

〈判例評釈〉

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——

小林 武

①事件（空知太^{そらちふと}神社訴訟） 2010年1月20日最高裁大法廷判決（平成19年（行ツ）第260号財産管理を怠る事実の違法確認請求事件）裁時1500号1頁，裁時1500号1頁，判タ1318号57頁，判時2070号21頁，判例地方自治329号18頁，ジュリスト399号90頁——原判決破棄・差戻し

〔判決要旨〕

1. 市が連合町内会に対し市有地を無償で建物（地域の集会場等であるが，その内部に祠が設置され，外壁に神社の表示が設けられている。），鳥居及び地神宮の敷地としての利用に供している行為は，次の(1)，(2)など判示の事情の下では，上記行為がもともとは小学校敷地の拡張に協力した地元住民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あるとしても，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ものであって，憲法89条，20条1項後段に違反する。(1)鳥居，地神宮，神社と表示された建物入口から祠に至る上記各物件は，一体として神道の神社施設に当たるもので，そこにおける諸行事も，このような施設の性格に沿って宗教的行事として行われている。(2)上記各物件を管理し，祭事を行っている氏子集団は，祭事に伴う建物使用の対価を連合町内会に支払うほかは，上記各物件の設置に通常必要とされる対価を支払うことなく，その設置に伴う便益を長期間にわたり継続的に享受しており，前記行為は，その直接の効果として，宗教団体である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するものである。

2. 市が連合町内会に対し市有地を無償で神社施設の敷地としての利用に供している行為が憲法の定める政教分離原則に違反し、市長において同施設の撤去及び土地明渡し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、市の住民が怠る事実の違法確認を求めている住民訴訟において、上記行為が違憲と判断される場合に、次の(1)~(3)などの判示の事情の下では、そ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審理判断せず、当事者に対し釈明権を行使しないまま、上記怠る事実を違法とした原審の判断には、違法がある。(1)上記神社施設を直ちに撤去させるべきものとするのは、氏子集団の同施設を利用した宗教的活動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ものとなる。(2)神社施設の撤去及び土地明渡し請求以外に、例えば土地の譲与、有償譲渡又は適正な対価による貸付け等、上記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である。(3)原審は、当事者がほぼ共通する他の住民訴訟の審理を通じて、上記行為の違憲性を解消するための他の手段が存在する可能性があり、市長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。(1, 2につき補足意見, 意見及び反対意見がある。)

〔事実〕

北海道砂川市は、空知太神社およびその地の施設が建立されている市有地を、その維持管理者である空知太連合町内会に無償で利用させている。同市の住民である原告Xは、かかる行為が政教分離原則に違反するとして、2003年12月に地方自治法242条1項にもとづく監査請求を行ったが、2004年2月には、請求は理由がないとの監査結果通知を受けた。そこで、Xらは、同年3月に改めて、上記のような市有地の無償貸与行為は、憲法20条3項および89条に定める政教分離原則に違反する行為であって、当該使用貸借契約を解除し同施設の撤去および土地明渡し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、地方自治法242条の2第1項3号にもとづき、同市の市長Yを被告として上記の事実の違法確認を求める訴訟を提起した。

空知太神社が現在の市有地に存在するに至ったのは、以下のような歴史的経緯による。空知太地区の住民は、1892(明治25)年ごろに現在の市立空知太小

学校の付近に祠を建て、さらに1897年には、神社創設発願者としてその土地の貸与を北海道庁から認められ、神社を建立した。1948年ごろ、神社に隣接する小学校の増設および体育館新設の計画に伴い、前記空知太神社施設は、空知太地区の住民であるAが提供した土地に移設された。Aは1953年に固定資産税の負担を解消するため、当時の砂川町（1962年より市となる）に空知太神社施設の敷地の寄付願出を行い、町議会は同土地を神社のために無償で使用させるとの議決を行ったうえで、その土地の所有権を取得した。そして1970年には、空知太連合町内会は、砂川市から補助金の交付を受け、当該土地とその隣接地（新たに市および北海道土地改良区から土地を無償で借用したもの）に地域の集会場として空知太会館を新築した。その際に、従前の神社施設は祠と地神宮を除いて取り壊されているが、祠は空知太会館に移設されるとともに鳥居が新設され、かつ鳥居正面の空知太会館入り口上部には「神社」と明記された。1994年に砂川市が改良区から本件土地を買い受けたため、現在、空知太神社を含む施設の敷地は、すべて砂川市の所有地となっている。

第1審（札幌地判2006年3月3日判例集未登載）は、①本件の施設は「明らかに宗教施設である神社であり、それが併せて地域住民の非宗教的用途に利用されていたとしても、それによってその宗教施設性が否定されるわけではない、②市が本件土地を取得した「目的は宗教的意義を有」し、またこの土地を取得して無償で提供する行為は「特定の宗教に特別の便宜を与え、これを援助、助長、促進することが明らかである」として、市の行為は憲法20条3項の禁止する宗教的活動に当たり、また宗教的施設の維持に公の財産を提供する点で憲法89条にも違反すると認定した。他方で、空知太会館が地域住民の非宗教的活動にも用いられていることにもかんがみれば、使用貸借契約を解除して土地の明渡しを請求しなくても、宗教施設性を有する祠や鳥居、建物外壁の表示などを取去させることで違憲状態が解消されると判断し、その限度でYの怠る事実の違法性を確認した。これに対してYが控訴した。

