

令和2年（行ウ）第10号

久米至聖廟撤去を怠る事実の違法確認等請求（住民訴訟）

原告 金城照子外1名

被告 那覇市長外1名

補助参加人件訴訟参加人 一般社団法人久米崇聖会

準備書面3（原告ら）

令和3年1月15日

那覇地方裁判所民事第1部合議A係 御中

原告ら訴訟代理人

弁護士 徳 永 信 一

弁護士 岩 原 義 則

第1 本件各処分 of 政教分離原則違反について

本件孔子廟にかかる設置許可処分及び使用料の免除処分は政教分離原則に反して無効である、との原告らの主張の骨子は、別件訴訟において最高裁に提出した別紙「口頭弁論要旨」のとおりであり、本件孔子廟が祀っている孔子を始祖とする儒教が宗教的側面を有すること、本件孔子廟で毎年行なわれる釋奠祭禮が宗教的意義を有すること、そして、本件孔子廟の施設そのものが宗教的性格を有することは、いずれも明白である。

第2 違憲性を解消する合理的で現実的な手段の存在について

1 参加人は、予備的主張として、本件設置許可等の本件各処分が政教分離

原則に反し無効とされる場合であったとしても、①処分の無効確認がされた場合に行政事件訴訟法38条、同法33条2項が、処分のやり直し義務を認めていること、②一部免除など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あり、支払うべき使用料の金額を確定的なものとして判決に明示すべきではない旨主張する（参加人準備書面1 p 84以下）。

- 2 上記①については、そもそも原告らは本件各処分の無効の確認を求めているものではない。また、行政事件訴訟法38条、同法33条2項に基づく、無効処分のやり直し義務が発生するのは、判決によって処分の無効が確定してからのことである。参加人の当該主張が失当であることは明らかである。
- 3 上記②は、空知太神社訴訟最高裁判決の当該判示部分（違憲性を解消するための他に合理的で現実的な手段があることを理由に、敢えて自判せずに控訴審に差し戻したこと）に依拠するものようである。いうまでもないが、別件訴訟の控訴審判決も同様の理由から使用料の全額免除処分を政教分離原則に違反し無効としながら、那覇市が怠った使用料の金額を明示しなかったところである。しかしながら、上記最高裁判決の判示部分は、以下に述べるように、本件各処分の違憲無効については妥当しない。
- 4 第1に、空知太神社訴訟最高裁判決の事案は、敷地を所有する砂川市と神社との間の使用貸借契約の無効を理由に神社施設の撤去を求めないことの怠る事実の違法確認を求めたものである。本件訴訟は本件設置許可の無効を原因とする神社施設の撤去だけではなく、本件施設の設置許可に伴う使用料の免除処分の違憲無効と既に発生している使用料の徴収を怠る事実の違法を問うものである。仮に、全額免除の処分を一部免除の処分に変更することが、違憲性を解消するための他に合理的で現実的な手段であるとしても、それは将来的（当該手段が実際にとられたとき以降）の違憲状態が解消するにすぎず、すでに発生している違憲状態を遡及的に取り消すものではない。要件となる「怠る事実の違法」の存在は、口頭弁論終結時の状態において判断されることになるため、口頭弁論終結時に上記の違憲解

消手段がとられていれば、本件孔子廟の設置にかかる違法状態は解消されることになるが、既に発生している使用料相当の金額（損害賠償請求権ないし不当利得返還請求権に基づくもの）を遡及的に消滅させることはできない。すなわち、那覇市が今後、違憲状態解消のために合理的で現実的な措置をとったとしても、使用料相当額の徴収を怠る事実の違法状態は解消することはない。

- 5 更に、例えば、空知太神社訴訟判決の事案では、砂川市側は違憲判決が確定してから、無効とされた使用貸借契約を見直す考えだったと考えられ、砂川市側がそのように考えてもやむをえない事情があったと推察されるところである（それまで最高裁は空知太神社訴訟判決で示した考え方を明らかにしていなかったからである）。しかしながら、本件において那覇市は、違憲状態を解消する他に合理的で現実的な方法があることを認識しながら、敢えてこれを行なっていないのである。本件設置許可が政教分離原則に違反し無効であるとの判断に至れば、本件訴訟の口頭弁論終結時において未だ合理的かつ現実的な違憲性の解消手段がとられていなければ、裁判所において「本件孔子廟の撤去を求めない事実の違法を確認する」判決を下すことに躊躇する必要はないというべきである。

けだし、那覇市においては、仮に、本件孔子廟の撤去を求めない事実が違法である旨の判決がなされても、それが確定した後に使用料の全額免除処分を見直して違憲状態を解消すればよいからである（前記の行政事件訴訟法38条、同33条2項の趣旨は、そのことを那覇市長に求めるものと解される）。

よって参加人の前記予備的主張はいずれも失当である。

以上