

孔子廟事件訴訟 — その地方自治法上の争点を中心に —

三 浦 大 介

I はじめに

2021年2月24日、最高裁大法廷はいわゆる「孔子廟事件訴訟」について判決を下した。本件は、沖縄県那覇市の都市公園内に設置された公園施設をめぐる、当該施設の使用料を全額免除したことが憲法の定める政教分離原則に違反するか否かが主要な争点となった事案であり、憲法学からはすでにこれについての分析がなされている。

他方、本件は住民訴訟であり、住民監査請求ないし住民訴訟の要件の充足に関しても争われており、解釈論上重要な問題が含まれている。

そこで本稿の副題にあるように、ここでは本件訴訟に関する一連の判決における、地方自治法上の争点を中心に考察を加えていく。

II 事案の概要

まずは本件事案の概要につき、判決文の記載をもとに、以下に紹介する。

平成26年3月28日、当時の那覇市長は、那覇市の一般社団法人（以下「参加人」または「補助参加人」という。）に対し、那覇市内に所在する都市公園法上の都市公園であり、那覇市が設置し管理している松山公園の敷地（国公有地）内に、「久米至聖廟（以下「本件施設」という。）」を設置することを許可（以下「本件設置許可」という。）し、本件施設の使用料を全額免除（以下「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。）した。

参加人は定款上、約600年前から300年間にわたって、現在の中国福建省とその周辺地域から琉球に渡来した人々である「久米三十六姓」の末裔に正会員（社員）の資格を限定し、本件施設、道教の神等を祀る天尊廟、航海安全の守護神等を祀る天妃宮の公開のほか、久米三十六姓の歴史研究、論語を中心とする東洋文化の普及等を目的としている。

本件施設は、儒教の祖である孔子やその4人の門弟（四配）等を祀る廟で、大成殿、啓聖祠、明倫堂・図書館、至聖門、御路および御庭空間等（占有面積計1335㎡）によって構成され、その敷地は至聖門、明倫堂・図書館、フェンス等によって本件公園の他の部分から仕切られている。本件施設の本殿とされている大成殿の内部の中央正面には孔子の像および神位、さらにその左右には四配の神位が配置され、観光客に加え家族繁栄、学業成就、試験合格等を祈願する人々が参拝に訪れており、また、本件施設においては大成殿の香炉灰が封入された「学業成就（祈願）カード」が販売されていたことがあった。他方で、参加人によると、孔子の生誕の日とされる9月28日に举行される釋奠祭禮につき、久米三十六姓の末裔以外の者がこれを行うことについては、事業の形骸化、観光ショー化、世俗化のおそれがあることから許容できないとされている。

本件施設およびその敷地に関する経緯は、以下のとおりである。

明治12年の沖縄県設置後、社寺に類する施設として国有とされたが、同35年、請願により当時の那覇区に返還された後、大正4年には参加人の前身である社団法人に譲与された。当初の至聖廟等はその敷地上における工作物の建設等につき、沖縄県によって社寺に準じた規制を受けていた。

当初の至聖廟等は第二次世界大戦の戦災により焼失したが、昭和49年ないし同50年頃、天尊廟、天妃宮、至聖廟および明倫堂が参加人所有の土地上に再建され、参加人はこれらを維持管理するようになった。

平成11年3月、市が本件公園の一部とするため旧久米郵便局の跡地を国から買い取るとの情報を得た参加人は、同跡地に至聖廟を移転して久米地域（当初の至聖廟があった場所とは異なる場所）に回帰すべく、同12年12月、市に対して要請活動を開始した。

市においては平成15年、有識者が出席する松山公園周辺土地利用計画（案）策定業務に係る委員会およびその作業部会（以下「本件委員会等」という。）が複数回開かれたが、至聖廟の宗教性を問題視する意見もあった。

平成15年9月、市は本件委員会等における議論等を踏まえ、松山公園周辺土地利用計画案を策定した。そこでは、大成殿を公園のシンボルとして整備することとされる一方、公的施設としての性格について議論を呼ぶ可能性があり、公的補助金の導入や国公有地上で

の建設は難しいとされ、参加人の所有する土地との換地をするなどして、私有地内に配置することが考えられる、との整理がなされていた。

その後平成18年2月1日付けで、市は国から、本件公園用地として那覇市久米所在の国有地を買い受けるとともに、同年6月21日、国との間で同所在の国有地を目的とする国有財産無償貸付契約を締結した。

