

〈判例研究〉

「那覇市・孔子廟訴訟」最高裁判決における 政教分離の判断方法

小 林 武

目 次

はしがき

I 事実の概要と判決の要旨

1 事実の概要

- (1) 本件の事案
- (2) 訴えに至る事実関係
- (3) (第2次) 1審判決および原判決

2 判決の要旨

II 評 釈

- 1 わが国最高裁の採る目的効果論の特徴——政教分離原則の緩和
- 2 空知太判決の「総合判断」基準の特徴
- 3 本判決の政教分離判断の問題点
 - (1) 空知太判決の「総合判断」基準を踏襲したことの意味するもの
 - (2) 儒教にかかわる「宗教」の定義, また国家神道への言及の欠如
 - (3) 憲法20条3項を適用条文としたことの妥当性
- 4 私見: 厳格分離のための「二段階審査」論

付説 本件訴訟提起のもつ特異な政治的性格にふれて

はしがき

本稿は、日本国憲法の政教分離原則違反が争われた、沖縄県那覇市にある「孔子廟」への公有地無償使用事件の上告審判決（最高裁大法廷2021年2月24日

判決)について判例評釈を試みようとするものである。

この判決については、すでに、「最高裁大法廷が、那覇市(以下「市」という)の管理する都市公園内の国公有地上にある施設の敷地の使用料を免除した市長の行為が政教分離規定に反するか否かにつき、空知太神社訴訟判決の判断枠組みにより判断するとともに、その際に具体的に考慮すべき要素を提示した上で、結論として、上記行為が憲法20条3項の禁止する宗教的活動に該当し、違憲であるとの判断をしたものであって、理論上及び実務上、重要な意義を有する」⁽¹⁾としたコメントなども出されているが、とくに、のちに指摘する問題点を孕みながらも違憲の判断をしたことは注目されるべきものと思われ、評釈に及んだ次第である。

そこで、以下、判例評釈(判例研究)の通例の方式に倣って、まず、事実の概要を示したうえで、原審までの判決内容を要約的に記し、それをふまえて本判決の判旨について、憲法判断の部分に重点を置いて紹介する。そして、それに対する私の評釈を加えるが、憲法論、とりわけ政教分離にかんする憲法判断のあり方を主要な論点とすることになろう。

I 事実の概要と判決の要旨⁽²⁾

1 事実の概要

(1) 本件の事案

① 本件は、市の管理する都市公園内に、儒教の祖である孔子等を祀った久米至誠廟(以下「本件施設」という)を設置することを一般社団法人久米崇聖(そうせい)会[Z](市長城間幹子[Y, 被告・上告人兼被上告人]の補助参加人[以下「参加人」という])に許可した上で、その敷地の使用料(以下「公園使用料」という)の全額を免除した当時の市長の行為は、憲法の定める政教分離原則に違反して無効であり、YがZに対して2014年4月1日から同年7月24日までの間の公園使用料181万7063円(以下「本件使用料」という)を請求しないことが、違法に財産の管理を怠るものであるとして、市の住民(X, 原告被上告人兼上告人)が、Yを相手に、地方自治法(以下「地自法」という)242条の

2第1項3号にもとづき、上記怠る事実の違法確認（以下「本件請求」という）を求めた住民訴訟である。

② Xは、当初、本件請求のほかに、市を相手とする地自法242条の2第1項2号にもとづく本件施設の設置許可の取消請求等をしていった。これについて、第1次第1審那覇地裁は、適法な監査請求がなされていないとして訴えを全部却下した。これに対してXが控訴したところ、第1次第2審福岡高裁那覇支部は、Xの控訴の一部を棄却するとともに、第1審判決のうち本件請求等に係る部分を取り消し、同部分を那覇地裁に差し戻す旨の判決をし、同判決は確定した。Xが、原判決（第2次第2審判決）までに本件請求以外の請求に係る訴えを取り下げるなどしたため、審判対象は、本件請求のみとなった。

(2) 訴えに至る事実関係

① (i) 市は、都市公園法2条1項1号所定の都市公園として、市内の久米地域に松山公園（以下「本件公園」という）を設置し、これを管理している。本件施設は、本件公園内の国公有地上に設置された、儒教の祖である孔子等を祀る廟である。

本件施設の建物等の所有者はZ（久米崇聖会）であるが、Zは、本件施設（久米至聖廟）、同郷の神等を祀る天尊廟および航海安全の守護神を祀る天妃宮の公開、久米三十六姓（約600年前から約300年間にわたり、現在の中国福建省またはその周辺地域から琉球に渡来してきた人々）の歴史研究を目的とする一般社団法人である。その定款で、上記目的が明記されるとともに、その正会員（社員）の資格が久米三十六姓の末裔に限定されている。

(ii) 本件施設は、本件公園の他の部分から仕切られた区域内に一体として設置されている。本件施設の本殿と位置づけられている大成殿は、その内部の中央正面には孔子の像および神位（神霊を据える所）が配置され、観光客に加え、家族繁栄、学業成就、試験合格等を祈願する多くの人々が参拝に訪れる。また、本件施設においては、大成殿の香炉灰が封入された「学業成就（祈願カード）」が販売されていたことがあった。

(iii) 本件施設では、2013年以降、毎年、孔子の生誕の日とされる9月28日

に、供物を並べて孔子の霊を迎え、上香、祝文奉読等をした後にこれを繰り返すという内容の行事である「釋奠祭禮（せきてんさいれい）」が行われている。

② (i) 久米三十六姓は、17世紀に久米地域に孔子等を祀る至聖廟を建立するとともに、18世紀のその隣接地に琉球における最初の公立学校とされている明倫堂を建立した（以下、この至聖廟と明倫堂を併せて「当初の至聖廟等」という）。当初の至聖廟等およびその敷地は、明治12年に沖縄県が設置された後、社寺に類する施設として国有とされ、その後、Zの前身の社団法人（以下、Zと区別することなく、これも「Z」という）に譲与された。

