

令和元年予備試験

# 予備受験生フォローアップセミナー

---

2日間・11時間10分にどう挑む!?  
合格に絶対必要な法律論文の書き方

---

辰巳専任講師・弁護士 松永 健一 先生

---

## 辰巳法律研究所

---

TOKYO・OSAKA・KYOTO・NAGOYA・FUKUOKA

# — 目 次 —

- ・ 2016 予備試験スタンダード論文答練（第 1 クール）第 2 回（憲法 2）第 2 問 …… P. 1
- ・ 令和元年司法試験論文式試験公法系科目第 1 問（憲法） …… P. 37

2015. 10. 22 LIVE 実施

2016年 予備試験スタンダード論文答練（第1クール）

第2回（憲法2）第2問より

※問題文・解答例・解説等は，原則として出題当時のまま掲載しております。

【問 題】

B県内にあるY市は、人口約5万人の田園都市である。Y市内におけるS町はわりと古くからある住宅街であり、また、S町内会も古くからある団体であり、S町内会主催のお花見やクリスマス会といったイベントの出席率が高く、その結束も固い。甲氏子集団は、S町内会員により構成され、S町内会に包摂される団体であり、宗教法人であるR神社において地域の親睦を図る行事を神道の方式に則って行うことなどを主たる目的としている団体である。

Y市では、毎年7月の第4日曜日にR神社による五穀豊穰を願う夏祭りが催されており、その祭りにおいては、S町内会の地域住民らが中心となってS町神輿を担いで同市内を練り歩くことが、祭りのハイライトとされている。S町神輿は、同市内を練り歩いた後S町倉庫敷地内にある広場において、R神社から派遣された宮司が五穀豊穰の詔を読み、S町倉庫に収納される。この祭りは江戸時代の飢饉の際に農民が豊作の祈願をしたことが始まりと伝えられるものであり、300年以上の歴史を持つ伝統行事である。S町神輿を20人以上の大人で担いで町中を練り歩く勇壮な姿はテレビで全国放映されるほど知名度のあるものであり、現在では、Y市内のみならず県内外から3万人以上の観光客の押し寄せるY市の夏の風物詩となっている。

S町神輿はS町内会の所有物であるが、夏祭りにおいて年1回しか使わず、また、その形状の大きさのゆえに収納場所を大きくとるため、普段はS町倉庫にしまっている。S町倉庫は、Y市のS町神輿の収納場所として、1890年代には建設され、次いでその5年後にはY市にその敷地の御貸下願が認められて土地が貸し出され、地域住民の有志によって維持・管理されてきた。1950年頃、S町倉庫に隣接するY市立T小学校の増設等のため移転の必要が生じ、地域住民Aが自らの土地を無償で提供してS町倉庫をこれに移転した。もっとも、AがS町倉庫の固定資産税等の諸々の経費を負担する点につき問題が生じた。この問題を解消するため、1955年に、Aは、S町倉庫の敷地（以下「本件土地」という。）の寄付をY市に願い出て、市は土地区画整理事業の一環として当該土地を採納するとともに、Y市議会においてこれをS町倉庫のために無償で使用させる旨の決議を行って、土地の所有権を取得した。本件土地の採納に当たっては、Y市の担当者から信用を置かれている当時のS町内会長Cが働きかけを行い、特に問題が生じることなく順調に話は進んでいき、その際には、S町神輿がY市にとって重要な観光資源であることも考慮された。また、Y市がS町内会に本件土地を無償で使用させるに当たっては、Y市とS町内会間において使用貸借契約書を交わし、本件土地はS町神輿の保存場所として使用することを目的とし、目的外使用が行われた場合には、Y市は直ちに本件土地の明渡しを求めることができる旨の条項が設けられた。

1970年には老朽化した従来のS町倉庫を取り壊して、本件土地とその隣接地に、新たにS町倉庫が建設された。この隣接地は、前所有者であるB県からY市が買い受けて所有権を取得したものである。その結果、現在のS町倉庫敷地の面積は41平方メートルほどである。なお、このS町倉庫の建物は登記されていないが、建物を含めた施設全体の運営実態などに照らして、その所有者は当該地域のS町内会であり、実際上のS町倉庫の維持・管理は甲氏子集団によって行われている。また、S町倉庫は外観上一見してS町神輿

を祀る施設と認識できるものである。

2007年12月20日、同市の住民であるXは、Y市が甲氏子集団に本件土地を無償で利用させていることが違法であるとして、地方自治法第242条第1項に基づく監査請求を行ったが、2008年2月中旬、同請求は理由のないものと判断され、Xにその旨通知された。このため、Xは、上記のY市の行為は違憲であり、Y市が本件土地の使用貸借契約を解除してS町倉庫の建物等の撤去と本件土地の明渡しを請求しないことは、違法に財産の管理を怠るものであると主張して、2008年3月10日、Y市市長Zを被告として、地方自治法第242条の2第1項第3号に基づき、その違法確認を求める訴訟を提起することを弁護士Lに依頼した。

〔設問1〕

Xの訴訟代理人として、この訴訟において、どのような憲法上の主張を行うべきか、具体的に論じなさい。

〔設問2〕

設問1で述べられたXの主張に対するY市側の反論を想定した上で、憲法上の問題点について、あなた自身の見解を述べなさい。

**【出題の狙い】**

本問は、最大判平22. 1. 20（憲法判例百選I（第6版）52事件）を素材としており、政教分離原則について、憲法20条1項後段及び89条前段の両者の関係について、判例を意識しつつ考察することが求められている。具体的には、政教分離原則の趣旨及び事案の性質から導き出される審査基準の定立、89条前段の「宗教上の組織若しくは団体」の意義が問題となる。

また、政教分離原則の意義については、著名な論点であり、受験生であれば一通りの論述は可能であろうが、真正面から問うのではなく、憲法89条前段の問題を絡めることで、改めて政教分離原則自体の深い理解を問うのみならず、再度学習をする契機となるであろう。

なお、解答に当たっては、問題文に書かれていることや資料に書かれていることをそのまま書き写すのではなく、与えられている資料等からそれぞれの設問が求める立場での主張を考えることが必要であるといえよう（平成20年新司法試験論文式試験問題公法系科目第1問の出題趣旨参照）。

【MEMO】

【配点表】

		配点
第1	設問1	
	1	憲法（以下、省略）20条1項後段及び89条前段の問題であることを指摘している ※なお、20条3項及び89条前段の問題としている場合も同様に配点する
	2	宗教的団体該当性
	(1)	宗教的団体の意義について判断基準を定立している。
	(2)	甲氏子集団が上記基準に当たることを理由とともに述べている。
	3	違憲の具体的主張
	(1)	政教分離原則の趣旨を踏まえた上で、合憲性の判断基準を定立している
	(2)	上記基準に従い事実を当てはめて、本件土地の無償貸与行為が違憲であることの説得的な論述
第2	設問2	
	1	Y市側の反論
	(1)	宗教的団体該当性
	ア	宗教的団体の判断基準につき、規範を定立している
	イ	S町内会が宗教的団体に当たらないことについて、説得的に論じている
	ウ	本件土地の無償貸与行為の相手方はそもそも甲氏子団体でなく、S町内会であることの指摘
	(2)	合憲の具体的主張 ・事実を拾って説得的に合憲の結論を導き出している
	2	私見
	(1)	宗教的団体該当性
	ア	宗教的団体の意義につき、X、Y市側の主張を踏まえて説得的に自説を展開している
	イ	甲氏子集団が宗教的団体に当たかどうかについて、問題文中の事実を指摘しつつ説得的に論じている
	(2)	違憲の具体的検討
	ア	政教分離原則の趣旨を踏まえた上で、合憲性の判断基準を定立している
	イ	X、Y市側の主張を踏まえた上で、問題文の事実を評価して、結論を導いている
	ウ	政教分離原則の趣旨に沿って事実を拾い、評価しているかどうかを重視

基本配点分	合計	40点
加点评価点 (論述の流れがよいもの、条文を丁寧に挙げているもの、等には加点する。)	合計	5点
基礎力評価点 (①事例解析能力、②論理的思考力、③法解釈・適用能力、④全体的な論理的構成力、⑤文章表現力、各1点)	合計	5点
総合得点	合計	50点

**【論 点】**

- 1 憲法 89 条前段の「宗教団体」「宗教上の組織若しくは団体」の意義
- 2 政教分離原則と憲法 89 条前段及び憲法 20 条 1 項後段
  - ・ 審査基準—空知太最高裁判決（最大判平 22. 1. 20），目的効果基準

**【参考文献】**

- ・ 芦部信喜『憲法』（岩波書店，第 6 版・高橋和之補訂，2015）P.159～167, 365～6
- ・ 同 『宗教・人権・憲法学』（有斐閣，1999）P.37～49
- ・ 野中ほか『憲法 I』（有斐閣，第 5 版，2014）P.324～335
- ・ 同 『憲法 II』（有斐閣，第 5 版，2014）P.341～3
- ・ 法学協会編『註解日本国憲法（下）』（有斐閣，1954）P.1333
- ・ 樋口陽一他編『注釈日本国憲法下巻』（青林書院，1989）P.1350～1355
- ・ 宮沢俊義『全訂日本国憲法』（日本評論社，芦部信喜補訂，1978）P.739～742
- ・ 佐藤 功『憲法（下）』（有斐閣，新版，1984）P.1163～5
- ・ 安念潤司「信教の自由」樋口陽一編『講座・憲法学 3』（日本評論社，1994）P.200～217
- ・ 内野正幸『憲法解釈の論点』（日本評論社，第 4 版，2005）P.65～9
- ・ 憲法判例百選 I（第 6 版）46, 48, 51, 52 事件
- ・ 『趣旨・規範ハンドブック 1 公法系』（辰巳法律研究所，第 4 版，2013）P.42～3
- ・ 『平成 27 年版 条文・判例本 1 公法系憲法』（辰巳法律研究所，2015）P.166～181, 515～7

## ● 答案の全体の流れ ●

- 1 政教分離については、津地鎮祭事件判決（最大判昭52. 7. 13民集31-4-533）、愛媛県玉串料事件判決（最大判平9. 4. 2民集51-4-1673）等の著名な判例があるように、外交的・政治的な問題とも絡み、事例における判断が難しい分野である。本件問題において題材とした最大判平22. 1. 20においても、第一審、控訴審に続き違憲の判断が下されている。
- 2 甲氏子集団が憲法20条1項の「宗教団体」、89条前段の「宗教上の組織若しくは団体」に当たるか。

甲氏子集団が20条1項の「宗教団体」及び89条前段の「宗教上の組織若しくは団体」に当たる場合には、甲氏子集団に対するY市の支出は違憲となる余地がある。そこで、甲氏子集団がこれらに当たるかどうか検討する必要がある。

「宗教団体」及び「宗教上の組織若しくは団体」の解釈については、広義説・狭義説をはじめとした従来の学説の対立の他、箕面忠魂碑・慰霊祭事件判決（最判平5. 2. 16民集47-3-1687）が参考になろう。

- 3 憲法89条、20条1項後段違反となるか。

この点、両条項違反となるかは政教分離の意義と絡んで問題となる。

本件においては、まず、Xは空知太神社事件（最大判平22. 1. 20）で示された規範又は目的効果基準による判断を示すことができよう。この場合には、事実を丹念に拾い、その事実に評価を加えて、結論を導くことが強く要請される。本問では、合憲・違憲両方の結論を導く構成をした上で、私見を述べさせるという問題にしているが、これはこうした点について事実を拾うこと及び単に拾うにとどまらず、きちんと評価を加えて結論を導く訓練を積んでもらう趣旨である。

すなわち、Xとしては、目的効果基準に拠る場合、本問ではいずれの要件も満たさず違憲であると主張することとなる。つまり、S町倉庫の設置目的が社会儀礼を超えて宗教的意義を有するものであり、宗教的目的によるものであること、及び、効果についても、本件土地の取得及び無償貸与は、神道を援助・助長し、他の宗教に対する圧迫・干渉に当たるので、20条1項後段により禁止される宗教団体に対する特権に当たり、違憲であると主張することとなる。

これに対し、Y市側としては、目的効果基準に拠った場合は、S町倉庫は、S町神輿の保管場所ではあるが、S町神輿は地域コミュニティーの融和の手段として用いられているにすぎず、習俗的儀礼の域を出るものではない。とすると、S町倉庫自体に宗教的意義は認められないから、その敷地の採納行為及び無償貸与行為の目的に宗教的意義は認められない。また、本件土地はS町神輿の保管場所として確保されているものであるが、一般人がS町倉庫とY市の結びつきを宗教的なものと評価するとは通常考えにくく、さらに、本件土地の採納行為及び無償貸与行為は一般人に対しY市がS町内会に宗教上の特権を付与するとの印象をもたらすものとは評価できないとして、その効果は特定の宗教への援助・助長とはならない。よって、本件土地の無償貸与行為は、20条1項後段の宗教団体に対する特権には当たらず、違憲ではないと反論することになる。あるいは、審査基準定立の段階で、本件土地の無償貸与行為の経緯を考慮すべきであり、そのためには空知太

## 合格に絶対必要な法律論文の書き方

神社事件（最大判平22.1.20）で示された基準を用いるべきと反論することとなる。

### 4 本件における当てはめ

以上の検討をした上で、本事例における合憲性の検討をすることとなる。本問は、書くべき論点が少ないことから、事実を丁寧に評価して説得的に論述することが必須となろう。

## ●論点解説●

**論点① 憲法 89 条前段の「宗教団体」「宗教上の組織若しくは団体」の意義**

## 1 問題の所在

本件では、長年にわたりY市が甲氏子集団に対して本件土地の無償貸与を続けていることが、公金の支出にあたるものと評価しうることから、「宗教上の組織若しくは団体」に対する公金の支出を禁ずる憲法（以下、省略する）89条前段に違反するのではないか。甲氏子集団は、同条前段の「宗教上の組織若しくは団体」にあたるか、「宗教上の組織若しくは団体」の意義が明らかでないことから問題となる。

