

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——

大 林 文 敏

目 次

- I. はじめに
- II. 砂川市政教分離事件判決の概要
 - 1. 事実関係
 - 2. 最高裁の判決
- III. 砂川市政教分離事件判決の分析
 - 1. 下級審の判決
 - 2. 最高裁大法廷の意見分布
- IV. 政教分離原則の限界
 - 1. 目的効果基準の射程距離
 - 2. 学説の対応
- V. 砂川市政教分離事件判決の意義
 - 1. 目的効果基準の不採用の理由
 - 2. 総合的判断基準の意義
- VI. 結びにかえて

I. はじめに

故・芦部信喜が最後の論文集として公刊した書物は、『宗教・人権・憲法学』⁽¹⁾であった。その帯に記された「芦部憲法学の総決算」の文字をみるまでもなく、芦部が憲法と宗教との関係に多くの関心を払い、その研究に従事してきたことは、この書物に端的にあらわれている。とりわけ、芦部が腐心したのは、政教分離に関する違憲審査基準の厳格化であった。最高裁の採用する目的効果基準では不十分であると考えていたのである。これに対して最高裁は、一貫してこの基準を適用し続けた。ところが、今年に入り、最高裁は新たな動きを見せた。

2010年1月20日に、最高裁大法廷は、砂川市政教分離事件において従来の判例法理である「目的効果基準」をとらずに、新たな基準を用いて違憲判断を示した⁽²⁾。そこで、本稿においては、この事件を取り上げてみようとおもう。まずは、砂川市政教分離事件判決の概要と分析を示し、つぎに政教分離原則の限界として「目的効果基準」の問題点および学説の対応を取り上げる。そして最後に、本件の意義と課題について論じてみようとおもう。

(1) 芦部信喜『宗教・人権・憲法学』（有斐閣、1999年）。

(2) 本稿で取り上げるのは、「空知太神社」に関する事件である。これに類する事件として、砂川市が神社の敷地を町内会に無償で譲与した「富平神社」事件がある。これについて最高裁は、同日、全員一致で政教分離原則に反しないと判示した。

Ⅱ．砂川市政教分離事件判決の概要

1．事実関係

まずは、どのような事件なのかを確認しておく必要がある。

1892〔明治25〕年ころ、S地区の住民らは、五穀豊穡を祈願して、現在の砂川市（以下、「市」という。）にある市立S小学校（以下、「本件小学校」という。）の所在地付近に祠を建てた。その後、1897〔明治30〕年、地元住民らが、神社創設発願者として上記所在地付近の土地につき、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。同施設には同年9月に天照大神の分霊が祭られて鎮座祭が行われ、地元住民の有志団体であるS青年会がその維持管理にあたった。1903〔明治36〕年、本件小学校が建設されたが、1948〔昭和23〕年ころ、校舎増設および体育館新設の計画が立てられ、その敷地として神社のあった土地を使用することになったため、上記土地から神社の施設を移転する必要が生じた。そこで、S地区の住民であるDが、この計画に協力するため、その所有する本件土地を同施設の移転先敷地として提供した。同施設は、そのころ、同土地に移設され、1950〔昭和25〕年9月15日には同土地上に本件地神宮も建てられた。

Dは、1953〔昭和28〕年、本件土地に係る固定資産税の負担を解消するため、砂川町〔当時〕に同土地の寄附願出をした。町は、同年3月の町議会において、同土地の採納の議決および同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、同月29日、Dからの寄附に基づきその所有権を取得した。1970〔昭和45〕年には、当該土地とその隣接地に、市からの補助金の交付を受けて、地域住民の集会場などとなる建物としてS会館を新築した。これに伴い、従来の神社施設は取り壊され、代わりにS会館の一角に祠が移設され、鳥居が設置されて、鳥居正面のS会館入り口上部

には「神社」と明記された。

要するに、市が所有する土地の上に、地域の集会場等である S 会館が建てられ、その一角に S 神社の祠が設置され、建物の外壁に「神社」の表示が設けられ、本件土地には、鳥居および地神宮が設置されていたというのである（以下、これらの 4 物件を併せて「本件神社物件」という。）。

本件では、市の所有する土地を神社施設の敷地として無償で使用させることは、憲法の定める政教分離原則に違反する行為であって、敷地の使用賃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、市の住民である被上告人らが上告人に対し、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ものである。

2. 最高裁の判決

つぎに、本件の最高裁は、どのような判断を下したのかをみてみよう。その際、事実認定についてはあまり触れずに、合憲性の判断枠組みにあたる部分のみに限定して以下に摘示しておく。

- (1) 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ものではなく、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。

- (2) 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。〔下線部分は、引用者。この基準を、以下、便宜上「総合的判断基準」と称する。〕

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）の趣旨とするとところからも明らかである。

- (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。〔下線部分は、引用者〕
- (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

付与にも該当すると解するのが相当である。[下線部分は、引用者]

以上が、砂川市政教分離事件の大法廷判決の骨子である。(4)の最後の部分において、本件利用提供行為が違憲であることを明示した点に、改めて注目したい⁽³⁾。

Ⅲ. 砂川市政教分離事件判決の分析

1. 下級審の判決

本件の最大判の分析をするにあたって、やはり本件の下級審はどのような判断を示したのかを考察しなければならない。

(一) まず、第1審判決(札幌地裁)では、被告が、本件土地にある鳥居、地神宮並びに建物の外壁における神社の表示及び建物内の祠の取去を請求することを怠る事実が違法であることを確認している。その理由として用いられた判断基準は、津地鎮祭事件最大判および愛媛玉串料事件最大判(憲法89条関連部分)で採用した「目的効果基準」に依拠している。念のため、その第1審判決(2006[平成18]年3月3日)の該当部分を以下に示しておこう⁽⁴⁾。

