

砂川政教分離訴訟の読解

神 尾 将 紀

- I 論点
- II 政教分離判例の回顧
 - 1 津地鎮祭判決
 - 2 愛媛玉串料判決
- III 空知太神社判決
 - 1 事実
 - 2 判文その1（違憲性の審査）
 - 3 目的効果基準の不適用？
 - （1）藤田補足意見
 - （2）調査官解説
 - （3）考察
 - （4）白山比咩神社判決
 - 4 判文その2（違法性の審査）
 - 5 判文その3（富平神社判決）
 - 6 信教の自由の侵害？
 - （1）宗教的施設と国公有地無償貸与
 - （2）国有境内地処分法と富士山頂譲与判決
 - （3）考察
 - （4）差戻後上告審判決
- IV 結びに代えて

I 論点

学説上、周知のように、最高裁は、2010年1月、いわゆる砂川政教分離訴訟において、同日付で2つの大法廷判決——空知太神社判決⁽¹⁾と富平神社判決⁽²⁾——を下したところ、このうち、空知太神社判決が、ひときわ注目されてきたわけは、最高裁の政教分離判例において、1997年の愛媛玉串料判決に次ぐ「2つ目の違憲判決」となったことに加え、⁽³⁾①1977年の津地鎮祭判決以来、国（又は地方公共団体）の行為につき、「政教分離原則に反するか否かを審査する基準」として定式化された「目的効果基準」に「言及せず」、⁽⁴⁾同基準が「用いられなかった」こと、また、⁽⁵⁾②従来、憲法「20条3項」違反が中心に問われてきたのに、「89条 [前段]」（及び「20条1項後段」）のみを根拠にし、神社敷地としての市有地の無償貸与を政教分離違反としたこと、⁽⁶⁾にもかかわらず、③その政教分離違反の解消のために、市有地から神社施設を撤去させるべきとすれば、却って、（神社施設を利用する）氏子集団の「信教の自由」（20条1項前段）の「侵害」になるとして、（かかる無償貸与を政教分離違反とし、神社施設の撤去を是とした）⁽⁷⁾原判決を破棄し、本件を原審に差し戻したこと、にあった。

そこで、改めて、上記3つの論点（主として①と③の論点、従として②の

(1) 最大判平22・1・20民集64卷1号1頁。

(2) 最大判平22・1・20民集64卷1号128頁。

(3) 野坂泰司「判批」判評622号（2010年）5頁。

(4) 小泉良幸「信教の自由と政教分離」毛利透ほか『憲法Ⅱ』（第2版、2017年）178頁、188-89頁。

(5) 安西文雄「思想・良心の自由および信教の自由」同ほか『憲法学読本』（第2版、2014年）131-32頁。

(6) 林知更『現代憲法学の位相』（2016年）395-97頁〔初出「『国家教会法』と『宗教憲法』の間」ジュリ1400号（2010年）〕。

(7) 長谷部恭男「判批」同ほか（編）『憲法判例百選Ⅰ』（第6版、2013年）111-12頁。

論点)につき考察してみたい。

II 政教分離判例の回顧

1 津地鎮祭判決

最高裁は、1977年の津地鎮祭判決⁽⁸⁾において、「憲法」は、「20条1項前段」、「同条2項」で、「信教の自由を保障する規定を設ける」一方、「同条1項後段」、「同条3項」、「89条 [前段]」で、「いわゆる政教分離の原則に基づく諸規定（以下『政教分離規定』という。）を設けている」ところ、「政教分離原則とは、……国家（地方公共団体を含む。以下同じ。）は、……宗教そのものに干渉すべきではないとする、国家の非宗教性ないし宗教的中立性を意味する」と判示した。⁽⁹⁾

その上で、津地鎮祭判決は、「憲法」は、「信教の自由……の保障を一層確実なものとするため、政教分離規定を設け」、「国家と宗教との完全な分離を理想とし [た]」が、「国家と宗教との分離にもおのずから一定の限界

(8) 最大判昭52・7・13民集31巻4号533頁。

(9) 同上538頁。

なお、高橋和之『立憲主義と日本国憲法』（第4版、2017年）195-97頁は、「政教分離」を、「国家の宗教的中立性」と同義のものとした上で、その含意として、①国家が「すべての宗教・非宗教を公平・対等・平等に扱う」こと、また、②国家が「宗教にまったく介入 [・関与] しない」こと、という「二通り」の意味がある、と指摘する。

そして、予てより、芦部信喜『憲法学Ⅲ』（増補版、2000年）151-53頁も、「政教分離」、すなわち「国家の宗教的中立性」は、「国家の宗教とのかかわり合いを、いかなる形態のものであれ、すべて排除する趣旨の原則ではない」のであって、そこに含まれる①「公平」と②「不介入」という「両立しがたい」要素を、いかに「妥協させる」かの問題に帰する、と主唱していた。

してみると、津地鎮祭判決が、「政教分離」につき、国家の「宗教的中立性」——通例、上記①を意味しよう——を、国家の「非宗教性」——通例、上記②を意味しよう——と互換的に用いていることも、理解できる。

があることを免れず、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、それぞれの国の社会的・文化的諸条件に照らし、国家は実際上宗教とある程度のかかわり合いをもたざるをえないことを前提としたうえで、そのかかわり合いが、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」のであって、「政教分離規定の基礎となり、その解釈の指導原理となる政教分離原則は、国家が宗教的に中立であることを要求するものではあるが、国家が宗教とのかかわり合いをもつことを全く許さ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ず行為の目的及び効果にかんがみ、そのかかわり合いが右の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である」と判示した⁽¹⁰⁾。

この判文を捉えて、津地鎮祭判決の調査官解説は、「まず、『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国家と宗教とのかかわり合いが相当とされる限度』という基準があり、右限度を超えるかどうかを、宗教とのかかわり合いをもたらず行為の目的及び効果によって判断しようとするもの」と説明していた⁽¹¹⁾。

次いで、津地鎮祭判決は、「憲法20条3項により禁止される宗教的活動」につき、「前述の政教分離原則の意義に照らして」、以下のように判示した⁽¹²⁾。

「憲法20条3項」にいう「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ものではなく、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」のであって、「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

(10) 民集31卷4号539-41頁。

(11) 最判解説民(昭和52年度)228頁[越山安久]。

(12) 民集31卷4号541-42頁。

う」。

この点、「ある行為が右にいう宗教的活動に該当するかどうかを検討するにあたっては、……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」。

こうして、「憲法20条3項にいう『宗教的活動』を当該国家行為の『目的』と『効果』に即して限定的に定義した上で、かかる活動に該当するかどうかを様々な考慮要素の検討を通じて判断する方法」が、学説上、「目的効果基準」⁽¹³⁾と称されてきた。

そして、津地鎮祭判決は、市が体育館の建設に際し神式の地鎮祭を主催したことにつき、目的効果基準により、㊗「古来建物等の建築の着工にあたり地鎮祭等の名のもとに行われてきた土地の平安堅固、工事の無事安全等を祈願する儀式、すなわち起工式は、……時代の推移とともに、その宗教的な意義が次第に稀薄化し」、「一般人の意識においては、起工式にさしたる宗教的意義を認めず、建築着工に際しての慣習化した社会的儀礼として、世俗的な行事と評価しているものと考えられる」から、「これを主催した……市長以下の関係者の意識においては、……これにさしたる宗教的意識を認めなかったものと考えられる」、また、㊘「建築工事現場において、……神職により神社神道固有の祭祀儀礼に則って、起工式が行われたとしても」、「一般人の宗教的関心を特に高め」たり、「国家と神社神道との間に特別に密接な関係が生じ……るような結果を招くものとは、とうてい考えられない」などとし、㊚「以上の諸事情を総合的に考慮して判断すれば、……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

(13) 野坂泰司『憲法基本判例を読み直す』（2011年）152頁。

れない」(下線付加)として、「憲法20条3項により禁止される宗教的活動にはあたらない」と結論づけた。⁽¹⁴⁾

なお、津地鎮祭判決は、本件起工式が「宗教法人」たる地元の神社の神職により主宰された点につき、「前述したところによれば」、「宗教団体に特権を与えるものともいえない」から、憲法20条1項後段にも違反しない、また、その費用が「公金」により支出された点につき、「前述のような本件起工式の目的、効果及び支出金の〔報償費という〕性質、〔それ相当の〕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、89条前段にも違反しない、と付言し(ある行為が、20条3項に違反しないのならば、およそ20条1項後段及び89条前段にも違反しないことを示唆し)ている。⁽¹⁵⁾

2 愛媛玉串料判決

最高裁は、その後、政教分離違反が争われた1988年の自衛官合祀判決⁽¹⁶⁾、1993年の箕面忠魂碑・慰霊祭判決⁽¹⁷⁾、1997年の愛媛玉串料判決⁽¹⁸⁾、2002年の鹿児島大嘗祭判決⁽¹⁹⁾などでも、津地鎮祭判決を踏襲し、学説がみるところ、「憲法20条3項違反の争点を中心」に「目的効果基準」を用いてきたことから、同基準は、「政教分離訴訟において裁判所が依拠すべき判断基準として定着した」ものだった。⁽²⁰⁾

(14) 民集31卷4号543-45頁。

(15) 同上536頁、545頁。

(16) 最大判昭63・6・1民集42卷5号277頁。

(17) 最三判平5・2・16民集47卷3号1687頁。

(18) 最大判平9・4・2民集51卷4号1673頁。

(19) 最一判平14・7・11民集56卷6号1204頁。

(20) 野坂泰司「いわゆる目的効果基準について」高橋和之古稀記念『現代立憲主義の諸相下』(2013年)283頁、289-90頁。

同様の最高裁判例として、1992年の大阪地蔵像判決(最一判平4・11・16判時1441号57頁)のほか、箕面忠魂碑・慰霊祭判決との関連で、1999年の箕面遺族会補助金判決(最一判平11・10・21判時1696号96頁)、また、鹿児島大嘗祭判決との関連で、2002年の大分抜穂の儀判決(最三判平14・7・9判時1799号101頁)、2004年

その上、愛媛玉串料判決は、「憲法89条〔前段〕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〔=20条3項〕と同様の基準によって判断しなければならない」とも判示⁽²¹⁾し、同判決の調査官解説も指摘するように、津地鎮祭判決の前記判文から「自然に導かれる」こととはいえ、「目的効果基準が憲法89条〔前段〕にも同様に当てはまる合憲性審査基準であることを明らかにし〔た〕」⁽²²⁾。