控訴審（札幌高判2007年6月26日判例集未登載）は、上記①、②いずれの論点にかんしてもYの主張を退け、憲法29条3項違反の判断を維持して控訴を棄却した。その理由とするところは、以下の2点である。

(1) 本件神社物件及び本件建物は宗教施設としての性格が明確で、本件利用提供行為は、市が特定の宗教上の組織との間のみ意識的に特別のかかわり合いをもつものであり、一般人に対し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であって、我が国の社会的、文化的諸条件に照らして相当とされる限度を超え、憲法 20 条 3 項にいう宗教的活動に当たり、同項に違反し、憲法 20 条 1 項後段及び 89 条の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。

(2) 被上告人らは、Y が本件利用提供行為に係る使用貸借契約を解除して本件建物及び本件神社物件の取去及び土地明渡請求をしないことが違法であると主張するところ、上記の憲法違反の状態は、上記契約を解除しなくとも、本件神社物件を撤去させることによって是正することができるものであるから、上記契約を解除するまでの必要は認められないが、市が本件町内会に対しその撤去を請求しないことは、違法に本件土地の管理を怠るものというべきである。

——以上の理由にもとづき、Y が本件町内会に対し本件神社物件の撤去請求をすることを怠る事実が違法であることを確認する限度で X らの請求を認容すべきものとした。

そこで、Y から上告がなされた。その理由は、本件神社物件の宗教性は希薄であり、町または市が本件土地を取得したのは宗教的目的にもとづくものではないから、本件利用提供行為は政教分離原則を定めた憲法の規定に違反しない、というところにある。

〔判旨〕

1 憲法適合性の判断

(1) 憲法判断の枠組み

「憲法 89 条は、公の財産を宗教上の組織又は団体の使用、便益若しくは維持のため、その利用に供してはならない旨を定めている。その趣旨は、国家が宗教的に中立であることを要求するいわゆる政教分離の原則を、公の財産の利用提供等の財政的な側面において徹底させるところにあり、これによって、憲法 20 条 1 項後段の規定する宗教団体に対する特権の付与の禁止を財政的側面からも確保し、信教の自由の保障を一層確実なものにしようとしたものである。

しかし、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のではなく、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解される。

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いわなければならない。もっとも、国公有地が無償で宗教的施設の敷地としての用に供されているといっても、当該施設の性格や来歴、無償提供に至る経緯、利用の態様等には様々なものがあり得ることが容易に想定されることである。」

「そうすると、国公有地が無償で宗教的施設の敷地としての用に供されている状態が、前記の見地から、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て憲法 89 条に違反するか否かを判断するに当たっては、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ものと解するのが相当である。

以上のように解すべきことは、当裁判所の判例（最高裁昭和 46 年（行ツ）第 69 号同 52 年 7 月 13 日大法院判決・民集 31 卷 4 号 533 頁、最高裁平成 4 年（行ツ）第 156 号同 9 年 4 月 2 日大法院判決・民集 51 卷 4 号 1673 頁等）の趣旨とするところからも明らかである。」

(2) 本件利用提供行為の憲法適合性

「① 前記事実関係等よれば、本件鳥居、地神宮、『神社』と表示された会館入口から祠に至る本件神社物件は、一体として神道の神社施設に当たるものと見るほかはない。

また、本件神社において行われている諸行事は、地域の伝統的行事として親睦などの意義を有するとしても、神道の方式にのっとって行われているその態

様にかんがみると、宗教的な意義の希薄な、単なる世俗的行事にすぎないということとはできない。

このように、本件神社物件は、神社神道のための施設であり、その行事も、このような施設の性格に沿って宗教的行事として行われているものということができる。

② 本件神社物件を管理し、上記のような祭事を行っているのは、本件利用提供行為の直接の相手方である本件町内会ではなく、本件氏子集団である。本件氏子集団は、前記のとおり、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ものと認められる。そして、この氏子集団は、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であって、寄附を集めて本件神社の祭事を行っており、憲法 89 条にいう『宗教上の組織若しくは団体』に当たるものと解される。

しかし、本件氏子集団は、祭事に伴う建物使用の対価を町内会に支払うほかは、本件神社物件の設置に通常必要とされる対価を何ら支払うことなく、その設置に伴う便益を享受している。すなわち、本件利用提供行為は、そ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ものということができる。

③ そうすると、本件利用提供行為は、市が、何らの対価を得ることなく本件各土地上に宗教的施設を設置させ、本件氏子集団においてこれを利用して宗教的活動を行うことを容易にさせているものといわざるを得ず、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ものである。前記事実関係等によれば、本件利用提供行為は、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ものの、明らかな宗教的施設といわざるを得ない本件神社物件の性格、これに対し長期間にわたり継続的に便益を提供し続けていることなどの本件利用提供行為の具体的態様等にかんがみると、本件において、当初の動機、目的は上記評価を左右するものではない。

最高裁における政教分離の判断方法

④ 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、本件利用提供行為は、市と本件神社ないし神道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して、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のが相当である。」

2 職権による検討

本件利用提供行為が違憲と判断される場合に、次の(1)~(3)など判示の事情の下では、そ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どうかについて審理判断せず、当事者に対し釈明権を行使しないまま、本件怠る事実を違法とした原審の判断には、違法がある。

