

# 孔子廟訴訟（最大判令和2年2月24日）

（社会科教育講座）中曾久雄

## Separation of government and religion

Hisao NAKASO

（2021年9月1日受理）

### 1. はじめに

本件は、那覇市の管理する都市公園内に儒教の祖である孔子等を祀った久米至聖廟（以下「本件施設」）を設置することを参加人に許可した上で、その敷地の使用料（以下「公園使用料」）の全額を免除した当時の市長の行為は、憲法の定める政教分離原則に違反し、無効であり、第1審被告が参加人に対して平成26年4月1日から同年7月24日までの間の公園使用料181万7063円（以下「本件使用料」）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、市の住民である第1審原告が、第1審被告を相手に、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る住民訴訟である<sup>1</sup>。

<sup>1</sup> 当初の原告の請求は、①地方自治法242条の2第1項3号に基づき、被告が同年4月1日から同年7月24日までの間の公園の使用料181万7063円を請求しないことが違法であることの確認、②那覇市に対する同項2号に基づく本件設置許可の取消請求、③被告に対する同項4号本文に基づく本件使用料相当額の当時の那覇市長に対する損害賠償請求及び補助参加人に対する不当利得返還請求又は損害賠償請求を連帯債務として請求することを求める請求、④被告に対する同項3号に基づく同月25日から平成27年4月24日までの間の公園の使用料の徴収を怠る事実の違法確認請求、⑤被告に対する同項4号本文に基づく上記④の使用料相当額の当該期間中の各那覇市長に対する損害賠償請求及び補助参加人に対する不当利得返還請求の各請求をすることを求める請求、である。

差戻し前第1審（那覇地裁平成28年11月29日・訴えの却下）は上記①ないし⑤の各請求に係る訴えをいずれも却下したのに対し（その理由は、監査請求において本件免除及び本件使用料の徴収を怠る事実が対象とはされておらず適法な監査請求を経ていないというものである。）そ

### 2. 判旨

#### 破棄自判

「国又は地方公共団体が、国公有地上にある施設の敷地の使用料の免除をする場合においては、当該施設の性格や当該免除をすることとした経緯等には様々なものがあり得ることが容易に想定されるところであり、例えば、一般的には宗教的施設としての性格を有する施設であっても、同時に歴史的、文化財的な建造物として保護の対象となるものであったり、観光資源、国際親善、地域の親睦の場などといった他の意義を有していたりすることも少なくなく、

の後、原告が控訴した。差戻し前控訴審（福岡高裁那覇支部平成29年6月15日・原判決の取り消し・差戻し）は原告の控訴のうち上記②の請求に係る部分を棄却したほか、上記の訴請求のうち上記①及び③の各請求に係る部分を那覇地方裁判所に差し戻す旨の判決をした。同判決は確定した。原告は、差戻し前控訴審に係属する間に、④、⑤の各請求に係る訴えをいずれも取り下げた。

差戻し後第1審（那覇地裁平成30年4月13日・請求容認）において原告は本件訴えのうち、③の請求に係る部分を取り下げた。故に、①のみが審判対象であった。その後、市が控訴した。差戻し後控訴審（福岡高裁那覇支部平成31年4月18日・請求棄却）では公園の使用料を請求しないことが違法であることの確認を求める限度で理由があるとしつつ、「那覇市公園条例上及び同条例施行規則上、那覇市長が特に必要と認める場合には使用料の一部を免除することができる旨規定されており、控訴人には、施設の設置許可を受けた者に対して公園使用料の一部免除をするか否かについての裁量が認められている。そうすると、控訴人が、補助参加人に対し、本件設置許可に伴う公園使用料を徴収すべき義務を負うとしても、本件使用料の全額を徴収しないことが直ちには控訴人の財産管理上の裁量を逸脱又は濫用するものであるとはいえない」とした。

それらの文化的あるいは社会的な価値や意義に着目して当該免除がされる場合もあり得る。これらの事情のいかんは、当該免除が、一般人の目から見て特定の宗教に対する援助等と評価されるか否かに影響するものと考えられるから、政教分離原則との関係を考えるに当たっても、重要な考慮要素とされるべきものといえる。そうすると、当該免除が、前記諸条件に照らし、信教の自由の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、政教分離規定に違反するか否かを判断するに当たっては、当該施設の性格、当該免除をすることとした経緯、当該免除に伴う当該国公有地の無償提供の態様、これらに対する一般人の評価等、諸般の事情を考慮し、社会通念に照らして総合的に判断すべきものと解するのが相当である」。

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

「本件施設で行われる釋奠祭禮は、その内容が供物を並べて孔子の霊を迎え、上香、祝文奉読等をした後にこれを送り返すというものであることに鑑みると、思想家である孔子を歴史上の偉大な人物として顕彰するにとどまらず、その霊の存在を前提として、これを崇め奉るという宗教的意義を有する儀式というほかない。また、参加人は釋奠祭禮の観光ショー化等を許容しない姿勢を示しており、釋奠祭禮が主に観光振興等の世俗的な目的に基づいて行われているなどの事情もうかがわれない。そして、参加人の説明によれば、至聖門の中央の扉は、孔子の霊を迎えるために1年に1度、釋奠祭禮の日のみみ開かれるものであり、孔子の霊は、御庭空間の中央を大成

殿に向かって直線的に伸びる御路を進み、大成殿の正面階段の中央部分に設けられた石龍階を越えて大成殿へ上るというのであるから、本件施設の建物等は、上記のような宗教的意義を有する儀式である釋奠祭禮を実施するという目的に従って配置されたものといえることができる」。

「当初の至聖廟等は、少なくとも明治時代以降、社寺と同様の取扱いを受けていたほか、旧至聖廟等は、道教の神等を祀る天尊廟及び航海安全の守護神を祀る天妃宮と同じ敷地内にあり、参加人はこれらを一体として維持管理し、多くの参拝者を受け入れていたことがうかがわれる。旧至聖廟等は当初の至聖廟等を再建したものと位置付けられ、本件施設はその旧至聖廟等を移転したものと位置付けられていること等に照らせば、本件施設は当初の至聖廟等及び旧至聖廟等の宗教性を引き継ぐものといえることができる」。

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

「しかしながら、市は、本件公園の用地として、新たに国から国有地を購入し、又は借り受けたものであるところ、参加人は自己の所有する土地に旧至聖廟等を有していた上、本件土地利用計画案においては、本件委員会等以至聖廟の宗教性を問題視する意見があったこと等を踏まえて、大成殿を建設する予定の敷地につき参加人の所有する土地との換地をするなどして、大成殿を私有地内に配置することが考えられる旨の整理がされていたというのである。また、本件施設は、当初の至聖廟等とは異なる場所に平成25年に新築されたものであって、当初の至聖廟等を復元したものであることはうかがわれず、法令上の文化財としての取扱いを受けているなどの事情もうかがわれない。そうすると、本件施設の観光資源等としての意義や歴史的価値をもって、直ちに、参加人に対して本件免除により新たに本件施設

の敷地として国公有地を無償で提供することの必要性及び合理性を裏付けるものとはいえない」。

「本件免除に伴う国公有地の無償提供の態様は、本件設置許可に係る占用面積が 1335 m<sup>2</sup>に及び、免除の対象となる公園使用料相当額が年間で 576 万 7200 円(占用面積 1335 m<sup>2</sup>×1 か月 360 円×12 か月)に上るというものであって、本件免除によって参加人が享受する利益は、相当に大きいといえることができる。また、本件設置許可の期間は 3 年とされているが、公園の管理上支障がない限り更新が予定されているため、本件施設を構成する建物等が存続する限り更新が繰り返され、これに伴い公園使用料が免除されると、参加人は継続的に上記と同様の利益を享受することとなる。そして、参加人は、久米三十六姓の歴史研究等をもその目的としているものの、宗教性を有する本件施設の公開や宗教的意義を有する釋奠祭禮の挙行を定款上の目的又は事業として掲げており、実際に本件施設において、多くの参拝者を受け入れ、釋奠祭禮を挙行している。このような参加人の本件施設における活動の内容や位置付け等を考慮すると、本件免除は、参加人に上記利益を享受させることにより、参加人が本件施設を利用した宗教的活動を行うことを容易にするものであるといえることができ、その効果が間接的、付随的なものにとどまるとはいえない」。