そして、これを突き詰めると、学説が評するように、憲法「20条1項後段」違反と「89条〔前段〕」違反は、いわば「20条3項」違反の「部分集合」——真部分集合——に過ぎないものであり、また、「目的効果基準」は、「政教分離原則違反が争われる事案一般に適用可能なもの」ということになろう⁽²³⁾。

かくして、愛媛玉串料判決は、県が靖国神社及び護国神社の大祭に際し

の神奈川即位の礼・大嘗祭判決（最二判平16・6・28判時1890号41頁）がある。

例外として、1988年の吉見町稲荷神社判決（最二判昭63・12・16判時1362号41頁）は——もっぱら憲法89条前段違反を問い、かつ、一見して目的効果基準を用いることなく——、ごみ焼却場の建設に際し「一部事務組合が地元住民の要請により公共施設である道路の改良工事を行いその工事代金の支払のため公金を支出した」ことにつき、「右道路が宗教法人たる神社の境内入口まで通じていて参詣のための通路としても利用されているところから、右神社が右工事による利益を受けることとなるとしても、……右神社に対し特別に財政的援助を与えるものとして憲法89条〔前段〕に違反するということとはできない」のであり、「このことは、……〔津地鎮祭判決〕の趣旨に徴して明らかというべきである」と判示するにとどまる。同上42頁。

なお、この判決に付された解説によると、「本判決は、原告からの上告に対するものである」が、他方、「同じ日に言い渡された被告からの上告に対する判決」（判例集未登載）は、「専ら神社参詣のために利用される参道としての性格を有する」道路部分の「改良工事の費用の支出」については、「憲法89条〔前段〕に違反する」との「原審の判断を是認し〔た〕」という。同上41-42頁（察するに、後者の判決は、俗にいう三行判決だったのである）。

(21) 民集51巻4号1681頁。

(22) 最判解説民（平成9年度）569頁〔大橋寛明〕。

(23) 小泉・前出注（4）188頁。

玉串料等を奉納したことにつき、目的効果基準により、㊸「神社自体がその境内において挙行する恒例の重要な祭祀に際して……玉串料等を奉納すること」は、津地鎮祭判決での「起工式の場合とは異なり」、「時代の推移によって既にその宗教的意義が希薄化し、慣習化した社会的儀礼にすぎないものになっているとまでは到底いうことができず、一般人が……社会的儀礼の一つにすぎないと評価しているとは考え難い」から、「玉串料等の奉納者においても、それが宗教的意義を有するものであるという意識を大なり小なり持たざるを得ない」、また、㊹「県が他の宗教団体の挙行する同種の儀式に対して同様の支出をしたという事実がうかがわれないのであって、県が特定の宗教団体との間にのみ意識的に特別のかかわり合いを持ったことを否定することができない」ところ、「地方公共団体が特定の宗教団体に対してのみ……特別のかかわり合いを持つことは、一般人に対して、……当該特定の宗教団体を特別に支援しており、それらの宗教団体が他の宗教団体とは異なる特別のものであるとの印象を与え、特定の宗教への関心と呼び起こすものといわざるを得ない」などとし、㊺「以上の事情を総合的に考慮して判断すれば、……その目的が宗教的意義を持つことを免れず、その効果が特定の宗教に対する援助、助長、促進になると認めるべきであ[る]」(下線付加)として、「憲法20条3項の禁止する宗教的活動に当たる」⁽²⁴⁾と結論づけた。

と同時に、愛媛玉串料判決は、靖国神社と護国神社につき、いずれも「宗教法人」であって、「憲法20条1項後段にいう宗教団体」及び「憲法89条[前段]にいう宗教上の組織又は団体」に「当たる」ことが「明らか」とした上で、「以上に判示したところからすると」、「本件支出は、同条[=89条前段]の禁止する公金の支出に当た[る]」と(簡単に)結論づけ⁽²⁵⁾た。

なお、学説上、津地鎮祭判決では、「『一般人の意識においては、……社

(24) 民集51巻4号1682-85頁。

(25) 同上1682頁、1685頁。

会的儀礼として、世俗的な行事と評価しているものと考えられる』点が、……市による起工式の挙行を合憲とする判断の実質的な決め手となっていた」（下線ママ）し、愛媛玉串料判決でも、『「……一般人が……社会的儀礼……と評価しているとは考え難い』点が、……県による玉串料等の奉納を違憲とする判断の実質的な決め手となっていた」（下線ママ）のであり、要するに、これら判決は、「〈一般人の評価〉を機軸としながら、『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』かどうかを『総合的に判断』し [た]」のであって、その「決め手」は、「目的や効果に関する判断ではな [かった]」との見方もある⁽²⁶⁾。

しかし、津地鎮祭判決と愛媛玉串料判決では、当該行為に対する“一般人の評価”——すなわち、「社会通念」——は、政教分離違反の有無を判断する“決め手”とされたとはいえ、もとより、当該行為の「目的」と「効果」を認定するために用いられているのだから、その意味で、目的効果基準は、政教分離違反の有無を判断する“基準”であったと思われる。

III 空知太神社判決

1 事実

空知太神社事件は、北海道砂川市が、空知太連合町内会に対し、同会所有の空知太会館（世にいう町内会館。以下、「本件建物」ともいう）に併設された空知太神社（以下、この神社施設の構成物の総体を「本件神社物件」ともいう）の敷地として、（相隣接する5筆の）市有地（以下、これら公有地の全体を指すときは「本件各土地」、筆別に指すときは「本件土地1」などという）を無償貸与していること（以下、この市の行為を「本件利用提供行為」ともいう）につき、政教分離違反が争われた訴訟であり、空知太神社判決によ

(26) 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』（2012年）100-01頁。

ると、「原審の確定した事実」は、大要、以下の通りである。⁽²⁷⁾

戦前、「明治25年」ないし「同30年」、地域住民らが、神社敷地として（無償）貸与が認められた道有地に、空知太神社を建立した。

戦後、「昭和23年」に至り、空知太神社に隣接する（旧砂川町立）空知太小学校の増築のため、上記道有地が必要となったところ、住民 A が、これに協力すべく、神社施設の移転先として（近くの）私有地の提供を申し出たことから、（地域住民らにより）神社施設は、そこに移設され、また、その頃、「地神宮」（の石碑）も、併せて建立された。

しかし、5年後の「昭和28年」、上記私有地につき、所有者の住民 A は、固定資産税を免れたく、砂川町（砂川市の前身）に寄附を願い出たところ、町は、これを受け、町有地——本件土地 1 及び 4 ——とすると同時に、（町内会に）神社敷地として無償貸与することとした。

その後、「昭和45年」になって、「町内会」は、本件土地 1 及び 4 に加え、（住民 B らの寄附により市有地となり、市が同会に無償貸与することとした）本件土地 3、並びに、（土地改良区が所有し、同会に無償貸与することとした）相隣地（2筆）からなる都合 5 筆の土地の上に、市の補助金を受けて、空知太会館を建設したところ、これに伴い、（地域住民らにより）本件土地 1 及び 4 上にあった神社施設は、「祠」（神が宿るといふ鏡を収める）と「地神宮」を除き、一旦取り壊された上で、「祠」は会館内に移設され、また、「地神宮」の傍らに、「鳥居」が再建され、そして、その一直線上に、会館玄関とは別に「祠」の設置部屋に通じる会館入口が設けられ、その外壁には「『神社』との表示」が掲げられた。

最終的に、「平成 6 年」、市は、（土地改良区からの要請を受けて）上記相隣地を購入し、市有地——本件土地 2 及び 5 ——とした（と同時に、これも町内会に無償貸与することとした）。

なお、空知太神社は、季節毎に市内の砂川神社の宮司を招き祭事が行

(27) 民集64卷1号4-8頁。

われているものの、「宗教法人」格をもたず、(実質的に)地域住民らで構成される「氏子集団」により「管理運営」されているが、この「氏子集団」には「権利能力なき社団」性が認められない、とのことで、本件神社物件——「鳥居」、「地神宮」、「神社の表示」、「祠」の4物件を指し、本件訴訟当時、(土地建物の図面によると、本件各土地のうちでも)本件土地1及び2上に存した——は、会館と共に、「法的」には「町内会」が「所有」するものとされた。

2 判文その1 (違憲性の審査)

空知太神社判決は、「本件神社物件の宗教性は希薄であり、……本件土地1及び2を取得したのは宗教的目的に基づくものではないなどとして、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するものではない」との市側の「上告理由」を退けるべく、以下のように判示した。⁽²⁸⁾

「憲法判断の枠組み」

「憲法89条〔前段〕」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〔前段〕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」。

(28) 同上8-12頁。

この点、「国公有地が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〔前段〕との抵触が問題となる行為である」。

「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」ところ、「これらの事情のいかんは、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」。

「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……憲法89条〔前段〕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（……〔津地鎮祭判決、愛媛玉串料判決〕等）の趣旨とするところからも明らかである」。

「本件利用提供行為の憲法適合性」

「〔本件土地 1 及び 2 上の〕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」り、「本件神社で行われている諸行事」も、「神道」の「宗教的行事として行われている」。

また、「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」ところ、「本件氏子集団は、……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」のであり、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、……憲法89条〔前段〕にいう『宗教上の組織若しくは団体』に当たる」が、「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」。

「そうすると、本件利用提供行為は、……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てもやむを得ない」のであって、「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……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……にかんがみると、……当初の動機、目的は上記評価を左右するものではない」。

「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〔前段〕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」。

かくして、最高裁は、空知太神社判決で、「〔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』かどうかの判断に際し、これまでの先例で適用していた目的効果基準に言及することなく、総合判断によ〔つた〕⁽²⁹⁾」という点が、「注目される」わけである。

なお、学説では、空知太神社判決につき、「総合的判断の手法」と言う

(29) 芦部信喜『憲法』（第6版、2015年）165頁〔高橋和之（補訂）〕。

べき「新たな定式」を「採用」し、「従来」の「目的効果基準」と「使い分け [している]」とみる見方もあるが⁽³⁰⁾、もとより、津地鎮祭判決や愛媛玉串料判決も、目的効果基準の適用——当該行為の「目的」と「効果」の認定——にあたって、諸「事情」を「総合的」に「考慮」し「判断」していたのだから、別の学説がみるように、空知太神社判決は、津地鎮祭判決以来の『総合判断』の枠組みを維持するものの、目的効果基準には言及していない⁽³¹⁾と評するのが、相応しかろう。

かつて、愛媛玉串料判決の調査官解説も、「目的効果基準」を、「個々の事案における諸般の事情を総合的に考慮し、社会通念に従って、客観的に判断する手法」と位置づけた上で、「諸般の事情の総合考慮という判断手法による以上は、考慮すべき事情は、[津地鎮祭判決及び]本判決が代表的なものとして例示した事情に限定されるものではないし、それらもあくまで例示にとどまるのであり、個々の事案ごとに、それぞれにおける特徴的な事情を採り上げて総合的に検討すべきことになろう」と説明していた⁽³²⁾。

