

〔判例評釈〕

固定資産税等課税免除措置取消（住民訴訟）請求事件：
砂川政教分離訴訟最判後の自治体の
試行錯誤を背景とした公有地無償提供違憲判決

（最大判令和3年2月24日裁時1762号1頁）

神 山 智 美

富山大学紀要・富大経済論集 第67巻第1号抜刷（2021年8月）

富山大学経済学部

〔判例評釈〕

固定資産税等課税免除措置取消（住民訴訟）請求事件：砂川政教分離訴訟最判後の自治体の試行錯誤を背景とした公有地無償提供違憲判決

（最大判令和3年2月24日裁時1762号1頁）

神 山 智 美

キーワード：信教の自由，政教分離原則，久米孔子廟，住民訴訟，免除，砂川政教分離訴訟，宗教的施設，無償譲渡，寺社領

事案の概要

那覇市の住民である原告 X は、被告である那覇市（Y）の当時の長（Y 市長）が参加人（一般社団法人久米崇聖会，Z）に対し、都市公園である松山公園の敷地内に久米至聖廟（以下「本件施設」または「孔子廟」という。）を設置することを平成 26（2014）年 3 月 28 日付けで許可し（以下「本件設置許可」という。），その使用料を全額免除したこと（「本件免除」といい、本件設置許可とあわせて「本件設置許可等」という。）は政教分離原則（憲法 20 条 1 項後段，3 項，89 条）に違反し，本件設置許可は都市公園法（昭和 31 年法律第 79 号）4 条 1 項に違反するとして，Y らのこの孔子廟のために都市公園の敷地を無償で提供した Y の行為を違法に財産の管理を怠るものと主張した。

X は、①地方自治法（昭和 22 年法律第 67 号）242 条の 2 第 1 項 3 号に基づき，Y が、同年 4 月 1 日から同年 7 月 24 日までの間の松山公園の使用料 181 万 7,063 円（以下「本件使用料」という。）を請求しないことの違法確認，② Y に対する，同項 2 号に基づく本件設置許可の取消請求，③ Y に対する，同項 4 号本文に基づく本件使用料相当額の当時の Y 市長に対する損害賠償請求および補助参加人に対する不当利得返還請求または損害賠償請求を連帯債務として請求

することを求める請求、④ Y に対する、同項 3 号に基づく同月 25 日から平成 27 年 4 月 24 日までの間の松山公園の使用料の徴収を怠る事実の違法確認請求、⑤ Y に対する、同項 4 号本文に基づく上記④の使用料相当額の当該期間中の各 Y 市長に対する損害賠償請求および Z に対する不当利得返還請求の各請求をすることを求めた（以下「本件」という。）。

差戻前第一審（那覇地判平成 28 年 11 月 29 日判自 454 号 32 頁）は、都市公園における施設の設置許可は、公園内に当該施設を設置することを許可するものにすぎず、財務的処理を直接の目的とする財務会計上の行為には該当しないから、②は不適法である、また、①③④⑤は、いずれも適法な監査請求を経ていないものとして不適法であると判示した。差戻前控訴審（福岡高那覇支部判平成 29 年 6 月 15 日判自 454 号 37 頁）は、X の控訴のうち上記②の請求に係る部分を棄却したほか、本訴請求のうち上記①および③の各請求に係る部分を那覇地方裁判所に差し戻す旨の判決をした（なお、X は、差戻前控訴審に係属する間に、上記④および⑤の各請求に係る訴えをいずれも取り下げた。）。

差戻第一審（那覇地判平成 30 年 4 月 13 日判自 454 号 40 頁）¹において、X は、本件訴えのうち、上記③の請求に係る部分を取り下げたことから、差戻審における審判対象は、上記①の請求のみとなった。この点に関し、差戻第一審は、本件設置許可等のうちの本件免除は、Y と本件施設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

1 判例評釈に、武田芳樹「宗教的性格を帯びた施設の設置と本件使用料の免除の合憲性〈最新判例演習室／憲法〉」法学セミナー 764 号 108 頁（2018）、松本和彦「孔子廟・公有地無償提供違憲訴訟〈判例セレクト Monthly／憲法〉」法学教室 457 号 131 頁（2018）、西山千絵「都市公園の敷地内に孔子廟を設置することを許可するに際し、その使用料を全額免除した市の行為が違憲とされた事例」新・判例解説 Watch24 号 9 頁（2019）、江藤祥平「〔平成 30 年度重要判例解説〕孔子廟のための敷地使用料免除と政教分離原則〈憲法 7〉」ジュリスト臨時増刊 1531 号 20 頁（2019）、鈴木繁元「孔子廟・公有地無償提供違憲訴訟〈公法判例研究〉」北海道大学／北大法学論集 71 巻 1 号 179 頁（2020）がある。

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とし、また、本件免除は、憲法 20 条 3 項の禁止する国の機関たる地方公共団体による宗教的活動にも該当すると解するのが相当であるとして、Y が使用料のうち 181 万 7,063 円を Z に対し請求しないことの違法確認を求める X の請求は全部理由があるとし、X の請求を認容した。

そこで、Y および Z がそれぞれ控訴した差戻控訴審（福岡高那覇支部判平成 31 年 4 月 18 日判自 454 号 26 頁）²では、那覇市公園条例上および同条例施行規則上、Y 市長が特に必要と認める場合には使用料の一部を免除することができる旨規定されており、Y には、施設の設置許可を受けた者に対して公園使用料（以下「本件使用料」という。）の一部免除をするか否かについての裁量が認められているから、Y が、Z に対し、本件設置許可に伴う本件使用料を徴収すべき義務を負うとしても、本件使用料の全額を徴収しないことが直ちには Y の財産管理上の裁量を逸脱または濫用するものであるとはいえないなどとして、原判決を変更し、Y が、Z に対し、当該期間の松山公園の使用料を請求しないことが違法であることを確認し、X のその余の請求を棄却した。

そのため、X が、Y を相手に、上記①の地方自治法 242 条の 2 第 1 項 3 号に基づき Y が Z に本件使用料を請求しないという怠る事実の違法確認を求めた住民訴訟の上告審である。

