

公法判例研究

九州公法判例研究会

九州大学大学院法学研究院：専門研究員 | 九州国際大学法学部：非常勤講師

塩見，佳也

九州大学大学院法学研究院：専門研究員 | 九州国際大学法学部：非常勤講師

<https://doi.org/10.15017/20234>

出版情報：法政研究. 78 (2), pp.51-67, 2011-10-07. 九州大学法政学会

バージョン：

権利関係：

公法判例研究

九州公法判例研究会

空知太神社政教分離違反最高裁判決

最高裁判平成二二年一月二〇日大法廷判決、財産管理を怠る事実の違法確認請求事件、平成一九年（行ツ）第二六〇号、破棄差戻し。民集六四卷一号一頁

塩見佳也

【事実の概要】

空知太会館（以下本件建物）は市有地（土地一から五）上に所在する。本件建物は地域公民館として用いられているが、二箇所ある入口の一方の外壁上に神社と記され、入口直線上の屋内に祠（普段扉が閉ざされている）があり、土地一に鳥居と地神宮と刻印された石碑がある（以下、本件宗教施設）。本件建物の運営主体は空知太連合町内会

（訴外B）成員により組織される「運営委員会」であり本件建物は集会所等世俗目的で使用されているが、本件建物内「空知太神社」（宗教法人ではない）では、宗教法人砂川神社より宮司が派遣され初詣・春祭・秋祭が行われ、神社に関する会計は氏子集団が管理し、神社に関する本件建物使用料は氏子総代が訴外Bに毎年支払っている。空知太神社は、明治二五年に開拓民により五穀豊穡を祈念し天照大神を祭神とする祠が設立された後、明治三〇年に神社として設置された。昭和二三年、隣接する小学校敷地拡張のため祠は土地四に移転し、昭和二五年に土地一に地神宮が設置され移転先の土地一・四は訴外Aより提供された。昭和二八年、同人は土地提供後固定資産税を負荷され租税負担解消のため砂川町（現砂川市Y）に両土地を寄付し、同年三月町議会議決により同土地の採納並びに神社への無償提供が議決され所有権移転。昭和四五年、住民の集会所建設の要望を受け訴外Bが本件建物を建設した折、従来の神社を撤去し祠を本件建物内に設置し、鳥居が建設された。建設時、土地三が訴外Cより提供された。平成六年、土地二・五を北海道土地改良区よりYが買収し登記具備したが、本件建物建設時は運営委員会が両土地を改良区より無償借用した。

砂川市に居住する原告（X1とX2）は、平成一五年一月一九日砂川市監査委員会に対しYが本件土地一〇五の宗教施設維持のための使用が政教分離原則に反するとして住民監査請求（地方自治法二四二条一項）を行い平成一六年二月一六日右請求が理由なしと判定後、同年三月一七日本件訴訟を提起した。請求の趣旨は、①Yと訴外B及び空知太神社との使用賃貸借契約を解除しないこと②本件宗教施設の収去を請求しないことについて、「財産管理を怠る事実」（法二四二条の二第一項三号）の違法確認である。

第一審 札幌地方裁判所平成一八年三月三日判決（本件民集八九頁以下）は、Yと右契約の相手方をBと認定し、津地鎮祭訴訟・愛媛玉串料訴訟各最高裁判決の文言を直接引用しいわゆる目的効果基準にもとづき、Yが訴外Bに対して本件宗教施設の収去を請求しないことを、「憲法二〇条一項、三項、八九条に規定される政教分離違反」とし、違法に財産管理を怠る事実を確認し、他方Xが求める賃貸借契約解除と土地明渡請求を退けた上でYが本件宗教施設除去請求を怠ることの違法を認定し、これに対しYが控訴した。

原審（控訴棄却・原判決維持）札幌高等裁判所平成一九年六月二六日判決（本件民集一一九頁以下）は、Yが訴外

Bに本件宗教施設の収去請求を怠る事が「憲法二〇条三項に規定される政教分離原則」同「二〇条一項後段、八九条に規定する政教分離原則の精神に反」し、第一審の違憲判断の根拠となる条文を修正した。加えて、訴外Aからの土地一・四の取得「経緯」について、Yの「円滑、迅速な行政活動」「地域住民の利益」という世俗目的との主張を退け「固定資産税等の負担を免除し、もって神社施設の維持存続を容易にし、神道を助長することを直接の目的とする」と認定した。Yが上告。

上告理由は、目的効果基準に関する裁判例の列举により、原判決の判断が「判例」実務の用語法に反すると主張する。

【判旨】原判決破棄、原審差戻。

本件判決の結論と、原判決との相違点は、二〇条三項が適用条文から脱落している外、以下の斜字部分である。

「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、憲法八九条の禁止する公の財産の利用提供に当たり、ひいては憲法二〇条一項後段の禁止す

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」。具体的違憲判断は、(1)憲法判断の構造(2)本件利用提供行為の憲法適合性についてなされ、棄却理由となる違法判断は(3)「怠る違法」判断に関して職権により検討される。