3 目的効果基準の不適用？

(1) 藤田補足意見

学説上、空知太神社判決につき、「従来の [最高裁] 判例では、[憲法] 89条 [前段] に関しても目的・効果基準が用いられていた」のに、同判決の「多数意見」では、「この基準をなぜ使わなかったのかは説明されていない」が⁽³³⁾、これを理解するには、同判決の「藤田補足意見」が「参考になる」⁽³⁴⁾とも言われる。

(30) 渡辺康行「信教の自由と政教分離原則」同ほか『憲法 I』(2016年) 190-94頁、198頁。

(31) 小泉・前出注 (4) 191頁。

(32) 最判解説民・前出注 (22) 570頁、580頁注 7。

(33) 高橋・前出注 (9) 202頁。

(34) 芦部・前出注 (29) 165頁 [高橋]。

すなわち、藤田補足意見は、以下のよう⁽³⁵⁾に主張している。

「私の見るところ、過去の当審判例上、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、そのどちらを重視するかの決定に際してであって（例えば、津地鎮祭訴訟……）、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（例えば、公的な立場で寺社に参拝あるいは寄進をしながら、それは、専ら国家公安・国民の安全を願う目的によるものであって、当該宗教を特に優遇しようという趣旨からではないから、憲法 [20条3項] にいう『宗教的活動』ではない、というような弁明を行うことは、上記目的効果基準の下においても到底許されるものとはいえない。例えば愛媛玉串料訴訟判決は、このことを示す……）」。

「本件の場合、……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また宗教的な行事であることは明らかである」以上、「本件利用提供行為が専ら特定の純粋な宗教施設及び行事（要するに「神社」）を利する結果をもたらしていること自体は、これを否定することができない」のであり、「その意味においては、本件における憲法問題は、本来、目的効果基準の適用の可否が問われる以前の問題である」。

ところが、藤田補足意見に相反し、愛媛玉串料判決は、靖国神社等への玉串料等の奉納につき、「遺族援護行政の一環として、戦没者の慰霊及び遺族の慰謝という世俗的な目的で行われた社会的儀礼にすぎない」との具側の抗弁に応じて、「そのような……儀礼的な意味合いがあることも否定できない」とし、とはいえ、「戦没者の慰霊及び遺族の慰謝ということ自体は、本件のように特定の宗教と特別のかかわり合いを持つ形でなくても

(35) 民集64卷1号17-18頁。

これを行うことができる」などと判示した上で、⁽³⁶⁾「その目的が宗教的意義を持つことを免れず、その効果が特定の宗教に対する援助、助長、促進になると認めるべきであ[る]」としたのであり、ゆえに、そこでは、目的効果基準が“機能”⁽³⁷⁾していたはずである。

同様に、空知太神社判決は、本件利用提供行為につき、「本件土地 1 及び 2 を取得したのは宗教的目的に基づくものではない」との市側の抗弁（「上告理由」）に応じて、「もともとは……世俗的、公共的な目的から始まった……ことが認められる」というのだから、本件でも、目的効果基準が“機能”するはずである。

そうであれば、藤田補足意見は、多数意見で目的効果基準が用いられなかった“理由”を述べたものではなく、むしろ、愛媛玉串料事件や空知太神社事件のような事案——「問題となる行為等」が「明確に宗教性のみを持った行為」と認められる——については、目的効果基準を用いるまでもなく——「明確に宗教性のみを持った行為」が「宗教……を利する結果をもたら[す]」のは当然であって、「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」必要はないから——、憲法 20 条 3 項（あるいは、89 条前段又は 20 条 1 項後段）違反として、違憲判断ができる、との“自説”⁽³⁸⁾を述べたものと解する他なかろう。

としても、愛媛玉串料判決が、靖国神社等への玉串料等の奉納ですら、何らかの“世俗的目的”を伴うこと——つまりは、いくぶん“世俗性”もあること——を認めているように、政教分離訴訟において、どだい、藤田補足意見のいう「明確に宗教性のみを持った行為」（下線付加）というも

(36) 民集 51 卷 4 号 1683-84 頁。

(37) 愛媛玉串料判決の大野補足意見が敷衍するところ、目的効果基準にいう「目的」は、「当該行為者の主観的、内面的な感情の有無や濃淡によってのみ判断されるべきではなく、その行為の態様等との関連において客観的に判断されるべきものであり、……世俗的目的もあるからといって、その行為の客観的目的の宗教的意義が直ちに否定されるものではない」という。同上 1690 頁。

(38) 野坂・前出注 (3) 7 頁も、藤田補足意見につき、「多数意見の基本的立場と合致するかどうか疑問である」という。

のが措定できるのか、甚だ疑問であり、結局のところ、裁判所は、常に、同補足意見のいう「問題となる行為等において……『宗教性』と『世俗性』……のどちらを重視するかの決定」を迫られるのではあるまいか。

（２） 調査官解説

これに対して、空知太神社判決の調査官解説は、まず、津地鎮祭判決以来の政教分離訴訟における「最高裁判例の判断枠組み」を「要約」すれば、『『国家と宗教とのかかわり合いは、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、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許されないものとなる』というものである』ところ、これは、「①『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』に当たるか否かという中核的・基底的な判断枠組みに関する部分」と、「②『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』という、①の枠組みに沿った判断をする上での着眼点を提示する部分」から「構成されてい [た]」とす⁽³⁹⁾る。

その上で、調査官解説は、空知太神社判決では、上記②の部分を省く「変更」が「加えられた」と指摘し、その「理由」として、④「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、ある一時点における公金の支出や公務員の儀式参列行為等といった1回限りの作為的行為であった」のに対し、⑤「本件利用提供行為は、⑥「[昭和28年の住民による旧町への本件土地1及び4の寄附に端を発する] 半世紀以上もの歴史を有する継続的行為であり、かつ、⑦「使用貸借契約の履行という作為的側面もあるものの、単に現状を放置しているという不作為の側面も併せ有」し、しかも、⑧「その継続中に [昭和45年の町内会による市の補助金を受けての会館建設に伴う] 旧来の社殿や鳥居の取壊し [及び、会館内への祠の移設や鳥居の再建]、[平成6年の市による] 改良区からの本件

(39) 最判解説民（平成22年度）40頁 [清野正彦]。

2 土地の取得などといった大きな事情の変化があ [った]」ことから、㉔「行為の目的を審査するといっても、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、効果を審査するといっても、どの時点における誰を基準とした効果を審査すればよいのか」という「問題」を挙げている。⁽⁴⁰⁾

とはいえ、愛媛玉串料判決では、「昭和56年から同61年にかけて」、靖国神社の例大祭に際し奉納する玉串料として「9回」、及び、みたま祭に際し奉納する献灯料として「4回」、並びに、護国神社の慰霊大祭に際し奉納する供物料として「9回」、都合6年間22回にわたる県による公金の支出につき、目的効果基準が適用されたのであり、これに照らすと、ある⁽⁴¹⁾(諸)行為が、(長期にわたる)“継続的行為”であっても、あるいは、“作為”であれ“不作為”であれ、それ(ら)を一括して、その“目的”と“効果”を認定することもできるはずである。

そうであれば、学説でも、調査官解説とほぼ軌を一にし、本件事案が、㉕(従来、目的効果基準が適用されてきた)「特定の公的行為につき宗教とのかわり合いが問われるタイプ(特定の行為型)」ではなく、㉖「長期にわたる諸々の行為の集積による現状が問われるタイプ(諸行為の累積型)」であったから、㉗その「目的と効果」を「問うことができな [かった]」との見方もあるが、むしろ、調査官解説が挙げたうちでも、本件利用提供行為につき、それを取り巻く「大きな事情の変化」(上記㉔)があった(と裁判官らがみた)からこそ、「目的」と「効果」を正面切って認定することができなかったと思われる。

この点、調査官解説も、空知太神社判決は、「目的及び効果という用語を正面から用いてはいない」が、「目的については、『ももとは……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

(40) 同上40-41頁。

(41) 民集51巻4号1677-78頁。

(42) 安西文雄「政教分離と最高裁判所判例の展開」ジュリ1399号(2010年)62頁。

るという目的によるものではなかった』というように] 無償提供行為の始まった当初の目的のいかんが、その憲法適合性の判断に影響を与えることがあり得ることを前提とするものと解される」し、また、「効果についても、個別の考慮要素が『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』という形で、判断基準に内在的に取り込まれて⁽⁴³⁾いるとみることもできる」と付言している。

(3) 考察

以上からすると、空知太神社判決は、本件利用提供行為につき、それを取り巻く「大きな事情の変化」をみて、「目的」と「効果」の“認定時機”を逸し、目的効果基準（の定式）に言及しなかったものの、結局のところ、津地鎮祭判決以来の政教分離訴訟における「最高裁判例の判断枠組み」に依拠し、それを“変形”させながら、目的効果基準（の論理）を適用したようにみえる。

これは、空知太神社判決では、調査官解説も指摘するように、「本件利用提供行為が違憲となった時期がいつか」について「何ら触れるところがない」こと⁽⁴⁴⁾、対照的に、原判決が（第1審判決を支持して）、「市が本件両土地 [= 本件土地1及び2] を取得し、以後、本件施設 [= 本件神社物件] の維持のために無償で使用させている行為」につき——すなわち、本件神社物件に係る昭和28年来（昭和45年、平成6年を経て、本件訴訟当時に至るまで）の市の諸行為を一括して——、目的効果基準により、その「目的」は、「宗教施設の維持存続にあ」って、「宗教的意義をも」ち、また、その「効果」は、「一般人をして……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」し、「特定の宗教に対する援助、助長、促進になる」などとして、「憲法20条3項の禁止する宗教的活動に当たる」と判示して⁽⁴⁵⁾いたこと、からも裏づけられる。

(43) 最判解説民・前出注(39)39頁。

(44) 同上44頁。

なお、田原補足意見は——原判決を慮ってか（ただし、多数意見で共有された見解かは疑わしいが）——、昭和28年に旧町が「本件土地1及び4を、祠等の境内地として無償で使用させるとの負担付で寄附を受け容れた」行為からして、「政教分離原則」に反し「無効」だと明言し、とはいえ、これを「関係者が現時点において……主張することは、信義則上許されない」し、また、「市において時効取得を主張し得る」以上、「寄附の採納が有効か否か」は、本件利用提供行為の違憲判断に「影響を及ぼすものではない」と述べている（この理屈によれば、平成6年に市が本件土地2を——⁽⁴⁶⁾神社敷地として無償貸与することを前提に——購入した行為も、本来は“政教分離原則”に反し“無効”だとしても、どのみち“信義則”により“有効”とみなされ、やはり本件利用提供行為の違憲判断の障害とはならないだろう）。

