



HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	富平神社の在り処：目的効果基準と総合的判断
Author(s)	齊藤, 正彰
Citation	北大法学論集, 76(4), 1-49
Issue Date	2025-11-28
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/98291
Type	departmental bulletin paper
File Information	01_Saito_lawreview_76_4.pdf



富平神社の在り処—— 目的効果基準と総合的判断

齊 藤 正 彰

問題の所在

①津地鎮祭事件判決（最大判昭52・7・13民集31巻4号533頁）において登場した「目的効果基準」を用いた最高裁判例では合憲の判断が続き、基準の適用に学説の批判が高まったが、②愛媛玉串料訴訟判決（最大判平9・4・2民集51巻4号1673頁）が目的効果基準によって違憲の判断を示したことで、基準の厳格化に学説の期待が寄せられた。ところが、③空知太神社訴訟判決（最大判平22・1・20民集64巻1号1頁）と同日の④富平神社訴訟判決（最大判平22・1・20民集64巻1号128頁）は、目的効果基準によらずに「総合的判断」を行い、学説は両者の関係の検討を迫られた。ただ、⑤孔子廟訴訟判決（最大判令3・2・24民集75巻2号29頁）が総合的判断を行ったこともあり、㊦目的効果基準は事実上失われたとする学説が有力化しているようにみえる。しかし、それは、総合衡量という「ブラックボックス」の拡大を容認することにならないであろうか。他方、⑥孔子廟の撤去請求訴訟判決（最判令7・3・17裁時1860号1頁）の判示には、④目的効果基準と総合的判断が併存するとみて両者の「使い分け」を考える手がかりがあると解される。そして、④の学説にとっては、富平神社訴訟の事案において総合的判断が行われたことの説明が試金石となる¹。

¹ 以下では、①～⑥の各判決を、順に、地鎮祭判決、玉串料判決、空知太判決、

I 判 例

1 目的効果基準と総合的判断

ここでは、目的効果基準と総合的判断の関係を検討するのに必要な限りで、判例の内容を確認したい。

地鎮祭判決は、憲法の「いわゆる政教分離の原則に基づく諸規定」すなわち「政教分離規定」は、「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」であるとした。そして、国家と宗教との「かかわり合い」が「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」が問題であるとして、(A)「宗教とのかかわり合いをもたす行為」について、その「目的及び効果にかんがみ、そのかかわり合いが……相当とされる限度を超えるもの」が違憲になるとした。そのような憲法の「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」に照らして、(B)憲法20条3項により禁止される宗教的活動とは、「国及びその機関の活動で宗教とのかかわり合いをもつ」行為のうち、「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」としたのである。そのうえで、周知のように、目的効果基準を適用して判断するための4つの具体的な考慮要素を挙げ、(C)「社会通念に従つて、客観的に判断しなければならない」とした²。

富平判決、孔子廟判決、孔子廟撤去訴訟判決と略称する。

² 「目的効果基準」が判示のどの部分を指すかをめぐる学説の理解の異同について、赤坂正浩「孔子廟違憲判決」憲法研究10号（2022年）134-136頁、吉崎暢洋「目的効果基準の再検討」平成法学7号（2002年）64-67頁・73-74頁参照。また、目的効果基準は、「違憲審査基準であるかのように受け止められているように思われるが、本来は、21条2項の検閲の定義と同じように、20条3項によって禁止されている「宗教的活動」とは何かを定義するものであった」ところ、最高裁によって「政教分離裁判を解決するいわば万能の公式のように利用されてきた」（田近肇「政教分離原則とはなにか」毛利透編『講座立憲主義と憲法学（3）人権Ⅱ』（信山社・2022年）86頁・90頁）とする見解もある。

玉串料判決は、地鎮祭判決の判示(A)～(C)の趣旨と4つの考慮要素を確認したうえで、目的効果基準によって違憲の結論を示している³。目的効果基準を用いながら最高裁が初めて違憲と判断したので、当初、目的効果基準の適用方法を客観化したのではないかとする見解や、アメリカの判例におけるエンドースメント・テストを参考に目的効果基準を厳格化したのではないかとする見解もみられた⁴。しかし、違憲判断の要因を目的効果基準の改善・強化に求める立場には疑問も示され、本件は、「県が特定の宗教団体の挙行する重要な宗教上の祭祀にかかわり合いを持ったということが明らか」という事案の特質によって違憲となったとされる⁵。

判例においては目的効果基準による判断が定着し、違憲判決も下され

³ 目的効果基準は、「裁判所が政教分離原則に関する事例を判断する際に、十分な指針を与える程度には客観的だと思われるし、それで十分ではないか」とされ、「必ずしも政府と宗教とのかかわり合いを緩やかに認めてしまう基準とはいえない」のであって、「適切に適用すれば、十分厳密な分離を求めることもできる」との評価(松井茂記「愛媛玉串料訴訟大法廷判決の意義」法教203号(1997年)23-24頁)もなされた。

⁴ エンドースメント・テストの影響の有無、同判決の大野正男補足意見の理解・評価、アメリカにおけるエンドースメント・テストの理解・評価等、各種各様の議論がなされている。ここでは、「最高裁の判例法理を可及的に憲法の趣旨に引きつけて理解するという観点からは、レモン・テストから「過度のかかわり合い」の要件をはずし、目的と効果の要件からなるものと構成した上でエンドースメント・テストを導入するオコナー自身の主張を再評価する必要があるのではないか」として、玉串料判決は「本件第一審の「印象」論を、「特定の宗教への関心と呼び起こす」という最高裁伝来の枠組みのなかに組み込んだもの」と解して、「これまでの最高裁判決で示された判断手法の要素を活用して、実質においてエンドースメント型の目的効果基準(ただし、かかわり合い要件を持たないオコナー型)に接近した運用を試みたもの」と評する見解(常本照樹「玉串料最高裁判決と目的効果基準」ひろば50巻7号(1997年)25-26頁)を確認しておきたい。

⁵ 「違憲かどうかを分けるのは、基準ではなく、事案の評価による可能性がある」(木下昌彦編集代表『精読憲法判例——人権編』(弘文堂・2018年)154頁[片桐直人])。

ようになったところであったが、最高裁は、空知太判決⁶において、目的効果基準に言及せずに⁷、「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」とした。これが、「総合的判断」と呼ばれるものである⁸。

それでも、空知太判決は、地鎮祭判決と玉串料判決を先例として引用していることから、基本的な考え方は維持されているものと解された⁹。

⁶ なお、空知太判決については、「鳥居、神社入口及び祠は一直線上に配置され……ている」との認識と、原審の「本件鳥居、本件建物の入口にある「神社」の記載及び本件祠は、一直線上に並んでいて参道の存在をうかがわせる」という認定との異同に疑問が残る。また、多数意見が、「「地神宮」と彫られた石造の地神宮が設置されている」という不分明な言及のうえに、地神宮を含む「本件神社物件は、一体として神道の神社施設に当たるものと見るほかはない」との理解を示した点にも、検証の必要があろう。中島光孝『私的判決論——人々の権利の実現をめざして』（白澤社・2025年）79-82頁参照。

⁷ 「多数意見は、津地鎮祭判決以来判例となってきた目的効果基準にはまったく言及することなく判断を行っており、やや異例な感じを与える」（高橋和之「憲法判断の思考プロセス——総合判断の手法と分節判断の手法」曹時64巻5号（2012年）50-51頁）と評される。

⁸ 学説では、「総合判断基準」（西村裕一「政教分離に関する事案」横大道聡編著『憲法判例の射程〈第2版〉』（弘文堂・2020年）146頁・150頁）や、「総合的判断枠組み」（片桐直人「空知太神社事件」棟居快行ほか編『判例トレーニング憲法』（信山社・2018年）74頁）、「総合考慮型の判断枠組」（宍戸常寿「政教分離」警論76巻4号（2023年）134頁）等の呼称もみられる。孔子廟判決の調査官解説は「総合判断の枠組み」（高瀬保守・最判解民事篇令和3年度（上）42頁）と称している。

⁹ 空知太判決の調査官解説は、「基底的判断枠組み部分」と「着眼点提示部分」の区別を示し、空知太判決は「着眼点提示部分を修正し、これとは異なる着眼点を一般的基準として提示した」と説明している。ただし、「〈宗教とのかかわり合いが相当とされる限度を超えるか〉という基本的な基準があり、その具体的な判断方法として目的効果基準があるという理解は、すでに学説においても

宗教とのかかわり合いが相当とされる限度を超えるかの判断方法として、目的効果基準が用いられる場合と、総合的判断が行われる場合とがあると考えられたのである。後日の白山ひめ神社訴訟判決（最判平22・7・22判時2087号26頁、以下では「白山判決」という）が、「市長としての社会的儀礼を尽くす目的で行われたものであり、宗教的色彩を帯びない儀礼的行為の範囲にとどまる態様のものであって、特定の宗教に対する援助、助長、促進になるような効果を伴うものでもなかった」と判示したことも、目的効果基準は維持されており、総合的判断との「使い分け」がなされているとの理解を後押しするものとみられた¹⁰。

2 空知太判決の藤田補足意見

初めて総合的判断を行った空知太判決には、藤田宙靖裁判官の補足意見が付されており、そこに目的効果基準と総合的判断の「使い分け」に関する言及がみられた。

藤田補足意見は、「政教分離原則に違反しないかどうかを判断するに際しての審査基準として、過去の当審判例が採用してきたのは、いわゆる目的効果基準であって、本件においてもこの事実を無視するわけには行かない」ながらも、目的効果基準には批判も根強いことから、「改めて慎重な検討をしておかなければならない」とする。そして、玉串料判決の高橋久子意見・尾崎行信意見に言及し、とりわけ尾崎意見における指摘について「本来筋の通った理論的帰結」であると評価し、目的効果

示されていた。常本・前掲論文（註4）21頁、同「砂川政教分離訴訟上告審判決」ジュリ臨増『平成22年度重要判例解説』（2011年）16頁参照。したがって、「基底の判断枠組み部分」と「着眼点提示部分」という「判断枠組みの二層構造への整序」が直ちに「目的効果基準」を「審査基準」の座から降格させること（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）57頁）を意味するわけではない。

¹⁰「極めて簡潔にはあるが目的効果基準の定式が用いられているようにみえることから、一般には、最高裁は目的効果基準をいまだ放棄したわけではないと考えられている」（西村・前掲論文（註8）143頁）。

基準を採用する従来の判例は説明不十分で論理の飛躍があるとする尾崎意見は「首肯できる」とする。

ところが、藤田補足意見は、「目的効果基準の採用それ自体」を「全面的に否定するまでの必要は無い」とする。ただし、「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」という。

そのうえで、「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決定に際して」であって、「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」とする。そして、「本件において合憲性が問われているのは、……取り立てて宗教外の意義を持つものではない純粹の神道施設につき、地方公共団体が公有地を単純にその敷地として提供しているという事実である」との認識から、「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」と断ずる。

このような藤田補足意見による説明に対しては、種々の批判がある。第1に、玉串料判決の位置づけが不可解とされる¹¹。第2に、「宗教性が

¹¹ 藤田補足意見は、「目的効果基準が機能せしめられてきたのは、……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」として、その「参照例として愛媛玉串料訴訟があげられている」けれども、玉串料判決は「明確に目的効果基準に依拠していた」のであり、「同判決はまさに、目的効果基準が有効に「機能せしめられた」希有な事例だった」とされ（飯田稔「宗教施設に対する市有地無償提供の合憲性——砂川市空知太神社訴訟最高裁判決」亜大45巻1号（2010年）170頁）、むしろ、「宗教性」と「世俗性」を同居させており、その優劣が微妙である場合に本件があたるのではないか」との疑問が示される（LS憲法研究会編『プロセス演習憲法〈第4版〉』（信山社・2011年）97頁〔大沢秀介〕）。また、「明確に宗教性のみを持った行為」については目的効果基準が「機能せしめられ」えないという事情が示されていない。「目的効果基準とは、国家と宗教とのかかわり合いを前提に当該行為の憲法適合性を判断するための一般的な枠組みであって、明確に宗教性のみを持った行為が審査される場合には、基準のあては

明らかなきは目的効果基準が機能しないというのは結論先取り」¹²との懸念が示される。第3に、多数意見との齟齬が指摘される¹³。そして、孔子廟判決の調査官解説において、藤田補足意見は否定的に扱われてい

めの結果、違憲と断ぜられるだけではないだろうか」(坂田・前掲論文(註9)62頁)と指摘される。

¹² 常本・前掲論文(註9)16頁。藤田補足意見では、「合憲・違憲の要であるはずの施設の「宗教性」が、適用される判断枠組みの選択という前提段階においてあらかじめ決定され、判決文として残される枠組み当てはめのプロセスの外部に括り出される事態に至る」(福岡安都子「孔子廟訴訟」大法廷判決について」ジュリ1563号(2021年)68頁)とされる。ほかに、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(最大判平成二二年一月二〇日)に即して」法時82巻4号(2010年)2頁。

