様に、本件土地 1 及び 2 の全部又は一部を譲与し、有償で譲渡し、又は適正な時価で貸し付ける等の方法によっても上記の違

⁸⁾ 忠魂碑の移設・再建等の憲法 20 条 3 項適合性にかかる箇所であるが、慰霊祭参列にも関連する「重要な考慮要素」の説明として、高橋利文「判解」平成 5 年度最高裁判所判例解説民事篇（法曹会、1996 年）189 頁以下参照。

憲性を解消することができる。そして、上告人には、本件各土地、本件建物及び本件神社物件の現況、違憲性を解消するための措置が利用者に与える影響、関係者の意向、実行の難易等、諸般の事情を考慮に入れて、相当と認められる方法を選択する裁量権があると解される。（中略）上告人において他に選択することのできる合理的で現実的な手段が存在する場合には、上告人が本件神社物件の撤去及び土地明渡請求という手段を講じていないことは、財産管理上直ちに違法との評価を受けるものではない。（中略）また、原審は、本件と併行して、本件と当事者がほぼ共通する市内の別の神社（富平神社）をめぐる住民訴訟を審理しており、同訴訟においては、市有地上に神社施設が存在する状態を解消するため、市が、神社敷地として無償で使用させていた市有地を町内会に譲与したことの憲法適合性が争われていたところ、（中略）原審は、上記訴訟の審理を通じて、本件においてもそのような他の手段が存在する可能性があり、上告人がこうした手段を講ずる場合があることを職務上知っていたものである。そうすると、原審が上告人において本件神社物件の撤去及び土地明渡請求をすることを怠る事実を違法と判断する以上は、原審において、本件利用提供行為の違憲性を解消するための他の合理的で現実的な手段が存在するか否かについて適切に審理判断するか、当事者に対して釈明権を行使する必要があるというべきである。」（下線、引用者）

上述のように、差戻前控訴審判決と本件大法廷判決とは同様に憲法違反の状態を認めたが、前者は本件神社物件を収去させることによって解消されるとの見地に立っていた。一方、大法廷判決の場合には、当事者の主張にない一定の観点を示したものである。その理由として示されるのが、「本件利用提供行為の違憲性を解消するための他の手段があり得ることは、当事者の主張の有無にかかわらず明らかというべき」ことであり、要は、違憲状態の解消のためといえ本件神社物件の撤去等の強硬な方法を講じるべきでないとの見解であった。

違憲性を排除するための選択肢が他にあるかどうかを考慮しつつ、それがあれば直ちに違法とはいえないことを、議論の俎上に載せなければなら

ない。その点、近藤崇晴裁判官補足意見は、「他に手段があり得ることは、当事者の主張を待つまでもなく明らかであ」ったこと、「しかも、それは氏子（信者）の信教の自由を侵害するおそれのない方法である」ことから、「本件のように、裁判所が適切に釈明権を行使しないことによって、訴訟当事者ではない氏子（信者）の信教の自由を侵害する危険性を生ずる場合には、裁判所に釈明権の行使を怠った違法があると解すべき」と説いた。直接的な手段に訴えて直ちに本件神社物件を撤去させるべきものとするれば「氏子集団の構成員の信教の自由に重大な不利益を及ぼすものとなることは自明であるといわざるを得ない」と述べた多数意見を敷衍した指摘である⁹⁾。

これに対して、被告から抗弁の主張がない場合であれ、裁判所にその旨の釈明をすべき義務を認めるべきときがあることを否定しないとしつつも、「問題は、本件の訴訟の経過から見て、そのような釈明義務が認められるか否かである」との問題意識を示した今井功裁判官反対意見が注目される¹⁰⁾。

「(前略) 訴訟の経過から見ると、上告人としては、裁判所の釈明を待つまでもなく、遅くとも控訴審の段階においては、本件利用提供行為が違憲

⁹⁾ 「本件は、政教分離原則と地域住民の信教の自由とが衝突している局面なんだから、たとえ政教分離原則違反だとしても、地域住民の信教の自由をなるべく確保できるような形で事件を落着かせるべきじゃないか、という問題意識でしょうね。」長谷部恭男「目的効果基準の『目的』」法教 357 号 (2010 年) 86 頁。その他の見解として、差戻前上告審判決の趣旨に沿った違憲状態の解消手段とはどのようなものか、最高裁大法廷がそれぞれの諸手段についてより詳細に論証を展開しておかなかったことへの批判もある。君塚正臣「[本件差戻後上告審判決] 判批」新・判例解説 watch 12 号 (2013 年) 13 頁、蟻川恒正「実体法と手続法の間—空知太神社訴訟最高裁判決を素材として」法時 82 巻 11 号 (2010 年) 92-3 頁参照。

¹⁰⁾ 訴訟の結果が広く住民全体の利害に繋がる住民訴訟などの公益との関連性が顕著な行政事件訴訟において、「当該事案の性質上、当然に主張されてしかるべき事実を当事者が主張せず、かつ、その主張の欠如が判決に影響を及ぼし得る場合には、裁判所は積極的に釈明をなすべき責務を負うものと解される」と、民事の通常の訴訟との違いを踏まえて主張する本件大法廷判決田原裁判官補足意見、「本件土地 1 及び 4 を無償で本件神社の神社施設の敷地として使用させる旨の負担の付いた贈与契約が成立した」との理解から、あくまでも有効な負担付贈与契約の義務の履行として、市有地を無償で提供しているとする同堀籠幸男裁判官反対意見も参照。

であると判断される場合に備えて、譲与等他の合理的で現実的な手段が存在するとの抗弁を主張する機会は十分あったといわざるを得ない。（中略）多数意見は、（中略）富平神社事件の審理経過からみて、原審は他の手段が存在する可能性があり、上告人がこうした手段を講ずる場合があることを職務上知っていたとし、このことを釈明権を行使すべき一つの根拠としている。しかし、他の手段が存在することは、原審裁判所が知っている以上に、ほかならぬ上告人自身が知っていたものであり、上告人がこのことを主張しようとするればその旨の主張をすることに何の障害もなかったことは明らかである」として、原審に「このような場合にまで上記のような抗弁を主張するか否かを釈明すべき義務があるとするのは、当事者主義に立つ訴訟の原則から見て、採用し難い見解である」と結論づけている。かかる論点は、学説の関心を多く集めるところとなった¹¹⁾。

（４）差戻後控訴審判決¹²⁾

１ 本件無償提供行為の政教分離原則違反を判断した大法廷判決によって、本件差戻後控訴審判決、本件差戻後上告審判決は、この違憲性を解消するための手段、すなわち市有地の一部を本件神社の氏子総代長に賃貸することの適否を対象とした。すなわち、本件利用提供行為の現状における違憲性の解消が焦点となった。そこで本件差戻後控訴審判決における大法廷判決の理解とは、次の通りである。

「上告審が、神社施設の撤去以外の適切な手段の存否について審理させるために本件差し戻した趣旨は、砂川市が、市有地たる本件両土地〔本件土地１及び２（引用者）〕において氏子集団が本件神社物件を設置して宗

¹¹⁾ 例えば、藤原淳一郎「住民訴訟の審理に関する一考察——砂川政教分離最高裁判決を中心として」法学研究 84 巻 2 号（2011 年）503 頁、山岸敬子「客観訴訟と『職権による検討』——砂川政教分離（空知太神社）最高裁大法廷判決」中京法学 45 巻 3=4 号（2011 年）103 頁参照。なお、蟻川・前掲注（9）・85 頁以下では、こうした後半の説示について、裁判所の後見的役割を根拠とする、広範な裁量権を行使した「合目的性判断」（87 頁）といった形容を与える。

¹²⁾ 差戻後控訴審判決の評釈として、山岸敬子「砂川政教分離（空知太神社）差戻控訴審—行政作用たる客観訴訟—」中京法学 46 巻 3=4 号（2012 年）119 頁。

教的活動を行っているのを容認すること自体は、本件利用提供行為が始まった経緯や氏子集団の活動の平穏性から否定しないものの、宗教団体たる氏子集団から市有地使用の対価を一切得ていないことが政教分離原則に反するから、その設置の適切な対価を得るための現実的かつ合理的な手段の存否を審理することを求め、その手段が存在する場合には、砂川市が本件神社物件の撤去を求めないことも違法ではないとするものというべきである。」(下線、引用者)

本件大法廷判決は、本件神社物件を撤去しなければならないとする場合を限定し、他の方法をとらせるべきことを差戻後控訴審に促しており、上記両土地の全部又は一部を譲与し、有償で譲渡し、又は適正な時価で貸し付ける等の方法で違憲性を解消できると明確に述べていた¹³⁾。これを受けて以降、問題となるのは違憲状態の解消方法の適否であり、より具体的には本件手段の手段としての合理性と現実性である。

2 市は、市有地を本件神社物件のために提供することの対価を得る方法を検討するよう促されていたところ、市側でまとめるに至った方法は、上記両土地の一部を適正な時価で貸し付けることであった。しかし、借地料の観点から借地でも極力小面積となるよう配慮を望む氏子総代長の意向もあって、本件神社物件のうち、①本件建物の外壁の「神社」を撤去し、②本件地神宮は、「地神宮」の文字を消して「開拓記念碑」と彫り直すことにより、その宗教的側面を払拭するに至った。残る本件祠と本件鳥居については、③本件祠を本件建物内から取り出して本件鳥居の付近に設置し、本件鳥居と本件祠の敷地(以下、「本件賃貸予定地」という。)を賃貸の対象とする案に絞られたのである。

差戻後控訴審判決では、本件賃貸予定地が国道に接しているため本件鳥

¹³⁾ 山下竜一「[本件大法廷判決] 解説」平成22年度ジュリ重判解(ジュリ1420号、2011年)68頁は、「しかし市の財産への影響の点からみると無償譲与は市に最も財産的不利益を及ぼす手段であり、無償譲与が認められるなら他の手段も認められよう」として、本件大法廷判決が無償譲与によっても違憲状態を解消することができる旨を断定していた点に注意を促している。関連して、清野正彦「[富平神社最大判] 判解」法曹時報63巻9号(2011年)95頁参照。

居及び本件祠へは公道から直接立ち入りができ、これまで本件建物内に保管していた祭礼用具等をすべて氏子総代長宅等に移動したため、氏子集団が本件鳥居及び本件祠で宗教的行為に及ぼうとする場合に本件賃貸予定地以外の市有地や本件建物を使用する必要はないことを挙げるとともに、地代として砂川市が氏子集団から徴収しようとしている賃料額は、砂川市公有財産規則に基づく適正賃料額であることから、「本件利用提供行為の違憲性を解消するための手段として、合理的な手段と認められる」とした。

さらに、本件地神宮の文字の彫り直しと本件祠の移設に関して、これらに要する費用は合計 63 万 4567 円であり、また本件賃貸予定地の賃料として、その適正賃料額は年額 3 万 4762 円と少額であるから、氏子集団の支払能力からしても問題がなく、移設費用ともどもその負担には氏子集団の了承も得られており、さらに本件神社物件の法的な所有者である空知太連合町内会を構成する町内会長らとも相談を重ねた上で、氏子総代長は市側提案の受け入れを了承していることから、「関係者の意向にも沿うものと認められ、実現可能性が高い」とされている¹⁴⁾。なお、上記両土地全体を適正額で有償譲渡する手段についても言及はあるものの、氏子集団の負担能力等に照らして「撤去をしないですむ他の方法としての実現可能性が著しく低い」と評価された。

（５）差戻後上告審判決

１ 氏子集団に本件各土地の一部を賃貸するということは、公有地上において氏子集団に本件鳥居及び本件祠を維持させ、また、年に数回程度の祭事等を今後も継続して行わせることになるが、本件差戻後上告審判決は本件手段に憲法 89 条の違反はないとした。本件大法廷判決以後の一連の判決の流れからすれば、まさに「けだし当然の帰結」¹⁵⁾である。「当該宗

¹⁴⁾ 蟻川・前掲注（９）・88 頁では、原审に審理をやり直させたことについて、本件大法廷判決が「合目的性判断である当該手段の選択を、公開の法廷における対審手続による審理に付したといえることができる」と理解されている。

¹⁵⁾ 初宿正典「〔本件差戻後上告審判決〕判批」平成 24 年度ジュリ重判解（ジュリ 1453 号、2013 年）23 頁。

教的施設の性格、当該土地が無償で当該施設の敷地としての用に供されるに至った経緯、当該無償提供の態様、これらに対する一般人の評価等、諸般の事情を考慮し、社会通念に照らして総合的に判断すべきものと解するのが相当である」として、やはり本件大法廷判決で呈示された総合考慮の枠組みが用いられている。

