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事件（住民訴訟）
原　告　　金城照子　外１名
被　告　　那覇市長　外１名

準備書面９（原告）

令和３年１２月３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

本書主張のポイント

1　第二次空知太神社事件最高裁判決は、政教分離の違法について適正な賃料を払うだけで直ちに違憲状態が解消するとはしていない。賃料の支払以外にも、第一次事件最判が示した諸般の事情を総合的に判断して違憲状態の解消を認定している。ところが本件では使用料のこと以外、諸般の事情は何ら変わっていない。原告らが違憲性は解消されていないと断ずる所以である。

2　本件孔子廟は釋奠祭禮を挙行するための宗教的施設であり、そこでの釋奠祭禮は、参加人の血縁一族の宗教的儀式として非公共的な性格を色濃く有している。たとえ、それが観光資源としての公益的性格を有しているとしても、付随的・間接的なものにとどまる。本件孔子廟をもって「公益のために直接

専用する固定資産」（那覇市税条例７１条１項２号）とはいえない。

３　本件孔子廟の施設に対する平成３１年度の減免措置は条例７１条１項４号の処分としてなされていた。令和３年５月２７日になされた更正は、新たな２号処分の発令と解する外はない。遅きに失しており、減免措置としての効果は発生しないというべきである。

第１　田近肇近畿大学教授の追加意見書に対する反論

１　はじめに

追加意見書【丙１６６】は原告の準備書面８に対する批判である。高名な学者から批判を受けることは憲法学徒の１人としての光栄であるが、一読して誤読と誤解が散見される以上、原告の主張を鮮明にするためにも、その誤解を指摘し、もって原告の従前の主張を更に整理することにした。勿論、追加意見書に散見される誤解の原因の大半は、田近教授の読解上の不注意によるものではなく、原告ら訴訟代理人の修辞的不十分によるものであることを前もって断っておきたい。

但し、田近教授から指摘のあったいわゆる第二次空知太神社事件最高裁判決（最１小判平成２４年２月１６日民集６６巻２号６７３頁。以下「第二次空知太神社最判」という。【甲５８】）の判断枠組みに関する論述（本書の第１「４」）は、本書で新たに追加する主張である。

すなわち、空知太神社事件最判で確定した空知太神社の違憲状態は、適正な賃料の支払いをもって直ちに解消されるわけではなかった。それが解消されるには、適正な賃料の支払いに加え、総合判断基準で摘示された判断要素についての比較衡量が必要とされており、そのことは本件においても同曲である。そして第二次空知太神社の判断枠組みをもって本件を顧みるに、適正な使用料の支払以外、違憲状態を解消するに足る事実を見出すことはできないというべきである。

2　追加意見書第２項について

同第２項は、最大判令和３年２月２４日判決の読み方として参加人が憲法上の「宗教団体」ないし「宗教上の組織若しくは団体」に該当することを前提としていると主張したことに対する反論である。

所論のように同最判は憲法２０条１項後段および憲法８９条については判断していないが、参加人が２０条１項後段の「宗教団体」であり８９条の「宗教上の組織若しくは団体」であると明確に判示した差戻し１審判決及び同控訴審判決の判断を否定してもいない。

更に、担当の調査官と思われる判例時報の解説者によれば、本件最判は、「本件免除に伴う国公有地の無償提供の態様について検討する際に、参加人が宗教性を有する本件施設の公開や宗教的意義を有する釋奠祭禮の挙行を定款上の目的又は事業として掲げ、実際に本件施設において、多くの参拝者を受け入れ、釋奠祭禮を挙行していること等について言及しており、参加人の目的や実際の活動内容といった憲法上の宗教団体該当性の判断の基礎となる事情が」判示され、「総合判断の枠組みの中でも考慮の対象」とされていることが指摘されている。[1]

これらを併せて考えるに、本件最判は、差戻１審判決及び同控訴審判決の前記判断を認容していると解するのが合理的であると思われる。

3　同第３項について

同第３項は、原告が「本件孔子廟を撤去することになっても参加人にとっ

1　憲法上の「宗教的団体」「宗教上の組織若しくは団体」とは、「特定の宗教の信仰・礼拝または普及など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」をいうものであり（最３小判平成５年２月１６日民集４７巻３号１６８７頁）、本件最判が判示した「宗教性を有する本件施設の公開や宗教的意義を有する釋奠祭禮の挙行を定款上の目的又は事業として掲げ、実際に本件施設において、多くの参拝者を受け入れ、釋奠祭禮を挙行している」を当てはめれば、参加人は原審の判示どおり宗教的団体というべきである。