「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、本件免除は、市と宗教との関わり合いが、我が国の社会的、文化的諸条件に照らし、信教の自由の保障の確保という制度の根本目的との関係で相当とされる限度を超えるものとして、憲法 20 条 3 項の禁止する宗教的活動に該当すると解するのが相当である」。

林景一裁判官の反対意見

「定款上の目的に照らしてみると、今日においては、参加人は、琉球王朝時代風の孔子廟施設を維持すること、そして、そこにおいて釋奠祭禮という行事を続け、合わせて、論語等の東洋文化を若い世代に普及させることを重要な目的としているとみることができよう。このような目的からみる限り、今日において、参加人が、集団として、宗教としての儒教の

信仰を共有し、それを継承し、普及させようとしていることはうかがえない。かつて、論語は、中国及び我が国を始めとする東アジア諸国に浸透しており、知識人や指導的階層はもとより、広く庶民に至るまで、基本的な素養、教養であると考えられており、論語を含む四書五経は、立身出世のための必修科目とみなされ、わけても論語は決定的に重要と考えられていたことは周知の事実である。本件施設内にもある明倫堂はこのための学習施設として建設されており、孔子ないしその思想の権威を示す象徴としての大成殿と一体的施設として孔子廟施設を構成していたようである。しかしながら、戦後、民主主義の発展の中で、儒教＝封建的ないし前近代的な道徳という図式によって、論語の社会的重要性が低下したことは否めず、もはや体系的な論語教育はなされているとはいえないから、そのためにも、参加人が、歴史研究と併せて、論語の普及の場を設けていることに相応の意義があることがうかがえる。このようにみても、現在の参加人は、定款のみならず、実際の活動を評価してみても、儒教であれ、その派生宗教であれ、特定の宗教の信仰を絆として、これを日常的に実践する集団であるとみることはできない。むしろ、久米三十六姓の末えいの血縁集団の連合体として、戦後の歴史・社会状況の変化の中で、他の門中と同様、祖先の事績を偲びつつ、集団の絆を維持強化しようとするものと評価できるのではないかと。本件施設で行われている釋奠祭禮は、そのために、祖先が、渡来人の思想的、実務的基盤として重視した儒学・論語文化そのものの外部への普及のための努力をしながら、集団内部においては、儒学・論語の始祖というべき孔子に対する崇敬の念を示す伝統を共有し、そのための伝統行事を催行し、継承していくこととしているものであると説明することができよう。とすれば、これは信仰に基づく宗教行為というよりも、代々引き継がれた伝統ないし習俗の継承であって、宗教性は仮に残存していたとしても、もはや希薄であるとみる余地が十分にあると考えられる」。

「政教分離規定への適合性が争われたこれまでの判例においては、前提として神道ないし仏教があり、

これらとの関係性を判断してきたものであるといえる。すなわち、地鎮祭の催行、玉串料の奉納、神社ないし地蔵像に対する土地の提供等々の事案に係る判例においては、いずれも国等の行為・活動に関し、神道ないし仏教との距離を測ることによって宗教性の濃淡を測り、目的効果基準ないし総合判断により、社会通念に照らして、相当性の限度を超えるか否かを判断してきたといえよう。しかるに、上記のとおり、参加人の定款で標榜する目的やこれに基づく日常的な活動の実態をみる限り、本件施設や釋奠祭禮については宗教性がないか、少なくとも習俗化して希薄であると考ええる。実際、宗教的意義を有するとされた釋奠祭禮の主宰者である会員が他の宗教の信者であることもあるという。そして、本件においては、宗教の教義、すなわち信仰の在り方、態様はもとより、宗教上の指導者ないし聖職者及び信者集団、並びにこれらをつなぐ一定の組織性、普及活動など、常識的にみて宗教の本質的要素と考えられる要素のいずれも認定できていない。参拝者の受入れについては、参拝者の内心の問題であるから、確定的なことはいえないが、少なくとも、参拝者が当然に信仰心に基づく参拝をしたという証拠はない。そもそも本件免除の目的の一つが観光振興であることに示されているように、大半が本件公園の一角にあって我が国最南に所在する孔子廟を見物に来る観光客である可能性も高い。いずれにせよ、参拝者が組織化された宗教的活動として参拝を行っていることはうかがえず、参拝者に対する宗教の普及活動が行われていることもうかがえないから、参拝者の来訪は、本件施設の宗教性に係る判断の決定的材料であるとは思えない。結局のところ、本件施設及び参加人の活動に宗教性がないという参加人の主張に対する検討が十分に尽くされたとはいえないと考える。宗教性は、突き詰めると内心の問題に行き当たって、裁判になじまない部分があることも事実である。であるからといって、本件施設について、今日的な宗教性を否定する相応の主張、理由があつて、前記のとおり、もはや宗教性がないか、既に希薄化していると考えられる中で、外観のみで、宗教性を肯定し、これを前提に政教分離規定違反とすることは、いわ

ば『牛刀をもって鶏を割く』の類というべきものである」。

「政教分離規定は、信教の自由を確保するという目的のために、国等が、特定の宗教との関わり合いを持つことで、当該宗教を援助、助長し、又は他の宗教を圧迫することになるから、相当と認められる限度を超える関わり合いは禁止されるべきものであるという考えに立脚している。しかし、『何らかの』という以上に宗教の特定も、信者集団を含めた宗教組織ないし団体の存在の認定もできないのであれば、助長される対象が特定できないことになるのであるから、政教分離規定違反を問うことはできないのではあるまいか。それにもかかわらず、本件において、政教分離規定に違反するとの判断をすることは、政教分離規定の外延を曖昧な形で過度に拡張するものであつて、たとえ総合判断の過程において、文化財指定の有無や国際交流という目的等が考慮され得るとしても、憲法違反とされるおそれや訴訟の手續負担のおそれによって、歴史研究・文化活動等に係る公的支援への萎縮効果等の弊害すらもたらしかねないものであると考ええる。以上によれば、本件免除が憲法 20 条 3 項の禁止する宗教的活動に該当するとした原審の判断には誤りがあり、また、本件免除が憲法 20 条 1 項後段及び 89 条に違反するというのもできない」。

### 3. 本判決の位置づけ

本判決は政教分離の領域における 3 件目の違憲判決として注目される。本判決の枠組みは後に見るように、政教分離の意義、その判断枠組みを考える上で多様な論点を含んでいる。その意味で、本判決は今後の政教分離の方向性を考える上で重要な意義があると思われる。

### 4. 目的効果基準をめぐる議論

周知のように、日本国憲法下における政教分離の規定は、戦前の国家神道に向けられものである<sup>2</sup>。神

<sup>2</sup> 樋口陽一『憲法第三版』（創文社、2010年）225頁、浦部法徳『憲法教室 全訂第2版』（日本評論社、2006年）136頁。

社神道は、他の宗教とは別格のものとされ、天皇を神として崇める精神的基盤を構築するために、事実上の国教として扱われたのである。そして、法制上も、神宮・神社には公法人の地位が付与され、また、神官、神職に対しても官吏の地位が与えられた。さらに、国民に対しても神社参拝が強制されることになった。日本国憲法の政教分離規定はこうした歴史的背景のもとに制定されたものである<sup>3</sup>。そこでは、単に抽象的な国家と宗教との分離ということの意味するのではなく、より具体的に、国家と神社神道とのあらゆる結びつきを否定するものである<sup>4</sup>。そのため、日本国憲法は厳格分離を採用しているということになる<sup>5</sup>。もっとも、厳格な政教分離原則を憲法が採用しているとしても、現実の社会において国家と宗教が完全に分離し一切の接触を断つことは不可能であり、国家と宗教の関係についてどのような関係ならば憲法上許され、あるいは、許されないのか

をどのように判定するのかが問題になる<sup>6</sup>。裁判所は、この政教分離に関する問題について、一定の基準・判定方法を提示している。それが目的効果基準である<sup>7</sup>。