平成23年3月31日付けで、当時の市長は参加人の申請に基づき、本件施設に係る公園施設設置許可（期間を許可の日から平成26年3月31日までとするもの）を行い、那覇市公園条例11条の2第4号、那覇市公園条例施行規則15条1項2号に基づき、上記期間における公園使用料の全額を免除する処分をした。

さらに上記期間が満了するのに伴い、当時の市長は前記の通り、参加人の申請により、上記条例・規則の各規定に基づき平成26年3月28日付けで本件設置許可（期間を同年4月1日から平成29年3月31日までとするもの）、および当該期間における公園使用料の全額を免除する本件免除処分をなした。なお、許可の期間は、本件公園の管理上支障がない限り、更新が予定されていた。

那覇市の住民である原告は、平成26年7月24日付けで、那覇市監査委員に対し、本件設置許可は都市公園法および那覇市公園条例に違反する違法な財務会計行為であるとして、本件設置許可を取消し、本件施設敷地について本来徴収すべき地代相当額の支払を那覇市長および参加人に請求するよう求める住民監査請求を行った（以下「本件監査請求〔1〕」という。）。もともと、本件監査請求〔1〕書は、本件免除および17号事件（下記参照）の請求の趣旨第2項に係る怠る事実のいずれも明示的に対象としていなかった。

これに対し那覇市監査委員は平成26年8月28日に、本件設置許可は非財産的な目的のための行為であるから、地方自治法242条1項所定の財務会計上の財産管理行為に当たらないとして本件監査請求〔1〕を却下した。

そして原告は、平成27年4月24日付けで、那覇市監査委員に対し、本件免除は政教分離原則に違反する違法な財務会計行為であるとして、本件施設敷地について本来徴収すべき地代相当額の支払を那覇市と那覇市長に求めるなどの職員措置請求を行った（以下「本件監査請求〔2〕」という。）。

これに対し那覇市監査委員は、平成27年6月5日、本件監査請求〔2〕が本件免除から1年を経過した後になされたことなどを理由にこれを却下した。

以上の住民監査請求を経た原告は、本件設置許可等は政教分離原則（憲法20条3項、89条）に違反し、本件設置許可は都市公園法4条1項に違反するとして、住民訴訟を提起し

た。

その請求の趣旨は、およそ以下のとおりである。

[17号事件]

- (1) 被告那覇市が、平成26年3月に更新した本件設置許可を取り消す。
- (2) 被告那覇市長が、参加人から、平成26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181万7063円を徴収することを怠っていることが違法であることを確認する。
- (3) 被告那覇市長は、参加人および当時の那覇市長Nに対し、181万7063円を被告那覇市に対して連帯して支払うよう請求せよ。

[13号事件]

- (4) 被告那覇市長が、平成26年7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っている事実が違法であることを確認する。
- (5) 被告那覇市長は、参加人および当時の那覇市長Nに対し、156万4255円を那覇市に対して支払うよう請求せよ。
- (6) 被告那覇市長は、参加人および那覇市長Bに対し、276万5095円を那覇市に対して支払うよう請求せよ。

(以上、「請求の趣旨」第1項～第6項)。

Ⅲ 裁判所の判断

【第一審判決】（那覇地裁平成28年11月29日判決・判自454号32頁）

(17号事件に係る訴えの適法性について)

「住民訴訟の目的が、住民に違法な財務会計上の行為又は怠る事実につき予防又は是正を裁判所に請求する権能を与え、もって地方財務行政の適正な運営を確保することにあることに照らすと、住民訴訟の対象は、地方自治法242条1項の行為又は怠る事実に該当するもののうち、財務的処理を直接の目的とする財務会計上の行為又は怠る事実に限定され、それ以外の一般行政上の行為又は怠る事実は、住民訴訟の対象とはなり得ないものと解すべきである（最高裁昭和51年3月30日第3小法廷判決・集民117号337頁、最高裁昭和53年3月30日第1小法廷判決・民集32巻2号485頁、最高裁平成2年4月12日第1小法廷判