当初の至聖廟等は、第2次世界大戦の戦災（沖縄戦）により焼失し、その後も区画整理のため久米地域において再建されることはなかったが、1974年ないし75年頃、Zが所有する那覇市若狭所在の土地上に、天尊廟および天妃宮とともに、至聖廟および明倫堂が再建され、Zはこれらを維持管理するようになった。

(ii) Zは、1999年3月、市が旧久米郵便局の跡地を国から買い取り、本件公園の一部として取り込むとの情報を得て、当初の至聖廟等のあった場所ではないものの、この跡地に至聖廟を移転して久米地域に回帰すべく、2000年12月、市に対して要請活動を開始した。市は、本件公園の用地として、2006年2月1日付で、国から、那覇市久米所在の国有地を買い受けるなどした。

(iii) 当時の市長翁長雄志は、Zの都市公園法5条1項にもとづく公園施設の設置許可（以下「公園施設の設置許可」という）の申請にもとづき、2011年3月31日付で本件施設に係る公園施設設置許可（設置の期間は許可の日から2014年3月31日まで）をするとともに、那覇市公園条例（以下「公園条例」という）および那覇市公園条例施行規則（以下「公園条例施行規則」という）にもとづき、上記期間における公園使用料の全額を免除する旨の処分をした。Zは、2012年3月20日に本件施設の新築工事に着手し、翌13年4月30日までに同工事を完了した。

上記期間が満了するのに伴い、当時の市長は、Zの申請にもとづき、2014年3月28日付で本件施設に係る公園施設設置許可（設置の期間は同年4月1日から2017年3月31日まで）をするとともに、公園条例および公園条例施行規則

にもとづき、上記期間における公園使用料の全額を免除する旨の処分（以下「本件免除」という）をした。上記期間は、本件公園の管理上支障がない限り、更新が予定されていた。

(3) (第2次) 1審判決および原判決

第2次第1審判決（那覇地裁2018年4月13日判決。以下「1審判決」という）は、本件免除が、政教分離原則を定めた憲法20条1項後段・3項、89条（以下「政教分離規定」という）に反して違憲無効であるとして、Xの請求を全部認容した。

市側の控訴による第2審（原審）の判決（福岡高裁那覇支部2019年4月18日判決。以下「原判決」という）は、1審判決と同様に本件免除を違憲無効としたが、公園条例等において、Yが都市公園の使用料の一部を免除することができる旨規定されており、本件使用料の全額を徴収しないことが直ちに違法であるということとはできないとして、Xの請求につき、具体的金額を示すことなく一部認容すべきものとし、その余の請求を棄却したため、YおよびZが、Y敗訴部分につき、上告および上告受理申立てを、Xが、X敗訴部分につき、上告受理申立てをした。

これを受けて、最高裁第3小法廷は、Yの上告および上告受理申立てにつき、Zの上告および上告受理申立て後にされたものであり、二重上訴に当たり不適法であるとして却下不受理決定をし（ただし、Yの上告理由書がZの上告に係る上告理由書提出期間内に提出されていたため、その論旨は、Zの申し立てた上告事件において、審理の対象とされた）、Zの上告受理申立てにつき、受理決定をしたうえで、本件を大法廷に回付した。

2 判決の要旨⁽³⁾

(1) 本判決（最高裁大法廷2021年2月24日判決。令和元年（行ツ）第222号・令和元年（行ヒ）第262号、固定資産税等課税免除措置取消（住民訴訟）請求事件）は、「空知太神社訴訟」の最高裁判決（最大判2010.1.20民集64巻1号1頁）と同様の判断枠組みに依拠した上で、次のように判示した（多数意見。なお、本判決には

林 景一裁判官の反対意見が付されている〔後掲〕。

憲法は、20条1項後段・3項、89条において、いわゆる政教分離原則にもとづく諸規定（政教分離規定）を設けているところ、一般に、政教分離原則とは、国家の非宗教性ないし宗教的中立性を意味するものとされている。そして、わが国においては、各種の宗教が多層的・重層的に発達・併存してきているのであって、このような宗教事情の下で信教の自由を確実に実現するためには、単に信教の自由を無条件に保障するのみでは足りず、国家といかなる宗教との結び付きをも排除するため、政教分離規定を設ける必要性が大であった。しかしながら、国家と宗教の関わり合いには種々の形態があり、およそ国家が宗教との一切の関係をもつことが許されないというのではなく、政教分離規定は、その関わり合いがわが国の社会的、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であると解される。

そして、国または地方公共団体が、国有地上にある施設の敷地の使用料の免除をする場合においては、当該施設の性格や当該免除をすることとした経緯等には様々なものがあり得ることが容易に想定されるところであり、例えば、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免除がされる場合もあり得る。これらの事情のいかんは、当該免除が、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いえる。そうすると、「当該免除が、前記諸条件に照らし、信教の自由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て、政教分離規定に違反するか否かを判断するに当たっては、当該施設の性格、当該免除をすることにした経緯、当該免除に伴う当該国有地の無償提供の態様、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。」（①最大判1977年7月13日〔津地鎮

祭訴訟), ②最大判1997年4月2日〔愛媛靖国訴訟), ③最大判2010年1月20日〔空知太神社訴訟), ④最大判2010年1月20日〔富平神社訴訟) 参照)。

(2) ① 久米至聖廟(本件施設)は, 那覇市が設置し管理する松山公園(本件公園)の他の部分から仕切られた区域内に一体として設置されているところ, 大成殿は, 本件施設の本殿と位置づけられており, その内部の正面には孔子の像及び神位が, その左右には四配の神位がそれぞれ配置され, 家族繁栄, 学業成就, 試験合格等を祈禱する多くの人々による参拝を受けているほか, 大成殿の香灰が封入された「学業成就(祈願)カード」が本件施設で販売されていたこともあったというのである。そうすると, 本件施設は, その外観等に照らして, 神体又は本尊に対する参拝を受け入れる社寺との類似性があるということができる。