ての信教の自由に重大な不利益はない」としているところを捉えて、「移設を強いられることによる負担を著しく軽視した主張というほかない。」として批判するものである。

原告の主張の要諦は、空知太神社が明治３０年の創建当時から百数十年にわたって「そこ」にあり、地域共同体において、その場所と住民らと結びついて続いてきた祭事等を担ってきたという沿革に照らし、神社が「そこ」にあることが、従前どおりの祭事等を中核とする氏子集団の「信教の自由」にとって必要不可欠であるということにある。神社施設を「そこ」から撤去したとき、何百年も「そこ」で行われてきた祭事等を従前どおりにすることができず、その宗教的活動に重大な支障が生じ、もって信教の自由に重大な不利益が生じることにある。

空知太神社第２次訴訟最高裁判決も適切な賃料による「賃貸がされると、上記氏子集団は当該賃貸部分において従前と同様の祭事等を行うことが可能になる」ことを認定し、信教の自由に対する重大な不利益を回避できることを摘示している。これは、「そこ」に神社があることが、従前と同様の祭事等を続けることにおいて不可欠の条件であることを踏まえたものと解される。

これと比較し、本件孔子廟には、そうした事情がないことは歴然としている。本件孔子廟における釋奠祭禮を現在の松山公園で続けなければならない宗教的な必要性は全くない。参加人は、平成２５年まで若狭の天尊廟跡地において釋奠祭禮を挙行してきたのであり、若狭の天尊廟跡地に復帰するとしても、或いは、現在の敷地に隣接する参加人の所有地【甲５５の１・２】に移設するとしても、釋奠祭禮という宗教的活動は何ら支障なく執り行えるのである。

原告が、そこで指摘している「重大な利益」とは、あくまで「信教の自由」、すなわち参加人の宗教的活動のあり方との関わりで述べているものであり、使用料の支払いと同じ「経済的な不利益」をいうものではない。どうやら追加意見書は、ここでも原告主張の趣旨を読み違えているようである。

4　同第４項について

⑴　同第４項は、那覇市が本件土地の無償提供をやめ、参加人から公園使用料を徴収するものと改めたことによって違憲状態が解消されたかを考えるにあたり、空知太神社事件最高裁判決（以下「空知太神社最判」という。）の判断枠組み（総合判断基準）が妥当するかどうかについて、これを肯定する原告の主張に対し、追加意見書は、第二次空知太神社最判の判断枠組みがこれと違うことを指摘して原告の主張に疑問符を呈するものである。

⑵　原告は、第二次空知太神社最判も第一次の同最判と同じく、目的効果基準に基づく総合判断の枠組みを用いたものと考えている。すなわち、第二次空知太神社最判は、空知太神社最判の事案において、「神社施設の撤去及び市有地の明け渡しの請求方法を採らずに、氏子集団による神社施設の一部の移設や撤去等と併せて市有地である敷地の一部を氏子集団の氏子総代長に適正な賃料で賃貸することは、氏子集団が当該賃貸部分において神社施設の一部を維持し、年に数回程度の祭事等を今後も継続していくことになるとしても」、次の複数の事情の下では、違憲性を解消するための手段として合理的かつ現実的であって憲法８９条、２０条１項後段に違反しないとするものである。

その複数の事情とは、①占有の態様（市有地の占有の対象が大幅に縮小され、祭事等を行う場合も他の市有地を使用する必要がないこと）、②神社が市有地を敷地とした経緯（神社施設の前身は市有地が公有となる前からその上にあり、当該市有地が公有となったのも、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目的によるものであったこと）、③撤去されると、氏子集団による祭事等の継続が著しく困難になるのに対し、賃貸がされると、氏子集団は当該賃貸借部分において従前と同様の祭事等を行うことが可能となること、④賃貸の方針は氏子集団や連合町内会の意見聴取を経てその了解を得た上で策定されたものであり、⑤賃料の額も年３万円であって、将来そ

の支払が滞る蓋然性があるとは考えがたい、といったものであり、それが「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」とした空知太最判を事案の変化に応じてカスタマイズしたものであることは明らかである。[2]

(3) むしろ、第二次空知太神社最判において注目すべきことは、適正な賃料が支払われることになったことをもって直ちに違憲状態が解消されたとはしていないところである。