¹³ 「藤田補足意見は、むしろ従来の反対意見ないし意見の系譜にあるため、本判決[=空知太判決]の立場を代弁していない可能性も考えられる」(渡辺康行『「内心の自由」の法理』(岩波書店・2019年)359頁)とされる。藤田補足意見が「本件のように憲法89条の禁止事項の核心部分に当たる事例については、本来、問題となる行為の目的と効果を改めて問うまでもないという趣旨」であるとすると、それは、「本判決の多数意見の立場と合致するかどうか疑問である。多数意見は、本件が純粋な宗教的施設に対する公の財産の利用提供に当たるから目的と効果を問うまでもないとしているのではなく、本件のような事例については目的と効果に即した判断を下すことは難しいとしているのではなかろうか」とされる(野坂泰司『憲法基本判例を読み直す(第2版)』(有斐閣・2019年)218-219頁)。さらに、玉串料判決では「目的効果基準が“機能”していたはず」であり、空知太判決でも「「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」であって、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、「問題となる行為等」が「明確に宗教性のみを持った行為」と認められる事案については「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「目的効果基準を用いるまでもなく……違憲判断ができる、との“自説”を述べたものと解する他なかろう」とされる。そして、そうであるとしても、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」ことを認めているように、政教分離訴訟において「明確に宗教性のみを持った行為」が「指定できるのか、甚だ疑問」とされる(神尾将紀「砂川政教分離訴訟の読解」早法93巻3号(2018年)41-43頁)。

る¹⁴。したがって、空知太判決における藤田補足意見は、目的効果基準と総合的判断の「使い分け」に関する考察の対象からは外すこととする¹⁵。

3 孔子廟判決の出現

空知太判決から10年を経て、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施設の設置を許可し、その敷地の公園使用料の全額を免除した市長の行為をめぐる訴訟で、最高裁は、総合的判断によっ

¹⁴ 孔子廟判決の調査官解説は、空知太判決の藤田補足意見について、「結論先取り的であるとの批判」にも言及しながら、「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」（高瀬・前掲判解（註8）46頁・62頁註14）とする。なお、千葉勝美＝上田健介＝片桐直人＝木下昌彦＝堀口悟郎「〈座談会〉千葉勝美・元最高裁判事との対話」法時91巻9号（2019年）110-111頁・113-114頁〔千葉〕、林知更「孔子廟のための国有地の無償提供」別ジュリ『憲法判例百選I（第8版）』（2025年）105頁。

¹⁵ 藤田補足意見を判例と整合的に意味のあるものとして理解するためには、
〔A〕藤田補足意見は「玉串料判決における園部逸夫裁判官意見を想起せしめる」けれども、玉串料判決の多数意見は園部意見とは「明らかに異なる立場を採っている」し、空知太判決に判例変更の意図はなく多数意見が園部意見を「採用したとは考え難い」し、藤田補足意見自体も園部意見に「必ずしも同調するものでないことを示唆している」。むしろ、藤田補足意見の意図は、空知太判決が「従前の判例と基本的枠組みを同じくするものであることを前提として、「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「慎重な配慮」を求め、「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」ことのないように注意を喚起するところにあったのではないか」としたり（野坂・前掲書（註13）219頁註25）、〔B〕藤田補足意見は「従来、目的効果基準が使われてきたのは、問題となる行為等において「宗教性」と「世俗性」とが同居しており、その優劣が微妙な場合だったと指摘」しており、「政教分離違反が問題となる以上、宗教的意義は普通ある。それとは別に正当な世俗的目的がどの程度あるかが問題だと、藤田裁判官は言っている」と捉えたり（長谷部恭男『続・Interactive 憲法』（有斐閣・2011年）131頁）といった操作が必要であるのかもしれない。

て違憲とした。

空知太判決の折には、町内会は憲法のいう「宗教団体」(20条1項)にも「宗教上の組織若しくは団体」(89条)にも該当しないとする判例を踏まえて20条3項によって判断した下級審に対して、最高裁は、「氏子集団」を析出することで¹⁶、20条1項・89条の問題として扱い、総合的判断を行ったのであった。今度は、孔子廟判決に係る下級審が、市長の行為について20条3項だけでなく(空知太判決を前提に)20条1項・89条にも言及して総合的判断を行ったのに、最高裁は、総合的判断によって「憲法20条3項の禁止する宗教的活動に該当する」とし、「本件免除が憲法20条1項後段、89条に違反するか否かについて判断するまでもなく、本件免除を違憲とした原審の判断は是認することができる」としたのである。

憲法20条3項の事案としながら総合的判断を行った孔子廟判決は、「憲法89条事案を念頭に置いて構成された空知太判決の「憲法判断の枠組み」を、憲法20条3項事案にも当てはまるものとして再提示し、それに従って憲法判断を行い」¹⁷、違憲の結論を導いたものとみられた。

¹⁶ 「本件神社を所有するのが、あくまで宗教団体ならぬ町内会であり、この神社自体もまた地域住民の集会場の一部に併設されたものであること、神社の氏子集団は、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も主張されることなどに鑑みると、本件でかかる不定形で曖昧な氏子集団を「宗教団体」と認定した上で、市の土地提供をこれへの「特権」付与と構成するのは、やや強引な感も拭い去れない」(林知更『現代憲法学の位相——国家論・デモクラシー・立憲主義』(岩波書店・2016年)415-416頁)とされる。これに対して、「神社という宗教施設がありながら、それを維持運営する宗教法人等がなく、地元の氏子によって支えられているという実情は、かつての郷社・諸社の現在の姿であるとするれば、氏子集団を神社という宗教施設を支える実体として認識したのは妥当である。S神社事件判決に付された裁判官の個別意見において、この点を批判するものがみられないのは、このような事情によるものであろう」(吉崎暢洋「公有地上にある神社施設と政教分離——最高裁大法廷平成22年1月20日判決をめぐる」姫路独協ロー4号(2010年)150頁。同155-156頁も参照)との指摘もある。

¹⁷ 野坂泰司「芦部憲法学と政教分離訴訟」高橋和之＝長谷部恭男編『芦部憲法学——軌跡と今日的課題』(岩波書店・2024年)226頁。

Ⅱ 学 説

1 政教分離規定と政教分離原則

一般に、「国家と宗教の分離の原則は、普通は政教分離の原則と呼ばれる」¹⁸といわれるが、日本国憲法は「個別的な規定を置くのみで、決して抽象的な政教分離原則を定めているわけではない」¹⁹ことも指摘される。「政教分離原則を、単なる「論者が思考の便のために設定した観念」を超えて、個別的な政教分離規定の解釈指針として捉え、さらには事案の解決のために適用可能な法原則として実体化する傾向」や、憲法20条3項が「あたかも抽象的な政教分離原則を定めた一般条項であるかのように解し、そのようなものとして同条を適用」する思考は、判例とも共通しているとされる²⁰。

憲法20条1項後段、20条3項、89条の3つの条項が、「政教分離原則」という上位概念から流出した、「政教分離規定」という共通の名称で呼ばれる規定」と解され、3つの条項の「いずれに違反するかを各別に検討する必要はなく、上位概念である政教分離原則なるものに違反する可否かを論ずればよい」と理解されてきたのは、「宗教的活動の禁止は、政教分離原則の単なる部分集合ではなく、両者はほぼ一致する関係に立つ」からである。判例において20条3項の「宗教的活動」の「意義は拡張的に理解されて」おり、また、「宗教団体に政治権力を付与するような立法が問題となった例はこれまでなく、今後も想像しにくい」のであるから、20条1項後段の「実質的な意味はほとんどない」と解され、他方、89条も、公金の支出が拡張的に理解された「宗教的活動」としての「意味あいを帯びる場合に適用される」のであるから、結局のところ、

¹⁸ 芦部信喜〔高橋和之補訂〕『憲法〈第8版〉』（岩波書店・2023年）171頁。

¹⁹ 田近・前掲論文（註2）77頁。高橋和之『立憲主義と日本国憲法〈第6版〉』（有斐閣・2024年）206頁以下は、「政教分離原則」とは呼ばず、「政教分離規定」としてその具体的内容を論ずる。

²⁰ 田近・前掲論文（註2）78頁・88頁、同「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 29号（2021年）21頁。

「政教分離原則、政教分離規定、宗教的活動の禁止は、おおむね等号で結ばれる関係にある」とされるのである²¹。

それに対して、当初、目的効果基準の適用範囲を限定すべきことを唱えた見解には、「政教分離原則が問題となる多様な場面を類型化して問題を考えようとする発想を有していた」²²との評価もある。しかし、「従来、通説ないし多数説の地位を占めていたのは、アメリカ法におけるレモン・テストに倣って目的効果基準の厳格化を目指す見解だった」のであり、「単一の合憲性判断基準を志向していたという点では、判例と変わりはなかった」とされる²³。

2 憲法規定に基づく類型化論

その後、「国家行為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」方向に展開したとみられた判例に対して、個別の憲法規定の解釈を重視すべきとして、再び類型化が論じられるようになった。「適用対象として想定する国家行為の類型を異にする」はずの「政教分離諸規定」について、「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」であるはずとされたのである²⁴。

目的効果基準に依拠する判例は、憲法「20条3項の構成要件たる「宗教的活動」の外延を、宗教とかかわり合いを持つ国家行為一般へと拡大

²¹ 安念潤司「政教分離」法教208号（1998年）57-58頁。

²² 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）182頁。坂田・前掲論文（註9）58-59頁も参照。

²³ 田近肇「津地鎮祭事件最高裁判決の近時の判例への影響」法教388号（2013年）25頁。また、「最高裁が目的効果基準を用いて違憲判断を下したと考えられたために、高柳説のように目的効果基準の使用範囲を限定しようとする傾向は弱まったといわれる」（小島慎司「政教分離と信教の自由（上）」法時96巻8号（2024年）89頁）。

²⁴ 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）125頁。

することによって、他の規定の定める違憲性の構成要件に関する問いをほぼ無意味化」するとともに、「「政教分離原則」という「指導原理」に遡及することによって、政教分離諸規定に通底する不文の違憲性阻却事由を導入し、目的効果基準をその判断基準とした」と評される。そのようにして、「政教分離違反の有無をめぐる実質的な問題は、憲法の条文が定める構成要件のレベルから、違憲性阻却のレベルへと大幅に移し替えられ」たと批判される²⁵。

たしかに、「個々の政教分離規定による禁止に形式的には該当しないかもしれない国家と宗教団体とのかかわり合い……をも憲法判断の俎上に乗せることを可能にするという利点」²⁶も認められるが、しかし、「憲法上許されるべき国家と宗教との関わり合いには複数の類型が存在し、それぞれに固有の根拠づけと限界画定が必要であると考えたほうが、より事柄の性質に適った説得力の高い議論が可能となる」²⁷とされるのである。

そのような思考から、政教分離に関する憲法規定を手がかりに、換言すれば、憲法規定の解釈として、政教分離をめぐる事案の類型化が提唱されるようになった²⁸。そうした取り組みの根底には、「汎用性が高い代わりに明晰さも欠いた、融通無碍な審査基準」²⁹として機能しているとみられた目的効果基準への批判的・否定的なスタンスがあると考えられる。そして、そのような「類型的アプローチ」³⁰による検討の方向性を、

²⁵ 同論文126-127頁。

²⁶ 田近・前掲論文（註2）88頁。林・前掲論文（註24）127頁。

²⁷ 林・前掲書（註16）400-401頁。

²⁸ 代表的な学説として、高橋和之『立憲主義と日本国憲法』（放送大学教育振興会・2001年）106-108頁、同・前掲書（註19）209-214頁、林・前掲論文（註24）128頁以下（2004年）、日比野勤「神道式地鎮祭と政教分離の原則——津地鎮祭事件」別ジュリ『憲法判例百選Ⅰ〈第5版〉』（2007年）97頁、渡辺康行ほか『憲法Ⅰ基本権〈第2版〉』（日本評論社・2023年）198頁以下〔渡辺〕。

²⁹ 林・前掲書（註16）415頁。

³⁰ 穴戸常寿『憲法 解釈論の応用と展開〈第2版〉』（日本評論社・2014年）125-127頁。

好意的に評価する学説が少ない³¹。

そうした見地からは、空知太判決が総合的判断を行ったことは、憲法「20条3項と目的効果基準とを万能のごとくに適用する一元的な判断枠組みから離れて、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」³²として歓迎された。そして、既存の判例の分類・整理にも意を用いた類型化も試みられたが³³、それらの分類基準は、20条3項違反について総合的判断を行った孔子廟判決の登場によって「梯子を外されている」³⁴ように見える。

3 目的効果基準と総合的判断の関係

現在、目的効果基準と総合的判断の関係をめぐっては、大別して、㊦目的効果基準は事実上失われたとみる学説と、㊤目的効果基準と総合的判断が併存するとみて、その「使い分け」を考える学説とがあると解さ

³¹ たとえば、阪口・前掲論文（註22）185-186頁、小泉洋一「政教分離と信教の自由」ジュリ1334号（2007年）77頁、西村・前掲論文（註8）147頁、山本健人「国家と宗教」山本龍彦＝横大道聡編著『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）175-177頁、小島・前掲論文（註23）89頁、中島宏「政教分離」法教536号（2025年）19頁。

³² 林・前掲書（註16）399頁。「津地鎮祭事件以降は事実上の定着を見せた「政教分離違反の有無＝目的効果基準違反の有無」という一見わかりやすい等式は、本来より複合的なものとして理解されるべき憲法の規範的要請や、より差異化された扱いを必要とする複数の異質な諸問題を、その単純さによって覆い隠してしまう危険を併せ持っていた。これに照らすと、空知太神社事件における目的効果基準からの離反は、我々がかような津地鎮祭事件の呪縛を逃れて政教分離の構造をもう一度問い直すために、少なくともひとつの有益な契機を提供するものと言える」（同401頁）。

³³ たとえば、西村枝美「政教分離原則の現況——空知太神社判決を受けて」長谷部恭男編『論究憲法——憲法の過去から未来へ』（有斐閣・2017年）266頁以下、西村・前掲論文（註8）148頁。

