

宗教団体による公立学校施設の目的外使用と政教分離原則

田 近 肇

はじめに

第一章 占領期のが国における議論

I 問題の提起

II GHQにおける議論

III 昭和二十四年十月二十五日の文部省通達

第二章 アメリカ合衆国における平等アクセス論

I 平等アクセス論の登場

II 平等アクセスと政教分離原則

III 内容に基づく規制と観点に基づく規制
おわりに

はじめに

国家と宗教団体の関係について、両者の分離を徹底しようとするいわゆる政教分離原則がときとして信教の自由と対立関係に立つことがあるということは、今日、広く認識されているところである。まさしくこの両者の対立と

その調^{アモデーレン}整^ンが問題となった「エホバの証人」神戸高専生原級留置・退学処分事件（最一小判平成八年三月八日民集五〇巻三号四六九頁）は、「国家と宗教との完全な分離」を理想としてきた従来の考え方に反省を迫るものであったということができ、ある論者は、その後の別の判決についてではあるが、「およそ国家が宗教というものと無縁であるべきだ」という意味で、完全分離をいうとすれば、国家生活における宗教の役割を尊重する憲法の下において、それは『理想』になりうるものであろうか」との「根本的な問題」を提起している¹⁾。

そして、この論者が最高裁判所による国家の「宗教的中立性」と「非宗教性」との同一視を批判するのも、同じ問題意識に基づいている。国家の宗教的中立性という原理が、「複数の宗教が存在することを前提とし、すべての宗教団体に対する平等な取扱い」を国家に要求するものであるのに対し、国家の非宗教性という原理は、「国家生活における一切の宗教色を排除する意味をもたされることもあり、「信教の自由の保障とは」全く反対の方向にも進みうる」からである。

そうすると、日本国憲法が政教分離原則を採用していると言うとき、国家の「宗教的中立性」を前提としているのか、それとも「非宗教性」を前提としているのかが問われることになるが、これが問題となる場面として、宗教団体による公立学校施設²⁾の目的外使用の問題がある。

三田市学校施設目的外使用事件（神戸地判平成一二年二月二十九日判例地方自治二〇七号七二頁）は、三田天満神社正遷宮に際し、三田市教育委員会が正遷宮実行委員会による三田小学校施設の使用を許可し、その使用料を免除したことが争われた事例である。正遷宮は、二十五年に一度神社を修復する際に行なわれる祭事であって、のぼりや神輿を中心として鐘や太鼓、笛で音頭を取りながら神社境内まで町内を練り歩く「のぼりさし行列」が行なわれる。そして、三田小学校の施設は、この「のぼりさし行列」の参加者の休憩場として使用された。そこで、本件使用許可処分および使用料免除処分が憲法八九条前段に反し違法であるとして、地方自治法二四二条の二第一項四号

に基づき住民訴訟が提起されたのである。

ただ、本件で使用許可を受けた団体は、宗教法人三田天満神社そのものではなく、正遷宮実行委員会であるが、本判決による本件実行委員会の性格付けは、やや不可解である。すなわち、本判決は、「実行委員会は、……正遷宮に奉賛するための氏子の組織であって、……宗教的色彩を帯びた事業を執り行う組織」ではあるが、「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」から、「憲法八九条にいう『宗教上の組織若しくは団体』に該当しない」とする。「のぼりさし」それ自体としては、宗教的色彩を有するものの、あくまでも伝統的習俗的行事なのであって、これを行うことを目的とする団体は宗教活動そのものを目的とする団体ではないという理解であろうが、正遷宮に奉賛することを目的として組織された団体の活動を神社の祭礼から切り離して論じることには無理があるのであって、本件実行委員会は、「宗教上の組織若しくは団体」であると考えるべきであろう。

そうすると、公立小学校施設という公の財産を宗教上の組織の利用に供することは、形式的には憲法八九条前段に抵触することになる。そして、わが国の政教分離原則について、国家は宗教とのかかわりを一切もつべきでないとする非宗教性原理を前提とする立場をとるならば、このようなことはおよそ許されないとことになろう。⁽³⁾

他方で、国家の宗教的中立性原理を前提とする立場からすればどうだろうか。本件では三田市には小学校施設に代わる施設は他になかったのであり、本件実行委員会にしてみれば、使用が許可されなかった場合、その宗教活動に支障を来たしただであろうことは想像に難くない。また、他の団体が学校施設を利用できるにもかかわらず、本件実行委員会だけがその宗教性を理由に使用を拒否されるのだとすれば、その不許可処分は、実行委員会の目には宗教を理由とする不利益な取扱いだと映ったであろう。それゆえ、他の団体に対して目的外使用が認められるのと同じ条件の下であれば、本件実行委員会に公立小学校施設の使用を認めたとしても国家の宗教的中立性には反しない

と考えることも可能である。

この判決は、第一審で確定したこともあつてか、ほとんど注目を集めていないように思われるが、実は、宗教団体に對し公的な施設、とりわけ公立学校施設を使用させることが憲法第八九条前段に反しないかどうかという問題は、すでに、わが国で政教分離原則が導入された占領期に問題とされ、未解決のまま残されたいわば「宿題」であつた。

本稿は、この「宿題」について解答を与えようとするものである。そのため、まず、第一章において、占領期にこの問題が提起された経緯、連合国軍総司令部内部でなされた議論、それに対する日本側の反応を検討する。これによって、この「宿題」に對しどのような解答がありうるかが明らかになるであろう。そして、第二章では、宗教団体による公立学校施設の使用にかかわるアメリカ合衆国の一連の判例を考察する。この問題はアメリカではかなり以前から議論の対象となつているほか、政教分離原則に関するわが国の議論がアメリカ合衆国の議論の強い影響を受けていることからすれば、これを考察することはわが国の問題を考えるうえで有益な示唆を与えてくれるであろう。

- (1) 大石眞「愛媛玉串料訴訟」上告審判決寸感」ジュリスト一一一四号(平成九年)二六頁、二七頁。また、大石眞「通俗的『政教分離』観を排す」大石眞ほか・憲法二〇条(第三文明社、平成一二年)一五三頁、一五五頁もみよ。
- (2) 大石眞・前掲注(1)二六頁。
- (3) もちろん、非宗教性原理を前提とした完全分離の立場からも、平等原則によって宗教団体にも目的外使用を認めることができるのかもしれない。例えば、愛媛玉串料訴訟上告審判決における高橋久子裁判官の意見をみよ。しかし、そうだとすれば、その完全分離論はそもそも限定的なものだと言わざるをえず、何のために完全分離ということを主張するのか——個人的な心を説くのであればともかく——分からないことになる。
- (4) 管見の限りでは、本判決の評釈としては、山代義雄「学校施設目的外使用損害賠償代位住民訴訟事件」判例地方自治二二二

号(平成一四年)四六頁があるほか、平野武「愛媛玉串料最高裁判決とその後」宗教法二二号(平成一四年)二五一頁、二六九頁がわずかに本判決に触れるのみである。

第一章 占領期のわが国における議論

I 問題の提起

連合国軍最高司令官総司令部(GHQ)による占領当時、民間情報教育局(CIE)宗教課のスタッフであったW・P・ウツグードは、宗教と公教育に関する問題は、昭和二十年十二月十五日のいわゆる神道指令と昭和二十年十二月三十一日の「修身、日本史及び地理の授業の停止」と題する指令とによって提起され、昭和二十四年十月二十五日に連合国軍最高司令官の立場を明確にした文部省の通達が最終的に出されることによって解決されたと述べている。⁽⁵⁾

宗教団体に対し公立学校施設を使用させることが神道指令に反しないかという問題もまた、宗教と公教育に関する問題の一つとして議論されている。戦時中のわが国において学校が「日本国民を欺き侵略戦争へ誘導する意図のもとに神道の教理並に信仰を歪曲し「た」軍国主義的並に過激なる国家主義的宣伝に利用」されていたとみた神道指令の立場からすれば、宗教団体が公教育施設を利用して宣教活動を行うことは容認しがたいことだったからである。このことは、ひとり国家神道に限られない。神道指令は、「あらゆる宗教・信仰・宗派・信条乃至哲学の信奉者に対しても政府との特殊の關係を持つことを禁じ」るものであったから、当時、国家神道以外の宗教団体が公立学校施設を使用することもまた、一律に排除されたのである。

そして、新憲法が制定されると、その政教分離規定との関係が議論されるようになるが、これについてもまた、神道指令の場合と同様に理解されていたようである。例えば、CIE宗教課長バンスも、昭和二十二年五月二十二日付の文書において、新憲法の二〇条および八九条を引用し、宗教団体に目的外使用を認めることの弊害を指摘したうえで、次のように結論付けている。

一 公立学校の建物及び施設は、宗教目的で使用されるべきではない。それらは、決して、宗教活動のために使用され、貸与され、供与されるべきではない。⁽⁶⁾

そして、バンスは、文部省に対しその趣旨の通達を發するよう求めることを提案するのであるが、しかし、反面で、当時、一般に集会のための適当な施設が不足していたから、集会の場所として学校施設を使用することができるかどうかは、宗教団体にとって宗教活動を行なううえで切実な問題であったであろう。さらに、ウツグードによれば、「すべての宗教にたいして反対をとなえていた各地の共產主義者には集会のために学校施設を使うことが許されていたのであるから、宗教家たちの憤激は当然であった」⁽⁷⁾。それゆえ、民政局は、同年六月五日付の文書において、バンスの提案に反対して、次のようなコメントをしている。

一 民政局は、提案された政策声明が必要であることに同意しない。この問題は、日本人が自ら決定すべき問題であるように思われる。戦時中に教会、神社、寺院が広く破壊されたこと及び現在民主主義の不可欠の要素として精神的価値の重要性が強調されていることに照らし、公の建物を宗教目的で一時的に使用することに反対する立場を連合国軍最高司令官が採ることは賢明ではないと信じる。

二 新しい日本国憲法が禁止しているのは、特定の宗教団体又は宗派に金銭又は物品を提供することである。それらの規定が公の施設を一時的に平等に貸与することも禁止しているというのは、誤った解釈であろう。そのような解釈は、慈善運動や赤十字集会に関連した公の集会施設の使用も禁止することになろう。⁽⁸⁾

(5) ウィリアム・P・ウッダード(法性祐正訳)「日本における宗教と国家の関係」龍谷大学宗教法研究会編・宗教法研究第一二輯(平成五年)九七頁、一五六頁。

(6) "Use of Public School Facilities for Religious Purposes", GHQ/SCAP Records CIE (C)-00613 (E1-E2). (国立国会図書館に所蔵。以下、同じ)

(7) ウィリアム・P・ウッダード(阿部美哉訳)・天皇と神道——GHQの宗教政策——(サイマル出版会、昭和四七年)二二四頁。

(8) (無題文書) GHQ/SCAP Records CIE (C)-00613 (E3).