## 2 「宗教上の組織若しくは団体」の意義

本条による「組織」と「団体」の概念区分自体は、一様に公金の支出等が禁止されているのであるから、重要な意味を持たない。その上で、ここにいう「宗教上の組織若しくは団体」を厳格な意味で捉えるか否かが問題となる。

## (1) 判例

□ 最大判22. 1. 20（民集64-1-1，憲法百選I（第6版）52事件，空知太神社事件判決）

## 〔事案〕

砂川市（昭和33年7月1日の市制施行前は北海道空知郡砂川町）が、その所有する土地にS神社の建物等を設置することを許し、同土地を同神社の敷地として無償で使用させるなどしていることは、政教分離原則に違反する行為であり、当該使用貸借契約を解除し、前記建物等の撤去を請求しないことは、違法に財産の管理を怠るものであるとして、砂川市の住民が砂川市長に対し、上記怠る事実の違法確認を求めた。

## 〔判旨〕

「本件鳥居，地神宮，『神社』と表示された会館入口から祠に至る本件神社物件は，一体として神道の神社施設に当たるものと見るほかはない。

また，本件神社において行われている諸行事は，地域の伝統的行事として親睦などの意義を有するとしても，神道の方式にのっとり行われているその態様にかんがみると，宗教的な意義の希薄な，単なる世俗的行事にすぎないということではできない。

このように，本件神社物件は，神社神道のための施設であり，その行事も，このような施設の性格に沿って宗教的行事として行われているものということができる。

本件神社物件を管理し，上記のような祭事を行っているのは，本件利用提供行為の直接の相手方である本件町内会ではなく，本件氏子集団である。本件氏子集団は，前記のとおり，町内会に包摂される団体ではあるものの，町内会とは別に社会的に実在しているものと認められる。そして，この氏子集団は，宗教的行事等を行うことを主

たる目的としている宗教団体であって、寄附を集めて本件神社の祭事を行っており、憲法89条にいう『宗教上の組織若しくは団体』に当たるものと解される。」

□ 最判平5. 2. 16 (民集47-3-1687, 憲法百選I (第6版) 51事件, 箕面忠魂碑・慰霊祭判決)

〔判旨〕

「憲法20条1項後段にいう『宗教団体』, 憲法89条にいう『宗教上の組織若しくは団体』とは, 宗教と何らかのかかわり合いのある行為を行っている組織ないし団体のすべてを意味するものではなく, 国家が当該組織ないし団体に対し特権を付与したり, また, 当該組織ないし団体の使用, 便益若しくは維持のため, 公金その他の公の財産を支出し又はその利用に供したりすることが, 特定の宗教に対する援助, 助長, 促進又は圧迫, 干渉等になり, 憲法上の政教分離原則に反すると解されるものをいうのであり, 換言すると, 特定の宗教の信仰, 礼拝又は普及等の宗教的活動を行うことを本来の目的とする組織ないし団体を指すものと解するのが相当である。」

最高裁は, 上記解釈を示した上で, 日本遺族会及びその支部である市遺族会, 地区遺族会は, いずれも, 戦没者遺族の相互扶助・福祉向上と英霊の顕彰を主たる目的として設立され活動している団体であって, いずれも, 特定の宗教の信仰, 礼拝又は普及等の宗教的活動を行うことを本来の目的とする組織ないし団体には該当しないものというべきであるから, 憲法20条1項後段にいう「宗教団体」, 憲法89条にいう「宗教上の組織若しくは団体」に該当しないものと解するのが相当であると判示した。

〔本判決への評価〕

本判決の上記判断は, 宗教上の組織若しくは団体の理解について, 下記B説(広義説)が採用しがたいものであることを明らかにした最高裁として初めての判断であり, 注目に値しよう。また, 本判決の判断は, 目的効果基準を「宗教団体」, 「宗教上の組織若しくは団体」の概念の中に取り込んだものであるから, 当該組織ないし団体が「宗教団体」, 「宗教上の組織若しくは団体」に該当するかが争われる限界線上のケースにおいては, 右判断の過程において, 当該組織ないし団体がどの程度宗教的色彩を帯びたものであるか, 国家の当該組織, 団体等に対する特権の付与, 公金その他の公の財産の支出又は提供が, 特定の宗教に対する援助, 助長, 促進又は圧迫, 干渉等になり, 憲法上の政教分離原則に反するか否かが検討されるべきことになろう(高橋利文「判解」最高裁判所判例解説民事篇平成5年度(上)P.194以下)。

(2) 学説

A 狭義説(註解P.1333)

宗教上の組織とは寺院・神社のような物的施設を中心とした財团的なものを指し, 団体とは教派・宗派・教団のような人の結合を中心とした社团的なものを意味する。

ただし、両者の区別はここでは重要でない。

→それ自体は宗教上のものでない団体やグループが何らかの宗教活動を行う際に、国又は地方公共団体が公金の支出等をなしても、89条前段違反の問題を生じないこととなる。

#### B 広義説（宮沢・全訂日本国憲法 P. 740）

宗教上の「組織」とは宗教の信仰・礼拝又は普及を目的とする事業ないし運動を意味し、宗教上の「団体」とは宗教の信仰・礼拝又は普及を目的とする人の結合体をいうものであるが、両者を厳格に区別する必要はなく、要するに、宗教の信仰・礼拝又は普及を目的とする事業ないし活動を広く意味する。

→必ずしも組織・団体という言葉に厳格にとらわれず、宗教的な事業ないし活動を広く意味するものとして捉える。

#### C 佐藤功説（憲法（新版）（下） P. 1163～4）

「組織」も「団体」も強いて区別するまでもなく、要するに宗教上の事業ないし活動を行う目的をもって組織されている団体はここにいう「団体」であり「組織」でもある。

→「団体」は厳格に制度化され組織化されたものに限らず、緩やかな結合体を含むものと解されており、それ自体宗教上のものでなくとも、宗教上の事業ないし活動・運動を行う団体は、たとえば有志のグループのようなものであっても、すべてここにいう宗教上の組織・団体に含まれるものとされる。

※ なお、佐藤功教授は、箕面忠魂碑・慰霊祭事件第一審判決（大阪地判昭57. 3. 24判時1036-20）においては、「広く信仰、礼拝、布教等の宗教的意義を有する事業ないし活動に対し、公の財産を支出し、利用させることが、当該宗教活動に対する援助、助長、促進等の結果をもたらす場合には、厳格な意味での宗教上の組織若しくは団体に対するものに限らず、これを一切禁じる趣旨である」と判示しており、遺族会は本来戦没者遺族の援護などを目的とする団体であり、それ自身宗教的事業や活動を目的とする団体ではないが、その団体が宗教的行事たる慰霊祭など宗教的事業・活動を行うという場合には、その宗教的事業ないし活動に対し公の財産の利用につき援助をなすことが89条に違反するとしたものである。すなわち、89条は組織・団体に着目するのではなく、宗教的事業ないし活動に着目した規定であるとされる。

### 3 本件における具体的検討

A説によれば、甲氏子集団は地域の親睦を図る行事を神道の方式に則って行うこと等を主たる目的としている団体にすぎないため、教派・宗派・教団とまではいえず「宗教上の組織若しくは団体」には当たらないと解することになる。

B説によれば、宗教の信仰・礼拝又は普及を目的とする事業ないし活動と広く捉えることとなるので、神輿の練り歩きも3万人以上という大人数の集まる夏祭りの場において神道の普及を目的とする活動と解することが可能である以上、それを行う甲氏子集団も「宗

## 合格に絶対必要な法律論文の書き方

教上の組織若しくは団体」に当たると解することとなろう。

C説によれば、「団体」は厳格に制度化され組織化されたものに限らず、緩やかな結合体を含むものと解するので、それ自体宗教上のものでなくとも、宗教上の事業ないし活動・運動を行う団体は、たとえば有志のグループのようなものであっても、すべてここにいう宗教上の組織・団体に含まれると解することから、甲氏子集団は、神道の方式に則って行事をとり行うため、「宗教上の組織若しくは団体」に当たると解することとなろう。

(本論点につき、芦部 P.365～6, 野中ほかⅡP.341～3, 趣・規 P.42, 条・判 P.515～7 等参照)

## 論点② 政教分離原則と憲法 89 条前段及び憲法 20 条 1 項後段

### 1 問題の所在

本件では、まず、Y市の本件土地の甲氏子集団への無償貸与行為が、89条前段にいう公の財産の支出及び20条1項後段にいう宗教団体への特権の付与に当たり、政教分離原則に違反するのではないかが問題となる。

### 2 政教分離原則の意義

日本国憲法は、明治憲法における信教の自由の保障がきわめて不十分に終わったことに対する反省に立って、狭義の信教の自由（信仰・宗教的行為・宗教的結社の自由）を厚く保障するとともに、20条1項後段に、「いかなる宗教団体も、国から特権を受け、又は政治上の権力を行使してはならない」、同3項に、「国及びその機関は、宗教教育その他いかなる宗教的活動もしてはならない」、と定め、国家と宗教の分離（政教分離）の原則を明らかにした。これを財政面から裏付けているのが、「宗教上の組織若しくは団体」に対する公金その他の公の財産の支出を禁止する89条前段である（芦部『憲法』（第6版）P.157）。

※ 国家が国教を設けたり特定の宗教に特権的地位を与えるなど、国家と宗教が結びつくとき、異教徒や無宗教者に対する宗教的迫害が生ずることは、歴史の示すところである。国家と宗教との結合は、それ自体、個々人の宗教の自由への間接的圧迫となるのみならず、国家と結びついた宗教そのものも、世俗権力との癒着によって宗教的な純粋さを失って墮落し、また国家も宗教的な激しい対立に巻き込まれて「政府の破壊」をもたらすことになりうる。こうしたところから、信教の自由の保障は、国家の非宗教性ないし国家と宗教の分離を要請するものである（樋口他編『注釈日本国憲法上巻』P.403）。

### 3 政教分離違反認定の基準

#### (1) 概説

政教分離違反となるか否かの基準としては、近年、空知太神社事件判決（最大判22・1・20民集64-1-1、憲法百選I（第6版）52事件）が従来の目的効果基準を用いず、考慮要素を示し総合判断をするといった新たな手法を提示して事件を柔軟に解決しており、注目を集めている。

もっとも、後述のとおり、同判例は目的効果基準を否定するものではなく、明確に宗教性のみを持った行為や土地の無償提供行為に至る経緯の特殊性等が考慮されたため、目的効果基準を用いなかったと一般的には理解されている。

目的効果基準は津地鎮祭事件最高裁判決（最大判昭52・7・13民集31-4-533、憲法百選I（第6版）46事件）以来用いられている（後掲引用判例参照）。この「目的効果基準」は、アメリカ連邦最高裁が、Lemon v. Kurtzman において確立したレモン・テスト（Lemon test）から借用したものである。

学説では、当初、目的効果基準がゆるやかな分離を安易に容認し、政教分離原則を空洞化するとの批判的見解が有力であったが、その後、目的効果基準を厳格に適用すれば、有用な基準といえるとする見解が有力になっている。なお、判例では下級審のみでなく、最高裁でも、目的効果基準によって政教分離違反を違憲とする判決が下されている（愛媛県玉串料訴訟上告審判決，最大判平9．4．2民集51－4－1673，憲法百選Ⅰ（第6版）48事件参照）。

一方で、判例のとする目的効果基準は「極めてあいまいな明確性を欠く基準」であり、いわば目盛りのない物差しであるとする指摘（愛媛県玉串料訴訟上告審判決における高橋久子裁判官の反対意見）や、目的効果基準を額面通りに適用すれば、本来は政府による関与が違憲とされる可能性のある領域が広範に存在するのに、実際には、政教分離に違反しないという合意が意識的にあるいは暗黙裡に形成されているところを見ると、この基準が政教分離にかかわる一般的な審査基準としては機能していないとする指摘（安念潤司「信教の自由」樋口陽一編『講座憲法学3』P.205）もなされている。

## (2) 前掲最大判平22．1．20

### 【判旨】

#### 「1 憲法判断の枠組み

憲法89条は、公の財産を宗教上の組織又は団体の使用、便益若しくは維持のため、その利用に供してはならない旨を定めている。その趣旨は、国家が宗教的に中立であることを要求するいわゆる政教分離の原則を、公の財産の利用提供等の財政的な側面において徹底させるところにあり、これによって、憲法20条1項後段の規定する宗教団体に対する特権の付与の禁止を財政的側面からも確保し、信教の自由の保障を一層確実なものにしようとしたものである。しかし、国家と宗教とのかかわり合いには種々の形態があり、およそ国又は地方公共団体が宗教との一切の関係を持つことが許されないというものではなく、憲法89条も、公の財産の利用提供等における宗教とのかかわり合いが、我が国の社会的、文化的諸条件に照らし、信教の自由の保障の確保という制度の根本目的との関係で相当とされる限度を超えるものと認められる場合に、これを許さないとするものと解される。

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89条との抵触が問題となる行為であるといわなければならない。もっとも、国公有地が無償で宗教的施設の敷地としての用に供されているといっても、当該施設の性格や来歴、無償提供に至る経緯、利用の態様等には様々なものがあり得ることが容易に想定されるところである。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ったり、観光資源、国際親善、地域の親睦の場などといった他の意義を有していたりすることも少なくなく、それらの文化的あるいは社会的な価値や意義に着目して当該施設が国公有地に設置されている場合もあり得よう。また、我が国においては、明治初期以来、一定の社寺領を国等に上知（上地）させ、官有地に編入し、又は寄附により受け入れるなどの施策が広く採られたこともあって、国公有地が無償で社寺等の敷地として供される事例が多数生じた。このような事例

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」（昭和22年法律第53号）が公布され、公有地についても同法と同様に譲与等の処分をすべきものとする内務文部次官通牒が発出された上、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、現在に至っても、なおそのような措置を講じることができないまま社寺等の敷地となっている国公有地が相当数残存していることがうかがわれるところである。これらの事情のいかんは、当該利用提供行為が、一般人の目から見て特定の宗教に対する援助等と評価されるか否かに影響するものと考えられるから、政教分離原則との関係を考えるに当たっても、重要な考慮要素とされるべきものといえよう。