(1) 「かわり合い」の判断。「憲法八九条も、公の財産の利用提供等における宗教とのかわり合いが、我が国の社会的、文化的諸条件に照らし、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」。

かわり合いの相当限度性判断。①「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、憲法八九条との抵触が問題となる行為である」。他方でしかし、「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つても、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」。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つ

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国公有地に設置されている場合」である(以下適用除外考慮要因 a^①引用者)。又「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。このような事例については、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」(以下境内地処分法―引用者)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発出された上、これらによる譲与の申請期間が経過した後も、譲与、売払い、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、現在に至つても、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」場合である(以下適用除外考慮要因 b^②引用者)。「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

たつても、重要な考慮要素とされる」。

② 以上の判断枠組みのもと、本件無償提供行為が「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相当とされる限度を超えて憲法八九条に違反するか否かを判断するに当たっては、i 当該宗教的施設の性格、ii 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、iii 当該無償提供の態様、iv これらに対する一般人の評価⁴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」(―番号引用者―以下**四考慮要素**とする)とし、津地鎮祭事件と愛媛玉串料事件の最高裁判例の「趣旨」を参照指示する。

(2) 本件利用提供行為の憲法適合性。本件神社物件は一体として宗教施設であり、「町内会とは別に社会的に実在している」「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、憲法八九条にいう「宗教上の組織若しくは団体」に当たり、本件利用提供行為は氏子集団が「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」。訴外Aからの土地取得経緯について、「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が、「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」に鑑みると、この事情が違憲判断を左右するものではない。

(3) Yの違憲状態解消手段選択。本件利用提供行為に至った事情は、違憲状態の「解消手段の選択においては十分に考慮されるべきで」、Xの請求以外に違憲状態を解消する「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」。しかしこの点に「積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なかった結果、法令の解釈適用を誤ったか、積明権の行使を怠った違法」があり、「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」べく原判決を破棄し原審に差戻した。

(4) 本判決は法廷意見の憲法解釈と事実認定に関して、個別意見と反対意見がある。とくに、政教分離に関する実体

判断については、①法廷意見の構成に立つ藤田・田原・近藤裁判官各補足意見及び今井裁判官反対意見、並びに、②法廷意見に反対する構成に立つ甲斐中・中川・古田・竹中裁判官共同意見（以下共同意見）、及び本件利用提供行為を合憲とし「原判決を破棄し第一審判決を取り消し、本件請求は棄却すべき」とする堀籠裁判官反対意見の、対立がある。共同意見は原判決破棄差戻の結論が法廷意見と一致しているだけである。なお、積明義務違反の違法を説く今井反対意見は憲法論に関しては法廷意見の違憲判断に「全面的に賛成」しており、争点は違憲状態の解消手段について原審に積明義務違反はなく上告棄却とする点である。なお、客観訴訟における積明義務について、本件三号請求は個別具体的に財務会計上の作為義務懈怠を判決で確認し既判力により行政に作為義務を促すことにより「法規適合性」⁵⁾を確保するものであり、行政の憲法適合性の確保の要請にとつて重要な論点であるが、本評釈はこの問題に立ち入ることはできない。

【検討】

一 本判決の特徴は、以下三点である。第一に、先例として津地鎮祭訴訟並びに愛媛玉串料訴訟両最高裁判例を参照

指示しつつも目的効果基準に言及することなく固有の右四考慮要素を提示し、「諸般の事情を考慮し、社会通念に照らして総合的に判断」したこと（以下四で検討）。第二に、適用条文が従来の憲法二〇条三項から八九条と二〇条一項後段に変更されたこと（二で検討）である。これらの点は教科書・体系書でも言及され、本判決は、今後政教分離をめぐる不可欠の先例となる。調査官解説が指摘するように、本判決は、従来の判断基準とは「表現を異に」する部分と「連続する側面も多々見られ」、「問題とされている国家と宗教の関わり合い」に関する「従来の中核的・基底的な判断枠組みについては、いささかの変更も加えられていない」⁸⁾。確かに、判例変更がなされていないことは、本判決直後に、観光資源性が考慮され—本判決適用除外考慮要因aに該当する—白山ひめ神社事件最高裁判決が目的効果審査を用いたことによつて確認できる。他方、本判決並びに富平神社市有地譲与合憲判決は、愛媛県玉串料訴訟判例や、箕面忠魂碑・慰霊碑判例（最三小判平成五・二・一六民集四七卷三号一頁）の八九条「宗教上の団体」の解釈との「論理的整合性をめぐる問題を新たに抱え込んでしまった」と指摘される¹⁰⁾。本評釈は、最高裁判所が判例変更をしていない以上、従来の判例と本判決が内的整合性をもつという