II GHQにおける議論

(1) 宗教課長パンスの覚書

ウッダードは、公立学校教育における宗教の地位に関する宗教課の態度は昭和二十二年八月二十五日付の覚書の中でパンスによりある程度詳細に定式化されたと述べている。⁽⁹⁾ そのうち関連部分は次の通りであるが、おおむね民政局が指摘した通りの内容となっている。

五 放課後における宗教目的での公立学校建物の使用の問題は、地元の日本文官吏が決定すべき問題である。占領当局は、特定の宗教団体に有利又は不利な差別が行なわれる場合にのみ関心を表明すべきである。

六 特定の宗教又は宗教体系のため公立学校で宣教活動を行なうことは、明確に禁止されている。占領当局は、児童・生徒が登校を義務付けられている時間中に公立学校が特定の宗教団体による布教活動の場として用いられることに対しては、今後も警戒しなければならない。¹⁰⁾

まず、第一に、バンスの覚書は、公立学校の建物を放課後に宗教的な目的のために使用する件に関しては、地元の方が決定すればよい問題であると示している。もちろん、児童・生徒が登校を義務付けられている時間中に公立学校施設を布教目的での宗教団体の利用に供するという事になれば、公立学校における特定の宗派宗教教育を禁止した神道指令と正面から矛盾し許されないことになるが、授業時間外に宗教団体が公立学校施設を使用することは、神道指令というよりも、直接的にはむしろ、制定されたばかりの憲法八九条前段にかかわる問題であり、新憲法の条文は日本人自身によって解釈されるべきもので、占領軍によって解釈されるべきものではないとの考えから、地元の方が決定すべきであるという形で日本側に判断を委ねるべきものとされたのである。

第二に、その結果、地元の方が「宗教的な目的のために学校の施設を一時的に使用すること」が憲法八九条前段に反しないと考え、これを許可したとしても、「民間情報教育局が反対すべきでない」ということになるが、これには「特定の宗教団体に有利または不利な差別が行なわれておらず、また学校のプログラムの邪魔になりさえしなければ」という条件が付されていた。したがって、特定の宗派に対してのみ学校施設の使用が許可されるとすれば、第一の点にかかわらず、GHQとして反対の意向を表明すべきものとされている。

第三に、戦争によって礼拝施設が不足していたということがこの問題のそもそもの発端であった以上、宗教団体が公立学校施設を使用する目的が「宗教目的」であることは、問題視されていなかったことが分かる。

(2) 宗教教育顧問ビース博士の覚書

この基本的立場が占領当局、とりわけ宗教課内で共有されたものであったことは、「決して宗教課または占領当局のスタッフの公式見解ではない」という断りつきながら、公立学校における宗教の取扱いに関して「非公式な議論」の結果を記した宗教教育顧問ビース博士の覚書からも伺える。そのうち、関連部分は、次の通りである。

三 これらの憲法規定「日本国憲法二〇条および八九条前段」は、日本の教育制度が現実に世俗化されるよう要求している。

これらの規定の意味について特定の解釈を施すことは、日本人自身の問題であつて、いくつかの問題については、最高裁判所がテストケースを判断することが必要であることは間違いない。……占領当局は、放課後における学校建物その他の財産の使用の問題に関しては、特定の宗教団体に対して有利または不利な取扱いがなされない限り、日本の当局自身が判断すべきであると決定した。⁽¹²⁾

公立学校における宗教の取扱いのうち、宗教教育のあり方についてCIE内部でも宗教課と教育課の間で意見の対立があり、昭和二十二年秋以降議論がなされたことは、よく知られている⁽¹³⁾。しかし、宗教団体に対する公立学校施設の目的外使用許可の問題は、それほどの論争にならなかつたようである。例えば、同年十一月一日付のパンスの覚書⁽¹⁴⁾、十一月八日付の教育課長オアアの反論⁽¹⁵⁾、十一月十四日付のパンスの再反論⁽¹⁶⁾でもこの問題は触れられておらず、八月二十五日のパンスの覚書の方針がそのまま維持されていく。

(3) 昭和二十四年五月二十六日付の作戦命令書案

公立学校における宗教の取扱いに関する政策声明について、最初のスタッフ・スタディと送状は昭和二十四年一月十四日に提出された⁽¹⁷⁾。しかし、その中には文化財鑑賞を目的とした神社仏閣の見学（例えば、京都・奈良への修

学旅行を想起されたい)の容認のように神道指令と矛盾するものが含まれており、神道指令を修正する新たな指令を發することが必要であるという法形式面での問題に直面したようである。⁽¹⁸⁾ その結果、公立学校における宗教の取扱いについての政策声明は、部分的には日本政府に対する新たな指令として、部分的には第八軍に対する作戦命令として發表されることとなり、宗教団体による公立学校施設の使用の問題は、後者に盛り込まれることとなった。こうして、昭和二十四年六月二十三日に提出された、同年五月二十六日付の作戦命令書案は、この問題につき、次のように述べている。

七(4) 学校の建物または運動場は、正規の授業時間外で、かつ、授業計画を妨げない時間に非差別的な基準に従って学校外の宗教団体または宗教組織に使用させることができる。地元の学校当局がそのような特権を与えるときは、施設を使用させることに伴う費用に見合う使用料を徴収しなければならない。使用後は、宗教的な象徴をすべて取り除き、建物を当初の状態に戻さなければならない。⁽¹⁹⁾

ここでも、先にバンスの覚書について指摘した三つの基本的立場をみることができる。地元の学校当局は宗教団体に對し公立学校施設の目的外使用を許可する権限を有しているが、この許可は、非差別的な基準に従って行なわれなければならない。宗教団体が宗教活動を目的として公立学校施設を使用することが許されるかという点についても、使用後に宗教的な象徴を取り除かなければならないと述べていることからすれば、宗教儀式などのための使用が前提とされているといつてよい。

(4) 昭和二十四年九月九日付の作戦命令書案

しかし、政策声明案のうち、この問題に関する部分は、昭和二十四年九月九日付の作戦命令書案では、大幅に簡

略化されている。

一〇e 学校外の地元の宗教団体が授業時間外に公立学校建物を使用することに関しては多くの問題が提起されている。今や、地域の学校の建物を管理する責任は、地元の学校当局が負っているので、それらの問題はすべて、地元の学校当局に決定を求めるべきである。

一一 最後に、学校建物の使用や宗教団体の教職者または信者の雇用といった上記の問題の多くは、日本の憲法および法律の下での合法性について、日本の裁判所により審査されるであろう。²⁰

このように九月九日付作戦命令書案において、五月二十六日付作戦命令書案にみられた具体的な指示が削除された理由は必ずしも明らかではない。ただ、宗教課の態度を変えさせた原因として考えられるものに、五月二十六日付作戦命令書案に対してG H Q法務局が付したコメントがある。

二 第八軍司令官宛の命令書案について、法務局は、第七項に含まれた政策声明は神道指令および日本国憲法八十九条に反するよう思われるため、法的に疑わしいという意見を有している。

三b 日本国憲法八十九条は、公金または公の財産を宗教団体の使用に充てることを禁止している。命令書案の第七項は、日本の公立学校が宗教目的で使用されること……を是認しているように思われる。²¹

そして、法務局は、神道指令と矛盾する政策声明を発しようとするのであれば新たな指令が必要だと指摘しているのであるが、神道指令との矛盾はそれによって解決するにしても、憲法八十九条前段との矛盾という問題は、依然

として残るはずである。結局、宗教団体による公立学校施設の使用と憲法八九条前段の関係をめぐっては、一定の条件の下であれば宗教活動のために公立学校施設を使用させることも同条に反しないと考える宗教課と宗教活動を目的として公立学校施設を使用させることはおよそ憲法上禁止されていると考える法務局との間で意見の対立があったことであろう。そして、この意見の対立が作戦命令書案の文言の変更をもたらしたのだと推測される。ただ、これは日本国憲法の解釈の問題であることから、バンスやピース博士の覚書にみられたように、GHQとして特定の解釈を示すのを避け、日本の裁判所による有権的解釈を待つこととされたのであろう。

さて、結果的には、神道指令の適用を緩和するための新たな指令および第八軍への作戦命令は、九月十五日の参謀本部の決定により、発令されることはなかった。そして、公立学校における宗教の取扱いに関するGHQの立場は、非公式の懇談によって文部省に伝えられたようである。この懇談の内容は明らかではないが、これまでに見てきた指令案・作戦命令書案と次に触れる十月二十五日通達の文言が非常によく似ていることからすれば、それらの指令案および作戦命令書案の内容がそのまま伝えられたのではないかと推測される。

- (9) ウッタード・前掲注(5)一五八頁およびウッタード・前掲注(7)一二七頁以下。なお、ウッタードは、前者の文献ではこの覚書の日付を「一九四六年八月二五日」としているが、後者の文献で述べているように「一九四七年八月二五日」が正しい。
- (10) "Religious Education in the Public Schools" GHQ/SCAP Records CIE (C)-00589 (D7-D8)。また、ウッタード・前掲注(7)二二八頁もみよ。
- (11) ウッタード・前掲注(7)二二九頁。
- (12) "Religion in the Government or Public College and University", GHQ/SCAP Records CIE (C)-00586 (F11-F12)。
- (13) ウッタード・前掲注(7)二二一頁。また、大崎素史「GHQ・CIE内部における宗教教育の扱い方について——J・C・トレイナーの記録文書を手がかりにして——」創価大学創立十五周年記念論文集(創価大学出版会、昭和六〇年)五八七頁もみよ。