すなわち、神社施設の敷地となっていた市有地が適正な額によって賃貸されただけではなく、❶神社施設の一部の移設や撤去等によって大幅に縮小されていること、❷祭事等において市有地の他の部分を使用する必要がなくなったこと、❸公有地となる前からその上に存在しており、上記市有地が公有になったのも、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目的によるものであったこと、❹賃貸の方針は、氏子集団や連合町内会の意見聴取を経てその了解を得た上で策定されたものであること、❺賃料の額も年3万円余であって、その支払が将来滞る蓋然性があるとは考えがたいこと、といった諸事情があることをもって違憲性が解消されたと判断されているのである。

(4) ❶に関し、本件では年５７６万７２００円という適正な使用料が支払われることになったというだけで、都市公園法上の公園である本件市有地の占有ないし使用の範囲及びその態様は全く変わっていないこと。

❷に関し、本件では本件孔子廟における釋奠祭禮の実施に際し、本件市有地（使用料の対象となった市有地）以外の市有地も従前と同じく使用することになること（至誠門の外部も釋奠祭礼の典礼の式場として使用されてい

[2] 空知太最判で判断要素として挙がっていた「当該宗教施設の性格」が第二次最判で考慮されていないのは、神社としての性格は第1次と第2次とでは変わらないからである。同じく「一般人の評価」については、「賃貸の方針が氏子集団や町内会連合会の意見聴取を経てその了解を得て策定されたものである」との判示において勘案されている。

る）。

❸に関し、本件孔子廟は、行政が積極的に支援して都市公園法上の公園という公共空間にもともとあった場所（若狭の天尊廟跡地）から移設されたものであること。

❹に関し、那覇市は賃貸方針について、周辺の市民の意見を聴取することも了解を得ることもないまま策定していること。

❺に関し、賃料の額は年５７６万７２００円という高額であり、その支払いが将来滞る蓋然性がないとはいい難いこと。

⑸ ❶～❺の諸事情を総合的に判断すると、適正な使用料の支払だけで、従前どおり都市公園法上の公園という公共空間の相当部分に当たる１３３５㎡もの広大な範囲を、本件孔子廟の各施設やフェンスで囲い、もって独占的かつ排他的に占有する現状を何ら改善することなく、その使用を継続することは、一般人の評価に照らし、宗教団体ないし宗教上の組織若しくは団体である参加人に対する援助ないし支援に該当することは明らかであり、政教分離違反の違憲状況が解消されたとはいえない。

5　同第５項について

⑴ 同第５項は、原告の主張「一般に宗教法人に対する法人税や固定資産税の免除については、宗教法人が公益法人であることをもって政教分離に違反するものではないとの論法がとられている」という記述に対する論難である。

⑵ 追加意見書は、「第一に」として、「法人税法上、宗教法人は、『公益法人等』として扱われているのであって、『公益法人』そのものとされているわけではない」というが、重要な指摘とは思えない。

公益法人の概念には狭義（公益社団法人、公益財団法人）と広義（宗教法人、社会福祉法人、学校法人、ＮＰＯ法人、医療法人、更正保護法人などを含む）があり、法文上、広義の公益法人を「公益法人等」としているだけのことである。

因みに、佐藤幸治『日本国憲法論（第２版）』には、「宗教法人をもって

端的に公益法人とみるべきものではなく、人間の生にとっての宗教の意義に注目しての立法政策的措置と解されるべきであろう」との記述がある（同p２６３【甲５２】）[3]。

(3) 同じく「第二に」として、「『宗教法人が公益法人であることをもって政教分離に違反するものではない』というのは、憲法学会の多数説の要約としては不正確で、『宗教法人に対する優遇税制は、公益法人等に対する優遇税制の一環であるから合憲である』というのが正確である。」という。これも重要な指摘とは思えない。

宗教法人に対する優遇税制が合憲とされるのは、通説ないし多数説によれば、宗教法人が広義の公益法人の１つであるからであり、優遇税制は広義の公益法人の全てを対象とするものであり、宗教法人のみを対象とするものではないとからであるということである。

(4) 同じく「第三に」として、「原告のいうところの『宗教法人が公益法人であることをもって政教分離に違反するものではないとの論法』は、そのままではすべての税制上の優遇措置に当てはまるわけではない」という。大石眞は、かかる視点からの優遇措置の分析を通じて独自の説（立法的配慮説）を定立している。優れた論考として評価されているものの、基本的には爾後の立法指針というべき性格のものであって、かねてからある優遇税制ないし優遇措置の運用にかかる解釈論としては、憲法学界における少数有力説にとどまっている。