³⁴ 阪口・前掲論文（註22）182頁の表現であるが、そこでの文脈は異なる。

れる³⁵。

㊦の学説においても、㊤空知太判決以降、判例は総合的判断に移行したとする考え方（総合判断移行論）と、㊤空知太判決以前から、判例において総合的判断は本来的なものであったとする考え方（総合判断本来論）とがある。

（1）判例は総合的判断に移行したとする学説

㊤総合判断移行論においては、「空知太神社事件判決が出された現在では、「総合判断」の枠組みの下で「目的」「効果」に注目して審査を行うことがあるとしても、それは従来理解されてきたような目的・効果基準が基準として適用されたのではない。それは「目的」「効果」が判断の指標の1つとして示されているに過ぎない」³⁶とされる。

そこでは、白山判決は、「目的」や「効果」について言及があり、それらが判断する上での考慮要素として存在するものの、目的・効果基準が判断の基準として明示されていない」とされ、「国と宗教とのかかわり合いが社会的・文化的諸条件に照らし相当とされる限度を超えるかどうかを判断する上で、「目的」と「効果」について言及しているにすぎない。しかも、最終的な結論を出す際には、「これらの諸事情を総合的に考慮すれば」として、総合判断がなされている点は、津地鎮祭事件判決などと大きく異なる」のであって、「目的」「効果」の判断が行われる場合でも、それはこの「総合的判断」の中で行われるのであって、これまで学説が理解してきたような目的・効果基準という、それ自体がメインのような基準で判断しないことを明らかにしている可能性がある」とされる³⁷。

³⁵ ㊦説と㊤説の区別の標識は、白山判決を従来どおりに目的効果基準を用いたものとみるか否かにある。もちろん、学説の見解は多様であって、截然とは分類しがたいところもある。なお、㊦㊤いずれも判例の理解をめぐる分類である。

³⁶ 榎透「政教分離訴訟における目的・効果基準の現在」専法114号（2012年）138頁。

³⁷ 同論文137-138頁。「目的・効果基準が政教分離を判断する中心的な基準として機能する問題領域も残存している可能性はある」（同138頁註56）とされるも

の、「目的・効果基準は、これまでのような政教分離規定の判定基準としての地位を失った可能性が高い」(同140頁)、「目的・効果基準はその地位を総合判断に譲った可能性がある」(同141頁)と結論されている。

また、「最高裁が現在、目的効果基準をどのように位置づけているのか」については「なお定かではない」としつつ、白山判決について、「目的効果基準が用いられるべき場合にあたることについて何ら説明していない」のであり、「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ように読め、最高裁における目的効果基準の位置づけが変容しているように思われる」とする見解(市川正人「判批」判時2166号(2013年)149-150頁)も、④総合判断移行論として挙げるができるかもしれない。ただし、「どのような判断枠組みで判断する方向に向かっているのか、なお定かではない」、「判例の展開を待たなければならない」との留保が付されている(同150頁)。

白山判決について、空知太判決が打ち出した「総合的判断という大枠を前提としており、ただし、事案によっては、問題とされる国家行為の目的と効果に注目して判断することも、総合的考慮の一手法としてありうるという考え方に立っている」(田近肇「白山比咩神社政教分離訴訟」民商143巻6号(2011年)106頁)と評する見解がある。そこでは、白山判決は「一見したところ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。その意味で、今や、目的効果基準は、憲法二〇条三項の「宗教的行為」該当性の判断においても万能の公式ではなくなっている」(同107頁)とされ、④総合判断移行論のようにみえる。ただ、この見解は、「今日、目的効果基準は、「相当とされる限度」を超えるか否かを具体的に判断する基準の1つへと相対化されているとみるべきであるが、だからといって、目的効果基準の意義が失われたわけではない」(同「津地鎮祭事件最高裁判決の近時の判例への影響」法教388号(2013年)27頁)とも述べていて、そこでいわれる「総合的判断」や「総合的考慮」の趣旨によって「相対化」の意味合いが変わりうるかもしれない。同・前掲論文(註23)4-5頁も参照。地鎮祭判決・玉串料判決・空知太判決の「いずれもが「相当とされる限度」論とも呼ぶべき一般的判断枠組みを採用している。そして、それを具体化する「より直接的な判断枠組み」は事案に含まれる公権力と宗教とのかかわり合いの構図に応じて選択されることになる」とみて、その意味で「目的効果基準の地位は流動化している」と論じるならば(岡田信弘「玉串料としての公金支出と政教分離の原則——愛媛玉串料訴訟」別ジュリ『憲法判例百選Ⅰ〈第7版〉』(2019年)99頁)、それは、「異なる問題を同一の判断基準を用いて判断しなければならない必然性はなく、むしろ、異なる判断基準を用いる方が自然」(田近・前掲論文(註23)26頁)とい

(2) 判例において総合的判断は本来的なものであったとする学説

これに対して、⑥総合判断本来論は、「最高裁が政教分離訴訟における判断基準を根本的に改めたと見るのは妥当ではない」として、空知太判決には「先例とは若干異なる説示が認められるものの、そこで用いられた判断方法は、従来の目的効果基準の適用による判断方法と本質的に異なるものではない」とする³⁸。この見解によれば、地鎮祭判決は、「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」としていたのであり、「諸般の事情」には「実に多岐にわたる要素が含まれ」、しかも「そこに掲げられた諸要素は例示にすぎないと解されるから、それ以外の様々な事情が考慮の対象となりうるものが前提」となっている。この点に「判例の判断基準の大きな特徴」があり、「諸般の事情の総合考慮こそが判例の判断基準の本体部分」とであるとされる。そして、「ある国家行為についてその「目的」と「効果」をそれぞれ独立したチェックポイントとして検討していくというよりも、先行する諸般の事情の総合考慮を通じて当該行為が……憲法20条3項の禁止する「宗教的活動」に該当するかどうかを問うというのが判例の趣旨」と説明される³⁹。

⑥総合判断本来論によれば、空知太判決には「先例の説示にあった「目的及び効果にかんがみ」という語句がなくなっているという先例との重要な相違点」があるけれども、それは、「政教分離訴訟における憲法判断で「目的及び効果」に過度に依存することのないように戒める趣旨でされたもの」と説明される⁴⁰。つまり、地鎮祭判決以来の最高裁の判断は「諸般の事情の総合考慮によるもの」であり、「空知太判決において従来の判例と異なるのは、この総合考慮の結果を特定行為の目的と効果に集約して示すことができなかったという点だけ」とされる⁴¹。それゆ

う見地から目的効果基準を「万能の公式」としないという意味での「相対化」であろう。そうであれば、目的効果基準を総合的判断の下位分類としたり総合的判断に溶解する意味での「相対化」とは区別されなければならない。

³⁸ 野坂・前掲論文（註17）223頁。

³⁹ 同論文219頁。

⁴⁰ 同論文224頁。

⁴¹ 同論文228頁。「元来政教分離の事案は多様であって、事案によっては特定の

え、空知太判決を「総合的判断の枠組み」として従来の判例の目的効果基準と区別して論じることが適切ではない」とされるのである⁴²。

この他にも、「政教分離違反の審査基準の形式は、「目的効果基準」という判断要件から総合的判断の枠組みへと変更されている。実際、白山ひめ神社事件判決では、従来の目的効果基準らしきもののへ言及しているが、そこでの「目的」と「効果」は諸事情へと「変容」させられており、……実体的にはほとんど決定的でない形で使われているにすぎない」として、「従来の最高裁の実体はすでに総合的判断であったのであり、審査のあり様における実質的な変更は、ほとんどない」とする見解⁴³は、「審査基準の形式」の「変更」や「変容」への言及ではなく、「実質的な変更」がないことを論じるところに本質があるとすれば、③総合判断本来論に数えることが可能であろう⁴⁴。

行為の目的と効果に即した判断を示すことが困難な場合もある」(同224-225頁)のであり、「ともすれば「目的」と「効果」の鑄型に嵌めて論じる従来の判例の姿勢を改めたことを意味する」(同229頁)とされる。

⁴² 野坂・前掲論文(註17) 228頁。「従来の判例の目的効果基準こそ「総合的判断の枠組み」にほかならない」(同頁)とされる。この③総合判断本来論に立つ見解は、白山判決について「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(④総合判断移行論)に対して、「賛成できない」(野坂泰司「いわゆる目的効果基準について——政教分離原則違反の判断基準に関する一考察」高橋和之先生古稀記念『現代立憲主義の諸相(下)』(有斐閣・2013年) 323頁註94)とする。「目的」と「効果」についての判断が総合考慮の内容となることは地鎮祭判決以来全く同じである。違っているのは、地鎮祭判決や玉串料判決では、総合考慮を行った上で、改めて当該行為の「目的」(宗教的意義の有無)と「効果」(宗教を援助、助長等するかどうか)の観点から「宗教的活動」該当性の有無の判断を示していたのに対し、本判決にはそれが無いという点である」(同註)とされる。

⁴³ 坂田・前掲論文(註9) 69頁。「最高裁は、政教分離原則違反の審査として実質的には諸事情の総合考慮による判断を行っており、「目的効果基準」という判断要件に照らしての「要件」審査は、あえていえば、総合考慮の判断を「論証」として整えるための形式にすぎなかった」(同56頁)。

⁴⁴ さらに、以下のような見解も、③総合判断本来論の流れを汲むものと解される。

孔子廟判決には「目的効果基準を適用した過去の判決と同様の考慮要素も取

(3) 目的効果基準と総合的判断の「使い分け」を論じる学説

以上のような⑦目的効果基準は事実上失われたとみる学説（④総合判断移行論・⑤総合判断本来論）に対して、④目的効果基準と総合的判断が併存するとみて両者の「使い分け」も論じられてきた。空知太判決「以降も、最高裁が目的効果基準を用いて判断した判決が存在するので最高裁が目的効果基準を放棄したとは言えない」のであって、同判決が「目的効果基準を用いなかった理由については、さまざまな説明がありえ、

り入れられている。もとより、目的効果基準そのものが、明確な線引きの行える判断基準というよりも、様々な考慮要素からなる総合判断の手法であることから、目的効果基準と総合判断の手法との間に大きな相違があるわけではない」として、「目的効果基準が総合判断の手法かという区別は、少なくとも憲法20条3項の「宗教活動」該当性を論じる上では、今のところ、考慮要素に重要な違いはないように思われる」とする見解（吉崎暢洋「都市公園内に設置された宗教施設と政教分離——孔子廟訴訟最高裁判決（最大判令和3年2月24日）」常葉9巻1号（2021年）68-69頁）。

地鎮祭判決で示された「政教分離違反の認定要件は、厳密には「相当とされる限度」の逸脱、踰越であって、行為の目的及び効果は、その判断のための言わば「観点」ないし「要素」であった」のであり、空知太判決は「先例の単なる踏襲でも全くの変更でもなく」、地鎮祭判決以来「実質的には徐々に行なわれてきた違憲認定の判断要素の拡充を、さらに展開したものと位置づけることができる」とする見解（飯田・前掲論文（註11）172頁）。

「日本の目的・効果基準は、当初からアメリカのように目的と効果を独立のテストとするのではなく、両者の衡量により結論を出すという点で総合較量論に限りなく近いものであり、基準というにはあまりにも緩やかにすぎるのではないかと批判されてきた」（高橋・前掲書（註19）214頁）として、目的効果基準における「総合的考慮」と空知太判決等の「総合的判断」は、結局は、「分節判断の手法」と対置されるところの「総合判断の手法」（高橋・前掲論文（註7）52-53頁）であるとの見立てから、「目的・効果は総合判断の要素として述べられているにすぎない」（同51頁）とする見解。

他にも、佐々木弘通「憲法学説は政教分離原則とどう対話するか」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、辻村みよ子編著『ニューアングル憲法——憲法判例×事例研究』（法律文化社・2012年）99-101頁〔佐々木弘通〕、小泉良幸「信教の自由と政教分離」小山剛＝駒村圭吾編『論点探究憲法（第2版）』（弘文堂・2013年）159頁、鈴木繁元「判批」北法71巻1号（2020年）191頁。

それを事案の特殊性に帰すこともできないわけではない」とされる⁴⁵。

そのような「使い分け」の説明として代表的なものが、©最高裁の調査官が言及した1回の作為的行為と継続的行為の区別に依拠する見解（行為性質論）である。そこでは、空知太判決の調査官解説が「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の側面も有する継続的行為であることに本件の特質を見いだしている」ことは、「半年後に下された白山比咩神社事件で市長の奉賛会出席について目的効果基準によって合憲判決が示されている（……）ことを視野に入れると、首肯できる」とされる⁴⁶。

また、©行為性質論としては、「長期にわたる諸行為の集積として現状が作出されているとき、目的と効果をいずれかの特定の行為につき問うことができない」ので、総合的判断が行われるとする見解もある。この見解によれば、「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（特定の行為型）」には目的効果基準、「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）」では総合

⁴⁵ 阪口・前掲論文（註22）183頁。「目的効果基準は政教分離原則に関する判断基準として絶対唯一の基準ではなくなったにせよ、未だ支配的地位から陥落したと考えるのは早計かもしれない」（同頁）。