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を定めた規定を置いているところ、憲法20条3項によって国及びその機関(地方公共団体を含

(3) 政教分離原則にかかわる事例で、最高裁が違憲の判断をしたのは、愛媛玉串料事件以来である。本件では、地方自治法242条の2に基づく住民訴訟であり、同条第1項3号の「違法確認の請求」をしたものである。

(4) 石田明義「砂川『空知太神社』住民訴訟と政教分離違憲判決」法と民主主義410号(2006年)35頁。この事件と類似する富平神社事件では、札幌地裁判決(平成18年11月30日)において同様の判断基準が示されたが、ここでは合憲とされた。

む。以下同じ。)がすることを禁止されている宗教的活動とは、およそ国及びその機関の活動で宗教とのかかわり合いを持つ全ての行為を指すものではなく、そのかわり合いが相当とされる程度を超えるものに限られるというべきであって、当該行為の目的が宗教的意義を持ち、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すべきである。そして、ある行為が上記宗教的活動に該当するかどうかを検討するに当たっては、当該行為の外形的側面にとらわれることなく、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、目的及び宗教的意識の有無、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。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、前記と同様の基準によって判断しなければならない（最高裁判所昭和 52 年 7 月 13 日大法廷判決・民集 31 卷 4 号 533 頁、最高裁判所平成 9 年 4 月 2 日大法廷判決・民集 51 卷 4 号 1673 頁参照）。[下線部分は、引用者]

このような判断基準を提示した上で、第 1 審判決は、① S 神社の沿革および本件施設の宗教性、② 本件施設の所有および運営主体、③ 本件土地取得の経緯等からの評価、についてそれぞれ事実認定をおこなう。そして、砂川市の行為は、「本件施設が宗教施設である点において、特定の宗教を援助、助長、促進するものであり、宗教とのかかわり合いの程度が、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政教分離の制度の根本目的との関係で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、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。」と結論づけるのである。

この第1審について注目すべきは、本件建物における外壁の表示、祠、鳥居、地神宮を取去させることによって憲法違反の状態を解消され得る点を、指摘していることである。このような解消方法をめぐる論点は、本件最大判にまで受け継がれている。

(二) それでは、控訴審（札幌高裁）はどのような判断基準を採用したのであろうか。控訴人によれば、「原判決は、本件施設の外形、外観のみにとられる余り、S連合町内会やS神社の性格及び関係、砂川市の施策の目的等の事実を誤認しており、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、目的及び宗教的意識の有無、程度、当該行為の一般人に与える効果、影響等の諸般の事情に対する考慮を欠くという政教分離規定に関する憲法解釈の誤りがある」と主張する。具体的には、①本件施設の内容と設置目的は世俗的なものにすぎないこと、②本件施設の運営等も世俗的であること、③砂川市が本件両土地を取得したのも世俗的な行政上の目的であること、④神道を援助、助長したり、他の宗教に対する圧迫、干渉の効果もないこと、をそれぞれ主張した。札幌高裁では、これらの具体的争点を1つずつ反論した上で、以下のように判示する。

砂川市が本件両土地を取得し、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。〔下線部分は、引用者〕

このように控訴審も、第 1 審と同じく、憲法 20 条 3 項のいう「宗教的活動」については、「目的効果基準」を用いて違憲の判断を下した。その際、「一般人の評価」を基準とし、「外形的事実」に重点を置くことによって、判断者の主観性を排除しようとしている⁽⁵⁾。また、「特別の関わり合い」や「特定の宗教に特別の便宜を与えているとの印象」を強調する点では、アメリカのレーモンテストやエンドースメントテストを想起させる⁽⁶⁾。もっとも、憲法 20 条 1 項後段および 89 条規定違反については、「政教分離の精神に」⁽⁷⁾ 反するという微妙な言い回しをしている点が札幌地裁と異なる。これは、おそらく S 連合町内会が 20 条 1 項後段の「宗教団体」、89 条の「宗教上の組織若しくは団体」に当たらないものとの認定から、このような婉曲的な表現になったのではなかろうか⁽⁸⁾。

(5) 多田一路「市有地を神社の敷地として無償で使用させていることが違憲とされた事例」法セミ 634 号 (2007 年) 109 頁。

(6) 甲斐素直「市有地上の神社と憲法 89 条」会計と監査 (2007 年 12 月号) 25 頁, 30 頁。
小泉良幸「信教の自由と政教分離」小山剛・駒村圭吾『論点探求憲法』(弘文堂, 2005 年) 138 頁, 141 頁参照。

(7) 控訴審は、結論としては、S 市長が S 連合町内会に対し、本件の神社物件の取去を請求しないという点において「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べきである」と判示している。

2. 最高裁大法廷の意見分布

今回の最大判は、「目的効果基準」を用いなかった。この点をどのように評価すべきかはきわめて重要な論点であるが、この点については後述する。今回の最高裁では、多数意見の他に、3つの「補足意見」、1つの「意見」、そして2つの「反対意見」がそれぞれだされている⁽⁹⁾。ここでは、その全てを紹介するのは必ずしも適切ではなく、本稿の目的に必要なかぎりで考察しておきたい。