さて、差戻後上告審でもやはり本件手段は支持されたが、本件差戻後控訴審判決にない記述が多少付け加えられている。まず、(1) 本件祠・本件鳥居といった神社物件の敷地として利用される市有地の部分が大幅に縮小されること、(2) 本件賃貸予定地の範囲を外見的にも明確にする措置が執られ、それにより本件氏子集団の利用し得る部分が事実上拡大するのを防止できることであり、さらに(3)「本件神社物件の前身である施設は本件土地1及び4が市制施行前の町有地となる前から存在しており、これら本件各土地が町有地となったのも、小学校敷地の拡張に協力した用地提供者に報いるという世俗的、公共的な目的によるものであって、本件神社を特別に保護、援助するという目的によるものではなかったといえること」である。これらは、「一般人の目から見て、市が本件神社ないし神道に対して特別の便益を提供し援助していると評価されるおそれがあるとはいえない」という合憲判断に結びつけられた。

なお、上記(3)は、本件土地をそれぞれ取得した経緯に関して、大法廷判決がした評価とほとんど同じである。付け加わったのが、一連の土地取得・利用貸借に先んじて、本件神社物件の前身が空知太小学校の所在地付近にあった事実へのさらなる言及である。該当小学校の敷地拡張のために元の場所から本件神社物件(の前身)を移転せざるを得ず、その移転先敷地の提供を受けたことが事の発端であって、町の必要に迫られての移設であることを印象づけている。

2 その一方、差戻後上告審判決は、「本件神社物件を全て直ちに撤去させるべきものとすることは、本件氏子集団がこれを利用してごく平穏な態様で行ってきた祭事等の宗教的活動の継続を著しく困難なものにし、その構成員の信教の自由に重大な不利益を及ぼすことが明らかであ」ったと

ころ、「本件手段の実施による本件氏子集団の構成員の宗教的活動に対する影響は相当程度限定されたものととどまるということが出来る」と、本件大法廷判決と同様、信教の自由に対する配慮を重ねて説いた。すなわち、上記構成員の宗教的活動に対する影響を相当程度回避できる点が加味された上で、本件手段が本件利用提供行為の違憲性を解消する手段として合理性を有するか否かが判断されており、ここに本判決の特徴を認めることができる。

それに比して、前出の本件差戻後控訴審判決では、敷地を無償で利用させている状態が解消されること、氏子集団が宗教的行為に及ぼうとする場合に、本件賃貸予定地以外の市有地や本件建物を使用する必要はないこと、本件賃貸予定地の賃料額は、砂川市公有財産規則に基づく適正賃料額であることといった、専ら政教分離原則違反の解消にかかわる理由から本件手段の「合理性」を肯定した。同控訴審判決では、さらに「砂川市が将来土地を利用する必要性が生じた場合には、法律の規定に従ってその返還を求めることができる」とも明言している。相対的にみれば、高裁では専ら政教分離原則からの逸脱の有無を考察の中心においたものであり、最高裁は、むしろ氏子集団の構成員の信教の自由、もしくはその不利益の方に焦点を当て、積極的に勘案したというる。

二. 関連裁判例とその異同

（１）従来の裁判例とその異同

１ 津地鎮祭最大判は、「政教分離原則が現実の国家制度として具現される場合には、（中略）そのかわり合い〔国家と宗教とのかわり合い（引用者）〕が、信教の自由の保障の確保という制度の根本目的との関係で、いかなる場合にいかなる限度で許されないこととなるかが、問題とならざるをえないのである」と指摘し、信教の自由を保障する帰結として政教分離原則を捉え、政教分離それ自体が目的ではないことを認めた。愛媛玉串料最大判、白山ひめ神社最判もこの津地鎮祭最大判を基調としており、政

教分離原則との抵触を避けることの要請は、信教の自由に対する配慮との間で相対的に実現されるべきものとなっている。

さらに、本件大法廷判決でも、利用提供すること自体に何ほどかの宗教的色彩が認められるとしても直ちに違憲とするのではなく、氏子集団の構成員の宗教的活動に対する影響を含めて複数の事情を実体的にみて、かわり合いの程度に応じて憲法適合性を判断するとした。先にも述べたように、「政教分離原則についての基本的な理解は同一であると理解できる」¹⁶⁾うえに、憲法適合性判断の枠組みは重なりを示している。

2 もとより判例は、政教分離原則違反が問われる国の種々の行為を包括して、憲法 20 条 3 項にいう「宗教的活動」の問題として処理し、政教分離原則違反が問われる公的機関の諸行為を判断する際、津地鎮祭訴訟大法廷判決により定式化されたいわゆる目的効果基準の枠組を採用する流れにあった。さらに、津地鎮祭最大判、愛媛玉串料最大判をとっても、憲法 20 条 3 項と並んで憲法 89 条違反の判断が行われており、とりわけ愛媛玉串料最大判においては、憲法 20 条 3 項適合性判断における基準と「同様の基準によって」判定すべきことが明示されている。本件第一審判決にも典型的にみられる「憲法 89 条によって禁止されている、公金その他の公の財産を宗教上の組織又は団体の使用、便益又は維持のために支出すること又はその利用に供することも、政教分離の原則の意義に照らして、公金支出行為等における国家と宗教とのかかわり合いが相当とされる限度を超えるものをいうものと解すべきであり、これに該当するかどうかを検討するに当たっては、前記〔憲法 20 条 3 項（引用者）〕と同様の基準によって判断しなければならない」といった判文がそうである。

しかし、公金の支出は憲法 20 条 3 項と別に憲法 89 条によっても規定されていることにかんがみ、津地鎮祭最大判においては、「公金の支出が違法となるのは単にその支出自体が憲法 89 条に違反する場合だけではなく、その支出の原因となる行為が憲法 20 条 3 項に違反し許されない場合

¹⁶⁾ 三好一生「〔本件大法廷判決〕判批」法律のひろば 63 巻 8 号（2010 年）58 頁。

の支出もまた、違法となることが明らかである」と、二通りの考え方が示されており、公金の支出等が憲法 20 条 3 項に違反するかどうかの判断にかからしめる場合を積極的に首肯していた。すなわち、憲法 20 条 3 項の規定という宗教的活動としてそれ自体許されない面があるとすれば、それに際しての公の財産の利用提供等は当然に違法となる。これに対して、本件大法廷判決が「相当とされる限度」に応じた憲法 89 条適合性判断を専ら行ったのは、本件の問題は同 20 条 3 項によらずに解決すべきとの考え方を強く打ち出したものである。

3 なお、大法廷判決から半年後に出た白山ひめ神社最判では、目的効果基準を判断基準として憲法 20 条 3 項適合性が肯定されている。この事件で争われたのは、形式上は、白山ひめ神社の鎮座二一〇〇年を記念する大祭に係る諸事業の奉賛を目的した奉賛会の発会式への市長の出席に伴う公用車運転職員の手当等に係る公金支出の適否である。しかし、最高裁は、市の公金支出の可否を憲法 89 条の規定によらず、支出の前提となる市長の行為が憲法 20 条 3 項にいう宗教的活動に該当するか否かをもって、当該行為に関する市の公金の支出の憲法適合性を判断した。もとより本件大法廷判決は、公金支出、その他公の財産の利用提供行為がいずれも憲法 89 条でのみ扱われることを説くものではないが、しかし、憲法 89 条適合性判断があえて選択される見地をさらに追究するためにも、当判決とそれ以外の判決との異同がどこに認められ、判断の枠組みが異なるに至ったのかを明らかにする必要がある。

（２）津地鎮祭最大判

1 津地鎮祭最大判は、体育館建設に際した市主体の起工式（地鎮祭）の挙行を憲法 20 条 3 項、同 89 条に違反しないとした事例であり、政教分離原則の意義や「宗教的活動」（憲法 20 条 3 項）の要件に関して最高裁が初めて一般的な判示を行ったものである。同最大判は、「宗教とのかかわり合いをもたらす行為の目的及び効果にかんがみ、そのかかわり合いが（中略）相当とされる限度を超えるものと認められる場合にこれを許さ

ないとするものである」と政教分離原則を定義し、さらに「宗教的活動」(憲法 20 条 3 項)の要件について、「当該行為の目的が宗教的意義をもち、その効果が宗教に対する援助、助長、促進又は圧迫、干渉等になるような行為」がこれに該当するとし、問題となる行為について該当性を検討する際には、考慮すべき諸要素(①当該行為の行われる場所、②当該行為に対する一般人の宗教的評価、③当該行為者が当該行為を行うについての意図、目的及び宗教的意識の有無、程度、④当該行為の一般人に与える効果、影響)をもとに、社会通念に従って諸事情を総合的に考慮して判断するとした。

ここで、政教分離原則は「行為の目的及び効果にかんがみ」てその違反の有無が判断されるものとされ、それに基づく憲法 20 条 3 項についても上記のように行為の目的と効果とに依拠した周知の目的効果基準が採用された。

2 津地鎮祭最大判は、問題の地鎮祭を特定の「宗教的活動」ではないと認定したことで、公金支出の憲法 89 条適合性をまたずに合憲の結論を導いており、「起工式の目的、効果及び支出金の性質、額等から考えると、特定の宗教組織又は宗教団体に対する財政援助的な支出とはいえないから」本件公金の支出も憲法 89 条に違反しないとしている。同最大判の意義は、神道儀式を伴う起工式に公金を支出することが違憲なのではないばかりか、地鎮祭を「世俗的行事」「慣習化した社会的儀礼」として、今後公的機関がこれを私人と同様の立場で行った場合でも憲法 20 条 3 項に反しないとしたところにある。すなわち、宗教的要素が残存する習俗的行為や社会的儀礼等を認める余地を与える役割を果たした。

これに対し、同藤林益三＝吉田豊＝団藤重光＝服部高顕＝環昌一裁判官の反対意見では、「本件起工式自体は(中略)事実を徴すれば、極めて宗教的色彩の濃いものというべきであって、これを非宗教的な習俗的行事ということはとうていできない。(中略)多数意見は、本件起工式を宗教とかかわり合いがあるものとしその宗教性を否定はしないものと考えられるが、その宗教的意義を軽視し、しかもその効果を過小に評価しようとする

ものであって、その説くところに、われわれは、どうてい賛同することができない」と、むしろ憲法 20 条 3 項違反はあったと主張された。

多数意見と反対意見との違いは、多数意見が目的効果基準を適用するにあたって、「社会生活上における国家と宗教とのかかわり合いの問題である以上、それを考えるうえでは、当然に一般人の見解を考慮に入れなければならない」として、当該行為の一般的評価に力点をおいたところに認められる。国民一般に広く行われている地鎮祭の今日の評価をもとに、当該地鎮祭に対する一般的評価が確かめられており、問題の行為が許容される限度内かどうかをはかる指標として、「一般人」ないし国民の平均的な層が多数意見の判断を左右する標準になっていた。他方、反対意見では、起工式そのものが習俗的行事化している側面を否定しないまでも、国家と宗教との結びつきは容易に許されないという立ち位置に基づき、行為の具体的な外形を決め手として判断した。また、公的機関と私人とを同列には論じ得ないとしている点にも相違がある。こうした二様の見地は、津地鎮祭最大判にとどまらず、下級審裁判例を含めたその後の裁判例でも対照的にみられている。

（３）大阪地蔵像最判

大阪地蔵像最判の事案は、大阪市が、市営住宅の建替えに際して町会等の住民組織から、市営住宅の敷地内（市有地）に地蔵像を建立し、また、付近の私有地内に建立されていた地蔵像を移設したい旨の要望を受け、建替え工事を円滑に進めるには地蔵像の協力が不可欠であると考えてこの要望を聞き入れ、各町会に対して、各地蔵像を建立あるいは移設する敷地として、市有地を無償で使用させるに至った行為が問題となった。

大阪地蔵像訴訟控訴審判決（大阪高判平成 3 年 3 月 26 日行集 42 巻 3 号 438 頁）では、建替工事に際して町会の方から本件各地蔵像の建立・移設を要望してきたために、それが「間接的に宗教とのかかわり合いを生ずる行為となった」と認めつつも、「大阪市の本件各行為が憲法 20 条 3 項により禁止される宗教活動にあたるか否かについて判断するに当たって