そうすると、国公有地が無償で宗教的施設の敷地としての用に供されている状態が、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。

以上のように解すべきことは、当裁判所の判例（最高裁昭和46年（行ツ）第69号同52年7月13日大法廷判決・民集31巻4号533頁、最高裁平成4年（行ツ）第156号同9年4月2日大法廷判決・民集51巻4号1673頁等）の趣旨とするとところからも明らかである。

## 2 本件利用提供行為の憲法適合性

(1) 前記事実関係等によれば、本件鳥居、地神宮、「神社」と表示された会館入口から祠に至る本件神社物件は、一体として神道の神社施設に当たるものと見るほかはない。

また、本件神社において行われている諸行事は、地域の伝統的行事として親睦などの意義を有するとしても、神道の方式にのっとり行われているその態様にかんがみると、宗教的な意義の希薄な、単なる世俗的行事にすぎないということとはできない。

このように、本件神社物件は、神社神道のための施設であり、その行事も、このような施設の性格に沿って宗教的行事として行われているものということができる。

(2) 本件神社物件を管理し、上記のような祭事を行っているのは、本件利用提供行為の直接の相手方である本件町内会ではなく、本件氏子集団である。本件氏子集団は、前記のとおり、町内会に包摂される団体ではあるものの、町内会とは別に社会的に実在しているものと認められる。そして、この氏子集団は、宗教的行事等を行うことを主たる目的としている宗教団体であって、寄附を集めて本件神社の祭事を行っており、憲法89条にいう『宗教上の組織若しくは団体』に当たるものと解される。

しかし、本件氏子集団は、祭事に伴う建物使用の対価を町内会に支払うほかは、本件神社物件の設置に通常必要とされる対価を何ら支払うことなく、その設置に伴う便益を享受している。すなわち、本件利用提供行為は、その直接の効果とし

て、氏子集団が神社を利用した宗教的活動を行うことを容易にしているものとい  
うことができる。

- (3) そうすると、本件利用提供行為は、市が、何らの対価を得ることなく本件各土地  
地上に宗教的施設を設置させ、本件氏子集団においてこれを利用して宗教的活動  
を行うことを容易にさせているものといわざるを得ず、一般人の目から見て、市  
が特定の宗教に対して特別の便益を提供し、これを援助していると評価されても  
やむを得ないものである。前記事実関係等によれば、本件利用提供行為は、も  
ととは小学校敷地の拡張に協力した用地提供者に報いるという世俗的、公共的な  
目的から始まったもので、本件神社を特別に保護、援助するという目的によるも  
のではなかったことが認められるものの、明らかな宗教的施設といわざるを得な  
い本件神社物件の性格、これに対し長期間にわたり継続的に便益を提供し続けて  
いることなどの本件利用提供行為の具体的態様等にかんがみると、本件において、  
当初の動機、目的は上記評価を左右するものではない。
- (4) 以上のような事情を考慮し、社会通念に照らして総合的に判断すると、本件利  
用提供行為は、市と本件神社ないし神道とのかかわり合いが、我が国の社会的、  
文化的諸条件に照らし、信教の自由の保障の確保という制度の根本目的との関係  
で相当とされる限度を超えるものとして、憲法89条の禁止する公の財産の利用  
提供に当たり、ひいては憲法20条1項後段の禁止する宗教団体に対する特権の  
付与にも該当すると解するのが相当である。」

#### 〔解 説〕

最高裁昭和52年判決（目的効果基準）との関係については、以下のように説明さ  
れている。

「すなわち、…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、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である。  
しかも、その継続中に旧来の社殿や鳥居の取壊し、改良区からの本件2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。このような無  
償提供行為については、従来型の着眼点で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  
の時点を経験とす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  
せざるをえない。他方、このような本件利用提供行為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  
とのそしりをまぬがれないであろう。

そこで、本判決は、このような事案の特殊性にかんがみ、従来の最高裁判例…とは  
異なる着眼点を一般的基準として提示したものと考えられる。

…本判決は、…必ずしも目的及び効果という硬直的な着眼点に拘泥することなく、

…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へと、従来の判断基準を深化させたところに重要な意義があるように思われる」(清野正彦「判解」最判解説(民)(平成22年度上)P. 40)

また、藤田宙靖裁判官の補足意見は、次のとおりである。

「私は、多数意見に賛成するが、本件利用提供行為が政教分離原則に違反すると考えられることにつき、以下若干の補足をしておくこととしたい。

- 1 国又は公共団体が宗教に関係する何らかの活動(不作為をも含む。)をする場合に、それが日本国憲法の定める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。ただ、この基準の採用の是非及びその適用の仕方については、当審の従来の判例に反対する見解も学説中にはかなり根強く存在し、また、過去の当審判決においても一度ならず反対意見が述べられてきたところでもあるから、このことを踏まえた上で、現在の時点でこの問題をどう考えるかについては、改めて慎重な検討をしておかなければならない。

この基準を採用することへの批判としては、周知のように、当審においてこの基準が最初に採用された『津地鎮祭訴訟判決』(最高裁昭和46年(行ツ)第69号同52年7月13日大法廷判決・民集31巻4号533頁)における5裁判官の反対意見と並び、『愛媛玉串料訴訟判決』(最高裁平成4年(行ツ)第156号同9年4月2日大法廷判決・民集51巻4号1673頁)における高橋、尾崎両裁判官の意見がある。とりわけ、尾崎意見における指摘、すなわち、日本国憲法の政教分離規定の趣旨につき津地鎮祭訴訟判決において多数意見が出発点とした『憲法は、信教の自由を無条件に保障し、更にその保障を一層確実なものとするため、政教分離規定を設けたものであり、これを設けるに当たっては、国家と宗教との完全な分離を理想とし、国家の非宗教性ないし宗教的中立性を確保しようとしたものである』という考え方を前提とすれば、『国家と宗教との完全分離を原則とし、完全分離が不可能であり、かつ、分離に固執すると不合理な結果を招く場合に限って、例外的に国家と宗教とのかかわり合いが憲法上許容されるとすべきもの』と考えられる、という指摘については、私もまた、これが本来筋の通った理論的帰結であると考ええる。これに対して、これまでの当審判例の多数意見が採用してきた上記の目的効果基準によれば、憲法上の政教分離原則は『国家が宗教とのかかわり合いを持つことを全く許さないとするものではなく、宗教とのかかわり合いをもたらす行為の目的及び効果に鑑み、そのかかわり合いが我が国の社会的・文化的諸条件に照らし相当とされる限度を超える場合に(初めて)これを許さないとするもの』であるということになるが(括弧内は藤田による補足)、このように、いわば原則と例外を逆転させたかにも見える結論を導くについて、従来の多数意見は必ずしも十分な説明をしておらず、そこには論理の飛躍がある、という上記の尾崎意見の指摘には、首肯できるものがあるように思われる。

ただ、目的効果基準の採用に対するこのような反対意見にあっても、国家と宗教の完全な分離に対する例外が許容されること自体が全く否定されるものではないのであり、また、これらの見解において例外が認められる『完全分離が不可能であり、か

つ分離に固執すると不合理な結果を招く場合』に当たるか否かを検討するに際して、目的・効果についての考慮を全くせずして最終的判断を下せるともいえないように思われるのであって、問題は結局のところ、『そのかわり合いが我が国の社会的・文化的諸条件に照らし相当とされる限度を超える』か否かの判断に際しての『国家の宗教的中立性』の評価に関する基本的姿勢ないし出発点の如何に懸ることになるともいえることができよう。このように考えるならば、仮に、理論的には上記意見に理由があると考えるとしても、本件において、敢えて目的効果基準の採用それ自体に対しこれを全面的に否定するまでの必要は無いものとする。但し、ここにいう目的効果基準の具体的な内容あるいはその適用の在り方については、慎重な配慮が必要なのであって、当該事案の内容を十分比較検討することなく、過去における当審判例上の文言を金科玉条として引用し、機械的に結論を導くようなことをしてはならない。こういった見地から、本件において注意しなければならないのは、例えば以下のような点である。

- 2 本件において合憲性が問われているのは、多数意見にも述べられているように、取り立てて宗教外の意義を持つものではない純粋の神道施設につき、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。私の見るところ、過去の当審判例上、目的効果基準が機能せしめられてきたのは、問題となる行為等においていわば『宗教性』と『世俗性』とが同居しておりその優劣が微妙であるときに、そのどちらを重視するか決定に際してであって（例えば、津地鎮祭訴訟、箕面忠魂碑訴訟等は、少なくとも多数意見の判断によれば、正にこのようなケースであった。）、明確に宗教性のみを持った行為につき、更に、それが如何なる目的をもって行われたかが問われる場面においてはではなかったといえることができる（例えば、公的な立場で寺社に参拝あるいは寄進をしながら、それは、専ら国家公安・国民の安全を願う目的によるものであって、当該宗教を特に優遇しようという趣旨からではないから、憲法にいう『宗教的活動』ではない、というような弁明を行うことは、上記目的効果基準の下においても到底許されるものとはいえない。例えば愛媛玉串料訴訟判決は、このことを示すものであるともいえよう。)

本件の場合、原審判決及び多数意見が指摘するとおり、本件における神社施設は、これといった文化財や史跡等としての世俗的意義を有するものではなく、一義的に宗教施設（神道施設）であって、そこで行われる行事もまた宗教的な行事であることは明らかである（五穀豊穰等を祈るというのは、正に神事の目的それ自体であって、これをもって『世俗的目的』とすることは、すなわち『神道は宗教に非ず』というに等しい。）。従って、本件利用提供行為が専ら特定の純粋な宗教施設及び行事（要するに『神社』）を利する結果をもたらしていること自体は、これを否定することができないのであって、地鎮祭における起工式（津地鎮祭訴訟）、忠魂碑の移設のための代替地貸与並びに慰霊祭への出席行為（箕面忠魂碑訴訟）、さらには地蔵像の移設のための市有地提供行為等（大阪地蔵像訴訟）とは、状況が明らかに異なるといわなければならない（これらのケースにおいては、少なくとも多数説は、地鎮祭、忠魂碑、地蔵像等の純粋な宗教性を否定し、何らかの意味での世俗性を認めることから、それぞれ合憲判断をしたものである。）。その意味においては、本件における憲法問題は、本来、目的効果基準の適用の可否が問われる以前の問題であるというべきである。

3 もっとも、原審認定事実等によれば、本件神社は、それ自体としては明らかに純粋な神道施設であると認められるものの、他方において、その外観、日々の宗教的活動の態様等からして、さほど宗教施設としての存在感の大きいものであるわけではなく、それゆえにこそ、市においてもまた、さして憲法上の疑義を抱くこともなく本件利用提供行為を続けてきたのであるし、また、被上告人らが問題提起をするまでは、他の市民の間において殊更にその違憲性が問題視されることも無かった、というのが実態であったようにもうかがわれる。従って、仮にこの点を重視するならば、少なくとも、本件利用提供行為が、直ちに他の宗教あるいはその信者らに対する圧迫ないし脅威となるとまではいえず（現に、例えば、本件氏子集団の役員らはいずれも仏教徒であることが認定されている。）、これをもって敢えて憲法違反を問うまでのことはないのではないかという疑問も抱かれ得るところであろう。そして、全国において少なからず存在すると考えられる公有地上の神社施設につき、かなりの数のものは、正にこれと類似した状況にあるのではないかと推測されるのである。このように、本件における固有の問題は、一義的に特定の宗教のための施設であれば（すなわち問題とすべき『世俗性』が認められない以上）地域におけるその存在感がさして大きなものではない（あるいはむしろ希薄ですらある）ような場合であっても、そのような施設に対して行われる地方公共団体の土地利用提供行為をもって、当然に憲法89条違反といえるか、という点にあるというべきであろう。

ところで、上記のような状況は、その教義上排他性の比較的希薄な伝統的神道の特色及び宗教意識の比較的薄い国民性等によってもたらされている面が強いように思われるが、いうまでもなく、政教分離の問題は、対象となる宗教の教義の内容如何とは明確に区別されるべき問題であるし、また、ある宗教を信じあるいは受容している国民の数ないし割合が多いか否かが政教分離の問題と結び付けられるべきものではないことも、明らかであるといわなければならない。憲法89条が、過去の我が国における国家神道下で他宗教が弾圧された現実の体験に鑑み、個々人の信教の自由の保障を全うするため政教分離を制度的に（制度として）保障したとされる趣旨及び経緯を考えると、同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的に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。

4 なお、本件において違憲性が問われているのは、直接には、市が公有地上にある本件神社施設を撤去しないという不作為についてである（当初市が神社施設の存する本件土地を取得したこと自体が違憲であるというならば、その行為自体が無効であって、そもそも本件土地は公有地とは認められないということにもなりかねないが、被上告人（原告）らはこのような主張をするものではない。）。この場合、その不作為を直ちに解消することが期待し得ないような特別の事情（例えば、施設の撤去自体が他方で信教の自由に極めて重大な打撃を与える結果となることが見込まれるとか、敷地の民有化に向け可能な限りの努力をしてきたものの、歴史的経緯等種々の原因から未だ成功していない等々の事情が考えられようか。）がある場合に、現に公有地上に神社施

設が存在するという事実が残っていること自体をもって直ちに違憲というべきか否かは、なお検討の余地がある問題であるといえなくてはなからう。しかし、本件において、上诉人（被告）はこのような特別の事情の存在については一切主張・立証するところがなく、むしろ、そういった事情の存在の有無を問うまでもなく本件利用提供行為は合憲であるとの前提に立っていることは明らかであるから、この点については、原審の釈明義務違反を問うまでもなく、多数意見のように、本件利用提供行為が憲法 89 条に違反すると判断されるのもやむを得ないところといわなければならない」