(5) 原告は、那覇市税条例７１条１項２号または４号の規定が違憲だと主張しているものではない。但し、憲法学の多数説に合憲解釈の根拠を求めるのであれば（現時点では、そのように考える外はなく、那覇市当局が後述する少数有力説の「憲法許容説」に依拠してこれを適用解釈しているとは思えない。）、本件減免措置は適用違憲ないし違法というべきであると主張しているのである。これも原告主張の誤解であるので指摘しておきたい。

3 そこで佐藤幸治は「公益法人」の概念を「広義の公益法人」の意味において使用している。

(6)　原告は、参加人が公益法人ではなく一般社団法人にとどまることを重要な事実として指摘している。この点、追加意見書は、「那覇市税条例は固定資産税の減免要件を固定資産の所有者の性格に着目して定めたものではないから、この指摘はそれ自体としては意味を持つものではない。」というが、これは不用意なミスであろう。

けだし、同条例７１条１項４号は所有者の性格に着目して運用されてきたとするのが那覇市の立場であり、本件訴訟に前置された住民監査請求がなされた令和２年４月に使用態様に着目した２号に変更されたのは、「他の団体と比較検討し、人的な面での減免ではなく、課税客体（家屋）に着目しての減免に改めている」というのである【甲１ｐ１０】。但し、その時点では行政処分としての４号減免の処分は変更されていない。同処分が２号減免に変更されたのは令和３年５月２７日のことである【乙６１】。同日の処分の変更に関する疑問は本書の第３－２で後述する）。原告は、４号が「その他」を包括する補充的規定であることを指摘して、それまで４号を適用してきた判断は、２号に該当しないという先行判断を踏まえたものであったと説いているのである。ここでの追加意見書の誤解は、原告の主張に対するものというより那覇市の主張に対するものである。

6　同第６項について

追加意見書は、「原告の主張は、本件孔子廟およびそこで行われている活動の公益性を否定するのに、『宗教だから公益性がない』という以外の理由を示すことができない」と決めつけているが、原告が公益性の否定において強調しているのは、参加人の血縁団体という閉鎖的ないし非公共的性格である。参加人による公益社団法人の申請が退けられたのは、参加人が会員資格を久米三十六姓の末裔に限定しているという事実にある。参加人は閉鎖的な血縁集団であり、未だ女性の会員資格を認めておらず、不特定多数の一般人を対象とする公共性を有していない。

本件孔子廟における釋奠祭禮についても久米三十六姓の血縁者によるお盆の

行事或いは沖縄における清明祭類似の一族の典礼であるという基本的な性格を有している。それが同時に不特定多数を対象とする観光資源の性格を有していることを否定するものではないが、所詮、典礼の私的性格（非公益的性格）の前景に出るものではなく、公益的性格は制限されたものに止まる。その点において、本土における湯島聖堂や多久聖廟などにおける釋奠祭禮のあり様とは大いに異なっているのである。

意見書も追加意見書も、この参加人の血縁集団としての属性及びこれに基づく非公益的性格について、なぜか触れようとしない。それが自説にとって不都合だからなのか、単に気付かないだけなのかは不明である。

思うに、儒教の宗教性の本質は「孝」にあり、それは、直系男系子孫による祖霊崇拝を通じて同人の肉体を依代にして祖先の魂魄が再生するという宗教的教義を軸とするものであることは、加地伸行の意見書【甲４６】やその著作【甲３０】等において明らかにしているところであり、我が国においては、儒教に由来するお盆のような祖霊崇拝の儀礼は、一般に仏教の典礼として認識されている。お盆の儀式は基本的に一族による非公共的祭事であり、それが公共性を有するには（それは、宗教的儀式が地域共同体の習俗としての性格を具備することを意味する。例えばエイサーのように、クリスマスのように。）、それが一族の典礼祭祀から離れ、「地蔵盆」や「風の盆」といった地縁的共同体の祭りとしての性格を具有する必要がある。

本件孔子廟には有形の文化財としての価値はない。そこでの釋奠祭禮についても無形文化財としての価値はなく、未だ歴史性を持つに至っていない。それは久米三十六姓の一族のシンボルとしての私的な施設ないし私的な儀礼としての性格を脱するに至っていないのである。他人ないし他の一族の豪華なお盆の行事が不特定多数の一般の関心の対象になるのは、それがありえるとしても将来のことである。現状では一族の宗教的儀式を公有財産である公園を提供して援助しているようにしかみえない。