判決の要旨

1. 争点 1：本件免除が、その直接の効果として、参加人（Z）による本件施設を利用した宗教的活動を容易にしているなどとして、憲法 20 条 1 項後段、3 項、89 条に違反するか

「国又は地方公共団体が、国公有地上にある施設の敷地の使用料の免除をする場合においては、当該施設の性格や当該免除をすることとした経緯等には

2 判例評釈に、西山千絵「固定資産税等課税免除措置取消（住民訴訟）請求控訴事件：久米孔子廟訴訟控訴審判決〈最新判例演習室／憲法〉」法学セミナー 782 号 124 頁（2020）がある。

様々なものがあり得ることが容易に想定されるところであり、例えば、一般的には宗教的施設としての性格を有する施設であっても、同時に歴史的、文化財的な建造物として保護の対象となるものであったり、観光資源、国際親善、地域の親睦の場などといった他の意義を有していたりすることも少なくなく、それらの文化的あるいは社会的な価値や意義に着目して当該免除がされる場合もあり得る。これらの事情のいかんは、当該免除が、一般人の目から見て特定の宗教に対する援助等と評価されるか否かに影響するものと考えられるから、政教分離原則との関係を考えるに当たっても、重要な考慮要素とされるべきものといえる。そうすると、当該免除が、前記諸条件に照らし、信教の自由の保障の確保という制度の根本目的との関係で相当とされる限度を超えて、政教分離規定に違反するか否かを判断するに当たっては、当該施設の性格、当該免除をすることとした経緯、当該免除に伴う当該国公有地の無償提供の態様、これらに対する一般人の評価等、諸般の事情を考慮し、社会通念に照らして総合的に判断すべきものと解するのが相当である。」

本件施設、本件施設で行われる釋奠祭禮（せきてんさいれい）、および当初の至聖廟等について検討するに、「本件施設については、一体としてその宗教性を肯定することができることはもとより、その程度も軽微とはいえない。」

そのうえで、本件免除がされた経緯を検討し、「本件施設の観光資源等としての意義や歴史的価値をもって、直ちに、参加人（Z）に対して本件免除により新たに本件施設の敷地として国公有地を無償で提供することの必要性及び合理性を裏付けるものとはいえない。」「これまで説示したところによれば、本件施設の観光資源等としての意義や歴史的価値を考慮しても、本件免除は、一般人の目から見て、市（Y）が参加人（Z）の上記活動に係る特定の宗教に対して特別の便益を提供し、これを援助していると評価されてもやむを得ないものといえる。」とし、次のように判示した。

「本件免除は、市（Y）と宗教との関わり合いが、我が国の社会的、文化的諸条件に照らし、信教の自由の保障の確保という制度の根本目的との関係で相

当とされる限度を超えるものとして、憲法 20 条 3 項の禁止する宗教的活動に該当すると解するのが相当である。」

なお、本件免除が憲法 20 条 3 項に違反し無効であるとしたことについては、裁判官林景一の反対意見がある。

2. 争点 2：被告が、参加人から本件設置許可に伴う本件使用料を徴収すべき義務を負うとしても、本件使用料の全額を徴収しないことが、直ちに第 1 審被告の財産管理上の裁量権の範囲を逸脱し、又はこれを濫用するものとして、違法であるということはいかなるのか

最高裁は、原審の上記判断は是認することができないとして、以下の理由を示した。

「使用料等の地方公共団体の歳入に係る督促について定める地方自治法 231 条の 3 第 1 項等の規定並びに地方公共団体が有する債権の管理について定める同法 240 条及び地方自治法施行令 171 条の 2 から 171 条の 7 までの規定によれば、客観的に存在する使用料に係る債権を理由もなく放置したり免除したりすることは許されず、原則として、地方公共団体の長にその行使又は不行使について裁量はないというべきである（最高裁平成 12 年（行ヒ）第 246 号同 16 年 4 月 23 日第二小法廷判決・民集 58 卷 4 号 892 頁参照）。

そして、公園条例 11 条の 2 第 8 号は使用料の一部の免除について定めているものの、事実審の口頭弁論終結時までに、同号に基づく免除の処分はされておらず、公園条例及び公園条例施行規則において、一旦発生した使用料の徴収の猶予等を定めた規定も存在しない。また、本件において、地方自治法施行令 171 条の 5 から 171 条の 7 までに規定する徴収停止等の要件に該当する事情も明らかでない。そうすると、第 1 審被告において、本件使用料に係る債権の行使又は不行使についての裁量があるとはいえず、その全額を請求しないことは違法というほかない。」

評釈

判決の結論に賛成する。

1. 市有地の提供等に関わる政教分離訴訟の経過

地方公共団体が特定の宗教に対して補助金支出および/または市有地を無償貸与したこと等が、憲法上の政教分離原則に反するとした住民訴訟が展開されてきた。

こうした訴訟において、初めに違憲判決がなされたものの、箕面忠魂碑違憲訴訟第一審判決（忠魂碑のあった公有地の代替地を買い受けて同碑の移設・再建をし、同碑を維持管理する戦没者遺族会に対して同代替地を無償貸与する等の当該忠魂碑に関する市の行為が問われたものとして大阪地判昭和57年3月24日判時1036号20頁）がある。ただし、箕面忠魂碑・慰霊祭訴訟上告審判決（最三小判平成5年2月16日判タ815号94頁）は、これを全面的に覆した控訴審（大阪高判昭和62年7月16日判時1237号3頁）を支持した。ここで最高裁は、忠魂碑は宗教的施設ではなく、遺族会も憲法20条3項等の宗教団体ではないうえに、地方公務員が慰霊祭に参列行為も玉串奉呈等の行為をすることも社会的儀礼であって、同条の宗教的活動にあたらないとした。政教分離に関しては、相対的分離説、制度的保障説を基礎に「目的効果基準」が採用された³。