⁴⁶ 常本・前掲論文（註9）16頁。調査官解説が示す類型の「ほかにも、憲法の条文の文言から原則として違憲と言いきれる類型には、総合的判断枠組みを、そうではない場合には目的効果基準を用いるという整理もあるだろう」（片桐・前掲論文（註8）76頁）として、藤田補足意見を想起させる分類を示す見解もある。そして、「(ア) 政教分離原則違反の基本的な基準として総合的判断基準が存在し、(イ) 目的効果基準が適している場面にはそれが用いられるというのが判例理論とみることができよう。この理解を前提にすると、(イ) 以外の場面で目的効果基準とは別の定型的な判断基準が生み出される可能性がある」（木下編代・前掲書（註5）194頁〔片桐〕）とも述べている。後者の「(イ) 以外の場面」に関連して、この見解は、地鎮祭判決の調査官解説が「限度を超えるかどうかの判断基準は、各個の政教分離規定ごとに具体化、明確化されることが予定されている」と指摘していた点に注意喚起している（片桐直人「砂川空知太神社判決の二つの理解」法時91巻5号（2019年）69頁註18）。この調査官解説の指摘に関しては、田近・前掲論文（註23）25頁・26-27頁も参照。

的判断という区分⁴⁷が示される⁴⁸。

それに対して、④目的効果基準と総合的判断の「使い分け」を考える学説には、①関係者の信教の自由への配慮が求められる場合に総合的判断が行われるとする見解（対抗関係論）もある。この見解によれば、空知太判決は「目的効果基準を適用しても当然違憲との結論が導かれる事案」であり、②行為性質論では「宗教的存在感が大きいとは言えない施設のための利用提供行為であっても政教分離原則に違反するとの結論を導く上で重要な考慮要素となることは理解できるものの」、なぜ目的効果基準が用いられなかったかの説明は困難であると批判して、富平判決において総合的判断が行われていることに注目する⁴⁹。

そして、「市有地を神社敷地として継続的に使用させるべく無償で譲与する行為は、宗教的意義を有する上、特定の宗教を援助・助長する効果も否定しがたく、目的効果基準に照らせば違憲とされても不思議ではない。最高裁は、一回限りの作為的行為であるこの譲与に本件判決と同じ枠組みを当てはめて合憲とした。その背景には、政教分離原則違反の状態を解消するための行為に目的効果基準を機械的に適用すれば、地域住民の信教の自由に著しい不利益を与える行為（神社施設の撤去）以外、解決の途が塞がれてしまうとの懸念がある」とする。つまり、「全国に相当数残存するであろうこの種の状態を信教の自由を侵害しない形で解消するには、目的効果基準のさらに根底にある「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」か否かという観点を招き入れ、各地域の事情に応じた柔軟な解決策を探らざる

⁴⁷ 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。富平判決は、「諸行為の累積により形成された現状があり、そこから脱却する措置」に関するものとして、諸行為の累積型とみてよいとされる（同頁）。

⁴⁸ ただし、この見解には、④総合判断移行論に近い思考（安西・前掲論文（註47）62-63頁）とともに、⑤総合判断本来論に接近するような考慮（同63頁）もみられる。しかし、最終的には、「判断の軸足は、目的および効果から、過度のかかわり合いへと移行した」（同頁）とされ、いずれとも異なる帰結が示されている。

⁴⁹ 長谷部恭男「神社敷地としての市有地の無償提供——空知太神社事件」別ジュリ『憲法判例百選Ⅰ（第8版）』（2025年）102頁。

を得ない」とするのである⁵⁰。

Ⅲ 検 討

1 既存学説の難点

(1) 総合衡量の放任と黙示の判例変更の容認

憲法学説は、一般に、判断のブラックボックス化の懸念から、最高裁の「総合衡量」の手法を批判してきたはずである⁵¹。ところが、㊦目的効果基準は事実上失われたとみる学説（㊤総合判断移行論・㊢総合判断本来論）は、最高裁の総合衡量が政教分離訴訟においても領域を拡大したことを認めるものであろう⁵²。

「過去の判例において、行為の目的や効果は、考慮すべき諸事情を導く基準としての側面を有していた」⁵³と解されるのに対して、「当該事案に即した多様な着眼点を抽出し、これらを総合的に検討して憲法適合性

⁵⁰ 同論文102頁。

⁵¹ 高橋・前掲論文（註7）1頁以下、同『体系憲法訴訟』（岩波書店・2017年）251頁以下。「総合衡量」という手法は一見緻密に見えるものの、最高裁の判断過程においていかなる事情がいかなる重みを与えられたのか不明確にし、最高裁の判断過程を一種の「ブラック・ボックス」にしている」（阪口・前掲論文（註22）177頁）。「事案に即した判断」といえば聞こえはいいが、それがあまりに個別的に判断するということになれば、「目的効果基準」の時代よりも判断過程がブラックボックス化する」（坂田・前掲論文（註9）65頁）という「致命的な危険性を備えた判断手法」（同「国家による宗教に対する援助と国家による宗教的活動——政教分離原則違反の判断枠組み」法教500号（2022年）45頁）でもあるとの懸念も示される。

⁵² 空知太判決の「調査官解説は「硬直的な目的および効果」に着眼することを避けてより柔軟な「総合判断の枠組み」を採用したのだと指摘しているが、基準設定を避け総合判断手法を多用する近時の最高裁の動向が、ここでも現れた」芦部〔高橋補訂〕・前掲書（註13）18頁〔高橋〕。同・前掲書（註19）214頁も同旨）と評される。

⁵³ 片桐・前掲論文（註46）68頁。

の判断をするという、より柔軟かつ事案に即した判断基準」⁵⁴とされる総合的判断は、「従来の目的効果基準以上に「目盛りのないものさし」となる可能性」⁵⁵が懸念されるのである。

「憲法判断における客観性の確保を目指したはずの目的効果基準」に「依拠しない場合の客観性の確保」として、「総合的判断」における考慮要素を確定して各要素の意味を明らかにしていくという作業が求められる」こと⁵⁶は、④・⑤に属する学説も繰り返し唱えるところである⁵⁷。しかし、そのことが異口同音に指摘されても、総合的判断における考慮要素を事案の類型ごとに統制するための具体的な提案は、必ずしも十分になされてこなかった⁵⁸。

⁵⁴ 清野正彦・最判解民事篇平成22年度42頁。

⁵⁵ 片桐・前掲論文（註46）69頁。

⁵⁶ 常本・前掲論文（註9）16頁。「どのような類型化が望ましく、それぞれの類型の下でいかなる判断基準を用いるべきか地道に考えていくしかない」（阪口・前掲論文（註22）186頁）。

⁵⁷ 早くから、「空知太判決の方向性それ自体に対して一定の評価を与えることができて、そこで提示された司法審査のあり方については、なお厳しい視線が向けられてよい。それは、司法的ドクトリンとして備えるべき具体性を依然欠いている」（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）216頁）ことが指摘され、「目的・効果基準の射程という点で本件を例外視するよりは、今後、一般的に、目的・効果のウエイトを相対化する形で基準の定式化を図るとともに、一定の問題類型ごとに、より具体的に考慮要素を整理していくこと」（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」法教365号（2011年）別冊付録〔判セレ2010〔I〕〕3頁）が求められていた。

⁵⁸ 「類型のアプローチ」を提唱する今日の代表的見解は、空知太判決によって「目的・効果に着目した判断手法が排除されたとみるべきではなく」（宍戸・前掲論文（註8）149頁）、白山判決が「目的・効果に着目した判断手法を採用している」（同146頁）という前提で、「目的・効果に着目した判断手法と総合考慮型の判断手法が併存する」とみて「この二つの判断手法の使い分け方」が問題であるとして（同147頁）、「従来の判例と同種の事案類型、とりわけ儀式への参列等の事案においては引き続き目的・効果に着目して「相当とされる限度を超える」かどうか判断されるものと予想される」（同149頁）とするけれども、しかし、この見解は、従来の目的効果基準への評価が低く（宍戸・前掲書（註

それに代えて、「適用条項に応じて判断枠組みを設定する類型化のアプローチ」⁵⁹を提唱していた先駆的学説が「さまざまな文献で参照されてきた」⁶⁰。しかし、それらの類型化論は、目的効果基準の「適用範囲を限定すべきとする問題意識」に基づいて「目的効果基準の射程を限定する試み」として行われてきたもののはずである⁶¹。その代表的な学説は、「目的効果基準の下で、最高裁判例がこれまで違憲性阻却されるものと判断してきた国家の「正当行為」として、「社会的儀礼を目的とした行為」と「国家の世俗的・公共的な任務の遂行を目的とした行為」という2つの類型を提示するものである⁶²。そして、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果たしうる」のは後者の類型であるとする⁶³。そうしたことから、この学説は、「高柳説以降の有力な見解を継承」して、「さらに明確な理論的意味を与えようとするもの」と評価されている⁶⁴。

そうであるとすれば、そのような従来の類型化論が、総合的判断の内容としての考慮要素の取捨選択を規律することに直ちに結びつくかには疑問がある。それらは、判例における目的効果基準への一元化を批判する試みとして、政教分離に関する憲法規定のありように結びつけながら、

30) 124-125頁)、「政教分離規定が問題となる事例は多様であり、判例はその都度問題となる事案の状況に応じて柔軟に、「相当とされる限度を超える」かどうかという基底的枠組を運用している」(同・前掲論文(註8)141頁)とみており、③総合判断本来論に合流するものと解される。そして、「著名な判例の説示を過度に一般化することなく、判例相互の関係を検討して類型化を試みること」(同168-169頁)の必要性を述べるが、やはり総合的判断の類型化についての具体的提案はみられない。

⁵⁹ 坂田・前掲論文(註51)44頁。

⁶⁰ 小島・前掲論文(註23)89頁。

⁶¹ 毛利透ほか『憲法Ⅱ人権〈第3版〉』(有斐閣・2022年)192頁[小泉良幸]。

⁶² 林・前掲論文(註24)128頁。

⁶³ 同論文130頁・132頁。そこでは、「目的と効果を分節して判断することに積極的な意味を見出すことができる」とされ、「こうした視角からは目的効果基準には、基本権侵害の正当化審査における公共の福祉論から目的手段二段階審査への進展に類似した意義を認めることができる」とされる(同133頁)。

⁶⁴ 小島慎司「政教分離と信教の自由(下)」法時96巻9号(2024年)91頁。

展開されてきたものである。そのような類型化の提案が、憲法条文を踏いで全領域化した総合的判断の内部での考慮要素の取捨選択の規律に転用しうるのであろうか⁶⁵。しかも、孔子廟判決の調査官解説は、「空知太神社訴訟判決が適用条文に応じて異なる審査基準を使い分ける可能性を認めたものと評価する見解」の存在に言及しながら、判例は、「政教分離規定の各条文を個別に解釈するのではなく」、「適用条文によって判断枠組みを変更するという考え方には立っていない」としている⁶⁶。

総合的判断を用いるのであれば、「裁判所による審査の判断過程を何らかの形で制御することが求められる」として、空知太判決を手がかりに、「「重要な考慮要素」に重みづけを与えた形で総合判断を行う」ことで「恣意的運用を防ぐ」べきとされる。そこで、「事案類型に応じて考慮すべき「着眼点」に基づいて（同時に、考慮すべきでない「着眼点」に基づかずに）総合判断すること」が求められる。そうして、議論は「事案の類型化」に回帰することになる⁶⁷。

また、④総合判断移行論・⑤総合判断本来論は、理屈立ては異なるものの、⑦目的効果基準は事実上失われたとみる学説である。しかし、最高裁がそれを用いて違憲の判断まで下していた違憲審査基準を、明示的な説明もなく廃棄ないし放棄したとすれば、それは大きな問題であろう。⑦説では、それを判例変更と捉えず、単なる考慮要素の取捨選択の相違あるいは重点の置き方の変化にすぎないと評することになる。それは、最高裁による黙示の判例変更を認識しつつ、それを黙認することを意味するのではなかろうか⁶⁸。

⁶⁵ 鈴木・前掲論文（註44）205頁も参照。

⁶⁶ 高瀬・前掲判解（註8）43頁・60頁註9。

⁶⁷ 坂田・前掲論文（註51）45頁。

⁶⁸ 「いくら連続性を強調しても、「目的効果基準」を着眼点提示部分へ位置づけることが、先例の判断枠組みの大きな変更であることを否定できるものではない」（坂田・前掲論文（註9）54頁）としつつ、⑤総合判断本来論に依拠して、「夙に指摘されているように、これまでの最高裁判決も「目的効果基準」を設定しながら、その実態は当該事案の諸事情の総合考慮による判断であった」（同55頁）として、「最高裁は「目的効果基準」を放棄しており、したがって政教分離違反基準は形式的には変更されている、けれど実質的な審査のあり様にはほとんど

ところで、㊦目的効果基準は事実上失われたとみる学説は、一般に、もともと目的効果基準に対して批判的・否定的な立場であったといえよう。とりわけ、㊧総合判断本来論に与する学説においては、目的効果基準は、従来の判例においても実質的には判断基準として機能していなかったとの批判が強い。

判例の目的効果基準を批判する代表的な学説によれば、最高裁によって目的効果基準が適用された「どの事件にも、結論を左右するような決め手になるポイントが別にある」のであり、「目的効果基準が形式的に、いわば、結論を正当化するためのレトリックとして使われているにとどまる観がある」、あるいは「目的効果基準を用いていても、結論を説明するテクニックとしての意味しかもっていない」とされる⁶⁹。

そして、㊧総合判断本来論の代表的学説は、「政教分離訴訟における主要な最高裁判決において違憲判断と合憲判断を分けたものは、国または地方公共団体の関与の対象がどこまで強く宗教性を帯びているかについての判断」であって、「それに基づいて当該行為の「目的」と「効果」が一括判定され、「宗教的活動」に該当するか否かの結論が導かれている」のであり⁷⁰、「その判断は諸般の事情の総合考慮によるもの」で、「総合考慮の結果を目的と効果に集約して示す」ことになっていたとする⁷¹。