追加意見書は、宗教的施設の所有者ないし宗教的祭礼の主催者の非公共的性格が、当該宗教的施設若しくはそこでの宗教的典礼の公共性若しくは公益性に

影響を及ぼすことに余りに鈍感である。思うに、政教分離関係の問題を考える上で重要な基本的視座は最終的に「一般人の評価」にあることを看過しているのではなかろうか。

7　同７項について

原告が準備書面８第３の５で述べた「憲法許容説がいう宗教の社会的価値等に基づく『広義の公共性』については、田近教授も疑念のあることを表明している」について論難している。

原告が「田近教授も疑念のあることを表明している」という田近教授の疑念の対象が「広義の公共性」ではなく、「わが国の憲法学の（現状の）あり方」であることは、原告訴訟代理人も承知している。けだし、原告訴訟代理人も少数有力説である「憲法許容説」が唱える宗教が持つ「広義の公共性」を支持しているからである。

しかしながら、原告が上記の「疑念」を指摘したのは、憲法学の現状も、そしてその考えを受け継いでいる立法者も、未だ「広義の公共性」を認めてはおらず、現状制度の解釈論や立法論に反映されるに至っていないという残念な事実を指摘しているのである。

本件訴訟における固定資産税の減免措置の当否に係る争点において問題とされているのは、那覇市税条例１７条１項２号又は４号の解釈である。その局面においては、田近教授が支持する学説「憲法許容説」（田近教授もそれが「少数有力説」であることは自認している。）に拠って解釈を行うことは不当であることを主張しているのである。

例えば、靖國神社における英霊祭祀は、まさしく「広義の公共性」を有している。しかし、そのことを理由に英霊祭祀に首相が参列することが公益目的であり政教分離原則に違反しないと正面切って主張できる状況に未だなっていないという認識である。その主張が世間に認められるためには、宗教が有する「広義の公共性」が一般的に浸透し、「一般人の評価」が変わったというときが来るまで暫く俟たなければならないのではなかろうか。

第２　参加人の令和３年１１月２５日付第４準備書面に対する反論

参加人の第４準備書面における主張は、田近教授の意見書及び追加意見書に基づくものであり、上記の追加意見書に対する反論をもって同準備書面に対する反論に代えることにする。

第３　被告らの令和３年１２月２日付準備書面４に対する反論

１　違憲状態の解消

被告らは、最大判令和３年２月２４日が本件孔子廟をめぐって指摘した政教分離の違憲状態は、適正な使用料を徴収することで解消したと主張しているが、適正な使用料の徴収によって直ちに違憲状態が解消するものではないことは、第二次空知太神社最判【甲５８】が示した判断枠組みに照らして明らかであることは、前述（第1-４）したとおりである。

那覇市民の不特定多数が公園として利用できるはずの都市公園法上の公園の相当部分をフェンス等によって囲って独占的かつ排他的に宗教的施設である本件孔子廟の施設の敷地として参加人が使用している現状は、たとえ適正な使用料の徴収があったとしても、憲法２０条１項後段の「宗教団体」若しくは、憲法８９条の「宗教上の組織又は団体」である参加人に対し特別な支援と援助を与えるものであることを否定できない。

２　那覇市税条例７１条１項２号の解釈適用

被告らは、本件孔子廟の施設が、那覇市税条例７１条１項２号の「公益のために直接占有する固定資産」に該当すると主張しているが失当である。

第１に、それは「拝所」でも「当該地域の共同体的施設」でもないからである。規則や施行令やガイドラインといった下位の規範は市長の裁量を拘束するのである。

第２に、本件孔子廟は釋奠祭禮を挙行するための宗教的施設であり、釋奠祭禮は、参加人の血縁一族の宗教的儀式として非公共的な性格を色濃く有している。たとえ、それが不特定多数の観光客に対する観光資源としての公益的性格

を有しているとしても、そのことは、あくまで付随的ないし間接的なものにとどまる。ゆえに、本件孔子廟をもって「公益のために直接専用する固定資産」とはいえないのである。

第３に、本件孔子廟の施設に対する減免措置の行政処分は、平成３１年度の処分時点において条例７１条１項４号の処分としてなされていた。ところで、令和３年５月２７日になされた処分の変更はどのように解すればいいのだろうか。行政処分が法的関係を形成する処分であることからすれば、そして２号処分と４号処分はあくまでも別個の処分であることからすれば、その日、無効であった４号処分が撤回され、新たに２号処分が発令されたと解釈するほかはない。しかし、２号処分がなされた時期は処分時から３年が経過していた。遅きに失しており、減免措置としての効果は発生しないというべきである。仮に、効果が発生するとしても、あくまで処分が発令されてからのことであり、これに遡及効を認めることはできない。すなわち、固定資産を減免する効果があると認めることはできない。

以上