本件施設で行われる釋奠祭禮は, その内容が供物を並べて孔子の霊を迎え, 上香, 祝文奉読等をした後にこれを送り返すというものであることに鑑みると, 思想家である孔子を歴史上の偉大な人物として顕彰するにとどまらず, その霊の存在を前提として, これを崇め奉るという宗教的意義を有する儀式というほかない。また, 参加人(久米崇聖会)は, 釋奠祭禮の観光ショー化等を許容しない姿勢を示しており, 釋奠祭禮が主に観光振興等の世俗的目的に基づいて行われているなどの事情もうかがわれない。そして, 至聖門の中央の扉は, 孔子の霊を迎えるために1年に1度, 釋奠祭禮の日にのみ開かれ, 孔子の霊は, 御庭空間の中央を大成殿に向かって直線的に伸びる御路を進み, 大成殿の正面階段の中央部分に設けられた石龍階を越えて大成殿へ上るというのであるから, 本件施設の建物等は, 上記のような宗教的意義を有する儀式である釋奠祭禮を実施するという目的に従って配置されたものということができる。

17世紀から18世紀にかけて建立された当初の至聖廟等は, 少なくとも明治時代以降, 社寺と同等の扱いを受けていたほか, 1974年ないし75年頃に建立された旧至聖廟等は, 道教の神等を祀る天尊廟及び航海安全の守護神を祀る天妃宮と同じ敷地内にあり, 参加人はこれらを一体として維持管理し, 多くの参拝者を受け入れていたことがうかがわれる。旧至聖廟等は当初の至聖廟等を再建したものと位置づけられ, 本件施設はその旧至聖廟等を移転したものと位置

づけられていること等に照らせば、本件施設は当初の至聖廟等及び旧至聖廟等の宗教性を引き継ぐものということができる。

「以上によれば、本件施設については、一体としての宗教性を肯定できることはもとより、その程度も軽微ということとはできない。」

② 本件施設の敷地使用料（公園使用料）の全額を免除する旨の処分（本件免除）がなされた経緯は、市が、本件施設の観光資源等としての意義に着目し、又はかつて琉球王国の繁栄を支えた久米三十六姓が居住し、当初の至聖廟等があった久米地域に本件施設が所在すること等をもって本件施設の歴史的価値が認められるとして、本件免除をすることとしたというものであったことがうかがわれる。

しかしながら、市は、本件公園の用地として、新たに国から国有地を購入し、又は借り受けたものであるところ、参加人は自己の所有する土地に旧至聖廟等を有していた上、松山公園周辺土地利用計画案においては、松山公園周辺土地利用計画（案）策定業務に係る委員会及びその作業部会まで至成廟の宗教性を問題視する意見があったこと等を踏まえて、大成殿を建設する予定の敷地につき参加人の所有する土地との換地をするなどして、大成殿を市有地内に配置することが考えられる旨の整理がされていたというのである。また、本件施設は、当初の至聖廟等とは異なる場所に2013年に新築されたものであって、当初の至聖廟等を復元したものであることはうかがわれず、法令上の文化財としての取扱いを受けているなどの事情もうかがわれない。

そうすると、本件施設の観光資源等としての意義や歴史的価値をもって、直ちに、参加人に対して本件免除により新たに本件施設の敷地として国公有地を無償で提供することの必要性及び合理性を裏付けるものとはいえない。

③ 本件免除に伴う国公有地の無償提供の態様は、本件施設に係る公園施設設置許可（本件設置許可）に係る占有面積が1335㎡に及び、免除の対象となる公園使用料相当額が年間で576万7200円（占有面積1335㎡×1か月360円×12か月）に上るというものであって、本件免除によって参加人が享受する利益は、相当に大きいということができる。また、本件設置許可の期間は3年とされているが、公園の管理上支障がない限り更新が予定されているため、本件施設を

構成する建物等が存続する限り更新が繰り返され、これに伴い公園使用料が免除されると、参加人は継続的に上記と同様の利益を享受することとなる。

そして、参加人は、久米三十六姓の歴史研究等をもその目的としているものの、宗教性を有する本件施設の公開や宗教的意義を有する釋奠祭禮の挙行を定款上の目的又は事業として掲げており、実際に本件施設において、多くの参拝者を受け入れ、釋奠祭禮を挙行している。このような参加人の本件施設における活動の内容や位置づけ等を考慮すると、本件免除は、参加人に上記利益を享受させることにより、参加人が本件施設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るということができ、その効果が間接的、付随的なものとどまるとはいえない。

④ 「本件施設の観光資源等としての意義や歴史的価値を考慮しても、本件免除は、一般人の目から見て、市が参加人の上記活動に係る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ものといえる。」

⑤ 「以上のような事情を考慮し、社会通念に照らして総合的に判断すると、本件免除は、市と宗教との関わり合いが、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して、憲法20条3項の禁止する宗教的活動に該当するものと解するのが相当である。」

(3) 本件免除は違憲無効であるというべきであるから、事実審の口頭弁論終結時において、本件で請求の対象とされている市の参加人に対する2014年4月1日から同年7月24日までの間の公園使用料に係る債権が全額存在していたとすることができる。地方自治法231条の3第1項、240条、同法施行令171条の2から171条の7まで等の規定によれば、客観的に存在する使用料に係る債権を理由もなく放置したり免除したりすることは許されず、原則として、地方公共団体の長にその行使又は不行使について裁量はない。そして、那覇市公園条例11条の2第8号は使用料の一部の免除について定めているものの、事実審の口頭弁論終結時までには、同号に基づく免除の処分はされておらず、同条例等において、一旦発生した使用料の徴収の猶予等を定めた規定も存在しない。