仮定に立つて検討する。

第三に、本判決が原則違憲・例外合憲という判断構造をもつことである。これを本評釈は「原則例外関係^{①)}」とする。この構成は、特に、津地鎮祭訴訟判例藤林・吉田・団藤・服部・環裁判官反対意見を明示的に支持する藤田補足意見、並びに、右五裁判官反対意見及び愛媛玉串料訴訟判例尾崎・高橋裁判官反対意見を引用している田原補足意見の提示に示されている。①藤田意見は、「国家と宗教との完全な分離」を闡明し、原則違憲例外合憲とすることが「本来筋の通った理論的帰結」であり、目的効果基準は「原則と例外を逆転させたかにも見える結論を導く」ものの「全面的に否定」する必要はないとしたうえで、その「具体的な内容あるいはその適用のあり方」について、事案の内容を比較検討せず「機械的」に結論を導くことを警告する。その上で本件は、神道施設に公有地を提供し明確に宗教的要素のみが問題となる事案で「目的効果基準以前」の問題であると説示し、本件神社施設が、上記適用除外考慮要素該当性がないことを確認し、「一義的に宗教施設」「宗教的な行事である」と認定した。②田原意見は、国家と宗教との関わりについて「国家等が、宗教上の行事等への参加や宗教団体への財政的な出捐等の行為を含む何らかの積極的な

関与をなす場合と、国家等が所有する土地や施設に、歴史的な経緯等から宗教的な施設等が存置されているのを除去しないという不作為を含む消極的な関与に止まるにすぎない場合」を区別する。そのうえで、前者に政教分離原則が厳格に適用されるべきであるとし後者に対しては右適用除外考慮要素 a・b による例外的許容の余地を認める。このような判断枠組の下で、本件は右考慮要素に該当しないこと、並びに、本件土地一及び四の「負担付で寄附を受け容れたこと自体が憲法に違反するものであつて、本来その寄附を受け容れた行為は、無効」と認定する。ただし、五〇年経過の間に所有権帰属に関する紛争が存在せず寄附採納無効を主張することは信義則に反することを理由に Y の時効取得を認定している。③近藤補足意見は、提供行為について、小規模な本件施設をみれば、政教分離は国家神道のような宗教の政治的利用などを防ぐための規定であることからすると違和感があるが、しかし「現実の危険」の大小は、違憲判断の決め手にはならず、憲法は優遇を一切禁止し厳格な中立性を要求しており宗教団体の活動を容易にする本件提供行為は八九条・二〇条一項後段違反であるとす

二 違憲判断の根拠となる憲法条項の選択と原則例外関係

という右の解釈論的前提は密接に関連する。

従来の判例は、「政教分離原則」の指導原理のもと憲法二〇条三項を中心に、二〇条八九条の条文の相互の関連付けにあたり、許容される「かかわり合い」を判断するため目的効果基準を用い、学説はそれを厳格適用する方向で推移した¹⁴。判例の目的効果基準の文言をそのまま引用して違憲判断をした第一審判決の構成はこの方向に忠実である。原審は違憲判断の理由につき第一審より細分化し、目的効果基準に関して、適用条文と違憲評価の根拠となる事実を明示する方向で論拠を明確化し、目的効果審査をしている¹⁵。対して本判決は、八九条の違憲判断につき目的効果基準による審査をおこなっていない¹⁶。確かに「関わり合い」の「相当限度の判断」を行なっているが、本件右四考慮要素は判例の目的効果基準とは考慮要素が異なっている。この点について、i 調査官解説は「憲法八九条を適用法条の中心に据え、二〇条一項後段を副次的に問題としている」¹⁷点に着目し、ii 安西文雄氏は「付け足し」¹⁸的存在の八九条が急浮上したことで八九条にも目的効果基準を適用してきた先例との整合性について問題提起し、iii 林知更氏は本判決が、最高裁が二〇条一項後段違反を認定した初めての例であると指摘した上で「二〇条三項とセットで扱われることの多

かった八九条は、ここでは二〇条一項後段の側に引きつけられ」同条項が「判断過程の指導原理として、実質的に本判決における主役の座を二〇条三項から奪取」¹⁹したと指摘する。

本評釈は、適用条文の変化の理由を、二〇条三項を本件認定事実に適用することの文言上の限界によるものと解する。従来の判例の問題点は以下二点である。第一に、適用規範の主軸である二〇条三項が過剰に射程拡大し「具体的な規範構造」や事案類型の相違が度外視され「不文の違憲性阻却事由」たる目的効果基準によるかかわりの相当性判断が一般人を基準とした「社会的相当性」に一元化したこと²⁰。第二に、融通無碍な政教分離原則と目的効果基準による判断は「事件毎の利益衡量」²⁰に陥ることである。

規範構造をとびこえた目的効果基準の一元化の問題点は第一審の構成にみられる。① i 本件建物につき、訴外Aの寄付を受けた採納及び訴外Bに本件施設への公有地無償使用貸借契約を決定した議決によるYの所有権取得、並びに、土地二・五のYの取得目的は「宗教的意義を有する」。ii 氏子集団は組織規約や総代世話役の任免の手続はなく総代世話役は神道信者ではなく「宗教行為を担う氏子も強固な信仰」を持たないものの氏子は「一種の宗教的行為の中から