次に最高裁判決が下された砂川政教分離（空知太神社）訴訟上告審判決（最大判平成22年1月20日判時2070号21頁）は、砂川市が所有する市の集会所

3 公有地の提供に関してではないが、同時期に最高裁で精神的自由権の領域では初めてとなった画期的な違憲判決が下されたものに、愛媛玉串料訴訟上告審判決（最大判平成9年4月2日判時1601号47頁）がある。これに関する故芦部信喜名誉教授（東京大学）へのインタビュー（インタビューー日比野勤「特集・愛媛玉串料訴訟最高裁大法廷判決 芦部信喜先生に聞く」法学教室No.203 4-17（1997））が参考になる。芦部教授は、目的効果基準が実質の意味を持って用いられたものとして津地鎮祭訴訟、箕面忠魂碑訴訟および愛媛玉串料訴訟の三つを挙げ、これらを「①政教分離違反として争われた行為に関係した公の機関」、「②宗教的行事の主催者」、「③右行為の行われた場所」、「④右行為の性質」、「⑤公金支出の有無」という五項目について比較して、愛媛玉串料訴訟の宗教性の強さを指摘している（8頁）。

の一角に空知太（そらちぶと）神社の祠が設置されている建物があることから、市の所有地が無償で神社（宗教法人法所定の宗教法人ではなく、神社付近の住民らで構成される氏子集団によってその管理運営がされている。）に提供することが財産管理を怠り違法であると提訴した住民訴訟の上告審である。最高裁は、目的効果基準には言及することなく、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いえるか否かという基底的判断枠組みのみを用いて判断した。その上で、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とした。最高裁判決では、「職権による検討」として、ありうべき適切な手段等を示唆したところ、判決後に、当事者間でその方向で解決が協議された⁴。

本件も、目的効果基準には言及することなく、本件免除は市と宗教との関わり合いが、我が国の社会的、文化的諸条件に照らし、信教の自由の保障の確保という制度の根本目的との関係で相当とされる限度を超えるものとして、憲法 20 条 3 項の禁止する宗教的活動に該当すると判断したことから、前述の砂川政教分離（空知太神社）訴訟上告審判決の判断枠組みの応用⁵とされている。

これらを踏まえ、本件の特徴をあげれば、1 点目に、従来は神道ないし仏教との関わりが議論されることが多かったところ、それを「儒教の祖である孔子等を祀った久米至聖廟に係活動」において検討している点が挙げられる。古来の神道は、「神社非宗教論」というものが神道の性格や日本における社会生活との関わりから主張されるように、日常生活の傍らにあって習俗的性質を帯びているものでもある。というのも、古代に成立したもとの神道は、自然崇拜やアニミズムを特徴とするものであり、身近な自然物への畏敬の念を抱くものであって、地域の祭りや行事、祠など、その意味で多くの人々にとって宗教

4 辻村みよ子『憲法 第6版』（日本評論社、2018年）195頁。

5 「応用」という表現は、江藤・前掲注1）21頁や西山・前掲注1）11頁に見られる。

的意義を感じさせるものではない。だが、それとて宗教的意義の有無については政教分離の趣旨から厳格にとらえられるべきものであると捉えられる。そうしたなかで、「儒教の祖である孔子等を祀った久米至聖廟に係る活動」の宗教性についての検討は注目に値する。

2点目に、「宗教団体」または「明らかな宗教的施設」とは認められていないZにも、政教分離の確保のために、砂川政教分離（空知太神社）訴訟における（信教の自由の保障の確保という制度の根本目的との関係で相当とされる限度を超えるものといえるか否かという）基底的判断枠組みの判断対象となることを明確にしたことである⁶。

3点目に、砂川政教分離（空知太神社）訴訟判決が用いた「一般人」に関する判断基準（世俗的、公共的な目的から始まったものであるとしても、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いえるかどうか）を用いており、これを拘束性のある判例理論としたことである⁷。筆者は、本件免除に関しては、本件施設およびそで行われている諸行事についての宗教性を、本件では儒教や儒学という学術的および専門的観点のみではなく一般人の目から見て判断する視点が重要であろうと考える⁸。

なお、筆者の関心事の最たるものは、サブタイトルである「砂川政教分離訴訟最判後の自治体の試行錯誤を背景とした公有地無償提供違憲判決」にもあるように、こうした判例に適合するようにするために、各地方公共団体が類似の

6 西山・前掲注1) 11頁。

7 興味深いのは、「一般人」であれば、本件免除がなされているかそれとも使用料が市に支払われているかについてはほぼ関知していない状態であろうと思われるところ、「当該免除が、一般人の目から見て特定の宗教に対する援助等と評価されるか否かに影響するものと考えられる」とした点である。これは、江藤・前掲注1) 21頁にて江藤祥平准教授（上智大学）の指摘するように、「適正な使用料を払えば、一般人の目から見て特定の宗教に対する援助等とは評価されない」ということになると考えるには技巧的すぎる。

8 徳永信一「那覇市孔子廟裁判の最高裁大法廷弁論について（2）」2021年1月24日13:03 https://note.com/tokushin_note/n/n472285913739（2021年5月17日最終閲覧）。

宗教性を帯びた団体や施設等をどのように遇するべきかという点である。これの点に関しては、争点2を踏まえ、「4. 自治体に求められる対応」として後述する。

2. 争点1：本件免除が、その直接の効果として、参加人（Z）による本件施設を利用した宗教的活動を容易にしているなどとして、憲法20条1項後段、3項、89条に違反するか

（1）政教分離規定と総合的な判断基準

上告理由は、原審が、本件免除が、その直接の効果として、Zによる本件施設を利用した宗教的活動を容易にしているなどとして、憲法20条1項後段、3項、89条に違反すると判断したことに対し、上記各条項の解釈適用の誤りおよび理由の不備があると主張した。