(一) 多数意見と結論を同じくするものの、総合的判断をめぐって、多数意見とは異なる理由づけをしている「意見」が注目される⁽¹⁰⁾。すなわち、この「意見」は、多数意見の合憲性の判断枠組みに賛意を表しながらも、以下の点において当該施設の宗教性については部分的または抽象的な事実認定にとどまっており、本件利用提供行為を合憲と判断することもありえりと判示している。

具体的には、①建物内部の構造は、地域のコミュニティーセンターとし

(8) 89条の「宗教上の組織若しくは団体」の解釈については、広義説と狭義説の対立がある。従来の最高裁は狭義説の立場をとっており、本件の控訴審もこの立場をとった。これに対して、第1審は、広義説をとっている。この点につき、林知更「市有地上の神社と政教分離原則」ジュリ1354号(2008年)14頁参照。

(9) 大法廷を構成したのは、2009年12月に逝去した涌井裁判官を除く14人の裁判官である。藤田宙靖、田原陸夫および近藤崇晴の各裁判官が「補足意見」を表明し、そして甲斐中辰夫・中川了慈・古田佑紀・竹内行夫の4名の裁判官が共同して1つの「意見」を形成し、最後に反対意見を表明したのは今井功および堀籠幸男の2名の裁判官である。裁判官の少数意見については、中野次雄編『判例とその読み方〔三訂版〕』(有斐閣、2009年)104-105頁参照。最高裁が、このように意見が区々にわかれることはあまり多くない。最高裁の裁判官間の「和」を指摘するものに、伊藤正己『裁判官と学者の間』(有斐閣、1993年)116頁以下参照。

(10) 原判決を破棄し、原審に差し戻すという結論自体は多数意見と同じであるが、憲法適合性については審議不尽につき、原審に差し戻すべきであると判示する。

て利用するように造られており、本件建物の利用状況も神社の行事として用いられるのはわずかであることから、本件土地利用提供も、特定の宗教に対する特別の便宜の提供や支援にあたるかの判断に影響があること、②過去の経緯からすれば、市側が寄附を受け入れた経緯や寄附された土地の利用状況が便宜供与に当たるかどうかを全体的に評価するべきであること、③本件神社の氏子集団の性格や活動を考慮しなければならないこと、④当該宗教施設が存在する地元住民の一般的な評価を検討しなければならないこと、をあげている。

以上から、「意見」は、原判決を破棄し、本件利用提供行為の合憲性の判断について更に審議を尽くさせるために、本件を原審に差し戻すべきであると判示している。

(二) もうひとつ取り上げたいのは、本件利用提供行為は憲法に違反しないと考える堀籠反対意見である。堀籠裁判官は、多数意見のいう「憲法判断の枠組み」について基本的には賛意を表しながらも、「これを本件に適用し、違憲と判断する点において、多数意見に賛成することができない。」という。その理由として、堀籠裁判官は、①無償提供の経過を子細にみると、市の得ている利益の方が上回っていること、②神道が自然発生的に育った伝統的な民族信仰・自然信仰であって、他の宗教と同列に論ずるのは相当でないこと、③本件神社は氏子集団によって管理運営されており、国民一般からみれば、世俗的な行事ではないという多数意見には違和感があること、⑤本件神社物件は、宗教性がより希薄であり、むしろ習俗的、世俗的施設の意味合いが強い施設であること、をそれぞれ指摘している。かれは、多数意見が述べるような「総合的判断基準」を受け入れ、この判断枠組みに依拠することを表明した上で、「これらの諸事情を総合すれば、多数意見が指摘する点を考慮に入れても、一般の国民は、砂川市が本件神社の施設の敷地を無償で提供している行為が同神社の宗教を援助、助長又は促進する行為であるとは到底考えられないというべきであり、したがっ

て、本件利用提供行為は、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到底認められないというべきである。」と結論づけている。

このような「意見」や「反対意見」からも分かるように、多数意見と合憲性の判断枠組みは同じであっても、具体的な事件の事実認定や適用段階において、多数意見と判断や結論が異なり、判断基準としてのあいまい性の問題が残る。

IV. 政教分離原則の限界

1. 目的効果基準の射程距離

周知のように、津地鎮祭事件（最大判 1977 [昭和 52] 年 7 月 13 日）⁽¹¹⁾ において、初めて「目的効果基準」が打ち出されたことは、改めて指摘するまでもない。その後の政教分離をめぐる諸判例をみると、その是非はさておき、「目的効果基準」という審査基準を用いて政教分離にかかわる事件を一元的に処理してきた。

まずは、その嚆矢となった津地鎮祭事件の判決内容を、今後の議論の展開のためにも、ここで再確認する必要がある。最高裁は、政教分離がいわゆる制度的保障の規定であって、国家と宗教との完全な分離を実現することは事実上不可能に近いものであるとの立場に立つ。その上で、政教分離原則は、国家が宗教的に中立であることを要求するものであるが、国家と宗教とのかかわり合いをもつことを全く許されないとするものではなく、「宗教とのかかわり合いをもたらし行為の目的及び効果にかんがみ、そのかわり合いが右の諸条件 [各々の国の社会的・文化的諸条件] に照ら

(11) さしあたり、日比野勤「神道式地鎮祭と政教分離の原則」高橋和之ほか編『憲法判例百選 I 〔第 5 版〕』（有斐閣、2007 年）96 頁を参照にされたい。