- (14) "Treatment of Religion in the Public Schools", GHQ/SCAP Records CIE (C)-00589 (A3-A7).
- (15) "Comments on Treatment of Religion in the Public Schools", GHQ/SCAP Records CIE (C)-00589 (A8-A14).
- (16) "Treatment of Religion in the Public Schools", GHQ/SCAP Records CIE (C)-00589 (B1-B4).
- (17) ウィンタード・前掲注(一)一三三頁。但し、その確定稿の内容は明らかではない。おおよそ、昭和二十三年十二月十三日の日付の入った、"POLICY PROPOSALS regarding Religion and Public Education", GHQ/SCAP Records CIE (A)-08388 (F12-F14) & CIE (A)-08389 (A1)がその草稿と思われる。それによれば、この問題に関しては後述の五月二十六日付作戦命令書案と同一の内容のものであったと推測される。
- (18) ウィンタード・前掲注(一)一三三頁。
- (19) "Relation of Religion to Public Education", GHQ/SCAP Records GS (B)-01206 (B7-B10).
- (20) "Relation of Religion to Public Education", GHQ/SCAP Records CIE (C)-00588 (B12-C6).
- (21) (無題文書) GHQ/SCAP Records GS (B)-01206 (A10-A11).
- (22) (無題文書) GHQ/SCAP Records CIE (A)-08457 (B12)。また、ウィンタード・前掲注(一)一三三頁も参照。なお、"Status of Revision of SCAP Policy on Position of Religions in Japanese Public Schools", GHQ/SCAP Records GS (B)-01205 (F9) は、指令案・作戦命令書案が廃案になった理由につき、宗教教育顧問シーマンズ博士の推測として、「占領政策の変更や統制の終了といった印象を日本政府に与えるのを避けるため」という点を挙げている。

III 昭和二十四年十月二十五日の文部省通達

(1) 昭和二十四年十月二十五日通達

かくして、公立学校における宗教の取扱いに関するGHQの立場は、「社会科その他、初等および中等教育における宗教の取扱について」と題する文部省の通達(昭和二十四年十月二十五日文部省通達文初庶第一五二号)として公にされることとなった。そのうち、宗教団体による公立学校施設の目的外使用にかかわる部分は、次の通りである。

五 国立または公立の学校では、各学校当局者が各学校の建物を管理する直接の責任を負っている。したがって授業時間以外において、生徒の団体以外の宗教団体に、学校の建物を使用させることに關しては、学校当局者が、学校教育法第八十五条の規定にもとづいて判定すべきものである。⁽²³⁾

この通達のこの部分が九月九日付作戦命令書案に由来するものであることは、一見して明らかであろう。こうして、この問題は、「各学校当局者」に委ねられることとなったが、ボールを投げられた格好となった「各学校当局者」の側に相当の困惑が生じたであろうことは、否定できない。なぜなら、この通達だけでは、依然として次のような点が明らかではないからである。

第一に、この通達は、そもそも、授業時間以外であれば宗教団体に公立学校施設を使用させることもありうるということを前提としているが、このことは、憲法八九条前段およびこれをうけた地方自治法二二二条の規定⁽²⁴⁾とどのような関係に立つものと理解すべきなのだろうか。授業時間外であれば宗教団体に公立学校施設を使用させたとしても、およそそれらの規定には反しないということなのか、それとも、授業時間外であっても宗教団体に公立学校施設を使用させることが許されるためには、それらの規定に由来する何らかの条件が存するのだろうか。

第二に、この通達は、宗教団体に対する公立学校施設の目的外使用の許可は、「学校教育上支障のない限り、……学校の施設を社会教育その他公共のために利用させることができる。」と定める学校教育法八五条に基づいて判断するよう指示するが、宗教団体による使用、とりわけ宗教活動を目的とする使用は、「学校教育上支障」がある場合にも当たり許可することができないということになるのだろうか。

これらの疑問を解消するために、当時各地の教育委員会から文部省に対してなされた照会とそれに対する回答のうち、二つのものをみておこう。

(2) 埼玉県教育委員会の照会

ある文書によれば、埼玉県教育委員会が宗教系幼稚園による公立学校施設の使用許可申請に関して照会を行ない、それについて文部省宗務課がCIE宗教課に回答案を示して相談したことが分かる。その照会と回答案の内容は、次の通りである。

照会

キリスト教会の経営する私立幼稚園が主催して、クリスマスの行事を行うにあたって、公立小学校の校舎を授業時間以外又は休日に一般と同一の条件で使用させてもよろしいか。……このことは、仏教の花祭のような場合も適用してよろしいか。

回答

このことは、学校管理者の責任において、学校教育法第八十五条にもとずいて判定されるべきことであるが、一般的にいて、特定の宗教の宣伝を目的とする範囲のものでなく、広く子供を対象とするクリスマスや花祭のような社会慣習的且つ娯楽的催しの場合は、教育上支障のない限り、特定の宗教団体に対しても、一般と且つ他の宗教団体と同一の条件でこれを⁽²⁵⁾使用させても、差支えはないと考えます。

この回答によれば、先に指摘した第一の疑問点につき、宗教団体に対して公立学校施設の使用を許可しうるためには、①使用目的が布教のためではないこと、また、当該施設内で行なわれる活動が宗教的な性格をもつとしても習俗的な行事であるという事、②他の団体と同一の条件の下に使用が許可されること、の二つの条件が求められていることが分かる。但し、この条件が憲法八九条前段の要請なのか、それとも学校教育法八五条に基づいて

判断した結果なのかは、明らかではない。

(3) 山梨県教育委員会からの照会

また、昭和二十四年十一月九日には、山梨県教育委員会から先の通達の解釈を尋ねる照会がなされている。これは、モルモン教宣教師が布教活動のため他に適当な施設がなかったため、日曜日に甲府第一高等学校の施設を使用することの許可を申請し、これに対し教育委員会の側は、一度は使用許可を与えたものの、後になってこの許可を撤回し、文部省の意見を求めたという事例のようである。

この照会に関する記録のうち、文部省宗務課が用意した回答にかかわる部分だけを引用すると、次のとおりである。

文部省宗務課が準備した回答は、地方自治法二二二条(それゆえ憲法八九条)について、宗教団体または宗教組織による公の施設の使用は、非差別的な基準に従って許可がなされるならば許されるものと解釈している。また、学校教育法八五条については、宗教団体による使用が一般の利益となり、社会教育に資するときは、他の団体による使用について定める規定に従って学校建物を使用することも許されるが(例えば、宗教団体が主催する、文化を主題とする青年集会、展示、講演会および討論会)、宗教団体が学校施設を主として宣教または宗教的儀式のために使用しようとするときは、使用は許されないと解釈している。

CIE宗教課は、憲法八九条の下で宗教団体が公の施設を使用することが合憲であるかという点についていくつかの留保をしたが、「文部省宗務課が」準備したとおりに回答することには異議を唱えなかった。この問題および「昭和二十四年十月二十五日の」通達に関するその他の点について、最終的な解釈は、おそらく日本の裁判所による審査を待つこととなるだろう。⁽²⁶⁾

ここでは、先の二つの条件のうち、使用許可が他の団体の場合と同一の条件の下になされるべきことについては、憲法八九条前段の要請だと理解しているものの、宗教活動のための使用であってはならないということについては、憲法八九条前段ではなく、むしろ、学校教育法八五条の問題として理解していることが分かる。

(4) 小括

以上のような占領期における議論から、宗教団体による公立学校施設の使用に関する憲法八九条前段の解釈としては、大きく三通りの解釈がありうる事が分かる。

第一の解釈は、使用目的がなんであるかを問わず、憲法八九条前段はおおよそ宗教団体に公立学校施設を使用させることを禁止しているという解釈である(A説)。おそらく、占領の初期には神道指令の定める政教分離原則についてこのような理解がなされ、これに従った運用がなされていたのであろう。そして、日本国憲法八九条前段についても、すでにみた議論が本格化するまでは、漠然とそうのように理解されていたのではないか。

第二に、憲法八九条前段は、宗教団体に対し公立学校施設を宗教目的で使用させることを禁止しているとする解釈がありうる(B説)。「日本の公立学校が宗教目的で使用されること……を是認」することになると懸念してCIE宗教課の作成した作戦命令書案に反対したGHQ法務局は、おそらくこの立場を採っていたのであろう。

最後に、憲法八九条前段は、他の世俗団体と同一の条件の下で使用許可がなされる限り、宗教団体が宗教活動を目的として公立学校施設を使用することも禁止してはいないとする解釈がある(C説)。この解釈は、学校教育法八五条との関係で、さらに二つに分けられる。すなわち、宗教活動を目的とする使用を許可することは学校教育法八五条によって許されないとする見解(C₁説)と、学校教育法八五条にかかわらず、宗教活動を目的とする使用も禁止されないとする見解(C₂説)である。山梨県教育委員会の照会に対して文部省宗務課がした回答が使用目的の問題を学校教育法八五条の問題として理解していることからすると、文部省宗務課はC₁説の立場をとっていたのであ

う。他方、CIE宗教課は、学校教育法八五条にまったく言及してこなかったことからすると、この規定が障害になるとはおそらく考えていなかったのではないだろうか。

さて、占領期に以上のような考え方があったとして、では、現在、我々がこの問題を考えた場合、どの見解を採用すべきだということになるのだろうか。その前に、これを考えるヒントを求めて、政教分離原則に関してわが国に大きな影響を与えてきたアメリカ合衆国における議論をみてみよう。

(23) (国立公文書館所蔵) 『宗教総規』第二冊。

(24) 昭和三十八年法律第九号による改正前の地方自治法二二二条は、「普通地方公共団体の財産又は営造物は、宗教上の組織若しくは団体の使用、便益若しくは維持のため、……その利用に供してはならない。」と定めていた。この規定が昭和三十八年の改正で削除されたのは、「憲法第八九条と別に地方自治法に規定を存置しておく積極的理由に乏しい」との理由によるようである。柳庸夫「詳解改正地方自治法——財務」自治研究第三九巻第八号(昭和三十八年)五二頁、八五頁、なお、宗教上の組織等への公金支出を禁じた旧二二〇条も同じ運命をたどった。

(25) (無題文書) GHQ/SCAP Records CIE (C)-00592 (D10-D11)。また、"Draft of Religious Affairs Section Reply to Saitama Board of Education On Question of Use of School Buildings for Christmas Programs", GHQ/SCAP Records CIE (C)-00592 (F9-F10) もみよ。