始まったもので、本件施設を神社として維持している。

②右の事実認定に基づき、Yが公有地を訴外Bに無償で使用させ、公有地上に「宗教施設」たる本件施設を訴外Bに所有させる行為は、「憲法二〇条三項にいう宗教活動にあり、また、宗教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八九条に違反する」。このように「宗教的意義を有する」という判断を媒介に同条項の「宗教活動」該当性を判定する第一審の構成は、議決を「宗教活動」とする点で文言上無理がある。

本評釈は、原審が二〇条一項後段の規範を追加し八九条に関する目的効果基準の適用を行うことよって右の問題点は補正されたと解する。原審は、①i本件施設での「宗教的行為」の主体は「氏子」であり、本件施設の維持運営管理にあたる運営委員会は憲法二〇条一項後段の「宗教団体」並びに憲法八九条の「宗教上の組織若しくは団体」には該当せず、違憲認定事実が「宗教施設」に標的が定まる。ii Yの土地取得の「経緯に照らすと」（引用者強調）その目的は右「宗教施設の維持存続」にあり「宗教的意義を有」し、右提供行為は憲法二〇条三項の宗教活動にあたることとして、宗教施設を維持するために地方公共団体の財産を供するものであり、憲法二〇条一項後段、八九

条に規定される政教分離の精神に明らかに反し、本件宗教施設の収去を請求しないことは「憲法二〇条三項に規定される政教分離原則に違反し、二〇条一項後段、八九条に規定される政教分離原則の精神」に反すると修正された。

このように原審は第一審よりも事実認定と適用条文を明確化している。②そのうえで、目的効果基準により、市土地取得並びに土地を本件施設のために無償使用させた行為は「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」、「これにより砂川市が特定の宗教上の組織との間にのみ意識的に特別の関わり合いをもったとの外形的事実が形成され」、「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いう印象をもたらず」、「これらの諸事情を総合考慮すれば」、市の土地取得並びに無償使用させる行為は、「目的が宗教的意義をもつことを免れ」ず「その効果が特定の宗教に対する援助、助長、促進」になり、市と当該施設とのかわりは「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、憲法二〇条三項の禁止する宗教活動にあたる」。

原審の右の構成を基盤として本判決は、二〇条三項を手掛かりとして政教分離原則に関する目的効果基準による衡量を回避し、原則例外関係の構成によって、二〇条一項後

段並びに八九条の「客観的法規範」⁽²²⁾に対する行為義務違反という判断を導いている。つまり、憲法条項を、法準則（ルール）から区別して最適化をおこなう「原理」ととらえる思考枠組⁽²³⁾でいえば、これらの条項は、法準則である。その指図は「教会・神社など宗教団体が「公法上の身分」として樹立・存立することを―つまりは制度体保障を―明示的に禁止」⁽²⁴⁾することである。Yの氏子集団への公有地無償提供はこの法準則への違反である。このような規範構造からみれば、政教分離原則を媒介に、宗教活動該当性につき規範の文言の限界を無制限に拡大する違憲判断よりも、法準則への行為義務違反を問う本判決の構成のほうが、「法にもとづく裁判」という観点から、論証としてより明晰である。そのうえで、本判決は法準則の適用範囲の例外的限定について、a・bの適用除外考慮要因の他に、相当限度について「総合的に判断」という文言により、より広範に違憲性が後退する場合についての判断余地を設けている⁽²⁵⁾が、これについては四で検討する。

要すれば、本評釈は、従来の判例の二〇条三項射程拡大により法準則としての規範構造をこえて政教分離に関する厳格審査かどうかを問う系列とは別の思考を、本判決に読み取る。本判決は、法準則に関する原則違憲に対する例外

判断につき、かわり合いの社会的相当性判断、就中、適用除外考慮要因a・bをあげている。このようにみれば、本判決は、目的効果基準を変更こそしないものの、それは別の思考を事案の性質に応じて分節化したとみることができる。

三 本件と先例の関係について、①津地鎮祭訴訟②愛媛玉串料訴訟⁽²⁶⁾③箕面忠魂碑訴訟各最高裁判例とどのような関係にあるかを検討する。これらの判例はいずれも「かわり合い」の相当性の判断にあたり目的・効果審査を行っている。③が①②と相違する点は、二〇条一項及び八九条について目的効果審査を行い、①等の「趣旨に微し」政教分離によって禁止される宗教団体概念を「特定の宗教の信仰、礼拝又は普及等の宗教活動」に局限したことである。本件は、これに対応する判断がなされておらず、参照判例から③を除外したことは判例引用の首尾一貫性という観点から評価することができる。ところで、本件は林氏が指摘するように「地方公共団体が非宗教団体のために公有地を提供して、その上に宗教性をもつ施設を設置させた事案」という観点で大阪地蔵像事件（最一小判平成四・一一・一六判時一四四一―号五七頁）と事案の共通性がより高く、「当該施設を管理する組織・団体が宗教団体ではないことが、関

わり合いの宗教的効果を弱める要因として考慮されていた²⁷⁾が、本判決は原審と異なり、町内会と氏子集団を區別し後者を宗教団体と性質決定した点で事案の共通性が失われた。