は、(中略)まず、当該行為の宗教的意義の存否あるいは程度を考える必要があり、宗教的意義の存否あるいは程度を考えるに当たっては、当該行為と、宗教組織や教義教典との関係の有無や程度あるいは宗教的儀式や布教活動の存否や多寡を問題としなければならないものである」として、寺院外地蔵像の帶有する宗教性を捉えて「地蔵菩薩に関する仏教上の教義・教典や仏教の宗教組織あるいは布教活動や祭祀とどのように、あるいはどの程度に関連しているか(中略)は極めて乏しい」とし、各地蔵像の宗教的意義、さらに地蔵信仰や地蔵祭りの宗教的意義も稀薄なものと評価するなどして市の目的およびその効果等を検討し、憲法 20 条 3 項違反はないとした。加えて、町内会等の宗教団体性(憲法 89 条適合性)も否定していた。

大阪地蔵像最判では上記の同控訴審判決をほぼ全面的に支持しており、特に理由も足されず「憲法 20 条 3 項あるいは 89 条の規定に違反するものではない」と結論づけている。大阪市が各町会による地蔵像の移設のみならず、建立のために市有地を無償で利用提供したことについても、行為の意図・目的が「地域住民の融和を促進するという何ら宗教的意義を帯びないもの」であることを最高裁として正面から肯定した。たしかに、各地蔵像は、特定の寺院、宗派に属してはおらず、積極的な布教活動も行われていない。

ただ、問題は各地蔵像それ自体の宗教的色彩の強弱である。新たに建立した一心地蔵像は、手に錫杖と宝珠、僧形をした地像の立像で、付帯設備として、線香台又は焼香炉、鉦、水を供える容器、賽銭箱などが配置され、正面からみて三箇所大きく仏教のシンボルである卍の紋がつけられている。また、移設した満願地蔵像は、小さな地蔵堂の中に納められた三体の地蔵像で、付属設備には、移設にあたって新設された地蔵堂ならびに正面に卍が印された基壇のほか、賽銭箱、金属製の蓮華台を含む蓮華一對、鉦、水を供える容器、燈明台一對、焼香台等がある。これらの特徴をもつ施設を寺院外にある地蔵像として一般化し、かかる各地蔵像の維持運営に関わる行為を「宗教的色彩の稀薄な伝統的習俗的行事」とした評価もそのままは認したわけである。既存の施設の移設と新たな施設の建立とを一様に論

じたことともあわせて、果たしてそうだろうか、疑問を禁じえない。当事件との対比から、本件大法廷判決について「特に、大阪地蔵像事件（中略）からしても、その世俗性が認められるのではないかと思う」¹⁷⁾との評価があるが、大阪地蔵像事件は、各地蔵像の帶有する宗教色を考慮の外におき宗教施設性を不問に付した最高裁判例として位置づけられよう。しかし、町会が「宗教団体」にはあらず特定の宗教団体とのかかわり合いの構図をもたないことが、事案上、それだけ十分に宗教的意義を薄める意味をもたされたのは重要である。

（４）箕面忠魂碑最判

１ 遺族会が主催した宗教的行事への教育長の参列に関して合憲判断を示した最高裁平成 5 年 2 月 16 日第三小法廷判決（民集 47 巻 3 号 1687 頁、以下「箕面忠魂碑最判」という。）¹⁸⁾では、箕面市が旧忠魂碑ないし現忠魂碑に関してした次の各行為の違憲性も争われていた。すなわち、箕面小学校用地に隣接した箕面村役場の敷地内に建立されていた旧忠魂碑を、小学校の校舎拡張のため他に移転する必要が生じたところ、市が代替敷地を確保するべく昭和 50 年箕面市土地開発公社から土地を買い受け（売買行為）、その引渡しを受け、同年旧忠魂碑を本件土地の一部である本件敷地に移設、再建し（移設・再建行為）、市遺族会に本件敷地を無償貸与したという行為（無償利用提供行為）であり、空知太神社事件に一部類似した事案である。

箕面忠魂碑最判は、箕面市の上記各行為の憲法 20 条 3 項適合性をまず判断した。すなわち、ここにいる各行為は「小学校の校舎の建替え等のため、公有地上に存する戦没者記念碑的な性格を有する施設を他の場所に移設し、その敷地を学校用地として利用することを主眼とするものであり、

¹⁷⁾ 寺田友子「[本件大法廷判決] 判批」判例地方自治 339 号（2011 年）62 頁。

¹⁸⁾ 長谷部恭男「[箕面忠魂碑最判] 判批」ジュリ 1026 号（1993 年）48 頁、安念・前掲注（1）・61-2 頁を特に参照。

そのための方策として、右施設を維持管理する市遺族会に対し、右施設の移設場所として代替地を取得して、従来どおり、これを右施設の敷地等として無償で提供し、右施設の移設、再建を行ったもの」であって、行為の目的は専ら世俗的であり、その効果も、特定の宗教に対する援助等にはあたらないとした。その理由としては、(1)旧忠魂碑・移設再建後の忠魂碑は、ともに地元の人々が郷土出身の戦没者の慰霊、顕彰のために設けたものであること（宗教施設性の否定）、(2)碑前行われる戦没者の慰霊祭は市遺族会の下部組織である地区遺族会主催で神式、仏式隔年交替で行われ、特定の宗教とのかかわりは希薄であること（宗教の特定性の否定）、(3)忠魂碑を所有・維持・管理している市遺族会は、「宗教的活動をすることを本来の目的とする団体ではない」こと（宗教団体性の否定）、(4)旧忠魂碑は、上記各行為の前から公有地上に存続してきたので、上記各行為は、当該公有地を学校敷地に編入するための方策として行われ、市遺族会との交渉の結果に基づき、従前と同様の状態を復元したにすぎないこと（目的・動機の世俗性ないし公共性）が挙げられた。

箕面忠魂碑最判と本件大法廷判決とは、いずれも本来は公有地であった土地を貸与し、それが小学校の敷地拡張として必要となったため、その移設に協力したことに報いるべく、別途公有地を無償で利用させた事案であったところ、本件大法廷判決では「長期間にわたり継続的に便益を提供し続けている」ことが違憲とされ、箕面忠魂碑最判ではそうはならなかった。このとき、箕面忠魂碑最判と本件大法廷判決とでは、後者において、明らかな宗教的施設となる本件神社物件の性格（宗教施設性）と、町内会に包摂される氏子集団が「宗教的行事等を行うことを主たる目的としている宗教団体」ということ（宗教の特定性、宗教団体性）で、違いが見出される。この点、箕面忠魂碑最判園部逸夫裁判官補足意見は、忠魂碑の性格に関連して、「追悼のための施設等の性格を（中略）明らかにすることが、憲法上の政教分離原則違反の有無を判断するための不可欠の要件であるとまではいえない」と、これを考慮要素から措くことを主張していたが、本件大法廷判決における違憲判断では、むしろ本件神社物件の宗教施

設性が重要な意味をもたされている（同藤田宙靖裁判官補足意見参照）。

2 なお、箕面忠魂碑最判は、憲法 20 条 1 項後段、89 条にも違反する
か否かの判断に際して、「箕面市の右各行為が憲法の政教分離規定の基礎と
なる政教分離原則に違反するものでないことは、右に〔憲法 20 条 3 項適
合性にかかる判示に（引用者）〕述べたとおりであり、また、本件忠魂碑を
所有し、これを維持管理している市遺族会は、憲法 20 条 1 項後段にいう「宗
教団体」、89 条にいう「宗教上の組織若しくは団体」のいずれにも該当し
ないと解すべきこと（中略）から、箕面市の右各行為は憲法の右各規定に
違反するものとはいえず¹⁹。遺族会が宗教団体等（憲法 20 条 1 項後段、89 条）に該当しないとなっても、憲法 20 条 3 項適合性が
肯定されれば政教分離原則違反はなく、かかる判断に従属させる判断の流
れは、目的効果基準に基づく憲法 20 条 3 項適合性判断の万能化、もしく
は一元化を強めたといいうる。

（5）愛媛玉串料最大判

1 愛媛玉串料最大判は、靖国神社等の神社が主催する恒例の祭祀に際した
県の公金支出が憲法 20 条 3 項、憲法 89 条に違反するとされた事例である²⁰。
憲法 89 条に関する従来の裁判例では、相手方が「宗教上の組織又は団体」に該
当しないことから同条が特に問題にされていなかったところ、ここで最高裁に
おける憲法 89 条違反の判断のあり方が、改めて明示されるに至った。

「憲法 89 条が禁止している公金その他の公の財産を宗教上の組織又は団体
の使用、便益又は維持のために支出すること又はその利用に供することとい
うのも、前記の政教分離原則の意義に照らして、公金支出行為等における国

¹⁹ 当該遺族会は、「靖国神社の参拝等の宗教的色彩を帯びた行事をも実施し、靖国神社国家
護持の推進運動にも参画している」旨が認定されていたが、同会の活動実態の特殊性は考
慮されず、宗教団体等の範囲は絞りこまれている。89 条理解において否定される類の広
義説について、佐藤功『ポケット註釈全書 憲法〔初版〕』（有斐閣、1955 年）528-9 頁参照。

²⁰ 西村枝美「〔愛媛玉串料訴訟最大判〕判批」法政研究 65 巻 2 号（1998 年）319 頁、中林
暁生「〔愛媛玉串料訴訟最大判〕判批」法学 61 巻 6 号（1997 年）194 頁を特に参照。

家と宗教とのかかわり合いが前記の相当とされる限度を超えるものをいうものと解すべきであり、これに該当するかどうかを検討するに当たっては、前記「憲法 20 条 3 項にかかる判示（引用者）」と同様の基準によって判断しなければならない。」

すなわち、ここにいう政教分離原則の意義とは、国家が宗教とのかかわり合いをもたす「行為の目的及び効果にかんがみ、そのかかわり合いが我が国の社会的・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認められる場合にこれを許さないとするもの」との判例をいう。愛媛玉串料最大判は、憲法 20 条 3 項と憲法 89 条とが共通の基礎の上におかれていることを改めて確認し、従来から眞面忠魂碑最判などで示唆されていたが、憲法 89 条適合性における判断も同 20 条 3 項適合性におけるのと同様の基準でなされるべきことを明示した。例大祭、みたま祭又は慰霊大祭を挙行した靖國神社及び護國神社について、憲法 89 条にいう「宗教上の組織又は団体」に当たることのみ指摘し、それ以上の判定をまたずに憲法 89 条違反を導いており、「宗教上の組織又は団体」であればそれで 20 条 3 項違反と並んで 89 条違反を認めたのである。

そうすると、公金の支出は別に憲法 89 条において規定されているにもかかわらず、憲法 20 条 3 項違反と憲法 89 条違反とはほとんど重複し、憲法 20 条 3 項違反が認められるときには、それに従い憲法 89 条違反も導かれることになり、合憲の場合もまた然りとなる。しかし、それではある行為が憲法 20 条 3 項に違反するとなれば、当該行為に基づく公の財産の利用提供等は違憲となるのを免れないが、憲法 89 条に抵触する行為の憲法 20 条 3 項適合性については要を得ないままである。その意味で、憲法 89 条の類型における政教分離原則違反の判断をようやく具体的に示した前記本件大法廷判決は、たしかに貴重な先例であろう²¹⁾。

²¹⁾ 「従来の最高裁判所判例は、公金を宗教上の団体に対して支出することを制限している憲法 89 条の規定の解釈についても、憲法 20 条 3 項の解釈に関するいわゆる目的効果基準が適用されるとしているが、（中略）本件において、憲法 89 条の右規定の解釈について、右基準を適用する必要はないと考える」と、すでに愛媛玉串料最大判園部裁判官意見では指摘されている。日比野勤「神道式地鎮祭と政教分離の原則」『憲法判例百選Ⅰ（第 5 版）』（有斐閣、2007 年）97 頁も参照。

（６）富平神社最大判

１ 空知太神社事件にかかる本件大法廷判決と同日付けで言い渡された平成 22 年 1 月 20 日最高裁大法廷判決（民集 64 巻 1 号 128 頁、以下「富平神社最大判」という。）は、砂川市が同市に所在する T 町内会に対して、富平神社が存する市有地である各土地を譲与した行為が憲法 20 条 3 項、憲法 89 条に違反しないとした事例である。当該土地は、T 町内会の前身たる T 各部落会から小学校の教員住宅用地として、戦前の昭和 10 年に富平神社の存する土地が砂川町に寄附されたことから市有地となったものであった。上記教員住宅の取り壊しを契機として、市は、上記各土地の管理目的を児童公園等の部落共同目的の用に供することに限定し、その管理を無償で T 各部落会に委託していたが、その後市有地が神社の敷地となっている状態を解消するため、市議会の議決を経て、地縁団体の認可を受けた町内会に対し上記譲与という「積極的行為をとった」²²⁾。