### (3) 目的効果基準

#### ア 判例

□ 最大判昭 52. 7. 13（民集 31-4-533，憲法百選 I（第 6 版）46 事件，津地鎮祭事件判決）

#### 〔事案〕

津市体育館の起工式が、地方公共団体である津市の主催により、同市の職員が進行係となって、昭和 40 年 1 月 14 日、同市船頭町の建設現場において、宗教法人大市神社の宮司ら 4 名の神職主宰のもとに神式に則り挙行され、津市市長が、その挙式費用金 7,663 円（神職に対する報償費金 4,000 円，供物料金 3,663 円）を市の公金から支出したことにつき、その適法性が争われた。

#### 〔判旨〕

「憲法 20 条 3 項は、『国及びその機関は、宗教教育その他いかなる宗教的活動もしてはならない。』と規定するが、ここにいる宗教的活動とは、前述の政教分離原則の意義に照らしてこれをみれば、およそ国及びその機関の活動で宗教とのかかわり合いをもつすべての行為を指すものではなく、そのかかわり合いが右にいう相当とされる限度を超えるものに限られるというべきであつて、当該行為の目的が宗教的意義をもち、その効果が宗教に対する援助、助長、促進又は圧迫、干渉等になるような行為をいうものと解すべきである。その典型的なものは、同項に例示される宗教教育のような宗教の布教、教化、宣伝等の活動であるが、そのほか宗教上の祝典、儀式、行事等であつても、その目的、効果が前記のようなものである限り、当然、これに含まれる。そして、この点から、ある行為が右にいう宗教的活動に該当するかどうかを検討するにあつては、当該行為の主宰者が宗教家であるかどうか、その順序作法（式次第）が宗教の定める方式に則つたものであるかどうかなど、当該行為の外形的側面のみにとらわれることなく、当該行為の行われる場所、当該行為に対する一般人の宗教的評価、当該行為者が当該行為を行うについての意図、目的及び宗教的意識の有無、程度、当該行為の一般人に与える効果、影響等、諸般の事情を考慮し、社会通念に従つて、客観的に判断しなければならない。」

#### イ 判例における目的効果基準への当てはめ

目的効果基準に照らして、具体的な行為につき宗教的行為に当たるかを検討する。以下、百選掲載の主要判例を挙げるので、事案及びその事実評価をそれぞれ比較参照

されたい。

□ 前掲最大判昭52. 7. 13 (民集31-4-533, 憲法百選I (第6版) 46事件, 津地鎮祭事件判決)

〔判旨〕

「本件起工式は、原審の説示するところによつてみれば、建物の建築の着工にあたり、土地の平安堅固、工事の無事安全を祈願する儀式として行われたことが明らかであるが、その儀式の方式は、原審が確定した事実に徴すれば、専門の宗教家である神職が、所定の服装で、神社神道固有の祭式に則り、一定の祭場を設け一定の祭具を使用して行つたというのであり、また、これを主宰した神職自身も宗教的信仰心に基つてこれを執行したものと考えられるから、それが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。

しかしながら、古来建物等の建築の着工にあたり地鎮祭等の名のもとに行われてきた土地の平安堅固、工事の無事安全等を祈願する儀式、すなわち起工式は、土地の神を鎮め祭るという宗教的な起源をもつ儀式であつたが、時代の推移とともに、その宗教的な意義が次第に稀薄化してきていることは、疑いのないところである。一般に、建物等の建築の着工にあたり、工事の無事安全等を祈願する儀式を行うこと自体は、『祈る』という行為を含むものであるとしても、今日においては、もはや宗教的意義がほとんど認められなくなつた建築上の儀礼と化し、その儀式が、たとえ既存の宗教において定められた方式をかりて行われる場合でも、それが長年月にわたつて広く行われてきた方式の範囲を出ないものである限り、一般人の意識においては、起工式にさしたる宗教的意義を認めず、建築着工に際しての慣習化した社会的儀礼として、世俗的な行事と評価しているものと考えられる。本件起工式は、神社神道固有の祭祀儀礼に則つて行われたものであるが、かかる儀式は、国民一般の間にすでに長年月にわたり広く行われてきた方式の範囲を出ないものであるから、一般人及びこれを主催した津市の市長以下の関係者の意識においては、これを世俗的な行事と評価し、これにさしたる宗教的意識を認めなかつたものと考えられる。

また、現実の一般的な慣行としては、建築着工にあたり建築主の主催又は臨席のもとに本件のような儀式をとり入れた起工式を行うことは、特に工事の無事安全等を願う工事関係者にとつては、欠くことのできない行事とされているのであり、このことと前記のような一般人の意識に徴すれば、建築主が一般の慣習に従い起工式を行うのは、工事の円滑な進行をはかるため工事関係者の要請に応じ建築着工に際しての慣習化した社会的儀礼を行うという極めて世俗的な目的によるものであると考えられるのであつて、特段の事情のない本件起工式についても、主催者の津市の市長以下の関係者が右のような一般の建築主の目的と異なるものをもつていたとは認められない。

元来、わが国においては、多くの国民は、地域社会の一員としては神道を、個人としては仏教を信仰するなどし、冠婚葬祭に際しても異なる宗教を使いわけてさしたる矛盾を感じることがないというような宗教意識の雑居性が認められ、国民一般の宗教的関心度は必ずしも高いものとはいいがたい。他方、神社神道自体

については、祭祀儀礼に専念し、他の宗教にみられる積極的な布教・伝道のような対外活動がほとんど行われないという特色がみられる。このような事情と前記のような起工式に対する一般人の意識に徴すれば、建築工事現場において、たとえ専門の宗教家である神職により神社神道固有の祭祀儀礼に則つて、起工式が行われたとしても、それが参列者及び一般人の宗教的関心を特に高めることとなるものとは考えられず、これにより神道を援助、助長、促進するような効果をもたらすことになるものとも認められない。そして、このことは、国家が主催して、私人と同様の立場で、本件のような儀式による起工式を行つた場合においても、異なるものではなく、そのために、国家と神社神道との間に特別に密接な関係が生じ、ひいては、神道が再び国教的な地位をえたり、あるいは信教の自由がおびやかされたりするような結果を招くものとは、どうも考えられないのである。

以上の諸事情を総合的に考慮して判断すれば、本件起工式は、宗教とかがかり合いをもつものであることを否定しえないが、その目的は建築着工に際し土地の平安堅固、工事の無事安全を願い、社会の一般的慣習に従つた儀礼を行うという専ら世俗的なものと認められ、その効果は神道を援助、助長、促進し又は他の宗教に圧迫、干渉を加えるものとは認められないのであるから、憲法20条3項により禁止される宗教的活動にはあたらないと解するのが、相当である。」

□ 最大判平9. 4. 2 (民集51-4-1673, 憲法百選I (第6版) 48事件, 愛媛県玉串料訴訟)

〔事 案〕

愛媛県知事Aが在任中の昭和56年から同61年にかけて、(1)愛媛県(以下「県」という。)の東京事務所長の職にあったBが、宗教法人靖國神社(以下「靖國神社」という。)の挙行した春季又は秋季の例大祭に際して奉納する玉串料として9回にわたり各5,000円(合計4万5,000円)を、(2)靖國神社の挙行した7月中旬の「みたま祭」に際して奉納する献灯料として4回にわたり各7,000円又は8,000円(合計3万1,000円)を、また、(3)県生活福祉部老人福祉課長の職にあったCらが、宗教法人愛媛県護國神社(以下「護國神社」という。)の挙行した春季又は秋季の慰霊大祭に際して愛媛県遺族会を通じて奉納する供物料として9回にわたり各1万円(合計9万円)を、それぞれ県の公金から支出したところ、本件支出が憲法20条3項、89条等に照らして許されない違法な財務会計上の行為に当たるかどうか争われた(地方自治法242条の2第1項4号)。

〔判 旨〕

「神社神道においては、祭祀を行うことがその中心的な宗教上の活動であるとされていること、例大祭及び慰霊大祭は、神道の祭式にのっとり行われる儀式を中心とする祭祀であり、各神社の挙行する恒例の祭祀中でも重要な意義を有するものと位置付けられていること、みたま祭は、同様の儀式を行う祭祀であり、靖國神社の祭祀中最も盛大な規模で行われるものであることは、いずれも公知の

事実である。そして、玉串料及び供物料は、例大祭又は慰霊大祭において右のような宗教上の儀式が執り行われるに際して神前に供えられるものであり、献灯料は、これによりみたま祭において境内に奉納者の名前を記した灯明が掲げられるというものであって、いずれも各神社が宗教的意義を有すると考えていることが明らかなものである。

これらのことからすれば、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である。そして、一般に、神社自体がその境内において挙行する恒例の重要な祭祀に際して右のような玉串料等を奉納することは、建築主が主催して建築現場において土地の平安堅固、工事の無事安全等を祈願するために行う儀式である起工式の場合とは異なり、時代の推移によって既にその宗教的意義が希薄化し、慣習化した社会的儀礼にすぎないものになっているとまでは到底いうことができず、一般人が本件の玉串料等の奉納を社会的儀礼の一つにすぎないと評価しているとは考え難いところである。そうであれば、玉串料等の奉納者においても、それが宗教的意義を有するものであるという意識を大なり小なり持たざるを得ないのであり、このことは、本件においても同様というべきである。また、本件においては、県が他の宗教団体の挙行する同種の儀式に対して同様の支出をしたという事実がうかがわれないのであって、県が特定の宗教団体との間にのみ意識的に特別のかかわり合いを持ったことを否定することができない。これらのことからすれば、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呼び起こすものといわざるを得ない。

被上告人らは、本件支出は、遺族援護行政の一環として、戦没者の慰霊及び遺族の慰謝という世俗的な目的で行われた社会的儀礼にすぎないものであるから、憲法に違反しないと主張する。確かに、靖国神社及び護国神社に祭られている祭神の多くは第二次大戦の戦没者であって、その遺族を始めとする愛媛県民のうちの相当数の者が、県が公の立場において靖国神社等に祭られている戦没者の慰霊を行うことを望んでおり、そのうちには、必ずしも戦没者を祭神として信仰の対象としているからではなく、故人をしのぶ心情からそのように望んでいる者もいることは、これを肯認することができる。そのような希望にこたえるという側面においては、本件の玉串料等の奉納に儀礼的な意味合いがあることも否定できない。しかしながら、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前記の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。戦没者の慰霊及び遺族の慰謝ということ自体は、本件のように特定の宗教と特別のかかわり合いを持つ形でなくてもこれを行うことができると考えられるし、神社の挙行する恒例祭に際して玉串料等を奉納することが、慣習化した社会的儀礼にすぎないものになっているとも認められないことは、前記説示のとおりである。ちなみに、神社に対する玉

串料等の奉納が故人の葬礼に際して香典を贈ることとの対比で論じられることがあるが、香典は、故人に対する哀悼の意と遺族に対する弔意を表するために遺族に対して贈られ、その葬礼儀式を執り行っている宗教家ないし宗教団体を援助するためのものではないと一般に理解されており、これと宗教団体の行う祭祀に際して宗教団体自体に対して玉串料等を奉納することとは、一般人の評価において、全く異なるものがあるといわなければならない。また、被上告人らは、玉串料等の奉納は、神社仏閣を訪れた際にさい銭を投ずることと同様のものであるとも主張するが、地方公共団体の名を示して行う玉串料等の奉納と一般にはその名を表示せずに行うさい銭の奉納とでは、その社会的意味を同一に論じられないことは、おのずから明らかである。そうであれば、本件玉串料等の奉納は、たとえそれが戦没者の慰霊及びその遺族の慰謝を直接の目的としてされたものであったとしても、世俗的目的で行われた社会的儀礼にすぎないものとして憲法に違反しないということとはできない。

以上の事情を総合的に考慮して判断すれば、県が本件玉串料等を靖国神社又は護国神社に前記のとおり奉納したことは、その目的が宗教的意義を持つことを免れず、その効果が特定の宗教に対する援助、助長、促進になると認めるべきであり、これによってもたらされる県と靖国神社等とのかかわり合いが我が国の社会的・文化的諸条件に照らし相当とされる限度を超えるものであって、憲法20条3項の禁止する宗教的活動に当たると解するのが相当である。そうすると、本件支出は、同項の禁止する宗教的活動を行うためにしたものとして、違法というべきである。」

□ 前掲最判平5. 2. 16 (民集47-3-1687, 憲法百選I (第6版) 51 事件, 箕面忠魂碑・慰霊祭訴訟)

〔事 案〕

①小学校の増改築工事に伴い移転の必要が生じた市遺族会が維持管理する忠魂碑を、市が移転用地を取得して移設するとともに、その敷地を遺族会に無償貸与したこと、及び②遺族会が同碑前で神式または仏式で行った慰霊祭に、公務員である教育長Hが参列して玉串奉奠や焼香をし、市職員や公費を使って準備に当たったこと、について、市長が敷地の明渡請求・敷地代金の返還請求等を怠る事実の違法確認、移設費用・敷地取得費用及び教育長の慰霊祭参列時間相当分の給与支払等に係る損害賠償等を求めるべく住民訴訟が提起された。

〔判 旨〕

「(1) 旧忠魂碑は、地元の人々が郷土出身の戦没者の慰霊、顕彰のために設けたもので、元来、戦没者記念碑的な性格のものであり、本件移設・再建後の本件忠魂碑も同様の性格を有するとみられるものであって、その碑前で、戦没者の慰霊、追悼のための慰霊祭が、毎年1回、市遺族会の下部組織である地区遺族会主催の下に神式、仏式隔年交替で行われているが、本件忠魂碑と神道等の特定の宗教とのかかわりは、少なくとも戦後においては希薄であり、本件忠魂碑を靖国神社又は護国神社の分身(いわゆる『村の靖国』)とみることはできない