しかし、具体的な事案をめぐる特徴的な事実やその性格づけに基づいて審査・判断がなされるのは当然のことであり、もし、最高裁が、個々の事案の特徴を捨象して形式的に基準を当てはめて判断したら、学説はそれを強く批判するのではなかろうか。

変更がない」(同47-48頁)という評価が可能であるとしても、問題は、そのような「政教分離違反の審査基準の「変更なき変更」(同69頁)という理解を、憲法学説が積極的に採用してよいのか、である。

⁶⁹ 芦部信喜『宗教・人権・憲法学』(有斐閣・1999年)108-109頁。たとえば、地鎮祭判決については、「かなり実質的な意味をもって用いられて」いるとはいえ、「地鎮祭の性格づけが大きく結論を左右する決め手になっている」のであり、「目的が世俗的だというところで決着してしまっている。効果の点に関する判断は、何かつけ足しの観がある」とされる(同109頁)。

⁷⁰ 野坂・前掲論文(註17)222-223頁。

⁷¹ 同論文228-229頁。

⑥総合判断本来論の代表的学説は、「判例の目的効果基準は、「目的効果」基準というには、「目的」と「効果」が独自の関門として機能せしめられておらず」、また、「目的効果「基準」というには、総合考慮の対象となる諸要素をどのように評価すべきかについての明確な指針を欠く」⁷²と批判している。しかし、前者の指摘が、アメリカのレモン・テストのように各分枝について独立に判断すべきこと、あるいは、「まず目的審査をおこない、つづいて効果審査をおこなうという手順を踏む」⁷³ことを求める趣旨であるならば、「目的は世俗的であるが効果は宗教的であるような政府の行為は、無数に考えることができる」⁷⁴との指摘への応答が問題となろう。また、後者の指摘をめぐっては、学説の側にも「明確な指針」の具体的提案が存在していたのかが疑問とされよう。

関連して、判例は、目的効果基準の「運用ガイドライン」として、「行為の外形的側面に加え、(a)行為の行われる場所、(b)一般人の宗教的評価、(c)行為者の意図や宗教的意識、(d)行為の一般人に与える効果などを挙げ、「社会通念に従って」判断する」としているが、実際には「目的・効果の判断は別個になされておらず、そもそも目的・効果の判断が結論を左右していない」として、判例では「公権力の行為の具体的評価が目的・効果の判断を実質的に代替」しており、「公権力の行為を「一般人」「社会通念」から見て「慣習化した社会的儀礼」と評価すべきかの判断が先行し、目的・効果の判断はただそれにしがっているだけ」と評される⁷⁵。

しかし、考慮要素が「ガイドライン」として挙げられているとするな

⁷² 野坂・前掲論文（註42）324頁。

⁷³ 赤坂正浩『憲法講義（人権）』（信山社・2011年）130頁。

⁷⁴ 安念潤司『信教の自由』樋口陽一編著『講座憲法学(3)権利の保障』（日本評論社・1994年）204頁。判例が目的と効果をめぐる「諸事情を総合的に考慮して判断」するとしているのは、目的か効果のいずれかで直ちに違憲と判断することの困難ないし弊害を避ける趣旨もあるかもしれない。

⁷⁵ 穴戸・前掲書（註30）124-125頁。また、「判決文は、最高裁自身が考慮要素としてあげた「外形的側面」「行為の場所」「一般人の評価」「行為者の意図」「一般人への影響」をそれぞれ順番に検討する体裁にすらなっていない」（赤坂・前掲書（註73）132頁）ことも批判される。

らば、それに従って具体的な評価・記述を行い、それに基づいて本来の基準（ここでは目的効果基準）による結論を示すというのは順当な方法ではなからうか⁷⁶。「ガイドライン」として挙げられた要素の取捨選択や扱いの軽重が事案によって異なっていたとしても、「政教分離の多様な事案に適応する万能の定式などは存在しない」⁷⁷ことは、学説自身が強調していたはずである。

（2）空知太判決の調査官解説の意味

④目的効果基準と総合的判断の「使い分け」を唱える学説にも難点がある。

まず、◎行為性質論（1回の作為的行為と継続的行為の区別に依拠する見解）については、空知太判決の調査官解説を手がかりとするものであるとの説明が、この見解への賛否にかかわらず一般的である。

しかし、空知太判決の調査官解説は、多様な側面を有する。従来判例との連続性・整合性を説明する場面では、⑨総合判断本来論と親和的な説明もみられ、それは、後の孔子廟判決の調査官解説にも引き継がれている。また、富平判決が総合的判断を行っていることを説明する場面では、⑩対抗関係論（関係者の信教の自由への配慮が求められる場合に総合的判断が行われるとする見解）に結びつくスタンスを示している。

そうすると、空知太判決の調査官解説は、目的効果基準と総合的判断

⁷⁶ たとえば、日本学術振興会の科学研究費（科研費）の研究計画調書で、「研究の目的と方法」について、「(1)本研究の学術的背景、研究課題の核心をなす学術的「問い」、(2)本研究の目的および学術的独自性と創造性、(3)本研究の着想に至った経緯や、関連する国内外の研究動向と本研究の位置づけ、(4)本研究で何をどのように、どこまで明らかにしようとするのか、(5)本研究の目的を達成するための準備状況、について具体的かつ明確に記述すること」が求められている場合、応募者は、この(1)～(5)の「ガイドライン」に従って自己の「研究の目的と方法」を記述しようとするはずである。それは、(1)～(5)の記述をもって「研究の目的と方法」の記載を「実質的に代替」しているとか、「研究の目的と方法」の説明は(1)～(5)の記述に「したがっているだけ」と批判されるものではないであろう。

⁷⁷ 野坂・前掲論文（註17）230頁。

の「使い分け」を論ずる立場ではなく、1 回の作為的行為と継続的行為の区別は、総合的判断における考慮要素の選択ないし統制のレベルの問題として述べられていることになる。もちろん、総合的判断における考慮要素の統御ないし選択の「指針」は、目的効果基準と総合的判断の「使い分け」を考えるうえでも参考にすることが可能であろう。ただし、前者が、考慮要素の取捨選択・重みづけとして、ある程度の幅を持ちうるのに対して、判断基準の選択は二者択一の問題であるという相違に留意が必要かもしれない⁷⁸。

なお、空知太判決の調査官解説は、(a)「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」のに対して、(b)「本件利用提供行為は、半世紀以上もの歴史を有する継続的行為であって、かつ、その行為には本件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するもの」としていた。(a)には玉串料判決の事案も含まれるとすれば⁷⁹、「1 回限りの」という修飾語の意味合いは限定的で、それほど重視する必要がないとも解される。また、「作為的」という要素は、(b)にも含まれており、区別の指標として適切ではないと解される⁸⁰。(a)と対比される(b)が、どの時点における何を審査すべきかが特定し難い場合に関わるとすれば、(a)は「特定の行為」⁸¹が問題となる場合といえるかもしれない。

⁷⁸ 空知太判決の調査官解説は、㊦総合判断本来論に立つから、1 回の作為的行為と継続的行為の区別と、関係者の信教の自由への配慮とを、考慮要素として並行的に提示することができたのかもしれない。

⁷⁹ 神尾・前掲論文(註13) 44頁。

⁸⁰ また、孔子廟判決が「国(地方公共団体)による「宗教的活動」(憲法20条3項)のうち、作為的かつ継続的な行為に該当する行為であれば、空知太事件判決の法理が及び得るという趣旨」(山崎友也「孔子廟公有地無償使用事件上告審判決——最高裁大法廷令和3年2月24日判決」法時93巻7号(2021年)6頁)であり、空知太判決が「不作為」をも含む「継続的作為」を対象としたもの(同5頁)であるとするならば、差引きすると、「継続的行為」しか残らないこととなる。

⁸¹ 安西・前掲論文(註47) 62頁。

空知太判決や孔子廟判決が「基底的判断枠組み」に言及するにあたって、「宗教とのかかわり合いをもたらし行為」ではなく「宗教とのかかわり合い」としていることにも留意すべきであろう。以前の判例と比較して、空知太判決には「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」という部分が省かれているという相違がみられる⁸²。「目的及び効果にかんがみ」という語句がないことだけが「先例との重要な相違点」⁸³なのではなく、空知太判決は「行為」の語も削っているのである。つまり、目的効果基準が適用される「特定の行為」と対比される総合的判断の対象は、性質の異なる何らかの「行為」ではなくて、宗教との「かかわり合い」という状態であると解される。継続性の要素が問題となるのは、国家の行為ではなくて、かかわり合いの態様ではなかろうか。

(3) 信教の自由への配慮の要請

富平判決が総合的判断を行っていることの説明が、㉔行為性質論のアキレス腱であり、㉕対抗関係論の立脚点となっていた。その意味で、目的効果基準と総合的判断の「使い分け」を考える場合には、富平判決の位置づけが肝要である。

ただ、判例の説明としては、孔子廟判決の登場によって、㉕対抗関係論の足場は大きく損なわれたと考えられる。孔子廟判決の調査官解説は、「政教分離原則違反の状態を解消するための行為に目的効果基準を機械的に適用すれば、地域住民の信教の自由に著しい不利益を与える行為（神社施設の撤去）以外、解決の途がふさがれてしまうとの懸念があったとの指摘」について、「公園使用料の免除の憲法適合性が争われているにとどまる本件において、本判決が総合判断の枠組みを採用したことにより、上記懸念の存在をもって、富平神社訴訟判決が総合判断の枠組みを採用した決定的な理由とみることは困難となった」としている⁸⁴。また、

⁸² 清野・前掲判解（註54）38頁。

⁸³ 野坂・前掲論文（註17）224頁。

⁸⁴ 高瀬・前掲判解（註8）60頁註10。なお、石原佳代子「孔子廟公有地無償提供違憲判決」論叢191巻3号（2022年）100頁も参照。

剣道実技拒否事件判決(最判平8・3・8民集50巻3号469頁)において、「代替措置を講ずる許容性につき目的効果基準を適用して判断されている」⁸⁵ことも指摘される。

ところで、当初、①対抗関係論の代表的学説は、目的効果基準が適用されず総合的判断が行われた「背景には、政教分離原則違反の状態を解消するための行為に目的効果基準を機械的に適用すれば、地域住民の信教の自由に著しい不利益を与える行為(神社施設の撤去)以外、解決の途が塞がれてしまうとの懸念がある」⁸⁶としていた。これを、孔子廟判決を受けて、「政教分離原則と信教の自由とが相剋する事案」⁸⁷として、より一般的に捉えるのであるならば、それは、①目的効果基準と総合的判断が併存するとみて両者の「使い分け」を考えるというよりも、⑦目的効果基準は事実上失われたとみる学説に接近することになるのではないかと解される。

2 特定の宗教に対する特別の便益の提供

改めて判例を検討するならば、総合的判断を行った諸判決に共通してみられるのは、〈特定の宗教に対する特別の便益の提供〉あるいはそれに類する文言である。

(1) 空知太判決の事案

まず、空知太判決においては、「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に宗教的施設を設置させ、本件氏子集

⁸⁵ 坂田・前掲論文(註9)64頁註36。「是正措置の合憲判断を導くためには、事案に応じた考慮要素を抽出した上での総合的判断がふさわしいという側面がありうるとしても、必ずしも目的効果基準を否定する根拠とはならない」(同頁)とされる。

⁸⁶ 長谷部・前掲論文(註49)106頁。土井真一＝蟻川恒正＝長谷部恭男＝大沢秀介＝川岸令和＝宍戸常寿「〈座談会〉日本国憲法研究13違憲審査制と最高裁の活性化」論ジュリ2号(2012年)188-189頁[長谷部]参照。

⁸⁷ 長谷部恭男『憲法〈第8版〉』(新世社・2022年)205頁、同『憲法講話——24の入門講義〈第2版〉』(有斐閣・2022年)85頁。

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」⁸⁸との判示がある⁸⁹。

「便益」は、憲法89条の文言ではあるが、89条に関わる従来の政教分離関係の判例において〈特定の宗教に対する特別の便益の提供〉に言及された例は見当たらない⁹⁰。この表現は、空知太判決、富平判決、孔子廟判決、孔子廟撤去訴訟判決のいずれにもみられ、そして（後続する訴訟の下級審判決において引用されていることを別とすれば）この4判決においてだけ登場する。

空知太判決の調査官解説が総合的判断の選択される事案の特徴としていた継続性という要素は、この〈特定の宗教に対する特別の便益の提供〉には明示的には現れていないようにもみえる。しかし、「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な態様」を考慮して、「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」と判断したのであれば、「特別の便益」と評価するなかに継続性の要素が取り込まれていると解することができる⁹¹。

⁸⁸ 下線は齊藤。以下、同じ。

⁸⁹ 空知太判決の藤田補足意見も、憲法89条の「定める政教分離原則に違反するか否かの問題は、必ずしも、問題とされている行為によって個々人の信教の自由が現実侵害されているか否かの事実によってのみ判断されるべきものではないのであって、多数意見が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てもやむを得ないものである」と述べるのは、このような意味において正当というべきである」として、この判示部分を引用している。

⁹⁰ 空知太判決の下級審（札幌地判18・3・3民集64巻1号89頁、札幌高判19・6・26民集64巻1号119頁）には、最高裁判決の「特別の便益」とは異なるが、「特定の宗教に特別の便宜与え」との文言がある。

⁹¹ 換言すれば、〈特定の宗教に対する特別の便益の提供〉が「継続的」に行われている場合に総合的判断が選択される、ということではないと解される。今のところ、総合的判断が行われた諸判決においては、国家と宗教の「継続性」を有するかわり合いが〈特定の宗教に対する特別の便益の提供〉の問題とされ