最高裁大法廷は、「本件譲与前に市が本件各土地を無償で神社敷地としての利用に供していた行為は、その直接の効果として、上記地域住民の集団が神社を利用した宗教的活動を行うことを容易にするものであったというべきである」として、それが空知太神社に関してした判断と同様、憲法 89 条及び 20 条 1 項後段に違反する余地を認めるとともに、上記譲与はかかる状態を是正解消するための手段であると位置づけた。当該手段が合憲とされる理由には、（１）教員住宅の敷地としての用途が廃止された以上、これを元の実質的所有者に譲与するのは、「公用の廃止された普通財産を寄附者の包括承継人に譲与することを認める市の財産

²²⁾ 山下・前掲注（13）・68 頁。空知太神社事件においては違憲状態が放置されていたものであり、市の対応は対照的と言いうるが、前者では神社敷地が寄附されたのは昭和 28 年で、後者の寄附は昭和 10 年であるのも対比的である。「[昭和 10 年（引用者）] 当時、地方公共団体による寄附の採納が違法となることはありえず、また問題となった公有地の譲与は市の条例の趣旨ほか国有境内地処分法の趣旨にも合致するということができた」（小泉洋一「本件差戻前上告審判決」判批」民商 143 巻 1 号（2010 年）70 頁）。

の交換、譲与、無償貸付等に関する条例」3条の趣旨にも適合すること、(2) 当該各土地の神社施設を撤去させてしまうと、「寄附後も地域住民の集団によって守り伝えられてきた宗教的活動を著しく困難なものにし、その信教の自由に重大な不利益を及ぼすことになる」こと、(3)「社寺等に無償で貸し付けてある国有財産の処分に関する法律」に基づく措置等に照らしても、市と本件神社とのかかわり合いを是正解消する手段として相当性を欠くともいえないことが、列記されている。

2 富平神社最大判では、「本件譲与は、(中略) 憲法 89 条及び 20 条 1 項後段の趣旨に適合しないおそれのある状態を是正解消するために行った」ところ、それが「憲法 20 条 3 項、89 条に違反するものではないと解するのが相当である」として、憲法 20 条 3 項適合性にも言及した。その際、同最大判では「本件譲与は、市と本件神社ないし神道との間に、我が国の社会的、文化的諸条件に照らし、信教の自由の保障の確保という制度の根本目的との関係で相当とされる限度を超えるかかわり合いをもたらずものということとはでき」ないと、直接に政教分離原則違反がない旨を述べるのみであって、条文に対応した憲法適合性判断に立ち入ることなく結論に到達している。「譲与の目的に関する検討をする一方で、上記譲与が一般人に対してもつ効果については特段検討することなく、譲与がそのような目的を実現する手段として相当性を有するか否かといった見地からの検討」²³⁾が行われていると、同最大判について指摘されている。

ここから伺われるのは、憲法 20 条 3 項や憲法 89 条の基礎となる政教分離原則違反が認められない以上、各条項の抵触はないとする条文関係の解釈がとられ続けていることと、また、社会通念に照らした結果という結論先取りの議論が行われていることである。問題は、土地の「財産的価値」よりは、むしろその土地上の宗教施設の価値にあった。最高裁大法廷は、「氏子に相当する地域住民の集団が社会的に実在する」として氏子(集団)の

²³⁾ 清野・前掲注(2)・172頁。

信教の自由に対する配慮を勘案しながら、町内会への土地の譲与を合憲だとしたわけであったから、地域住民と氏子と宗教施設との関係性について、説明の余地がなお残されている²⁴⁾。それでも氏子集団に焦点を当てたかったのはなぜか、砂川政教分離訴訟における最高裁大法廷の見解が問われる。

3　そして、空知太神社事件における本件大法廷判決は、津地鎮祭最大判以降の判例の基調を多少修正することによって、「単にその支出自体が憲法 89 条に違反する場合」（津地鎮祭最大判）の具体的判断のあり方に道筋を与えたものである。しかし、同時に富平神社最大判においては、政教分離原則違反がなく憲法 20 条 3 項にも同 89 条にも抵触しないとの理解が示されているため、条文関係の理解として、憲法 89 条に違反するが憲法 20 条 3 項には違反しないと解されたのか、憲法 89 条違反と政教分離原則との関係はどうか、判然としない部分がみられる。以下では学説の知見を踏まえて、同判決の意義をさらに検討したい。

三. 問われる空知太神社事件大法廷判決

（１）学説の反応

1　自治体に与える混乱を回避する目的が大きく働いたと伺われる本件大法廷判決について、学説の見方は分かれた。否定的なものとしては、「本判決では割安な賃料での賃貸借が許容され、市が神社の存続を援助する形の契約が継続する以上、過度の関わり合いがあることには変化がな」²⁵⁾ く、「本件でも、賃貸借ではなく、氏子集団に神社用地の買い取りを求めるか、歴史的経緯に遡って贈与もしくは交換との結論が望まれた」²⁶⁾ との評価がある。それとはまた別の観点から、宗教団体に対して長期にわたり国有公有地が無償提供されている例が全国各地でみられる事実をもとに、むしろ本

²⁴⁾ 他の地域住民にとっての信教の自由の保障に関連して、中島光孝「解説」法と民主主義 446 号（2010 年）77 頁参照。

²⁵⁾ 君塚・前掲注（9）・12 頁。

²⁶⁾ 同・13 頁。

件大法廷判決に起因する混乱への異議もあった²⁷⁾。一方、好意的評価としては、「政教分離事案の判断過程の明確化、並びに、本件施設のコミュニティーにおける価値への配慮の要請と行政の憲法適合性確保の要請のディレンマに巧みな構成をもって解決した」²⁸⁾との明解な指摘などがある。

2 そもそも判例を開いた津地鎮祭最大判は、国家と宗教の完全な分離の実現は實際上不可能であり、「政教分離規定の保障となる国家と宗教との分離にもおのずから一定の限界がある」と指摘して、まさに「政教分離原則の『現実主義的』緩和のための種々の工夫をこらし」²⁹⁾、政教分離原則の意義を比較的緩やかに理解していた。その後、さらに最高裁は、憲法20条3項にいう「宗教的活動」を「国と宗教との間で関わり合いを生じる行為全般へと広く適用する姿勢を示してきた」³⁰⁾ものであり、憲法20条3項適合性判断への傾斜を深めるに至った。行為の目的及び効果にかんがみてその違反の有無が判断されるところ、違憲となった事例はいたって例外的である。

本稿は詳しく取り上げていないが、殉職自衛隊員護国神社合祀訴訟にかかる最高裁昭和63年6月1日大法廷判決(民集42巻5号277頁)では、隊友会のためにした地連職員の合祀申請行為は間接的なかわり合いにとどまるとされ合憲となり、箕面遺族会補助金支出等訴訟にかかる最高裁平成11年10月21日第一小法廷判決(集民194号51頁)では、市から社会福祉法人を経て地元の戦没者遺族会に配分された補助金の支出、および市職員を右遺族会の書記事務に従事させた行為が合憲となった。さらに、主基斎田抜穂の儀参列訴訟にかかる最高裁平成14年7月9日第三小法廷判決(集民206号605頁)では、県の知事が主基斎田抜穂の儀に参列した行為が合憲に、大嘗祭参列訴訟にかかる最高裁平成14年7月11日第一

²⁷⁾ 百地章「砂川・空知太神社訴訟最高裁判決の問題点」日大法学76巻2号(2010年)509-10頁参照。

²⁸⁾ 塩見佳也「[本件大法廷判決] 判批」法政研究78巻2号(2011年)230頁。

²⁹⁾ 尾吹善人「[津地鎮祭最大判] 解説」『解説憲法基本判例』(有斐閣、1986年)149頁。

³⁰⁾ 林知更「『国家教会法』と『宗教憲法』の間—政教分離に関する若干の整理」ジュリ1400号(2010年)83頁。日比野・前掲注(21)・97頁参照。

小法廷判決（民集 56 巻 6 号 1204 頁）では、神道施設が設置された大嘗宮で神道の儀式により行われた大嘗祭に知事が参列し拝礼した行為は天皇に対する社会的儀礼を尽くすことが目的であったとして合憲となり、即位礼正殿の儀参列訴訟にかかる最高裁判平成 16 年 6 月 28 日第二小法廷判決（集民 214 号 465 頁）など、合憲性を確認する事例は累積する一方であった。もっとも、「政教分離の緩和解釈という問題は、信教の自由と政教分離原則とが衝突するということ意識したときから、直ちに生じる問題なのです」³¹⁾との指摘にあるように、従来の判例の基本的立場の正当性を説く有力な見解も一方でみられるが、他方、国と宗教との結びつきを適法化する観点に立ったかのような判例に対しては、「政教分離は信教の自由の確保を妨げない程度であれば充分で、それ自身完全である必要はないという方向に流れてゆく」³²⁾、「原則と例外を逆転させる論理」³³⁾、「安易な多数決主義」³⁴⁾といった批判もある。しかし、憲法 20 条 3 項適合性の判断へと一元化する傾向によって、目的効果基準の変更の余地は狭まる一方であったため、後者の立場からすれば「先例の変更をいわず、同基準を見直して、政教分離規定のもつ厳格分離の本来の意義を明らかにすることが待たれていた」³⁵⁾状況でもあった。最高裁による違憲判断が愛媛玉串料訴訟大法廷判決でようやく示されたとはいっても、靖国神社と護国神社への玉串料・献灯料の奉納という明白な宗教的意義をもった県の直接的行為が対象であり、支出をする県が少数であった事情もあわせて、社会通念上不相当としやすかったにすぎないとも言い得たからである³⁶⁾。そのなかで、鳥居はあるが、町内会館と一体の小規模な神社に関して違憲

³¹⁾ 大石眞＝山元一「信教の自由と政教分離原則」法セミ 579 号（2003 年）41 頁〔大石眞発言部分〕、大石眞『憲法講義Ⅱ〔第二版〕』（有斐閣、2012 年）165 頁も参照。

³²⁾ 尾吹・前掲注（29）・149 頁。

³³⁾ 佐々木弘通「憲法学説は政教分離判例とどう対話するか」法時 82 巻 8 号（2010 年）78 頁。

³⁴⁾ 小泉良幸「政治と宗教との『かかわり合い』」法時 82 巻 4 号（2010 年）2 頁。日比野・前掲注（21）・97 頁参照。

³⁵⁾ 小林武「最高裁における政教分離原則の判断方法——空知太神社違憲判決と富平神社合憲判決」愛知大学法学部法経論集 187 号（2010 年）85 頁。

³⁶⁾ 大橋寛明「判解」平成九年度最高裁判所判例解説民事篇（法曹会、2000 年）576 頁参照。

判決が出されたわけであり、適用条文や氏子集団の宗教団体性への疑問などあれ、学説では全体的に本件大法廷判決の姿勢を評価する向きが多い。

しかし、本件大法廷判決は、政教分離の厳格度が緩められる従来の傾向に歯止めをかけ、判例を「厳格分離」の立場へと誘導したことになるのだろうか。『厳格分離』の立場から、その違憲審査基準の1つの可能性を提示してみせたと評価することが可能であろう³⁷⁾、あるいは「政教分離原則適合性について目的効果基準により一元的に判断してきたのを改め、政教分離原則の中核的な内実に触れる事件には厳格な憲法判断を行うべきことを示したもの³⁸⁾」といった反応がある一方で、さらに「20条3項と目的効果基準とを万能のごとくに適用する一元的な判断枠組みから離れて、事案の類型ごとに異なる判断枠組みを使い分ける方向へと最高裁が進みつつある兆候である³⁹⁾」というような、該当事案の類型ごとの適合性を問うその方向性を支持する見解がみられる。かかる指摘は基本的に、憲法20条1項後段と89条前段について、「国家と宗教団体の分離」といういわば距離ないし関係に関わる規定とし、憲法20条3項を「国家の宗教への非同一化」として国家自身の活動に関する規定と位置づけつつ、別々に置かれた条文に合わせた各解釈のあり方を志向している⁴⁰⁾。

3 上述したように、津地鎮祭最大判では、憲法20条3項と別に憲法89条によっても公金の支出が規定されていることにかんがみて、「公金の支出が違法となるのは単にその支出自体が憲法89条に違反する場合だけではなく、その支出の原因となる行為が憲法20条3項に違反し許されない場合の支出もまた、違法となることが明らかである」と、二通りの筋道