(1) 本件神社物件を直ちに撤去させるべきものとすることは、本件氏子集団のこれを利用した宗教的活動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ものとなる。

(2) 本件神社物件の撤去及び土地明渡請求以外に、例えば土地の譲与、有償譲渡又は適正な対価による貸付け等、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である。

(3) 原審は、当事者がほぼ共通する他の住民訴訟の審理を通じて、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存在する可能性があり、Y 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。

——以上の理由にもとづいて原判決を破棄し、原審に差戻す。

竹崎博允裁判長、那須弘平・宮川光治・櫻井龍子・金築誠志各裁判官が法廷意見を構成し、1 の論点につき、藤田宙靖裁判官、田原睦夫裁判官及び近藤崇晴裁判官の各補足意見、甲斐中辰夫裁判官、中川了滋裁判官、古田佑紀裁判官及び竹内行夫裁判官の共同意見、堀籠幸男裁判官の反対意見が付されており、2 の論点につき、田原裁判官、近藤裁判官の各補足意見、今井功裁判官の反対意見が付されている。

〔参照法令〕 日本国憲法 20 条・89 条， 地方自治法 242 条の 2， 民事訴訟法 149 条

②事件(富平^{とみひら}神社訴訟) 2010 年 1 月 20 日最高裁大法廷判決(平成 19 年(行ツ)第 334 号財産管理を怠る事実の違法確認請求事件)裁時 1500 号 12 頁， 判タ 1318 号 80 頁， 判時 2070 号 41 頁， 判例地方自治 329 号 39 頁， ジュリスト 1399 号 108 頁——上告棄却

〔判決要旨〕

1. 地縁団体の認可を受けた町内会に対し譲与された敷地にある神社施設は宗教施設に当たり， そこで行われている諸行事も宗教的行事と認めるほかないものであって， また， 神社の維持運営を行う氏子に相当する地域住民の集団も憲法 89 条の宗教上の組織ないし団体に当たるものと認められるから， 譲与前の市有地を市が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。

2. 町内会に市が神社の敷地を譲与することは， 当該町内会に一方的に利益を提供するという側面を有しているが， それは憲法 89 条および 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ものであり， また， この土地は過去において町内会の前身である部落会が実質的に所有していたものであるから， 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条例の趣旨に適合するものである。

3. 市が神社との関係を解消するために神社施設の撤去を図るとすれば， 土地の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。

4. 市が神社の敷地となっている市有地を町内会に無償で譲与したことは， 市と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わり合いをもたらすものということとはできず， 憲法 20 条 3 項， 89 条に違反するものではない。

〔事実〕

北海道砂川市は、現在市有地であり、その敷地内に神社が存在している土地を、2005年4月15日に富平町内会に無償で譲渡した。当該土地は、かつて富平町内会の前身である富平部落が実質的に所有するものとして住民から利用されていたが、名義は個人名義であった。1935年には、当該土地は、富平部落からの富平小学校の教職員宿舎建立要請とともに市に譲渡され市有地となったが、当該土地にはすでに1895（明治28）年の祠建立に始まる神社施設が存在しており、市有地となつてのちの1968年まで神社施設の増設は続いた。1975年に教職員宿舎が取り壊されたのをきっかけに、市は児童公園等の部落の共同目的に利用することを使用限度として、その管理を富平町内会に委託した。

同市の住民である原告らXは、2004年9月27日に、市の行為は違法であるとして住民監査請求を行ったところ、監査委員は同年11月22日付の監査結果報告書において、市の行為の政教分離原則違反は認められないと結論づけたが、同時に、市有地内に神社の祠が存在し祭事に利用されていることは、一部住民に不審を抱かせるものであるから、従前の経緯を考慮して本件土地を富平地区住民に譲与するなどの方策を講ずる必要がある旨の意見を付した。これを受けて市が、議会での議決を経て、上記の日付において本件富平町内会に当該土地を譲与したところ、原告らXは、同年12月に、地方自治法242条の2第1項3号に基づき、市長Yに対し、市の譲与行為は政教分離原則に違反するものであって、所有権移転登記の抹消手続を請求しないことは財産管理を怠るものであるとして、上記怠る事実の違法確認請求を行った。

第1審（札幌地判2006年11月30日）は、「砂川市による本件譲与は、本件各土地上に宗教施設である富平神社及びその附属施設が設置されているという点で宗教とかかわり合いをもつものであることは否定しえない」としながらも、本件譲与が憲法20条3項に違反するかについて目的効果基準（津地鎮祭判決）を適用し、また富平町内会が憲法89条にいう「宗教上の組織若しくは団体」にあたるかについて箕面忠魂碑・慰霊祭事件判決（最三判1993年2月16日民集47巻3号1687頁）が示した判断基準を適用し、Xの請求を棄却した。

控訴審（札幌高判2007年8月30日）も、1審判決を維持した。そこで、X

より上告がなされた。

〔判旨〕

本件神社施設は宗教施設である。また、この神社施設の維持運営費を賄っている氏子に相当する地域住民の集団が存在するのは明らかであり、当該集団は憲法 89 条の「宗教上の組織ないし団体」に該当する。したがって、「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。」それゆえ「上記行為をそのまま継続することは、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るおそれがあったものといえることができる。」

「本件譲与は、市が、監査委員の指摘を考慮し、上記のような憲法 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ものである。」