先例として引用されている①②と本件は、「かかわり合い」の相当性の判断をおこなう点は共通しているが、本件では目的・効果審査にかわり四考慮要素による判断がなされていることに加え、事案類型が異なる。とくに本判決は、政教分離判例の焦点となっている靖国神社や国家神道の来歴を持ち政治的影響力行使しうる巨大な宗教団体とは明らかに異なり団体組織規範さえ備えないマージナルな「氏子集団」を法的概念たる「宗教団体」と構成する。右団体を政教分離概念における「宗教団体」と認定する理由が、神社施設存在と氏子が町内会とは別に社会的に実在しているというだけであれば「粗雑な議論³⁰⁾」である。確かに、本件施設の「宗教施設性を否定したいことも、判決の結論を容易に支持される³¹⁾」一方、地方のコミュニティーでは自治会・氏子団体などが未分化のまま複合しており、この点をどのように価値評価するのかについて、本判決の共同理解をめぐる「事案と憲法論との間に小さな齟齬³²⁾」の念を禁じ得ず、法廷意見に対する共同意見（実質的反対意

見）との対立の争点はここにある。

法廷意見はどのような論拠により先例との整合性、法律論としての首尾一貫性を論証していると理解すべきだろうか。この疑問に答えるには、本判決の論拠として、①以降最高裁判所が放棄した、政教分離に関する「宗教団体」の認定にあたり教義教典組織の有無を判断指標としない「広義説」へのドグマティックの変容を、推知するほかない³³⁾。他方で判例変更がなされていないこととの整合性について、本評釈は、藤田・田原補足意見が先例のなかの少数意見の論証を明示的に引証し、そこから翻って、法廷意見に補完的な論拠を与えている、と推測する。

四 「諸般の事情を考慮し、社会通念に照らして総合的に判断」という概括的考慮要因に関しては、「社会通念」と「総合的」という言葉の用い方を検討しなければならぬ。従来の「客観的」の語が本判決では「総合的」という語に変化したことについて、考慮要因を指示する文言が無自覚に書換えられたのではないという仮定に立てば、この点からも本判決固有の法的構成を知る手がかりがある³⁴⁾。すなわち津地鎮祭訴訟・愛媛玉串料訴訟最高裁判例の目的効果基準は行政の主観的意図や外形的側面にのみとらわれず当該行為を「客観的」に判定するという文脈であるのに対して、

本判決の「総合的」に判断に関する文脈はこれと考慮要因が異なり、原則違憲に対する例外該当性を判別する文脈で用いられる。これは適用除外考慮要因 a・b 以外に「正当な理由」に基づく関わり合いについて「不介入の要素が後退すべき」⁽³⁵⁾ 場合に関する考慮要因である。本判決ではこのような違憲性を後退させる評価の根拠たる事実をどう認定するかをめぐって意見が対立している。①土地一・四取得過程の事実認定に本件固有の事情をみて法廷意見に論証を補完する田原補足意見と、②本件宗教施設・氏子集団の社会的評価に固有事情をみる共同意見（実質的反対意見）の対立である。①は、訴外 A がいわゆる自農法により取得した土地への固定資産税課税回避目的で寄付したことにつき、本来この租税負担を所有者又は敷地利用管理主体に転嫁すべきで、Y の採納議決は「実質的に本件神社の管理主体を経済的に支援」し、憲法二〇条一項・憲法八九条に違反し当該契約は無効であると認定し、また、その他租税負担回避の正規手続として、氏子集団が本件神社を宗教法人法による認証をうけるか、本件神社と密接なかわりを持つ宗教法人砂川神社の分社とするなどを指摘し、これらを履践していないことを考慮要素とする。②は、「地域社会と密接な関係を持って、存続し引き継がれてきた宗教施設」の

場合、八九条違反を判断する考慮要素を修正し、i 本件施設の過去の歴史的沿革 ii 宗教施設の性格 iii 土地利用の具体的態様 iv 運営主体の性質 v 地域住民の認識や一般人評価などとし、法廷意見は iii v について「本来の意味での総合判断がされていない」とする。本件施設は地域コミュニティの融和親睦を図るために建設・利用されておりそれはそれに付随しているにすぎず公有地を「単なる宗教施設に利用提供する場合」とは異なり、本件氏子集団は町内会と同様の世俗的な意味で先祖から慣習的に引き継がれている行事に参加しており、「地元住民以外に知る人が少ない宗教的施設に対する公有地の利用提供行為についての一般人の評価を検討するのであればまず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」すべきところ法廷意見は「一般人の評価を抽象的に観念して憲法判断の理由とする」点を審理不尽の理由とする。

①と②の違憲評価の根拠を何に準拠するかをめぐる対立を別の観点から見ると、規範的な観点から事実認定を行う①と規範的な評価の観点がなく（社会的多数者によって受容されている）実態から規範の意味を評価する②の評価観点の相違が際立つ⁽³⁶⁾。本評釈は、憲法論における総合判断においてもまた、あくまで総合判断の根拠となる法規範との