また、本件において、地方自治法施行令171条の5から171条の7までに規定する徴収停止等の要件に該当する事情もうかがわれぬ。そうすると、第1審被告（那覇市長）において、上記公園使用料に係る債権の行使又は不行使についての裁量があるとはいえず、その全額を請求しないことは違法である。

（多数意見を構成する裁判官は、大谷直人（裁判長）、池上政幸、小池 裕、木澤克之、菅野博之、山口 厚、戸倉三郎、宮崎裕子、深山卓也、三浦 守、草野耕一、宇賀克也、林 道晴、岡村和美の14名である。）

（林 景一裁判官の反対意見）

(1) 参加人は、久米三十六姓という中国からの渡来人の末えいが構成する一般社団法人であり、その定款上の目的に照らしてみると、今日においては、琉球王朝時代風の孔子廟施設を維持すること、そして、そこにおいて釋奠祭禮という行事を続け、合わせて、論語等の東洋文化を若い世代に普及させることを重要な目的としているとみることができるのであって、集団として、宗教としての儒教の信仰を共有し、それを継承し、普及させようとしていることはうかがえない。かつて、論語は、中国及び我が国を始めとする東アジア諸国に浸透しており、本件施設内にもある明倫堂は論語等の学習施設として久米三十六姓により建設され、孔子廟施設を構成していたところ、もはや体系的な論語教育がなされているとはいえない戦後において、参加人が論語の普及の場を設けていることには相応の意義がある。このようにみてくると、現在の参加人は、定款のみならず、実際の活動を評価してみても、特定の宗教の信仰を絆として、これを日常的に実践する集団であるとみることができない。むしろ、久米三十六姓の末えいの血縁集団の連合体として、戦後の歴史・社会状況の変化の中で、他の門中と同様、祖先の事蹟を偲びつつ、集団の絆を維持強化しようとするものと評価できる。また、本件施設で行われている釋奠祭禮は、信仰に基づく宗教行為というよりも、代々引き継がれた伝統ないし習俗の継承であって、宗教性は仮に残存したとしても、もはや希薄であるとみる余地が十分にある。

本件施設には参拝者が来訪しているが、参拝者の大半は観光客である可能性が高いし、参拝者が組織化された宗教的活動として参拝を行っていることや参

拝者に対する宗教の普及活動が行われていることはうかがえないから、参拝者の来訪は、本件施設の宗教性に係る判断の決定的材料であるとは思えない。

このように、本件施設について、もはや宗教性がないか、既に希薄化していると考えられる中で、外観のみで、宗教性を肯定し、これを前提に政教分離規定違反とすることは、いわば「牛刀をもって鶏を割く」の類というべきものである。

(2) また、本件において、「何らかの」という以上に宗教の特定も、信者集団を含めた宗教組織ないし団体の存在の認定もできず、助長される対象が特定できないにもかかわらず、政教分離規定に違反するとの判断をすることは、政教分離規定の外延を曖昧な形で過度に拡張するものであって、たとえ総合判断の過程において、文化財指定の有無や国際交流という目的等が考慮され得るとしても、歴史研究・文化活動等に係る公的支援への萎縮効果等の弊害すらもたらしかねない。

(3) 以上によれば、本件免除が憲法20条3項の禁止する宗教的活動に該当するとした原審の判断には誤りがあり、また、本件免除が憲法20条1項後段及び89条に違反するというのもできないから、本件免除が公的支援として過ぎたるものではないかという違和感を覚えるものではあるが、第1審原告の請求は棄却するほかないと考える。

本件訴訟の事実および判旨は以上のごとくである。これにもとづいて、以下に若干の評釈を試みておきたい。

Ⅱ 評 釈

冒頭に、評釈者の判旨への賛否の態度を明示するのが判例評釈の慣わしであるろうが、私は、この判決に対しては一刀両断の評価をすることはできず、次のように言うにとどめたい。すなわち、憲法典の中で政教分離規定はとりわけて重要な位置にあることにかんがみて、本件で最高裁が「違憲」の判断を出したことは重要であるが、憲法判断の枠組みとして採用した「総合判断」の手法

にしても、宗教の本質についての根本的な論及を回避したことにも、また、立法趣旨にもかかわる国家神道の問題に言及しなかったことにも、さらに、20条3項で違憲判断をしたことにも、疑問を禁じえないのである。——これらのことを念頭に置きつつ、いくつかの論点を検討しておこう。

なお、本判決は、すでに判旨で見たように、いわゆる総合判断の基準を用いて事案を裁定したものである。ただ、それは、目的効果の基準を否定し、これに訣別を告げたものではなく、後述するとおり、それが維持されている。憲法上の厳格な政教分離原則の再生のためには、目的効果論の再検討が不可欠であるといえる。そのような問題意識から、まず、判例の採る目的効果論をとりあげて考察することから始めたい。

1 わが国最高裁の採る目的効果論の特徴——政教分離原則の緩和

憲法は、政治（国家）と宗教の分離について、きわめて厳格な態度をとっている（20条1項後段・3項、89条）。これは、国家と宗教が結びつくとき、両者ともに腐敗するという歴史的経験に照らして、また、わが国の場合には戦前、神社神道を事実上の国家神道として祭政一致の体制をつくり、靖国神社を戦争遂行のための宗教的施設として位置づけて軍国主義を支えた事実への反省の上に立つものである。それにもかかわらず、最高裁は、この政教分離原則を不当に緩和してきた。