仮に、市が本件富平神社との関係を解消するために本件神社施設を撤去させようと試みるならば、本件各土地寄付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。したがって、本件譲与は、政教分離原則を定める憲法の下で、社寺等の財産権および信教の自由を尊重しつつ国と宗教との結びつきを是正解消するものであると解される。

「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すものといえることはできず、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（最高裁昭和 46 年（行ツ）第 69 号同 52 年 7 月 13 日大法廷判決・民集 31 卷 4 号 533 頁、最高裁平成 4 年（行ツ）第 156 号同 9 年 4 月 2 日大法廷判決・民集 51 卷 4 号 1673 頁等参照）。」

以上によれば、本件譲与が憲法 20 条 3 項、89 条に違反しないとして上告人

の請求を棄却すべきものとした原審の判断は、正当として是認することができる。論旨は採用することができない。

よって、裁判官全員一致の意見で、主文のとおり判決する。（竹崎博允裁判長、藤田宙靖・甲斐中辰夫・今井 功・中川了滋・堀籠幸男・吉田佑紀・那須弘平・田原陸夫・近藤崇晴・宮川光治・櫻井龍子・竹内行夫・金築誠志各裁判官全員一致。個別意見は付されていない。）

〔参照法令〕 日本国憲法 20 条・89 条，地方自治法 242 条の 2・238 条の 5，財産の交換・譲与・無償貸与等に関する条例（平成 4 年砂川市条例 20 号）3 条

〔評釈⁽¹⁾⁽²⁾〕

ここに取り上げた、北海道砂川市の 2 つの神社をめぐる政教分離の各事件で最高裁大法廷が同日付で出した 2 つの判決のうち、①事件（空知太神社訴訟）の判決は、政教分離が問題となった事案としては、1997 年の愛媛玉串料訴訟大法廷判決以来、2 件目の違憲判決である。また、判断手法として、日本最高裁流の目的効果基準を直截には用いないで違憲の結論を導く論理立てをしたことや、各裁判官の個別意見が多く出されて判決に至る活発な議論状況を推測させることなどから、当然に違憲とされるべき事案についての違憲判断ではあるが、わが国最高裁の判決としては注目されてよいものといえる。

そして、②事件（富平神社訴訟）では、①事件と事案上の本質的な差異がないにもかかわらず合憲の結論を導いているが、そのことは、①事件についての判断のもつ意味がより際立たせているように思われる。

このような両判決、とくに①の「空知太」判決について、以下、②の「富平」判決との対照を忘れることなく、私なりの評釈を加えておきたいと思う。この事案には住民訴訟にかんする重要な論点も含まれているが、ここでは、政教分離をめぐる憲法適合性の判断方法に絞る。その場合に、わが国最高裁が統治構造の中で果たしてきた役割を念頭に置く。それと切り離して、判例自身の変転、とりわけ違憲審査「基準」の文言上・論理上の変化を、それだけを独立させて観察することは避けたい。判例は自らの歴史をもたないからである。

そこでまず、空知太判決で多く出された個別意見を整理し、それをおして

判決の全体像を見通しておこう。

I 空知太判決の個別意見と富平判決

1 個別意見の分布

空知太事件で大法廷を構成した14名の裁判官（涌井紀夫判事は係属中に死亡）のうち、9名が個別意見を書いている。

この事案で見解が分かれるのは、I 憲法の政教分離原則、とくに89条についての判断と、II 住民訴訟の3号請求（地自法242条の2第1項第3号、当該執行機関または職員に対する当該怠る事実の違法確認の請求）についての判断、の2点である。Iの政教分離にかんしては違憲としながら、IIの3号請求では違法確認を認容せずに請求棄却・原審差戻しとした多数意見は、5裁判官にとどまる（竹崎博允・那須弘平・宮川光治・櫻井龍子・金築誠志）。

「補足意見」は、Iにかんして3名（藤田宙靖・田原陸夫・近藤崇晴）が書き、IIにかんしてそのうち2名（田原・近藤）が書いている。「意見」は、4名（甲斐中辰夫・中川了滋・友田佑紀・竹内行夫）の共同意見として出されているもので、IIでは請求棄却としつつ、Iにかんして立法事実の審理不尽を言う。「反対意見」は、2名であるが、そのうちの1名（堀籠幸男）は、IIでは請求棄却としつつ、Iにかんしては実質上の神社神道論を展開して合憲を主張する。もう1名（今井 功）は、Iでは違憲に同意しつつ、IIについては、原告に釈明義務違反はなく上告を棄却すべしとしたものである。

——それぞれの要点を記しておこう。まず、補足意見のうち、藤田裁判官は、これまでの最高裁判例で目的効果基準を用いられたのは、問題となる行為に宗教性と世俗性が同居し、その優劣が微妙であるときの判断に際してであって、本件のような施設が宗教施設であり行事も宗教行事であることが明らかなケースは、「本来、目的効果基準の適用の可否が問われる以前の問題」というべきであるとする。また、田原補足意見は、政教分離原則は、国家が宗教に対して財政的な出捐等の積極的関与をする場合は厳格に適用されるべきである一方、歴史的経緯から国等の土地に放置されている宗教施設を除去しない不作為など消