してみると、空知太神社判決は、本件利用提供行為につき、“効果”の認定——「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」以上、「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]」——を梃子にして、“目的”の（宗教的）意義——「もともとは……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」としても、「明らかな宗教的施設……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」以上、「当初の動機、目的は上記評価を左右するものではない」——をほのめかしつつ、⁽⁴⁷⁾違憲判断を下した、と読める。

実際、近藤補足意見は、堀籠反対意見を捉えて、「本件利用提供行為は、いわゆる目的効果基準に照らしても政教分離原則に反するとはいえないとするもの」と評し（これに反論を加え）⁽⁴⁸⁾ており、とはいえ、当の堀籠反対

(45) 民集64巻1号124-25頁。

(46) 同上23-27頁。

(47) 本件利用提供行為につき、「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]」という“効果”を有するのならば、その“目的”が宗教的意義をもつことは、必定だろう。

意見は、「多数意見」の「憲法判断の枠組み」に「賛成する」が、本件利用提供行為を「違憲と判断する点」で「賛成することができない」とした上で、「市は……[昭和28年の]負担付贈与契約に基づく契約上の義務の履行として、その所有地を[神社敷地として]無償で提供しているものというべきであり」、また、「本件神社物件の宗教性も希薄である」などとし、「これらの諸事情を総合すれば」、本件利用提供行為につき、「一般の国民は、……本件神社の……宗教を援助、助長又は促進する行為であると(49)は到底考えない」と主張するにとどまる、ということは、多数意見でも目的効果基準が用いられた(とみる裁判官もいた)のではないか、と思わせる。

(4) 白山比咩神社判決

最高裁は、空知太神社判決の半年後の政教分離訴訟——白山比咩神社判決(50)——において、神社（「宗教法人」たる白山比咩神社）の大祭（同神社の鎮座2100年を記念する祭祀）に係る諸事業を奉賛するための団体（以下、「奉賛会」という）の発会式に際し、地元の市長が出席して祝辞を述べたことを合憲とするにあたり、以下のよう(51)に判示した。

④「地元にとって、本件神社は重要な観光資源としての側面を有していたものであり、本件大祭は観光上重要な行事であった」ところ、「〔③〕奉賛会は、このような性質を有する行事……の奉賛を目的とする

(48) 民集64巻1号29-30頁。

(49) 同上42-46頁。

この点、甲斐中ら（共同）意見も——実質、堀籠反対意見と同様——、「多数意見」の「憲法判断の枠組み」に「賛成する」が、「地元住民の一般的な評価」では、「本件神社が……神道を具現、普及するようなものとは受け止めておらず、本件利用提供行為に特段憲法上の問題はないとの理解が一般的ではないか」などとして、「多数意見の判断とは異なり、本件利用提供行為を合憲と判断することもあり得た」という。同上32-37頁。

(50) 最一判平22・7・22判時2087号26頁。

(51) 同上28-29頁。

団体であり、……観光振興的な意義を相応に有するものであって、……
[C] 本件発会式も、本件神社内ではなく、市内の一般の施設で行われ、
その式次第は一般的な団体設立の式典等におけるものと変わらず、宗教
的儀式を伴うものではなかった」のであり、そして、①「[市長] の祝辞
の内容が、一般の儀礼的な祝辞の範囲を超えて宗教的な意味合いを有す
るものであったともうかがわれない」。

「そうすると、……市長……が本件発会式に出席して祝辞を述べた行
為は、[E] 市長が地元の観光振興に尽力すべき立場にあり、本件発会
式が上記のような観光振興的な意義を相応に有する……団体の発会に係
る行事であることも踏まえ、……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、[F] 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」(下線付加)。

「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 [=20条 3 項のほか、20条 1 項後段及び89条前
段] に違反するものではない」(下線付加)。

「以上の点は、当裁判所大法廷判決 (……[津地鎮祭判決、愛媛玉串料判
決、空知太神社判決] 等) の趣旨に徴して明らかとすべきである」。

この点、学説上、白山比咩神社判決につき、「目的効果基準を用いず、
諸事情を考慮した総合的判断という手法を用いた」空知太神社判決になら
い、「総合的判断という大枠」の中で、「市長の本件行為の目的と効果とに
注目した総合的判断がなされた」のであって、「目的効果基準によったよ
うに見えるものの、その実、目的効果基準を総合的判断の一手法へと相対
化している」⁽⁵²⁾との見方もある。

だが、前記判文をみると、市長の行為を合憲とすべく、「総合的」に「考慮」された「諸事情」のうち、①本件神社及び本件大祭につき“観光資源的な側面がある”との認定（判文㉔）、相応して、②奉賛会につき“観光振興的な意義がある”との認定（判文㉕）、加えて、③本件発会式及び市長の祝辞の内容につき“宗教性が希薄である（あるいは、無い）”との認定（判文㉖及び㉗）は、いずれも、④市長の行為の「目的」と「効果」（判文㉘と㉙）を認定するための要素とされている以上、白山比咩神社判決での合憲性審査の手法は、本質的に——体裁上、空知太神社判決の影響がみられるものの——、（従来型の）目的効果基準と異なるところはなからう。⁽⁵³⁾

4 判文その2（違法性の審査）

そもそも、空知太神社事件は、「市……がその所有する土地を空知太神社……の敷地として無償で使用させていること……は、憲法の定める政教分離原則に違反する行為であって、市長である Y [=被告・控訴人・上告人] において敷地の使用貸借契約を解除し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、市の住民である X [=原告・被控訴人・被上告人] らが、Y 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⁽⁵⁴⁾事案」、すなわち、住民訴訟を利用した政教分離訴訟であった。

このため、調査官解説も指摘するように、「住民訴訟において、ある事実行為 [や法律行為] ……が違憲と主張され、その事実行為等に係る財務

(52) 田近肇「判批」民商143巻6号（2011年）721-23頁。

(53) 野坂・前出注（20）318-19頁、323頁注94も、白山比咩神社判決につき、「類似」の「事案」を扱った箕面慰霊祭判決や鹿児島大嘗祭判決などの「先例」に「倣ったもの」とした上で、これを超えて、『目的効果基準による考察が総合考慮の内容とされている』とし、そこに『最高裁における目的効果基準の位置づけ』の『変容』を指摘する見解には「賛成できない」という。

(54) 最判解説民・前出注（39）3頁。

会計行為や怠る事実が違法と主張される場合、問題とされるべきはあくまでも当該財務会計行為等の適否である」ところ、「その原因となった事実行為等……が違憲とされた場合、改めてそれが当該財務会計行為等の適否⁽⁵⁵⁾に及ぼす影響を検討すべき」こととなる。

しかも、住民訴訟のうち、いわゆる 3 号請求（怠る事実の違法確認請求）については、予てより、行政法学上、「怠る事実があっても行政機関の裁量性などによって直ちに違法といえない場合」もあり、ゆえに、「その違法性判断」は、「他の請求類型の住民訴訟……における違法性判断と比べて」、ときに「困難」を伴い⁽⁵⁷⁾、例えば、「公有地を第三者が不法占有しているのに、管理者がこれを放置している状態」があっても、「一般に管理者には財産管理上一定の裁量権が与えられている」から、「不法占有開始の事情、交渉の経緯、放置期間の長さ等の諸要素を総合的に考慮し、右放置が裁量権の濫用と認められる場合にのみ、財産の管理を怠る事実が違法性を帯びる」と指摘されていたところ⁽⁵⁸⁾、とすると、公有地の不法占有状態の“解消手段”に関しても、同様に論じられよう。

かくして、空知太神社判決は、「本件利用提供行為の憲法適合性」に続き、以下のように判示した。⁽⁵⁹⁾

「職権による検討」

「[本件利用提供行為] を違憲とする理由は、……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」ところ、「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す以外にも適切な手段があり得る」のであり、「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

(55) 同上22頁。

(56) 佐藤英善「住民訴訟の要件」成田頼明（編）『行政法の争点』（1980年）230頁。

(57) 曾和俊文「3号請求の法的特質」民商93卷3号（1985年）386頁。

(58) 関哲夫『住民訴訟論』（新版、1997年）62-63頁。

(59) 民集64卷1号12-15頁。

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」。

この点、「本件利用提供行為に至った事情は、それが違憲であることと否定するような事情として評価することまではできないとしても、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」し、また、「本件利用提供行為が開始された経緯や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、……直ちに本件神社物件を撤去させるべきものとすることは、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を害するのみならず、地域住民ら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、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」。

「これらの事情に照らし、上告人において〔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」、すなわち、「それが違法とされるのは、上記のような他の手段の存在を考慮しても、なお上告人において上記撤去及び土地明渡請求をしないことが上告人の財産管理上の裁量権を逸脱又は濫用するものと評価される場合に限られる」。

「本件において、当事者は、……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か否かに関する主張をしておらず」とも、「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」し、また、「原審は、本件と併行して、……市内の

別の神社（富平神社）をめぐる住民訴訟 [= 富平神社事件] 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……を合憲と判断し、当裁判所もそれを合憲と判断する」ところ、「原審は、……本件においてもそのような他の手段が存在する……ことを職務上知っていた」。

「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、……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…… [民事訴訟法149条により] 当事者に対して釈明権を行使する必要があった」わけで、「原審が……釈明権を行使することもないまま、上記の怠る事実を違法と判断したこと」には、「怠る事実の適否に関する審理を尽くさ」ず、「釈明権の行使を怠った違法がある」。

「結論」

「以上によれば、本件利用提供行為を違憲とした原審の判断は是認することができるが、上告人が本件神社物件の撤去請求をすることを怠る事実を違法とした判断には、判決に影響を及ぼすことが明らかな法令の違反がある」から、「原判決を職権で破棄し、本件利用提供行為の違憲性を解消するための他の手段の存否等について更に審理を尽くさせるため、本件を原審に差し戻す」。

5 判文その 3（富平神社判決）

空知太神社判決の「職権による検討」で引き合いに出された富平神社事件——空知太神社事件の原告（2人のうち1人）が併行して提起した⁽⁶⁰⁾——は、同じく砂川市が、富平町内会に富平神社の敷地として無償貸与してい

(60) 最判解説民・前出注 (39) 59頁注1。

た（相隣接する2筆の）市有地を、（その無償貸与につき政教分離違反として原告が行った住民監査請求の後、これに応じる形で）同会に譲与したことにつき、政教分離違反が争われた住民訴訟であった。⁽⁶¹⁾