し相当とされる限度を超えるものと認められる場合にはこれを許されないとするものである。」そして、憲法 20 条 3 項の「宗教的活動」とは、「およそ国及びその機関の活動で宗教とのかかわり合いをもつすべての行為を指すのではなく、そのかかわり合いが右にいう相当とされる限度を超えるものに限られるべきであって、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をいうものと解すべきである。」という。

わが国においても、津地鎮祭事件以後、政教分離に関するさまざまな種類の事件が生じた。それを、いまいし具体的にいえば、自衛官合祀事件にみられるように私人の行う宗教的行為に対し国が関与する場合⁽¹²⁾、愛媛玉串料事件のように国が宗教団体に公金を支出する場合、大阪地藏像事件⁽¹³⁾、箕面忠魂碑・慰霊祭事件⁽¹⁴⁾にみられるように私人の行う宗教的行為に対し国等が便宜供与を行う場合、さらには神戸高専事件のように個人の信教の自由と公教育の宗教的中立性が問われた場合において、「宗教的活動」(20 条 3 項)の該当性につきこの判断基準が一貫して用いられた。かかる意味においては、目的効果基準論の射程距離はきわめて広くおよび、かつ目的効果基準は、わが国の政教分離原則のいわば万能的な判断基準として確立したといっても決して過言ではなかった。

2. 学説の対応

(一) このように、わが国の判例で用いられた目的効果基準に対して、学説は、概して批判的な態度をとった。目的効果基準の緩やかなあるいは形式的な適用によって事件が処理されている点を指摘する説、さらに政教分

(12) 自衛官合祀事件最大判 1988 [昭和 63] 年 6 月 1 日。

(13) 大阪地藏像事件判決最判 1992 [平成 4] 年 11 月 16 日。

(14) 箕面忠魂碑・慰霊祭事件最判 1993 [平成 5] 年 2 月 16 日。

離が問われる場面の類型を念頭において類型ごとに判断基準を提示する説などがあらわれた。だからといって、目的効果基準そのものを全面的に放棄するわけではなかった。

前者の考え方の代表的な主唱者である芦部によれば、日本国憲法の定める厳格な政教分離原則を生かすためには、津地鎮祭事件の最高裁大法廷判決の示した目的効果基準に代えて新しい基準を提示することも考えられるが、「まずは判例の採る目的効果基準を——とくに1980年代のアメリカ憲法判例を参照にして——精錬化することが、実践的には最も望ましく、目的効果基準をそのように厳格な政教分離原則に則する形で解釈・運用することは、わが国の判例法理の枠内でも可能である⁽¹⁵⁾」というのである。

こうした観点から、芦部はアメリカの判例理論であるレモンテストやエンドースメントテストを参考にすることによって、政教分離原則を厳格化しようと試みた⁽¹⁶⁾。なお、エンドースメントテストは、政府行為が社会に向けて発する「メッセージ」に着目する審査方法であり、政府行為が現実には有する社会的意味や象徴的機能を目的効果論の適用において取り込もうとする理論である⁽¹⁷⁾。

この見解が、わが国の従来の通説あるいは多数説といってよいであろ

(15) 芦部・前掲注(1) ii 頁。

(16) 詳細は、芦部信喜『憲法学Ⅲ人権各論(1)』（有斐閣、1998年）164頁以下参照。もっとも、愛媛玉串料事件最大判については高く評価する。芦部・前掲注(1) 83頁。なお、アメリカと日本の差異を指摘するものとして、大石真「政教分離原則の再検討」ジュリスト 1192号（2001年）93頁、97-98頁参照。

(17) 小泉・前掲注(6) 140頁以下。これがエンドースメントテストの第1の特徴であり、第2の特徴は、政府が特定の宗教または宗教一般を「是認」することによって当該宗教を支持しない者に対して二級市民としてのスティグマを押されるという。のみならず、信教の自由を理由として一般的な国法上の義務から免除した場合にも、このエンドースメントテストが機能するという。

う⁽¹⁸⁾。ここで留意しなければならないのは、この見解はアメリカのレモンテストないしエンドースメントテストと目的効果基準との相互の関係が常に問われるということである。芦部が論拠とした1970年代から80年代においては、政教分離の厳格度を高める方向にアメリカ憲法判例は動いたが、しかし1990年代に入って緩和化に向かうようになった。この点を、どうみるのか。わたくしにはコメントする資格も能力もないが、ある論者は、アメリカの判例法理を参考にすることによって、「日本国憲法の政教分離原則の趣旨に適合するべく、目的効果基準の厳格度を高めていく、という従前の通説的なアプローチは、今後も、一定の妥当性を有し続けるであろう⁽¹⁹⁾。」と指摘している⁽²⁰⁾。アメリカの豊富な事例研究から、政教分離原則のあり方や判断基準を学ぶことは、今後必要とされるからである。

(二) このような通説に対して、国家と宗教のかかわり方を類型化し、類型ごとに妥当な判断枠組みや判断基準を模索しようとする考え方も現れている。このような説を唱えたのは、日比野勤教授である。かれは、津地鎮祭事件に関連して、「国家と宗教とのかかわり合いの許否の基準としての