³⁷⁾ 井田洋子「[本件大法廷判決] 判批」速報判例解説(法セミ増刊) vol.7 (2010年) 22頁。「判断の客観化に困難を抱えることになり、また合憲と違憲の線引きが不明瞭化するという難点を抱えてきた(中略)従来の傾向に歯止めをかけ、厳格化への方向へと振り子をおる程度まで振り戻すべく試みたものと評価することができよう」(林知更「空知太神社事件最高裁違憲判決が意味するもの」世界2010年4月号28頁)。

³⁸⁾ 小泉(洋)・前掲注(22)・67頁。

³⁹⁾ 林・前掲注(30)・85頁。

⁴⁰⁾ 林・前掲注(1)・118頁参照。佐藤幸治『日本国憲法論』(成文堂、2011年)234-5頁も参照。

を示しており、憲法 20 条 3 項に違反するかどうかの判断にかからしめる場合があることを積極的に首肯していた。すなわち、憲法 20 条 3 項の規定で禁止される宗教的活動としてそれ自体許されない面があるとするれば、それに際しての公金の支出などは当然に違法となる。これに対して、本件大法廷判決が「相当とされる限度」に応じた憲法 89 条適合性判断を専ら行ったのは、本件における公の財産の利用提供などは同 20 条 3 項によらずに解決すべきとの考え方を強く打ち出したものであろう。

大法廷判決が憲法 89 条の類型における政教分離原則違反を打ち出したことは、どのように受け止められるか。以下では公有地を無償で宗教的施設の敷地としての利用に供する行為に関して、憲法 89 条適合性にかかる判断基準が改めて示されたことの意義から取り上げる。

（２）憲法 89 条の類型における憲法適合性判断とその意義

1 憲法 89 条が専ら適用された従来の裁判例としては、「社寺等に無償で貸し付けてある国有財産の処分に関する法律」において国有地である寺院等の境内地その他の附属地を無償貸付中の寺院等に譲与又は時価の半額で売り払うとしたのは沿革上の理由に基づく国有財産関係の整理であって、憲法 89 条違反はないとする最高裁昭和 33 年 12 月 24 日大法廷判決（民集 12 巻 16 号 3352 頁）、一部事務組合が稲荷神社の参道に通じている道路の改良工事の支払のために公金を支出したところ、境内入口まで通じている道路の工事に関する支出に憲法 89 条違反はないとする最高裁昭和 63 年 12 月 16 日第二小法廷判決（集民 155 号 365 頁）を見出す程度にとどまる。後者の事案では、地元住民の利益のためにされた公金支出が宗教団体にも利益を及ぼしたのに対して、空知太神社事件では、結果的にはなく宗教団体のために直に財政的援助を行ったというところで、違いがある。

空知太神社事件では、神社施設の敷地となる市有地の使用貸借契約を町内会が結んでいた。担当した清野正彦調査官の解説には「土地利用の目的及び現実の利用形態といった実質面を重視するならば、むしろ本件においては憲法 89 条、20 条 1 項後段を適用することこそ、事案に即している」（傍

点、引用者)と、地域団体の介在するなかでこれと密接に関係しながら活動してきた氏子集団の実体を強調した主張がみられる。その一方、本件大法廷判決は、政教分離原則に違反する場合に関して、「宗教とのかかわり合いをもたらす行為の目的及び効果にかんがみ、(中略)相当とされる限度を超えるものと認められる場合」(下線、引用者)と定義された従来の判例から、上記下線部を削った。この箇所は、上記調査官解説では「着眼点提示部分」と形容され、従来の最高裁判例のうち当該部分のみ「修正」されている旨の言及もある⁴¹⁾。その理由としては、憲法適合性が問われた対象の行為が従来のものと性質を異にする点が挙げられ、憲法 89 条適合性も憲法 20 条 3 項におけるのと「同様の基準によって判断しなければならない」(愛媛玉串料最大判)としていた先例を踏襲するわけにはいかなかったことを示唆しており、参考になる⁴²⁾。

2 本件大法廷判決によれば、国又は地方公共団体が国公有地を無償で宗教的施設の敷地としての用に供する行為に対する憲法 89 条の適合性は、「当該宗教的施設の性格、当該土地が無償で当該施設の敷地としての用に供されるに至った経緯、当該無償提供の態様、これらに対する一般人の評価等、諸般の事情を考慮し、社会通念に照らして総合的に判断すべき」(下線、引用者)ことが示されている。しかし、そこに至る前置きとして、「国又は地方公共団体が国公有地を無償で宗教的施設の敷地としての用に供する行為は、一般的には、当該宗教的施設を設置する宗教団体等に対する便宜の供与として、憲法 89 条との抵触が問題となる行為である」との、いわば原則論が打ち出された。この点、例えば渡辺康行教授は、政教分離規定適合性審査の論理過程の明晰化へと向けた意識から、従来の審査手法を、国家と宗教の「かかわり合い」の審査と「かかわり合い」の正当化審査からなる二段階に再構成されていたところ、本件大法廷判決の前記原則

⁴¹⁾ 清野・前掲注 (2)・170 頁。

⁴²⁾ 安西文雄「[基調報告] 政教分離と最高裁判所判例の展開」ジュリ 1399 号 (2010 年) 61-3 頁参照。同旨、井上典之「政教分離規定の憲法判断の枠組み」論究ジュリスト 1 号 (2012 年) 128 頁参照。

論の前置き部分については、国家と宗教の「かかわり合い」の審査に該当するという。そして、本件大法廷判決が掲げた上記の四考慮要素は、すべてその次の『『かかわり合い』の正当化審査のために実際に用いられている要素」と指摘される⁴³⁾。なお、目的効果基準の各考慮要素については、『『かかわり合い』の審査のためのものと、その正当化のためのものが混在していた」として、両者にはそれほど大きな変更はないとしつつも、本件大法廷判決は「目的効果基準よりも理論的には整理された」と評される⁴⁴⁾。

他にも、この前記「原則論」の部分は、最高裁によるその基本的姿勢の再定位として注目を集めた⁴⁵⁾。これを「最高裁は、89条総合判断論を（中略）宗教とかかわり合いを持つ国家行為の違憲性を推定するという基本的な考え方から導き出す」⁴⁶⁾と捉え、上記四考慮要素に関しても「主観的要素とみえるものが少ない」⁴⁷⁾ことを理由に「目的効果基準よりも厳格な判断方法であり、また客観的で明確な判断方法であるとさえいえよう」⁴⁸⁾と、肯定的に評価する見解も一つの例である。

3 行為の性質に応じたポイントにしたがって総合的判断を行うことを前提としつつ、本件大法廷判決が憲法 89 条に即しての憲法判断を行ったとする見方については、妥当と考えられる⁴⁹⁾。しかし、その一方で、「従来の判例理論の基本的な部分を維持しつつ、本件事案の特徴に応じた柔

⁴³⁾ 渡辺康行「政教分離規定適合性に関する審査手法—判例法理の整理と分析—」季刊企業と法創造 9 巻 3 号（2013 年）67 頁参照。

⁴⁴⁾ 同上。

⁴⁵⁾ 塩見・前掲注（28）・224 頁でも、本件大法廷判決は「原則違憲・例外合憲という判断構造をもつ」と指摘され、かかる意味における「原則例外関係」の解釈論的前提に立った審査として再構成が試みられている。

⁴⁶⁾ 小泉（洋）・前掲注（22）・62 頁。

⁴⁷⁾ 同・62 頁。実際の総合考慮に関して、「問題となった市の行為の違憲性を弱める要素を低く評価し、逆にその違憲性を強める要素を高く評価したのである。」（同・64 頁）

⁴⁸⁾ 同・61 頁。

⁴⁹⁾ 常本照樹「[本件大法廷判決] 判批」平成 22 年度ジュリ重判解（ジュリ 1420 号、2011 年）16 頁参照。「本件のように 89 条の規定に適合する事案に 20 条 3 項のような一般的規定でなく 89 条を適用したのは、それ自体として自然なことであつたとも言えよう。」（同・16 頁）ただ、先にみてきたように、憲法 89 条の規定に適合する事案にも憲法 20 条 3 項適合性でもって従来判断されてきた経緯はある。

軟な判断基準を定立した」⁵⁰⁾、「当該事案に即した多様な着眼点を抽出し、これらを総合的に検討して憲法適合性の判断をするという、より柔軟かつ事案に即した判断基準へと、従来の判断基準を深化させた」⁵¹⁾といった見解も一部ながらみられるように、最高裁大法廷は、新たな判断基準を呈示したことによって、なお各考慮要素に対する「一般人の評価」を通じて十分な柔軟性を確保したこともたしかである。この点はむしろ重視されるべきと思われ、目的効果基準が踏襲された判例(津地鎮祭最大判、愛媛玉串料最大判)に関して「公権力の行為を『一般人』『社会通念』から見て『慣習化された社会的儀礼』と評価すべきかの判断が先行し、目的・効果の判断はただそれにしがっているだけ」⁵²⁾と形容された経過を今後も同様にたどる可能性は否定できないのである。「当該事案にあらわれた各事情のうちどのような要素を重視しどのような観点からどのように評価するかが結論を左右し得る」⁵³⁾と指摘されるとおりであって、基準があくまでも弾力的に用いられないかどうか目線を向け続けていなければ、取り扱いの厳緩の程度にばらつきが生じて結論は引き続き不明瞭となるであろう⁵⁴⁾。

学説のなかには、本件大法廷判決が違憲解消手段としての有償の貸付けを憲法 89 条に適合的な手段として性格づけたことに対して、「政教分離が不徹底である」⁵⁵⁾と評価する向きもある。そこに最高裁大法廷では「本件利用提供行為が明治期から存在していた本件神社の存続のためのものであるという特殊な歴史的経緯等」⁵⁶⁾を正当化の一の根拠として挙げて

⁵⁰⁾ 三好・前掲注 (16)・59 頁。同旨、野坂泰司「〔本件上告審判決〕判批」判時 2090 号 (2010 年) 168 頁参照。

⁵¹⁾ 清野・前掲注 (2)・172 頁。それでも、目的及び効果が、憲法適合性判断における「最低限の着眼点として一般的有用性を有することは、なお強調してよいことではないか」(同頁)と主張されている。

⁵²⁾ 穴戸常寿『憲法解釈論の応用と展開』(日本評論社、2011 年) 123 頁。

⁵³⁾ 高橋心平「〔本件大法廷判決〕判批」平成 22 年度主要民事判例解説(別冊判タ 32 号、2011 年) 337 頁。「判断基準のあてはめの在り方もよく検討される必要がある」(同頁)との指摘は、まさに今後の課題を示すものと言いうる。

⁵⁴⁾ 同旨、高橋・前掲注 (53)・337 頁参照。

⁵⁵⁾ 山下・前掲注 (13)・68 頁。

⁵⁶⁾ 初宿・前掲注 (15)・23 頁、山下・前掲注 (13)・68 頁参照。同旨、小泉(洋)・前掲注 (22)・69-70 頁。

いたところ、行為の類型自体も限定されうることから、本件大法廷判決による判断基準の定式化の射程を狭く解する主張は妥当と考える⁵⁷⁾。

（3）憲法 20 条 3 項の類型における憲法適合性判断との相違

1 本件大法廷判決は、目的効果基準の射程、あるいはそれが適用されるべき場合についても、議論を呼んだ。例えば、同判決藤田宙靖裁判官補足意見では、問題となる行為に「宗教性」と「世俗性」とが同居し、その優劣が微妙であるときに、そのどちらを重視するか決定に際して目的効果基準は機能するものと説明されている⁵⁸⁾。そして同補足意見は、空知太事件を「本来、目的効果基準の適用が問われる以前の問題である」と位置づけたが、これに対しては「結論先取的である」⁵⁹⁾といった批判が向けられた。しかし、いわゆる「原則例外関係」に着目する見地に立てば、むしろ結論が既に「原則違憲・例外合憲」という前提の中に含まれているとみて差し支えないため、むしろ結論が先行しているのは当然となろう⁶⁰⁾。もっとも、本件大法廷判決は「国又は地方公共団体が国公有地を無償で宗教的施設の敷地としての用に供する行為は、一般的には、（中略）憲法 89 条との抵触が問題となる」（下線、引用者）と述べるのみで、抵触するとまではしておらず、また、いずれかの条件に該当したら違憲とするような判断枠組みを採用したわけでもなく総合考慮を行ったことから、多数意見