最高裁は、憲法の定める政教分離規定について、憲法に定める政教分離規定は、一般に、「国家（地方公共団体を含む。以下同じ。）の非宗教性ないし宗教的中立性を意味するもの」とした。そして、我が国においては、各種の宗教が多層的、重層的に発達、併存してきているという事情に鑑み、政教分離の必要性と我が国における制度の根本目的との関連で相当とされる限度について述べた。すなわち、国家と宗教との関わり合いには種々の形態があることを前提に、過去の判例を引用しながら、「国家が宗教との一切の関係を持つことが許されないというのではなく、政教分離規定は、その関わり合いが我が国の社会的、文化的諸条件に照らし、信教の自由の保障の確保という制度の根本目的との関係で相当とされる限度を超えるものと認められる場合に、これを許さないとするものであると解される」とした。

そのため、国または地方公共団体が、当該施設の性格や歴史的な経緯を踏まえて免除をすることとする事例があることも踏まえた。一例として、「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免除がされる場合もあり得ることを提示した。

そのうえで、当該免除が、一般人の目から見て特定の宗教に対する援助等と評価されるか否かに影響するものと考えられるから、政教分離原則との関係を考えるに当たっても、重要な考慮要素とされるべきものといえるという、一般人の捉え方という一つの指標を提示した。つまり、免除が、諸条件に照らし、信教の自由の保障の確保という制度の根本目的との関係で相当とされる限度を超えて、政教分離規定に違反するか否かを判断するに当たっては、当該施設の性格、当該免除をすることとした経緯、当該免除に伴う当該国公有地の無償提供の態様、これらに対する一般人の評価等、諸般の事情を考慮し、社会通念に照らして総合的に判断すべきものと解するのが相当であるとの判断基準を改めて提示したのである。

(2) 本件へのあてはめ

そして、本件をこの基準に当てはめたところ、①本件施設が、松山公園の他の部分から仕切られた区域内に一体として設置されているところ、大成殿は、本件施設の本殿と位置付けられており、その内部の正面には孔子の像および神位が、その左右には四配の神位がそれぞれ配置され、家族繁栄、学業成就、試験合格等を祈願する多くの人々による参拝を受けているほか、大成殿の香炉灰が封入された「学業成就(祈願)カード」が本件施設で販売されていたこともあったというのである。そうすると、本件施設は、その外観等に照らして、神体または本尊に対する参拝を受け入れる社寺との類似性があるということができるとした。

写真 1：久米孔子廟正面（左：中央の扉は一年に一度しか開かない）
大成殿（右：入って正面に位置づく）

2021 年 3 月 7 日筆者撮影



②本件施設で行われる釋奠祭禮⁹は、その内容が供物を並べて孔子の霊を迎え、上香、祝文奉読等をした後にこれを送り返すというものであることに鑑みると、思想家である孔子を歴史上の偉大な人物として顕彰するにとどまらず、その「霊」の存在を前提として、これを崇め奉るという宗教的意義を有する儀式というほかない。

また、③Zは釋奠祭禮の観光ショー化等を許容しない姿勢を示しており、釋奠祭禮が主に観光振興等の世俗的な目的に基づいて行われているなどの事情もうかがわれない。

そして、④Zの説明によれば、至聖門の中央の扉は、孔子の「霊」を迎えるために1年に1度、釋奠祭禮の日によりのみ開かれるものであり、孔子の霊は、御庭空間の中央を大成殿に向かって直線的に伸びる御路を進み、大成殿の正面階段の中央部分に設けられた石龍陞を越えて大成殿へ上るといっているのであるから、本件施設の建物等は、上記のような宗教的意義を有する儀式である釋奠祭

9 徳永・前掲注8)には、第一審の口頭弁論のときに93歳（当時）であった一審原告の金城テルさんによれば、「釋奠祭禮は、長い間、久米三十六姓（クニンダンチュ）の儀式として伝えられてきたものであって、沖縄の一般市民にとっては全くなじみのないものでした」との記述がある。

禮を実施するという目的に従って配置されたものということができる。

また、⑤当初の至聖廟等は、少なくとも明治時代以降、社寺と同様の取扱いを受けていたほか、旧至聖廟等は、道教の神等を祀る天尊廟および航海安全の守護神を祀る天妃宮と同じ敷地内にあり、Zはこれらを一体として維持管理し、多くの参拝者を受け入れていたことがうかがわれる。その後、本件施設内の「100周年記念碑」にも記されているように、旧至聖廟等は当初の至聖廟等を再建したものであるところ、本件施設はその旧至聖廟等を移転したものと位置付けられていること等に照らせば、本件施設は当初の至聖廟等および旧至聖廟等の宗教性を引き継ぐものということができる。

以上のように、①参拝客の受け入れ体制と社寺との類似性、②宗教的意義を有する儀式が行われていること、③習俗化・観光化を拒むZの宗教的意識、④本件施設の祭礼専用的な性格、⑤歴史的経緯と継続的な参拝者の存在のように、最高裁は、本件施設、その運営者およびそこで行われている行事の宗教性について丁寧な検討を行い、「一体としてその宗教性を肯定することができることはもとより、その程度も軽微とはいえない」と判断した。

（３）本件施設の敷地の性質および本件免除について

本件免除は、Yが、本件施設の観光資源等としての意義に着目し、またはかつて琉球王国の繁栄を支えた久米三十六姓¹⁰が居住し、当初の至聖廟等があった久米地域に本件施設が所在すること等をもって本件施設の歴史的価値が認められるとして、Zに対してその敷地の使用料（本件使用料）を免除することとしたという経緯がある。

10 久米三十六姓とは、1392年に明の洪武帝より琉球王国に下賜されたとされる閩人（現・福建省の中国人）の職能集団、及びその後三百年間にわたり閩から渡来した者や首里・那覇士族から迎え入れた人々の総称である。Zである「一般社団法人 久米崇聖会（<https://kumesouseikai.or.jp/about/> 2021年5月19日最終閲覧）」は、この久米、姓の末裔が、至聖廟、明倫堂を組織的に管理運営するため設立したものである。

