⑷　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。

第３　職権による検討

１　本件は，被上告人らが地方自治法242条の２第１項３号に基づいて提起した住民訴訟であり，被上告人らは，前記のとおり政教分離原則との関係で問題とされざるを得ない状態となっている本件各土地について，上告人がそのような状態を解消するため使用貸借契約を解除し，神社施設の撤去を求める措置を執らないことが財産管理上違法であると主張する。

２　本件利用提供行為の現状が違憲であることは既に述べたとおりである。しかしながら，これを違憲とする理由は，判示のような施設の下に一定の行事を行っている本件氏子集団に対し，長期にわたって無償で土地を提供していることによるものであって，このような違憲状態の解消には，神社施設を撤去し土地を明け渡す以外にも適切な手段があり得るというべきである。例えば，戦前に国公有に帰した多くの社寺境内地について戦後に行われた処分等と同様に，本件土地１及び２の全部又は一部を譲与し，有償で譲渡し，又は適正な時価で貸し付ける等の方法によっても上記の違憲性を解消することができる。そして，上告人には，本件各土地，本件建物及び本件神社物件の現況，違憲性を解消するための措置が利用者に与える影響，関係者の意向，実行の難易等，諸般の事情を考慮に入れて，相当と認められる方法を選択する裁量権があると解される。本件利用提供行為に至った事情は，それが違憲であることを否定するような事情として評価することまではできないとしても，解消手段の選択においては十分に考慮されるべきであろう。本件利用提供行為が開始された経緯や本件氏子集団による本件神社物件を利用した祭事がごく平穏な態様で行われてきていること等を考慮すると，上告人において直接的な手段に訴えて直ちに本件神社物件を撤去させるべきものとすることは，神社敷地として使用することを前提に土地を借り受けている本件町内会の信頼を害するのみならず，地域住民らによって守り伝えられてきた宗教的活動を著しく困難なものにし，氏子集団の構成員の信教の自由に重大な不利益を及ぼすものとなることは自明であるといわざるを得ない。さらに，上記の他の手段のうちには，市議会の議決を要件とするものなども含まれているが，そのような議決が適法に得られる見込みの有無も考慮する必要がある。これらの事情に照らし，上告人において他に選択することのできる合理的で現実的な手段が存在する場合には，上告人が本件神社物件の撤去及び土地明渡請求という手段を講じていないことは，財産管理上直ちに違法との評価を受けるものではない。すなわち，それが違法とされるのは，上記のような他の手段の存在を考慮しても，なお上告人において上記撤去及び土地明渡請求をしないことが上告人の財産管理上の裁量権を逸脱又は濫用するものと評価される場合に限られるものと解するのが相当である。

３　本件において，当事者は，上記のような観点から，本件利用提供行為の違憲性を解消するための他の手段が存在するか否かに関する主張をしておらず，原審も当事者に対してそのような手段の有無に関し釈明権を行使した形跡はうかがわれない。しかし，本件利用提供行為の違憲性を解消するための他の手段があり得ることは，当事者の主張の有無にかかわらず明らかというべきである。また，原審は，本件と併行して，本件と当事者がほぼ共通する市内の別の神社（富平神社）をめぐる住民訴訟を審理しており，同訴訟においては，市有地上に神社施設が存在する状態を解消するため，市が，神社敷地として無償で使用させていた市有地を町内会に譲与したことの憲法適合性が争われていたところ，第１，２審とも，それを合憲と判断し，当裁判所もそれを合憲と判断するものである（最高裁平成19年（行ツ）第334号）。原審は，上記訴訟の審理を通じて，本件においてもそのような他の手段が存在する可能性があり，上告人がこうした手段を講ずる場合があることを職務上知っていたものである。

そうすると，原審が上告人において本件神社物件の撤去及び土地明渡請求をすることを怠る事実を違法と判断する以上は，原審において，本件利用提供行為の違憲性を解消するための他の合理的で現実的な手段が存在するか否かについて適切に審理判断するか，当事者に対して釈明権を行使する必要があったというべきである。原審が，この点につき何ら審理判断せず，上記釈明権を行使することもないまま，上記の怠る事実を違法と判断したことには，怠る事実の適否に関する審理を尽くさなかった結果，法令の解釈適用を誤ったか，釈明権の行使を怠った違法があるものというほかない。

第４　結論

以上によれば，本件利用提供行為を違憲とした原審の判断は是認することができるが，上告人が本件神社物件の撤去請求をすることを怠る事実を違法とした判断には，判決に影響を及ぼすことが明らかな法令の違反がある。そこで，原判決を職権で破棄し，本件利用提供行為の違憲性を解消するための他の手段の存否等について更に審理を尽くさせるため，本件を原審に差し戻すこととする。

よって，裁判官今井功，同堀籠幸男の反対意見があるほか，裁判官全員一致の意見で，主文のとおり判決する。なお，裁判官藤田宙靖，同田原睦夫，同近藤崇晴の各補足意見，裁判官甲斐中辰夫，同中川了滋，同古田佑紀，同竹内行夫の意見がある。

裁判官藤田宙靖の補足意見は，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充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