要点のみを記すなら、政教分離にかんする最高裁のリーディング・ケースでその後の裁判に規定的影響を与えたものは、1977年の津地鎮祭訴訟大法廷判決で採られた目的効果論である。それは、①日本国憲法の政教分離規定は信教の自由を間接的に保障しようとする制度的保障の規定であって、②国家と宗教のかかわり合いは、両者の完全な分離は不可能に近く、かつ不合理な事態を生じさせるから、相当とされる限度を超える場合にのみ許されず、③限度を超えているか否かは目的と効果にかんがみて判断されるべきで、限度を超えるかかわり合いとは、「当該行為の目的が宗教的意味をもち、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をいう」ものと解される。そして、この訴訟で争われた神道式地鎮祭については、「一般人の意識に

徴すれば、」「その目的は……専ら世俗的なものと認められ、その効果は神道を援助、助長、促進し又は他の宗教に圧迫、干渉を加えるものとは認められないものであるから、」それは憲法の禁止する宗教的活動には当たらない、と明示したものである。

これは、アメリカの判例理論に倣ったものであるように見えるが、しかし、合衆国最高裁判所のレーモン判決（1971年）の判例理論（いわゆる「レーモン・テスト」。「三面規準」とも呼ばれる）では、法律や国家の行為が政教分離原則に反しないかどうかの判断基準として、①法律は世俗的な立法目的をもつものでなければならない、②その第一次的もしくは主要な効果が宗教を助長または抑圧するものであってはならない、③それは宗教との過度の関わり合いを促進するものであってはならない、との3つが、そのうち1つでもクリアできないと違憲となるものとして立てられていること、に留意しておきたい。

わが国最高裁は、それを換骨奪胎して、厳格性を減退させる基準につくりかえたのである。そして、これが、爾後の裁判例において支配的となった。その中で、1997年の愛媛靖国判決は、津判決の判断枠組みを踏襲しつつ、エンドースメント・テストの影響を受けて、事案への適用において厳格な姿勢をとり、県による玉串料奉納を違憲と判断している。

確認するに、わが国憲法の政教分離規定は、戦前の天皇制国家において、神社神道は、宗教でないとされつつ国教の地位を与えられて、神権天皇制化の国家主義・軍国主義の維持・推進と深く結びつき、一方で、他の宗教は国家権力により多かれ少なかれ抑圧を受けたという、歴史の負の体験を背景にしている。敗戦の結果、この祭政一致のもたらした害悪への根本的反省に立って、神社神道の国家神道たる特殊な地位を排除し、神社神道を含む一切の宗教と国家との完全な分離をはかるべく、日本国憲法にこの原則を明記するに至ったのである。このような事情からすれば、わが国の政教分離原則は、アメリカ・フランス型に属するものとされつつ、いっそう厳格な分離を指向するものと当然に解される。

そうであってみれば、政教分離原則を信仰の自由確保のための制度的保障ととらえて、分離の厳格度を低める目的効果論を立てたのは、この原則のもつ意

義を正解せず、それを歪小化したものといえよう。これを正して、目的効果基準を見直し、政教分離規定のもつ本来の意義を再生させることが待たれていると思う。そのような問題意識に立って、私は、厳格分離のための「二段階審査」の方法を試考しているところであるが、本稿末尾(Ⅱ4)でふれることにしたい。

2 空知太判決の「総合判断」基準の特徴

本評釈の主題である孔子廟訴訟判決が大きく依拠しているのは、2010年の空知太訴訟判決が採用した「総合判断」の基準である。この訴訟は、北海道・砂川市が空知太神社のために市有地を無償で使用させていたことの政教分離違反が問われた住民訴訟であるが、最高裁は、まず、憲法89条を中心に据えて(20条1項後段は副次的に位置づけた)、「憲法89条も、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解される」という。

これは、津判決以来の、政教分離を制度的保障、かつ厳格分離の規定ととらえる最高裁判例を踏襲したものである。ただ、この「相当とされる限度を超える」ものと認められるか否かについては、目的・効果により判断する手法をとらず、「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ものと解するのが相当である」としたのである。

これをとらえて、目的効果基準を適用することなく違憲審査をおこなったことはまさに画期的である、との評価も多く出された。ただ、この判決は、上掲引用の后者に説示のすぐあとに、「以上のように解すべきことは、当裁判所の判例の趣旨とするところからも明らかである」として、最高裁が目的効果論を用いた指導的判例としての津判決と愛媛判決等を挙げている。しかも、この「総合的判断基準」などとも呼称されもする手法は、すでに、津判決が「宗教的活動」に当たるか否かを判断する際に用いたものと共通している。すなわ

ち、津判決は、いう。「当該行為の行われる場所、当該行為に対する一般人の宗教的評価、当該行為者が当該行為を行うについての意図、目的及び宗教的意義の有無、程度、当該行為の一般人に与える効果、影響等、諸般の事情を考慮し、社会通念に従って、客観的に判断しなければならない」と。

しかし、このような判断要素の列挙は、とり立てて審査基準というほどの意味をもつものではない。すべからく、法的事案の裁定に当たって、必要性・合理性の存否を探求し、また利益衡量をする際にとりあげられる要素にすぎないものではないか。最高裁は目的効果基準論から審査基準を「総合的審査基準」に移した、とする評価は成り立つまい。むしろ、ここからは、最高裁が、目的効果基準にかんする基本的理解をつらぬくことを明らかにして、その上で、この基準の精緻化をはかろうとする姿勢を見出すべきであろう。

重要なのは、目的効果論の言い回しの変形ではなく、最高裁が政教分離の厳格度を取り戻す判断枠組みを立てたか否かではなからうか。その点では、先に述べたとおり、空知太判決の判断枠組みは、およそ法的争訟の裁定に当たっては必ずカウントされる要素を並べただけのもので、主観的判断が入り易く、むしろ目的効果基準よりいっそう曖昧な枠組みであるといわざるをえないのである。結局、最高裁判例の基本的な目的は、憲法上の原則である厳格分離を緩やかな分離に引き下げた上で、その枠組みを維持し安定させるところにある、と考えられるのである。