写真 2：久米孔子廟平面図（左）、100 周年記念碑（右）

2021 年 3 月 8 日筆者撮影



しかし、最高裁は、「旧至聖廟等は当初の至聖廟等を再建したもの」であり、「本件施設はその旧至聖廟等を移転したもの」というこれまでの移転と再建の経過を丁寧に検討した。つまり、Y は、本件公園の用地として、新たに国から国有地を購入し、または借り受けている。Z は自己の所有する土地上に旧至聖廟等を有していた上、本件土地利用計画案においては、本件委員会等で至聖廟の宗教性を問題視する意見があったこと等を踏まえて、大成殿を建設する予定の敷地につき Z の所有する土地との換地をするなどして、大成殿を私有地内に配置することが考えられる旨の整理がされていたというのである。また、本件施設は、当初の至聖廟等とは異なる場所に平成 25（2013）年に新築されたものであって、当初の至聖廟等を復元したものであることはうかがわれず、法令上の文化財としての取扱いを受けているなどの事情もうかがわれないことにも注目した（写真 2）。

以上のことから、本件施設の「観光資源等としての意義」や「歴史的価値」をもって、直ちに、Z に対して本件免除により新たに本件施設の敷地として国有公有地を無償で提供することの必要性および合理性を裏付けるものとはいえない

いと判断した。さらに、最高裁は、「一般人の目」をして以下のように語らしめた。本件施設の観光資源等としての意義や歴史的価値を考慮しても、「本件免除は、一般人の目から見て、市がZの上記活動に係る特定の宗教に対して特別の便益を提供し、これを援助していると評価されてもやむを得ないものといえる」というのである。これは、本件免除によって間接的にまたは不随的にZが宗教行為を遂行するメリットを得るという事実があるというにとどまらず、Zはその宗教行事を継続するうえで直接的に恩恵を受けていると断じたのである。

つまり、「直ちに、Zに対して本件免除により新たに本件施設の敷地として国公有地を無償で提供することの必要性および合理性を裏付けるものとはいえない」が、それが「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」と評価でき違法性を有するものといえるかそれとも不当であるというにとどまるものかには明確な基準はない。その点に関して、本件では、一般人の目をして語らしめる、つまり一般人の評価に倣うという表現になっているが、それを裏付けるのは、上記（２）の①から⑤および本件施設の敷地の性質等の丁寧な検証である。この丁寧な検証こそ、文化的あるいは社会的な価値や意義がある宗教的な施設への免除の違法性の有無を分かつものであり技術的にも重要といえる。

３．争点２：被告が、参加人から本件設置許可に伴う本件使用料を徴収すべき義務を負うとしても、本件使用料の全額を徴収しないことが、直ちに第１審被告の財産管理上の裁量権の範囲を逸脱し、又はこれを濫用するものとして、違法であるということとはできないか

（１）Zに請求されるべき本件使用料

本件施設が存在する松山公園は、那覇市の行政機関などのビルが建つ中心地にある緑豊かな公園である。アスレチックコースやテニスコート（有料）も完備されている¹¹。

11 トラベルブック「【沖繩】『松山公園』は那覇市民の憩いの場！お花見やウォーキングも楽しめる」<https://www.travelbook.co.jp/topic/52607>（2021年5月20日最終閲覧）。

本件免除に伴う国公有地の無償提供の態様は、判決文によれば、本件設置許可に係る占用面積が1,335平方メートルに及び、免除の対象となる本件使用料相当額が年間で576万7,200円（占用面積1,335平方メートル×1か月360円×12か月）に上るというものであって、本件免除によって参加人が享受する利益は、相当に大きい。また、本件設置許可の期間は3年とされているが、公園の管理上支障がない限り更新が予定されているため、本件施設を構成する建物等が存続する限り更新が繰り返され、これに伴い本件使用料が免除されると、Zは継続的に上記と同様の利益を享受することとなるとの予測が可能である。

それゆえ、上記2.（3）の検討の繰り返しになるが、本件免除は、Zが本件施設を利用した宗教的活動を行うことを容易にするものであるといえることができる。

（2）那覇市公園条例に基づく免除—差戻第一審、差戻控訴審の判断

他方、那覇市公園条例（1970年那覇市条例第6号。以下「公園条例」という。）および公園条例施行規則（1970年那覇市規則第5号。平成28（2016）年那覇市規則第21号による改正前のもの。以下「公園条例施行規則」という。）上、Yが特に必要と認める場合には都市公園の使用料の一部を免除することができる旨規定されている。

それゆえ、Yが、参加人から本件設置許可に伴う本件使用料を徴収すべき義務を負うとしても、本件使用料の全額を徴収しないことが、直ちにYの財産管理上の裁量権の範囲を逸脱し、またはこれを濫用するものとして、違法であるということとはできないともいえる。

この点につき、差戻第一審は、本件免除は、都市公園法および那覇市公園条例という法律上の根拠に基づき、その名宛人が負うべき都市公園の占用に係る使用料の支払義務を全額免除するものであるから、「行政庁の処分その他公権力の行使に当たる行為」（行政事件訴訟法（昭和37年法律第139号）3条2項）に該当し、その処分に瑕疵があった場合、瑕疵が重大かつ明白で当該処分を当然無効ならしめるものと認めるべき場合を除いては、適法に取り消されない限

りその効力を有するものであるところ、本件免除は、適法に取り消されたものではないものの、その瑕疵は、憲法 20 条 1 項後段、3 項、89 条に違反するものであって、重大かつ明白であるから、無効である。それゆえ、那覇市長は、補助参加人から上記使用料を徴収すべき義務があるのに、これ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判示した。

次に、原審（差戻控訴審）は、Y には、施設の設置許可を受けた者に対して本件使用料の一部免除をするか否かについての裁量が認められているから、Y が、Z に対し、本件設置許可に伴う本件使用料を徴収すべき義務を負うとしても、本件使用料の全額を徴収しないことが直ちには控訴人の財産管理上の裁量を逸脱または濫用するものであるとはいえないとし、差戻第一審の判断を覆した。

（３）那覇市公園条例に基づく免除—当審の判断

最高裁は、公園施設設置許可を受けた者の公園条例に基づく使用料の金額は、公園条例により一義的に決定されること、公園条例および公園条例施行規則上、上記使用料に係る賦課決定等の行為を想定した規定は見当たらないことに照らせば、上記使用料は、公園施設設置許可がされ、所定の期間が経過することによって当然に発生するものと解することができるとした。