極的関与に止まる場合は緩和されるべきであるとして、本件は、公共団体が無償使用の負担付で寄付を受け容れたこと自体が違憲であるから、憲法 89 条、20 条 1 項後段に違反する、としたものである。そして、近藤補足意見は、政教分離原則が本来想定している典型的な宗教は、かつての国家神道であるが、国が特定の宗教を優遇することは一切禁止されるのであって、そのような厳格な中立性を要求することで違憲状態を解消する過程で多少の困難を伴うことがあっても、政教が分離されている状態こそ望ましい、とする。

他方、意見であるが、甲斐中等 4 裁判官共同意見は、市有地の神社への無償提供の宗教性は明白とみる多数意見は結論先取りのであるとの疑問を抱き、「ゼロからのスタート⁽³⁾」で事実を検討しようとする立場から、憲法判断に必要な諸般の事情について審理が尽くされておらず、合憲判断に至る可能性もあるから、そのことを考慮して差し戻しに同意した、としている。

さらに、反対意見では、今井裁判官は、多数意見の憲法判断には全面的に賛成するとした上で、3号請求の論点について、請求原因説は採用できず、抗弁説に立った場合、本件では釈明義務違反ではないから上告は棄却すべきである、とした。もうひとつの堀籠反対意見は、神道は日本列島に住む人々の自然崇拜・祖先崇拜の念にもとづく自然発生的・伝統的な民俗信仰・自然信仰なのであって、憲法上の宗教であることまでは否定できないが、政教分離原則の適用上他の排他的宗教と同列に論ずるのは相当でなく、本件神社も習俗性・世俗性が強く、したがって市の本件利用提供行為の違憲をいう多数意見は「日本人一般」の感覚に反するもので到底賛成できない、とするものである⁽⁴⁾。(こうしてみると、結局、多数意見の政教分離違反の判断枠組み自体に異を唱える個別意見は、反対意見を含めて出されなかったことになる⁽⁵⁾。)

2 富平判決との関係

上に整理した個別意見のうちで、違憲判断の方法にかんして注目すべきものは後にとりあげるが、ここで言及しておきたいのは、空知太判決で活発に展開されたこれらの個別意見が、富平判決ではまったく書かれていないことである。富平判決は、同日に出された空知太判決をベースにしながら、「譲与」という手

だてなら政教分離原則と氏子集団の信教の自由双方の価値に配慮したものと
して合憲を結論づけた。それは、空知太判決は、「無償貸与」は明確に憲法 89 条・
20 条に違反するとしつつ、神社施設の撤去以外に違憲状態解消のための適切な
手段の有無の探求を原審に求めた。そのありうる一方式として「譲与」を提示
したと解されている。それゆえ、両判決は「合わせ鏡のように相互補完的な関
係⁶⁾」にあるといえることができる。

そのような読み方には、私もまったく異論はない。ただ、政教分離の判断方
法についていえば、富平判決は、先に摘示しておいたように、空知太判決が示
した憲法 89 条の判断枠組みを使いながら、20 条 3 項を先行的に持ち出してい
る点、また、目的効果基準の先例である津地鎮祭および愛媛玉串料両判決を（空
知太のように「趣旨とするところから明らか」ではなく、）「参照」としている
点からすると、空知太の枠組みにそのまま倣ったものとはいえず、目的効果基
準にかなりの程度に強く依拠したものとも捉えることができる⁷⁾。いずれにせ
よ、富平判決は空知太判決に吸収され尽しえない独自性を有している。

とすれば、この富平判決において、裁判官たちが自らの個別意見を寄せてい
ないことは奇妙である。3号訴訟の成否の議論は別にして、政教分離原則をめ
ぐっては、89 条と 20 条 3 項の扱い方、とくに目的効果基準をいかに評価する
かについて、それぞれの見解を公にすることを求められていたのではなかった
か。結局、大法廷としては、富平判決は本件利用提供行為の違法性を解消する
ための合理的で現実的な手段の 1 サンプルを提示したにすぎないものと位置づ
けて、空知太判決に吸収させる扱いをしたのであろう。しかし、富平判決には
それに尽くされない重要な要素があると考えられる本稿では、以下においてもこの
判決にできるかぎり言及したいと思う。

II 大法廷判決の読み方

1 わが国最高裁流の目的効果論

政教分離にかんする最高裁のリーディング・ケースでその後の判決に規定的
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をいう」ものと解されるとする。これを目的効果論と呼ぶのは、主に、上の③の判断手法に着目したものである。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該らない、と判示した。

これに対して、アメリカの判例理論における目的効果基準については、(ア)とくに右地鎮祭判決の書かれた1977年当時迄は、主に福祉行政と形式主義的な政教分離を避ける必要のある領域とで用いられることが多く、国家のする宗教的行為についての判断基準とはされていないこと、および、(イ)地鎮祭判決が影響を受けたとみられるレーモン判決(1971年)の判例理論(いわゆる「レーモン・テスト」「三面基準」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持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し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かか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。すなわち、この基準は、アメリカにおいては、政教分離原則違反に対する相当厳格な判断基準として理解されているのである。このようなアメリカ判例理論との比較において、津地鎮祭訴訟については、まず、(ア)こうした国家のする宗教活動の事案は目的効果基準の適用に本来はなじむものでないのに、最高裁多数意見はそれに拠って処理していること、および、仮にこれに拠ることが許容されるとしても、多数意見は、(イ)①の「目的」基準と②の「効果」基準を