(18) 小泉洋一「政教分離」大石眞・石川健治編『憲法の争点』（有斐閣、2008年）112頁。

(19) 神尾将紀「レモン・テストないしエンドースメント・テストと目的効果基準の狭間で——アメリカ憲法判例を参考にした政教分離原則をめぐる判例・学説の検証——」大沢秀介・小山剛編著『東アジアにおけるアメリカ憲法——憲法判例の影響を中心に——』（慶應義塾大学出版会、2006年）205頁、249頁。なお、松井茂記『アメリカ憲法入門〔第6版〕』（有斐閣、2008年）では、アメリカの「国教樹立禁止条項をめぐる領域は、現在最も動揺している領域の一つである」（同書240頁）と指摘する。同じく、アメリカ連邦最高裁の混乱ぶりを指摘する最新の論文として、門田孝「政教分離原則の検討枠組に関する一考察——合衆国連邦最高裁判例解説の試みと併せて——」法政論集230号（2009年）271、277-278頁が有益である。

(20) 芦部・前掲注(1)31頁以下。複合的な「中立性」の概念を「公平性」と「不介入」という2つに分けて論述している。安西文雄ほか著『憲法学の現代的論点〔第2版〕』（有斐閣、2009年）355頁、365-366頁。

目的効果論の内容が明瞭ではない」とし、津地鎮祭事件では国家と宗教とのかかわり合いの諸類型が区別されていないことを指摘する⁽²¹⁾。その上で、「国が宗教活動を行う場合、国が宗教団体を援助する場合、国が非宗教団体の行う宗教活動を援助する場合の3類型に整理でき[る]」とし、憲法も20条3項で第1、89条および20条1項後段で第2の類型を規定するが、残りの第3の類型については、憲法で明定されておらないために政教分離の対象に取り組むには、一定の解釈学的操作が必要であるとし、「類型に応じた分離の程度の再定式化が必要になりうる」と主張する。

かような類型論を更に推進し、通説を批判し発展的に克服しようと試みるのが、林知更准教授である⁽²²⁾。まず、かれの批判の対象とする通説とは、政教分離の「目的」を信教の自由の確実な保障に求め、できる限り厳格な分離を要請し、目的効果基準の厳格な適用を求める考え方を指す。かれの見解によれば、政教分離は、その目的とされる信教の自由以外の諸原理が交錯する複合的な構造をもっていること、ならびに政教が問題となる多様な局面に応じて、関係する原理的諸要因を考慮しつつ、憲法の要請をより具体的に明らかにしていく必要があると唱える。

ここでは、林准教授の見解の詳細は省略せざるをえないが、かれの論文で注目したいのは、わが国の政教分離に関する判例の特徴をつぎのように整理する点である。わが国の判例は、国家と宗教のかかわり方の類型の差異を捨象して、「宗教に関わるすべての国家行為を単一の判断基準で一元的に判断する」という判断枠組みをとったという。すなわち、①20条3項

(21) 日比野・前掲注(11)96頁。日比野勤「神道式地鎮祭と政教分離の原則——津地鎮祭事件——」芦部信喜・高橋和之編『憲法判例百選Ⅰ〔第3版〕』（有斐閣、1994年）90頁以下。

(22) 林知更「政教分離原則の構造」高見勝利ほか編『日本国憲法解釈の再検討』（有斐閣、2004年）114頁以下。

の射程を拡大したこと（宗教に関わるあらゆる国家行為を20条3項の審査対象としたこと）、②審査基準を一元化したこと（20条3項の審査基準も、89条前段の審査基準も、同じ目的効果基準に従うとしたこと）、によってこのような一元的な判断を可能にした、と指摘する。このような判例にあっては、一元的な審査基準をいかに適用するのかが重要であって、憲法の諸規定の規範構造や憲法の諸概念の意味を厳密に問うことは、二次的な意味しかもたないことになる、というのである⁽²³⁾。

林准教授は、こうした通説の考え方や判例の特徴を念頭に置きながら、憲法上の規定に従って、「国家の宗教への非同一化」（20条3項）と「国家と宗教団体の分離」の二種類に分類した上で、政教分離の限界をめぐる3つの問題に取り組んでいる⁽²⁴⁾。さらに続けて、判例理論の再検討として、「国家による社会的儀礼」と「国家の公共的任務遂行」という2場面（類型）を取り上げて、それぞれの目的の正当性や目的効果基準の有効性を検討している。

以上の考察を通じて、林准教授は、目的効果基準は「様々な具体的問題に取り組む際の我々の思考を分節化し合理的に秩序づける上で一定の有用な機能を果たしうるが、それは諸問題を解決するための補助に過ぎない⁽²⁵⁾」とし、目的効果基準の適用に際しても、様々な類型の問題を忘れてならない、と結論づけている⁽²⁶⁾。

（三）以上を要約すると、判例によって打ち立てられた目的効果基準に対

23 林・前掲125-126頁。かれは、さらに目的の類型化として「国家による社会的儀礼」と「国家の公共的任務遂行」を挙げて、その正当化を論じている。

24 ここでいう3つの問題とは、①「国家の宗教への非同一化」の問題、②「国家と宗教団体の分離」の問題、③「国家が信教の自由を促進するために、積極的な措置をとること」の問題、をいう。

25 林・前掲注22 135頁では、これとは別に3つの学説を説明している。

しては、学説からは大きくは2つの反応をみてとることができよう⁽²⁷⁾。ひとつは、目的効果基準自体は肯定し、それを厳格に適用することを求める通説であり、もうひとつは、目的効果基準を全面的に否定するのではないものの、国家と宗教とのかかわり合い方を類型化し、類型ごとに妥当な基準を模索するという有力説である。