富平神社判決（全裁判官が同調）は、まず——空知太神社判決の「本件利用提供行為の憲法適合性」での説示をなぞるように——、「明治27年」来、地域住民らが「維持運営」し、やはり、宗教「法人格」をもたないが、季節毎に砂川神社の宮司を招き祭事が行われている）富平神社の施設（「鳥居」や「地神宮」のほか、神を祀る「社殿」も有する）は、「一体として明らかに神道の神社施設」であり、そこでの「諸行事」も、「神道」の「宗教的行事」であるところ、「氏子に相当する地域住民の集団が社会的に実在することは明らかであり、この集団は憲法89条〔前段〕の宗教上の組織ないし団体に当たる」のであって、「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」以上、「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⁽⁶²⁾とし、次いで、以下のように判示した。

「本件譲与」は、「監査委員の指摘〔＝本件各土地を富平神社の敷地として無償貸与していることにつき、政教分離違反は認められないものの、その不審を一部市民に抱かせるから、元来の土地所有者たる地域住民らに譲与するなどの方策を講じる必要がある旨の意見〕を考慮し、上記のような憲法89条〔前段〕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」が、「上記地域住民の集団に対し……神社敷地の無償使用の継続を可能にするという便益を及ぼすとの評価はあり得る」。

(61) 民集64巻1号129-32頁。

(62) 同上130-35頁。

「しかしながら、本件各土地は、昭和10年に〔隣接する旧富平小学校の〕教員住宅の敷地として〔旧砂川町に〕寄附される前は、本件町内会の前身である富平各部落会が実質的に所有していたのであるから、同50年に教員住宅の敷地としての用途が廃止された以上、これを本件町内会に譲与することは、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『財産の交換、譲与、無償貸付等に関する条例』……の趣旨にも適合する」し、また、「仮に市が本件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ることを図るとすれば、本件各土地の寄附後も上記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」。

「同様の問題に関し、『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』（昭和22年〔4月12日〕法律第53号）は、同法施行〔の同年5月2日〕前に〔明治初期以来の社寺上地のほか〕寄附等により国有となった財産で、その社寺等の宗教活動を行うのに必要なものは、所定の手続を経てその社寺等に譲与することを認めたが、それは、〔戦後の〕政教分離原則を定める憲法の下で、社寺等の財産権及び信教の自由を尊重しつつ国と宗教との結び付きを是正解消するためには、上記のような財産につき譲与の措置を講ずることが最も適切と考えられたことによるものと解される」し、「公有地についてもこれと同様に譲与等の処分をすべきものとする内務文部次官通牒が〔同年に〕発出され」、そして、その「申請期間が経過した後も、譲与、売払い、〔有償〕貸付け等の措置が講じられてきたことは、当裁判所に顕著である」ところ、「本件譲与は、上記のような理念にも沿うものであって、市と本件神社とのかわり合いを是正解消する手段として相当性を欠くということもできない」。

「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うことはできず、憲法20条3項、89条〔前段〕に違反するものではないと解するのが相当である（……〔津地鎮祭判決、愛媛玉串料判決〕等参照）。

ところで、富平神社事件も、「市……が富平神社……の敷地となっている市有地を……富平町内会……に無償で譲与したことは、憲法の定める政教分離原則に違反する無効な行為であって、同土地の所有権移転登記の抹消登記手続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 X [=原告・控訴人・上告人] が、[市長である] Y [=被告・被控訴人・被上告人] 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事案⁽⁶³⁾」、すなわち、空知太神社事件と同じく、3号請求の住民訴訟であった。

だが、富平神社事件については、たとえ上記確認請求が認容されても、市有地から神社施設が撤去されるべきものとはならない——また、（公的助成の対象となる）町内会館と一体化した神社施設の市有地上の存在が問題となった空知太神社事件とも異なる——以上、いわゆる4号請求（損害賠償請求）の住民訴訟——これが認容されれば、市有地の時価での売却と同じ結果となりうる——を利用した方が、現実的だったと思われる。

6 信教の自由の侵害？

（1） 宗教的施設と国公有地無償貸与

空知太神社判決は、「憲法判断の枠組み」で、「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〔前段〕との抵触が問題となる」（下線付加）としたが、実のところ、同時に、この“例

(63) 最判解説民（平成22年度）73-74頁〔清野正彦〕。

外”——「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」事例——として、具体的に、以下の2つの場合を示唆して⁽⁶⁴⁾いた。

①「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施設が〔無償で供された〕国公有地に設置されている場合もあり得よう」。

②「また、我が国においては、明治初期以来、一定の社寺領を国等に上知（上地）させ、官有地に編入し、又は寄附により受け入れるなどの施策が広く採られたこともあって、国公有地が無償で社寺等の敷地として供される事例が多数生じた」ことから、「戦後」、「国有地につき『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』（昭和22年〔4月12日〕法律第53号）が公布され」、「公有地についても同法と同様に譲与等の処分をすべきものとする内務文部次官通牒が〔同年に〕発出され」、そして、その「申請期間が経過した後も、譲与、売払い、〔有償〕貸付け等の措置が講じられてきた」が、「それにもかかわらず、現在に至っても、なおそのような措置を講ずることができないまま社寺等の敷地となっている国公有地が相当数残存している」。

この点、上記①の場合は、最高裁判例によると、宗教的施設それ自体の“宗教性が希薄である”とされるや、（従来型の）目的効果基準によっても、およそ政教分離違反と判断されまいだろうし、また、少なくとも、田⁽⁶⁵⁾

(64) 民集64巻1号9-10頁。

(65) 大阪地蔵像判決は、町内会所有の「地蔵像」——「寺院外に存する」——につき、「宗教性」が「希薄」とし、また、箕面忠魂碑判決は、戦没者遺族会所有の「忠魂碑」——「戦没者記念碑的な」——につき、「特定の宗教とのかかわり」が「希薄」とし、その上で、目的効果基準により、市有地の無償貸与を合憲としている。判時

原補足意見も指摘するように、「路傍の道祖神や地蔵尊等の如く、今日では宗教的な意義が稀薄となり、習俗として存置されたままになっているものや、設置主体や管理主体も定かでない祠等のようなものが設けられているのを除去することなく放置していたとしても、そのことが国家等と宗教との関係において、社会的に何らかの影響をもたらすとは認め難い」⁽⁶⁶⁾ だろう。

さにあらず、宗教的施設につき、前記判文にいう「歴史的、文化財的な建造物」や「観光資源、国際親善、地域の親睦の場など」というだけで、国公有地の無償貸与が合憲とされるのならば、政教分離原則は無意味なものとなろうし、また、「歴史的、文化財的な建造物」とされる宗教的施設への国公有地の無償貸与といえども、その“永続性”のゆえ、津地鎮祭判決が（傍論で）政教分離違反とは（必ずしも）判断されない「例」として挙げた「文化財である神社、寺院の建築物や仏像等の維持保存のため国が宗教団体に補助金を支出したりすること」⁽⁶⁷⁾とは、同列に扱うことはできない。

他方、上記②の場合につき、田原補足意見は、「多数意見にて指摘するとおり」、「今日まで同法や同通達 [=通牒] による措置が執られることなく国公有地が社寺等の敷地として供されたままの状態となっている事例が少なからず存する」が、「国家等がかかる状態の解消を積極的に図らないとの一事をもって、政教分離原則に違反し違憲であると解するのは妥当ではない」⁽⁶⁸⁾と確言している。

実際、富平神社判決も、（譲与前の）「昭和10年」来の神社敷地としての市有地の無償貸与につき、まさしく、“戦前”と“戦後”という“大きな事情の変化”から、空知太神社判決と同じ合憲性審査の手法によったと思

1441号58頁、民集47巻3号1699-1701頁。

(66) 民集64巻1号22-23頁。

(67) 民集31巻4号540頁。

(68) 民集64巻1号23頁。

われるが、しかし、「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」——ゆえに、「憲法 89 条 [前段] 及び 20 条 1 項後段の趣旨に適合しない」——という「おそれ」を指摘するにとどまり、政教分離違反とは断じてはいない。

ともあれ、(従来型の) 目的効果基準にしる、空知太神社判決での合憲性審査の手法にしる、「国家」と「宗教」の「かかわり合い」が「相当とされる限度を超える」——「国家が宗教的に中立であることを要求する」との「政教分離原則」に反する——か否かは、結局のところ、「諸般の事情」を「考慮」し、「社会通念」——わが「国」の「社会的・文化的」な「諸条件」とも別言される——により、「客観的」ないし「総合的」に「判断」される、というのだから、宗教的施設への国公有地の無償貸与が、上記①や②の場合にあらずとも、合憲とされる余地は、当然あろう。

(2) 国有境内地処分法と富士山頂譲与判決

空知太神社判決は、「職権による検討」で、「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 [= 本件利用提供行為] の違憲性を解消することができる」としたところ、この説示が、前記判文にいう「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」を“援用”したものであることは、明らかだろう(また、富平神社判決も、神社敷地としての市有地の譲与を合憲とするにあたり、同じくしたことは、言うまでもあるまい)。

これは、調査官解説が、「本件を検討するに当たり」、この「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」——空知太神社事件(及び富平神社事件)の原判決(及び第 1 審判決)では触れられていない——を「理解しておく必要がある」と述べていること⁽⁶⁹⁾、からも裏づけられる。

そして、調査官解説は、かかる空知太神社判決(及び富平神社判決)に

(69) 最判解説民・前出注(39) 6 頁。

いう「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」（以下、国有境内地処分法と略記）と「内務文部次官通牒——この通牒（通達）は、田原補足意見によると、「社寺等宗教団体の使用に供している地方公共団体有財産の処分に関する事」（昭和22年4月2日・発宗第24号、内務・文部両次官から地方長官あて。以下、通牒1と略記）⁽⁷⁰⁾を指す——の経緯を詳説し、その他関連する諸通達や、同趣旨の諸条例にも言及している。⁽⁷¹⁾

中でも、調査官解説は、国有境内地の処分に関し、「社寺境内地等として使用されている普通財産の処理について」と題する通達（昭和42年7月24日・蔵国有第1196号、大蔵省国有財産局長から各財務局長あて。以下、通達3と略記）を取り上げ、これについて、国有境内地処分法が、「同法施行日〔の昭和22年5月2日〕から1年以内に〔社寺等で〕申請をすることを〔その社寺等への〕譲与〔又は時価の半額での売払い〕の「要件」とした結果、「申請期間経過後も、少なからぬ国有財産が境内地等として使用される実態が残った」ため、①（時価での）「売払い」、②（その資力がない場合は、時価での）「貸付け」、③（相応の理由がある場合は、無償貸付けに類似する）「管理委託」、④（これらが困難な場合は）「処理留保」により、「処理の促進を図〔った〕」ものと説明している。⁽⁷²⁾