各々独立させずに一体のものとして扱い、また③の「過度のかかり合い」も上2つの基準で許されない結果生じる事態と解して、独立の基準とは考えていないこと、さらに、(ウ) 目的効果基準を具体的事実関係に厳密に適用していないこと、といった致命的な問題性が指摘される。

さらに、わが国の政教分離原則は、アメリカのそれと比べて、憲法の規定(20条、89条)が一義的に明確で具体的であることから、また歴史的背景を顧慮すればなおさらに、より厳格なものであるということが出来る。それゆえ、目的効果基準を参考にする際にも、これをアメリカ判例理論におけるより、一層厳格に把握して用いることが求められていると考えるべきである。

このようなわが国最高裁判例の、アメリカ判例理論からの逸脱については、政教分離の根拠についての理解に関連しているとの有益な指摘がある⁽⁸⁾。すなわち、アメリカ合衆国憲法の修正1条における政教分離規定の根拠については、従来より、第1に、信教の自由を間接的に保障することが挙げられるが、その他に、第2に、宗教の墮落を防止すること、第3に、政治分断の防止、つまり政治が宗教教義のラインによって分断されるのを回避すること、さらに第4に、宗教的マイノリティーの政治社会における排除・格下げを防止し、その地位を保護することにあるとされてきた。このような政教分離の根拠についての多元的・複合的理解は、レーモン・テストが三面規準を立てたことにも反映している。さらに、1984年のエンドースメント・テストでは政治社会生活における地位保護が念頭に置かれ、また、1980年代末に現われたコアアッション・テストは信教の自由の保障に強く引きつけて政教分離条項を解釈するものとなっている、とされる。

これにひきかえ、わが国津地鎮祭判決の理論は、政教分離の根拠を信教の自由の間接的保障に限定していて、このことが政教分離の厳格度を緩和する一要因となったと指摘されている。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いるが、その場合もやはりアメリカのような宗教的マイノリティーの政治社会における地位の保護ではなく、信教の自由の間接的保障に軸足を置いたものとしてこれを導入している、とされるのである。

私はアメリカの政教分離について専門的研究をする者ではないが、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、その実、国教の地位を与えられて、神権天皇制下の国家主義・軍国主義の維持・推進と深く結びつき、他方、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歴史的背景にしている。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、一層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基準を立てたのは、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。

そこで、最高裁には、先例の変更をいとわず、目的効果基準を見直して、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ものであり、ましてや本判決が違憲を判示したものであれば、人々はその期待を込めてこれを読む。さて最高裁はそれにどう応えたのか、次の項で少し検討したい。

2 空知太判決の意味するもの

(1) 違憲審査基準の変更か？

本判決の政教分離の判断方法は、本稿冒頭でも紹介したが、次のとおりである。

——すなわち、まず、89条を中心に据えて20条1項後段は副次的に扱い、「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、かつ限定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、目的と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、との評価も出される⁹⁾。これは、最高裁流の目的効果基準にはかねてより強い批判が寄せられていて、その見直しが求められているところから来る、期待を込めた受けとめであろう。ただ、本判決は、上掲引用の後者の説示のすぐあとに、「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、最高裁が目的効果基準論を用いた指導的判例であるところの、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」などと呼称されもする説示は、実のところ、津判決が「宗教的活動」に該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。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あたって、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であるにすぎないのではないか。最高裁は目的効果基準論から審査基準を「総合的判断基準」へ移した、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貫くことを明らかにし、その上で、この基準の運用の精緻化をはかろうとする姿勢を見出すべきであろう¹⁰⁾。

富平判決の場合は、「〔本件譲与に至る〕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、きわめて大雑把な括りで、憲法20条3項・89条適合性を判断している。しかも、そこでは、津および愛媛両判決等は「参照」されており、空知太判決のいう「趣旨とするところ」より一層強いつながりが意

識されており、目的効果基準適用の色合いが濃い。

重要なのは目的効果基準論の言い廻しが変形されたか否かではなく、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、空知太判決の前掲の説示は、およそ法的争訟の裁定にあたっては常に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一層曖昧な枠組みであるといわざるをえないのである。

(2) 維持された目的効果基準

この点で、藤田補足意見のように、「宗教上の組織若しくは団体」に対する利用提供等については89条を適用すべきであるところ、本件のように宗教性が明白なケースは、本来、目的効果基準で検討することになじまない、と考えることは妥当であると思われる。ただ、藤田意見は、目的効果基準それ自体については、愛媛判決の高橋・尾崎各意見に理論的に理由があるとしてもあえて同基準を全面的に否定する必要はない、とするものである。後に章を改めて述べるとおりの見解に立つ私は、これに同意できない。

空知太判決の政教分離の判断手法については、論者⁽¹¹⁾の次のような整理が、さしあたり最も説得的なものであると思われる。——それによれば、最高裁判例では、津地鎮祭にしても愛媛玉串料にしても、特定の公的行為について宗教とのかかわり合いが問われる、作為のタイプ（特定の行為型）については目的効果基準が適用されるのに対し、長期にわたる諸々の行為の集積による現状が問われる、放置・不作為のタイプ（諸行為の累積型）の場合には、諸般の事情を考慮した総合的判断がなされる、とされる。後者の場合、長期にわたる諸行為の集積が現状をなしているのであるから、目的・効果を特定の行為に見出すことができないので総合判断に拠ることになる、というのである。なお、この両者は、20条3項と89条のいずれが適用されるかで区別されるものではないとされる。