後の空知太2次上告審判決（最判平24・2・16民集66巻2号673頁）が「本件氏子集団が市有地の一部である本件賃貸予定地において本件鳥居及び本件祠を維持し、年に数回程度の祭事等を今後も継続して行うことになるとしても、一般人の目から見て、市が本件神社ないし神道に対して特別の便益を提供し援助していると評価されるおそれがあるとはいえない」としていることをみても、「継続して行うこと」（継続性の要素）が「特別の便益」に取り込まれていると解することができそうである。

（2）富平判決の事案

富平判決にも、「本件各土地が市の所有に帰した経緯についてはやむを得ない面があるとはいえ、上記行為をそのまま継続することは、一般人の目から見て、市が特定の宗教に対して特別の便益を提供し、これを援助していると評価されるおそれがあった」という判示がある。

従来、富平判決の事案は、土地の譲与という「1回の作為的行為」であると理解され、それにもかかわらず総合的判断が行われたことをどのように説明するかが、目的効果基準と総合的判断の「使い分け」を唱える場合の難所とされていた。

富平判決は、「本件譲与は、本件各土地の財産的価値にのみ着目すれば、本件町内会に一方的に利益を提供するという側面を有しており、ひいては、上記地域住民の集団に対しても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ところである」としている。つまり、「譲与」という「行為」の特定性あるいは継続性が問題なのではなく、「神社敷地の無償使用の継続を可能にする」ことによる〈特定の宗教に対する特別の便益の提供〉の存否が問題なのである。

富平判決では、神社敷地としての公有地の無償提供を「継続すること」が、〈特定の宗教に対する特別の便益の提供〉に当たるおそれがあるとともに、違憲の「おそれのある状態を是正解消する」ための「譲与」も、「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」ことに

ている。しかし、〈特定の宗教に対する特別の便益の提供〉が問題となるのが、かわり合いの「継続性」がある場合に限られるのかは不明である。なお、小泉洋一「判批」民商143巻1号（2010年）66頁参照。

なるため、総合的判断がなされたと解することができそうである。

このように、富平判決の事案も、〈特定の宗教に対する特別の便益の提供〉が問題となりうるものであったと位置づけることができる。〈特定の宗教に対する特別の便益の提供〉の懸念が、目的効果基準ではなく総合的判断を用いることにつながるとすれば、目的効果基準と総合的判断の「使い分け」を論じる見地においても、富平判決で総合的判断がなされたことを十分説明可能となり、富平判決の居場所が確保される。

(3) 孔子廟判決の事案

孔子廟判決にも、「本件免除は、一般人の目から見て、市が参加人の上記活動に係る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といえる」との判示があり、〈特定の宗教に対する特別の便益の提供〉という定式が登場する。孔子廟判決においては、「免除の対象となる公園使用料相当額が年間で576万7200円」という高額であり、しかも「建物等が存続する限り更新が繰り返され」、「継続的に……同様の利益を享受することとなる」という事情が、〈特定の宗教に対する特別の便益の提供〉として問題とされたと解される。

ここでも、公園使用料の「免除」という特定の行為に注目する⁹²のではなく、無償貸与の長期継続という〈特定の宗教に対する特別の便益の提供〉の存在が問題になっていると解されるのである。そのように解すれば、総合的判断が適用条文に依存して選択されるものではないことが明らかになる⁹³。しかも、継続性の要素は、「過去実績のみならず、将来

⁹² 江藤祥平「孔子廟違憲判決批評」判時2485号(2021年)3頁。

⁹³ 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」法教490号(2021年)70頁は、「本判決が判断枠組みとして「総合判断」を用いたのは、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から」として、「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。受益団体の性格を問うことなく、「総合判断」で公有地の無償提供の合憲性を問う途を拓いたといえようか」とする。この見解は、「利益提供の継続性に焦点を当てた点」に空知太判決と孔子廟判

の予測も含むことが示された」⁹⁴といえる。

孔子廟撤去訴訟判決では、〈特定の宗教に対する特別の便益の提供〉に繰り返し言及されている。

ところで、孔子廟撤去訴訟判決は、「市は、本件施設の歴史的、文化的価値、さらにはこれらを背景とする観光資源としての意義に着目し、本件公園の都市公園としての機能を増進し、地域の振興やまちづくりの実現等を図るという世俗的、公共的な目的から、本件施設に係る各公園施設設置許可をしてきたものというべきであり、その目的が宗教的意義を有するものとはいえない」とするとともに、「市長が本件設置許可をし、これに基づき市が本件土地を本件施設の敷地としての利用に供していることは、一般人の目からみて、市が本件施設における参加人の活動に係る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るものとはいえない」としている。

孔子廟判決によって公園使用料の全額免除の処分が取り消されたことによって〈特定の宗教に対する特別の便益の提供〉が解消されるとみられる状況で、そうならば公園への施設の「設置許可」という特定の行為が主たる問題となる。いわば、総合的判断が必要とされる状況から目的効果基準によって判断しうる状況への移行期の事案とみることもできるかもしれない⁹⁵。

以上のように、総合的判断が行われた4判決を通覧すると、宗教とのかかわり合いをもたらす「特定の行為」が問題となる場合は目的効果基準が用いられ、〈特定の宗教に対する特別の便益の提供〉が疑われる場合は総合的判断がなされるものと考えられる。「譲与」「使用料免除」「設置許可」といった「特定の行為」があるとみえる場合でも、〈特定の宗教に対する特別の便益の提供〉が疑われる事案では、総合的判断が求め

決の「連続性」を見出していること（同71頁）が注目されるが、富平判決の位置づけが必ずしも明確ではないようにみえる。

⁹⁴ 赤坂・前掲論文（註2）143頁。

⁹⁵ あるいは、施設の設置許可に基づき市が公園の土地を施設敷地としての利用に供していることについて、なお〈特定の宗教に対する特別の便益の提供〉に該当するか否かの判断を要すると解されたのかもしれない。

られると解される⁹⁶。

継続する「便益の提供」としての〈特別の便益の提供〉がある場合に、目的効果基準では判断が難しく、総合的判断が必要になる事情は、空知太判決の調査官解説が述べるところ⁹⁷が当てはまるであろう。

3 関連判例との平仄

(1) 公有地の提供に関する諸判決

目的効果基準と総合的判断の「使い分け」を考える場合には、公有地の提供という点では総合的判断が行われた諸判決と類似すると考えられるかつての事案で、目的効果基準が用いられていることが問題となる⁹⁸。

そこでの問題の構図は、①宗教性が疑われる行為に関わって、②公有地の提供が行われていると捉えることが可能であろう。そして、大阪地蔵像訴訟判決（最判平4・11・16判時1441号57頁、以下では「地蔵像判

⁹⁶ 空知太判決は「市が市有地を神社物件のために無償で提供し続けていることを利用提供「行為」と呼んでおり、本件で問題となっているのが、何らかの意味での「行為」であることは疑われていない」（片桐・前掲論文（註8）74頁）との指摘もある。そのように説明できる要素を含む事案であったとしても、前述のように、判断にあたって、従前の「宗教とのかかわり合いをもたらし行為」という定式を「宗教とのかかわり合い」に変えていることにも留意すべきであろう。

⁹⁷ 「継続中に旧来の社殿や鳥居の取壊し、……土地の取得などといった大きな事情の変化があり、本件各土地上で行われてきた宗教的行為の態様やこれに対する町又は市の対応も必ずしも一様であったわけではない」のであって、「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った問題に直面せざるを得ない」ことになる。他方、このような継続的なかわり合いの「憲法適合性について、従来の沿革や利用の態様等を一切無視して、単に口頭弁論終結時におけるYの目的や住民に対する効果のみを審査すれば事足りるとするのは、いかにも安直かつ軽率な憲法審査とのそしりを免れない」と懸念されるのである（清野・前掲判解（註54）40-41頁）。

⁹⁸ 坂田・前掲論文（註9）60-61頁。

決」という)も箕面忠魂碑訴訟判決(最判平5・2・16民集47巻3号1687頁、以下では「忠魂碑判決」という)⁹⁹も、①は憲法20条3項の問題として目的効果基準によって判断され、②はいずれも公有地提供の相手方が宗教団体ではないことから、89条違反・20条1項違反の問題が生じないとされて、〈特定の宗教に対する特別の便益の提供〉も問題とされることがなかったものと考えられる。

地蔵像判決の事案は、①市営住宅の建て替え事業に際して、地元の町会の希望に応じて地蔵像の建立等を認め、②町会に市有地を無償貸与したものである。判決は、「大阪市が各町会に対して、地蔵像建立あるいは移設のため、市有地の無償使用を承認するなどした行為」という特定の行為について、目的効果基準によって判断したと解される。そこでは、「右事実関係の下においては、大阪市が各町会に対して、地蔵像建立あるいは移設のため、市有地の無償使用を承認するなどした行為は、その目的及び効果にかんがみ、その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、憲法二〇条三項あるいは八九条の規定に違反するものではない」とする簡略型の判断がなされている。その際に、本件各町会は「いわゆる町内会組織」であって「宗教的活動を目的とする団体」ではないから、憲法89条違反の問題は生じないことが前提とされている。

最高裁は、事案(政府の関与の対象)の宗教性が低いことが明らかであると解された場合には、目的効果基準による判示を簡略なものにとどめていとみられる。そうした判例を前提に、国家と宗教の「かかわり合い」があるかの審査と、「かかわり合い」が相当とされる限度を超えるかの審査という2段階を区別すべきとし、1段目の審査で「かかわり合い」が弱いあるいは間接的とされると、2段目の審査の密度が低下したり形式的なものにとどまるとの指摘がある¹⁰⁰。地蔵像判決では、国家

⁹⁹ 控訴審から併合審理された慰霊祭訴訟に関しては、省略する。

¹⁰⁰ 渡辺はか・前掲書(註28)194-195頁・197頁・199頁[渡辺]。これには、西村・前掲論文(註33)272頁註13や穴戸・前掲論文(註8)134-135頁のような指摘もあるが、渡辺・前掲書(註13)364頁参照。

と宗教の「かわり合い」が否定的に捉えられたため、目的効果基準による判断が簡略なものになったと解される¹⁰¹。

忠魂碑判決では、④小学校の増改築のため地元の戦没者遺族会の維持・管理する忠魂碑を市有地に移設し、⑤敷地を遺族会に無償貸与したことが、憲法20条3項に違反しないとされた。

本件では、①代替地の購入、②忠魂碑の移設・再建、③敷地の無償貸与という各行為について、①～③に関わる「特定の行為」は、目的効果基準によって憲法20条3項の問題として扱われている¹⁰²。他方、①～③から継続的な便益の提供が問題となるようにもみえるが、本件忠魂碑はいわゆる「村の靖国」とみることはできないとされ、また、本件忠魂碑を所有・維持管理している「市遺族会」は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」のいずれにも該当しないとされたこともあり¹⁰³、〈特定の宗教に対する特別の便益の提供〉が問題とされなかったと解される¹⁰⁴。

¹⁰¹ 「地蔵像の宗教性が希薄であることから、最高裁は目的・効果基準をきちんと適用しなかったと思われる」(榎・前掲論文(註36)117頁)。

¹⁰² ここでの判断は典型的な簡略型ではないが、「本判決は、忠魂碑の性格を記念碑的なものと見ることでほぼ結論が決まり、そのため、目的的判断については行為者の主観的意図のみを語り、効果の判断も実質がないなど、目的効果基準の適用はごく形式的なものにとどまっている」(常本・前掲論文(註4)22-23頁)との評価もある。松井・前掲論文(註3)24-25頁も参照。他方で、「忠魂碑を村の靖国ではないとした上で目的効果基準を適用していることから、一見形式的な適用の例に含まれるようにもみられる。しかし、この訴訟では、大阪地蔵像訴訟とは異なり、忠魂碑と神道との結び付きが実質的に争われていたことからみて、目的効果基準を神道という特定の宗教との関係に限定して注意深く適用した例とみることが可能であろう」(LS憲法研究会編・前掲書(註11)83-84頁[大沢])ともいわれる。

¹⁰³ なお、大石眞『権利保障の諸相』(三省堂・2014年)340頁以下。

¹⁰⁴ なお、箕面市が市戦没者遺族会に補助金を支出したことの合憲性が争われた最判平11・10・21判時1696号96頁では、市遺族会が「宗教団体」「宗教上の組織若しくは団体」に該当しないとされることから、目的効果基準による判断が簡略型になっている。

(2) 不真正の89条事案

現行法上、日本国憲法における政教分離の実効的な違憲審査は、地方自治法の住民訴訟制度を利用して行われることになる。そのため、「憲法89条違反が問題となるのは自然」¹⁰⁵とされる¹⁰⁶。

地鎮祭判決や玉串料判決においては、憲法89条の問題は付随的・間接的なものであったと考えられる。つまり、政教分離を問題とすべき本来的行為があり、それに対する公費支出を独自に論じる意義は小さい事案であったということが出来る。玉串料判決が89条違反についても20条3項違反と「同様の基準によって判断しなければならない」と判示したことも、不真正の89条事案であることを前提としたものと解されるのではなかろうか¹⁰⁷。

これに対して、稲荷神社参道判決(最判昭63・12・16判時1362号41頁)は、真正の憲法89条事案について、目的効果基準を適用せず、簡略型の判断を行ったものと解することができるかもしれない。