⁵⁷⁾ 初宿・前掲注（15）・23 頁参照、市川正人「[本件差戻後上告審判決] 判批」判評 647 号（2013 年）4 頁参照。

⁵⁸⁾ 木村草太「[本件大法廷判決] 判批」自治研究 87 巻 4 号（2011 年）138 頁では、「しかし、それは不正確な表現であり、その宗教的行為に公共性があるか否かを判断する基準だと表現するのが正しいだろう」と論じられており、明解な指摘である。同・137-8 頁では、問題となる行為の宗教性を前提としつつ、それをなさざるを得ないやむを得ない事情があったかどうかを判断する基準、すなわち公共的な目的をもつ行為としての正当化を許容するための基準として目的効果基準の展開を示される。

⁵⁹⁾ 小泉（良）・前掲注（34）・2 頁参照。同旨、常本・前掲注（49）・16 頁参照。また、木村・前掲注（58）・138 頁も参照。

⁶⁰⁾ 塩見・前掲注（28）・224 頁、同・232 頁注（13）参照。

と藤田裁判官補足意見とがともに同様の思考から展開されているかは定かではなく⁶¹⁾、注意を要する。

2 学説には目的効果基準の適用・不適用に着目する分析⁶²⁾があるなかで、必ずしも従来の最高裁判例を通じて「目的及び効果からする硬直的な判断をすべきものとしていたわけではない」⁶³⁾といった主張もあった。本件事案の特徴は、「従来の政教分離訴訟において憲法適合性が問題とされた対象がいずれも(中略)1回限りの作為的行為であったのに対し、本件利用提供行為は、半世紀以上もの歴史を有する継続的行為」⁶⁴⁾が問われているもので、これを目的及び効果という硬直的な枠に当てはめることは、本件の事案に即した判断をすることにならないというのである。例えば、靖国神社や護国神社を対象とした愛媛玉串料最大判と、氏子集団をかかわり合いの対象とした本件大法廷判決とでは、前者はある時点での作為的行為が問題となっており、後者では、半世紀以上もの歴史を有する継続的行為であって作為的・不作為的側面を併せ有するものが問われている⁶⁵⁾。そうすると、行為の性質がそれぞれ異なる以上は同列に論じ得ず、しかも「どの時点におけるどの行為者の目的を問題とすればよいのか(中略)」といった問題に直面せざるを得ない」⁶⁶⁾ 後者の諸行為の累積に基づくタイプについては、「従来型の着眼点」⁶⁷⁾ に立って行為の目的と効果とを審査するのは難しいということになる⁶⁸⁾。

⁶¹⁾ 同旨、渡辺・前掲注(43)・68頁参照。

⁶²⁾ 特に参考にしたものとして、小泉(良)・前掲注(34)・2頁参照。

⁶³⁾ 清野・前掲注(2)・173頁、安西・前掲注(42)・62-3頁参照。

⁶⁴⁾ 清野・前掲注(2)・170頁。

⁶⁵⁾ 清野・前掲注(2)・170-1頁参照。

⁶⁶⁾ 清野・前掲注(2)・171頁。

⁶⁷⁾ 清野・前掲注(2)・171頁。目的及び効果という二つの着眼点に「拘泥」することが否定的に語られているものの、その有用性までも否定されているわけではない(同・172-73頁参照)。

⁶⁸⁾ 同旨、安西・前掲注(42)・62頁。「いずれか特定の行為を取り上げて目的と効果を検討するのみによって結論を導くことが相当ではない」(三好・前掲注(16)・60頁)。

この見方は、しかし、そうとも限らないであろう⁶⁹⁾。本件大法廷判決以前はそうであったように、本件各土地を取得し市有地化した時点で行為の違憲性を認める、あるいは本件利用提供行為が終始一貫して地域住民の宗教活動を援助してきた行為とみる見方もありうるところで、同じ違憲の結論を導くのにいわゆる目的効果基準を用いるべきでないとしたのはなぜか。批判も多い目的効果基準ではあるが、本件控訴審判決での考慮のされ方にみるように、幅はあるけれども厳しい基準としての機能を果たさないわけではない⁷⁰⁾。目的効果基準によれば、むしろ本件事案は合憲と判断せざるを得ないからということもありうる⁷¹⁾。少なくとも、本件事案の特殊性は従来と一線を画するほどには際立っておらず、「従来の沿革や利用の態様」⁷²⁾といった要素も、これまでの目的効果基準が活用された裁判例において顧慮されていたと思われる。目的及び効果という着眼点を「絶対的・硬直的なものであると考えるべき必然性も存在しない」⁷³⁾のはもとよりであるとしても、しかし、これらが本件事案に即したのではないと斥けられる理由は明確ではない。つまりは、憲法 20 条 3 項についても違反とされてもよい、従来型の範疇を出ない事例でもあったのではないかということである。

3 本件差戻前控訴審判決までは憲法 20 条 3 項と 89 条とにそれぞれ

⁶⁹⁾ 空知太事件における本件利用提供行為について『「財政的支援」という類型に関するもの」とし、事案の類型が異なる「愛媛玉串料等の判決等の審査手法が変更されたということではない」との指摘もある。渡辺・前掲注（43）・70 頁。

⁷⁰⁾ 長谷部恭男『憲法〔第 5 版〕』（新世社、2011 年）188 頁。同旨、佐藤功『日本国憲法概説〔全訂第 5 版〕』（学陽書房、1996 年）219 頁。もっとも、目的効果基準に対しては、「津地鎮祭事件以降ほぼ事実上の定着を見せた『政教分離違反の有無＝目的効果基準違反の有無』という一見わかりやすい等式は、本来より複合的なものとして理解されるべき憲法の規範的要請や、より差異化された扱いを必要とする複数の異質な諸問題を、その単純さによって覆い隠してしまう危険を併せ持っていた」（林・前掲注（30）・86 頁）。との的を得た指摘があり、非常に参考となった。

⁷¹⁾ 「目的効果基準にしたがえば、本件利用提供行為は合憲だとされる可能性が高かった」として、特権を付与し続ける永年負担付贈与契約の締結と契約内容としての土地の無償貸与を軸に捉えた理解の可能性は学説でも説かれる。木村・前掲注（58）・138 頁。同・141 頁も参照。

⁷²⁾ 清野・前掲注（2）・171 頁。遺族援護行政にからんだ箕面忠魂碑最判でもこうした点に十分論及がある。

⁷³⁾ 清野・前掲注（2）・171 頁。

一応違反があり、いわゆる目的効果基準にしたがって違憲の結論が導かれたのに対して、本件大法廷判決は専ら憲法 89 条の方のみ（もとより憲法 20 条 1 項前段も含まれるが）に違反を認めた理由も、判文上は明確ではない⁷⁴⁾。ただ、市の本件利用提供行為が差戻前控訴審判決において 20 条 3 項違反とされ、89 条等に規定される政教分離原則にも反するとされたことをよしとせず、本件大法廷判決では現在の氏子の宗教の自由に立ち入っている。

本件大法廷判決が憲法 89 条に違反する行為の一つについて判断基準を打ち出したことに関連して、再び調査官解説によれば、「本件に憲法 20 条 3 項を適用することもまた可能である」⁷⁵⁾とされる。しかし、「政教分離原則違反の有無に関する審査基準は政教分離規定に共通であるから（中略）、基本的に、そのいずれの条項が適用されるかにより本件の最終的な結論が左右されることはないと考えられる」⁷⁶⁾と説かれており、これには留意点がある。本件大法廷判決が政教分離原則違反の判断において「事案の特殊性にかんがみ、従来の最高裁判例の着眼点提示部分を修正し、これとは異なる着眼点を一般的基準として提示した」⁷⁷⁾のであれば、その修正は憲法 89 条適合性ととも、政教分離原則を基礎とする憲法 20 条 3 項の抵触問題にも同じく影響するであろうから、一方の憲法 89 条、憲法 20 条 1 項の側のみに違反があるといった結論にはならないであろう。富平神社最大判が憲法 89 条適合性単独ではなく、憲法 20 条 3 項適合性とともに認めたことと同じで、連動するはずである。

本件大法廷判決の意図は、本件事案は「対価」の問題であるとして本件

⁷⁴⁾ 本件大法廷判決にいう「社会通念に照らして総合的に判断すべきもの」という箇所に関連して、従来の憲法 20 条 3 項適合性判断中心の判例では「社会通念に従って、客観的に判断しなければならない」との文言が用いられていた。本稿はまだ明確な見解をもっていないが、この間の消息を検討した論考として、塩見・前掲注 (28)・228-30 頁参照。

⁷⁵⁾ 清野・前掲注 (2)・156 頁。

⁷⁶⁾ 同上。

⁷⁷⁾ 清野・前掲注 (2)・171 頁。

各土地の取得を正当化し、憲法 20 条 3 項適合性まで議論を拡大させないことにあったといわざるを得ない。「市が神社物件の撤去請求を行うべきだとはいえないとの判断（中略）を導くに際しては、その論拠の一つである『信教の自由』の主体が誰であるか（それが氏子集団である）を明言することが重要」⁷⁸⁾であり、そこで見出された宗教団体たる氏子集団から市有地使用の対価を一切得ていないことが政教分離原則に反するのであって、それ以外の、つまりは当該市有地を取得したこと、そこにおいて氏子集団が本件神社物件を設置して宗教的活動を行っていることのかかわり合い自体は、政教分離原則に反しないとする構図である。

4 本件差戻前控訴審判決では、砂川町、その後の砂川市が本件各土地を住民、あるいは北海土地改良区から取得していった目的について、各行為毎に「祠等の宗教施設の維持存続にあることは否定し難く、宗教的意義を有するものといわざるを得ない」としてそれぞれ判断し、それ以後の、本件施設の維持のために無償で使用させてきた行為の判断もあわせて、示していた。本件第一審判決もそうだが、特に同控訴審判決が一連の行為を各土地の取得と無償利用提供とで一まとまりにしたことに大きな問題があったとは解されないし、本件各土地にかかる一連の行為を、意図の介在しないままにずるずると時間の経過した長期継続的關係として捉えなければならぬほどの事情は見あたらない。まして、本件の事実関係によれば、明治 30 年に地元住民らが神社創設発願者として、小学校の所在地付近の土地について、北海道庁に土地御貸下願を提出して認められ、同所に神社の施設を建立したのが本件神社の発祥である。当該土地は、本来的に公有地であったものを譲与した例ではない。その後、私人の別の土地に当該神社は移り、その土地が寄附により砂川市の所有となった経緯をたどるところに、「社寺等は無償で貸し付けてある国有財産の処分に関する法律」（昭和 22 年法律第 53 号）に関連する類の問題が生じる余地

⁷⁸⁾ 佐々木弘通「思想良心の自由、信教の自由」辻村みよ子編『ニューアングル憲法 憲法判例×事例研究』（法律文化社、2012 年）102 頁。

はなく⁷⁹⁾、各取得はいずれも日本国憲法施行後になされてきたものである⁸⁰⁾。

まして、本件大法廷判決では、本件土地の無償貸与は、「もともとは小学校敷地の拡張に協力した用地提供者に報いるという世俗的、公共的な目的から始まったもので、本件神社を特別に保護、援助するという目的によるものではなかったことが認められる」(下線、引用者)としたもので、同じ行為における目的の判断は本件第一審・差戻前控訴審判決と分かれた。すなわち、差戻前控訴審判決では、本件で問われるべき土地取得・無償使用にかかる一連の行為は、空知太神社の祠等の施設の敷地であることが大きな要因であり、そのためのいわば作為的な行為であったと認めていたのである⁸¹⁾。しかし他方で、本件大法廷判決では、問題となる行為を土地の無償使用の面に焦点を当て、当初は世俗的、公共的な目的でもって合憲な行為であったと分節化した。その後の経過において⁸²⁾、「神社敷地として使用することを前提に土地を借り受けている本件町内会の信頼」「地域住民らによって守り伝えられてきた宗教的活動」を顧みつつ、宗教的目的・意図を欠きながらも結果的に特別の便益供与したことになったという判断をしたものである。ここで多数意見から伺われるのは、本件各土地を取得し、また利用貸借契約を結んだところまでは、特に宗教的目的・意図を伴った行為ではなく、不問に付されるべきという理解であろう。ただ、単に対価を何ら支払うことがない点で憲法 89 条に抵触してしまうのにすぎない⁸³⁾。かつて愛媛玉串料最大判で園部逸夫裁判官意見において、「およそ信教に