さらに、この論者は、特定行為型についても、今後総合的判断への移行がみられるようになるかも知れず、また、考慮要素は、行為あるいは領域ごとに類型的に提示することになることが予想される、としている。——こうした分析

を参考にするとき、最高裁の見解は、目的効果基準を、精々、分野ごとに具体化して用いようとするところにあるものと思われるのである。

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練し、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⁽¹²⁾。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ところにこそ最高裁の基本的目的がある、と私は考えている。

はたせるかな、最高裁は、半年ほど後の白山比咩（しらやまひめ）神社判決（第一小法廷 2010 年 7 月 22 日）において目的効果基準を正面から用いた。すなわち、石川県白山市の市長が、白山比咩神社御鎮座 2100 年式年大祭奉賀会の発会式に出席したことの政教分離違反を、同市の住民が、地方自治法 242 条の 2 第 1 項 4 号にもとづいて損害賠償を請求した事件であるが、第 1 小法廷は全員一致で、次のとおり判示した。

——上記行為は、「市長としての社会的儀礼を尽くす目的で行われたものであり、宗教的色彩を帯びない儀礼的行為の範囲にとどまる態様のものであって、特定の宗教に対する援助、助長、促進になるような効果を伴うものでもなかったというべきである。したがって、これらの諸事情を総合的に考慮すれば、〔市長の〕上記行為は、宗教とのかかわり合いの程度が、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は認められず、憲法上の政教分離原則及びそれに基づく政教分離規定に違反するものでないと解するのが相当である。」と。そして、それに続けて、この判断は、津、愛媛および空知太各大法判決の「趣旨に徴して明らかというべきである」とされている。空知太判決がここに加えられたのは、それが目的効果基準論の基本的理解に立つものであることを明らかにしたことを意味するといえよう。

私は、目的効果論に対して、憲法の原点に立ち還ってメスを入れ、厳格分離の判断枠組みを再生させる必要があると、かねてより考えてきた者である。未完成の試論ながら、以下に章を改めて示しておきたい。

Ⅲ 厳格分離のための「二段階審査」論の試み

目的効果基準は、いずれにしても、分離の相対性を前提にしたものであって、わが国憲法の分離原則には本来的に適合しえない審査基準である。また実際に、津判決以降の判例史が物語っているとおり、その運用者によって結論が左右されるという、基準としての厳密さに欠けたものであることは否みがたく、それに代る明確な基準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、ひとつの小さな試論⁽¹³⁾を呈示しており、その後、基本的に共通した見解が、愛媛判決の高橋久子・尾崎行信各意見で示された。こうした経過をふまえ、政教分離事案については次のような厳格な審査が施されるべきであると考ええる。

(1) すなわち、国家とのかかわり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、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、右事象について、それぞれの事象毎の性格を考慮しつつ、本来の（＝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相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、二段階の審査基準論である。

右の試論を公にしたのは1989年のことであったが、これはその後学説においても受けとめられ⁽¹⁴⁾、とりわけ判例上、先にもふれたように、愛媛大法廷判決の高橋・尾崎各意見において同様の思考が示された。この点は、相当注目してしかるべきであると考えたので、それを採り入れた形で私見を補訂して再提示した⁽¹⁵⁾。

すなわち、高橋・尾崎各意見は、次のような見解を示す。——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、いいかえれば、国家

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、それは同原則が達成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、この前提条件を逆転させている。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「目盛りのない物指し」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。——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) この高橋・尾崎各意見を汲みつつ補訂を加え、次のように考える。

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、当然に右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、違憲とされる。これは、「より制限的でない他の選びうる手段」（いわゆる LRA）存否の判断手法のひとつといえる。

右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、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審査する。すなわち、分離原則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、後者にそうした憲法上の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のみ、その施策を、国家とのかかわり

が許容されるかどうかを検討しうる対象に分類して第2段階へ移す。

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、尾崎意見と若干の距離がある。

そして、第2段階で、憲法的価値に支えられていると認められた宗教的施策についてのみ、次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、これ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とされる場合に容認されるのである。その際、目的効果論的な思考方法が有益なものとして扱われてよいであろう。

つまり、私見によれば、目的効果基準は、せいぜい第2段階で採られる判断方式のひとつに位置づけられる程度のものである。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の常識的な手法であろう。つまり、およそ上のような判断をするときには誰しも思い浮かぶ要素をとりあげただけのものであって、どの領域にも妥当する基礎的な思考過程にすぎず、結論を直接導く大文字の「理論」などではない。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決定的基準たりうるのかを十分に説くことなくこれを導入し、多くの学説も、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。こうした、目的効果基準をア・プリオリに前提としてしまい、その厳格度だけを問題にする今日の判例・学説の論法は、それ自体が、日本国憲法の政教分離原則の本旨にそぐわないものと思われるのである。

(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であるため、こ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、判例により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のかも知れない。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」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」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得ない事態であると思われるのである。

それゆえ、目的効果基準なるものは、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、この第2段階でのみ用いることが適当であると考ええる。つまり、第1段階の要件を充たして第2段階の審査に入った事案について、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、当該施策における国家と宗教のかかわり合いの形態と強さなどが、ここで個別かつ具体的に検討される。これらがクリアーされない限り、国の宗教へのかかわりは違憲とされるのである。