関連で事実を認定することによって構築するべきであるという観点から、②を支持し得ない。

五 最後に、本判決につき、全国各地の同様のケースへの波及や本件類似の外形的事実をもつ団体の存立が危ぶまれるとの懸念が指摘されるが、失当である。まず本判決が政教分離原則と町内会・氏子集団の信教の自由との対抗関係に配慮し⁽³⁷⁾、違憲状態の解消手段について行政の選択裁量⁽³⁸⁾を認定し、違法判断の対象を積明義務違反に限定したことにつき、コミュニティ的価値にコミットする観点からも本判決を支持しうる。次に、本件の右固有事情への考慮要因を離れ、本判決の射程を論じることはできず、田原意見が認定する本件固有の事実を考慮しない「総合的」判断は他事考慮である。更に、コミュニティの紐帯として機能し宗教団体としての性質が希薄になっている神社の保守については、譲与の外、平成三年改正地方自治法「地縁による団体」(二六〇条の二第一六項)により違憲性を阻却しうる。ただしその場合、「信教の自由の現実化が宗教的領域と世俗的領域との相互の自律化を前提とするならば、かような前提の未成立な組織・団体の宗教的活動に国家が手を貸すことは、宗教団体への支援に劣らない宗教的效果を持つ⁽³⁹⁾」ことを考慮しなければならない。

かくして本評釈は、本判決を、政教分離事案の判断過程の明確化、並びに、本件施設のコミュニティにおける価値への配慮の要請と行政の憲法適合性確保の要請のディレンマに巧みな構成をもって解決した点において支持する。

六 本判決は、Yの上告受理申立に対して職権により、政教分離違反を認定し積明権行使の違法ゆえに原判決を破棄して原審に差戻した。Yが控訴した差戻審(平成二二年一月六日札幌高等裁判所平成二二年(行コ)第四号LEX/DB文献番号二五四二九〇一)は、違憲状態解消手段につき、氏子集団の合意にもとづき、①Yが鳥居部分に賃借権を設定しそれを目視できるよう表示して氏子集団に適正価格で貸与しそこに祠を移設すること、②地神宮の刻印を削除し「開拓記念碑」など宗教色のない文字を刻印すること、③建物の神社表記を撤去すること、④上記のすべての費用を氏子集団が負担することを判示した。

(一) 文化財保護法三五条一項が重要文化財の管理又は修繕に必要な補助金の交付を明示している。この場合について裁判例では高知地判平成一〇・七・一七判時一六九九号六頁以下が、宗教学人格をもち地域住民によって組織される氏子集団によって運営されている神社の修繕費用を支出し

た町の行為を本判決同様八九条・二〇条一項後段違反としたが、観光資源性の有無を考慮要因としている。本判決以後、白山ひめ神社第一小判平成二二・七・二二がこの場合に当たる。同事件の全体的文脈と「社会通念」解釈の問題点については山崎友也「白山信仰と政教分離」法セミ六六七号（二〇一〇）五二頁以下を参照。同事件の最高裁判決の特徴、とりわけ目的効果審査と適用条文の特異性とその意味については、西村枝美「白山ひめ神社訴訟上告審判決」平成二二年度重判解一七一八頁を参照。同判決の控訴審（名古屋高裁金沢支部平成二〇・四・七判時二〇〇六号五三頁）については、「社会的儀礼の範囲内」の判断の要因の分析については、佐々木弘通「神社大祭の奉賛会発会式への市長の出席・祝辞と政教分離」平成二〇年度重判解一六一七頁、安藤高行『人権判例の新展開』（法律文化社、二〇一〇）二三八―二四五頁を参照。観光資源性を考慮せず違憲とした判断に疑問を呈する評釈として田近肇「神社の大祭奉賛会発会式への市長の出席・祝辞と政教分離原則」岡山大学法学会雑誌五九巻一号（二〇〇九）一八一―一八三を参照。

(2) この事情について清野正彦最高裁判所調査官解説（以下調査官解説）ジュリ一三九九号（二〇一〇）八四―八五頁を参照。

(3) なお、本判決と同日に判決された、同じ砂川市政教分離事案である富平神社事件最高裁民集六一巻一号二二八頁

では適用除外考慮要因bが確認されている。同事案では、国公有地となった経緯は小学校施設拡充に伴うものであつて適用除外考慮要因bとは直接には事案が同一ではないが、一旦国有化した土地を再び宗教団体に譲与する点で、境内地処分法と類似した関係が認定され、譲与が同法の「理念にも沿う」と判断され合憲とされた。

(4) 「等」を独立した考慮要因として解釈する論考として、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（最大判平成蓋に年一月二〇日）に即して」法律時報八二巻四号（二〇一〇）一頁。

(5) 井上元『住民訴訟の上手な活用法』（民事法研究会、二〇〇八）一六五―一六八頁。

(6) この論点について考察する文献としては、木村草太「空知太神社事件上告審判決」自治研究八七巻四号一三三頁以下（一四五―一六頁）並びに、蟻川恒正「実体法と手続法の間―空知太神社訴訟最高裁判決を素材として」法律時報八二巻一号（二〇一〇）八〇頁以下を参照。