そのうえで、Z は、本件設置許可を受け、所定の期間を経過したものであり、かつ、本件免除は前述 1.（３）のごとく違憲無効であるというべきであるから、事実審の口頭弁論終結時において、市の Z に対する本件使用料に係る債権が全額存在していたといえることができる。こうした債務に関して、地方自治法 231 条の 3 第 1 項等の規定ならびに地方公共団体が有する債権の管理について定める同法 240 条および地方自治法施行令 171 条の 2 から 171 条の 7 までの規定は、使用料等の地方公共団体の歳入に係る督促について定める。これらによれば、客観的に存在する使用料に係る債権を理由もなく放置したり免除したりすることは許されず、原則として、地方公共団体の長にその行使または不行使について裁量はないというべきである（最二小判平成 16 年 4 月 23 日判時 1857 号 47 頁）。

そして、公園条例 11 条の 2 第 8 号は「その他市長が特に必要と認める場合」に対して使用料の一部の免除について定めているものの、事実審の口頭弁論終結時まで、同号に基づく免除の処分はされておらず、公園条例および公園条例施行規則において、一旦発生した使用料の徴収の猶予等を定めた規定も存在しない。

以上のことから、最高裁は、原審の判断を翻し、Y が本件使用料を請求しないことは違法というほかはないと判示した。

これは、①公園条例 11 条の 2 第 8 号に基づき本件使用料を免除する理由があるかどうかを判断して免除処分を下すには至っていない、つまり、免除の効力が生じていない段階であるといえ、最高裁が指摘するように、②地方自治法施行令 171 条の 5 から 171 条の 7 までに規定する徴収停止、履行延期および免除の要件に該当する事情もうかがわれない。この段階では、Y において、本件使用料に係る債権の行使または不行使についての裁量があるとはいえないからという判断である。

一見して手続違反の免除ゆえの無効かと思われるところ、では、改めて（現 Y 市長が、）公園条例 11 条の 2 第 8 号に基づき本件使用料を免除する処分が可能かを検討する。この点に関しては、そもそも最高裁も判断においては、前述 1.（3）のごとく本件免除は違憲無効であるというべきという実体面からの判断が先行している。そのため、本件施設の観光資源等としての意義や歴史的価値を考慮しても、本件免除は違法というほかない。

（4）砂川政教分離訴訟（空知太神社事件および富平神社事件）との関わり

本件においては、X は、本件免除という使用料の話を問題としており、その点において、施設所有者に神社施設の撤去と土地明渡しを求めた砂川政教分離（空知太神社）訴訟第一審判決（平成 18 年 3 月 3 日民集 64 卷 1 号 89 頁）および同控訴審判決（札幌高判平成 19 年 6 月 26 日民集 64 卷 1 号 119 頁）とは異なる。

さらに、砂川政教分離（空知太神社）訴訟上告審判決においては、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

があり得るとして、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」との教示を行った。そして、市には、「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」とも加えた。

他方、同上告審と同日に判決がなされた砂川政教分離（富平神社）訴訟上告審判決（最大判平成 22 年 1 月 20 日判例時報 2070 号 41 頁）においては、市が違憲状態の解消のために、神社の敷地となっている当該市有地を町内会に無償で譲与したことに關して、当該譲渡は、市と神社ないし神道との間に、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かかわり合いをもたらしものということはできず、憲法 20 条 3 項、憲法 89 条に違反するものではないと判示した。その考え方は以下のようなものである。

まず、地縁団体の認可を受けた町内会に対し譲与された敷地にある神社施設は宗教施設に当たり、そこで行われている諸行事も宗教的行事と認めるほかないものである。また、町内会も憲法 89 条の宗教上の組織ないし団体に当たるものと認められるから、譲与前の当該市有地を市が無償で神社敷地としての利用に供していた行為は、その直接の効果として宗教的活動を行うことを容易にするものであったといえる。そのうえで、町内会に市が神社の敷地を譲与することは、町内会に一方的に利益を提供するという側面を有しているが、それは憲法 89 条および 20 条 1 項後段の趣旨に適合しないおそれのある状態を是正解消するために行ったものであり、また、この土地は過去において町内会の前身である部落会が実質的に所有していたものであるから、公用の廃止された普通財産を寄附者の包括承継人に譲与することを認める市の条例の趣旨に適合するものである。他方、市が神社との関係を解消するために神社施設の撤去を図る

とすれば、土地の寄附後も地域住民の集団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、その信教の自由に重大な不利益を及ぼすことになる。それゆえ、市が神社の敷地となっている当該市有地を町内会に無償で譲与したことは、市と神社ないし神道との間に、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かかわり合いをもたらすものということとはできず、憲法 20 条 3 項、89 条に違反するものではない。

以上により、砂川政教分離(空知太神社)訴訟上告審判決をもとに判断すれば、Y は、本件施設の敷地の全部または一部を Z に譲与し、有償で譲渡し、または適正な時価で貸し付ける等の方法をとることがその裁量として可能であるにも拘わらず、いずれの対処も行っていない点において批判されうる。他方、砂川政教分離(富平神社)訴訟上告審判決では、町内会に無償で譲与したことに關して政教分離原則違反ではないとしているが、これは、その判断過程において当該市有地が過去において町内会の前身である部落会が実質的に所有していたものであることなどを踏まえて検討した結果である。そのため、こうした事情などが存在しない本件においては、「土地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」の三つの手段の中では(当該施設が 2013 年 6 月にこの地に再建されたことから建物の撤去および土地の明渡しは想定しづらく、地価の高さとその占める面積の広さから有償譲渡も現実的ではないと思われ、)適正な時価での貸し付けすなわち本件使用料の請求が双方に最も適当かつ合理的な手段であると考えられる。

本件では、上記のように考えざるをえないが、公有地上に存在する宗教施設は少なくなく、そうした場合に、「適正な時価での貸し付けすなわち本件使用料の請求」は、現実的な手法なのであろうかということが筆者には懸念されるため以下に検討する。