目的効果基準が、初めて登場したのは津地鎮祭判決<sup>8</sup>である。津地鎮祭判決において提示された目的効果基準は以下のような特徴を有している。国家と宗教との完全な分離は社会において様々な不合理な事態を生み出すために、国家は宗教とある程度のかかわり合いを持つということ前提として、憲法における政教分離原則は相当とされる限度を超える国家と宗教のかかわり合いを禁止するものであるとしている<sup>9</sup>。そして、憲法 20 条 3 項が禁止する「宗教的活動」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」であるとして、その判断は「諸般の事情を考慮し、社会通念に従って」行われる<sup>10</sup>。

<sup>3</sup> 浦部・前掲注 (2) 137 頁。

<sup>4</sup> 浦部・前掲注 (2) 137 頁。

<sup>5</sup> 内野正幸『憲法解釈の論点 第4版』（日本評論社、2004年）65頁、芦部信喜『憲法学Ⅲ 人権各論(1) [増補版]』（有斐閣、2000年）146頁。厳格分離とは言え、およそ国家と宗教を徹底分離するというのではなく、国家が宗教とは距離を置いた存在であることを要求する宗教的中立性原理として位置づけられるという。大石眞『憲法講義Ⅱ 第2版』（有斐閣、2012年）156頁。日本における政教分離を支える論拠を長谷部恭男教授は以下のように整理する。第1に、「宗教を非合理的なものとして否定的に捉え、理性的な討議と決定の場としての政治の領域から可能な限り排除すべきだとの立場がある。この立場からすれば、宗教と政治とが結びつくと、理性的であるべき政治を宗教が汚染するがゆえに、両者は厳格に分離されねばならない。宗教団体が政治活動を行うことも厳しく制約されるべきである」。第2に、「政治の領域は必ずしも理性的な討議と決定の場ではなく、さまざまな利益や目的を追求する人々が自由に競争し、ときには妥協をはかりながら、それぞれの利益や目的の実現を図る場だとの見方がある。この見方からすれば、宗教にも多様な利益や目的の一種としてその役割が認められることになり、政治権力と宗教との結びつきが禁じられるのは、特定の宗派が権力を独占することで、他の宗派や非宗教的な利益集団の活動が抑圧され、あるいは政治的対立が宗教的情熱との融合により激化することで、健全な政治過程が歪められるような、行き過ぎによる害悪があるからだということになる」。第3に、「宗教を、慈善事業の推進や社会生活に必要な道徳の涵養を通じて積極的に公の利益に役立つものとして捉える立場がある。この立場からすると、政治と宗教とが分離されるべきなのは、健全な宗教が政治権力によって腐敗・墮落しないようにするためである。したがって、このような懸念が妥当しない場面では、国家から宗教への便宜供与はむしろ望ましいこととなるだろう」。長谷部恭男『憲法学のフロンティア』（岩波書店、1999年）45～46頁。

<sup>6</sup> 芦部・前掲注 (5) 164 頁。目的効果基準は緩やかな政教分離の理解から導出されるものであり、完全分離とは両立しえない。棟居快行『憲法フィールドノート』（日本評論社、1999年）138頁。

<sup>7</sup> 高橋和之『体系 憲法訴訟』（岩波書店、2017年）281頁、井上典之『憲法判例に聞く』（日本評論社、2008年）99頁、芦部信喜『憲法判例を読む（岩波セミナーブックス）』（岩波書店、1987年）172頁。もっとも、判例は政教分離の本質的要素、規範内容を示していないという。大石眞『権利保障の諸相』（法律文化社、2014年）92頁。

<sup>8</sup> 最大判昭和 52 年 7 月 13 日民集 31 卷 4 号 533 頁。

<sup>9</sup> 大石・前掲注 (5) 166 頁。津地鎮祭判決では「政教分離規定は、いわゆる制度的保障の規定であって、信教の自由そのものを直接保障するものではなく、国家と宗教との分離を制度として保障することにより、間接的に信教の自由の保障を確保しようとするものである」とし政教分離を制度的保障として理解したが、石川健治教授はこれを「スキャンダラス」と批判し、市民革命で破壊されていくはずの教会などの中間団体の特権・既得権を、憲法により保護するのが本来の制度的保障制度保障の本来の意義を説く。石川健治『自由と特権の距離 増補版』（日本評論社、2007年）7、56頁。それ以外にも、政教分離の法的性格に関しては、国家と宗教との結合を禁止する法命題であり、宗教との関わりを禁止する法原則であるとする見解もある。戸波江二「政教分離の法的性格」『芦部信喜先生還暦記念 憲法訴訟と人権の理論』（有斐閣、1985年）542頁。

<sup>10</sup> 棟久敬「政教分離」加藤正二郎・阪口雅人・只野雅人『フォーカス憲法 事例から学ぶ憲法基盤』（北樹出版、2020年）101頁。厳密には地鎮祭は「宗教とかかわり合いをもつものであることは、否定することができない」としつつ、目的効果基準を適用した結果、地鎮祭は宗教的活動に該当しないとした。対して、反対意見は宗教性を持つ行為の全てが 20 条 3 項の「宗教的活動」に含まれるので

目的効果基準の要点は、20条3項が問題となる場合、国家と宗教が完全に分離することは不可能という前提から、国と宗教とのかかわり合いが直ちに違憲にはならず、目的と効果の審査を経て当該かかわり合いの程度の合憲性を判断するものである<sup>11</sup>（目的効果基準は政教分離違反をめぐる実質的問題を憲法の条文が定める構成要件の問題から、違憲性阻却事由の有無の問題へと変遷させた<sup>12</sup>）。

目的効果基準の実体を厳密に理解すると以下のようになる。津地鎮祭判決の前半では国家と宗教の完全な分離を説きながら、目的効果基準を提示するに際してこの考えを逆転させ（政教分離を相対分離或いは緩やかな分離と理解し）、原則が国家と宗教の関与で例外的に行き過ぎた部分が違憲になるという論理を提示する<sup>13</sup>（故に目的効果基準は緩やかな基準であると言われている<sup>14</sup>）。しかも、純粋に目的効果ではなく、「当該行為の外形の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」とし、行為の外形の側面だけにとらわれることなく、社会通念の観点から宗教性の濃淡（即ち、一般人の目から見て社会的儀礼と言えるか否か<sup>15</sup>）を測定し政教分離違反を判断する

違憲になるという。横田耕一「地鎮祭と政教分離の原則（津地鎮祭訴訟）—神式地鎮祭は憲法20条3項にいう『宗教的活動』か—」樋口陽一編『憲法の基本判例』（有斐閣、1985年）67頁。

<sup>11</sup> 渡辺康行・宍戸常寿・松本和彦・工藤達朗『憲法I人権』（日本評論社、2020年）353頁（渡辺康行担当）185頁、新井誠・曾我部真裕・佐々木くみ・横大道聡『憲法II人権 第2版』（日本評論社、2021年）103頁（佐々木くみ担当）。

<sup>12</sup> 林更知「政教分離の構造」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、2004年）126頁。

<sup>13</sup> 山本龍彦「政教分離と信教の自由」南野森編『憲法学の世界』（日本評論社、2013年）214頁、芹沢齊氏・市川正人・阪口正二郎編『新基本法コンメンタール 憲法』（日本評論社、2011年）172頁（阪口正二郎担当）。

<sup>14</sup> 小山剛『憲法上の権利の作法 新版』（尚学社、2011年）558頁。

<sup>15</sup> 遠藤比呂通「立憲主義の四つのモデル——A double standard in practice」石川健治・山本龍彦・泉徳治編『憲法訴訟の十字路—実務と学知』（弘文堂、2019年）263頁、

というものである<sup>16</sup>（要するに、目的効果も結局のところ諸事情を総合的に考慮して判断するものであり、その意味では総合的判断における目安でしかない<sup>17</sup>）。だから、外形的には宗教行事であっても社会

岡田信弘「玉串料としての公金支出と政教分離の原則—愛媛県玉串料訴訟」長谷部恭男・石川健治・宍戸常寿編『憲法判例百選I 第7版』（有斐閣、2019年）99頁、木村草太『憲法の急所—権利論を組み立てる 第2版』（羽鳥書店、2017年）73頁、木下智史・只野雅人編『新・コンメンタール憲法』（日本評論社、2015年）210頁（木下智史担当）、小島慎司「市体育館起工式挙行の合憲性—津地鎮祭事件」憲法判例研究会編『判例プラクティス憲法〔増補版〕』（信山社、2014年）。そもそも、目的効果基準が社会的影響を測定するものである以上、そこに、社会的儀礼や社会通念を取り込んで判断するのは必然であろう。駒村圭吾「神道式地鎮祭と政教分離の原則（津地鎮祭事件）」佐藤幸治・土井真一編『判例講義 憲法I 基本的人権』（悠々社、2010年）66頁。