(26) "Problem of the Use of School Buildings for Religious Purposes", GHQ/SCAP Records CIE (C)-00592 (D9, D12)。
 (27) また、山梨県教育委員会は一度はモルモン教官教師に対し公立学校施設の使用を許可したのであり、少なくともその時点では学校教育法八五条が障害になるとは考えていなかったはずである。

第二章 アメリカ合衆国における平等アクセス論

I 平等アクセス論の登場

(1) 背景

よく知られるように、アメリカの学校制度は、植民地時代にまで遡ることができる⁽³⁶⁾。そして、当時の学校教育が宗教教育の色合いを濃厚に帯びていたことは疑いない。というのは、まず、当時、世俗的な行政単位としての自治体 (town) と宗教上の地域単位である教区 (parish) とが区別されておらず、学校を設置し運営する自治体の行為は同時に教区の行為でもあったという事情を指摘することができよう⁽³⁷⁾。さらに、ある判決で Frankfurter 裁判官が指摘したように、「伝統的には、西洋における学校教育は教会教育であった。子どもの教育が主として聖書とキリスト教の勉強であった時代には、学校教育は、教会教育以外のものではありえなかった。……アメリカへの移民たちは、この教育観とともにやってきたのである」⁽³⁸⁾。

もちろん、十九世紀半ばまでにすべての州で国家と教会が分離され⁽³⁹⁾、またカトリック移民の増加により公立学校における欽定英訳聖書 (King James Version) の使用に対して抗議がなされた結果、二十世紀になるまでには公立学校教育の非宗派化は進んでいた⁽⁴⁰⁾。しかし、公立学校における聖書朗読や祈禱は、——プロテスタント教徒にとつては——非宗派的であるという理由で、その後もいわば当然のこととして行なわれていたのである⁽⁴¹⁾。

この状況を一変させたのが、公立学校における聖書の朗読および祈禱は国教樹立禁止条項に反し憲法上許されないとした Engel v. Vitale⁽⁴²⁾ と School District of Abington v. Schempp⁽⁴³⁾ である。これらの判決後、公立学校においても聖書の朗読と祈禱を維持しようとする側は、対応を迫られることとなった。そして、国家は宗教に対して中立

でなければならないという大前提を維持しつつ、再び公立学校において聖書の朗読と祈禱を行なうことを可能にする理論として、学校は意見や思想の交換が行なわれるパブリック・フォーラムであるとしたり³⁷⁾、宗教団体がそのフォーラムに対して平等なアクセスを求める権利も言論の自由条項によって保障されていると構成する考え方が主張されるようになった。かくして、宗教団体による公立学校施設の目的外使用の問題は、アメリカでは、国教樹立禁止条項と平等アクセスを求める権利の対立という形で議論がなされるようになったのである³⁸⁾。

(2) Widmar 判決

アメリカにおいて、宗教団体による平等アクセスの問題が注目を集める契機となったのが *Widmar v. Vincent*⁴⁰⁾ である。本件は、ミズーリ州立大学の学生による非宗派的なキリスト教団体が従来大学施設内で集会を行なうことを許され、礼拝、賛美歌の合唱、聖書の注解、宗教的見解についての討論といった活動を行なってきたところ、一九七二年に大学評議会が「大学の土地又は建物（礼拝堂を除く。）は、学生団体又は非学生団体の礼拝又は宣教のために使用してはならない」とする規則⁴¹⁾を定め、その結果、同団体は大学施設を利用できないものとされたことから、これに属する学生が表現の自由、信教の自由、平等原則を根拠にこの規則を争ったという事例である。

Powell 裁判官の法廷意見は、まず、大学がいわゆるパブリック・フォーラムに当たるかどうかを検討し、学生団体が一般的にその施設の使用を認められている以上、大学はパブリック・フォーラムに当たり、本件使用不許可は「当該団体が行なおうとする表現の宗教的な内容に基づいてパブリック・フォーラムから差別的に排除しようとするものである」と結論付けている。とすれば、パブリック・フォーラムにおける表現の自由の制約は、やむにやまれぬ政府利益によってのみ正当化されることになる⁴²⁾。そして、国教樹立禁止条項を遵守することが本件においてやむにやまれぬ政府利益となりうるかどうかを検討されることになるが、法廷意見は、いわゆるレモン・テスト⁴³⁾を適用して、本件学生団体に大学施設の使用を認めたとしても、それによって当該団体が受ける利益は平等アクセス政

策の付随的な効果にすぎず、国教樹立禁止条項に反することにはならないから、⁽⁴⁵⁾ 国教樹立禁止条項の遵守は使用不許可を正当化するものではないと判示している。

この Widmar 判決は、宗教団体の平等アクセスの問題がここで初めて、パブリック・フォーラム論を通して言論の自由条項との関係で論じられるようになったという点で重要である。この問題は、それまで国教樹立禁止条項との関係でのみ論じられ、平等アクセスを認めた教育委員会の政策の大多数が違憲と判断されてきたことからすれば、⁽⁴⁶⁾ 「革命的」ともいふべき変化であろう。⁽⁴⁷⁾ ともあれ、まず、学校施設がパブリック・フォーラムに当たるかどうかが、その学校施設の使用不許可が言論の自由を制約するものかを検討し、然る後に、使用を許可した場合に生じるかもしれない国教樹立禁止条項違反によって使用不許可を正当化できるかを検討するという分析枠組みは、その後の判例によっても踏襲されている。

しかし、この Widmar 判決は、その射程において不明確な部分を残していた。法廷意見自身、その射程は大学施設の使用の場面に限られるかのように述べていたからである。第一に、法廷意見は、大学のキャンパスが判例上パブリック・フォーラムであるとされてきたことを論証する際に、⁽⁴⁸⁾ その先例として Healy v. James⁽⁴⁹⁾ を引用しているが、これはあくまでも大学における政治団体の結成にかかわる事例であって、高等学校以下の学校施設が「思想の市場」であるかどうかについては、判例上も明らかではなかったとみることができよう。第二に、大学施設の使用許可が宗教を援助する効果をもたないかどうかを検討する際、法廷意見は、本件では平等アクセス政策が政府による宗教の公認であると「誤解されるおそれ (impressionability)」が存在しないことを挙げている。すなわち、「大学生は、生徒・児童の場合ほど誤解をするおそれがなく、大学の「平等アクセスの」方針が宗教に対して中立的であるにすぎないことを理解することができる」⁽⁵⁰⁾。しかし、この論理を裏返せば、Widmar 判決が及ぶのは大学施設の使用の場面に限られ、高等学校以下の学校施設の使用の場面はその射程外であるという理解も可能であった。

そして実際、下級審の裁判例は、大学施設の使用と高等学校以下の学校施設の使用とを区別する傾向があった。例えば、*Brandon v. Board of Education*⁽⁵¹⁾は、高校生による聖書クラブが始業前に礼拝を行なうため教室の使用許可を求めたところ許可されなかったという事例である。第二巡回控訴裁判所は、大学とは異なって、「高等学校は、宗教上の見解が自由に発表される『パブリック・フォーラム』ではない」から、本件団体に教室の使用を許可しなかつたとしても、そもそも言論の自由を制約することにはならず⁽⁵²⁾、また、教室の使用を許可した場合、初等・中等教育学校の児童・生徒は、大学生とは異なって、国家が特定の宗教団体を公認しているかのような誤解をするおそれがあることから、本件団体に教室の使用を許可することは国教樹立禁止条項に違反すると判示している。

このように下級審の裁判例が *Widmar* 判決の射程を狭く理解した結果、*Widmar* 判決以後も、ほとんどの教育委員会は初等・中等教育学校の生徒による宗教団体が学校施設を利用することに対して極端に厳しいアプローチをとっており⁽⁵³⁾、このことは、次にみる平等アクセス法の制定をもたらしこととなった。

(3) 平等アクセス法 (Equal Access Act)

宗教団体による公立学校施設への平等アクセスを高等学校および中学校に拡大する法律案は、共和党の Mark Hatfield 上院議員が一九八二年九月に提出したものが最初である。その後、上院では類似の法案が複数提出され、下院でも「宗教的言論を保護するための法律案」が提出されていたが、最終的には、Hatfield 上院議員の修正案に沿って、平等アクセス法が一九八四年八月に成立した⁽⁵⁴⁾。

この平等アクセス法は、「連邦から財政上の援助を受けており、かつ限定的な公開フォーラム (limited open forum) を設けている公立高等学校および中学校が、宗教的、政治的、哲学的その他の内容の言論がなされることを理由として、そのフォーラム内で集会を行なおうとする生徒が平等にアクセスし若しくは公平な機会をもつことを否定し又はその生徒を差別することが違法である」ことを宣言するものである⁽⁵⁵⁾。この法律が適用されるためには、公立高

等学校・中学校が「限定的な公開フォーラムを設けている」ことが必要とされるが、「学校が教科課程と関係のない一又は複数の生徒団体に対し授業時間外に学校構内において集会を行うことを認めている場合には」、そのようなフォーラムを設けているものとみなされる。⁽²⁸⁾

もちろん、宗教的な生徒団体による学校施設の利用が無条件に認められるわけではなく、学校側は、施設の利用について、①その集会在生徒によって自発的に始められたものであること、②その集会在学校・政府またはその職員の手助けを受けていないこと、③学校・政府の職員がその集會に出席する場合には、非参加者の資格で出席すること、④その集会在学校内の教育活動の秩序を著しく妨げないこと、⑤学校外の者が生徒団体を指導しまたはこれに定期的に出席していないことといった条件を付けることができる。

このように平等アクセス法は、生徒による宗教団体もまた公立学校施設に平等にアクセスすることができるという *Widmar* 判決の趣旨を高等学校・中学校にまで拡大したわけであるが、しかし、同法が国教樹立禁止条項に照らして合憲であるかについては、疑いが残った。⁽²⁹⁾

(28) Leo Pfeffer, *Church, State and Freedom*, 321 (revised ed. 1967).

(29) Carl Zollmann, *Church and School in the American Law*, 3 (1918). See also Zollmann, *American Civil Church Law*, 39 (1917).

(30) *McCullum v. Board of Education*, 333 U.S. 203, 213 (1948).