決・民集44卷3号431頁参照)」。

「都市公園法の定めに鑑みると、都市公園の公園管理者たる地方公共団体が、公園管理者以外の者に対して都市公園に公園施設を設置することを許可するに当たって判断すべき事項は……具体的には、設置を予定する公園施設が当該公園管理者により設置、管理されることが困難であるか、又は当該公園管理者以外の者によって設置、管理されることが当該都市公園の機能の増進に資するか否かである。そして、当該都市公園の機能の増進に資するか否かは、設置、管理される公園施設の性質や、都市公園の目的たる機能、効用に沿って判断すべきである。上記のとおり、公園施設は、修景施設、休養施設、遊戯施設、運動施設、教養施設等に分類されているところ、その施設名称からも明らかなどおり、公園施設は利用者たる住民等の心身の健康や良好な生活環境に寄与することが期待されるものである。そして、都市公園法は、都市公園の健全な発達を図り、公共の福祉の増進に資することを目的とするから、上記許可は、公園施設を都市公園に設置することによって住民等の心身の健康や良好な生活環境に寄与し、公共の福祉の増進に資することとなるか否かという観点から判断されるものであるということが出来る。他方で、上記許可の要件として、都市公園の敷地たる土地や公園施設の一部をなす建物等の財産価値に関するものは見当たらないので、上記許可は都市公園又は公園施設の一部をなす不動産の財産的価値に着目し、その価値の維持、保全を図る財務的処理を直接の目的とした財務会計上の財産管理行為には該当しないと解するのが相当である。

そうすると、本件設置許可は、参加人に対し、松山公園内に本件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、17号事件に係る訴えのうち、地方自治法242条の2第1項2号に基づき本件設置許可の取消しを求める訴えは不適法である。」

17号事件に係るその余の請求についても、「17号事件の請求の趣旨第2項は、平成26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の徴収を怠る事実の違法確認であるところ、前記前提事実のとおり、原告は、上記怠る事実を本件監査請求〔1〕の対象としていなかったことを認めているから、請求の趣旨第2項に係る訴えは、適法な監査請求を経ていないものとして不適法であることが明らかである。」

また、17号事件の請求の趣旨第3項は、地方自治法242条の2第1項4号に基づく、当時の那覇市長に対する損害賠償請求および参加人に対する損害賠償請求または不当利得返還請求をすることを被告那覇市長に求める請求であるが、「原告は、本件免除及び17号請求の趣旨第2項に係る怠る事実のいずれも本件監査請求〔1〕の対象としていなかった

ことを認めており、……本件設置許可はそもそも財務会計行為に当たらないのであるから、請求の趣旨第3項に係る訴えも、適法な監査請求を経ていないものとして不適法であることが明らかである。」

（13号事件に関する係る請求の適法性について）

「普通地方公共団体において違法に財産の管理を怠る事実があるとして地方自治法242条1項の規定による住民監査請求があった場合に、当該監査請求が、当該普通地方公共団体の長その他の財務会計職員の特定の財務会計行為を違法であるとし、当該行為が違法、無効であることに基づいて発生する実体法上の請求権の不行使をもって財産の管理を怠る事実としているものであるときは、当該監査請求については、当該怠る事実に係る請求権の発生原因たる当該行為のあった日又は終わった日を基準として同条2項の規定を適用すべきものと解するのが相当である（最判昭和62年2月20日第2小法廷判決・民集41巻1号122頁）。

これを本件についてみると、本件監査請求〔2〕は、本件免除が憲法上の政教分離原則に違反しているとして、本件免除が違法であることに基づいて発生する実体法上の請求権の不行使をもって財産の管理を怠る事実とするものである。そして、本件免除は、那覇市公園条例11条及び別表第1所定の基準……から年額……を算定し、これを全額免除するものであるから、将来にわたる使用料をあらかじめ免除する趣旨のものと理解されるのであって、将来の使用料についても本件免除の時点で免除の効果が生ずるものと解される。したがって、当該怠る事実に係る本件監査請求〔2〕については、本件免除がなされた日を基準として地方自治法242条2項を適用すべきである。しかし、本件免除がされたのは、……平成26年3月28日であり、本件監査請求〔2〕がされたのは平成27年4月24日であるから、……本件免除から1年を経過してなされたことは明らかであり、本件において監査請求期間を徒過したことに正当な理由（地方自治法242条2項ただし書）があるとも認められないから、本件監査請求〔2〕は、不適法であるといわざるを得ない。

したがって、13号事件に係る訴えは、適法な監査請求を経ていないから、いずれも不適法である（地方自治法242条の2第1項、2項）」。

以上の第一審判決を受け、一審原告たる住民が控訴した。

なお、原告は控訴審係属中に、那覇市長に対する、地方自治法242条の2第1項3号に基づく平成26年7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（第一審請求の趣旨第4項）、同条1項4号本文に基づく上記使用料