4. 自治体に求められる対応

(1) 「適正な時価での貸し付け」の合理性

「適正な時価での貸し付けすなわち本件使用料の請求」は、現実的な手法なのであろうかということが筆者には懸念される理由は、以下の3点の考慮が求められると考えるからである。

1点目に、砂川政教分離（空知太神社）訴訟上告審判決においては、市が町内会に対し当該市有地を無償で神社施設の敷地としての利用に供している行為が憲法の定める政教分離原則に違反し、市長において同施設の撤去および土地明渡しを請求しないことが違法に財産の管理を怠るものであるとして違憲と判断される場合には、3つの事情の下であることを提示した。その1つに、神社施設を直ちに撤去させるべきものとするのが、氏子集団の同施設を利用した宗教的活動を著しく困難なものにし、そ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という事情が挙げられている。つまり、従前から継続されてきた宗教的活動の継続性（信仰の自由）の確保への配慮が必要と考える。ただし、この問題は、信者が減っていればつまり氏子集団が形成されなくなっていれば同施設の撤去および土地明渡し請求が可能であるのか、さらに言えば信者が確認されない事態になれば（信仰の歴史が途絶えれば、）行政代執行（略式代執行）も可能なのかということにもつながる論点であるといえ、人口減少社会が加速する中で検討していかなければならないテーマでもある。

2点目は、こうした訴訟の対象となるような幾分習俗化している地域の伝統的な宗教団体等が、現実的に適正な時価での貸し付け料（賃借料）を支払うことができるかという問題がある。本件使用料相当額は、前述のように年間で576万7,200円（占有面積1,335平方メートル×1か月360円×12か月）に上るというものであって、それなりの金額になる¹²。宗教団体等の収益は、主にお賽銭、お供え、寄付等であるため、それらの総額をもってしても、支払い能

12 ただし、本件Zに関して言えば、裁判官林景一の反対意見中にあるように、「旧至聖廟等の跡地を引き続き所有するなど、比較的裕福な団体であることがうかがわれる」。

力の欠如および滞納が安易に予測される。木村草太教授（首都大学東京）も、概して、賃貸料より固定資産税額の方が低くなることに注目し、空知太神社訴訟の差戻審の示した有償貸与の方法は、「氏子集団に過剰な経済的負担を課すものとなっている可能性が高い」として、市場価格での有償貸与が違憲状態の解消方法として不適切であった可能性を示唆している¹³。

3点目に、本件と類似の事案ながら、目的効果基準を用いて判断された大阪市地蔵像違憲請求上告事件（最一小判平成4年11月16日判時1441号57頁）の存在である。最高裁は、大阪市が、各町会に対して地蔵建立や移設の為に市有地の無償使用を承認した行為の意図、目的は、右事業の円滑な進行を図る為のものであり、また地蔵信仰は仏教信仰の変質した民間信仰であり地域住民の中で習俗化して宗教性が希薄化しており、地蔵像の運営に関する行為も伝統的習俗的行為にとどまっていることから鑑みても、宗教とのかかわり合いが信教の自由の確保という制度の範囲内であり憲法20条3項、89条の規定に反するものではない、と判断している。同最判は、本件および砂川政教分離（空知太神社事件および富平神社）訴訟とは判断を異にするものであり、高野山真言宗の僧侶であり、『月刊住職』の発行人および編集長である矢澤澄道（やざわ ちようどう）氏も、この判決が、当時、全国各所の公道上に建てられてあった（現在も多くある）交通事故犠牲者の慰霊、あるいは交通安全を祈って造立された地蔵像の取り扱いに憂慮していた関係自治体に示した示唆は小さなものではなかったことを記している¹⁴。さらに、矢澤氏は、目的効果基準を採用してきた裁判所が、砂川政教分離（空知太神社事件および富平神社）訴訟以降、総合的な判断という基準を用いてきたのは、本件同様のケースが国、地方自治体を問わず全国各地に存在することを念頭に置いた政策的判断ゆえであると述べて

13 木村草太「空知太神社事件における『宗教とのかかわり合い』—宗教的性質への着目の有無」論究ジュリスト29号（2019年春）34頁。

14 矢澤澄道「公有地上の宗教施設に対する行政の対応と問題—砂川政教分離訴訟最高裁判決の過剰な波紋—」宗教法（31）、200頁（2012）。

いる¹⁵。

（２）現実に対応した政策判断の必要性

砂川政教分離（空知太神社事件）訴訟上告審判決以降、自治体から宗教団体への無償譲渡事例が増えたと仄聞する。大阪市地蔵像違憲請求上告事件、砂川政教分離（空知太神社事件）訴訟上告審判決（最大判平成 22 年 1 月 20 日）、および砂川政教分離（空知太神社）訴訟第二次上告審判決（差戻上告審・最小判決平成 24 年 2 月 16 日判例時報 2146 号 49 頁）を踏まえての対処であろう。

とりわけ、3 つ目の砂川政教分離（空知太神社）訴訟第二次上告審判決（差戻上告審）においては、神社の徴表となる物件や表示を移設・撤去し、敷地を適正な賃料で氏子集団の氏子総代長に賃貸するなどの手段は、同市による無償提供行為の違憲性を解消するための手段として合理的かつ現実的なものであり、同市が、神社物件の撤去および市有地の明渡しの請求の方法を採らずに、上記手段を実施することは、憲法 89 条、20 条 1 項後段に違反しないと判示された。これは、2 つ目の砂川政教分離（空知太神社事件）訴訟上告審判決後の、市と氏子集団との協議に關しての判断でもある。

具体的な市と氏子集団との協議については、岡田幸人氏による調査官解説（154 頁）¹⁶ に詳しいため、以下に引用する。砂川政教分離（空知太神社事件）訴訟上告審判決の 2 日後の「平成 22 年 1 月 22 日、氏子総代長である B（当時の第 1 町内会の会長であり、本件町内会の会長を務めたこともあった。）と面談し、B に対し、市としては大法廷判決によって示された方法により解決を図りたい旨を申し入れるとともに、地域としての意見の取りまとめを依頼した。」B は氏子集団の役員や町内会メンバーらと協議を重ねて、神社施設を存続させ