(7) 芦部信喜（高橋和之補訂）『憲法（第五版）』（有斐閣、二〇一〇）一六一頁、初宿正典『憲法2基本権（第三版）』（成文堂、二〇一〇）二四三頁、岩間昭道『憲法綱要』（尚学社、二〇一〇）九一―九七頁、赤坂正浩『憲法講義（人権）』（信山社、二〇一〇）一三五―一三七頁、佐藤幸治『日本国憲法論』（成文堂、二〇一〇）二二九頁。

(8) 異同の分析については前掲注(2)調査官解説八五―八

七頁を参照。

(9) 判例法理としての「目的効果基準」と微妙に異なることについては、西村・前掲注(1)一七頁を参照。

(10) 井田洋子『速報判例解説 vol.7/2010年10月』法セミ増刊二二頁。

(11) 「政教分離は政教のかわり合いを忌避した憲法上の客観法的保障であると解せば、禁止を原則とし、許容を例外とする原則―例外関係から違憲審査のあり方を考えるべき」ことについては、小山剛『憲法上の権利』の作法(尚学社、二〇〇九)一五〇頁。なお、この場合とは別に、いわゆる「原則例外関係」はドイツ基本権の標準的思考枠組みのことをいう場合が通常である。小山・作法一二頁以下、同『基本権の内容形成―立法による憲法価値の実現』(尚学社、二〇〇四)二一六、二五五、二九八頁を参照。本評釈で言う原則例外関係とは、前者の文脈で用いる。

(12) この点について長谷部恭男氏は前掲注(2)座談会八二頁で、弁論主義第一テーゼの観点から時効取得を当事者が援用していないのに裁判所が認定できるか指摘するが職権探知主義からは可能である。職権探知主義は弁論主義の対立概念であり、実体的真実や第三者への判決効などが通常の民事訴訟よりも重要になってくる人事訴訟法(松本博之『人事訴訟法(第二版)』(弘文堂、二〇〇七)五七―七〇頁)や行政事件訴訟法二四条等は明文規定で職権証拠調べ禁止を解除し、更に「客観訴訟の手続における職権主義の

要請は、主観訴訟の場合よりも遙かに顕著である」(山岸敬子『客観訴訟の法理』(勁草書房、二〇〇四)二二八―二三八頁)。

(13) この点について、エンドースメントテストの思考との関連を指摘するのが、小泉・前掲注(4)三頁である。小泉氏は本件判決を政教分離における「かわり合い」の判断に目的効果基準によって判定することが適切でない場合を示すものと位置づけ、本評釈もこの理解に与する。しかし、八九条の適用の法律構成の理解に関して、エンドースメントテストによる考量ゆえに特定の宗教的活動に対する政府の是認「メッセージ」の伝達効果が範疇的に推定される場合に当該行為の目的効果を不問にするという理由付け、並びに、法廷意見及び藤田補足意見を「結論先取りの」と評価する点に関して、本評釈は異なる見解に立つ。

(14) 芦部信喜『憲法学Ⅲ人権各論(1) 増補版』(有斐閣、二〇〇〇)一五一―一七五頁。政教分離における宗教団体の定義について広義説から厳格な政教分離論を説く松井茂記『日本国憲法(第三版)』(有斐閣、二〇〇七)四三七―四三八頁もレモン・テストによる判断を支持する。他方、初宿・前掲注(7)二二―二二二頁はアメリカと我が国の紛争の相違ゆえに「レモン・テストとの異同を問題にして目的・効果基準が厳格か緩やかかを問題すること自体の正当性も疑問がある」とする。