——以上は、もとより未熟な試論であるが、いささかなりとも問題提起となることを願いつつ稿を閉じる。

註

- (1) 空知太訴訟については、次の評釈が出されている。

最高裁における政教分離の判断方法

控訴審判決関係では、多田一路「市有地を神社の敷地として無償で使用させたことが違憲とされた事例」法学セミナー 634号 109頁（2007年）。林 知更「市有地上の神社と政教分離原則」平成 19 年度重要判例解説〔ジュリスト臨時増刊 1354 号〕14頁（2008年）。

上告審判決関係では、伴 義聖＝長谷川 浩「市有地に神社は違憲の衝撃：市有地の神社施設への無償供与に違憲、違憲性解消の手段の存否については差戻し〔はなれい最前線〕」判例地方自治 327号 3頁（2010年）。井田洋子「神社の敷地となっている市有地の無償貸与が違憲とされ(A)、同譲与が合憲とされた事件(B)」速報判例解説（TKC ローライブラリー）憲法 No. 31 p. 1（2010年）。

雑誌特集として、『砂川政教分離訴訟最高裁大法廷判決』を組んだジュリスト 1399号 56頁以下（2010年）が出されている。その内容は、安西文雄〔「基調報告」政教分離と最高裁判所判例の展開（56頁）、安西・岡田信弘・長谷部恭男・大沢秀介・川岸令知・宍戸常寿による座談会（65頁）、清野正彦「砂川政教分離訴訟最高裁大法廷判決の解説と全文」（83頁）を含む。

論説として、大林文敏「政教分離に関する違憲審査基準の動揺——砂川市政教分離訴訟を素材として」愛知大学法学部法経論集 185号（2010年）1頁。

解説等として、小泉良幸「政治と宗教との『かかわり合い』——砂川市市有地無償貸与違憲判決（最大判平成 22 年 1 月 20 日）に即して」法律時報 82 卷 4 号 1 頁（2010年）。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 25 頁。なお、水島朝徳「政教分離原則が問われるとき」（2010 年 2 月 8 日付 同氏 HP）。

研究会報告として、本件訴訟原告側の中心的な弁護士である中島光孝弁護士の「砂川政教分離訴訟」（2010 年 8 月 25 日。いわゆるレジュメであるが、13 頁に及ぶ貴重な論稿である）。

なお、富平事件については、独立させて扱った論稿は、管見の限りでは見当たらないが、前出の井田評釈や中島レジュメが空知太判決と比較しつつ扱っている。

- (2) 本稿執筆中の 2010 年 8 月 25 日、青年法律家協会あいち 8 月勉強会において、私は、このテーマにかんして、「政教分離の判断方法——砂川市訴訟大法廷判決を中心に」と題する報告をおこなう機会を得た。その際、中島弁護士の報告（注(1)のレジュメ）から貴重な示唆を受け、また参加者から受けた質問も有益であった。記して感謝したい。
- (3) 安西・注(1)論文 64 頁。
- (4) 堀籠反対意見は、実質的に神社非宗教論を説くものである。この論理が最高裁判例中になおも現われることには驚きを禁じえない。同時に、今日の社会における宗教感情からすれば、むしろこの見解が多くの人々に迎えられれるものであろうことに

留意しておきたい。

- (5) なお、岡田・注(1)座談会発言(65頁)は、こうした多様な個別意見が展開されたのは、政教分離と信教の自由の対立の契機・緊張関係の均衡点を見出そうとする意識が、多数意見・個別意見それぞれの中で働いた結果ではないかと見ている。
- (6) 井田・注(1)評釈3頁。
- (7) 参照、中島・注(1)レジュメ4頁。
- (8) 安西・注(1)論文56頁以下。
- (9) 井田・注(1)評釈3頁。
- (10) これにかんして、大林・注(1)論説は、慎重に、本判決が目的効果基準の採用を回避したということのみをもって高く評価するのではなく、重要なのは同基準が有効に適用される領域であるか否かを精査することであるとしている(25頁)。この点、同感である。
- (11) 安西・注(1)論文62-63頁。
- (12) 同様の見解は、川岸・注(1)座談会発言77-78頁にも見出すことができる。
- (13) 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。
- (14) 小泉洋一「大法廷判決における政教分離違反の判断方法」ジュリスト1114号(1997年)43頁は、「尾崎意見の……基準に類似するものに目的効果基準を付加する2段階基準を主張する学説」が出されていた、旨の位置づけでこの小論(注⑫のもの)をとりあげ、また、同「政教分離」『憲法の争点〔第三版〕』(1999年)91頁では、右小論を、「厳格な分離により適合する、目的効果基準以外の基準を主張する立場」と捉えた上で、「私は理論的には〔これ〕を妥当と考える」とする。なお、辻村みよ子『憲法』(日本評論社・2000年)228頁が、小見を「目的・効果基準以外の基準を主張する見解」としている。また、内野正幸『憲法解釈の論点〔第三版〕』(日本評論社・2000年)66-67頁に、「目的効果基準にかわるきびしい判断基準として、国家の宗教への関与はそれが必要不可欠であるとする例外的理由が示されないかぎり違憲になる、とする立場をとるのも一案となろう」との叙述がみられる。
- (15) 拙稿「即位の礼・大嘗祭の憲法適合性——東京地裁1999年3月24日判決についての意見」南山大学アカデミア人文・社会科学編(75)85頁、とくに98頁以下。

(2010年9月25日 脱稿)