また、調査官解説によれば、公有境内地の処分に関し、通牒1も、「譲与又は〔時価の半額での〕売払いの申請期間を昭和22年5月1日から1年以内に限定していた」結果、「多くの未処分地が生じた」ため、のちに、「仏教関係の団体」の「強い要望」に応じて、とくに「境内墓地」につき、

(70) 民集64巻1号23頁。

(71) 最判解説民・前出注(39)12-18頁、64頁注16、注17。

なお、国有境内地処分法につき、大蔵省管財局（編）『社寺境内地処分誌』（1954年）174-76頁参照。

(72) 最判解説民・前出注(39)16-17頁、49頁。

しかも、この通達3は、国有境内地の処分の「相手方」として、「社寺等」のみならず、「町内会、地域自治会等」及び「氏子又は檀家等の信者」の「代表者」をも含めている。基本行政通知編集委員会（編）『基本行政通知・処理基準』26巻8453・2-8453・5頁〔平成15年現在〕。

通牒 1 に「準じて処理すべき旨」の通達——「社寺等宗教団体の使用に供している地方公共団体に有財産の取扱について」（昭和34年9月1日・自丙行発第9号、自治庁行政局長から各都道府県知事あて。以下、通達2と略記）——が⁽⁷³⁾発出された、という。

この点、最高裁は、かつて1958年の国有境内地処分法判決で、⁽⁷⁴⁾「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ことにした」国有境内地処分法につき、「新憲法施行に先立って、明治初年に寺院等から無償で取上げて国有とした財産を、その寺院等に返還する処置を講じたものであって、かかる沿革上の理由に基づき」⁽⁷⁵⁾「国有財産関係の整理は、憲法89条〔前段〕の趣旨に反するものとはいえない」と（簡単に）結論づけたところ、学説が評するに、「沿革上の理由を根拠とした」、⁽⁷⁶⁾「いわば消極的・弁明的な合憲論」にとどまったが、その後、最高裁は、1974年の富士山頂譲与判決に至り、⁽⁷⁷⁾「政教分離原則と信教の自由との」、⁽⁷⁸⁾「いわば積極的な合理的調整論」を展開した、という。

すなわち、富士山頂譲与判決は、「〔国有境内地処分法〕に基づく国有財産関係の整理が日本国憲法89条〔前段〕の趣旨に反するものではない」⁽⁷⁸⁾ことを再確認するにあたって、以下のように判示した。

「〔戦前のような〕社寺等に対する国有境内地等の無償貸付関係は、……宗教団体に対する特別の利益供与を禁止する日本国憲法の下におい

(73) 最判解説民・前出注(39)16頁。

なお、通牒1及び通達2につき、文化庁文化部長官事務課(監)『宗教関係法令集』昭和50年現在2巻(1)977-81頁、984-87頁参照。

(74) 最大判昭33・12・24民集12巻16号3352頁。

(75) 同上3355頁。

(76) 最三判昭49・4・9判時740号42頁。

(77) 大石眞『権利保障の諸相』(2014年)142-43頁〔初出「国有境内地処分問題の憲法史的展望」宗教法31号(2012年)〕。

(78) 判時740号44-45頁。

て、これを持続することは、不可能である」。

「しかし、これを清算するにあたり、ただ単にその消滅のみをはかるとすれば、上記 [=社寺上地等] の沿革的な理由から従来社寺等に認められていた永久、無償の使用権をゆえなく奪うこととなり、財産権を保障する日本国憲法の精神にも反する結果となるのみならず、その結果、社寺等の宗教活動に支障を与え、その存立を危 [う] くすることにもなりかねないのであるが、そのような結果は、実質的にみて特定宗教に対する不当な圧迫であり、信教の自由を保障する日本国憲法の精神にも反するところである」。

かくして、空知太神社判決が、富士山頂譲与判決を（引用せずとも）“参考”にしたとすると、まず、①「憲法判断の枠組み」で、本件利用提供行為につき、もっぱら憲法89条前段（及び、20条1項後段——ここにいう「特権」は、むろん、財政的援助を含みうる——）違反を問うこととし、次いで、②「本件利用提供行為の憲法適合性」で、それを違憲と断じ、にもかかわらず、③「職権による検討」で、その違憲性の解消にあたり、市に対し神社施設の撤去以外の手段の選択を促したことは、さして不思議ではあるまい。⁽⁷⁹⁾

ところで、空知太神社事件の原判決が、本件利用提供行為につき、「憲法20条3項」の「政教分離原則」に反すると同時に、「憲法20条1項後段、89条〔前段〕」の「政教分離原則の精神」に反する、と結論づけたことを捉えて、調査官解説は、「〔本件神社物件の法的所有者たる〕本件町内会が憲法20条1項後段の『宗教団体』及び憲法89条〔前段〕の『宗教上の組織若しくは団体』……に該当しない」という「形式面を重視して」、「本件に憲法89条〔前段、20条1項後段〕を直接適用することはできないと解し

(79) 大石・前出注(77)119頁、143頁も、国有境内地処分法が、空知太神社判決の「思考枠組みを提供し」、そして、同判決の「判断枠組み」は、「すでに」富士山頂譲与判決で「用意されていた」という。

(80) 民集64巻1号122頁、126頁。

た」結果だろうが、むしろ、「[本件神社物件が] 本件氏子集団の……専ら……執り行う祭事に供され」、「[本件利用提供行為] による便益を実質的ないし最終的に享受するのが本件町内会ではなく本件氏子集団である」という「実質面を重視するならば」、「本件においては憲法89条 [前段]、20条1項後段を適用することこそ、事案に即している」とし、ゆえに、空知太神社判決は、「憲法20条3項ではなく、89条 [前段] の適用可能性をまず検討し、副次的に20条1項後段にも論及し [た]」もの⁽⁸¹⁾と説明している。

とはいえ、調査官解説は、「本件利用提供行為は、……使用貸借契約……に基づく義務の継続的履行という作為的側面をも有して [いる]」から、「本件に憲法20条3項を適用することもまた可能である」し、そうしても、「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、「本件の最終的な結論が左右されることはない」とも指摘し、津地鎮祭判決以来の政教分離訴訟における最高裁判例の“趣旨”を再確認している。⁽⁸²⁾

他方、富平神社判決では、神社敷地としての市有地の譲与につき、「憲法20条3項、89条 [前段] に違反するものではない」と結論づけるにあたり、調査官解説いわく、「従来の政教分離訴訟」と同様、「譲与」という「1回限りの作為的行為の憲法適合性が争われ [た]」のに、「正面から『目的及び効果』という基準を掲げた検討はされていない」ところ、それこそ、富士山頂譲与判決を（引用せずとも）“参考”にしたとすると、ごく自然なことだろう。⁽⁸⁴⁾

もっとも、富平神社判決は、「『……憲法89条 [前段] 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 [=神社敷地としての市有地の無償

(81) 最判解説民・前出注 (39) 22頁、24-25頁。

(82) 同上25-26頁。

(83) 同上40-41頁。

(84) 野坂・前出注 (3) 8頁も、富平神社判決につき、「従来の目的効果基準の適用による判断とは些か様相を異にする」が、「先例」たる富士山頂譲与判決の「趣旨」を「本件に即して再確認したもの」という。

貸与] を是正解消するため……』という「譲与の目的に関する検討をする」一方で、「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を進め [た]」との調査官解説の説明に沿って⁽⁸⁵⁾、本件譲与につき、目的効果基準を適用してみても、「そのような目的」は、一見して、“宗教的意義をもつ”とは言えまいし、また、「そのような目的を実現する手段として相当性を有する」限り、“一般人”から見て、“宗教を援助する効果をもつ”とも評価されまい。

実際、調査官解説も、「仮に市が相当性を欠く手段によって違憲の疑いのある状態の解消を図るとすれば、一般人の目から見て特定の宗教に対する関心と呼び起こさせるという効果をも [つ]」から、「解消手段の相当性という視点は、当該譲与のもつ宗教的效果と無縁なものではあり得ない」と付言している⁽⁸⁶⁾。

その上、富平神社事件の原判決も（第1審判決を支持して）、本件譲与につき——富平神社判決では（空知太神社判決と同様）、実質的な受益者たる「氏子に相当する地域住民の集団」が摘示されたのに対し、原判決は、形式的な相手方たる「町内会」が「憲法89条 [前段] にいう『宗教上の組織若しくは団体』⁽⁸⁷⁾に該当しない」との（第1審判決の）判断を前提に、20条3項違反を中心に問うてはいるが——、目的効果基準により、「市有地上に神社が存在しており祭事が行われている事態の解消を目的とし」、「特定の宗教団体ないし宗教活動に対する援助、助長、支援等の目的を有していたものではなく、また、「本件各土地がもともと富平地区の住民から寄付を受けたものであるという経緯等を踏まえ、……譲与という無償の譲渡手段によったものであり」、「一般人に対し、神社神道は他の宗教と異なる特別のものであるとの印象を与え、あるいは神社神道への関心と呼び起

(85) 最判解説民・前出注 (39) 41-42頁。

(86) 同上42-43頁

(87) 民集64巻1号209-10頁、214頁。

こしたりすることになるものとも考え難い」などとして、「憲法20条3項、89条〔前段〕に「違反」するとの「主張」は「採用することができない」と判示していた⁽⁸⁸⁾。

したがって、学説上、空知太神社判決（ないし富平神社判決）が「目的効果基準を用いなかった背景」には、神社敷地としての市有地の無償貸与の政教分離違反（ないし政教分離違反のおそれ）を解消するにあたり、市が、「土地の譲与、有償譲渡、適正な対価による貸付け等」、神社施設の撤去以外の手段を採った場合、それら手段が（およそ）「宗教的意義を有すると同時に特定の宗教を援助・助長する効果を持つ」との「懸念」が「あった」との見方もあるが⁽⁸⁹⁾、そうとも思えない。

（3） 考察

以上からすると、空知太神社判決と富平神社判決のどちらも、富士山頂譲与判決を“参考”にしたようであるが、しかし、富士山頂譲与判決は、前記判文をみると、（政教分離原則の採用前の）“戦前”から境内地としての「無償の使用権」が認められていたからこそ、（政教分離原則の採用後の）“戦後”も、その境内地に対する財産上の権利が認められるべきであり、ゆえに、それを一方的に奪えば、「財産権」（憲法29条）の侵害となり、「その結果」として、「信教の自由」の侵害となる、という論理だったはずである。