(15) 八九条の宗教団体の定義に関し、広義説に立つ第一審

- の判断を覆し箕面忠魂碑慰霊祭判決の狭義説に従ったものの、「なお二〇条一項後段と八九条の「精神」に含みをもたせた」として従来の二〇条三項中心の規範選択の変容を指摘する林知更「市有地上の神社と政教分離原則」平成一九年度重判解一五頁の分析を参照。
- (16) これと異なる理解として、野坂泰司「判例評論」平成二二年二月一日第六二二号一六八—一六九頁、岩間・前掲注(7)九五頁を参照。
- (17) 前掲注(2)調査官解説八五頁。
- (18) 前掲注(2)ジュリ基調報告安西文雄「政教分離と最高裁判所判例の展開」六一—六三頁。
- (19) 林知更「国家教会法」と「宗教憲法」の間「政教分離に関する若干の整理」ジュリ一四〇〇号(二〇一〇)八四頁。
- (20) 林知更「政教分離原則の構造」高見勝利・岡田信弘・常本照樹編『日本国憲法解釈の再検討』(有斐閣、二〇〇四)一一五—一三五頁
- (21) 山口智「戦没者遺族への線香配布と政教分離原則」平成一三年度重判解二八頁。なお、目的効果基準を「衡量」問題として捉える議論として、高橋和之『立憲主義と日本国憲法(第二版)』(有斐閣、二〇一〇)一七六頁の、衡量と宗教活動の類型に即して判断過程を分析する視角が着目されている。他方で、同書一七八—一八〇頁は、二〇条三項射程拡大論Ⅱ政教分離原則一元論の問題を抱えている。
- 類型については、宍戸常寿『憲法 解釈論の応用と展開』(日本評論社、二〇一一)一二三—一二五頁を参照。
- (22) 小山・「作法」前掲注(11)一四八頁―同所、宍戸・前掲注(21)一二〇頁を参照。そのルールの名宛人は政府だけではなく、宗教団体も含まれることについては、阪本昌成『憲法理論Ⅱ』(成文堂、一九九三)三四六頁を参照。なお八九条と二二条の規律の性質を特別法と一般法として解する常本・後掲注(29)一六頁の指摘はこの観点からみて重要である。
- (23) 法規範を「原理」と「ルール」に区別する思考は、ドウオーキンやアレクシーの所説を経由して我が国でも知られている。この点について、青井秀夫『法理学概説』(有斐閣、二〇〇七)一八二—一八九頁を参照。
- (24) 石川健治「人権享受主体論の再構築」権利・身分・平等のドグマティク」法教三二〇号(二〇〇七)六六—六七頁。佐藤幸治「憲法(第三版)」(青林書院、一九九五)三九七頁及び佐藤・前掲注(7)二二五頁は、「人権と制度との関係」について、「ある制度を特に忌避している場合」を指摘し信教の自由に関しては二〇条一項後段を挙げているが、本評釈は、これを「制度体保障」の禁止のルールと理解する。
- (25) その概括的考慮要因を、目的効果審査を外した八九条で羈束するという理解につき、安西・前掲注(18)六四頁を参照。ただし、何が八九条の「コア(中心部分)」となる

かについては、なお検討の余地があるが、本評釈ではこの問題に立ち入れない。

(26) 両者の関係が、後者の「かかわり合い」審査の判断であるとすれば判例変更を必要とし、そうでない場合、目的効果基準を「補充」する「エンドースメントテストに近い判断を加えている」との見方については、戸松秀典・長谷部恭男・横田耕一「愛媛玉串料最高裁大法廷判決をめぐって」ジュリー一一四号（一九九七）九頁（横田発言）を参照。本件に関してこの見方を小泉・前掲注（4）が採っており、この見方は判例変更をしていない本判決を先例と整合的に理會するひとつの理解であるが、本評釈はこれに与しない。

(27) 林・前掲注（15）一五頁。

(28) にもかかわらず法廷意見がこれらを引用していないことについて長谷部恭男「目的効果基準の「目的」法教三五七号（二〇一〇）八三頁が指摘しているが、この点について特に考察はなされていない。本評釈は、政教分離における宗教団体を広く理解する本判決と狭義説に立つこれらの先例とは対抗関係にたち、それらを引用しないことは本判決の論理の首尾一貫性を示すひとつの指標であると理解する。

(29) この相違については常本照樹「砂川政教分離訴訟上告審判決」前掲注（1）平成二二年度重判解一六頁を参照。

(30) 小泉・前掲注（4）、三頁。

(31) 安藤・前掲注（1）二二六頁。

(32) 林・前掲注（19）九四―九五頁。

(33) このような広義説への変容は控訴審において適用条文の変更と共に生じていたことについては安藤・前掲注（1）二二七頁が指摘し、林・前掲注（15）同所を参照している。

(34) 事案を異にするが、「総合考慮」アプローチの場合に考慮要素を明確にする必要が要請されることについては、渡辺康行「取材・報道と肖像権」平成一七年度重判解九一―〇頁を参照。

(35) 宍戸・前掲注（21）一一二頁。

(36) この点について、政教分離事案における「社会通念」の意味を、事実と規範の対立の観点から分析した渡辺康行「違憲審査の正当性と〈コンセンサス〉ないし〈社会通念〉」ジュリー一〇二二号（一九九三）一二九頁以下が参考になる。

(37) 蟻川・前掲注（6）九二―九三頁は、このような「手段の選択」に関して差し戻したことは氏子集団の参加手続き「フォーラム」を設定するという「目的的判断」のもとに、実体判断と手続法との「規律の融解」を批判する。本評釈は、価値に関する多元的論争状況対立の調整と法規適合性統制が問題になる憲法訴訟において、このような構成を妥当であると評価する。

(38) この点については、山下竜一「神社敷地用途での公有地の無償提供又は無償譲与に関する適法判断のあり方」前

掲注(1)平成三二年度重判解六八頁を参照。

(39) 林・前掲注(15)参照事案である、佐賀地判平成一一・四・一二判時一三九号一一三頁は共同体の苛烈な同化圧力を示す事案として銘記すべきである。又、林・前掲注(19)九四―九五頁は、政教分離事案において共同体理解そのものが「優れて政治性を帯びた争い」であると鋭利に指摘している。

※注(2)清野正彦調査官解説は、本稿校正中に、最高裁判所判例解説(法曹時報六三卷八号一三二頁以下)として公刊されたが、本文中に反映することができなかった。