ただし、社会通念や社会的影響から判断するとなると、何を決定的基準とすべきかが不明確になるのは必然ということになる。多くの行為は世俗性がありということになり政教分離規定の意味がなくなる危険がある。阪本昌成『憲法理論II』（成文堂、1993年）352頁。同様の指摘として、植野妙実子「愛媛玉串料訴訟事件」石村修・浦田一郎・芹沢齊編『時代を刻んだ憲法判例』（尚学社、2012年）347頁、新井誠・高作正博・玉蟲由樹・真鶴俊喜『憲法学の基礎理論』（不磨書房、2006年）261頁（玉蟲由樹担当）。また、少数者の宗教観、信仰が抑圧される危険性もある。笹沼弘志『臨床憲法学』（日本評論社、2014年）113頁。

<sup>16</sup> そうなると、目的の判断も効果の判断も社会的儀礼に従属することになる。田近肇「日本型政教分離とその課題」宍戸常寿・林知更編『総点検 日本国憲法の70年』（岩波書店、2018年）120頁。その理由として、「わが国で政教分離規定の違反が問題とされるときには、神道の教義の公認や神社組織に対する支援といった、国家による組織的な支援というよりは、津地鎮祭事件に典型的にみられるように、今では習俗化しているようにもみえる行事や儀礼に対して国家機関が事実行為を通じて関与することが問題とされてきた。そして、そうした事実行為について、立法の目的や効果を論ずると同様にその目的や効果を論ずることはできないことから、結局、問題の国家行為の合憲性を判断するときには、その行為が今では世俗化した社会的儀礼といえるか否かが決定的とならざるをえず、その結果、『通常は目的判断も効果判断も、この国家行為の社会的儀礼該当性の判断に従属することになり、それぞれ独自の意味を持たない』ことになったという。

<sup>17</sup> 辻村みよ子・山元一編『概説憲法コンメンタール』（信山社、2018年）129頁（佐々木弘通担当）。目的効果基準は目的と効果が独立したのではなく、総合的考慮によって20条3項に反するかどうかを判断するものであるとする。泉徳治「政教分離—最高裁判例を読み直す」判例時報234号臨時増刊『法曹実務にとっての近代立憲主義』（判例時報社、2017年）99頁、柴田憲司「神道式地鎮祭と政教分離の原則—津地鎮祭事件」工藤達朗編『憲法判例インデックス』（商事法務社、2014年）111頁、市川正人編『プリメール憲』（法律文化社、2004年）108頁（吉田仁美担当）。また、目的効果基準は総合的考慮におけるガイドラインであると指摘される。松本和彦『事例問題から考える

的儀礼と化した（社会の人にとり馴染みのものになっている<sup>18</sup>）地鎮祭は合憲とされたのである<sup>19</sup>。これは政教分離を緩やかに理解し（相対分離として理解し）、政教分離の厳格な趣旨を没却すると学説から批判を受けている<sup>20</sup>。が、見ようによっては、これは宗教が日常生活において一定程度根付いているという我々の社会生活に即した判断であったと言えよう<sup>21</sup>。

憲法（法学教室ライブラリィ）』（有斐閣、2018年）206頁。故に、目的効果基準は、目的審査を行いつつ、続いて効果審査を行うものではない。赤坂正浩『憲法講義（人権）』（信山社、2011年）130頁。

<sup>18</sup> 安西文雄「信教の自由の展開」安西文雄・青井未帆・浅野博宣・木村草太・小島慎司・佐々木弘通・宍戸常寿・林知更・巻美矢紀・南野森『憲法学の現代的論点 第2版』（有斐閣、2009年）369頁。

<sup>19</sup> 渋谷秀樹『憲法 第3版』（有斐閣、2017年）428頁。もちろん、地鎮祭は神社神道固有の祭式に則り行われるので宗教儀式であり、20条3項の宗教的活動に該当するという批判もある。樋口陽一・佐藤幸治・中村睦男・浦部法穂『憲法I〔前文・第1条～第20条〕』（青林書院、1994年）402頁（浦部法穂担当）。

<sup>20</sup> 佐藤幸治『日本国憲法論 第2版』（成文堂、2020年）264頁、市川正人『基本講義憲法』（新世社、2014年）125頁、赤坂正浩「政教分離の原則（1）」LS憲法研究会編『プロセス演習憲法 第4版』（信山社、2012年）68頁、阪本昌成『憲法2基本権クラシック第4版』（有信堂、2011年）140頁、土屋清『憲法学の新たなパラダイム』（成文堂、2010年）92頁、戸松秀典『憲法訴訟』（有斐閣、2009年）328頁、市川正人『ケースメソッド憲法 第二版』（日本評論社、2009年）102頁、松井茂記『日本国憲法第3版』（有斐閣、2007年）436頁。目的効果基準に対しては、学説からは以下の2つの方向からの検討が加えられているという。第1は、目的効果基準そのものが曖昧な基準であることから、福祉国家的観点からの国の財政援助の場合には有効ではあるが、国が主体となって宗教的行為を行うような場合の基準としては妥当ではないとする見解である。第2は、目的効果基準そのものは相当厳格な基準であって、種々の要素を衡量し、国家と宗教とのかかわりを最小限度にとどめる基準として有用な基準であることを認めつつ、最高裁が目的効果基準を緩やかに適用したことを批判し、アメリカ並みに厳格に適用すべきとする見解である。野中俊彦・中村睦男・高橋和之・高見勝利『憲法I第5版』（有斐閣、2012年）327～328頁（中村睦男担当）。同様の方向性の指摘として、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）113頁。もっとも、目的効果基準の規範性、有用性を支持する見解もある。初宿正典・大石眞編『憲法 Cases and Materials 人権 第2版』（有斐閣、2013年）274頁（大石眞担当）。

<sup>21</sup> 山本健人「国家と宗教」山本龍彦・横大道聡編『憲法学の現在地—判例・学説から探究する現代的論点』（日本評論社、2020年）139頁以下、上田健介「神道式地鎮祭と政教分離原則」上田健介・尾形健・片桐直人『憲法判例50! (START UP) 第2版』（有斐閣、2020年）50頁、岸野薫「政教分離」曾我部真裕・見平典編『古典で読む憲法』（有斐閣、2016年）220頁。

津地鎮祭判決において提示された目的効果基準には以下のような問題点が指摘されている。目的効果基準それ自体の内容が曖昧であり、また、そこで引き合いに出される諸要素と目的効果基準がどのような関係にあるのか、目的と効果はいずれかの諸要素に従ってそれぞれ判断されるのか、これらの諸要素を総合的に判断し目的と効果がひっくるめて判断されるのかという問題である<sup>22</sup>。

その後、最高裁は目的効果基準を用いて合憲判決を出し続けることになる。代表的判例として、大阪地蔵訴訟（地蔵設置のための公用地の無償貸与）<sup>23</sup>、箕面市忠魂碑訴訟（忠魂碑の移転費用支出と移転先公用地の無償貸与及び市長の慰霊祭参列）<sup>24</sup>が挙げられる。

津地鎮祭判決を先例に、最高裁が初めて違憲判決を下したのが愛媛玉串料判決<sup>25</sup>である。愛媛玉串料判決では県が靖国神社に玉串料、献灯料を公金から支出したことを憲法違反とした。そこでは、靖国神社及び護国神社は宗教法人であり、それらが憲法20条にいう宗教団体であることは明白であり、その宗教団体が行う宗教的儀式に、公金を支出することは、明らかにその宗教団体の活動を促進する目的でなければありえないし、そうした結果を持つことも明らかであるとする。また、玉串料の支出は世俗的目で行われた社会的儀礼的行為ではなく、遺族をはじめとする相当数の者が戦没者の慰霊として玉串料の奉納などを求めているとしても、戦没者の慰霊は特定の宗教と特別のかかわり合いを持つ形でなくともこれを行うことが可能であり、玉串料の支出は香典を贈ることやさい銭を投ずることとは異なるともいう。しかも、たとえ金額が少なくても、特定の宗教にのみかかわりを持つことか与える影響とする<sup>26</sup>。