以上の点について、小泉洋一教授が、政教分離違反が問われる場合が決して一様ではなく、場合ごとに、非宗教性、宗教的中立性（特に公平性）、信教の自由が要請される程度も異なるから、すべての場合で目的効果基準により判断するのは妥当ではなく、「政教分離違反が問われる類型ごとに、各々に適した判断方法・審査基準を模索することが、憲法学にとって今後の課題であろう⁽²⁸⁾」と指摘したことは、まことに正鵠を射た考え方であるとおもう。ただ、こうした立場に立つにしても、目的効果基準とのすりあわせの作業が依然として残されている。

学説の対応はさておき、今回の砂川市政教分離事件判決は目的効果基準を用いていない。このことは、やはり判例上からも目的効果基準が「曲がり角」にきていること、あるいはひとつの「反省期」に入っていることの証左であろう。それでは、これをどのように評価するべきであろうか。つぎに、この問題を取り上げてみたい。

26) この他に、高橋和之『立憲主義と日本国憲法』（有斐閣、2005年）159-161頁参照。ここでは、「国に自ら宗教的活動を行う場合」（直接的宗教活動）と「国が私人の宗教を支援する場合」（宗教支援活動）の二類型に区分して説明している。門田・前掲注19）272-273頁においても、三類型を提示している。

27) 詳細は、小泉・前掲注18）112-113頁を参照。

28) 小泉洋一「政教分離と信教の自由——靖国神社問題の現状と課題——」ジュリスト1334号（2007年）72頁、77頁。

V. 砂川市政教分離事件判決の意義

1. 目的効果基準の不採用の理由

(一) 本件の第1審および控訴審は、20条3項の「宗教的行為」の適否について目的効果基準を適用して違憲の判断をくだしていることは、上記した通りであり、ここで繰り返す必要はなかろう。これに対して、本件最高裁の多数意見は従来の目的効果基準を用いずに新しい判断枠組みを提示しているのであるが、その理由を明らかにしていない。この点を推測させるものとして、藤田宙靖補足意見を取り上げるのが適切であるとおもう。藤田補足意見のみが目的効果基準の不採用について、それらしき説明をしているからである。

藤田補足意見によれば、最高裁が、従来、目的効果基準を採用したこと自体を無視することはできないが、当該基準の採用の是非・適用の仕方については、学説からの批判をうけ、最高裁のなかでも反対意見があり、改めて慎重な検討をしなければならないという。そして、これまでの目的効果基準によると、政教分離原則は、国家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て相当とされる限度を超える場合に(初めて)これを許されないとするもの」であり、これは、愛媛玉串料事件判決の尾崎意見のいうように、「いわば原則と例外を逆転させたかにも見える結論を導く」のであって、論理の飛躍があると指摘する⁽²⁹⁾。だからといって、「目的・効果についての考慮を全くせずして最終的判断を下せるともいえないように思われる」とし、結局のところ、かかわり合いの判断として『『国家の宗教的中立性』の評価に関する基本的姿勢ないし出発点の如

(29) 藤田補足意見は、主として、愛媛玉串料事件最大判の尾崎裁判官の意見を引き合いにだして論じている。

何に懸ることになる」という。さらに続けて、「このように考えるならば、仮に、論理的には上記意見に理由があると考えとしても、本件において、敢えて目的効果基準の採用それ自体に対しこれを全面的に否定するまでの必要は無いものと考える。但し、ここでいう目的効果基準の具体的な内容あるいはその適用の在り方については、慎重な配慮が必要なのであって、当該事案の内容を十分比較検討することなく、過去における当審判例上の文言を金科玉条として引用し、機械的に結論を導くようなことをしてはならない」[下線部は、引用者]、と警告している。

さらに藤田補足意見は、本件の具体的な事案を念頭におきながら、以下のように説いている点が興味深い。最高裁の判例上、目的効果基準が機能せしめられてきたのは、「問題となる行為等においていわば『宗教性』と『世俗性』とが同居しておりその優劣が微妙であるときに、そのどちらかを重視するか決定に際してであって（例えば、津地鎮祭訴訟、箕面忠魂費訴訟等は、少なくとも多数意見の判断によれば、正にこのようなケースであった。）、明確に宗教性のみを持った行為につき、更に、それが如何なる目的をもって行われたかが問われる場面においてではなかったといえることができる」という。つまり、本件における神社施設は、一義的に宗教施設（神道施設）であって、そこで行われる行事も宗教的な行事であることが明らかであるから、これまでのケースとは、状況が明らかに異なるというのである。したがって、「本件における憲法問題は、本来、目的効果基準の適用の適否が問われる以前の問題である」と指摘するのである。

(二) この藤田補足意見の指摘に則して多数意見の判断枠組みをみてみると、多数意見が採用した「総合的判断基準」は、批判の多い「目的効果基準」の採用を避け、「目的効果基準の適用の適否が問われる以前の問題」として、事案の具体的な内容および適用に重点を置いて事件を処理したものと考えられる。そうであるとすれば、下級審が目的効果基準を適用して事件を処理したのとは異なり、当該行為の目的効果に言及せずに、社会的通