3 本判決の政教分離判断の問題点

(1) 空知太判決の「総合判断」基準を踏襲したことの意味するもの

本判決は、2010年の空知太判決と同様の判断枠組みに依拠して事案の裁定をおこなった。その枠組みの中心に位置する「総合判断」の基準は、先に掲げておいたとおり、両判決に内容上寸分の相違もなく、《争われている対象の性格、経緯、態様、それ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る》というものである。したがって、本判決の判断枠組みも、先に空知太判決について指摘したのと同じ問題点を蔵しているといえる。

とりわけ、上記「総合判断」の枠組みが、その前に置かれているところの、《政教分離規定は、国と宗教とのかかわり合いが、わが国の社会的・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である》とする、津判決以来不変の判断の論理と一体となっていることは、重要な意味をもつ。

すなわち、この論理では、論者⁽⁴⁾も指摘するとおり、国と宗教とのかかわり合いは原則合憲で、例外的に、提訴者側が相当限度を超えることを立証して初めて違憲となる。空知太判決、そして本判決は、それまでの最高裁判例の中から目的効果基準を外す形にして、「相当限度を超える」という要件を残し、それを「総合判断」基準に繋いだわけであるが、これでは結局、事案ごとの事情を総合的に考慮するだけで合憲性の判断をすることになり、憲法の政教分離規定の規範力を著しく減弱させるものといわざるをえないのである。

なお、本判決は、空知太判決と同日に出された「富平神社訴訟判決」（最大判2010.1.20民集64巻1号128頁）を、津・愛媛・空知太各判決に加えて掲挙し、「〔総合判断基準は、それら判決の〕趣旨とするところからも明らかである」としている。富平神社訴訟は、空知太と類似の事案であるが、最高裁は、「相当限度を超えるかかわり合いは認められない」として、合憲の判断をしたものである。

(2) 儒教にかかわる「宗教」の定義、また国家神道への言及の欠如

① 本判決が政教分離違反の結論を導いたのは、本件施設、そこでおこなわれる儀式および建物の配置等の性質を根拠として、その宗教性を認定したことによる。この認定にもとづいて、本件免除は久米崇聖会が本件施設を利用した宗教的活動をおこなうことを容易にしている、という判断がなされたのである。そこには、儒教一般の宗教性ないし宗教の本質論に立ち入ろうとする裁判所の態度は見られない。

この点、第1審や原審では、当事者双方が儒教の「宗教」該当性を争い、また原審裁判所は、市＝補助参加人側が「宗教」を論じた個所に、「(主的に

は、何らかの固有の教義体系を備えた組織的背景を持つもの。予備的には、超自然的、超人間の本質（すなわち絶対者、造物主、至高の存在等、なかなづく神、仏、霊等）の存在を確信し、異形崇拜する信条と行為。」という一文を付加していた。——最高裁は、この問題についての考察を深めようとはしなかったのである。

しかし、このように、儒教そのものの宗教性について評価をしないまま政教分離違反をいうのでは、争いを真に解決することにはなるまい。林 景一裁判官の反対意見が、施設や行事の外観だけで宗教性を肯定して違憲と判断することの非を難じているのも、同様の観点からであろう。

② この論点と関連するが、本判決には、憲法の政教分離条項を歴史的に省察しようとする態度がまったく欠如している。本稿では、先に少し述べたが、日本国憲法は、大日本帝国憲法下における国家神道体制に対する強い反省に立脚するがゆえに、詳細で厳格な政教分離の規定を設けているのである。本件は、他の裁判例にはあまりない、神社神道以外のケースであるが、それだけに、分離規定の趣旨をよくつかんだ上で、儒教につきこれをいかにあてはめるかを熟考して、事案の裁定にあたることが求められていたものといわなければならない。

(3) 憲法20条3項を適用条文としたことの妥当性

憲法20条3項は、国およびその機関の宗教活動を禁止する条項である。典型的に、市が、神職主宰かつ神道式で市立体育館の起工式を催行した津地鎮祭、また、県が靖国神社の例大祭に玉串料等を公金から支出した愛媛の事案等には、まさに同条項が妥当する。これにひきかえ、本件は、市長が公有地上の宗教施設の使用料を免除した事案であり、なるほど間接的には、施設所有者の団体（久米崇聖会）の宗教的活動を容易にすることに資するであろうが、素直な理解からすれば、1項の、宗教団体への国からの特権付与のケースであり、また、より直截に、89条の宗教上の団体への公金支出の禁止違反と考えるべきであろう。空知太判決は、そのような理解をしていた。

本判決は、20条3項違反とした以上、他の条文を持ち出さなくともよい、と考えたようであるが、疑問が残る。原判決が、20条1項後段・3項、89条

に違反すると判断していただけない、なおさらである。

4 私見：厳格分離のための「二段階審査」論

(1) 私は、日本国憲法の政教分離原則について、その規範の文言および成立の歴史的背景に照らして、それが厳格な分離を定めたものであることは明瞭であり、とりわけ裁判においては遵守されなければならないものと考えている。そのような観点からすれば、最高裁が、今日の孔子廟訴訟判決に至る一連の裁判例において維持している、わが国最高裁流の目的効果基準は、分離の相対性の弁証に仕えるものであって、憲法上の厳格分離の原則にはそぐわず、それに代わる明確な審査基準の定立が必要であるといわなければならない。

その点で、私は、つとに、一つの小さな試論を公にしてきた。本件訴訟の最高裁判決に接するとき、この私見を改めて提示することの意味を痛感し、ここに要点を記しておくことが必要であると考え、まず、1989年の小論⁵⁾で、つぎのような趣旨を述べた――：