こと、(2) 本件忠魂碑を所有し、これを維持管理している市遺族会は、箕面市内に居住する戦没者遺族を会員とし、戦没者遺族の相互扶助・福祉向上と英霊の顕彰を主たる目的として設立され活動している団体であって、宗教的活動をすることを本来の目的とする団体ではないこと、(3) 旧忠魂碑は、戦後の一時期、その碑石部分が地中に埋められたことがあったが、大正5年に分会が箕面村の承諾を得て公有地上に設置して以来、右公有地上に存続してきたものであって、箕面市がした本件移設・再建等の行為は、右公有地に隣接する箕面小学校における児童数の増加、校舎の老朽化等により校舎の建替え等を行うことが急務となり、そのために右公有地を学校敷地に編入する必要が生じ、旧忠魂碑を他の場所に移設せざるを得なくなったことから、市遺族会との交渉の結果に基づき、箕面市土地開発公社から本件土地を買い受け、従前と同様、本件敷地を代替地として市遺族会に対し無償貸与し、右敷地上に移設、再建したにすぎないものであることが明らかである。

これらの諸点にかんがみると、箕面市が旧忠魂碑ないし本件忠魂碑に関してした次の各行為、すなわち、旧忠魂碑を本件敷地上に移設、再建するため右公社から本件土地を代替地として買い受けた行為（本件売買）、旧忠魂碑を本件敷地上に移設、再建した行為（本件移設・再建）、市遺族会に対し、本件忠魂碑の敷地として本件敷地を無償貸与した行為（本件貸与）は、いずれも、その目的は、小学校の校舎の建替え等のため、公有地上に存する戦没者記念碑的な性格を有する施設を他の場所に移設し、その敷地を学校用地として利用することを主眼とするものであり、そのための方策として、右施設を維持管理する市遺族会に対し、右施設の移設場所として代替地を取得して、従来どおり、これを右施設の敷地等として無償で提供し、右施設の移設、再建を行ったものであって、専ら世俗的なものと認められ、その効果も、特定の宗教を援助、助長、促進し又は他の宗教に圧迫、干渉を加えるものとは認められない。したがって、箕面市の右各行為は、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20条3項により禁止される宗教的活動には当たらないと解するのが相当である。」

「Hが本件各慰霊祭に参列した行為が、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反するものであるか否かをみるのに、右事実関係及び原審が適法に確定したその余の事実関係によれば、(1) 旧忠魂碑は、地元の人々が郷土出身の戦没者の慰霊、顕彰のために設けたものであり、元来、戦没者記念碑的な性格のものであって、本件移設・再建後の本件忠魂碑も同様の性格を有するとみられるものであること、(2) 本件各慰霊祭を挙行了した市遺族会の下部組織である地区遺族会は、箕面地区に居住する戦没者遺族を会員とする団体であって、特定の宗教の信仰、礼拝又は普及等の宗教的活動を行うことを本来の目的とする団体ではないこと、(3) 本件各慰霊祭へのHの参列は、地元において重要な公職にある者の社会的儀礼として、地方遺族会が主催する地元の戦没者の慰霊、追悼のための宗教的行事に際し、戦没者やその遺族に対して弔意、哀悼の意を表する目的で行われたものであることが明らかである。

これらの諸点にかんがみると、Hの本件各慰霊祭への参列は、その目的は、地元の戦没者の慰霊、追悼のための宗教的行事に際し、戦没者遺族に対する社会的儀礼を尽くすという、専ら世俗的なものであり、その効果も、特定の宗教に対する援助、助長、促進又は圧迫、干渉等になるような行為とは認められない。したがって、Hの本件各慰霊祭への参列は、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解するのが相当である。」

□ 最判平4. 11. 16（判時1441-57，大阪地蔵像違憲請求事件）

〔事 案〕

大阪市が各町会に対し、地蔵像の建立あるいは移設のためその敷地として市有地を無償で使用することを承認するなどしたことが、憲法20条3項・89条に違反するとして、市長が市有地の明渡請求を怠っていることの違法確認を求める住民訴訟が提起された。

〔判 旨〕

「(1) 本件において、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意図、目的は、市営住宅の建替事業を行うに当たり、地元の協力と理解を得て右事業の円滑な進行を図るとともに、地域住民の融和を促進するという何ら宗教的意義を帯びないものであった、(2) もともと本件のような寺院外に存する地蔵像に対する信仰は、仏教としての地蔵信仰が変質した庶民の民間信仰であったが、それが長年にわたり伝承された結果、その儀礼行事は地域住民の生活の中で習俗化し、このような地蔵像の帶有する宗教性は稀薄なものとなっている、(3) 本件各町会は、その区域に居住する者等によって構成された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く、その本件各地蔵像の維持運営に関する行為も、宗教的色彩の稀薄な伝統的習俗的行事にとどまっている、というのである。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20条3項あるいは89条の規定に違反するものではない。」

(4) 学説—レモン・テスト

アメリカ合衆国連邦最高裁は、国教樹立禁止条項（Establishment Clause \*政教分離規定に相当）違反が争われた事件では、1970年代以降、基本的にレモン・テストを適用し、政府の行為が合憲とされるためには、当該行為が、①世俗目的をもち、②その主要な効果が宗教を促進しあるいは抑制するものではなく、さらに、③政府と宗教との「過度の関わり合い」を促すものではない、という三要件を全て充足しなければな

らないとしてきた。アメリカにおいても、このテストの有用性については議論があるが、このテストは、総じて、日本の裁判例にみられる目的効果基準よりも、厳格度の高い基準として働いているといえる。

※ レモン・テストは、1971年のレモン事件と呼ばれるアメリカ連邦最高裁判決によって確立したものとされる。この判決は、ロード・アイランド州が私立の学校（大部分がカトリック系）で、生徒一人当たりの支出額が公立学校よりも低い場合には、普通科目を教えている教師のサラリーの15パーセントの補助を行うと定めた法律と、ペンシルバニア州の私立学校の普通科目の教師のサラリーと教材の一部の費用を学校に弁済することを認めた法律とを、違憲とした判決である（芦部『宗教・人権・憲法学』P.37）。

#### 4 本問における具体的検討

##### (1) 空知太神社事件判決の基準に拠った場合

空知太神社事件判決の基準に拠って本件無償貸与行為の合憲性を判断する場合、S町倉庫の性格、本件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ることとなる。

Xとしては、S町倉庫は外観上一見してS町神輿を祀る施設と認識できるものであり、通常一般人には神道の行事に用いられる神輿が収納されていると容易に判断できる点、及びS町神輿の収納の際には神社から派遣された宮司が五穀豊穰の詔を読み、神道の方式に則って行われる点を指摘し、一般人には市が特定の宗教に対して特別の便益を提供し、これを援助していると評価されると主張することとなろう。

他方、Y市としては、S町神輿は地域親睦の手段として用いられているにすぎない、及びS町神輿は年に1度夏祭りの際にしか使用されず、一般人がS町倉庫とY市の結びつきを宗教的なものと評価するとは通常考えにくいと反論することとなろう。

##### (2) 目的効果基準に拠った場合

目的効果基準に拠って本件土地の無償貸与行為の合憲性を判断する場合、その目的がS町神輿の保管場所確保にあることについては明らかであるので、その目的の宗教性ないし非宗教性、及びS町神輿の保管場所が確保されることと神道ないし他の宗教への影響の大小を、事実を丹念に評価しながら判断することとなる。

Xとしては、S町倉庫の設置目的が社会儀礼を超えて宗教的意義を有するものであり、S町神輿の保管場所確保という宗教的目的によるものであること、及び、効果についても、本件土地の無償貸与は、特にS町神輿について保管場所を優先的に扱うものであって神道を援助・助長し、他の宗教に対する圧迫・干渉に当たるので、20条3項により禁止される宗教的活動に当たり、また、89条の公の財産の利用の提供にも当たるとして、違憲であるなどと主張することとなろう。

これに対し、Y市側としては、S町倉庫自体に宗教的意義は認められず、本件土地の無償貸与行為の目的は宗教的意義を有するものではない。また、本件土地はS町神輿の保管場所として確保されているものであるが、S町神輿は年に1度夏祭りの際にしか使

## 合格に絶対必要な法律論文の書き方

用されないことからすると、一般人がS町倉庫とY市の結びつきを宗教的なものと評価するとは通常考えにくい。さらに、本件土地の無償貸与行為は一般人に対しY市が甲氏子集団に宗教上の特権を付与するとの印象をもたらすものとは評価できない。よって、その効果は、宗教に対する援助、助長、促進又は圧迫・干渉等になるとはいえない。よって、本件土地の無償貸与行為は、20条3項の宗教的活動には当たらず、また、89条の公の財産の利用の提供にも当たらないとして、違憲ではないなどと反論することになろう。

(本論点につき、芦部 P.159～167, 野中ほか I P.324～335, 趣・規 P.42～3, 条・判 P.166～181 等参照)

【MEMO】

解答例（作成：辰巳法律研究所）

P.1 第1 設問1について

2 1 Y市の無償貸与行為（以下「本件無償貸与行為」という。）は、憲法（以下、省略）20条1項後段の「宗教団体」及び89条前段の「宗教  
3 上の組織若しくは団体」（以下、両者を併せて「宗教的団体」という。）に対する特権の授与又は公金の支出であって、两条項に違反する。

4 2 宗教的団体該当性

5 宗教的団体の意義については、政教分離原則が国家と宗教の関わり合いを極力排除するものであることや、「組織」と「団体」は厳密に区  
6 別できないことからすると、厳格に組織化されたものに限らず、緩やかな人的結合体を含むものと解すべきであり、それ自体が宗教団体でな  
7 くとも、宗教上の事業ないし活動・運動を行う団体は、すべて宗教的団体に含まれると解すべきである。

8 そうであれば、甲氏子集団は、R神社において神道の方式に則って宗教的行事を行うことを主たる目的としているため、宗教的団体に当  
9 たることは明らかである。

10 3 違憲の具体的主張

11 (1) 89条の趣旨は、国が宗教的に中立であることを要求す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  
12 ところにあり、これによって、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面からも確保し、信教の自由の保障を  
13 より一層確実なものにしようとする点にある。しかし、およそ国又は地方公共団体が宗教との一切の関係を持つことが許されないというも  
14 のではなく、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  
15 いとするものと解される。

16 上記のことから、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  
17 が89条前段、20条1項後段により禁止されている。そして、ある行為がこれに当たるか否かは、当該行為の外形的側面のみにとらわ  
18 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  
19 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、客観的に判断すること  
20 となる。

21 (2) これを本件につきみると、S町神輿は、宗教的意義を有する夏祭りに用いられるものであり、神輿自体も宗教的意義を有している。すな  
22 わち、R神社の夏祭りは、五穀豊穡を祈願するといった宗教的信条に発したものであり、宗教法人R神社から派遣された宮司が神式の行事  
23 を行っている。また、本件における採納及び無償貸与の経緯からすれば、Y市が本件土地及び隣接地の所有権を取得したのは、S町神輿と  
24 いう宗教的意義を有する物の保管目的であると言わざるをえない。以上からすれば、採納・無償貸与行為の目的は宗教的意義を有するとい  
25 える。

26 S町神輿が前述のように宗教的意義を有すること、しかもS町神輿を担いで市内を練り歩くことが、宗教的色彩のある祭りのハイライ  
27 トとされていること、本件土地の貸与が無償であることなどに照らせば、採納・無償貸与行為は、神社神道を特に優遇して促進し、また  
28 他の宗教への圧迫にもなりかねないものである。

29 (3) したがって、本件無償貸与行為は、20条1項後段、89条に違反する。

30 第2 設問2について

31 1 Y市側の反論

32 (1) 宗教団体該当性について

33 两条項という宗教的団体の意義については、政教分離原則が国家と宗教の相当以上の関わり合いのみを禁じるものである以上、厳格に  
34 考えるべきであり、それ自体は宗教上のものでない団体やグループが何らかの宗教活動を行う際に国又は地方公共団体が公金の支出等を  
35 なしても、89条前段の問題は生じない。

36 本件において、甲氏子集団は、寺院・神社や教派・宗派・教団などと同様に、それ自体宗教上のものとして結成された組織・団体では  
37 なく、あくまでS町内の親睦を深めるため各種行事を行うための組織にとどまるものであるから、宗教的団体に当たらない。

38 また、仮にXの主張する見解を採るとしても、本件無償貸与行為は甲氏子集団ではなく、S町内会を相手方としており、S町神輿は単  
39 にS町内会が夏祭りのために代々保管してきたものととどまるため、S町内会の行為は、神輿信仰及びその普及を目的とするものではな  
40 いから、S町内会は宗教的団体に当たらない。

41 (2) 仮に宗教的団体に当たったとしても、S町倉庫は、S町神輿の保管場所ではあるが、S町神輿は地域コミュニティーの融和の手段として  
42 用いられているにすぎず、習俗的儀礼の域を出るものではない。そうであれば、S町倉庫自体に宗教的意義は認められず、採納・無償貸  
43 与行為の目的は、宗教的意義あるものとは認められない。また、本件土地は、S町の神輿の保管場所として確保されているものであるが、  
44 S町神輿は年に1度夏祭りの際にしか使用されないことからすると、一般人がS町倉庫とY市の結びつきを宗教的なものと評価するとは

P.3 通常考えにくい。さらに、採納・無償貸与行為は一般人に対しY市がS町内会に宗教上の特権を付与するとの印象をもたらすものとはいえない。そうすると、本件土地の無償貸与における宗教とのかかわり合いが、相当とされる限度を超えるものではない。

47 したがって、本件無償貸与行為は、20条1項後段、89条前段に反しない。

## 48 2 私の見解

### 49 (1) 宗教的団体該当性

50 まず、本件無償貸与行為の相手方を検討する。

51 上記契約の相手方は形式的にはS町内会である。しかし、甲氏子集団はS町内会に包摂されるものの、独自に神道の方式に則って宗教的行事を行っており、S町内会とは別に社会的実在として存在していると認められる。そして、実際上のS町倉庫の維持・管理は甲氏子集団によって行われており、実質的には甲氏子集団が本件無償貸与行為の相手方である。

54 次に甲氏子集団が宗教的団体に当たるかを検討する。

55 89条前段は、宗教上の組織・団体が国の財政的援助を行わないことによって20条で定められた政教分離原則を財政面から裏付けたものである。

57 この点について、政教分離原則が国家と宗教の完全な分離を規定したものであるとしても、一定程度の不可避的な関わり合いについてはやむをえないものとしていえると考えられることからすると、宗教上の団体を広く解しすぎることは妥当でない。