相当額の当時の那覇市長らに対する損害賠償および参加人に対する不当利得返還の各請求（第一審請求の趣旨第5項、6項）を取り下げている。

【控訴審判決】（福岡高裁那覇支部平成29年6月15日判決・判自454号37頁）

控訴審は、被控訴人那覇市に対し本件設置許可の取消しを求める訴えについて原判決を支持し、那覇市長に対し怠る事実の違法確認および使用料相当損害金を請求することを求める訴えについて、以下の通り判決した。

「財務会計上の行為又は怠る事実の同一性は、当該請求人の意思解釈の問題であり、社会経済的な行為又は事実としての同一性を基礎に、住民が何を監査の対象として監査委員に措置請求をしていると見るかを検討するべきであり、違法事由によっては分断されない（最高裁昭和62年2月20日第2小法廷判決・民集41巻1号122頁）。また、通常は、生の社会的事実を問題とする趣旨であって、当該財務会計上の行為及びこれに関連する一切の行為並びに一切の事項が対象とされているものである。ただし、法的知識を有する住民が特定の行為につき又は特定の措置内容に限って監査請求をすることも可能であって、それは、第一に監査請求書の記載から、副次的に監査請求に至る経緯・動機、委員会の判断、その前後の住民の行動も斟酌すべきである。」

そこで、「請求人たる控訴人が何を生の社会的事実として問題としたかを見ると、本件監査請求〔1〕の『那覇市職員措置請求書』の本件施設敷地について本来徴収すべき地代相当額の支払いを那覇市長及び参加人に請求するよう求める旨の記載は、その前提として、参加人が本来支払うべき地代相当額の支払いをせずに無償で本件施設敷地を使用していることを問題としていることが明らかである。そして関係法令……のとおり、本件設置許可により、参加人は所定の使用料納付義務を負うが、本件免除を受けることにより、それを免れ、本件施設敷地を無償で使用するようになるのであるから、控訴人は、本件免除を監査請求の対象としていると理解されるべきである。」

そして、控訴人が本件監査請求〔1〕より前の平成26年2月25日に行った監査請求（以下「本件前監査請求」という。）においては、本件施設を松山公園に無償で設置させることは政教分離に反するとして使用料を支払わせるよう請求していたが、「本件監査請求〔1〕の監査請求書には、控訴人の最も懸念するところの本件施設が宗教施設であることや本件免除が政教分離原則に反することの記載が全くなく、公園面積に対する割合が都市公園法などに違反するといった控訴人の懸念からは遠い、いわばためにする論点が記載さ

れているに過ぎないから、本件監査請求〔1〕の監査請求書には本件前監査請求における主張に追加する違法事由を記載しただけで、主たる主張である本件施設が宗教施設であることや本件免除が政教分離原則に反することは当然のこととして記載しなかったことが窺える。そして、本件前監査請求においては、監査委員もこれを前提として全額減免の対象となった金額として条例に基づく使用料を算出したうえ、監査請求期間後の監査請求であるとして不適法却下したこと……、控訴人は、本件監査請求〔1〕において同算出部分を引用していること、加えて、控訴人は、本件監査請求〔1〕の前後における監査請求において、一貫してこれらを取り上げていることも合わせ考慮すれば、控訴人には本件監査請求〔1〕においてことさらこれを除外する必要も、その意思も存しないものと認められる。また、本件前監査請求時にも監査委員であった本件監査請求〔1〕を担当した監査委員……においても、このことは認識可能であったと推認される。」

「以上によれば、被控訴人は、『那覇市職員措置請求書』には直接記載していないものの、本件監査請求〔1〕において、違法な本件免除をも監査請求の対象としたものと解することができる」、「本件免除が違法、無効であることにより発生する平成26年4月1日から同年7月24日までの参加人に対する使用料を徴収しないことが違法に財産の管理を怠るものであるとする怠る事実の違法確認並びに参加人に対するこれにかかる不当利得返還請求及び違法な本件免除を得た不法行為に基づく損害賠償請求と那覇市長に対する同不法行為に基づく損害賠償請求について監査請求を経ているといえる。