すなわち、国家とのかかわり合いが争われている宗教的事象については、まず、それがわが国憲法に定める高度に厳格な政教分離原則のもつ価値に匹敵する、憲法上の他の価値ないし要請に支えられたものであるか否かを、分離原則の価値と当該宗教的事象を支える憲法上の価値との比較衡量をとおして判断し、それが肯定されたときに、その宗教的事象を、ひとまず国家とのかかわり合いが許容されるかどうかを検討しうる対象として分類する。そしてその上で、この事象について、それぞれの事象ごとの性格を考慮しつつ、本来の（つまり、わが国最高裁流のものでなく、レーモン・テストに代表される）目的効果基準を用いて、目的、効果および過度のかかわり合いのすべてについて妥当とされたものだけが、分離原則に抵触しないものとして許容される、という手法で審査する。いわば、二段階の違憲審査基準論である。

このような試論の提示の後、1997年に出された愛媛靖国訴訟最高裁判決の高橋久子・尾崎行信各意見において、これと共通する思考が示された。すなわち、まず、憲法20条の規定する政教分離原則は、国家と宗教の完全な分離、いかえれば、国家とは宗教の介入を受けず、また宗教に介入すべきではない

という国家の非宗教性を意味する。そして、信教の自由の保障が不十分であったことによって多くの弊害をもたらしたわが国の過去を思うとき、政教分離原則は厳格に解されるべきである。なお、完全分離を「理想」という場合、それは同原則が実現されるべきものであるとの趣旨であって、多数意見のごとくに、それを理由にこの課題を棚上げするのは誤りである。そのことからして、同条3項は、宗教とのかかわり合いをもつすべての行為を原則として禁じていると解すべきであり、したがって、完全な分離が不可能・不相当であるとの理由が示されない限り（したがって、立証責任は国側にある）、国が宗教とかかわることは許されない。多数意見はこの前提を逆転させている。そこから発した目的効果基準は、きわめてあいまいで明確性を欠くものであって、いわば「目盛りのない物差し」となっている。したがって、国の宗教とかかわりをもつ施策が憲法上許容されるか否かの判断にあたっては、目的効果基準に拠ることなく、完全分離を定めたものと解すべき政教分離原則の除外例としてとくに許容するに値する格別の理由が明白に認められるか否かをたずね、それが認められない限り当該施策はなしてはならない、との姿勢をもつべきである、とする。——以上のような趣旨の見解であり、私はこれに基本的に同意する。

(2) そこで、この高橋・尾崎意見を汲んで私見を補訂し、2002年の小論⁶⁾で、つぎのように論じた——：

まず、前提として、宗教とかかわる施策については、宗教性のない代替手段を探索して、それが存在するときには、当然にこの施策をなしてはならないものであるところ、これをなした場合、そのことをもって違憲とされる。これは、「より制限的でない他の選ぶる手段」（いわゆる LRA）存否の判断方法のひとつといえる。

上記の代替手段が存在しない状況下で当該施策がなされたとき、その合憲性の判断は、次の2段階でなされる。

第1段階として、当該施策が、わが国憲法の定める高度に厳格な政教分離原則のもつ価値に匹敵する他の価値ないし要請に支えられたものであるか否かを審査する。すなわち、政教分離の価値と当該施策の価値との比較衡量的判断をおこない、後者にそうした価値が認められないときには直ちに違憲とされ、そ

れが肯定された場合にのみ、その施策を、国家とのかかわり合いが許容されるかどうかを検討するに値する対象に分類して、次の段階に移す。

なお、この点で、尾崎意見は、当該施策が憲法的価値に支えられたものであるか否かの判断を、それがいかなる法的価値を有するかの判断の1タイプとして扱っている。いいかえれば、憲法的価値でなくとも、高度な法的価値に支えられ、それをなさなければ社会生活上不合理が生ずるような施策は許容される、という判断枠組みである。これは、尾崎意見が、津判決について、それが事象に柔軟に対応する余地を残すべく厳格分離の例外を許容したその範囲でこれに同意する、としていることと関連していよう。私は、憲法的価値の存否を審査の第1段階に置いて、これが存在していないときには当該施策は直ちに分離原則違反を生ずる、と考えるものである。ここに、尾崎意見との若干の距離がある。

つまり、私見によれば、宗教的施策の中で憲法的価値に支えられていると認められたものについてのみ、第2段階で、つぎのような利益衡量的審査がおこなわれる。すなわち、当該施策をなさないことで生ずる社会生活上の不利益を個別的・具体的に吟味して、それと、この施策をなすことによる政教分離原則への打撃とを比較し、施策をなすことの価値が優越する場合に容認されるのである。その場合、目的効果論的な検討方法が有益なものとして扱われることになる。

こうして、目的効果基準は、せいぜい第2段階で採られる判断方法のひとつに位置づけられる程度のものであることになる。そもそも、ある国家行為がそれが依拠しなければならない法規範の要請するところに合致しているか否かを判断するに際して、その行為の目的と効果に着目するのは、こうした判断をおこなう場合に自然に採られる常識的な手法であって、とりたてて、結論を直接導く大文字の「基準」として扱われるべきものではない。最高裁は、何故にこれが政教分離領域では憲法適合性判断のための規定的な基準たり得るのかを十分に説くことなくこれを導入し、学説の多くも、その点については立ち入ることのないままこの基準の厳格度を論じているが、奇妙である。