59 そこで、憲法という宗教的団体とは、特定の宗教の信仰、礼拝又は普及等の宗教的活動を行うことを本来の主たる目的とする組織ないし団体を指すものと解するのが相当である。

61 しかるところ、甲氏子集団は、S町内の親睦を深めるという目的も見受けられるが、R神社において神道の方式に則って宗教的行事を行うことを主たる目的としているため、宗教的団体に当たる。

### 63 (2) 違憲の具体的検討

64 ア 89条前段、20条1項後段は、公の財産の利用提供等における宗教とのかかわり合いが、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を禁止している。

66 もっとも、国有地が無償で宗教的施設の敷地としての用に供されているといっても、当該施設の性格や来歴、無償提供に至る経緯、利用の態様等には様々なものがあり得ることが容易に想定される。

68 そこで、前記の見地から、相当とされる限度を超えて憲法89条に違反するか否かは、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。

71 イ これを本件につきみると、S町倉庫の移設は、Y市立T小学校の増設等に伴うものであり、Aは、移設先の土地を無償で提供している。移設後、Aは提供した土地の固定資産税を個人負担するという理不尽な状況になってしまったと思われ、1955年にAが本件土地の寄付の申し出をした前提として、S町倉庫の継続利用が求められていた。このような採納の経過からすれば、Y市が、Aから本件土地を採納し、引き続き施設用地として甲氏子集団に利用させることは相当な判断といえる余地もある。

75 しかし、S町倉庫は外観上一見してS町神輿を祀る施設と認識できるものであり、通常一般人には神道の行事に用いられる神輿が収納されていると容易に判断できるものである。

77 また、S町神輿は、市内を練り歩いた後S町倉庫敷地内にある広場にて、宗教法人R神社から派遣された宮司が五穀豊穡の詔を読み、S町倉庫に収納されるという神道の方式に則って行われるその態様から、宗教的意義の希薄な単なる世俗的行事にすぎないといえない。

80 そうすると、本件無償貸与行為は、Y市が、何らの対価を得ることなく本件土地及び隣接地上にS町倉庫を設置させ、甲氏子集団においてこれを利用して宗教的活動を行うことを容易にさせているものといわざるを得ず、一般人の目から見て、市が特定の宗教に対して特別の便益を提供し、これを援助していると評価されるものである。

83 ウ 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、本件無償貸与行為は、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るものとして、公の財産の利用提供に当たり、ひいては宗教団体にに対する特権の付与にも該当する。

### 86 (3) 結論

87 以上より、本件無償貸与行為は、憲法20条1項後段、89条前段に違反する。

88 以上

P.1 第1 設問1

2 1 Xの訴訟代理人としては、Y市が甲氏子集団にS町神輿を収納しているS町倉庫敷地(以下、「本件土地」  
3 という)を無償で利用させていることは、憲法(以下、「法」という)89条前段に反し、違憲であると主張  
4 する。

5 2 甲氏子集団が「宗教上の組織若しくは団体」(法89条前段)にあたること

6 (1) 「宗教上の組織若しくは団体」とは、特定の宗教の信仰、普及等の宗教的な活動を行うことを本来の目  
7 的とする団体をいう。

8 (2) 本件では、甲氏子集団は、地域の親睦を図る行事であっても、R神社において神道の方式にのっとり  
9 行うことを主たる目的としている以上、神道という特定の宗教の普及等の宗教的な活動を行うことを本来  
10 の目的としているといえる。したがって、甲氏子集団は、「宗教上の組織若しくは団体」にあたる。

11 3 法89条前段に反すること

12 (1) 法89条前段が公の財産の支出又は利用を制限した趣旨は、法20条3項が、過去、特定の宗教を弾圧  
13 した経験から、国家と宗教を分離し、信教の自由の保障を確保、強化しようとしたことを受け、それを財  
14 政の面から補強しようとした点にある。もっとも、国家と宗教とを完全に分離することは不可能である。  
15 そこで、法89条前段は、国家が宗教との関わり合いを持つことを全く許さないとするものではなく、宗  
16 教との関わり合いをもたらす行為の目的及び効果に鑑み、その関わり合いが社会的文化的諸条件にてらし  
17 相当とされる限度を超えるものを許さない趣旨と解される。相当とされる限度を超えるものか否かは、宗  
18 教的施設の性格、提供に至った経緯、無償提供の態様これに対する一般人の評価等諸般の事情を考慮し、  
19 社会通念に照らして総合的に判断すると解する。

20 (2) 本件では、本件土地には、S町倉庫(以下、「本件倉庫」)が建っているところ、本件倉庫はS町神輿を  
21 収納するための場所である。S町神輿は、毎年7月の第4日曜日にR神社による五穀豊穡を願う夏祭りに  
22 において、市内を練り歩いた後、本件土地内にある広場において宗教法人R神社から派遣された宮司が五穀  
23 豊穡の詔を読み、本件倉庫に収納される。R神社が主催して行う夏祭りにおいて、宗教色が強いと評価せ  
24 ざると得ない儀式に使用されるS町神輿を収納している以上、本件倉庫は宗教的施設としての性格を有す  
25 るといえる。

26 次に、本件土地が甲氏子集団に無償で提供されるに至ったのは、Y市とS町内会との間で使用貸借契約  
27 書が交わされたからに他ならない。無償提供の態様としては、行政と私人間との契約である。

28 次に、本件倉庫については、登記はされていないものの、運営実態等に照らせば、その所有者はS町内  
29 会であり、実際上の維持・管理は、甲氏子集団によって行われている。また、本件倉庫は、外観上一見し  
30 てS町神輿を祀る施設と認識することができる。以上からすれば、本件倉庫に対する一般人の評価としては、  
31 S町内会の甲氏子集団が維持・管理する宗教的な意味合いの強い建造物であると考えるのが適当である。

32 以上の事情を考慮し、社会通念に照らして総合的に判断すれば、Y市が甲氏子集団に本件土地を無償で  
33 利用させることは、相当とされる限度を超えるといわざるを得ない。

34 (3) したがって、Y市が甲氏子集団に本件土地を無償で利用させていることは、法89条前段に反し、違憲  
35 である。

36 第2 設問2

37 1 甲氏子集団が「宗教上の組織若しくは団体」(法89条前段)にあたること

38 (1) 反論

39 Y市としては、甲氏子集団は、S町内会員によって構成されており、S町内会に包摂される団体である  
40 ので、「宗教上の組織若しくは団体」にはあたらないと反論することが想定できる。

41 (2) 私見

42 確かに、甲氏子集団は、S町内会員によって構成されており、S町内会に包摂される団体である。また、  
43 甲氏子集団は、地域の親睦を図る行事を行う集団でもある。そうだとすれば、公的な性格の強い集団であ  
44 るとも思える。

P.3 46 しかし、S町内会では、お花見やクリスマス会といった神道にはゆかりのないイベントを行っているにも  
47 関わらず、甲氏子集団は、地域の親睦を図る行事であってもR神社において神道の方式にのっとりて行  
48 うことを主たる目的としている。

49 そうである以上、甲氏子集団は、神道という特定の宗教の普及等の宗教的な活動を行うことを本来の目  
50 的としていると評価できる。

51 したがって、甲氏子集団は、特定の宗教の信仰、普及等の宗教的な活動を行うことを本来の目的とする  
52 団体といえ、「宗教上の組織若しくは団体」にあたる。

## 2 法89条前段に反すること

### (1) 反論

54 Y市としては、本件倉庫には、宗教的施設としての性格はなく、その提供に至った経緯、無償提供の態  
55 様等を考慮しても、Y市が甲氏子集団に本件土地を無償で利用させていることは、相当とされる限度内  
56 であり、法89条前段には反しないと反論することが想定される。

### (2) 私見

58 ア 原告が主張する通り、本件土地には、本件倉庫が建っており、本件倉庫にはS町神輿が収納されてい  
59 る。確かに、S町神輿は、S町内会の所有物である。しかし、S町神輿は、毎年夏祭りにおいて1回し  
60 か使用されず、使用されるときというのは、R神社が主催する五穀豊穰を願う祭りにおいてであり、そ  
61 の際には、儀式にも立ち会うこととなる。そうだとすれば、S町神輿及びそれを収納している本件倉庫、  
62 本件土地は、宗教色が強いといえる。

63 イ 本件土地が甲氏子集団に提供されることとなった経緯としては、本件土地はもともと個人が所有して  
64 いた土地を無償で提供を受けていた。しかし、当該個人が本件倉庫の固定資産税等の諸々の経費を負担  
65 することとなる問題が生じたため、Y市が寄付を受けたものである。そうだとすれば、本件土地は、S  
66 町内会がもともと個人から無償で借り受けていた土地であり、その相手方がY市に変更されたにすぎな  
P.4 い。そして、S町内会が所有しているS町神輿についてY市が重要な観光資源としていることに照らせ

68 ば、本件土地の固定資産税をY市が負担することとしても、S町内会への夏祭りに対する補助金等と同  
69 視することができる。

70 ウ 本件土地は、Y市とS町内会との間で使用貸借契約が締結され、S町内会が無償で利用しているので、  
71 提供の態様としては契約による使用である。かかる契約においては、本件土地はS町神輿の保存場所と  
72 して使用することを目的とし、目的外使用が行われ場合には、Y市は直ちに本件土地の明け渡しを求め  
73 ることができる条項が設けられている。そうだとすれば、本件土地の使用に関しては、使用目的が限定  
74 され、S町内会の本件土地の利用に関してY市のコントロールが及んでいたと評価することができる。

75 エ Y市で行われる夏祭りは、江戸時代から続き、300年以上の歴史を持つ伝統行事である。また、S  
76 町神輿を20人以上の大人数でかついで町中を練り歩く勇壮な姿はテレビで全国放映される保護知名  
77 度のあるものであり、現在では、Y市内のみならず県内外から3万人以上の観光客の押し寄せるY市の  
78 風物詩となっている。そうだとすれば、一般人としては、当該夏祭りに対しても、S町神輿に対しても、  
79 もはや宗教的な意義ではなく、伝統的な夏の風物詩として評価していると評価できる。そうだとすれば、  
80 そのようなY市の夏の風物詩で使用するS町神輿についてY市が所有する土地を無償で利用させた  
81 としても宗教的な意義は感じないといえる。このことは、本件倉庫を甲氏子集団が維持、管理していても  
82 同様である。

### オ 結論

84 以上の事情を考慮し、社会通念に照らして総合的に判断すれば、Y市が甲氏子集団に本件土地を無償  
85 で利用させることは、相当とされる限度を超えないといえる。

86 したがって、Y市が甲氏子集団に本件土地を無償で利用させていることは、法89条前段に反せず、  
87 合憲である。

88

以上

合格に絶対必要な法律論文の書き方

【MEMO】

# 令和元年司法試験

## 論文式試験問題集 [公法系科目第1問]

【公法系科目】

【第1問】（配点：100）

近年、いわゆるソーシャル・ネットワーキング・サービス（以下「SNS」という。）の普及に伴って、各国において、事実と反する虚偽のニュースが広く伝播することにより、社会に負の影響を及ぼしているのではないかとということが問題とされるようになってきている。この種のニュースはフェイク・ニュースと呼ばれ、過去に外国の重要な選挙に際して、意図的なフェイク・ニュースの作成・配信が、選挙結果を左右したという研究や報道もなされている。

20XX年、我が国においても、甲県の化学工場の爆発事故の際に、「周囲の環境汚染により水源となる湖が汚染されて、近隣の県にも飲料水が供給できなくなる。」という虚偽のニュースがSNS上で流布され、複数の県において、飲料水を求めてスーパーマーケットその他の店舗に住民が殺到して大きな混乱を招くこととなった。また、乙県の知事選挙の際に、「県は独自の税を条例で定めて県民負担を増やすことを計画している。」という虚偽のニュースがSNS上で流布され、現職知事である候補者が落選したことから、選挙の公正が害されたのではないかと議論が生じた。

このような状況に鑑み、我が国でも、A省において、虚偽の表現の流布を規制する「フェイク・ニュース規制法」の立法を検討することとなった。現在、A省においては、①虚偽の表現を流布することを一般的に禁止及び処罰するとともに、②選挙に際して、その公正を害するSNS上の虚偽の表現について、独立行政委員会がSNS事業者に削除を命令し、これに従わない者を処罰することなどを内容とする立法措置が検討されている（法律案の関連条文は【参考資料】のとおり。以下「法案」として引用する。）。

【立法措置①について】

まず、上記①についての立法措置としては、虚偽表現を「虚偽の事実を、真実であるものとして摘示する表現」と定義し、「何人も、公共の利害に関する事実について、虚偽であることを知りながら、虚偽表現を流布してはならない。」として、公共の利害に関する虚偽の表現を流布することを一般的に禁止した上で、罰則で担保することが検討されている（法案第2条第1号、第6条、第25条）。

なお、虚偽の表現を流布することに関連する現行法の罰則として、例えば刑法には、名誉毀損罪（同法第230条）、信用毀損及び業務妨害罪（同法第233条）の規定があるが、いずれも、特定の人の社会的評価や業務に関するものであり、虚偽の表現を流布することのみについて処罰するものではない。また、公職選挙法には、虚偽事項の公表罪（同法第235条）、新聞紙・雑誌が選挙の公正を害する罪（同法第235条の2第1号、第148条第1項ただし書）といった規定があるが、虚偽事項の公表罪は、「当選を得又は得させる目的」や「当選を得させない目的」をもって、「公職の候補者若しくは公職の候補者となろうとする者」に関する虚偽事項を公表することなどを処罰するものであり、新聞紙・雑誌が選挙の公正を害する罪は、新聞紙・雑誌が虚偽の事項を記載するなどして選挙の公正を害した場合に、その編集者・経営者等を処罰するものであって、虚偽の表現を流布することを一般的に禁止及び処罰するものではない。