<sup>22</sup> 山田隆司『戦後史で読む憲法判例』（日本評論社、2016年）73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」高橋和之・長谷部恭男・石川健治編『判例百選I第5版』（有斐閣、2007年）97頁。また、愛媛玉串料判決における高橋久子裁判官の意見は目的効果基準を「目盛りのない物差し」とであると批判する。

<sup>23</sup> 最判平成4年11月16日判時1441号57頁。

<sup>24</sup> 最判平成5年2月16日民集47巻3号1687頁。

<sup>25</sup> 最大判平成9年4月2日民集51巻4号1673頁。

<sup>26</sup> 松井茂記「愛媛玉串料訴訟大法廷判決の意義」法学教室203号（1997年）25頁。津地鎮祭判決との差異に関して

なお、愛媛玉串料判決は、玉串料等の支出が一般人に対して与える効果・影響の審査において、「地方公共団体が特定の宗教団体に対してのみ本件のような形で特別のかかわり合いを持つことは、一般人に対して、県が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を引き起こすものといわざるを得ない」としており、印象・関心に着目している形となっている<sup>27</sup>。こうした審査は、endorsement テストと接続可能である<sup>28</sup>。愛媛玉串料判決が明示的に endorsement テストに依拠するものであるかは必ずしも定かではないが<sup>29</sup>、endorsement テストの観点から政教分離の意義を捉える見解が有力になっている<sup>30</sup>。

こうして、愛媛玉串料判決は、宗教性の濃淡という観点から言えば、国又は地方公共団体の関与の対象がずば抜けて宗教性を帯びていること、宗教性が希薄で社会的儀礼と化した地鎮祭とそうではない例大祭の違いが強調され、目的において宗教的意義を認め、その効果において特定宗教に対する援助、助長、促進になるとし、違憲の結論を導出した<sup>31</sup>。そ

れ以外にも、「明治維新以降国家と神道が密接に結び付き種々の弊害を生じたことにかんがみ政教分離規定を設けるに至ったなど憲法制定の経緯に照らせば、たとえ相当数の者がそれを望んでいるとしても、そのことのゆえに、地方公共団体と特定の宗教とのかかわり合いが、相当とされる限度を超えないものとして憲法上許されることになるとはいえない」とし、国家神道の歴史・それに関わる憲法制定の経緯にも着眼している。この点も津地鎮祭判決との差異である<sup>32</sup>。

## 5. 空知太神社判決

一見すると、判例において目的効果基準が確立されていたかのように思われた。しかしながら、2度目の政教分離違反の判断を下した2010年1月20日の空知太神社判決<sup>33</sup>では、市がそ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ていることが、政教分離原則に違反するかどうか争われた。そこでは憲法20条3項ではなく、市有地を無償で神社施設の敷地として利用提供している状態を憲法89条、20条1項後段に違反すると判示した。空知太神社判決は愛媛玉串料判決とともに津地鎮祭判決を同趣旨の先例としながら、憲法89条を中心に憲法判断を下したことから、目的効果基準を否定し、判例変更したのか否かに焦点が当てられることになった<sup>34</sup>。空知太神社判決は、政教分離訴訟の領域における憲法判断の方法・基準に関して、波紋を呼ぶことになる<sup>35</sup>。

空知太神社判決の特徴として挙げられるのは、まず、20条1項後段と89条違反を認定したことである<sup>36</sup>。これまで政教分離の領域において中心的な役割を果たしてきたのは憲法20条3項であったが、空知太神社判決は20条1項後段と89条に依拠し、

は、目的効果基準の適用の在り方の違い(目的効果基準を厳格に適用したか否か)という評価がある。君塚正臣「憲法判例研究論—叙情的ではない判例評釈執筆に向けて—」横浜国際社会科学研究所 25巻1号(2020年)23頁。一方で、地鎮祭と玉串料では宗教的意義が全く異なっていたという評価がある。石崎学・笹沼弘志・押久保倫夫編『リアル憲法学』(法律文化社、2009年)66頁(石崎学担当)。目的効果基準は厳格に適用される余地がある。長谷部恭男『憲法第7版』(新世社、2020年)198頁。

<sup>27</sup> 小泉良幸「信教の自由と政教分離」小山剛・駒村圭吾編『論点探求憲法第2版』(弘文堂、2013年)152頁。

<sup>28</sup> endorsement テストの意義については、村山健太郎「テロの記憶」宍戸常寿編『憲法演習ノート: 憲法を楽しむ21問』(弘文堂、2015年)152~153頁。

<sup>29</sup> 野坂泰司「愛媛玉串料訴訟大法廷判決の意義と問題点」ジュリスト1114号(1997年)34~35頁。

<sup>30</sup> 小泉・前掲注(27)155頁。

<sup>31</sup> 君塚正臣「人権総論・精神的自由・国務請求権・参政権ほか—教科書的憲法記述(1)—」横浜法学29巻2号(2020年)316頁、山本龍彦「愛媛玉串料事件におけるコンテクストの多層性」中林暁生・山本龍彦『憲法判例のコンテクスト(法セミLAW CLASSシリーズ)』(日本評論社、2019年)170頁。愛媛玉串料判決は例大祭、御祭への玉串料、奉納料の奉納なので、津地鎮祭訴訟とは異なり簡単に社会的儀礼とは言えないとされている。芦部信喜『宗教・人権・憲法学』(有斐閣、1999年)111~112頁。加えて、裁判所は政府の行為の目的・動機を評価・探索していると指摘されている。駒村圭吾『憲法訴訟の現代

的転回: 憲法的論証を求めて』(日本評論社、2013年)111頁。

<sup>32</sup> 岡田・前掲注(15)99頁。

<sup>33</sup> 最大判平成22年1月20日民集64巻1号1頁。

<sup>34</sup> 土井真一「神社施設の敷地として市有地を無償で提供する行為と政教分離—砂川空知太神社事件」法学教室366号判例セレクト2010[1](2010年)3頁。

<sup>35</sup> 井上典之「政教分離規定の憲法判断の枠組み」論究ジュリスト1号(2012年)125頁。

<sup>36</sup> 小泉・前掲注(27)159頁。



違憲判決を下した。空知太神社判決では、憲法 89 条の「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」、それは「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、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」とし、20 条 1 項後段を原則的な規定、89 条をその補助的・手段的な規定として位置づけている<sup>37</sup>。特に、20 条 1 項後段については、それ自体に対する論及は決して多くはないが、空知太神社判決における判断過程の指導原理とし機能し、政教分離の領域において、「主役の座を 20 条 3 項から奪取した」と見る事が可能である<sup>38</sup>。

次に、89 条が問題となる場合、「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」という判断基準を提示し目的効果基準の適用を回避したということである<sup>39</sup>。先にみたように、目的効果基準は、国家と宗教の関わり合いを前提として、「それをなさざるを得ないやむを得ない事情があるかどうかを判断する基準」である<sup>40</sup>。空知太神社判決では、政教分離原則に言及するものの、目的効果

基準については、諸般の事情を考慮した総合的判断によるとしている<sup>41</sup>。この点について、藤田裁判官の補足意見は「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」であり「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」と指摘する。

確かに、氏子集団が 89 条の「宗教上の組織若しくは団体」に該当するために、目的の宗教性は明白である<sup>42</sup>。そうすると、目的効果基準で検討する必要はない<sup>43</sup>。その意味において、目的効果基準の射程は限定されるということになる。また、長期にわたる諸行為の集積として現状が形成される場合、目的と効果のいずれかの特定の行為を問うことができないので、諸般の事情を考慮し総合的に判断するという方法によったと理解することも可能である<sup>44</sup>。本件の場合、「問題とされているのが、従来のような 1 回限りの作為的行為ではなく、極めて長期間にわたる不作為的側面も有する継続的行為であること」に着眼して、「総合的に検討して憲法適合性の判断をするという、より柔軟な、かつ事案に即した判断基準」が適用されたということになる<sup>45</sup>。

このように理解するならば、政教分離の領域において問題となる国家行為は、「特定の公的行為につき宗教とのかかわり合いが問われるタイプ」と、「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」が存在するということになる<sup>46</sup>。空知太神社判決においては、事案の類型によっては、目的効果