15 矢澤・前掲注 14) 198-199 頁。

16 岡田幸人「調査官解説：市が連合町内会に対し市有地を無償で神社施設の敷地としての利用に供している行為の違憲性を解消するための手段として、氏子集団による上記神社施設の一部の移設や撤去等と併せて市が上記市有地の一部を上記氏子集団の氏子総代長に適正な賃料で賃貸することが、憲法 89 条、20 条 1 項後段に違反しないとされた事例」最高裁判所判例解説 150-172 頁。

る方向でまとめたが、同年3月19日、市の担当者に対し、「本件神社の財政上本件各土地の買取りは不可能であり、賃借する場合でも極力面積が小さくなるように配慮してほしいことなどを述べた。」それに対し、市の担当者が、「本件祠を本件鳥居の北側に移設して敷地を縮小すれば賃料を抑えることができるとの見通しを伝えたところ」、本件神社の存続が本件氏子集団の役員会において賛同が得られた。これは、宗教施設の運営において、経済的に豊かな団体ばかりではないことを示しており、ともすると宗教施設の存続（宗教の存続および地域の伝統文化の承継に大きな影響を及ぼす）にもかかわる問題となるといえる。

（なお、筆者は無償譲渡を推奨しているわけではない。当該施設が違憲状態にある場合に、その設立と経緯を踏まえ当該物件が寄付された経緯等が確認されれば¹⁷ 無償譲渡も可能であろうと考える次第である。）

17 寺社からの公への寄付という表現が往々にして出てくる。寺社領は、歴史的に明治政府の下で明治4（1871）年と明治8（1875）年の2回の上知令により境内以外の土地が没収されている。さらに、第二次世界大戦後の農地改革でも、寺院が保有する寺社領は、国に安く買い上げられたという歴史がある。こうした歴史を踏まえると、公有地上に宗教施設が現存する理由も理解しやすい。宗教施設側から公に援助を求めて公との関わりを持とうとしたわけではなく、むしろ公側から共同墓地としての利用や公道拡幅等を理由として、土地の寄付を求めた事例なども散見されている。なお、こうした国公有境内地が形成された経緯、および昭和22（1947）年4月8日に公布されたいわゆる新処分法（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）等については、清野正彦氏による砂川政教分離（空知太神社事件）訴訟上告審判決の調査官解説（12-18頁の「1 国公有境内地に関する沿革及び現状」）に詳しい。要約部分には以下の記述がある。「ア 国公有地が社寺等の宗教施設の敷地として利用されている事態の大部分は、戦前における社寺上知、地租改正、寄附等の沿革の理由により発生したものと推認される。/イ 国公有地が社寺等の宗教施設の敷地として利用されている事態は、新処分法の制定経過に照らしても、合憲性に関する問題を生じさせ得るものである。/ウ 新処分法による譲与等は、憲法上の政教分離原則と社寺等の財産権及び信教の自由の保障との調和を図るための制度として合理性が認められるものである。/エ 内閣法制局は、新処分法が合憲とされる理由と同様の事情が認められる事案では、新処分法や公有地処分通牒1が設けている期間制限を徒過しても、国公有境内地の譲与が許されるとの見解に立っている。/オ 国等は、国公有境内地について、宗教上の政教分離原則との抵触を避ける要請から、新処分法や通達、条例を定めるなどしてその処分を進めているが、なお、社寺等の宗教施設の敷地として利用され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。/カ 国公有境内地を解消する方法としては、譲与のほかにも、売払い、貸付け、管理委託等の方法が考えられる。」

ただし増えているのは無償譲渡事例のみではない。「全国の自治体で判明した公有地上の宗教施設と各自治体の対応¹⁸⁾」によれば、自治体側が違憲状態の解消のために、実施しているのは「①政教分規定上、違憲状態と思われる物件の事実とその経緯の調査、②対象物件が宗教施設に該当するか否かの判定、③宗教性等違憲状態にある物件に対する対処方法の検討、④該当物件の所有者、管理者との直接交渉¹⁹⁾」である。とりわけ、有償譲渡、有償貸与、ないし該当物件が寄付された経緯が確認できれば無償返還の検討等が行われているが、往々にして（大阪市地蔵像違憲請求上告事件および）砂川政教分離（空知太神社事件）訴訟上告審判決を正しく理解していない職員や、寄付の経緯を十分に把握していない職員との話し合いでは、合意を導き出すのは容易ではなく、緊張感が走る場面もあるようである。

以上を踏まえると、当該施設が違憲状態にある場合に、有償譲渡、有償貸与に加え、その設立と経緯を踏まえ当該物件が寄付された経緯等が確認されれば無償譲渡も可能であろう。他方、大阪市地蔵像違憲請求上告事件を踏まえると、伝統的習俗的民間信仰においては、そうした（地蔵像等の）信仰施設への敷地の無償譲渡も違法ではないということが確認できる。

長谷部恭男教授（元東京大学・早稲田大学）も示すように、地域の実情に応じた「柔軟な解決策²⁰⁾」を、信徒と行政がともに模索することが求められていると考える。そこで、これらの判例の趣旨および基準を正確にとらえ、各自治体で条例および条例施行規則等による判定基準（審査基準）を策定したうえで、正確な「①政教分規定上、違憲状態と思われる物件の事実とその経緯の調査、②対象物件が宗教施設に該当するか否かの判定」をした後に、当事者同士での有償譲渡、有償貸与または無償譲渡（返還）の手続を行っておくことが望ましい。

18 矢澤・前掲注14) 206-209頁。

19 矢澤・前掲注14) 204-205頁。

20 長谷部恭男「神社敷地としての市有地の無償提供―空知太神社事件」憲法判例百選（第6版）112頁。

5. 結び

以上、政教分離原則に係る違憲訴訟ではあるが、それに付随して各自治体に求められる違憲状態の解消方法を検討した。違憲状態の解消にも、民主的かつ合理的な基準に則っての手續が求められているといえ、各自治体の尽力を期待する。

提出年月日：2021 年 5 月 24 日