以上のように、虚偽の表現を流布することに関連する現行法の規制には、一定の限定が付されているところ、①の立法措置は、虚偽の表現の対象について「公共の利害に関する事実」と限定するものの、それ以外には限定を付さずに、虚偽の表現を流布することを端的に処罰しようとするものである。これは、虚偽の表現が流布されることによる社会的混乱を防止するには、現行法の規制では十分ではなく、虚偽の表現を流布することそのものを禁止することが必要との理由によるものである。

【立法措置②について】

次に、上記②についての立法措置は、インターネット上の虚偽の表現の中でも、取り分けSNS上のもので、その中でも選挙に際しての虚偽の表現が問題であり、緊急に対応措置が執られなければ選挙の公正が害されるおそれ大きいことを理由として検討されているものである。これによれば、「虚偽表現であることが明白」であり、かつ「選挙の公正が著しく害されるおそれがあることが明白」な表現を「特定虚偽表現」として定め、選挙運動の期間中及び選挙の当日に限り、日本国内で広く利用されているSNSを提供しているSNS事業者は、その提供するSNS上において、特定虚偽表現があることを知ったときは、速やかに当該表現を削除しなければならないとされる（法案第9条第1項。ここでいうSNS及びSNS事業者の定義については、法案第2条第2号及び第3号参照。）。なお、選挙に際して、虚偽の事項を記載する等の行為の処罰については、既に指摘したとおり、公職選挙法に規定がある。

さらに、SNS事業者が法案第9条第1項に従って特定虚偽表現を自ら削除しない場合、いわゆる独立行政委員会として新たに設置されるフェイク・ニュース規制委員会（法案第15条、以下「委員会」という。）は、SNS事業者に対し、当該表現を削除するように命令することができ、SNS事業者がこの命令に違反した場合には、処罰されることとなる（法案第9条第2項、第26条）。この委員会の命令については、公益上緊急に対応する必要があることが明らかであるとして、行政手続法の定める事前手続は不要であるとされる（法案第20条）。

なお、一定の場合を除いては、SNS事業者が表現を削除した場合に当該表現の発信者に生じた損害については、SNS事業者を免責することとされている（法案第13条）。

A省における法案の検討の過程で、SNSの利用者を含む一般市民やSNS事業者から意見を聴取する機会が設けられたところ、様々な意見が述べられ、その中には、憲法上の疑義を指摘するものもあった。

#### 〔設問〕

あなたは、A省から依頼を受けて、法律家として、この立法措置が合憲か違憲かという点について、意見を述べることになった。

その際、A省からは、参考とすべき判例があれば、それを踏まえて論じるように、そして、判例の立場に問題があると考えられる場合には、そのことについても論じるように求められている。また、当然ながら、この立法措置のどの部分が、いかなる憲法上の権利との関係で問題になり得るのかを明確にする必要があるし、自己の見解と異なる立場に対して反論する必要があると考える場合は、それについても論じる必要がある。

以上のことを前提として、あなた自身の意見を述べなさい。

なお、独立行政委員会制度の合憲性については論じなくてよい。また、本間の法案による規制は、国外に拠点を置くSNS事業者にも、日本国内の利用者に対してサービスを提供している限り適用され、そのために必要となる法整備は別途適切になされるものとする。

## 合格に絶対必要な法律論文の書き方

### 【参考資料】

フェイク・ニュース規正法（案）（抜粋）

#### 第1章 総則

（目的）

第1条 この法律は、公共の利害に関する虚偽の表現について必要な規制を行うことによって、虚偽の表現により社会的混乱が生じることを防止するとともに、選挙運動の期間中及び選挙の当日における虚偽の表現について必要な削除義務等を定めることにより、選挙の公正を確保することを目的とする。

（定義）

第2条 この法律において、次の各号に掲げる用語の意義は、それぞれ当該各号に定めるところによる。

- 一 虚偽表現 虚偽の事実を、真実であるものとして摘示する表現をいう。
- 二 ソーシャル・ネットワーク・サービス（以下「SNS」という。） インターネット上の会員制サービスであつて、利用者が、任意の情報を、他の利用者と共有し、又は公衆にアクセス可能とすることを目的とするものをいう。
- 三 SNS事業者 SNSを提供することを業とする者をいう。ただし、当該SNSの国内における利用登録者が200万人に満たないものを除く。

四 （略）

（基本理念）

第3条 （略）

（国の責務）

第4条 （略）

（SNS事業者の責務）

第5条 （略）

#### 第2章 虚偽表現の規制

（虚偽表現を流布することの禁止）

第6条 何人も、公共の利害に関する事実について、虚偽であることを知りながら、虚偽表現を流布してはならない。

（選挙運動の期間中及び選挙の当日の表現の留意事項）

第7条 （略）

（SNS事業者が執るべき措置）

第8条 （略）

（選挙運動の期間中及び選挙の当日の虚偽表現の削除義務及びフェイク・ニュース規制委員会による削除命令）

第9条 SNS事業者は、選挙運動の期間中及び選挙の当日に、自らが提供するSNS上に、次の各号のいずれにも該当する表現（以下「特定虚偽表現」という。）があることを知ったときは、速やかに当該表現を削除しなければならない。

- 一 当該表現が虚偽表現であることが明白であること。
- 二 当該表現により、選挙の公正が著しく害されるおそれがあることが明白であること。

2 フェイク・ニュース規制委員会は、特定虚偽表現があるにもかかわらず、SNS事業者によって前項の措置が執られないときは、当該SNS事業者に対し、速やかに当該表現を削除するように命令することができる。

（損害賠償責任の免除）

第13条 第9条第2項の規定による命令に基づき、SNS事業者が、特定虚偽表現を削除した場合

において、これにより当該表現の発信者に生じた損害については、SNS事業者は賠償の責任を負わない。SNS事業者が、特定虚偽表現を削除した場合、又は特定虚偽表現でない表現を特定虚偽表現として削除したことについて故意又は重大な過失がなかった場合も同様とする。

### 第3章 フェイク・ニュース規制委員会

(設置及び組織)

第15条 国家行政組織法（昭和23年法律第120号）第3条第2項の規定に基づいて、A大臣の所轄の下に、フェイク・ニュース規制委員会（以下「委員会」という。）を置く。

2 委員会は、5人の委員をもって組織する。

3 委員は、両議院の同意を得て、内閣総理大臣が任命する。

4 委員の任命については、2人以上が同一の政党に属することになってはならない。

5 委員の任期は、3年とする。

6 内閣総理大臣は、委員が心身の故障のために職務の執行ができないと認める場合又は委員に職務上の義務違反その他委員たるに適しない非行があると認める場合には、両議院の同意を得て、その委員を罷免することができる。

(委員会の所掌事務)

第16条 委員会は、次に掲げる事務をつかさどる。

一 (略)

二 (略)

三 第9条第2項の規定による命令を発すること。

四 公共の利害に関する虚偽表現の防止のための施策を立案すること。

### 第4章 雑則

(行政手続法の適用除外)

第20条 第9条第2項の規定による命令については、行政手続法（平成5年法律第88号）第3章の規定は適用しない。

### 第5章 罰則

第25条 第6条の規定に違反して虚偽表現を流布した者は、30万円以下の罰金に処する。

第26条 第9条第2項の規定による命令に違反した者は、6月以下の懲役又は100万円以下の罰金に処する。

第27条 法人の代表者又は法人若しくは人の代理人、使用人その他の従業者が、その法人又は人の業務に関し、前条の違反行為をしたときは、行為者を罰するほか、その法人又は人に対しても、同条の罰金刑を科する。

## 【本試験の分析（辰巳法律研究所作成）】

### 1 はじめに

今年の公法系科目第1問（憲法）は、フェイク・ニュース規制法（案）の事例のもとで、SNSと虚偽表現、SNSと事業者の表現の自由、適正手続保障などを問うております。全体の難易度は例年並みかと思われます。

まず、問題文は5頁（実質4頁）です。

また、公法系第1問の設問形式は、昨年から従来の主張・反論・私見を問う設問形式ではなく意見書を書かせる形式に変わりましたが、今年も昨年の設問形式を踏襲しております。

なお、フェイク・ニュースに関する文献としては、水谷瑛嗣郎「思想の自由市場の中の『フェイクニュース』」慶應義塾大学メディア・コミュニケーション研究所紀要69号 P.55～68、成原慧「フェイクニュースの憲法問題—表現の自由と民主主義を問い直す」法学セミナー772号 P.18～22などがあります。

### 2 本問の分析

#### (1) 前提

本問は、フェイク・ニュース規制法（以下、「法」という。）における、立法措置①及び立法措置②の違憲性の検討（法令違憲の検討）が求められている問題です。

また、〔設問〕において、答案構成の指標となる項目が示されています。すなわち、(1)「参考とすべき判例があれば、それを踏まえて論じる」こと、(2)「判例の立場に問題があると考えられる場合には、そのことについても論じる」こと、さらに、(3)「立法措置のどの部分が、いかなる憲法上の権利との関係で問題になり得るのかを明確にする」こと、(4)「自己の見解と異なる立場に対して反論する必要があると考えられる場合は、それについても論じる」ことが示されているので、(1)～(4)の項目を指標として答案を構成すべきでしょう。

そうしますと、答案構成の大枠は、立法措置①の合憲性と立法措置②の合憲性に大きく分かれ、それぞれの合憲性の検討の中で、(1)～(4)の項目を必要に応じて検討するというのが、一般的な答案構成になると考えます。

#### (2) 立法措置①の合憲性

ア 法は、2条1号、6条、25条において、SNS上での「虚偽表現の流布」そのものを一般的に禁止・処罰することから、SNSユーザーの表現の自由を制約する法律といえます。そこで、法2条1号、6条、25条の違憲性が、表現の自由という憲法上の権利との関係で問題となります。

#### イ 保護範囲の検討

保護範囲の検討では、SNSユーザーの「虚偽表現」を流布する自由（法2条参照）が、表現の自由を保障する憲法21条1項で保障されるか否かを検討します。

ここでは、「虚偽表現」という保障する価値に乏しいとも考えられる表現が、果たして、表現の自由として憲法上保障されるのかがポイントになると思われます。

参考とすべき判例としては、破壊活動防止法のせん動罪と表現の自由についての最高裁判例（最判平2・9・28刑集44巻6号463頁）が考えられます。この判例は、政治的なせん

動行為に関するものであり、本問の事案とは異なるものですが、広い意味で社会的に危険な行為という点で共通します。この判例は、政治的なせん動行為は「社会的に危険な行為であるから、公共の福祉に反し、表現の自由の保護を受けるに値しない」と判示しています。虚偽表現の危険性と犯罪行為のせん動との差異を踏まえて、自己の見解を展開する論述が考えられます。

#### ウ 制約の有無

前述のごとく、法は2条1号、6条、25条により、SNSユーザーの表現の自由を制約しているといえます。

#### エ 正当化

##### (7) 審査基準の設定

審査基準を厳しくする要素としては、制約を受けている権利が表現の自由という重要な権利であること、虚偽表現という表現内容に着目して規制がなされ、公権力による濫用のおそれが高いこと、虚偽表現の流布そのものを端的に禁止・処罰する直接的規制であること、罰則があること等が挙げられます。

他方、審査基準を緩やかにする要素としては、虚偽表現という保障する価値に乏しいとも考えられる表現への規制であること、「公共の利害に関する事実」と限定することで、適用範囲について一応の限定があること等が挙げられるでしょう。

LRAの基準、もしくは狭義の厳格審査基準を採用する受験生が多いと思われませんが、いずれにせよ、上記判断要素等を踏まえ、自己とは異なる見解への反論を加えながら、自己の審査基準の決定過程を論理的に論述する必要があります。

##### (イ) あてはめ

目的の審査としては、立法措置①の目的である「社会的混乱が生じることを防止する」こと（法1条）について検討することになります。すなわち、LRAの基準を採用したのであれば、「社会的混乱が生じることを防止する」との目的が重要であるかについて、狭義の厳格審査基準を採用したのであれば、やむにやまれぬほどに重要であるのかについて価値判断を論述することになります。

手段の審査としては、LRAの基準からは、虚偽表現の流布そのものを端的に禁止・処罰する手段以外に、より制限的でない上記目的達成のための手段が存在するかどうか、狭義の厳格審査基準からは、上記目的達成手段として必要不可欠であるかを検討することになります。その際には、[刑法における名誉毀損罪・信用毀損及び業務妨害罪の規定や公職選挙法の規定で対処できるか]、[甲県化学工場の爆発事故における混乱状況]、[法6条・25条が「公共の利害に関する事実」との限定のみで、「虚偽表現」を流布することそのものを端的に処罰するものであること]などの問題文記載の立法事実を指摘・評価する必要があります。さらに、SNSの特性（誰もが容易に参加・発言が可能、虚偽情報の訂正も容易、二次的利用による弊害の拡大など）の指摘・評価といった教科書知識以外の知識・知見を活用した論述もできるとよいでしょう。

あてはめでも、自己とは異なる見解に対する反論を加えつつ、自己の見解を論述することが必要でしょう。

##### (3) 立法措置②の違憲性

ア 法は、9条1項・2項、26条、27条において、「特定虚偽表現」の削除義務及び削除命令に違反した場合の罰則を規定することから、SNS事業者の表現の自由を制約する法律といえます。そこで、法9条1項・2項、26条、27条の違憲性が、立法措置①と同様、表現の自

## 合格に絶対必要な法律論文の書き方

由という憲法上の権利との関係で問題となります。

### イ 保護範囲

保護範囲の検討では、SNS事業者の「特定虚偽表現」をする自由（法9条1項参照）が、表現の自由を保障する憲法21条1項で保障されるか否かを検討します。

まず、SNSではユーザー発言がそのまま掲載されることから、SNS事業者固有の表現の自由の存否等が問題となり得ます。この点、他のSNSユーザーの知る権利を充足するという観点からの論述も考えられるでしょう。