<sup>37</sup> 林更知 「『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」 ジュリスト 1400 号（2010 年）83～84 頁。

<sup>38</sup> 林・前掲注（37）84 頁。政教分離諸規定もそれぞれ適用対象として想定する国家行為の類型を異にするという。20 条 3 項は宗教教育や布教など国家が自ら宗教活動を行う場合を、20 条 1 項後段と 89 条前段は国家から宗教団体への利益付与をそれぞれ念頭に置いている。それぞれの行為類型ごとに、それぞれの規定の解釈を通して、憲法上の禁止が及ぶ範囲を画定することが解釈論の課題であると指摘する。林・前掲注（12）125 頁。

<sup>39</sup> 田近肇 「憲法と判例」 法学教室 388 号（2013 年）24 頁。この判断枠組は、政教分離原則を貫き通すと信教の自由が損なわれるという場面で使われる可能性があるという。長谷部恭男『憲法講話 24 の入門講義』（有斐閣、2020 年）202 頁。他方で、裁判所が神社施設の撤去以外の政教分離違反状態の解消手段を認めたのは、法的安定性を重視しているからだという。宍戸常寿「日本型違憲審査制の現在」全国憲法研究会編『日本国憲法の継承と発展』（三省堂、2015 年）263 頁。

<sup>40</sup> 木村草太「判批」自治研究 87 巻 4 号（2011 年）137 頁。

<sup>41</sup> 高畑英一朗「砂川空知太神社事件」川崎政司・小山剛編『判例から学ぶ憲法 行政法』（法学書院、2014 年）55 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」ジュリスト 1399 号（2010 年）87 頁。

<sup>42</sup> 長谷部恭男編『注釈日本国憲法(2)』（有斐閣、2017 年）332 頁（駒村圭吾担当）、大屋雄裕「宗教の近代性とその責任—空知太神社事件」駒村圭吾編『テキストとしての判決—「近代」と「憲法」を読み解く』（有斐閣、2016 年）274 頁。

<sup>43</sup> 安西文雄「政教分離と最高裁判所判例の展開」ジュリスト 1399 号（2010 年）62 頁。

<sup>44</sup> 安西・前掲注（43）62 頁。

<sup>45</sup> 清野・前掲注（41）87 頁。

<sup>46</sup> 安西・前掲注（43）62 頁。

基準とは異なる合憲性判断基準がありうることを示したといえよう<sup>47</sup>。

次に、空知太神社判決の判断枠組みにおける考慮要素の位置づけについてである。公有地を無償で宗教的施設の敷地に提供する行為について、「89条との抵触が問題となる行為である」とし、「違憲性の推定を働かせた」上で、例外的に違憲の推定を覆す要素として、建物の文化的・社会的価値、特別な歴史的経緯などを挙げている。従来判例は様々な考慮要素を積み重ねて違憲の判断に達するものであったのに対して、空知太神社判決では「原則」と「例外」の関係が逆になっている。その意味で、空知太神社判決は厳格な基準を採用したものであることができる。

## 6. 本判決の枠組みとその意義

では、本判決はどのような枠組みを採用しているのか。本判決は、まず、「当該施設の性格、当該免除をすることとした経緯、当該免除に伴う当該国公有地の無償提供の態様、これらに対する一般人の評価等、諸般の事情を考慮し、社会通念に照らして総合的に判断すべきもの」という判断枠組みを提示する。次に、その当てはめであるが、「その外観等に照らして、神体又は本尊に対する参拝を受け入れる社寺との類似性があるということが出来る」こと、「本件施設で行われる釋奠祭禮は、その内容が供物を並べて孔子の霊を迎え、上香、祝文奉読等をした後にこれを送り返すというものであることに鑑みると、思想

家である孔子を歴史上の偉大な人物として顕彰するにとどまらず、その霊の存在を前提として、これを崇め奉るという宗教的意義を有する儀式というほかない。また、参加人は釋奠祭禮の観光ショー化等を許容しない姿勢を示しており、釋奠祭禮が主に観光振興等の世俗的な目的に基づいて行われているなどの事情もうかがわれない」、「本件施設はその旧至聖廟等を移転したものと位置付けられていること等に照らせば、本件施設は当初の至聖廟等及び旧至聖廟等の宗教性を引き継ぐものということが出来る」とし、さらに、「本件設置許可に係る占有面積が1335㎡に及び、免除の対象となる公園使用料相当額が年間で576万7200円(占有面積1335㎡×1か月360円×12か月)に上るというものであって、本件免除によって参加人が享受する利益は、相当に大きい」とし、憲法20条3項の禁止する宗教的活動に該当するとした。

本判決には2つの特色があると思われる。第1に、本判決の依拠する判断枠組みについてである。本判決は、20条3項が問題となる場合でも、目的効果基準ではなく、「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」とし、空知太神社判決の判断枠組みを採用している(これが判例の立場であると言えよう<sup>48</sup>)。ただし、空知太

<sup>48</sup> この点について、調査官解説は以下のように指摘する。空知太神社判決の「示した総合判断の枠組みは憲法20条1項後段・89条のみならず、憲法20条3項を含む政教分離規定違反の有無を判断する基準として用いることが可能であり、また、1回限りの作為的行為の憲法適合性が争われる事案においても広く妥当するとの理解の下、本件について総合判断の枠組みを用いるとともに、本件の事案に即して、国公有地上にある施設の性格、当該施設の敷地の使用料を免除することとした経緯、当該免除に伴う当該国公有地の無償提供の態様、これらに対する一般人の評価等を考慮要素とすべきこととしたものと考えられる」。空知太神社判決における「藤田宙靖裁判官の補足意見は、目的効果基準が『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適用されるべきものであり、同判決の事案のように、土地の無償提供行為が専ら特定の純粋な宗教施設を利する結果をもたらしているような場合については、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されているところ、本件においては、本件施設の宗教性が自明とはいいい難いにもかかわらず、本判決が空知太神社訴訟判決と同様の総合判断の枠組みを採用していることに鑑みると、本判決は上記補足意見と異なる見解を採用していることがうかがわれる」とする。その上で、「儒教に宗教性が認められるか否かという観点から結論を導くのではなく、総合判断の枠組みを前提として、その

<sup>47</sup> 安西文雄・巻美矢紀・宍戸常寿『憲法学読本 第3版』(有斐閣、2018年)139頁(安西文雄担当)。もっとも、空知太神社判決が目的効果基準と異なった基準を使っているのかどうかについては、目的効果基準を用いた津地鎮祭判決および愛媛玉串料判決を先例として引用していることから判例変更の意図はなく、また、「一般人の評価」を取り入れ、「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」とする点は、従来の目的効果論による判断方法と本質的に異なることはなく、むしろ、従来ともすれば機械的な判断に傾きがちであった目的効果基準を事案に即した対応をしようとしたものと理解されている。野中・中村・高橋・高見・前掲注(20)328頁。同様の指摘として、大日方信春『憲法Ⅱ基本権論』(有信堂、2014年)136頁。対して、目的効果基準との距離・差異を指摘する見解として、大沢秀介「政教分離の原則(2)」LS憲法研究会・前掲注(20)95頁。考慮要素の違いを指摘する。

神社判決との間には以下の差異もある。本件は空知太神社判決と同様に地方自治体による公有地の無償提供行為の違憲性が問題となった事案であるが<sup>49</sup>、他方で、空知太神社判決で問題となったのは継続的行為であるが、本件は平成26年3月28日付けで同年4月1日から平成29年3月31日まで公園使用料の全額を免除する旨の処分であり、「1回限りの作為的行為」である<sup>50</sup>。また、本判決は「宗教的意義を

考慮要素の一つである『施設の性格』として、本件施設の宗教性の有無及び程度を検討することとしたものと思われる。そして、本判決は、主に本件施設の客観的外形的側面に着目し、①大成殿の内部の状況や多くの参拝者の存在等から、宗教性が自明である社寺との類似性が認められること、②本件施設で行われる釋奠祭禮が、その内容からみて宗教的意義を有する儀式であり、本件施設の建物等が釋奠祭禮を実施するという目的に従って配置されていること、③本件施設がその前身とされる施設の宗教性を引き継ぐものであること等の具体的事情を検討したとする。高瀬保守「最高裁大法廷時の判例」ジュリスト1560号(2021年)81～82頁。