(31) 一八三三年にはマサチューセッツ州で最後の公認宗教制が廃止された。Pfeffer, *supra* note 28, at 141.

(32) もっとも、カトリック教徒は、公立学校の世俗化を求めたわけではない。むしろ、白らの子どもについては、プロテスタント的な教育の影響を排除した、ドゥエー聖書 (Douay Version) によるカトリック的な教育がなされることを求めている。

(33) この問題は、一八七五年にはグラント大統領の年次教書および翌年の大統領選挙における共和党の綱領でも取り上げられ、憲法修正の提案までなされて⁽³⁰⁾。Zollmann, *supra* note 29, at 7; Pfeffer, *supra* note 28, at 337.

(34) See Pfeffer, *supra* note 28, at 444.

- (35) 370 U. S. 421 (1962).
- (36) 374 U. S. 203 (1963).
- (37) 公道や公園をパブリック・フォーラムであるとする考え方は、すでに *Hague v. CIO* (307 U. S. 496 (1939)) にみられる。
- (38) 宗教的言論にかかわる事例ではないが、言論の自由条項がパブリック・フォーラムへの平等アクセスを保障しているという考え方それ自体は、Cox 事件における Black 裁判官の意見で示された。Cox v. Louisiana (two cases), 379 U. S. 536 & 559, 580 (Black, J., concurring in No. 24 and dissenting in No. 49).
- (39) 但し、アメリカでは、少なくとも当初は、学生・生徒による自発的な宗教活動を学校内で行なうことができるかどうか問題となったのであって、初めから外部の宗教団体による施設使用が問題となったわが国とは、やや事情が異なる。
- (40) 454 U. S. 263 (1981).
- (41) *Widmar*, 454 U. S., at 265 n. 3.
- (42) 本件で学生が行っていた活動には、礼拝も含まれていたが、法廷意見はこれも言論の自由条項によって保護される「言論」に当たるとして、*Widmar*, 454 U. S., at 269 n. 6.
- (43) See also Susan Ehrmann, *Lamb's Chapel v. Center Moriches Union Free School District: Creating Greater Protection for Religious Speech through the Illusion of Public Forum Analysis*, 1994 Wis. L. Rev. 965, 970 (1994).
- (44) レモン・テストとは、ある法律が国教樹立禁止条項に反しないとされるためには、①その立法目的が世俗的なものでなければならず、②その主要な効果が宗教を援助または抑制するものではないと見なされ、③政府と宗教との過度のかかわり合いをもたらすものであってはならないとするテストである。Lemon v. Kurtzman, 403 U. S. 602, 612 (1971).
- (45) 目的テストおよび過度のかかわり合いの禁止のテストについては、「これらのテストは、明らかに充足されている」として、*Widmar* に論じられているにすぎない。*Widmar*, 454 U. S., at 271.
- (46) Ruti Teitel, *The Unconstitutionality of Equal Access Policies and Legislation Allowing Organized Student-Initiated Religious Activities in the Public Schools: A Proposal for a Unitary First Amendment Forum Analysis*, 12 HASTINGS CONST. L. QUARTERLY 529, 539 (1985).
- (47) Lupu 教授は、この *Widmar* 判決を厳格分離主義 (separationism) に終わりを告げた一九八〇年代の「革命的」変化の一例として位置付けている。Ira C. Lupu, *The Lingering Death of Separationism*, 62 Geo. Wash. L. Rev. 230, 246 (1994).
- (48) *Widmar*, 454 U. S., at 267 & n. 5. なお、大学のパブリック・フォーラムとしての性格については、判例上は、伝統的「パブリック・フォーラム」に類似するパブリック・フォーラムと見なされる。Cornelius v. NAACP Legal Defense and Educational

- Fund, Inc., 473 U. S. 788, 802-803 (1985). したがって、限定ナンプリック・フォーラムと見解がある。 E. g., Ehrmann, *supra* note 43, at 977. 註(74)もみよ。
- (49) 408 U. S. 169 (1972).
- (50) *Widmar*, 454 U. S., at 274 n. 14.
- (51) 635 F. 2d 971 (2d Cir. 1980), *cert. denied*, 454 U. S. 1123 (1981). See also *Lubbock Civil Liberties Union v. Lubbock Independent School District*, 669 F. 2d 1038 (5th Cir. 1982), *cert. denied*, 459 U. S. 1155 (1983). But see *Bender v. Williamsport Area School District*, 563 F. Supp. 697 (M. D. Pa. 1983), *rev'd* 741 F. 2d 538 (3rd Cir. 1984), *rev'd on other grounds*, 475 U. S. 534 (1986).
- (52) *Brndon*, 635 F. 2d 971, 980.
- (53) Gina Marie Fichter, *The Fate of the Equal Access Act: Life After Board of Education v. Mergens ex rel. Mergens*, 43 ALA. L. REV. 491, 495 (1992).
- (54) Robert L. Crewdson, *The Equal Access Act of 1984: Congressional and the Free Speech Limits of the Establishment Clause in Public High Schools*, 16 J. L. & Edu. 167, 170-174 (1987).
- (55) 20 U. S. C. § 4071 (a).
- (56) 20 U. S. C. § 4071 (b).
- (57) Crewdson, *supra* note 54, at 179.

II 平等アクセスと政教分離原則

(1) Mergens 判決

平等アクセス法の合憲性の問題について解答を与えたのが、Board of Education of Westside Community Schools v. Mergens⁽⁵⁸⁾である。本件は、宗教団体の援助を受けた団体が学校施設を使用することを禁じた教育委員会の方針に対し、高校生による宗教団体が平等アクセス法違反を理由として訴えを提起した事例である。

本件では、平等アクセス法の適用を前提として、生徒による宗教団体が学校施設の使用許可を求める権利を有す

るといふことには争いがなかったため、憲法上の言論の自由については論じられていない。それゆえ、本件において、憲法の観点から興味をひくのは、平等アクセス法が国教樹立禁止条項に違反しないかどうかという点である。

O'Connor 裁判官による相対多数意見は、大学レベルにおける平等アクセスを合憲とした Widmar 判決の論理がここでも同じように当てはまるとしている。しかし、Widmar 判決があくまでレモン・テストの枠組みで判断をしていたのに対し、本件における相対多数意見が本当にレモン・テストを用いたのかどうかは疑問である。確かに、相対多数意見は、表面的には、レモン・テストの三要件に従って判断をしているといつてよい。しかし、相対多数意見は、目的テストおよび過度のかわり合いのテストについては、Widmar 判決を引用してごく形式的に、平等アクセス法が「宗教的その他の型の言論に対する差別を防止する」という世俗的な目的を有し、過度のかわり合いを有しないと結論付けるのみであるうえ、本件の中心的な争点となった、平等アクセス法が宗教を促進する効果を有するのではないかという点に関しては、かなりの程度、エンドースメント・テストへの傾斜が見られる。

相対多数意見は、平等アクセス法が宗教を援助する効果を有しない理由として、三つの点を挙げている。すなわち、第一に、「宗教を是認する政府の言論——これは国教樹立禁止条項が禁止している——と宗教を是認する私人の言論——これは言論の自由条項および自由な宗教活動条項が保護している——との間には大きな違いがあり、平等アクセス法が私人である生徒の言論を単に非差別的に許容しているにすぎないことは容易に理解できること、第二に、平等アクセス法が生徒による宗教集会への学校職員の参加を規制するなど、平等アクセスの承認がその宗教団体の主張の公認とならないような工夫がなされていること、第三に、平等アクセス法は宗教団体のみを対象とするものではなく、あらゆる生徒団体に適用されるものであることから、平等アクセス法の下で高等学校や中学校の生徒が誤って政府が宗教を是認していると誤解するおそれはないとされたのである。

ここで相対多数意見がエンドースメント・テストを採り入れた以上、平等アクセス法の合憲性の問題は、学校に

おける「合理的観察者」すなわち生徒が平等アクセス政策をどう受け取るかが最大の問題になることとなり、議論はもっぱら生徒に誤解を与えるおそれの有無に焦点を当てざるをえないことになる。この検討に当たっては、その生徒が政府による宗教の是認と平等アクセス政策とを区別する判断能力を有する年齢であるかどうかに着目する議論と、平等アクセス政策を実施するうえで生徒に誤解を与えない工夫がどれだけなされているかに着目する議論とがありうるが、相対多数意見は、高等学校および中学校の生徒であれば判断能力を有する年齢であるといえ、平等アクセス法では生徒に誤解を与えない工夫もなされているとして、*Widmar* 判決で是認された大学レベルでの平等アクセス政策を高等学校および中学校のレベルにまで拡大したのである。

(2) Good News Club 判決

Good News Club v. Milford Central School⁽⁶²⁾ は、ニューヨーク州教育法四一四条の下で、*Good News Club* というキリスト教団体が小学生を対象にしてキリスト教の立場から道徳的価値を教える集会を開くため、学校施設の使用許可を求めた事例である。その団体の典型的な集会においては、祈禱、前週習った聖書の一節の復習、今週覚えるべき聖書の一節を中心とした道徳教育、その一節を暗記するためのゲーム、その一節に関わる聖書の物語の朗読などが行われていたため、教育委員会は、その規則において宗教目的での学校施設の使用を認めないものとする方針が採用されていることを理由に、使用許可申請をしりぞけていた。

本判決でも、法廷意見は、平等アクセスを認めた場合に国教樹立禁止条項との関係で生じる問題について論じている。ただ、第一審および控訴審レベルで論じられていなかったこの問題を法廷意見が取り上げたことには強い批判があり、本件を差し戻したうえで、この問題について事実審の判断を待つべきであったとの主張の方が正当であるように思われるが、ともあれ、法廷意見の論じるところに従って、国教樹立禁止条項にかかわる議論をみていこう。

法廷意見でなによりも目に付くのは、違憲審査基準をめぐる混乱である。レモン・テストにまったく言及していない点はともかくとしても、平等アクセスを認めても国教樹立禁止条項に反することにはならないとして法廷意見が挙げる五つの理由のうち、「Good News Club が求めているのは、中立的に取り扱われるということ、および、他の団体が認められていると同様に同じ話題について話すためアクセスが認められるということにすぎない」とする点は中立性テストを思わせるし、「子どもたちは両親の許可がなければ参加することができないのだから、子どもたちが Good News Club の活動に加わるよう強制されることもない」とする点は強制テストを想起させる。しかし、本件がこれまでの判例で問題とされた事実と区別されないのであれば、Breier 裁判官が指摘するように、「国教樹立禁止条項に関する決定的な問題は、学校がその施設の使用を Good News Club に許可していることを、同クラブの活動に参加する子どもが宗教の是認と認識するおそれがあるか」という点であるはずである。エンドースメント・テストにかかわるこの問題について、法廷意見は、三点に分けて説明している。⁶⁷