(3) 白山判決

白山判決においては、市長が「発会式に出席して祝辞を述べた行為」は、「市長としての社会的儀礼を尽くす目的で行われたものであり、宗

¹⁰⁵ 吉崎・前掲論文(註16) 151頁。

¹⁰⁶ 「政教分離規定違反が住民訴訟で争われる場合には、……憲法89条前段と20条3項後段が同時に問題になり得る事例が多い」が、それらの「20条3項と89条前段が同時に問題となる事例では、判例は公権力の行為が「宗教的活動」に該当するかどうかを判断し、その結論に89条前段に違反するかどうかを従わせてきた。具体的には、20条3項違反を否定した上で、ほぼ独自の理由づけを行わないまま89条前段違反も否定するか……、実質的には20条3項に違反しないことを理由に89条前段違反もないとするか……、あるいは、20条3項違反を認めることで自動的に89条前段違反も認める」かであったとされる(宍戸・前掲論文(註8) 138頁)。

¹⁰⁷ 玉串料判決は、「憲法89条および20条1項後段が規定する、国家による宗教団体への援助が問題になった事案」とみることもできるが、「玉串料等の奉納はそれ自体が宗教的行為としての支出であることから、最高裁は公金支出を主に国家の宗教的活動として扱ったと説明できるかもしれない」(西村・前掲論文(註8) 148頁)と評されるのも、同様の趣旨と解される。

教的色彩を帯びない儀礼的行為の範囲にとどまる態様のものであって、特定の宗教に対する援助、助長、促進になるような効果を伴うものでもなかったというべき」であるから、「これらの諸事情を総合的に考慮すれば」、市長の行為は、「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に違反するものではない」と判断された。この白山判決は、地蔵像判決と同様、簡略型の目的効果基準で判断されているものと解される¹⁰⁸。

白山判決の「これらの諸事情を総合的に考慮すれば」という件から、総合的判断を行っていると解する学説が散見される。しかし、目的効果基準による判断の結論を示す部分では、地鎮祭判決も「以上の諸事情を総合的に考慮して判断すれば」といい、玉串料判決も「以上の事情を総合的に考慮して判断すれば」としている。白山判決は、地鎮祭判決、忠魂碑判決、玉串料判決のように目的効果基準が本格的に用いられる場合とは異なり、簡略型のため、目的・効果への言及と一体的にみえてしまうのかもしれない。しかし、白山判決は、特定の行為について目的効果基準で判断したものと解され、総合的判断と混淆すべきではない。

目的効果基準と総合的判断の「距離に対する最高裁の意識」について論じた見解¹⁰⁹は、地鎮祭判決にも玉串料判決にも「諸事情を総合的に考慮して判断」という言及があり、目的効果基準も一種の総合的判断であった、というような粗い議論を厳しく批判する。すなわち、目的効果基準は、「考慮における総合」としての総合的考慮であり、考慮要素（諸般の事情）を総合的に考慮した上で、判断要件（目的・効果）に照らして合憲・違憲を決する「要件審査型」の判断枠組みであるとされる。それ

¹⁰⁸ 「大阪地蔵像訴訟最高裁判決と同様の型とも言える」（榎・前掲論文（註36）137頁）。白山判決で「目的効果の審査が形式的にとどまったのは、「かかわり合い」の対象である発会式に宗教的色彩がなく、「かかわり合い」の態様も「儀礼的行為の範囲」だ、とされたためである」（渡辺・前掲書（註13）361頁）とされる。

¹⁰⁹ 蟻川恒正「政教分離規定「違反」事案の起案(1)」法教434号(2016年)111頁以下。

に対して、空知太判決等の総合的判断は、「判断における総合」であって、考慮要素（諸般の事情）を総合的に考慮した上で、判断要件に照らすことなく合憲・違憲を決する「事情考慮型」の判断枠組みであるとされるのである¹¹⁰。

4 目的効果基準を維持する意味

(1) 総合衡量の拡大の抑制

目的効果基準と総合的判断の「使い分け」がありうるとしても、そのようにして目的効果基準を維持することに意味があるのかが問われるであろう。

まず、総合的判断という名の総合衡量がもたらす、判断のブラックボックス化が及ぶ領域を限定することが求められる。総合的判断における考慮要素を類型化によって統制するための具体的提案が学説に不足している現況では、宗教とのかかわり合いをもたらす国家の「行為」が問題となる事案には、従来どおり目的効果基準を用いることを求めて、総合衡量に委ねられる領域の拡大を抑制することが肝要である¹¹¹。

¹¹⁰ ここまでの整理には首肯しうが、この先で論者は大きく舵を切り、「重要な考慮要素」の設定によって最高裁は自らの衡量判断に自己拘束を行っている」と論じる。すなわち、総合的判断は、「重要な考慮要素」の設定により、総合的判断が孕む自由な利益較量の性格を多少とも抑制しようと努めるものとされる。他方で、目的効果基準も、諸般の事情の例示が「重要な考慮要素」の検討に対応するかたちで要件審査が相対化しており、実質的には総合的判断と径庭ないものとされる。その結果、2つの事案類型（宗教性が問題となる行為を政府自身がした事案には目的効果基準、宗教性が問題となる施設の無償・低負担の利用に政府が関与した事案では総合的判断）が区別されているものの、結局のところ、③総合判断本来論に合流する結果となっているようにみえる。

¹¹¹ 「総合的な判断を行う場合にその考慮要素が多様であればあるほど、それらの各考慮要素のもつ個別の意味が失われ、総合的に判断すると結論的には明白な宗教性を把握することが困難となる」、また、「本来的には目的効果基準を具体的に適用するための諸判断要素にのみ注目することは、憲法判断の枠組みの審査基準としての明確性を失わせることになるおそれがある」との懸念（LS憲法研究会編・前掲書（註11）96頁〔大沢〕）が示されている。また、訴訟代理人

孔子廟判決の調査官解説は、「事案によっては、引き続き目的及び効果が違憲審査の際の主要な着眼点となる場合がある」が、それは「総合判断の枠組みの中で、目的及び効果を主要な着眼点の一つとして考慮するという方向性」を示しているとする¹¹²。これは、総合的判断のなかに目的効果基準を溶解するものであって、⑧総合判断本来論の代表的学説にも通じる思考と解される。この流れを汲んで、⑦目的効果基準は事実上失われたとみる学説に与する見解も増えているようにみえる。

しかし、このような考え方は、行為の目的・効果について、〈考慮してもよい〉ということと¹¹³、〈考慮しなければならない〉ということの区別を見失っているのではないかと懸念される。

判断の考慮要素ないし着眼点を裁判所が事案に応じて自由に取捨選択でき、選択の理由も、選択したものの相互関係や重みづけも説明することなく判断結果だけを示せばよいとすれば、ブラックボックスやフリーハンドを得るには好都合であろう。学説は、一般に、そのような総合衡量のあり方を批判してきたはずであって、そのことと包括的に総合的判断に委ねようとする事との平仄が問われるのではなかろうか。

学説が、従来の判例を整合的に説明できるかたちで事案の類型化を行い、それぞれの類型における考慮要素を示して、判断のあり方を統制することに成功するならば、その全体を総合的判断という柔軟な枠組みと

の一人は、「空知太神社事件の上告審で住民側は前記三人の裁判官 [= 高橋久子、園部逸夫、尾崎行信] の意見を基軸とする主張を展開した」が、最高裁は目的効果基準を採用しなかったものの「その代わりに極めて問題の多い「総合判断」という考え方を採用した」とし、「これでは判断過程が不透明にならざるを得ない。目的と効果というそれなりの要件を外し、……あとは事案ごとにに応じて設定される事情を総合的に考慮するというのでは、政教分離規定の文理を離れて、合憲か違憲かを判断することが可能となる。総合判断は、憲法の明文規定の規範力を著しく減弱させる」と批判している（中島光孝「那覇市・孔子廟訴訟」最高裁大法廷判決の問題点」法民557号（2021年）39-40頁）。なお、林・前掲論文（註14）105頁。

¹¹² 高瀬・前掲判解（註8）45頁。

¹¹³ ⑦の学説は、「現在では「目的及び効果」は、総合判断を行うための「着眼点」として、必要となき時に現れる（いつ現れるかは事案次第）にすぎないものと考える」（坂田・前掲論文（註51）44頁）ことになる。

して説明することも許されるかもしれない。しかし、そのための具体的提案が十分奏功していない現状では、総合的判断とは異なる既存の判例の維持を求めることで総合衡量の拡大を抑える方策もあろう¹¹⁴。

(2) 政教分離についての違憲審査のあり方の説明

学説は、一般に、政教分離をめぐる「厳格な分離」を求め¹¹⁵、最高裁による目的効果基準の運用が「緩やかな分離」をもたらすと批判し、アメリカの判例における厳格な判断を参照すべきことを唱えたものの¹¹⁶、政教分離をめぐる違憲審査の厳格度について、十分な理論的根拠を示していないのではないかと懸念される¹¹⁷。そうであるとすれば、そ

¹¹⁴ 学説が、目的効果基準によって判断されていたような事案を類型化して、そこでの必須の考慮要素を提示することに成功したならば、それは、目的効果基準を維持することと径庭ない結果とならないであろうか。なお、佐々木・前掲論文（註44）411頁参照。

¹¹⁵ 学説が厳格な政教分離を唱えるに至る経緯を分析するものとして、佐々木弘通「厳格な政教分離」学説の再構築に向けて——アメリカ法の摂取の仕方についての批判的考察(1)」成城62号（2000年）1頁以下。また、同・前掲論文（註44）は、「目的効果基準の運用が厳格かどうかに関心を集中させるという特徴は、芦部信喜氏の提唱に発する現在の通説に由来すると見て間違いあるまい」（397頁）としつつ、「そのような政教分離判例の憲法判例研究の特徴は、芦部説の表層のみが固定化し、その深層を忘却したところに生じているのではないか」（397頁）と問題提起し、そして、「『基準』の厳格な運用」説が最初に本格的に打ち出されたのが、抽象的に理論を提示するようなアカデミックな場ではなく、〈首相の靖国神社公式参拝の憲法適合性〉という具体的事案を前にした、（裁判でなく政治の現場だとはいえ）きわめて実践の現場であったこと」（407頁）に注意喚起している。

¹¹⁶ 「アメリカにおける絶対的分離論と相対的分離論との対立は、我が国における政教分離原則についての厳格な分離論とゆるやかな分離論の対立とは、かなりレベルを異にした論争である」（戸波江二「政教分離原則の法的性格」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）539頁）との指摘もなされていた。なお、アメリカの判例理論の展開について、野坂・前掲論文（註17）206頁以下。

¹¹⁷ 問題設定として、「絶対的分離（厳格な分離）か相対的分離（緩やかな分離）か」という「分離の程度」をめぐる「量的な問題」として扱うことは、「問題の

これらの論点も踏まえて「それなりに構造化されている」¹¹⁸と解される目的効果基準の維持・改善を図ることも考えられるのではなからうか。

通説的な説明では、「厳格な分離」の語は、国家と宗教の関係についての比較法的な分類において、英独などに対する意味で用いられることから出発する¹¹⁹。しかし、それは、違憲審査の厳格度の説明に直結するものではないであろう¹²⁰。

過去の反省を踏まえて憲法に政教分離に関する明文が置かれている以上、その要請は厳格に実現されるべきといわれるかもしれない。しかし、政教分離の違憲審査が実効的に行えているのは、法律によって住民訴訟の制度が設けられていたからであろう。住民訴訟制度の設置は憲法が要請しているものとはいえないし、歴史的経緯に基づく要請からすればより重要であるはずの、中央政府の構成員による靖国神社参拝等については、制度的に行く手を阻まれ、政教分離についての十分な違憲審査は期

解明に資するところが少ない」とされ、「様々な局面の質的な差異に応じて、我々の判断を合理的に導いてくれる理論や審査基準」が必要であるとされる(林・前掲論文(註24) 117頁)。

たとえば、憲法が「一切の表現の自由は、これを保障する」として、表現の自由の完全な保障を理想としていたとしても、現実には、他者の人権との衝突等があり、表現の自由の保障は制限を受け、その限界を裁判所が判断する基準が必要となる。また、職業の自由の規制について裁判所が踏み込んだ違憲審査ができないとしても、それは、憲法が職業の自由を限定的にしか保障しない趣旨であることを意味しないはずである。つまり、憲法による保障の理念や内容とは別に、学説は、付随的審査制における違憲審査の厳格度を検討してきたはずである。ところが、学説は、政教分離についてのそうした検討を十分に行っていなかったのではなからうか。「政教分離原則はそれ自体として厳格に解釈されなければならない」ことと、「政教分離原則に違反するかどうか厳格に判断される必要がある」こととを区別して論じる学説(小泉・前掲論文(註31) 75頁)もあるものの、両者を区別して(とりわけ後者の論拠を)意識的に論ずる憲法学説は、必ずしも一般的ではないようにみえる。

¹¹⁸ 長谷部恭男編『注釈日本国憲法(2)』(有斐閣・2017年) 322頁[駒村圭吾]。

¹¹⁹ たとえば、芦部[高橋補訂]・前掲書(註18) 171-172頁、高橋・前掲書(註19) 205頁。

¹²⁰ 関連して、「信教の自由の保障という目的が、本当に厳格な政教分離を基礎づけるかは疑問の余地がある」(林・前掲論文(註24) 116頁)とされる。

待できないことになっている¹²¹。この状況が日本国憲法の制度設計によるものであるならば、憲法が当然に政教分離についての厳格な違憲審査を求めているとは説明しにくいことになる¹²²。