他方で、目的効果基準は、政治と宗教の線引きの必要性から、「主に憲法20条3項の禁止する『宗教的活動』の該当性を判断」するものである。これに対し、空知太神社判決の場合における総合判断の枠組みは、宗教的施設への公有地の無償提供は89条に抵触するとしつつも、「支援対象の宗教的施設の歴史的文化的性質などにより合憲となる場合があるという厳格な限定分離説に立ち」、「宗教団体への財政支援行為またはその状態の目的および効果の宗教性を問わずに、対象の宗教的施設の性格、当該支援行為をするに至った経緯、当該支援行為の態様これらに対する一般人の評価など4つの要素を考慮して、社会通念に照らして総合的に判断する」ものである。ただし、本判決は「宗教的施設への公有地の無償提供およびその利益付与の継続性の点で、本件と空知太神社事件判決の事案が共通する」が、「本判決は89条ではなく20条3項違反の判断枠組みとしてそれを適用した。その際、本件免除には宗教性のみならず世俗性も包含される可能性を示唆している。憲法規定との『抵触』を前提としていない点に注目するのなら、本判決の『総合判断』の適用は空知太神社事件判決と、同一とはいいがたい。そうすると、最高裁は、適用条文に関わらず、世俗性を内包する宗教施設への公有地の継続的な無償提供に関わる事案に『総合判断』を用いたといえよう」。要するに、「目的効果基準が合憲の領域から違憲の範囲を確定する基準であるのに対して、総合判断基準は違憲の領域から合憲の範囲を確定する基準である」とされている。高畑英一郎「宗教的施設に対する公有地の使用料免除と政教分離（最高裁令和3年2月24日大法廷判決）」法学教室490号（2021年）69～70頁。

<sup>49</sup> 江藤祥「孔子廟のための敷地使用料免除と政教分離原則」『平成30年度重要判例解説』（有斐閣、2019年）21頁。

<sup>50</sup> 鈴木繁元「公法判例研究」北大法学論集71巻1号(2020年)185頁。ただし、先に見たように、調査官解説は、1回限りの作為的行為の憲法適合性が争われる事案においても総合判断が広く妥当するという。高瀬・前掲注(48)81頁。

有する儀式である釋奠祭禮を実施するという目的」、「本件免除は、参加人に上記利益を享受させることにより、参加人が本件施設を利用した宗教的活動を行うことを容易にするものであるということができ、その効果が間接的、付随的なものにとどまるとはいえない」ことにも言及しており、目的効果基準が総合判断の中の着眼点として吸収されているといえよう。その意味で、本判決の判断枠組みは、総合判断を一般的基準としつつ<sup>51</sup>、その中で目的効果を考慮要素として勘案する形になっている<sup>52</sup>。

第2に、上記の総合判断の適用の在り方（審査の在り方）である。具体的には、本判決は何を考慮して違憲判決を導出したのかである。本判決が考慮した事項は、本件施設が神体又は本尊に対する参拝を受け入れる社寺との類似性があるということ、そこでの釋奠祭禮という儀式の形態（ここでは「思想家である孔子を歴史上の偉大な人物として顕彰するにとどまらず、その霊の存在を前提として、これを崇め奉るという宗教的意義を有する儀式というほかない）、免除される賃料の額、である。このように、本判決は、社会通念に照らして総合的に判断するというよりは、むしろ、専ら外形的側面のみを考慮し、本件の場合には宗教性が明白であることを指摘する。先に見たように、これまでの政教分離に関わる事案では、いずれも国等の宗教的行為・活動に関して、社会通念の観点から宗教性の濃淡を測定し、目的効果基準、或いは、総合判断を使い分けてきた。そこでこの要点は、社会通念に照らして、政教分離において相当性の限度を超えるか否かを判断してきたのである。即ち、行為の外形的側面だけに囚われることなく、当該行為の目的やこれに基づく日常的な活動の実態に即した判断を行ってきた。故に、津地鎮祭判決では地鎮祭が外見上は宗教行事でも社会的儀礼と

<sup>51</sup> 片桐直人「空知太神社事件」木下昌彦編集『精読憲法判例』（弘文堂、2018年）194頁、坂田隆介「政教分離違反基準の変更なき変更—政教分離違反の審査基準は本当に変更されていないのか？」大林啓吾・柴田憲司編『憲法判例のエニグマ』（成文堂、2018年）69頁、佐々木弘通「憲法学説は政教分離判例とどう対話するか」辻村みよ子・長谷部恭男編『憲法理論の再創造』（日本評論社、2011年）411頁。政教分離違反の基本的基準として総合判断があるということになる。

<sup>52</sup> 松本・前掲注(17)207頁。

なりそこに宗教性がないと判断され、対して、愛媛玉串料訴訟では玉串料の奉納は社会的儀礼とは言えずに宗教性が有りだと判断された。しかしながら、本判決はそうした判断手法を明らかに否定している。この点について、「参加人の定款で標榜する目的やこれに基づく日常的な活動の実態をみる限り、本件施設や釋奠祭禮については宗教性がないか、少なくとも習俗化して希薄」であり、「宗教の教義、すなわち信仰の在り方、態様はもとより、宗教上の指導者ないし聖職者及び信者集団、並びにこれらをつなぐ一定の組織性、普及活動など、常識的にみて宗教の本質的要素と考えられる要素のいずれも認定できていない」、さらに「外観のみで、宗教性を肯定し、これを前提に政教分離規定違反とすることは、いわば『牛刀をもって鶏を割く』の類というべきものである」とする林景一裁判官の反対意見が付されている。

本判決における総合的判断の適用の在り方をいかに理解すべきなのか。そもそも、国家と宗教の間には様々な形で存在している<sup>53</sup>。本件の場合、「宗教性の濃淡」でいえば、総合的に判断するまでもなく宗教性が明白であったと考えられる<sup>54</sup>（この点について、「全体として都市公園法上の教養施設に当たると考えることは可能」とした本件第一審判決とは対象的である<sup>55</sup>）。即ち、本判決が指摘するように、孔

子廟は「その外観等に照らして、神体又は本尊に対する参拝を受け入れる社寺との類似性がある」宗教施設であり、また、釋奠祭禮は「思想家である孔子を歴史上の偉大な人物として顕彰するにとどまらず、その霊の存在を前提として、これを崇め奉るという宗教的意義を有する儀式というほかない」、「釋奠祭禮が主に観光振興等の世俗的な目的に基づいて行われているなどの事情もうかがわれない」こと、さらに、「本件免除は、参加人に上記利益を享受させることにより、参加人が本件施設を利用した宗教的活動を行うことを容易にするものであるということができ、その効果が間接的、付随的なものにとどまるとはいえない」ことを一体的・統合的に見ると、県が宗教施設を直接的に支援していることは明らかである。このような場合（即ち、本件施設は明らかに宗教施設であり、その施設で行われる行事も宗教活動であることが明白である場合）には世俗性が全く混在していないので、専ら外形的側面のみで宗教性を肯定することが可能であって、当施設に対して公有地の無償提供行為は端的に憲法 20 条 3 項に反するということである。要するに、問題になっている行為に何ら世俗性がなく宗教性が明白であれば、直ちに 20 条 3 項の禁止する「宗教的活動」に該当するということなのである。更に付言すると、これまで 20 条 3 項は広く理解され<sup>56</sup>、その関係においては宗教的意義の希薄した儀礼的行為がどこまで許容されるかということが問われてきたが、20 条 3 項の元来の意義は国家が宗教的活動や宗教的団体を直接支援することで、国家と宗教が同一化することを端的に禁止するものであった<sup>57</sup>。本件は、こうした 20 条 3 項の元来の意義と正面から抵触するものであったと言えよう。

最高裁は従来国家が宗教性のある行為を行う場合、宗教団体を支援する場合、非宗教団体の行う宗教的行為を支援する場合を区分せずに政教分離を緩やか

<sup>53</sup> 田近肇「政教分離」曾我部真裕・赤坂幸一・新井誠・尾形健編『憲法論点教室 第2版』（日本評論社、2020年）131～132頁、阪口正二郎「愛媛玉串料訴訟判決を振りかえる」長谷部恭男編『論究憲法 憲法の過去から未来へ』（有斐閣、2017年）185頁。