すなわち、第一に、小学生が成人よりも誤解をしやすいため、これまでの判例上、学校施設で行われるというだけの理由で授業時間外の私的な宗教活動が排除されたことはなく、第二に、本件では、同クラブの活動に参加するためにほとんどに両親の許可があること、集会が小学校の教室とは別な場所で行われること、指導者が教員ではないこと、六歳から十二歳までの子どもが一緒に参加することから、幼い子どもが⁶⁸ エンドースメント 認を感じとりおそれはなく、第三に、仮にそのような誤解が生じるとしても、逆に同クラブを学校から排除した場合には、学校が宗教に敵対的な立場をとっているという誤解が生じるおそれがあるのであって、子どもが是認を感じる危険はこれより大きいとは言えない。

結局、この Good News Club 判決は、先に述べた事情から国教樹立禁止条項の問題が正面から議論されたとは言い難い面もあるものの、法廷意見は、Widmar 判決以来の「誤解のおそれ」に関する議論において、小学生とい

う年齢だけを理由として誤解のおそれがあるとの論をしりぞけ、具体的な事実関係に即して判断すべきだという考
え方に与したということができよう。⁶⁸しかし、だからといって、子どもの年齢が低くなればなるほど誤解のおそれ
が増大するという事実が否定することができず、そうすると、宗教団体に対する平等アクセスの承認をどのよう
な環境の下で行なうのであれば、誤解のおそれがないと言いつけるのが問われるはずであるが、この点については依
然として明らかではない。

(3) 小括

ある連邦最高裁判決は、一九八〇年代の後半から「国教樹立禁止条項に関する法は、著しく変化した⁶⁹」と述べた
が、公立学校施設に対する宗教団体の平等アクセスと国教樹立禁止条項との関係の問題もまた、この変化とは無縁
ではない。

国教樹立禁止条項に関する違憲審査基準としてのレモン・テストは、すでに *Mergens* 判決から変容が始まって
いる。確かに、同判決は、表面的にはレモン・テストに従ったかのようにであるが、その内実はエンドースメント・
テストの要素を取り入れ、修正されたレモン・テストであると言っている。⁷⁰「レモン判決は覆されたわけではない」
と明言する判決ですら、エンドースメント・テストによって修正されたレモン・テストを用いているのである。こ
のように、少なくとも、宗教団体に対し公立学校施設への平等アクセスを認めることが国教樹立禁止条項に反しな
いかという文脈では、平等アクセスを認めることが宗教を是認または否認するメッセージを伝えるものであるかど
うかという点から判断する手法が定着したといえる。

エンドースメント・テストが政府の行為がもたらすメッセージに着目するものである以上、平等アクセス政策が
違憲審査の俎上に上げられる場合、政府の平等アクセス政策それ自体とそれによって認められる宗教活動とを区別
し、前者のみを問題とすることは当然の帰結といえる。なぜなら、公立学校施設内で行なわれる宗教活動それ自体

は、政府の言論 (government speech) ではなく、私人の言論 (private speech) にすぎないからである。⁽⁵⁸⁾ それゆえ、宗教団体に対し公立学校施設を使用させたとしても、国教樹立禁止条項との関係では、当該施設内で宗教活動が行なわれることそれ自体はもはや問題視されなくなってきたと言えよう。

他方、わが国における議論と比べて興味深いのは、すでに触れたように、エンドースメント・テストを取り入れた結果、公立学校施設を宗教団体に使用させることについて、国家がその宗教団体を公認しているという誤解を生徒・児童に与えるおそれがあるかどうかという、生徒・児童の判断能力に着目した議論が行なわれてきた点である。本来、占領期におけるわが国の議論でも、ピース博士による覚書が論じていたのは、「国立大学および公立大学における宗教」であって、そこでは当然、宗教団体による公立学校施設の目的外使用が許されるかどうかは当該学校施設で生活する学生・生徒等の判断能力によって異なるという発想があったはずである。ところが、その後、どういふわけかこの発想は忘れられ、現在に至っているわけであるが、生徒・児童の判断能力に着目したアメリカの議論は、わが国でも参考になるように思われる。

(58) 496 U. S. 226 (1990).

(59) なお、Kennedy 裁判官の結果同意意見は、レモン・テストの適用そのものに反対し、宗教活動への参加を政府が生徒に強制するものかどうかという、いわゆる「強制テスト (coercion test)」を適用している。 *Mergens*, 496 U. S., at 260 (Kennedy, J., concurring in part and concurring in the judgment).

(60) エンドースメント・テストは、O'Connor 裁判官の提唱によるテストであって、合理的観察者がみた場合に政府の行為が宗教を是認または否認するメッセージを伝えようとするものであってはならないとするテストである。 *See, e.g., Lynch v. Donnelly*, 465 U. S. 668, 687 (1984) (O'Connor, J., concurring).

(61) *Mergens*, 496 U. S., at 250-252.

(62) 533 U. S. 98 (2001). なお、本判決を評釈した邦語文献として、安部圭介「パブリック・フォーラムにおける宗教的言論」ジ

- ユリスト一二二八号(平成一四年)二六六頁、佐々木弘通〔最近の判例〕アメリカ法二〇二二号(平成一四年)三九八頁がある。
- (63) *Good News Club*, 533 U. S., at 128 (Breyer, J., concurring in part); 533 U. S., at 134 (Stevens, J., dissenting); 533 U. S. at 139 (Souter, J., dissenting).
- (64) *Good News Club*, 533 U. S., at 114.
- (65) *Good News Club*, 533 U. S., at 115.
- (66) *Good News Club*, 533 U. S., at 113.
- (67) *Good News Club*, 533 U. S., at 115.
- (68) *Good News Club*, 533 U. S., at 117. 「かく」 *Leading Cases*, 115 HARV. L. REV. 396, 404 (2001) は、「結局この試みは失敗している」と結論付けている。そもそも、具体的な事実関係に即した判断をすべきたというのであれば、本件を事実審に差し戻すべきだという見解の方が説得力をもつ。
- (69) *Agostini v. Felton*, 521 U. S. 203, 237 (1997).
- (70) このようにエンドースメント・テストは、「宗教の是認または否認」という要素に限定して連邦最高裁に受容されたとする見解として、高畑英一郎「アメリカ連邦最高裁におけるエンドースメント・テストの限定的受容」日本大学大学院法学研究年報二五号(平成七年)一頁、二〇頁をみよ。
- (71) *Lamb's Chapel v. Center Moriches Union Free School District*, 508 U. S. 384, 395 n. 7 (1993).
- (72) この論理は、特定宗教を選択するよう政府が誘導するものかどうかを問題とする点で、宗教系私立学校への補助金交付の場面における私的選択論と軌を一にするものであると見え、*See, e.g., Mitchell v. Helms*, 530 U. S. 793, 809 (2000).

Ⅲ 内容に基づく規制と観点に基づく規制

(1) パブリック・フォーラムの類型論

宗教団体による公立学校施設の使用の文脈においてパブリック・フォーラム論は、二つの側面を有している。一つは、本章第一節で述べたように、国教樹立禁止条項に對抗して、公立学校施設への平等アクセスを宗教団体に認めるよう憲法上要求するための理論としての側面である。Widmar判決は、大学レベルでこれを承認するものであ

ったが、しかし、高等学校以下のレベルについては、平等アクセス政策が言論の自由条項により憲法上要求されるものなのかどうかは明らかではなかった。というのは、高等学校・中学校レベルにおける平等アクセス政策は依然として平等アクセス法に基づくもので、言論の自由条項を直接の根拠とするものではなかったからである。それゆえ、高等学校以下のレベルについて平等アクセス政策が憲法上の要請であるかどうかは明らかにならなければならなかった。

パブリック・フォーラム論のもう一つの側面は、逆に、学校の設置目的を理由としてそこで宗教活動が行なわれるのを排除するための理論としての側面である。この側面を理解するためには、パブリック・フォーラムの類型論に触れる必要がある。

連邦最高裁は、*Perry Education Assn. v. Perry Local Educators' Assn.*⁽⁷³⁾においてパブリック・フォーラムを三つの類型に分けて説明している。すなわち、伝統的パブリック・フォーラム (traditional public forum)、指定パブリック・フォーラム (designated public forum)、ノンパブリック・フォーラム (nonpublic forum) である。⁽⁷⁴⁾ 第一の伝統的パブリック・フォーラムとは、長い伝統により集会や議論のために供されてきたフォーラムであり、⁽⁷⁵⁾ 道路や公園などがこれに含まれる。第二の指定パブリック・フォーラムとは、政府が表現活動の場として市民の使用に開放した公的施設であり、⁽⁷⁶⁾ 例えば市民劇場などがこれに含まれる。⁽⁷⁷⁾ この二つの型のパブリック・フォーラムは、後者については、政府はこれを設置する義務を負わないという点で違いが存するが、そのパブリック・フォーラムにおける表現活動に対し表現内容に基づいて規制を行なうことはやむにやまざる政府利益を達成するために必要でない限り許されないという点では共通している。

そして、伝統的パブリック・フォーラムまたは指定パブリック・フォーラムに分類されない公的施設は、第三の類型であるノンパブリック・フォーラムに分類される。ノンパブリック・フォーラムにおいては、言論に対する規

制が合理的である限り、当該フォーラムがその設置目的に沿って使用されることを確保するため表現内容に基づいて規制することも許される⁽⁷⁸⁾。それゆえ、校内で宗教活動が行なわれることを望まない学校の側は、自らをノンパブリック・フォーラムであると位置付けることによって、宗教的な表現を排除することが許されると主張するようになる。まさにこれが問題となったのが、次に触れる Lamb's Chapel 事件と Good News Club 事件であった。