(3) 合衆国憲法の場合には、政教分離条項が、その内容の確定を実例に委ね

たものとなっているため、目的効果の基準が重要な判例理論となりえてしかるべきであったが、それとて今日では限定的にしか妥当しないものとなっている。ましてやわが国憲法は、21条1項後段と3項および89条において政教分離原則の内容を一義的に明瞭に定めており、このように制定法上内容が確定している事項につき、判例によって別様の内容を持ち込むような作業は、なされるべきではないのである。それにもかかわらず津判決がこれをなしたについては、むしろ、当時の政府が靖国神社とかかわる余地を残しておこうと模索していた政治動向との関連で理解すべきものであるかも知れない。そして、その後の最高裁および下級審の、知る限りで、空知太判決および本判決を一応除いたすべての判決が、この基準——それ自体が「目盛りのない物差し」（愛媛判決における高橋意見）であるところから、その判断は合憲・違憲に二分して帰一するところがないのであるが、それでも——に従っているのは、閉じられた司法状況の反映にほかならず、それは、司法の独立の観点からすればまことに懸念を禁じえない事態であると思われるのである。

結局、私は、目的効果基準は判断の本筋からこれを排除し、ただ常識的な判断方法の一つとして、アメリカで試され済みの厳格な理解を参考にして、第2段階でのみ用いることが適当であると考え。つまり、第1段階の要件を充たして第2段階の審査に進んだ事案について、当該施策の目的における宗教的意義の有無・程度、それを許容することによって生ずる利益付与の性格・程度と信教の自由に対する否定的影響の大きさ、当該事案における国家と宗教のかかわり合いの形態と強さなどは、ここで個別のかつ具体的に検討される。これらがクリアされない限り、国と宗教とのかかわり合いは、違憲とされるのである。

——以上に示したのは未熟な試論であるが、いずれにせよ、裁判所には、厳格分離を確保できる審査基準を立てることが求められている。本件では、最高裁はこの努力を怠り、曖昧な「総合判断」の基準で争いを裁定した。問題とすべき論点が数多く残った判決となったのは、また当然といえよう。

付説 本件訴訟提起のもつ特異な政治的性格にふれて

本件訴訟には、以上で扱った理論上の問題の他に、きわめて特異というべき政治的な要因が絡まっている。原告側の抱懐しているあからさまな政治性である。論者⁽⁷⁾によれば、原告側の弁護士は、判決後、この論者の発した問いに対して次のようなコメントを寄せたという。論者が公にした文章をそのまま掲載しておきたい。

「靖國神社にとって悩ましい判決ではないかというご意見ですが、そのように考えるものもあるのは確かですが、今回の裁判は、まさしく靖國神社の政教分離問題を解決することを念頭に行ってきた訴訟でもありましたので、そのことについて簡単に説明させていただきます。

孔子廟訴訟では、宗教施設が有する公共目的と公益性が問題となりました。公益性と公共性が、政教分離違反を緩和させるパラメーターであることが明確になりました。高裁では、一定の金額を支払えば、政教分離違反とはいえないという判断もだされて、政教分離原則違反の問題は、『宗教かどうか』という原理的な問題ではなく、『関与の程度』の問題だということが明確になったと理解しています。

結果として、久米崇聖会という施設の所有団体が、一族の宗教儀式を行うための施設を市民公園に移設して無料（通常年間570万円）で設置するという翁長〔雄志〕氏が那覇市長時代に行った市民と憲法を無視した無茶苦茶な政策だったということが理解され、孔子廟設置を中国による沖縄支配の象徴だと捉えて反対活動を行ってきた市民活動家の女性の捉え方を一般人の受け止め方として認め、勝訴することができた事件でした。

神道以外の宗教が政教分離原則違反とされた初めての事案であり、改めて敗戦という政治的ないし歴史的文脈と離れて、国家と宗教文化ないし伝統との関係が問われたという意味で、政教分離の政治イデオロギー的性格を相対化することに役立つ判決だと自負しています。

背景的な問題ですが、久米三十六姓は、沖縄の保守派の中でも、大きな勢

力をもっており、オール沖縄の靱帯の役割も担ってきました。中国との関係が危惧されていましたが、そこに痛撃を与えたことが、本件の政治的な意義でもあります。辺野古基地問題との関係では長期的に見て、そのことが与える影響は少なくないだろうと考えています。

靖國神社は、頼みとしてきた天皇参拝が途絶えて久しく、首相らの参拝、それがかなわないならば、せめて供物料だけでもとしており、今回の大法廷判決により、供物料の提供は違憲だという声が大きくなるのを悩ましく思っているようです。」

——引用は以上であるが、このあからさまなコメントをとおして、原告側が政治的に何を獲得目標としていたのかがよく伝わってくる。なお、この判決を社説でとり上げた新聞の中で、一紙⁽⁸⁾は、「だが、『違憲』が独り歩きしては困る。今回の判決を盾に、神社の伝統行事にまで目くじらを立てるような『政教分離』の過熟化は避けたい。……政教分離規定の厳格な適用は好ましくない。……首相ら公人の靖國神社参拝や真榊奉納に『政教分離』を持ち出す愚も避けるべきだ」と論じた。

以上、この裁判が提起された背景にあるものを知るべく、ここに紹介のみしておいた。

註

- (1) 判例タイムス1485号（2021年8月）の解説（16頁）。
- (2) 前同・判例タイムス10頁以下に拠る。
- (3) 本判決につき、裁判所から出された『多数意見要旨』および『反対意見要旨』に拠る。
- (4) 参照、中島光孝「『那覇市・孔子廟訴訟』最高裁大法廷判決の問題点」法と民主主義557号（2021年4月）39頁以下。
- (5) 拙稿「政教分離違反の審査基準にかんする解釈論的覚え書き」南山法学12巻4号（1989年）1頁以下。
- (6) 拙稿「即位の礼・大嘗祭の憲法適合性——東京地裁1999年3月24日判決についての違憲」南山大学アカデミア人文・社会科学編75号（2002年）85頁以下。さらに、これを、拙稿「最高裁における政教分離の判断方法——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）とくに9頁以下に再録している。

- (7) 内田雅敏「靖国神社の憂鬱 最高裁孔子廟判決のブーメラン」現代の理論2021年秋号94頁による。
- (8) 産経新聞2021年2月25日付「主張」。

(完)