そうであれば、富平神社事件の場合は、“戦前”から無償貸与されていた神社敷地であった以上、まさしく、富士山頂譲与判決の論理が“妥当”するだろうが、これに対し、空知太神社事件の場合は、“戦後”になって無償貸与された神社敷地であり、しかも、最高裁は、神社敷地としての市有地の無償貸与を政教分離違反と断じた——つまりは、その神社敷地に対する財産上の権利を否定した——のだから、空知太神社判決は、富士山頂

(88) 同上214-16頁。

(89) 長谷部恭男『憲法』（第6版、2014年）198-99頁。

譲与判決の論理から“逸脱”したものと云わざるをえない。

その上、国公有地を宗教的施設の敷地として無償貸与するに至った時期が“戦前”か“戦後”か、という問題を度外視しても、その無償貸与につき、“政教分離違反のおそれ”を解消する手段と、“政教分離違反”を解消する手段とでは、やはり、その敷地に対する財産上の権利につき、前者の場合は、いまだ否定されていないのに対し、後者の場合は、すでに否定されている以上、同列に扱うことはできまい。

この点、空知太神社判決も、「職権による検討」で、本件利用提供行為の「違憲状態の解消」のための「適切な手段」を説示しているのだから、本件利用提供行為に係る使用貸借契約——すなわち、本件土地1及び2を神社敷地として無償で使用させる（黙示の）契約——は“無効”であって、もはや、その神社敷地に対する財産上の権利が認められない、との立場にあるはずである。

また、調査官解説も、空知太神社事件で、「X [=原告]らは、本件怠る事実を、『Y [=被告]が、[本件土地1及び2につき]使用貸借契約を解除し、神社建物等の収去及び土地明渡しを請求しないこと』として構成し[た]」ものの、「原判決も、……解除権の不行使……の違法確認請求は認容していない」——（原判決が支持した）第1審判決いわく、「本件建物については、空知太会館として地域住民の非宗教的活動の場としても用いられているところ、本件建物の外壁にある神社の表示を除去し、かつ、本件建物内の本件祠の部分の収去すれば、本件建物に固有の宗教施設性は払拭され得る」し、「本件鳥居及び本件地神宮についても、これらを収去すれば、本件両土地が宗教施設の敷地として使用されていないことになる」から、本件利用提供行為の「憲法違反の状態」は、「上記使用貸借契約を解除しなければ是正されないものではな⁽⁹⁰⁾ [い]」——けれども、「本件利用提供行為が違憲であるとすれば、[本件利用提供行為に係る]使用貸借契約は無効になるとも考えられる」という。⁽⁹¹⁾

(90) 民集64巻1号109頁。

なお、空知太神社事件の第 1 審判決の「主文」は——上記判文からして——、「空知太連合町内会に対し、上記各土地上にある鳥居、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収去を請求することを怠る事実が違法であることを確認する」にとどまり、⁽⁹²⁾“土地の明渡し”請求を怠る事実の違法確認請求についても認容していないが、空知太神社判決は、「職権による検討」で、(第 1 審判決を支持した) 原判決を捉えて、「本件神社物件の撤去及び土地明渡し請求をすることを怠る事実を違法と判断する」ものというところ、これは、氏子集団からすると、“神社施設の撤去”は“土地の明渡し”に等しい、とみたためだろう。

ともあれ、学説上、「信教の自由」は「自由権」であって、「それが侵害されたと評価されるためには何らかの形での『強制』が必要である」と解されているところ、⁽⁹³⁾空知太神社事件では、本件土地 1 及び 2 から神社施設が撤去(又は移設)されることになれば、なるほど、氏子集団は、その土地(市有地)で祭事を行わないよう“強制”されるが、さりとて、別の土地(近隣の私有地など)で祭事を行わないよう“強制”されるわけではなく、しかも、一概に、そこで祭事を行うことが“困難”だと言えるはずもなく、要するに、“信教の自由”は、むしろ、“宗教活動を行う自由”を保障するが、けして、“あらゆる土地で宗教活動を行う自由”まで保障するものではない、ということは、明らかだろう。

実際、空知太神社判決の「職権による検討」でも、「直ちに本件神社物件を撤去させるべき」(下線付加)とすれば、「地域住民ら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、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」とされ、しかも、この説示は、そのような撤去を求めれば、「神社敷地として使用することを前提に土地を借り

(91) 最判解説民・前出注 (39) 60頁注 2。

(92) 民集64卷1号89頁。

(93) 芹沢齊ほか(編)『新基本法コンメンタール 憲法』(2011年) 165頁 [阪口正二郎]。

受けている本件町内会の信賴を害する」との説示と並んで、市が、本件利用提供行為の違憲性を解消するための「相当と認められる方法を選択する裁量権」の行使にあたり、「考慮」すべき「諸般の事情」の一つとして、挙げられているに過ぎない。

そして、「撤去によって……神社施設が滅失する、あるいは遠隔地に移転する」ことになれば、「氏子（信者）らの信教の自由を侵害する」と強調する近藤補足意見ですら、「違憲状態」を「解消する方法」として、神社施設の「撤去……しかない」のであれば、「被上告人らの……確認請求は認容すべき」とし、とはいえ、「多数意見が説示するように、……それ以外にも……適切な手段があり得る」と述べているように、空知太神社判決は、「職権による検討」で、「違憲状態の解消には、神社施設を撤去し土地を明け渡す以外にも適切な手段があり得る」として、氏子集団の“信教の自由云々”以前に、本件利用提供行為の“政教分離違反”は、「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……解消することができる」——つまりは、政教分離原則によっても神社施設の撤去までは要求されない——ということ所与のこととしているのであり、ゆえに、学説上、この判決につき、「政教分離原則と信教の自由」の「緊張関係」ないし「衝突」を（原理的に）生起した事例とみる見方もあるが、そうとも言えまい。

むしろ、空知太神社判決は、「職権による検討」で、「本件利用提供行為に至った事情は、それが違憲であることを否定するような事情として評価することまではできないとしても、解消手段の選択においては十分に考慮されるべき」というのだから、「本件利用提供行為の憲法適合性」でいう「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

(94) 民集64巻1号30-31頁。

(95) 渡辺康行「政教分離原則と信教の自由」ドイツ憲法判例研究会（編）『憲法の規範力と憲法裁判』（2013年）237-55頁。

(96) 長谷部・前出注（7）112頁。

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」だったこと——原判決が真っ向から否定したこと——を、原判決の破棄差戻しの“決定打”としたように思われる。

してみると、そもそも、国有境内地処分法が、「社寺等」——法文上は、「神社、寺院又は教会」と規定するも、運用上は、そのうち「宗教法人」格を有するものに限る（なお、ここにいう「教会」とは、「宗教法人」となった「仏堂」⁽⁹⁷⁾を指す）——に対し、①「譲与する」国有地の対象を、「社寺土地、地租改正、寄附……又は寄附金による購入」によって「国有」となり、「この法律施行の際」に「社寺等」に「無償で貸し付けてあるもの」（1条）とし、また、②「時価の半額」で「売り払う」国有地の対象を、「この法律施行の際」に「社寺等」に「無償で貸し付けてある」が、「前条の規定による譲与をしないもの」（2条）とした上で、③いずれの場合も、「社寺等の宗教活動を行うのに必要なもの」に限定している（1条・2条）のも、「信教の自由を保障する…… [日本国] 憲法の趣旨に配慮したもの」⁽⁹⁸⁾だとはいえ、やはり、その土地に対する“財産権”を前提としている、と解される。

さもなくば、富士山頂譲与判決が、国有境内地処分法判決を引用しつつ、国有境内地処分法の「趣旨」として、同法1条は、「社寺土地等……以前に社寺等の有していた [土地の] 権利」を「所有権」として「承認した」上で、その土地を「元来所有権者であるべき社寺等に無償で返還（譲与）する」もの、また、同法2条は、「社寺土地等」の「事実の挙証が困難である場合があることを考慮し、かつ、その土地の従前の「無償使用権に対する補償をも含めた」もの、⁽⁹⁹⁾と判示したことに、合致しまい。

もっとも、これを突き詰めると、富士山頂譲与判決で、「専ら収益目的に供される土地等当該社寺等の宗教活動に直接関係のない財産をも〔譲与

(97) 大蔵省管財局・前出注 (71) 127-28頁、149-52頁、169-70頁、215-16頁。

(98) 大石・前出注 (77) 138頁。

(99) 判時740号45頁。

又は半額売払の] 処分の対象とすることは、処分を受ける社寺等に特別の利益を供与する結果となり、政教分離の趣旨にそぐわないのであって、「[国有境内地処分法] が譲与 [又は半額売払] の対象を『宗教活動を行うのに必要なもの』に限定したのは、右のような点の考慮に出たものである」と付言されたことは、不可解である。⁽¹⁰⁰⁾

だが、政府関係者によると、「社寺等が収益目的に供してゐる土地」、いわゆる「目的外使用地」は、国有境内地処分法による「譲与若しくは半額売払を受けることができない」ところ、これは、(国有境内地処分法の施行以前に、社寺等に国有地の無償貸付を認めていた根拠法たる)「旧国有財産法(大正10年4月8日法律[第]43号)第24条第1項に『従前ヨリ引続キ神社、寺院又ハ仏堂ノ用ニ供スル雑種財産ハ……其ノ用ニ供スル間無償ニテ之ヲ当該神社、寺院又ハ仏堂ニ貸付シタルモノト看做ス』と定めてあったので、社寺等の用に供せられない場合、すなわち、社寺等の目的以外の目的に使用したときは、無償貸付は認められず、国家に還付されるべきものであった」ことから、国有境内地処分法による「譲与・半額売払いにおいても、その『社寺等の宗教活動を行うのに必要なもの』の範囲に限定された」のであって、「もし、この範囲からはみ出たものまでも社寺等に譲与・半額売払いをすることになれば、国は宗教団体に対して特別の恩典を与えることにな[った]」⁽¹⁰²⁾というわけで、合点がいく。

(4) 差戻後上告審判決

最高裁は、最終的に、空知太神社判決の2年後、差戻後上告審判決⁽¹⁰³⁾において、市が、本件利用提供行為の違憲性を解消すべく、「氏子集団」に対し、本件土地1の一部を「適正な賃料」で「賃貸」する、との手段を策定

(100) 同上同頁。

(101) 今泉兼寛『社寺境内地等処分に関する法令解説』(大蔵財務協会版、1948年) 26頁[大蔵省桂事務官]。

(102) 井上恵行『宗教法人法の基礎的研究』(改訂再版、1972年) 168頁。

(103) 最一判平24・2・16民集66巻2号673頁。

したことにつき、⁽¹⁰⁴⁾空知太神社判決を前提としつつ、「本件手段は、本件利用提供行為の前示の違憲性を解消するための手段として合理的かつ現実的なものというべきであり」、また、富平神社判決（及び津地鎮祭判決）を引用しつつ、「本件手段を実施することは、⁽¹⁰⁵⁾憲法89条 [前段]、20条1項後段に違反するものではない」と結論づけた。