さらに、学説においては、政教分離が人権規定であることを否定し、政教分離は信教の自由の間接的保障と位置づけるのが一般的である。そのこと自体を批判するものではないが、それらは、違憲審査の厳格度を弱める方向に働きうる要素ではなかろうか。政教分離は制度的保障ではなく客観法であると説明するにしても、そのことから直ちに違憲審査の厳格度を高める根拠が導かれるであろうか。

政教分離が原則であって、その要請が緩和されるのは例外にとどまるはずであるのに、最高裁による目的効果基準の運用は原則と例外を逆転させている、という批判もしばしば行われる。しかし、原則と例外の関係があるとしても、例外の許容をどの程度厳格に行うかは別問題である¹²³。学説は、政教分離の例外は限定的であるはずと期待するばかりで、例外の許容は厳格に行うべきとする根拠を明確にしていなかったと解される¹²⁴。

学説は、政教分離（その違憲審査）が厳格に行われるべき根拠を理論

¹²¹ なお、LS 憲法研究会編・前掲書（註11）65-66頁〔赤坂正浩〕、戸波・前掲論文（註116）546-550頁参照。

¹²² しかも、学説は、かつて、客観訴訟における違憲審査の根拠と限界を論じていた。

¹²³ 芦部・前掲書（註69）119頁は、「原則禁止、例外許容と言う場合の例外の判断をいかに行うのか、という点も具体的にはかなり問題になるのではなかろうか」として、いくつかの例を挙げている。

¹²⁴ 「学説は原則許容論への批判に加えて政教分離原則の厳格度を問題としてきた。学説においても完全分離を主張するものはほとんどなく、相対分離（限定分離）を前提としたうえでの厳格分離の主張が多数説といえる」けれども、「厳格分離の根拠として、かつては、分離が厳格であることが信教の自由の保障を確実にするという素朴な想定があったが、そう単純ではない」とされる（山本・前掲論文（註31）174-175頁）。玉串料判決の高橋意見・尾崎意見についても、目的効果基準に替わりうる判断基準が示されているかには、つとに疑問が呈されてきた。たとえば、常本・前掲論文（註4）27頁、LS 憲法研究会編・前掲書（註11）89-90頁〔大沢〕、吉崎・前掲論文（註2）87-88頁参照。

的に示さないまま、政教分離違反の判断がなされれば「厳格な分離」が実現されたと捉え、政教分離違反の疑いに合憲の判断が下ると「緩やかな分離」を認めたものと批判していたのではなからうか。総合的判断について、目的効果基準よりも厳格な違憲審査につながるとの評価もみられる¹²⁵。しかし、そこでも、総合的判断を行った空知太判決と孔子廟判決で違憲の判断がなされたということ以上には、目的効果基準よりも違憲審査の厳格度が高まるとみられる根拠、また、総合的判断が行われる場面で厳格な違憲審査が求められる理由は、必ずしも十分に論じられていないと解されるのである¹²⁶。

政教分離の違憲審査の主戦場である地方公共団体が首長制・二元代表制であることも考慮すれば、地鎮祭判決が指摘するように、民主的に決定された事項について、それが直ちに個人の信教の自由を侵害するものではない以上、裁判所としては一定の尊重が求められる可能性もある

¹²⁵ たとえば、空知太判決について、「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、……憲法89条との抵触が問題となる行為である」として「国家行為の違憲性を推定するという基本的な考え方」から導き出される総合的判断は、「国家と宗教とのかかわり合いを原則違憲」として「違憲性を緩和する要素がある限り合憲となる」とするもので、「目的効果基準よりも厳格な判断方法であり、また客観的で明確な判断方法である」と評される（小泉・前掲論文（註91）61-62頁・65頁）。これに対しては、「89条で特に重要となる「宗教上の組織若しくは団体」として氏子集団をやや強引にそれに当たると判断しているとすれば、本件での宗教性は明白とはいえず、厳格に合憲性を判断する事例であったかについて説得力を欠くということである。あえて目的効果基準という包括的な基準に代えて、厳格な判断をするために行為特定の基準を新たに本件でとる必要はなかったのではないか」（LS 憲法研究会編・前掲書（註11）96頁 [大沢]）との疑問や、「空知太神社事件において合憲判断を示した堀籠幸男裁判官も判断枠組みそれ自体には異を唱えていないことからすれば、総合的判断の枠組みそれ自体が厳格なものであるとか、違憲性の推定が及んでいるという評価は必ずしもできない」（坂田・前掲論文（註9）63頁）との批判も示される。

¹²⁶ 逆に、「総合判断基準は厳格審査とだけ結合するわけではない」（榎・前掲論文（註36）133頁）とか、「『総合的判断』の手法それ自体は中立的なものであり、場合によって厳格に機能したり、そうではなかったりするもの」（渡辺・前掲書（註13）356頁）との指摘がある。

う¹²⁷。地鎮祭判決が目的・効果の「判断に際しては、「一般人の意識」が標準となる」とするのは、「社会生活における国の行為の限界の問題であるから当然に一般人の見解を考慮に入れるべきである」ことに基づくと解される¹²⁸。しかし、学説においては、「一般人の評価」や「社会通念」の強調は「一歩間違えば人権の保障において絶対に避けるべき多数決主義に陥る危険性をはらんでいる」こと¹²⁹への関心が強く、判例の問題意識に対して学説からは十分な説明がなされていないようにみえる。

(3) 違憲審査の厳格度を担保する目的効果基準の構造

地鎮祭判決、忠魂碑判決、玉串料判決のように目的効果基準が本格的に用いられる場合には、目的効果基準と考慮要素の提示の後に「諸般の事情を考慮し、社会通念に従つて、客観的に判断しなければならない」と判示されるのが通例である。

従来の学説は、目的効果基準を用いた判例について、**A**基準の提示部

¹²⁷ 地鎮祭判決に関して、「政教分離においては、信教の自由をより一層確実なものとするために、法的判断という形で厳格分離を裁判所が進めるのがよいのか、それとも、それぞれ異なる文化的・歴史的の文脈を持つ地方・地域において、その文脈を保持することも断ち切ることも、「彼ら」自身が決めるのがよいのか。後者においては、民主政の質が問われることになる。本件支出は予算案に計上され、市の議会で可決されており、ひとまず形の上では、皆の間で公に議論された結果である」(山本龍彦ほか編著『憲法判例からみる日本——法×政治×歴史×文化』(日本評論社・2016年)138頁註57[石塚壮太郎])との指摘もある。

¹²⁸ 常本・前掲論文(註4)21頁。「宗教的少数者がその宗教的確信に基づき違和感をもつような事柄に国家はかかわり合うべきではないとする見地に立つて、少数者の違和感を基準とすべきであるという見解」を徹底すると、「国民の一人でも違和感をもつような事柄には国家がかかわり合いをもつべきではないということにならざるをえないが、そのようなことになれば、国家の諸活動は極めて大きな制約を受けることとなり、国民の社会生活上多大の不合理を生ずることになる」(越山安久・最判解民事篇昭和52年度228頁)とされる。

¹²⁹ 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」別冊法教『憲法の基本判例(第2版)』(1996年)68頁。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。

分で「社会通念」への言及を重大視するとともに、「諸般の事情の総合考慮こそが判例の判断基準の本体部分」¹³⁰であるとして、「客観的に判断」という要請を等閑視し¹³¹、●判断を示す部分の「諸事情を総合的に考慮して判断」を総合的判断と同視していた¹³²と解される。●についてはすでに論じたので、以下では▲の問題を扱う。

学説においては、地鎮祭判決を市長以下の関係者の主観的意識に基づいて合憲と判断したものと批判し、玉串料判決を県知事の行為を客観的評価に基づいて違憲と判断したものとして高く評価するのが一般的であったと解される。しかし、目的効果「基準の適用においては、行為の目的は行為者の意識において宗教的意義が認められるかが決め手となっているが、その意識の判断は、特段の事情のない限り、一般人の意識に従って行われる」¹³³ことは、地鎮祭判決・玉串料判決に共通している¹³⁴。

¹³⁰ 野坂・前掲論文（註42）287頁、同・前掲論文（註17）219頁。

¹³¹ たとえば、「空知太判決の「総合的に判断」という部分は、先例では「客観的に判断」とされていた。しかし、「客観的に判断」というのがどういうことを求める趣旨であるかは必ずしも明瞭ではなく、具体の憲法判断にあたっては、先例も「以上の（諸）事情を総合的に考慮して判断すれば」と述べるのが通例であった」（野坂・前掲論文（註42）320頁註73）とされる。

¹³² たとえば、空知太判決をめぐる、「津地鎮祭判決でも、まとめの箇所において、「諸事情を総合的に考慮して判断すれば」の語が登場しているので（同旨表現は愛媛玉串料判決および白山比咩神社事件上告審判決のまとめ部分にも見られる。）、この「総合的」判断という点に、従前の判例との違いを見出すことには無理であろう」（大石和彦「政教分離をめぐる最高裁判例について——「目的・効果基準」の実際上の機能と空知太神社事件の位置づけ」白鷗26巻1号（2019年）238-239頁）とされる。

¹³³ 常本・前掲論文（註4）21頁。

¹³⁴ 「人の主観的内心を推し量り宗教との関係で評価することはかなり難しい問題をはらむもの」であり、実際には、「個人が現実にとどのような意図、目的等をもって行為したかではなくて、外形的に現れた行為から見てその意図、目的等に宗教的意義があった、なかったという判断をせざるを得ない」として目的効果基準に疑問を示す見解（宍戸・前掲論文（註8）143頁）もあるが、「当事者の評価ではなく、「一般人の評価」ないし「社会通念」が決め手となるのが判例法理の特徴」であり、「判例が「一般人の評価」というときの一般人は、単純な多数者を意味しない点に注意が必要」とされる（木下編代・前掲書（註5）

学説からは批判の多かった「一般人の意識」に従って判断することは、民主的決定との衝突を回避しながら、自治体執行部の独善的な判断を抑制する機能を有するものであり、これが期待どおりに機能したのが玉串料判決であるといえよう。しかも、「一般人の意識」に従った判断について、裁判所は、「客観的に判断しなければならない」という拘束を受ける。目的効果基準それ自体は、「客観的に判断」ということが「一般人の理解」と相俟って、違憲審査の厳格度を担保する構造となっていると考えられるのである¹³⁵。

170頁〔片桐〕)。

¹³⁵ 地鎮祭判決の調査官解説(越山・前掲判解(註128)225頁)は、日本では国民の「多重信仰」のために「国家と宗教との結びつきを妨げようとする国民の抑止力はそれほど強くなく」、くわえて、「わが憲法における政教分離原則は、単に信教の自由に関連する問題ばかりでなく更に広い範囲の人権の問題を含むものとしてとらえて行く必要がある」けれども、「憲法が国家と宗教との完全な分離を理想としていたとしても、現実の国家制度として、憲法の政教分離規定を理想そのままに実現することができるかどうか」は、「別問題」であるとする。そこで、「国家と宗教とのかかわり合いの限界」を、「いかなる基準によって定めるのか」が問題となるのである(同227頁)。そこでは、目的効果基準を、決して緩やかな基準とは捉えていない。「本件は、かなり習俗化したともみられるいわゆる地鎮祭が取りあげられたため、宗教的活動にあたらないとされたものと思われるが、そうでないような事柄については、……それほど容易に合憲とされるようなことにはならない」(越山安久「津地鎮祭違憲訴訟事件大法廷判決について」ジュリ648号(1977年)59頁)とされていた。

これに関しては、「完全な分離は、望ましいが実際問題として難しいのではなく、完全な分離なるものがいかなる事態を意味するのかがおよそ不明であり、したがって理論上あり得ない」(安念・前掲論文(註21)60頁)として、完全分離の困難性をつとに指摘していた学説の議論も想起されるべきであろう(なお、大石・前掲書(註103)97-98頁)。他方で、「従来の判例の傾向を見ると、「目的は世俗的であるが、効果が特定の宗教を援助・助長・促進する点で、相当とされる限度を超えるかかわり合いである」といった、目的的判断と効果の判断が別々の方向性を示すといったことは現実には想定しがたかった」(宍戸・前掲論文(註8)142頁)との指摘もあるが、「現実には想定しがたかった」という趣旨が、〈実際には生じなかった〉ということか〈論理的にありえない〉ということか、必ずしも分明ではないように解される。

学説としては、従前のように、目的効果基準の適切な運用を求めて、判例の分析・検討を深めていく方がなお存すると考えられる¹³⁶。それが、目的効果基準と総合的判断の「使い分け」を論ずる要諦である。

*引用に際して、原典に付された圈点や下線は（それぞれの文献における用法に相違があることもあり）すべて省略した。

¹³⁶ その意味では、今日も「目的効果基準の意義と限界を再検討することが緊要の課題」（戸波・前掲論文（註116）556頁註2）である。なお、その時点で、すでに類型化の端緒が見出される（同555-556頁註1）。「目的効果基準を基準として使うためには、「かかわり合い」をもつ限り、政教分離原則に反するのであり、例外的に正当化しうるかどうかを目的審査・効果審査により判断するという判断枠組を採るべきなのである。総合判断（それは主観的な直感判断になりやすい）ではなく、判断のプロセスを分節して考察するべきなのである」（高橋・前掲論文（註7）52頁）という箴言は、最高裁の「総合衡量」指向に帰責するのではなく、目的効果基準を総合的判断に溶解しようとしている憲法学説にこそ向けられるべきかもしれない。あるいは、「目盛りが粗い」としても、物差しは使えるときには使ったほうがましというべきであろうか」（常本照樹「政教分離(2)」笹田栄司編『Law practice 憲法(第3版)』（商事法務・2022年）241頁）。