⁷⁹⁾ 長谷部恭男他「日本国憲法研究第八回・政教分離<座談会>」ジュリ 1399 号 (2010 年) 76 頁 [長谷部発言] 参照。同旨、長谷部・前掲注 (9)・86 頁。

⁸⁰⁾ 本件各土地が公有財産であることを前提しう理由の例として、清野・前掲注 (2)・175 頁参照。また、信義則によって無効としない考え方として、本件大法廷判決田原裁判官補足意見参照。

⁸¹⁾ 本件各土地の無償提供行為につき、「これが市の『積極的行為』であるのは確かだが、宗教的行事や儀式への公金支出ほどにその宗教性が自明であるわけではない」(飯田稔「宗教施設に対する市有地無償提供の合憲性」亜細亜法学 45 巻 1 号 (2010 年) 171 頁) とする見方もある。

⁸²⁾ いつの時点から本件各土地の無償貸与を正当化できなくなるかの技術的問題について、木村・前掲 (58)・142-3 頁での考察を参照。

⁸³⁾ 長谷部他・前掲注 (79)・76 頁 [長谷部発言] 参照。「目的効果基準の射程を限定する意味合い」を読み取る小泉 (良)・前掲注 (34)・1 頁も参照。

関する問題についての公の機関の判断はできる限り謙抑であることが望ましい」と述べられたことに、一種の含蓄があるといえる。

そうすると、小泉洋一教授が指摘された、「一般にはその行為が宗教的意味を含まないとみられるものに対しては、20条3項ではなく89条に抵触するかどうか問われる」⁸⁴⁾ところを敷衍してみれば、目的効果基準の適用における「着眼点」の問題が関係するのであり、空知太神社事件は、今後の市と氏子集団とのかかわり合いをもある程度見据えたうえで、次の救済策に途を開くべく、市側の「意図」といった「目的」に関連する考慮要素を削ぎ落とした憲法89条適合性判断の掘り起こしを図ったものと考ええる。ある意味で「コミュニティ的価値にコミットする立場」⁸⁵⁾だからこそ、憲法89条の要件に合致させるべく、地域住民の信教の自由を守るためにも、氏子集団が存在していなければならなかった。憲法20条3項ではなく憲法89条違反が問われるのは、「目的」が既に世俗的・公共的なものであることに争いのない行為としての扱いだからであり、「目的」を宗教的と認めても差し支えないものであれば、憲法20条3項、憲法89条のいずれにも違反している行為としての扱いになったのではないだろうか。

四.『信教の自由』に対する配慮の可能性

（１）「手段としての政教分離の評価」⁸⁶⁾

１ 「政教分離原則を、個人の自由を間接的に確保する制度としての保障とする判例の定式から予想されるところと異なり、政教分離原則と信教の自由とは、双方を厳格に貫けば衝突する」⁸⁷⁾ことは、多く認められているところである。かつて小嶋和司教授が『『政教分離』の語に

⁸⁴⁾ 小泉（洋）・前掲注（22）・58頁。

⁸⁵⁾ 塩見・前掲注（28）・230頁。

⁸⁶⁾ 日比野・前掲注（21）・97頁。

⁸⁷⁾ 長谷部・前掲注（70）190頁参照。

固執するあまり、憲法は宗教に対する冷淡さや否定的態度を要求すると考えることは、憲法を正確に把握するものではない。憲法典が『宗教は阿片なり』と評価するものでないことは、『信教の自由』を国民の基本権として保障することじしんの中に示されている⁸⁸⁾とする把握のもと、「『信教の自由』を保障する憲法の解釈にもち込まれるべき立場」⁸⁹⁾を追究されたように、憲法 20 条 1 項により、信仰やそれに基づく宗教的活動の自由が各人に保障され、人間各人の目的に信仰が前提されている以上、公的機関と個人とのかかわり合いに宗教的要素が入り込むこと自体は（単に国自体の宗教的ありようとは別に）織り込まれているのであって、特定の宗教ないし宗教団体に対する援助等につながる行為を、各人の宗教的自由を尊重する行為からいかに区別するかが課題であろう⁹⁰⁾。大石眞教授はさらに踏み込んで、「本当は、分離原則は自由に対する侵害にもなりうるのだという意識をもっともったほうがいいのです。（中略）魂への配慮を考えるのなら、両者の衝突の可能性を常に考え、信教の自由への配慮を優先するという方向にいくべきでしょう」⁹¹⁾と説かれる。また一方で、津地鎮祭最大判に関連して、「本判決において政教分離の実体は国家と宗教ではなく、国家と宗教団体の分離であるように思われる」⁹²⁾として、政教分離原則違反の「分離」の解釈はせいぜいその程度であり、宗教一般とのかかわり合いを禁ずる趣旨ではないのが判例との示唆もある。

2 国家と非宗教団体とのかかわり合いに政教分離原則違反を問う余地はないとするのは、非宗教団体の行為が宗教的色彩を帯びる場合を規律できないことになる。しかし、個人に伴われる信仰心はその人それぞれによって信じる対象も異なる以上、信仰に基づく宗教的活動への許容性も住民

⁸⁸⁾ 小嶋和司『憲法概説』（信山社、2004 年）193 頁。

⁸⁹⁾ 小嶋和司「いわゆる『政教分離について』—靖国公式参拝にふれて—」ジュリ 848 号（1993 年）20 頁。

⁹⁰⁾ 小嶋・前掲注（88）・193-4 頁参照。

⁹¹⁾ 大石＝山元・前掲注（31）・41-2 頁 [大石眞発言部分]。

⁹²⁾ 日比野・前掲注（21）・97 頁。

間で異なり、国は個々の信教の自由が等しく、調和する環境を形づくる一定の役割を果たす必要がある。そうであれば、「憲法で明定されておらず政教分離の対象に組み込むには一定の解釈学的操作が必要である」⁹³⁾としても、わけても大阪地蔵像最判のような地蔵像とはいえ宗教的色彩の強めなものが問われた事案にみられるような、町内会とのかかわり合いを通じた憲法 20 条 3 項への抵触の有無は、相手方の団体の性質にかかる判断とそれに尽きない事情とを斟酌し、場合によっては是正を伺すべき類の問題と考えられる⁹⁴⁾。

中庸を得た配慮の方向性を実現していくうえでは、まずもってその立ち位置の規定に関わる問題として、「政教分離原則が信教の自由の前提条件を積極的に創出する側面を有する」⁹⁵⁾ことが顧みられるべきであろう。公的機関が自らの立ち位置を問い、信教の自由の保障を引き受けることは、宗教的な反感や感情のもつれを、ことさら訴訟という名の諍いに発展させず、互いの信教の自由を侵害しあう状況を起こさないような環境の維持に努めることにもつながる⁹⁶⁾。その意味で、公的機関と私人との立ち位置を一樣に考えることは適切でない。そして、事件に発展して何かしら裁判所が介入せざるを得なくなった場合に、政教分離原則違反の判断において信教の自由に対する配慮をなすときでも、公的機関が政教分離原則の拘束を受けながら、どこまで個々の信教の自由の保障を確保しうるか、それが他の人々も享受しうるもので特別な保護ではないと言いつけるのかどうか、その理由づけの議論に立ち入る必要があろう⁹⁷⁾。本件大法廷判決の意図について、『かかわり合い』の審査においては、国家と宗教の関係として広く捉え、『かかわり合い』の正当化に際しては、宗教の特定性に着目して、それに当たる場合には『かかわり合い』の正当化を慎重に審査するという趣旨と理解するならば、それはあり得べき

⁹³⁾ 日比野・前掲注 (21)・97 頁。

⁹⁴⁾ 林・前掲注 (4)・14 頁。

⁹⁵⁾ 長谷部・前掲注 (18) 512 頁。

⁹⁶⁾ 少数者の宗教的反感を軽視する弊害について、愛媛玉串料最大判大野正男裁判官補足意見参照。

⁹⁷⁾ 大石眞「政教分離原則の再検討」ジュリ 1192 号 (2001 年) 938 頁参照。

一つの審査態度だと思われる」⁹⁸⁾と指摘されていることは、説得的である。

3 『信教の自由』の保障と政教分離原則による規律との間では、公的機関の行為が政教分離規定に違反し、ひいては「信教の自由」を侵害するとして争われる場合もあれば、公的機関が「信教の自由の保障」への配慮を欠いて、これを侵害したとして争われる場合もある。そこから芦部信喜教授は、国家が宗教に介入しないという「不介入」と、平等な取り扱いをいう「公平」と2つの配慮の方向性を提示された⁹⁹⁾。信教の自由の保障とともに政教分離原則が定められた意味は、等しい距離をとるための「不介入」によってもたらされる全体としての「公平」を容れることでもあり、少なくともある個人、団体の信教の自由への配慮が優先されても、政教分離原則の拘束から自由であることにはならない。各人の信教の自由を等しく保障していくうえで、国と宗教との結びつきを解消し、様々にある各宗教や無宗教という宗教を助長ないし圧迫することも同時に禁ずるもののはずであり、この点、多数派の常識にかなうものとして判例が積み重ねられていることに疑問を持つ¹⁰⁰⁾。すなわち、政教分離原則を伴う日本国憲法における信教の自由は、公的宗教の有無を問わず個人の宗教的自由に対する寛容が保障されている国々の状況とは異なり、わが国自体の宗教的中立性を要請し、そのうえに各人の宗教的自由が等しく厚い保護を受けることをいうと解すべきであろう¹⁰¹⁾。

とりわけ国と特定の宗教団体とのみかかわり合いをもつ事例に対しては、明確な規定がある以上、より厳しい姿勢で臨まれなければならないのは判例が示すとおりである。あわせて、様々な信仰に導かれる私人の信教の自由に対する配慮がそれ自体合理性をもつのはもとより、他の人々や、それらの人々の帰属する集団など多様な信教の自由への配慮に比しての相

⁹⁸⁾ 渡辺・前掲注(43)・60頁。

⁹⁹⁾ 芦部信喜『宗教・人権・憲法学』(有斐閣、1999年)31頁参照。

¹⁰⁰⁾ 長谷部・前掲注(70)・188頁参照。

¹⁰¹⁾ 同上。

当性を失わないことが求められよう¹⁰²⁾。高橋和之教授は、政教分離原則と信教の自由の衝突する場面について、2つの場合に分けて説明されるが、その一つが「信教の自由が義務免除を要請する場合」¹⁰³⁾であり、このとき「信教の自由が優先し、政教分離の問題は生じないと考えるべきである」¹⁰⁴⁾とされる。例として挙げられているのは、剣道授業不受講事件（最一小判平成8年3月8日民集50巻3号469頁）である。同最高裁判決は、高等専門学校の体育科目による教育目的の達成について、剣道実技以外の体育種目の履修などの「代替的方法によってこれを行うことも性質上可能」であるとの認識から、原審の判断を基本的に肯定したものであるが、理由の構成は、学校長が代替措置を講ずることの必要性を直接判断した同控訴審判決と異なる。すなわち、特に不可能というわけでもないのに代替措置について何ら検討することがなく重大な不利益処分を行った点を取り上げ、「考慮すべき事項を考慮しておらず、又は考慮された事実に対する評価が明白に合理性を欠」いていたとして、裁量権の逸脱を認めたものである¹⁰⁵⁾。その意味では、最高裁は、学校の側における実際の教育上生ずる支障を一つの事情として勘案する余地をなお意識したともいうのが、宗教を理由とした別段の取扱いについては、「信仰上の真しな理由から剣道実技に参加することができない学生に対し、（中略）およそ代替措置を採ることが、その方法、態様のいかに問わず、憲法20条3項に違反するということができないことは明らかである」と判示している。これがなぜ政教分離原則に抵触しないかといえ、その代替措置を設けて義務を免

¹⁰²⁾ 渡辺・前掲注(43)・64頁では、「過度のかかわり合い」をめぐる議論に関連して、『かかわり合い』の有無やその態様の審査を、政教分離規定適合性に関する第一段階の審査のなかで作用すべきだし、実際にも作用していると位置づけることが可能だ」とされる。

¹⁰³⁾ 高橋和之『立憲主義と日本国憲法』（有斐閣、2010年）180頁。

¹⁰⁴⁾ 同・180頁。

¹⁰⁵⁾ 懲戒権者の裁量判断の当否に関して、いわゆる実体的判断代置型の判断ではなく濫用統制型の判断をすべきとの最高裁判決の立場につき、川神裕「判解」平成8年度最高裁判所判例解説民事篇（法曹会、1999年）174頁参照。同旨、太田幸夫「判批」平成8年度主要民事判例解説（判タ臨時増刊945号、1997年）349頁。