(2) Lamb's Chapel 判決

Lamb's Chapel v. Center Moriches Union Free School District⁽⁷⁹⁾ は、地域の福音主義教会が育児と家族の価値に関する映画を上映するため、公立高校の施設の利用許可を求めた事例である。本件では、当該高校が所在する学区の教育委員会は、ニューヨーク州教育法四一四条に従い、授業時間外における公立学校施設の目的外使用について、「政治団体による使用」(学区規則八条) および「社会活動、市民活動または娯楽を目的とする使用」(学区規則一〇条)のみを許可するものとする規則を制定しており、宗教活動を目的とする使用は許可しない旨の規定を特に置いていた(学区規則七条)。

本件において最高裁は、本件公立高校施設が上記のパブリック・フォーラムの類型のうち、どの類型に属するかを明らかにしていない⁽⁸⁰⁾。本件学校施設の性格を明らかにすることなく結論を下すことが可能だったのは、最高裁が本件使用不許可を表現の内容を理由とする規制ではなく、表現の観点を理由とする規制として理解したからである⁽⁸¹⁾。つまり、学校施設がノンパブリック・フォーラムだとすれば、「教育委員会は、その財産を本来の目的のために使用するため、自らの管理の下に置くことができる」⁽⁸²⁾から、学校施設への「アクセスの規制は、表現の主題や表現の主体に基づくものであってもよく、表現の内容に基づく規制が許容されることになる。しかし、そのようなフォーラムであっても、観点を理由とする規制は許されないから、本件不許可処分が観点を理由とする規制であるとすれば、本件学校施設がどの型のフォーラムであるにせよ、言論の自由に対する制約となるのである。そして、本

件において Lamb's Chapel が表現しようとした主題は、宗教的観点からのものではあるが、育児および家族の価値という学区規則一〇条の定める使用目的に合致した主題である。にもかかわらず、教育委員会は本件表現の宗教的な観点に着目して使用を拒否したのであって、そのような観点に基づく差別は、Lamb's Chapel の言論の自由を侵害するものであるとされたのである。

こうして、連邦最高裁は、表現の観点に基づく規制という考え方をを用いることによって、学校の設置目的を理由として公立学校から宗教的な言論を排除しようとする主張をしりぞけている。そうすると今度は、当該公立学校施設がパブリック・フォーラムの三類型のうち、どの型に当たるかということに加え、宗教的な言論を排除する規制が表現の内容に基づく規制なのか、表現の観点に基づく規制なのか問題とされることになる。

(3) Good News Club 判決

Good News Club v. Milford Central School⁽⁸⁴⁾ についてはすでに触れたとおりであるが、要するに、キリスト教団体が小学生を対象にしてキリスト教の立場から道徳的価値を教える集会を開くため、学校施設の使用許可を求めたところ、学区の教育委員会（以下、「Milford」と略す。）が不許可の決定を行なったという事例である。

本件においては当該学校施設が限定的パブリック・フォーラムであるという点については当事者間に争いがなかったため、Good News Club に使用を許可しないことが同クラブの表現の内容を理由とする規制なのか、それとも表現の観点を理由とする規制なのかという点が争点となった。これは、Good News Club の活動の評価をめぐる争いでもある。つまり、Good News Club の活動を端的に礼拝あるいは布教活動だと評価すれば、本件不許可処分は前者の規制であるということができ憲法上許容されるということになろうし、キリスト教の立場からの道徳教育だと評価すれば、後者の規制だということになって憲法上許されないということになるであろう。

Thomas 裁判官による法廷意見は、本件を Lamb's Chapel 判決と「実質的に区別することができない」⁽⁸⁵⁾ 事案で

あると位置付け、本件不許可が Good News Club の行なおうとした言論の観点を理由とした許されない規制であるとしている。すなわち、「Milford の使用許可方針の下では、子どもの道徳と人格の発達を促進することは、使用目的として許されており」、「同クラブが子どもに対し、道徳と人格の発達を教えることは明らかである」。言い換えれば、「同クラブの活動は、道徳的価値を教育することから切り離された単なる礼拝」ではなく、「物語を話すことや祈禱を通じて道徳的な教えをキリスト教の観点から」教えているのだから、「Lamb's Chapel 判決を適用すれば、Milford が放課後のフォーラムから同クラブを排除することにより、観点を理由とする差別を行っている」ということは、極めて明白である」と。⁽⁸⁶⁾

これに対し、Souter 裁判官の反対意見および Stevens 裁判官の反対意見は、Good News Club の活動は礼拝ないし宣教活動であると評価している。例えば、Souter 裁判官によれば、Good News Club の活動は祈りに始まり祈りに終わるものであるから、単にキリスト教の観点からある主題について議論しようとするものではなく、礼拝そのものと言えるのであって、これを公立学校の側は拒否できないとするならば、「市民的集会のために開放された公立学校は、教会、シナゴーク、モスクとしての使用についても開放しなければならないこととなる」とされる。⁽⁸⁷⁾

この反対意見は、宗教的な観点からの言論と宗教活動とは区別できるものであるということを前提としている。例えば、Stevens 裁判官は、①特定の主題について宗教的観点から行なう言論、②礼拝に相当する言論、③特定の宗教的信条を宣教する言論とを区別することができ、⁽⁸⁸⁾後二者については公立学校施設の使用不許可は表現の内容に基づく規制として許されるものとしている。⁽⁸⁹⁾確かに、Lamb's Chapel で問題とされた施設の利用目的が映画の上映というそれ自体世俗的な表現行為と同視しうるものであったのに対し、本件における利用目的には祈禱のような明らかに世俗的な表現行為とは同視しえない行為が含まれており、Good News Club の活動は単なる「キリスト教の観点から行なう言論」ではないという主張は分からなくもない。

もつとも、宗教的な観点からの言論と宗教活動との区別に対しては、そのような区別は不可能であるとす批判がある。⁽⁹⁰⁾ Scalia 裁判官によれば、Stevens 裁判官が説くような区別はそもそも意味がないか、さもなくば裁判所の権限には属しないとされる。⁽⁹¹⁾ さらに彼は、Good News Club が道徳教育を行なう際にその道徳の根拠——本件の場合にはキリスト教——に触れることが許されないというのは不合理であることを指摘している。⁽⁹²⁾

しかし、ある特定の主題に限ってフォーラムを開放することができるとする限定パブリック・フォーラムあるいはノンパブリック・フォーラムという考え方は、ある特定の主題を内容とする言論を他から区別することができるということを前提としているはずであって、この区別が不可能だということになると、パブリック・フォーラムの類型論そのものが崩壊するおそれがある。法廷意見もこの類型論それ自体を放棄したわけではないであろう。しかし、「表現の観点に基づく規制」という考え方をを用いることによって、Good News Club の活動を世俗団体の言論活動と同視し、事実上パブリック・フォーラム論の第二の側面が無意味なものになってしまったことは否定しがたいように思われる。結局、宗教団体に見れば、一応「道徳教育」と言うことができさえすれば、どんな活動でもできることになるのではないかとこの疑問を払拭しがたい。⁽⁹³⁾

(4) 小括

すでに指摘したように、アメリカにおけるパブリック・フォーラム論は、宗教団体が公立学校施設に平等にアクセスすることを憲法上の権利として承認するという側面と、宗教活動を公立学校施設から排除するという側面とを有していた。ただ、現在では、以上みてきたように、宗教団体による公立学校施設の使用という文脈では、その第一の側面だけが強調されて、第二の側面がその意味を失ってきていることは否定できない。

他方、わが国においても、公的施設の使用が憲法上の権利とまったく無関係だと考えられているわけではない。実際、吉祥寺駅構内ビラ配布事件（最三判昭和五九年二月一八日刑集三八卷一二号三〇二六頁）では伊藤正己

裁判官が補足意見においてパブリック・フォーラム論を唱え、泉佐野市民会館事件（最三小判平成七年三月七日民集四九卷三号六八七頁）では、パブリック・フォーラムという言葉こそ用いられなかったものの、地方自治法二四四条の規定を梃子に、公的施設の「管理者が正当な理由なくその利用を拒否するときは、憲法の保障する集会の自由の不当な制限につながるおそれが生ずる」として、公の施設の使用と憲法上の集会の自由との架橋が図られたのである。⁹¹

ただ、わが国においては「公共の場所」を積極的に表現活動の場として性格づけること⁹²が課題とされたためか、公的施設の管理権とこれにアクセスする権利との調整については一致した見解はみられない。伝統的には、公的施設（公物）について公共用物・公用物という区別がなされてきたが、この区別は「表現の自由との調整という観点から作られたものでは全くな⁹³」いため、この点については、なお検討が必要であるように思われる。

(73) 460 U. S. 37 (1983).

(74) なお、このほか、限定パブリック・フォーラム (limited public forum) という概念が用いられることがある。限定パブリック・フォーラムとは、本来、指定パブリック・フォーラムの低位概念であって、特定の表現主体や表現内容に限って開放された指定パブリック・フォーラムを指す。Perry, 460 U. S. at 46 n. 7. ただ、限定パブリック・フォーラムという概念がそのようなものである以上、ノンパブリック・フォーラムとの区別は曖昧にならざるをえない。この点につき、長岡徹「アメリカ合衆国におけるパブリック・フォーラム論の展開」香川大学教育学部研究報告第一部六四号（昭和六〇年）五三頁、七三頁を参照。

ノンパブリック・フォーラムの概念が当該公的施設について政府が管理権を有するということ（そもそも、政府は表現目的での当該施設の使用をおよそ禁止することもできる）から出発した考え方であるのに対し、限定的パブリック・フォーラムの概念は表現をしようとする側が当該施設にアクセスする権利を有するということ（政府は当該施設を設置した以上、当該施設内における表現行為をおよそ禁止するということは許されない）から出発しているという違いはあるように思われるが、ある特定の表現主体または表現内容だけが施設の使用を許され、それ以外の表現主体・表現内容を排除することができるという効

果の面に着目すれば、限定パブリック・フォーラムは、本来の指定パブリック・フォーラムよりはむしろ、ノンパブリック・フォーラムに近いものであると言ふことができる。実際、連邦最高裁は、現在ではむしろ、限定パブリック・フォーラムをノンパブリック・フォーラムと同視する傾向にある。E. g., *Rosenberger v. Rector and Visitors of University of Virginia*, 515 U. S. 819, 829-830 (1995); *Good News Club*, 533 U. S., at 106. また、市川正人・表現の自由の法理（日本評論社、平成十五年）一二二頁注(子)もみよ。