<sup>54</sup> 「本件施設は、その建設に当たって中国山東省の大成殿を模したり、松山公園の他の部分とは自由に行き来できない構造にしたり、旧至聖廟からの移転の儀式について他の神社の例を参考にしたり・・・しているうちに外形上宗教色が濃くなっているという点に、他の孔子廟との違いがみられる」という。田近肇「孔子廟に対する国公有地の無償提供の合憲性」新・判例解説 Watch 憲法 No.188（2021年）4頁。

調査官解説は「本件施設につき、一体としてその宗教性を肯定することができることはもとより、その程度も軽微とはいえないとの判断をしたものと思われる」と指摘する。高瀬・前掲注（48）82頁。

<sup>55</sup> 第1審判決については、西山千絵「都市公園の敷地内に孔子廟を設置することを許可するに際し、その使用料を全額免除した市の行為が違憲とされた事例」新・判例解説 Watch 憲法 No.147（2018年）4頁、松本和彦「孔子廟・公有地無償提供違憲訴訟」[那覇地裁平成30.4.13判決]

法学教室 457号（2018年）131～133頁。

<sup>56</sup> 樋口・佐藤・中村・浦部・前掲注（19）399頁。

<sup>57</sup> 林・掲注（12）119～120頁。また、関連して、20条3項は国の一切の宗教的活動を禁止しているという。伊藤正巳『憲法 第3版』（弘文堂、1995年）276頁。

に理解してきたが<sup>58</sup>、本判決においては行為の類型（国家が宗教的活動や宗教的団体を直接支援する場合）によっては政教分離の理解が異なり（こうした場合は政教分離が厳格に理解され適用されることになる）、同時に、総合的判断の適用の在り方も異なる（行為の外形的側面だけに注目し宗教性を判断することになるので、結果として厳格な基準として作用することになる）という方向性を明確にしたのではないかと思われる<sup>59</sup>。こうした方向性はすでに空知太神社判決における田原睦夫裁判官の補足意見で示されていた。即ち、「国家・・・と宗教との関わり合いについては、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とでは、政教分離原則の位置づけは、自ら異ならざるを得ないと考える。即ち、前者においては、それが国家等の意思の発現たる性質が顕著であり、国民の精神的自由に対して直接的な影響を及ぼし得るものであるとともに、その社会的影響も大きいことからして、政教分離原則は厳格に適用されるべきである」とする。本判決はこうした方向性を明確にしている。

もちろん、行為の外形的側面だけに注目し宗教性を判断することになると、総合的判断は結果として

厳格な基準となり、宗教性のある行為はことごとく違憲になる可能性がある（この点について、反対意見は「政教分離規定の外延を曖昧な形で過度に拡張するものであって、たとえ総合判断の過程において、文化財指定の有無や国際交流という目的等が考慮され得るとしても、憲法違反とされるおそれや訴訟の手續負担のおそれによって、歴史研究・文化活動等に係る公的支援への萎縮効果等の弊害すらもたらしかねないものであると考える」と危惧する）。例えば、津地鎮祭判決における神道式の地鎮祭は外形は明らかに宗教行事なので違憲になる可能性があるが、おそらくはそうではなく、本件のように県が宗教を直接的に支援し宗教性が明白な場合にのみ、専ら外形的側面だけで判断するということなのであろう。そうでない場合、即ち、世俗性が混在している場合には当該行為の外形的側面のみにとらわれることなく、まさに社会通念に従って客観的に判断されることになるのであろう。

こうして、本判決は事案によって、即ち、行為の類型に合わせて判断するという方向性を示したと言えるのではないかと思われる<sup>60</sup>。

## 7. むすび

従来から、目的効果基準と総合的判断の枠組みをいかに使いわけるか、その適用の在り方をいかに行うべきかが、政教分離における中心的論点になってきた<sup>61</sup>。本判決は、政教分離違反の基本的基準として総合的判断の枠組みを採用するという姿勢を明確に示した<sup>62</sup>。これまで 20 条 3 項が問題になる事案で

<sup>58</sup> 初宿正典『憲法 2 基本権』（成文堂、2001 年）221 頁。

<sup>59</sup> 関連して、「日本国憲法はそれぞれの政教分離規定において異なる類型の国家行為を問題にしていることから、学説においては、政教分離が問題になる場面の類型化が試みられてきた。ここで、憲法 20 条 3 項から離れて 89 条および 20 条 1 項後段を適用した空知太神社事件判決を、『事案の類型ごとに異なる判断枠組みを使い分ける方向へと最高裁が進みつつある徴候である』という指摘がなされている。西村裕一「政教分離に関する事案」横大道聡編『憲法判例の射程 <第 2 版>』（弘文堂、2020 年）112~113 頁。また、空知太神社判決以降、「条文の文言解釈から事例類型に対応した国家と宗教とのかわり合い解釈へ、さらには目的効果基準から事例類型に対応した判断基準の構築へ、と移行すべく、これまでの判例を受け継ぎつつ仕切り直しを試みたものである。今後、目的効果基準の形式的適用からの離脱と事例類型ごとの判断枠組みの定立（とりわけ新しい事例類型での判断に対しては）が求められよう」という指摘がなされている。西村枝美「政教分離原則の現況—空知太神社判決を受けて」長谷部・前掲注（53）277 頁。

<sup>60</sup> 佐藤雄一朗「政教分離」辻村みよ子・山元一・佐々木弘通編『憲法基本判例—最新の判決から読み解く』（尚学社、2015 年）

<sup>61</sup> 君塚正臣編『ベーシックテキスト憲法 第 3 版』（法律文化社、2017 年）145 頁（森脇敦史担当）。

<sup>62</sup> 要するに、「政教分離訴訟で争われる国家と宗教とのかわり合いの態様は様ではなく、したがって、個々の事案の相違に応じて結論が違憲・合憲に分かれることはむしろ当然のことといえよう。問題は、裁判所が個々の事案に即した慎重な判断を下し、十分な理由づけを与えることによって結論の異なる諸判決を整合的に説明しえているかどうか」が重要である。野坂泰司『憲法基本判例を読み直す 第 2 版』（有斐閣、2019 年）164 頁。ただし、「政教分離原則違反を判断するのに総合判断という手法がとられることで予測可能性が乏しくなっていることに加え、外形重視というイメージだけが先行することによって、宗教と

は目的効果基準の適用が定石であったが、これが崩れ去った<sup>63</sup>（厳密に言えば、判例は当初から国家と宗教のかかわり合いの程度に関して、総合的考慮によって20条3項に反するかどうかを判断していた。その意味で、政教分離違反の審査の元々のベースは総合考慮であったと言えよう。目的効果の審査はあくまでも総合的考慮における1つの指針でしかなかったのである）。また、行為の類型によっては政教分離の理解が異なり、総合的判断の適用の在り方も異なるという方向性を明確にしたのではないかと思われる。本判決が今後の判例動向にどのような影響を及ぼすのか、正直なところ不明瞭である。今後も判例の動向に関しては継続的な検討が必要であろう。

---

かかわり合いをもつ施策を行うことについて、国・地方公共団体の担当者を過度に萎縮させることにならないかという懸念は残る」と指摘されている。田近・前掲注（54）4頁。

<sup>63</sup> より根源的には、「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、政教分離規定に違反するか否かを判断することこそが決めてなのであって、目的効果基準に固執する必然性はないのである。加藤隆之『憲法判例から考える 自由と平等：権利をめぐる多様性と妥当性』（ミネルヴァ書房、2019年）205頁、毛利透・小泉良幸・浅野博宣・松本哲治『憲法Ⅱ 人権』（有斐閣、2013年）169頁（小泉良幸担当）。また、学説は最高裁判例に対してアメリカのLemonテストを見習うべしと主張するに当たり、最高裁の判断枠組みに目的と効果への言及があることを重要な手がかりとしてきたが、最高裁が総合的判断の枠組みを採用したことで、学説の主張は明確に否定されたというべきであろう。佐々木弘通「思想良心の自由、信教の自由の」辻村みよ子編『ニューアングル憲法－憲法判例×事例研究』（法律文化社、2012年）101頁。Lemonテストの構造については、松井茂記『アメリカ憲法 第7版』（有斐閣、2012年）321頁。