念に照らして総合的に判断して違憲としたことが、うなずけよう。

このように考えられるとしても、気になるのは引用判例および引用方法である。多数意見によれば、「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日大法廷判決・民集31巻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巻4号1673頁等）の趣旨とするところからも明らかである。」として、津地鎮祭事件判決および愛媛玉串料事件判決をそのまま引用する。確かに、津地鎮祭事件判決をみると、「目的効果基準」の採用を宣言した後、「宗教的行為」の適否にあたっては「当該行為の外形的側面のみにとらわれることなく、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、目的及び宗教的意識の有無、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。」という。これを本件の多数意見の「総合的判断基準」と比べると、たしかに一部類似する表現・思考方法がみられる⁽³⁰⁾。しかしながら、上記の「外形的側面」以下の考慮要素は、「目的効果基準」の具体的な適用場面において留意すべき要素を列挙したもの、あるいは補足的な意味あいしか持たないもの、と理解されてきたはずである。すなわち、先例の「核心部分」をなす「目的効果基準」の適否に言及せずして、両判決の「趣旨とするところからも明らかである」といえるのであろうか。多数意見は、目的効果基準との関係をより明確に説明することが必要であったのではないか、という印象を抱かざるをえない。

(30) 総合判断基準の前半部分は明らかに異なるが、しかし、後半の「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」との部分は、類似する。もっとも、津地鎮祭事件判決では「客観的」な判断としているところを、多数意見では「総合的」な判断となっている点が興味深い。

2. 総合的判断基準の意義

(一) 以上のような多数意見の判断枠組みをどのように評価すべきかについて、最後に言及しておきたい。今回の事件で目的効果基準を採用しなかったこと自体は、判断基準としてのあいまい性の問題は残るものの、わたくしは一定の評価をしてもよいと考えている。政教分離原則に関わるすべての事件について、20条3項の「宗教的活動」のみの該当性を問題とし、目的効果基準という一元的な処理方法はもはや限界があったといわざるをえない。また藤田補足意見のいうように「金科玉条として引用し、機械的に結論を導く」ことは必ずしも妥当な結論を導かないとおもう。このような考え方は、前述の学説の動向とも符合するからである。

(二) わたくしは基本的には以上のように考えているが、類型論の視点に立った場合にはどのように評価できるかについては、別途、検討する必要があるとおもう。本件の場合、国等が宗教団体に特権や便益等を与えているかが問われており、20条1項後段および89条に関わる事件であると考えられる。そうすると、日比野教授の唱える第2類型、あるいは第3類型のいずれかに該当することになるだろう。

(1) この点につき、「宗教上の組織若しくは団体」(89条)に該当するか否かが、判断の決め手になる⁽³¹⁾。「宗教上の組織若しくは団体」⁽³²⁾の解釈をめぐるのは、学説・判例とも、広狭がありえる。たとえば、学説では、「厳格に制度化され、組織化されたものでなくとも、何らかの宗教上の事業ないし活動(運動)を目的とする団体」と解する広義説が通説であると

(31) 林・前掲注(8)15頁。林教授によれば、「89条の定める『宗教上の組織若しくは団体』の意義に関する広義説と狭義説との対立は、かような第三類型に対する89条の適用の拡大をめぐる争いとして整理できる。」という。

(32) 20条1項後段の「宗教団体」と89条の「宗教上の組織若しくは団体」とを特に区別する必要はないとされている。

いわれている³³⁾。

これに対して、従来の最高裁は、「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」（箕面忠魂碑・慰霊祭事件判決〔最判 1993〔平成 5〕年 2 月 16 日〕）と定義しており、狭義説にたっている。この点、本件の控訴審では、この最高裁と同じ定義を用いて、S 連合町内会は、89 条の「宗教上の組織若しくは団体」に該当しないと判断しつつも³⁴⁾、結論的には「政教分離原則の精神」に反すると判示した。

それでは、本件の最高裁はどのような立場をとったのであろうか。多数意見では、本件神社物件を管理し、祭事を行っているのは、町内会ではなく氏子集団であるとし、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という。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」と認定する。これは、先例に従うあまり、未分化の組織体をかなり強引に「宗教団体」にあてはめた観がする。

本件の最高裁のように解すれば、本件はまさしく第 2 類型と考えることができよう。もっとも、このように解することができるからといって、宗

33) 小林孝輔・芹沢斉編『基本法コンメンタール憲法〔第 5 版〕』（土屋英雄執筆）別冊法学セミナー（日本評論社、2006 年）142 頁。また、同じく広義説に立つものとして、「宗教の信仰・礼拝ないし普及を目的とする事業ないし活動をひろく意味する」と定義するものがある（宮沢俊義＝芦部信喜補訂『全訂日本国憲法』（日本評論社、1978 年）239 頁・740 頁）。

34) 控訴審の立場をとれば、第 3 類型に属することになり、この場合憲法がいかなる制約を予定しているかは文言上明確ではないといわれている。この点につき、控訴審は 20 条 1 項後段と 89 条の「精神」に反するという含みを持たせた、という指摘がある。林・前掲注(8)参照。

教団体と非宗教団体の差異をあまりにも重要視することは妥当とはおもわれず、公金支出が憲法上許されるか否かは、なお個別的に検討する必要があるとおもう⁽³⁵⁾。

(2) つぎに、89条の「公の財産の利用」および20条1項後段の「特権」⁽³⁶⁾に該当しないかどうか、問われることになる。この点については、類似する事案として、忠魂碑の移設のための代替地貸与並びに慰霊碑への出席が問われた事案（箕面忠魂碑訴訟）⁽³⁷⁾や地蔵像の移設のための市有地提供行為が問われた事案（大阪地蔵像訴訟）⁽³⁸⁾があり、本件との関連性が問題となる。これらの事件では、①目的が世俗なものであること、②当該施設の宗教性が希薄あるいは世俗的・習俗的であること、③宗教団体ではないことから、いずれも合憲と判断された。