こうして、空知太神社事件は決着をみたが、しかし、かつて愛媛玉串料判決が、目的効果基準を適用しつつ、「地方公共団体が特定の宗教団体に対してのみ……特別のかかわり合いを持つことは、一般人に対して、……当該特定の宗教団体を特別に支援しており、それらの宗教団体が他の宗教団体とは異なる特別のものであるとの印象を与え [る]」⁽¹⁰⁶⁾と判示したこと——いわゆる国家と宗教の「象徴的結合」⁽¹⁰⁷⁾論——に照らすと、本件利用提

(104) 具体的に、市は、「氏子集団」と協議し（神社を存置したいが、金銭的に土地の買取りは不可能だから、土地を賃借し、その賃料も極力抑えたい、との意向に添って）、①「地神宮」の文字を削り宗教色のない石碑にし、②会館外壁の「神社の表示」を外し、③会館から「祠」を取り出し「鳥居」のすぐ近くに移設する（なお、これらは「氏子集団」の費用負担で行う）ことによって、神社敷地を本件土地1の一部に大幅縮小した上で、④周囲にロープを張り神社敷地を明確にしつつ、⑤「氏子集団」に対し（代表者たる「氏子総代長」を名義人として）市の公有財産規則により「適正な賃料」で「賃貸」する、といった手段を策定した。同上677-78頁。

上記手段につき、差戻後控訴審判決は——空知太神社判決に従って——、「本件利用提供行為の違憲性を解消する手段として合理的で現実的なものであるということができ、……本件神社物件の撤去及び土地明渡しを請求しないことを、……財産管理上の裁量権を逸脱又は濫用するものと評価することはできない」と判示した。同上730頁。

(105) 同上679-81頁。

(106) 愛媛玉串料判決の大野補足意見が敷衍するところ、目的効果基準にいう「効果」は、「当該行為の……経済的な側面のみにとらわれるべきでなく、……社会に与える無形的なあるいは精神的な効果や影響をも考慮すべきである」という。民集51巻4号1690-91頁。

(107) 高橋・前出注（9）199-201頁。

また、予てより、芦部信喜『憲法』（1993年）129-30頁も、「目的・効果基準」にいう「効果」につき、「[国家と] 宗教との象徴的な結びつきをもたらずか」を「厳密に検討す [べき]」と提唱していた。

供行為の違憲性が、どだい、神社施設の撤去以外的手段によって解消できるのか、疑問を禁じえない⁽¹⁰⁸⁾。

してみると、差戻後上告審判決の調査官解説が説く“一般論”、すなわち、住民訴訟論として、「公有地の……使用貸借契約が違法、無効であるためにその相手方である私人が公有地を無権限で占有している」場合、「管理者が当該公有地を占有者である私人に対して適正価格で売却したり、適正価格で賃貸するなどすれば、当該公有地の財産価値の維持保全という見地からは、通常、その後はその管理を怠る事実が違法と判断される余地は生じない」、また、憲法論として、「宗教団体等に対し、他の一般の者に対するのと同じ条件で適正な対価をもって公有地の使用を許可すること」は、「カテゴリーカルにそのかかわり合いの程度が政教分離原則に違反するとまではいえない」との所論も、本件の“実体”——（住民訴訟とはいえ）政教分離訴訟であり、かつ、（神社敷地としての市有地の無償貸与に起因するとはいえ）市と本件神社とのかかわり合いの政教分離違反が裁判上すでに確定し、その解消の有無が問われていること——を逸してはいないか。

なお、これに先立ち、空知太神社判決の調査官解説は、「本件各土地（の一部又は全部……）」を「町内会」（又は氏子集団）に「譲与（無償譲渡）又は減額譲渡」すれば、「市と本件神社とのかかわりが抜本的に解消される」と説き、そして、同判決の「職権による検討」での「譲与……によっても上記 [= 本件利用提供行為] の違憲性を解消することができる」との判文を捉えて、「同様の理解を前提とするもの」とも説明していたが、む

(108) だが、空知太神社判決では、今井反対意見——ただひとり上告棄却（原告側勝訴）を主張した——でさえ、その反対理由は、「当事者主義に立つ訴訟の原則」から「原審に積明義務違反があるとする事はできない」という訴訟法上の問題に過ぎず、「[本件利用提供行為] 違憲状態を解消する手段としては、本件神社物件の撤去請求が唯一の手段ではなく、土地の譲与等の他の手段があり得ることについては多数意見の述べるとおり」という。民集64巻1号37-42頁。

(109) 最判解説民（平成24年度）162-63頁、165-66頁 [岡田幸人]。

(110) 最判解説民・前出注（39）48頁、50頁。

しろ、そのような市の行為は、富士山頂譲与判決の論理に照らすと、政教分離違反の行為（を重ねること）と言えよう。

IV 結びに代えて

学説上、周知のように、最高裁は、かつて箕面忠魂碑・慰霊祭判決で、憲法89条前段にいう「宗教上の組織若しくは団体」につき、20条1項後段にいう「宗教団体」と同義のものとしつつ、「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」と定義した（そして、日本遺族会、及び、その地方支部につき、「神式又は仏式による慰霊祭の挙行、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が、右行事の実施及び右運動への参画は、会の本来の目的として……行おうとするものではな [い]」として、憲法上の「宗教団体」性を否定した⁽¹¹¹⁾）。

これに徴してか、学説では、空知太神社判決が、「氏子集団は、その組織についての規約も存在せず、氏子の範囲も不明確で、総代や世話役も神道の信者ではない」との（市側からの）「主張」もあったのに、「かかる不定形で曖昧な氏子集団を [憲法上の] 『宗教団体』と認定した」ことは、「やや強引」とも評されている⁽¹¹²⁾。

しかし、「わが国においては、多くの国民は、地域社会の一員としては神道を、個人としては仏教を信仰する」などの「宗教意識の雑居性が認められ [る]」との津地鎮祭判決の判示を踏まえると、要するに、⁽¹¹³⁾「明らかな宗教的施設」——その「宗教性」が「希薄」とは言えず、それ相応の「宗教的行事」も行われている——が現存するのならば、それを「管理運営」する「集団」——「町内会」に「包摂」されようとも——が「社会的に実

(111) 民集47巻3号1701-02頁。

(112) 林・前出注(6)415-16頁。

(113) 民集31巻4号544頁。

在」し、その「集団」は、憲法上の「宗教団体」——「宗教的行事等を行うことを主たる目的としている」団体——にあたる、という空知太神社判決の理屈（富平神社判決も同様）は——その「集団」につき「権利能力なき社団」⁽¹¹⁴⁾かも問わない点で、箕面忠魂碑・慰霊祭判決での「宗教団体」の定義を事実上拡張したとはいえ——、筋の通ったものと思われる。

翻って、空知太神社判決は、「憲法判断の枠組み」で、「憲法89条〔前段〕」の「趣旨は、……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……ようとしたもの」というが、この判文は、あたかも、89条前段にいう「宗教上の組織若しくは団体」に対する「公金」の支出ないし「その他の公の財産」の供用の禁止を、20条1項後段にいう「宗教団体」に対する「特権」の付与の禁止の側面に過ぎないものと解しているようにもみえ、もしそうなら、89条前段の射程の縮減を意味する。

なぜなら、学説上——判例上は定かではないが——、憲法20条1項後段につき、「特権」とは、「優遇的地位・利益」⁽¹¹⁵⁾、別言すると、「特別の利益」を意味し、そして、「宗教団体」に対する「特権」の付与の禁止により、「特定の宗教団体に特別の利益を与えることのみならず、非宗教団体と比較して宗教団体一般に特別の利益を与えることも許されない」と解されているところ⁽¹¹⁶⁾、その上で、「平等原則に基づけば政教分離原則違反の問題は生じないとするならば、例えば、あらゆる文化的、社会的活動を行う私的団体に補助金を与えることの一環として宗教団体に直接補助金を与えることすら正当化される結果になるのであり、平等原則は、政教分離原則を緩和させる理由になっても、政教分離原則を無にする理由にはならない」と⁽¹¹⁷⁾

(114) それゆえ、国有境内地の処分に関し、通達3も、その「相手方」に、「氏子」や「檀家」、また、（それを包摂しうる）「町内会」や「地域自治会」を含めているのだろう。

(115) 佐藤幸治『日本国憲法論』（2011年）234頁。

(116) 高橋・前出注（9）197頁。

(117) 中村睦男『憲法30講』（新版、1999年）104-05頁。

の命題を真とすると、本来、89条前段は、宗教団体に対する財政的援助の禁止につき、20条1項後段の射程よりも広く解すべきだからである。

ともあれ、厳格な政教分離を志向する学説からみれば、空知太神社判決により、「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」——つまりは、原則として——、「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」となり、「憲法89条〔前段〕との抵触が問題」とされる、との“戦果”を得たことは、確かである。

この点、学説上、空知太神社判決の上記判文を捉えて、「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」、すなわち、愛媛玉串料判決の「尾崎意見」で示された、いわば（目的効果基準の論理とは真逆の）「原則分離例外許容論」——『国家と宗教との完全分離を原則とし、完全分離が不可能であり、かつ、分離に固執すると不合理な結果を招く場合に限って、例外的に国家と宗教とのかかわり合いが憲法上許容される』とする見解——に「類似した思考」をみる見方もある⁽¹¹⁸⁾。

だが、津地鎮祭判決でも、「憲法20条3項」にいう「宗教的活動」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」との定義——目的効果基準の提示——の直後に、「その典型的なものは、同項に例示される宗教教育のような宗教の布教、教化、宣伝等の活動である」との判示があったことに照らすと、かかる空知太神社判決の判文も、89条前段違反の“典型例”を示したに過ぎないように思われる。

いずれにせよ、空知太神社判決の36年前、すでに富士山頂譲与判決は、“自明の理”のごとく、「〔戦前のような〕社寺等に対する国有境内地等の無償貸付関係は、……宗教団体に対する特別の利益供与を禁止する日本国憲法の下において、これを持続することは、不可能である」と判示していた。

(118) 小泉洋一「判批」民商143巻1号(2010年)59-62頁、67頁注16(民集51巻4号1704頁引用)。

(119) 民集31巻4号541頁。

[付記] 本稿は、このたび早稲田大学をご退職される恩師の戸波江二先生に、謹んで献呈させていただきます。