- (75) *Perry*, 460 U. S., at 45.
- (76) *Perry*, 460 U. S., at 45.
- (77) *E. g.*, *Southeastern Promotions, Ltd. v. Conrad*, 420 U. S. 546 (1975).
- (78) *Perry*, 460 U. S., at 46.
- (79) 508 U. S. 384 (1993). なお、この本判決を評釈した邦語文献として、金原恭子「宗教的言論と公立学校施設の使用許可」憲法訴訟研究会『内部信喜編・アメリカ憲法判例（有斐閣、平成一〇年）一七六頁がある。
- (80) *Lamb's Chapel*, 508 U. S., at 391-392.
- (81) *Ehrmann*, *supra* note 43, at 994. また、金原・前掲注(79)一八〇頁。
- (82) *Lamb's Chapel*, 508 U. S., at 390.
- (83) *Lamb's Chapel*, 508 U. S., at 392.
- (84) 533 U. S. 98 (2001).
- (85) *Good News Club*, 533 U. S., at 113.
- (86) *Good News Club*, 533 U. S., at 109.
- (87) *Good News Club*, 533 U. S., at 137-139 (Souter, J., dissenting).
- (88) *Good News Club*, 533 U. S., at 130 (Stevens, J., dissenting).
- (89) *Good News Club*, 533 U. S., at 131 (Stevens, J., dissenting).
- (90) 安部・前掲注(8)二七一頁は、この区別を「泥沼」と表現する。
- (91) *Good News Club*, 533 U. S., at 126 (Scalia, J., concurring) (citing *Widmar*, 454 U. S., at 269 n. 6).
- (92) *Good News Club*, 533 U. S., at 124 (Scalia, J., concurring).
- (93) *Leading Cases*, 115 HARV. L. REV. 396, 402 (2001).
- (94) また、日本国憲法上の解釈論として、パブリック・フォーラム論を採るべきことを主張する見解として、松井茂記・日本国憲

法(第二版)(有斐閣、平成一四年)四五五頁。

(95) 紙谷雅子「パブリック・フォーラム」公法研究五〇号(昭和六三年)一〇三頁、一一八頁。

(96) 長岡徹・前掲注(74)七七頁。

おわりに

現在、わが国において、公立学校施設の目的外使用については、地方自治法三三八条の第四項、学校教育法八五条の規定を受けて、各地方公共団体が条例または教育委員会規則を定めている。管見の限りでは、それらの条例・規則は、おおむね次の四つのパターンに分類することができる。

- ① 条例上、公立学校施設の目的外使用が許可される場合がそもそも限定されているもの
- ② 条例上、宗教団体が主体となる場合には、目的外使用を認めないもの
- ③ 条例上、宗教活動を目的とする限り、目的外使用を認めないもの
- ④ 憲法八九条前段および学校教育法八五条の条件に従うもの

第一の型の代表例としては、「神戸市立学校施設目的外使用規則」(昭和四二年一〇月五日教育委員会規則第一〇号)を挙げることができる。その第三条は、学校施設の目的外使用を許可することのできる場合として、①学校関係団体が使用する場合、②社会教育法に定める諸行事に使用する場合、③公共的団体が使用する場合および④その他公益上必要と認める場合を限定列挙している。宗教団体による使用がこれらのいずれかに該当することはそもそも考えにくいであろう。

第二の型の例としては、「富山市立学校施設使用規則」(昭和五〇年二月一日教育委員会規則第二号)を挙げる
 ことができる。その三条二号は、「宗教団体が主催するとき」には、「学校施設の使用を禁止し、又はその承認を取
 り消すことができる」ものと規定している。この規定によれば、学校施設の使用目的がなんであるかにかかわらず、
 およそ宗教団体が主催する場合であれば、使用は許可されないことになる。この型の規定は、第一章第Ⅲ節で述べ
 た憲法八九条前段についての解釈のうち、A説を採るのであればともかく、そうでない場合には、なぜ、宗教団体
 が世俗団体と同様の活動のために公立学校施設を使用しようとするときまでも使用を禁止しなければならないのか
 という疑問を提起することができる。

第三の型の例として、「京都市立学校施設使用規則」(昭和二六年七月二六日教育委員会規則第二号)を挙げるこ
 とができる。その二条二号は、「宗教上一宗一派による宗教的宣教を目的とする」と認められる場合」には、「学校施
 設は……使用させることができない」と定めている。この型の規定によれば、宗教活動を目的としない場合には、
 宗教団体に対しても公立学校施設の使用を許可することができるということになる。先のB説およびC₁説からす
 れば、この条例の規定は憲法八九条前段または学校教育法八五条を確認する意味しか有しないことになるが、C₂説
 からすれば、この規定は、地方公共団体が独自に、宗教団体による宣教活動は学校の設置目的にそぐわないと判断
 した結果だということになる。

第四の型には、「法令に反しない限りで」⁹⁷、「学校教育法第八五条の範囲内」⁹⁸等の文言が用いられているものほ
 か、宗教団体による使用について特に規定のないものも含まれるであろう。この型の条例の下では、宗教団体に対
 して公立学校施設の使用を許可しうるかどうかは、憲法八九条前段および学校教育法八五条の解釈がそのまま反映
 されることになる。

これらの条例について考えるに、まず、わが国ではアメリカのパブリック・フォーラム論の影響にもかかわらず、

公的施設の目的外使用が許可される場合をその設置目的を理由として限定しうることは前提とされているといえよう。なぜなら、法令上、「行政財産は、その用途又は目的を妨げない限度においてその使用を許可することができる」（地方自治法二三八条の四第四項）と定められ、上述の泉佐野市民会館事件最高裁判決もまた、「住民は、その施設の設置目的に反しない限り、その利用を原則的に認められる」（傍点筆者）と述べているからである。

このことは、地方自治法二三八条の四第四項を公立学校施設の場合に敷衍した学校教育法第八五条についても同じことがいえる。実際、下級審裁判例の中には、「学校施設は、もともと学校教育に必要な施設で原則として学校教育の目的以外に使用されることを予定しておらず、……管理者又は学校長の同意を得た場合のみ例外的使用が許されるにとどまる」、また、「公の施設をその目的外に使用する場合は、施設管理者の許可が必要であり、それは行政財産たる公の施設の用途又は目的を妨げない限度においてその使用を許可することができる」と判示したものがあつた。このような理解を前提とする限り、宗教団体による宗教目的での公立学校施設の使用がおよそ学校教育法八五条にいう「学校教育上」の「支障」に当たるとまでは言えないにせよ、公立学校施設の管理者が同条を根拠として——もちろん、何が「学校教育上」の「支障」であるかという問題はあるが——宗教目的での公立学校施設の使用を禁止したとしても、公立学校施設の使用を希望する宗教団体の集会の自由ないし信教の自由を直ちに侵害するとは言えないであらう。

ただ、「学校教育上」の「支障」を根拠とする公立学校施設の使用の禁止は、学校施設の管理上の問題であつて、憲法八九条前段の政教分離原則の要請とは別の問題である。では、宗教団体に対して公立学校施設を使用させることは、憲法第八九条前段に反するのだろうか。まず、昭和二十二年八月のパンスの覚書以来GHQ宗教課が考えていたように、また、昭和二十四年十一月の文部省宗務課の回答案が指摘するように、公立学校の目的外使用の許可に際して、特定の宗教団体に対して有利または不利な取扱いがなされるならば、それは明らかに国家の宗教的中立

性に反し、憲法八九条前段に反するということになる。

これを越えて、非差別的な基準に従って他の世俗的な団体と同様に宗教団体に公立学校施設を使用させる場合であっても、それは憲法八九条前段により許されないとする立場もありうる⁽⁹⁸⁾。しかし、宗教の役割を尊重する憲法の下において、憲法の政教分離規定が国家の非宗教性ではなく、国家の宗教的中立性を前提としているのだとすれば、そして、公立学校施設を宗教団体に対して使用させた結果、「一般人に対して、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⁽⁹⁹⁾」かどうかの問題なのだとすれば、他の世俗的な団体に対して目的外使用を認める場合と同じ非差別的な基準に従って宗教団体に公立学校施設の使用を認めたとしても、特別な支援という印象を与えるとは言えないであろう。もちろん、その場合、アメリカの議論にみられたように、その学校に通う児童・生徒の年齢を考慮することや、特別な支援という誤解を与えないような配慮がなされることは必要であろう。しかし、非差別的な基準に従ってなされる目的外使用許可それ自体がおよそ憲法八九条前段に反するとは言えないように思われる。

それゆえ、政教分離原則が導入された占領期以来の「宿題」に対する解答としては、宗教目的での学校施設の使用が「学校教育上支障がある」と学校施設の管理者が判断した場合に使用を許可しない余地はあるものの、他の世俗団体と同一の条件の下で使用許可がなされる限り、宗教団体に対し宗教目的での公立学校施設の使用を許可することは、憲法上必ずしも禁止されていないものになるように思われる。

(97) 例え、岡山市立学校施設の使用に関する規則(平成十三年二月二〇日教育委員会規則第三号)三条をみよ。

(98) 例え、足立区学校施設使用条例(昭和三十三年二月二二日条例第二号)二条をみよ。

(99) 広島地判昭和五〇年一月二五日判時八一七号六〇頁。

- (100) 福岡高宮崎支判昭和六〇年三月二十九日判タ五七四号七八頁。
- (101) ただ、第三の型の規則については、宗教団体が宗教目的で公立学校施設を使用することが一律に「学校教育上」の「支障」に当たると考えている点に疑問が残る。
- (102) 鈴木勲・逐条学校教育法（第四次改訂版）（学陽書房、平成十一年）八五九頁。また、有倉遼吉「天城勲・法律学体系コメント」ル篇28 I 教育関係法（I）（日本評論新社、昭和三十三年）二六六頁（天城勲執筆）は、児童・生徒が宗教研究会のために使用する場合は許されるが、学校外の宗教団体に対し宗教活動の目的のために使用させることは許されないとの立場を採る。
- (103) 愛媛玉串料訴訟に関する最大判平成九年四月二日民集五一卷四号一六七三頁。