これを本件と比較してみると、本件は、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の、「明らかな宗教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」、当初の動機、目的は違憲の判断を左右するものではないという。となると、決め手となったのは、「当該施設の宗教性」ということになるう。

(35) 右崎正博「忠魂碑・慰霊祭と政教分離の原則」高橋和之ほか編『憲法判例百選Ⅰ〔第5版〕』（有斐閣、2007年）106頁、107頁。

(36) ここでいう「特権」とは、「一切の優遇的地位・利益をさす」といわれている。野中俊彦ほか著『憲法Ⅰ〔第4版〕』（有斐閣、2006年）317頁。

(37) 右崎・前掲注³⁵参照。

(38) 桐ヶ谷章「地蔵像建立のための市有地の提供——大阪地蔵像訴訟」高橋和之ほか編『憲法判例百選Ⅰ〔第5版〕』（有斐閣、2007年）108頁参照。長谷部泰男「箕面忠魂碑・慰霊祭訴訟上告審判決」ジュリスト1026号（1993年）48頁、50頁参照。ここでは、エンドースメントテストにも言及している。

(3) このようにいいえたとしても、多数意見がわずかに言及した「目的」判断に着目したい。本件の多数意見は、目的効果基準を採用しなかったのであるから、当然のことながら判決文のなかでも「目的」判断について詳述していない。「効果」判断についてはほとんど言及もない。それでは、本件において「目的」判断と「効果」判断に触れずに、本件の事件処理がなされたことは妥当であったのであろうか。この点を、検討しなければならない。

現代国家において、ある特定宗教の支援を直接の目的とすることはごくまれであって、むしろ国家が公共的任務の遂行上宗教とかかわる場面が多いといわざるをえない。本件も、見方によってはそのような事案の1つであるが、政教分離の限界からみれば、この種の事案こそ困難かつ重要な問題点を提起する。そして、こうした領域においてこそ、目的効果基準が有効に作動するか否かを見極めなければならない⁽³⁹⁾。この点につき、「目的効果基準は、宗教団体が行う宗教的行為や非宗教的行為、非宗教団体が行う宗教的行為に国がかかわる場合に適用されてはじめて意味をもつと思われる⁽⁴⁰⁾」という見解がみられる。こうしてみると、多数意見の「総合的判断基準」が、批判が多いとされている「目的効果基準」の採用を回避したという点のみをもって高く評価するのではなく、目的効果基準が有効に適用される領域か否かを精査した上で、その評価を見定めなければならない。

(39) 林・前掲注22, 132頁。「目的効果基準が、違憲性についての判断過程を指導する機能をはたしうとしたら、それはこの局面であろう」という。

(40) 吉崎暢陽「目的効果基準の再検討」平成法学7号63頁, 92頁。目的効果基準の適用は、20条1項後段及び89条の場合に限定されるべきで、20条3項の「宗教的活動」の判断については目的効果基準を適用されるべきではないという。高柳真一「国家と宗教」法セミ増刊『思想・信仰と現代』（1977年）2頁以下。目的効果基準の適用領域を国家の福祉の給付の問題に限定すべきことを主張している。

VI. 結びにかえて

本件の結論および「総合的判断基準」をどのように評価するべきかについて、まとめておきたい。現行憲法がその歴史的背景から厳格な政教分離原則を定めているにもかかわらず、最高裁は制度的保障であることを理由として、多くは緩やかな政教分離を維持してきたといえよう。こうしたなかで、やはり今回の違憲判断という結論自体は政教分離原則の厳格な適用例として画期的な意味合いを持つとおもわれる。

その際の判断枠組みである「総合的判断基準」については、藤田補足意見が指摘するとおり、「目的効果基準」を全面的に排除するものではなく、「目的効果基準」の適用の可否が問われる以前の問題としてこの判断枠組みが採用されたと考えられる。そして、こうした処理が可能であったのは、本件の事案の固有性（当該施設の宗教的性格、経緯、土地無償提供の態様などからみて、神社という特定宗教の便宜供与としての性格）にあったのであろう。しかし、当該基準がその他の政教分離の事案に対しても有効に適用できるのかどうか、目的効果基準との棲み分けや相互の関連性さらには上記の類型論との関連性も含め、もう少し慎重に吟味しなければ、最終的な評価をくだすことは困難であるとおもう。

最後に、残された課題を指摘しておきたい。ひとつは、多数意見が違憲性を解消するための措置として神社撤去や土地明け渡し以外にも合理的で現実的手段があるとし、審理を尽くすために原審に差し戻している。ここには釈明権の問題も含まれており、裁判所としてはこの問題にどこまで介入すべきかという点が残されている。もうひとつは、仮に本件神社建物を撤去するようになった場合には、氏子集団の信教の自由が侵害される恐れがあることから、政教分離原則の実現にあたっては信教の自由との調整がはからなくてはならない⁽⁴¹⁾。こうして残された課題は、他日を期した

い。

(2010年3月26日脱稿)

【追記】本稿脱稿後、ジュリスト1399号(2010・4・15)の特集砂川政教分離訴訟最高裁大法廷判決に接した。また、林知更『『国家教会法』と『宗教憲法』の間』ジュリスト1400号(1010・5・1-15)83頁にも接した。

(41) 小泉・前掲注(6)145頁が、この点について参考になる。阪本昌成『憲法2 基本権クラシック』(有信堂、1999年)106頁では、「配慮理論」を指摘する。