除すること自体の目的に宗教的意義が認められないからであり、おそらく学生一般の信仰に対する1つの配慮の結果として、特定の宗教者の信仰を配慮することとなったにすぎないからである。

他方、本件大法廷判決は、本件神社物件の撤去を市が要請することで「多数派住民の信教の自由との関係で《緊張関係》が生じ得ることを指摘している」¹⁰⁶⁾とされる点について、長年の利益授与の関係を解消するために、これまで住民が享受していた自由を失わせることになれば、それが信教の自由の侵害にあたるのかどうか問われる¹⁰⁷⁾。私見では、氏子集団の本件神社物件、本件神社建物といった宗教施設の宗教的価値を承認し尊重することと、物件の維持のために公的機関の活動が向けられ、公金が支出され、公の財産が利用に供されることとは、管理運営の主体たる宗教団体が実在する以上、分けられるべきであったと考える。しかしながら、本件大法廷判決にみる（氏子集団の）信教の自由の保障への傾斜は、「政教分離が自己目的的制度ではなく、信教の自由の確保のための制度にすぎないという本質」¹⁰⁸⁾、「政教分離の緩和解釈」¹⁰⁹⁾を踏まえて、多数派・少数派にかかわらず信教の自由をよりよく保障できる方へと向かうための正当化根拠としての位置づけを与えられてのことか、それとも、その「原点回帰」が政教分離原則の拘束から逃れる際の方便としての性格が強化されてのことなのか。

¹⁰⁶⁾ 小泉（良）・前掲注（34）・3頁（注1）。小泉教授は、政教分離原則の厳格な適用の一方で、違憲状態の解消手段の選択に関して個別対応の途を開いた最高裁大法廷について、「違憲判決に事実上『一般的』効力のある最上級審らしい所作である」と指摘するが、たしかにかく解するのが一番の落としどころであろう。同頁（注2）も参照。違憲解消手段の選択について町内会や氏子集団等の利害関係人、さらには原告も参加する『『フォーラム』』として、市をはじめとする関係当事者に提供しようと企てたことを意味すると理解することができる」として、裁判所に穏当な均衡点を探る、いわば調停者の役割を期待する議論につき、蟻川・前掲注（9）・89-90頁参照[89頁]。蟻川教授によれば、本件第一審、差戻前控訴審は、『『フォーラム』』主催者としての役割を適切に果たさなかった」[90頁]となる。

¹⁰⁷⁾ 「本判決のいう『氏子集団の構成員の信教の自由』は、過去の財産法的な沿革（中略）上、認められるはずの財産権を用いた宗教活動の自由を意味し、実質的には財産権のことをいうと解すべきであろう」とする明晰な見方もある。木村・前掲注（58）・144頁。

¹⁰⁸⁾ 小嶋・前掲注（82）・194頁。

¹⁰⁹⁾ 大石＝山元・前掲注（31）・41頁〔大石眞発言部分〕。

個人の信教の自由に対する配慮の調整を特に検討すべき場面にはまた最高裁で異なる態度がとられるのではないかと見極めを要する。

（２）本件大法廷判決にみる信教の自由を斟酌することの難しさ

1 本件大法廷判決に関しては、政教分離規定違反の解消手段の選択における判断を、当事者の任意に放置せず、判決手続のなかで適切に調整させることによって「裁判所の監督のもとに、選択に関する市の裁量権の行使を合理的に統制することが可能となる」¹¹⁰⁾、「政教分離違反の状態を解消する方策も暗に示されており、関係者の救済を図ろうとする意図が示唆されているといえる」¹¹¹⁾との評価もある。しかし、社寺境内地処分に関連する前法秩序との調整の必要性、沿革的理由の有無が微妙な公有地に神社施設を長年設置させ続けていることについて、訴訟にまで発展するに至った原告の不満感・疎外感を再び裁判所が喚起し、住民相互の宗教的寛容の維持の観点からしても偏った救済になってしまったのではないかと¹¹²⁾。本件神社物件の撤去は「氏子集団の構成員の信教の自由」に不利益を及ぼすとしても引き取り手が皆無であるわけではない。最高裁の側で事態を避けるべく、上告人が主張していないことに論及し、氏子集団に与えられた便益を不適切であると認めながらも、これをあえて斟酌するというのは、宗教をめぐる争いの場へ介入する立ち位置として中立的とはいえないであろう。氏子集団に本件土地を賃貸するとなれば、公有地上において氏子集団に本件鳥居及び本件祠を維持させ、年に数回程度の祭事等を今後も行わせることを意味するが、それ自体は契約の結果でもある。そうではなく、最高裁が従前の事情をわかっていながら従後も活動を継続できるように積極的に有償の賃貸借契約へと誘導したところ、立場のバランスを欠いて問題

¹¹⁰⁾ 蟻川・前掲注（9）・89頁。

¹¹¹⁾ 横尾日出雄「最高裁の違憲審査の活性化と憲法判例―最近の最高裁判決をめぐって―」CHUKYO LAWYER Vol.18（2013年）110頁。

¹¹²⁾ 市と氏子集団のまとめた対応策について、「これらは差戻し前下級審が認めた神社物件の収去と重なっていることに注意すべきである」山下・前掲注（13）・68頁。

である。

そして、差戻後控訴審判決、差戻後上告審判決における認定事実にもあるように、本件地神宮について「地神宮」の文字を削り「開拓記念碑」に彫り直すこと、神社の表示撤去、会館からの祠の取り出しなど、ほとんど収去といってよい氏子の側の柔軟性に富んだ対応にかんがみても、不適切な利益授与の上に成り立っていた信教の自由に対する影響を判決であえて推し量ることは、氏子集団ないし地域住民の信教の自由、その他の人々の信教の自由、そのいずれもが憲法によって保障されていることからして、新契約へと誘導する建前としても適切ではないだろう。日本国憲法上、信仰は「個々の人間の内心・精神における究極的価値にかかわる問題」¹¹³⁾ で信じる人あってのものであり、国が援助して宗教を保護存続させていくことも否定されていれば¹¹⁴⁾、基本的にその継承は人々の選択の自由に委ねられている。本件大法廷判決は、戦前・戦後の法秩序の調整問題でもなく、特に維持管理する人のない宗教施設の問題でもないということであれば、別段当事者の一方の事情に対する配慮をせずとも、私人間の救済ないしその自主的な善後策にまかせてよかったと考える。

この点、信教の自由を理由として政教分離原則の抵触を否定したものとして、前記の剣道授業不受講事件と空知太神社事件における判例に「共通した思考を見出すことができよう」¹¹⁵⁾ とする見方もあるが、前者は空知太事件と異なり、入学先の高専と学生との定型的でない関係において、本人の学生生活と信仰実践との調和のためにあえて図る措置が合憲となっている。これに比して、空知太事件は、長年、市と特別の関係にあって宗教活動をさせていたものに対し、その活動を困難にしないためにあえて図る措置が合憲となった例であり、少なくとも、そこで信教の

¹¹³⁾ 佐藤・前掲注 (70)・206 頁。

¹¹⁴⁾ 例えば、佐藤・前掲注 (70)・209 頁。

¹¹⁵⁾ 大石・前掲注 (31)・171 頁。

自由の保障という各自がもつ意味合いは異なっている¹¹⁶⁾。しかし、本件大法廷判決の立場にたてば、「そもそも信教の自由と政教分離原則とが衝突する状況で、その調和をはかるために国有地や公有地を民間に譲与するという手段をとることも許容される、例の法律〔社寺等に無償で貸し付けてある国有財産の処分に関する法律（引用者）〕もその一例として説明するという立場を最高裁も暗黙のうちに採った」¹¹⁷⁾のものであって、要は従来の沿革ないし経緯を積極的に考慮しながら、政教分離原則と信教の自由との合理的調整をはかったということになろう。

2 本件大法廷判決の意義は、公有地を無償で宗教的施設の敷地として利用提供する行為の憲法適合性判断において、憲法 89 条違反の類型を取り上げ、憲法 20 条 3 項違反と分けるかたちで違憲と判断したところにある。そして、その判断に際して考慮すべき事情について、同判決にて前示の通り一般的な説示がなされている点でも、おそらく実務上の先例的価値は高いとされよう。とりわけ、同条違反の有無については、外形的事実にかかる「当該宗教的施設の性格」「当該土地が無償で当該施設の敷地としての用に供されるに至った経緯」、「当該無償提供の態様」、そして、これらに対する「一般人の評価」を踏まえる旨が述べられており、「一般人の目」に示唆されるように、一般人に標準をおいたところの評価に対する検討が、少なからぬ役割をその後の裁判で果たすであろうことが、もとより多数意見において見通されていたようである。

そうすると、本件大法廷判決が突きつけているのは、「実は、＜ふつうの日本人が許されないと思うであろうような国家と宗教とのかかわり合いを示す宗教的行為だけが許されない＞ということに帰着する」¹¹⁸⁾ともされたように、裁判所が「社会通念」「一般人の見解」に立脚することについての転換を全く図るつもりがないことであり、本件大法廷判決もまた「一

¹¹⁶⁾ 「信教の自由の中には、他の宗派の宗教活動の自由や信教しない自由の圧迫にならないかという観点も入ってくる」（長谷部・前掲注（9）・86 頁。）

¹¹⁷⁾ 長谷部・前掲注（9）・86-7 頁。同じく、大石・前掲注（31）・168-71 頁参照。

¹¹⁸⁾ 尾吹・前掲注（29）・149 頁。

般人の目から見て」判断を行いながら信教の自由の保障について語るところに、それは如実に表れていると考える¹¹⁹⁾。

結びに代えて

本件大法廷判決は、現に活動している氏子集団を探し出して、これを市の行為の相手方とするものであり、一見すると積極的な判断に見える。しかし、国又は地方公共団体が国有地を無償で宗教的施設の敷地としての用に供する行為の1つとしては、本件行為には比較的意図的な便宜供与と云う余地はあった。付随的違憲審査制を採るわが国でも最高裁大法廷の判決がもたらすインパクトは實際上大きいものの、本件大法廷判決で立てられた指針とその後の処理としての差戻後上告審判決は、より活動実態に乏しい管理運営の主体を相手とする特殊な事案において、あるいは管理運営の主体が消滅している類の宗教的施設に関してこそ判示されるのが適切だったのではないか。ただ、従来より憲法 20 条 3 項適合性に傾いてきた判断の流れに対して、複合多様な行為類型にアプローチするべく目的効果基準の呪縛を解いた意義は大きい。本件大法廷判決による判例の軌道修正それ自体は正当な方向を示したものといえる。

「結局、本判決は、望まれてきた目的効果基準の抜本的見直しに着手したのではなく、その基本を変えることなく精錬し、ソフィスティケートするための若干の修正を施したにとどまるものといえるのではないだろうか。そうすることにより、限定分離の枠組みを維持し安定させることにこそ最高裁の基本的目的がある」¹²⁰⁾ との痛烈な指摘があるが、裁判のもつ制約やその妥協的性格自体はいかんともしがたい。最高裁判決が実質的に伴うところの波瀾力にかんがみると、本件大法廷判決は実務における先

¹¹⁹⁾ この点を評価するものとして、清野・前掲注(2)・161-2頁参照。「国民の中には、当該行為等を様々な宗教的感受性をもって受け止める者がありうところ、少数者の感受性を基準として憲法適合性を判断すべきものとすれば、現実の国等の行為の拒否を判断する基準として有効に機能しなくなるおそれもある」(同・161-2頁)。

¹²⁰⁾ 小林・前掲注(35)・88頁。

例的価値をもちうるとしても、しかし、諸々の制約から自由な学説がこれを所与としなければならないかといえ、評価はまた別の問題である。

現行の判例において、より多数派の信教の自由の確保につなげるかたちで社会通念との調和が図られていることに対しては、「判断の本筋」¹²¹⁾への回帰に向けた意識とともに、批判的に検討しなければならない。しかし、政教分離原則違反の判断において、裁判所が信教の自由への配慮から、これを緩やかに解する立場を今後さらに自覚していくならば、公的機関が政教分離原則の拘束を受けつつ、どこまで、いかなる営為を信教の自由の枠内で保障できるのかという限界に向けた考察を深め、相対して応答を紡いでいく必要がある。

¹²¹⁾ 同・92頁。なお、最高裁の意見にみる寛容論に関しては、大石＝山元・前掲注(31)・37頁〔大石眞発言部分〕が参考となった。