さらに、立法措置①と同様、「特定虚偽表現」（法9条1項）という保障する価値に乏しいとも考えられる表現が、表現の自由として保障されるかも問題となります。

### ウ 制約の有無

前述のごとく、法は9条1項・2項、26条、27条により、SNS事業者の表現の自由を制約しているといえます。

### エ 正当化

#### (ア) 審査基準の設定

審査基準を厳しくする要素としては、立法措置①と同様、制約を受けている権利が表現の自由という重要な権利であること、虚偽表現という表現内容に着目して規制がなされ、公権力による濫用のおそれが高いこと、罰則（法26条、27条）があること等があります。

そして、審査基準を緩やかにする要素としては、虚偽表現という保障する価値に乏しいとも考えられる表現への規制であること等は、立法措置①と共通です。

もっとも、立法措置②では、立法措置①とは異なり、「特定虚偽表現」は、「選挙運動の期間中及び選挙の当日」「虚偽表現であることが明白であること」「選挙の公正が著しく害されるおそれがあることが明白」といった限定があります。また、立法措置②における罰則は、立法措置①とは異なり、削除命令（法9条2項）に違反して初めて科される罰則であり（法26条）、ワンクッション挟んで科される罰則といえます。

このように立法措置②では、上記立法措置①との相違点に留意しつつ、自己が採用する審査基準の決定過程を論理的に論述する必要があるでしょう。

#### (イ) あてはめ

目的の審査としては、立法措置②の目的である「選挙の公正を確保」（法1条）することについて検討することになります。LRAの基準を採用したのであれば、「選挙の公正の確保」との目的が重要であるかについて、狭義の厳格審査基準を採用したのであれば、やむにやまれぬほどに重要であるのかについて、自己の価値判断を論述することになります。

手段の審査としては、LRAの基準からは、「特定虚偽表現」の削除義務及び削除命令違反に対する罰則という手段以外に、より制限的でない上記目的達成のための手段が存在するかどうか、狭義の厳格審査基準からは、「特定虚偽表現」の削除義務及び削除命令違反に対する罰則という手段が、上記目的達成手段として必要不可欠であるかを検討することになります。その際には、[公職選挙法の規定で対処できるか]、[乙県の知事選挙での現職知事の落選]との問題文記載の立法事実や、前述の[SNSの特性]を指摘・反論・評価する必要があるでしょう。

また、前述のごとく、立法措置②における罰則は、削除命令に違反して初めて科される、ワンクッション挟んだ罰則であることの指摘・評価も重要です。具体的には、削除命令は、フェイク・ニュース規制委員会（以下、「委員会」という。）によりなされる命令であること

から、委員会の所掌事務（法16条）、委員の任命権者、任命要件、委員の任期等（法15条）の点から、委員会の中立性・専門性などを検討することになるでしょう。ここで参考となる判例として、広島市暴走族追放条例事件（最判平19.9.18刑集61巻6号601頁）が挙げられます。この判例では、「これを行うことを直ちに犯罪として処罰するのではなく、市長による中止命令等の対象とするにとどめ、この命令に違反した場合に初めて処罰すべきものとするという事後的かつ段階的規制によっていること等にかんがみると」として、合憲との結論を導いています。本問でも、委員会による削除命令に違反した場合に処罰対象とするという、事後的かつ段階的規制であることから、判例を踏まえた論述が可能となるでしょう。

さらには、法20条において行政手続法の適用除外が定められていることについて指摘・反論・評価をすべきです。

(4) その他

ア 立法措置①では、上記(2)における実体審査の他に、文面審査として、法6条・25条について、明確性の原則（憲法21条1項、31条）が問題となり得ます。

イ 立法措置②でも、上記(3)における実体審査の他に、文面審査として、法9条・26条について、明確性の原則が問題となり得ます。

さらに、手続審査として、行政手続法の適用除外を定める法20条が、憲法31条に反しないかについて問題となり得ます。ここでは、成田新法事件判決（最大判平4.7.1民集46-5-437）を参考とした論述が可能です。

## 令和元年司法試験論文式試験公法系科目第1問（憲法）

### ◎ 再現答案 ◎

Memo

#### P.1 設問

2 SNS利用者の自由について

3 法6条と法25条はSNS利用者のフェイクニュースをする自由を  
4 侵害して憲法21条1項に違反して違憲ではないか。

5 (1) フェイクニュースをする自由は憲法21条1項で保障されるか。

6 判例によれば、国民の知る権利に資する表現行為ならば報道の  
7 自由として憲法21条1項で保障される。

8 確かに、虚偽の情報を流布すること自体の表現の価値は低いし、  
9 かかる知る権利の重要性も低いため表現の自由としては保障され  
10 ないとの反論が考えられる。

11 しかし、国民が真実の情報も虚偽の情報も合わせて知ること  
12 その事柄についての情報を精査することも知る権利の一部とい  
13 える。したがってフェイクニュースであっても国民の知る権利に資  
14 するので報道の自由として21条1項で保障される。

15 (2) 法6条は公共の利害の事柄についてのフェイクニュースをする  
16 ことを禁止している。また法25条は、法6条に違反した場合は  
17 罰金を科すと規定しているため制約の程度は強い。

18 (3) フェイクニュースをすることは、ニュースについての問題を取り  
19 上げ、批判等を経て自己の人格を成長発展させるという意味で  
20 自己実現の価値を有する。

21 確かに、6条はフェイクニュースをすることは特定の見解を封  
22 じ込めることにほかならず見解規制にあたり、思想良心(19条)  
23 を制約するものなので違憲であるとの主張が考えられる。

P.2 しかし、公共の利害に関する事柄についてのフェイクニュース  
2 の一部を規制するものにすぎず、特定の見解を規制するものでは  
3 ない。したがって見解規制にあらず、主題規制にとどまる。た  
4 だし、表現の内容に注目した内容規制である。内容規制は思想の  
5 自由市場を歪めるものなので制約の程度は強い。また前述のよう  
6 に罰則を伴うため制約の程度は強い。

7 そこで合憲性の判断は厳格に④目的が必要不可欠であって⑥手  
8 段が必要最小限度であるかどうかで判断する。

9 (4) これを本件についてみると、④目的は虚偽のニュースを規制す  
10 ることである。これによる社会への負の影響を避けることにある。  
11 しかし、国民にはある程度のメディアリテラシーがあるから、S  
12 NS上の情報をすべて鵜呑みにするとは考えられない。したがっ  
13 て、虚偽のニュースを流布することによって社会にとって負の影  
14 響が生じるということは観念上の想定にすぎない。したがって目

15 的は必要不可欠なものではない。

16 また⑥手段について検討する。

17 確かに、甲県の化学工場が爆発して、水源となる湖が汚染され  
18 て、飲料水が飲めなくなるなどの虚偽のニュースが広まり、混乱  
19 が生じることがあったので同様の事態を防ぐためには、包括的に  
20 規制する必要があるため手段は必要性があるとの反論が考えられ  
21 る。

22 しかし、国民が虚偽の情報を鵜呑みにするわけではないため、  
23 常に混乱が生じるわけではない。そのような混乱はたとえば化学  
P.3 工場の爆発という事態が生じたあとに生じているので、混乱が生  
2 じるときだけ個別的に規制すれば足りる。したがって代替手段が  
3 あるため必要性はない。また刑法が社会的評価を下げるに足りる  
4 事実について虚偽を規制して、また公職選挙法は公職の候補者や  
5 新聞紙や雑誌の編集者や経営者という限られた主体のみ規制して  
6 いるのは虚偽の情報が流される危険性については個別的に対処す  
7 ればたりることを示している、したがって包括的に規制しなくて  
8 も個別的に規制すれば足りる。

9 また、確かに虚偽のニュースのうち虚偽の表現のみを規制して  
10 いるから、手段として比例性を有すると考える。

11 しかし、刑法230条の2第1項は「公共の利害に関する事実」  
12 には名誉毀損罪に対する違法性阻却事由による免責の余地を認め  
13 ていることから、「公共の利害に関する事実」は特に表現を行う必  
14 要性が高い。また、「公共の利害に関する事実」とは、抽象的な事  
15 実であって、これによってありとあらゆる表現行為がすべて規制  
16 されない。そうすると事実上国家による恣意的な情報統制を容認  
17 することに他ならず、過度広汎な規制であり、比例性を欠く。

18 したがって手段は必要最小限度とはいえない(⑥不充足)。

19 (5) 以上より法6条と25条は21条1項に違反して違憲であると  
20 の意見を述べる。

21 SNS事業者の自由について

22 1 法9条2項や法26条は、SNS事業者のSNSを管理する自  
23 由を侵害して21条1項に反して違憲ではないか。

P.4 (1) 表現の自由とは自己の思想を外部に伝達する自由である。

2 確かに、情報検索事業者の検索システムと異なり、SNSは  
3 SNS利用者がメッセージを発しているにすぎず、SNS事業  
4 者の表現行為とはいえないから、営業の自由(22条1項)で  
5 保障されるにすぎないとの反論が考えられる。

6 しかし、SNSは、その利用の形態によって特徴づけられて  
7 いる。たとえばツイッターの場合は、だれでも個々人の独り言  
8 をつぶやくことを容認することで、だれでも独り言をつぶやけ  
9 るSNSとして機能している。そうするとSNSの利用者の表

10 現行為によって、SNSの特徴を外部に示すことができる。し  
11 たがって、SNS事業者がSNSを管理する自由は自己の思想  
12 を外部に伝達する自由として21条1項によって保障される。

13 (2) また、法9条1項は、表現が虚偽の表現であることが明らか  
14 であり、選挙の公正が害されるおそれがある表現行為を禁止し  
15 ているから、法9条1項はSNS事業者のSNSサイトを管理  
16 する自由を制約している。

17 (3) また、SNSを管理することで、個々のSNSの特徴を伝える  
18 ことで自己の人格を成長発展させるから自己実現の価値を有  
19 する。また、SNSは政治意見表明にも使われているのでSNS  
20 サイトを管理することは自己統治の価値を有する。

21 また、法9条1項は表現の内容に注目した内容規制であるの  
22 で制約は強い。また法26条で罰則が規定されているので、制  
23 約の程度は強い。もっとも表現の内容の一部を規制するものな  
P.5 2 ので間接的制約となる。そこで合憲性は④目的が重要であって  
3 ⑤手段が目的との実質的関連性があるか否かで判断する。

4 これを本件についてみると④目的は選挙の公正を図ることで  
5 あって民主政の基盤をなすため重要といえる。

6 さらに⑤手段についてみると、確かに乙県の知事選に際して  
7 県は独自の税を条例で定めて県民の負担を増やそうとしている  
8 などの虚偽のニュースがSNS上で流されて、現職の知事が落  
9 選しているため、選挙の公正が害されたため、手段は適合性が  
10 あるとも思われる。

11 しかし、国民はメディアリテラシーを有し、虚偽のニュース  
12 を鵜呑みにするとは限られず、それによって選挙の公正が害さ  
13 れるとは限られず、観念上の想定にとどまる。また、たとえば  
14 アメリカのネガティブキャンペーンなどのように選挙には多  
15 方面の情報から判断されることも多いから、虚偽の情報があるか  
16 らといって選挙の公正を害するとはいえない。したがって手段  
17 は適合性がない。

18 また法26条は法9条2項に違反した場合には刑罰を科すこ  
19 とを定めているが、刑罰という強力な手続を定めなくても、業  
20 者を公表するなどすれば、足りる。したがって手段は必要性を  
21 欠く。

22 さらに、確かに法13条でSNS事業者が表現を削除した場合に  
23 当該表現の発信者に生じた損害について免責すると定めら  
P.6 2 れる。

3 しかし、SNS事業者が損害賠償請求されないとしても利用  
4 者との信頼が害される。そして社会的評価は企業の存続に必要  
不可欠であるところ、かかる評価が害されるときは、企業とし

- 5 て重大な損害を受ける。
- 6 加えて法20条で行政手続法の事前手続は不要であるとして
- 7 いるところ、行政手続法1条は手続の公正と透明性を担保する
- 8 ことを趣旨としているから、罰則が伴う命令に対して事前手続
- 9 が履践されないことは手続の公正や透明性を害することになり
- 10 不当である。
- 11 したがって手段は過度であり、比例性を欠く。
- 12 以上より手段は目的との実質的関連性を欠くといえる。
- 13 (4) よって法9条、26条は違憲であるとの意見を述べる。
- 14 2 法9条1項2号は「選挙の公正が著しく害されるおそれ」など
- 15 抽象的な文言を使っているために漠然ゆえ無効とならないか。
- 16 (1) 法9条との表現行為との関係では21条1項に違反しないか。
- 17 法26条との関係では31条に違反しないかが問題になる。漠
- 18 然性ゆえ無効かどうかは、通常の判断能力を有する一般人の理
- 19 解においてその適用を可能ならしめる基準が読み取れるかどう
- 20 かで判断する。
- 21 (2) これを本件についてみると、選挙の公正が著しく害されると
- 22 という文言は極めて抽象的であって通常の判断能力を有する一般
- 23 人がその適用を可能ならしめる基準は読み取ることにはできない。
- P.7 (3) したがって法9条1項2号は漠然性ゆえ無効である。
- 2 (4) よって法9条1項2号は21条1項、31条に反して違憲で
- 3 あるという意見を述べる。

4 以上

## 辰 巳 法 律 研 究 所

東京本校：〒169-0075 東京都新宿区高田馬場4-3-6  
TEL03-3360-3371（代表） ☎ 0120-319059（受講相談）  
<http://www.tatsumi.co.jp/>

大阪本校：〒530-0051 大阪市北区太融寺町5-13 東梅田パークビル3F TEL06-6311-0400（代表）  
京都本校：〒604-8187 京都府京都市中京区御池通東洞院西入る笹屋町435  
京都御池第一生命ビルディング2F TEL075-254-8066（代表）

名古屋本校：〒450-0003 名古屋市中村区名駅南1-23-3 第2アスタービル4F  
TEL052-588-3941（代表）

福岡本校：〒810-0001 福岡市中央区天神2-8-49 ヒューリック福岡ビル8F  
TEL092-726-5040（代表）

岡山校：〒700-0901 岡山市北区本町6-30 第一セントラルビル2号館 8階  
穴吹カレッジキャリアアップスクール内 TEL086-236-0335