そして、普通地方公共団体において違法に財産の管理を怠る事実があるとして地方自治法242条1項の規定による住民監査請求があった場合に、当該監査請求が、当該普通地方公共団体の長その他の財務会計職員の特定の財務会計行為を違法であるとし、当該行為が違法、無効であることに基づいて発生する実体法上の請求権の不行使をもって財産の管理を怠る事実としているものであるときは、当該監査請求については、当該怠る事実に係る請求権の発生原因たる当該行為のあった日又は終わった日を基準として同条2項の規定を適用すべきものと解するのが相当である（前記最高裁判決）ところ、違法な財務会計行為である本件免除は平成26年3月28日に行われているのに対し、本件監査請求〔1〕は同年7月24日に行われているので、同項の規定に抵触するものとはいえない。」

控訴審は以上をもって、本件設置許可の取消しを求める訴えについては原判決を支持し棄却する一方、判決掲記の怠る事実の違法確認および使用料相当損害金を請求する訴えを不適法として却下した原判決を取り消し、那覇地裁に差し戻した。

【差戻第一審判決】（那覇地裁平成30年4月13日判決・判自454号40頁）

以上のように本件は第一審に差し戻されたのであるが、原告は、平成26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相当額につき、地方自治法242条の2第1項4号本文に基づく、当時の那覇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の各請求（第一審請求の趣旨第3項）を取り下げたことから、差戻第一審においては、同条1項3号に基づく平成26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の徴収を怠る事実の違法確認（第一審請求の趣旨第2項）の請求のみが審査の対象となった。

差戻審の争点は、（1）本件は本件設置許可等が政教分離原則に違反するか、（2）本件免除が無効か、（3）被告において本件使用料の徴収を怠っていることが違法か、の3点にあった。

差戻第一審は（1）につき、憲法判断の枠組みとして最高裁平成22年1月20日大法廷判決を引用し、本件設置許可の目的には、積極的なものではないにせよ宗教的意義が含まれていたこと、補助参加人は憲法20条後段の「宗教団体」に該当すること、補助参加人の正会員が久米三十六姓の末裔に限定され本件施設内には補助参加人の関係者以外は非公開とされる施設が存在することを挙げ、補助参加人と本件施設は、本件施設の公共的・社会的意義や本件設置許可等の目的の世俗的・公共的側面とは相容れない閉鎖性を有することを指摘し、本件施設に係る「松山公園の無償提供状態は、補助参加人等による本件施設を利用した宗教的活動を容易にするものであって、儒教一般の宗教該当性についての結論いかんにかかわらず、一般人の目から見て、那覇市が補助参加人活動に係る特定の宗教に対して特別の便宜を提供し、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」と判示し、松山公園の無償提供状態が、補助参加人等による本件施設を利用した宗教的活動を容易にする強い効果を有し、「一般人の目から見て、上記のような評価をされてもやむを得ないとされる所以は、本件免除の存在にあるというべきである」とした。結論として、「本件設置許可等のうちの本件免除は、……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」し、「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」とした。以下、争点の（2）および（3）に関する判断を紹介する。

（争点2 本件免除が無効かについて）

「本件免除は、都市公園法及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い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』（行訴法3条2項）に該当し、たとえ瑕疵があっても、その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場合を除いては、適法に取り消されない限り完全にその効力を有するものである。

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条に違反するというものであって重大というほかないものであるし、前記……において説示したとおり、一般人の目から見た評価を重要な考慮要素の一つとする以上、その瑕疵は明白というべきである。」

（争点3 被告において本件使用料の徴収を怠っていることが違法かについて）

「本件免除が無効である以上、補助参加人は、那覇市に対し、占用面積1平方メートルにつき1か月360円の使用料を納付しなければならず……、逆にいえば、那覇市長は、上記使用料を徴収すべき義務を負うこととなる。」

総額は「192万2400円となり……、被告が、補助参加人に対しこれを請求しないことは、違法に財産の管理を怠るものというべきである。」

「なお、地方公共団体が有する債権の管理について定める地方自治法240条、地方自治法施行令171条から171条の7までの規定によれば、客観的に存在す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の裁量はないところ（最高裁判所平成16年4月23日第二小法廷判決・民集58巻4号892頁参照）、本件において、上記使用料に係る債権を行使するか否かについて、被告に裁量があると解すべき根拠は見当たらない。」

「以上によれば、被告が上記使用料のうち181万7063円を補助参加人に対し請求しないことの違法確認を求める原告の請求は全部理由があるから、これを認容すべきである。」

【差戻控訴審判決】（福岡高裁那覇支判平成31年4月18日判自454号26頁）

差戻控訴審は本件免除の政教分離原則違反について差戻し後第一審判決をほぼ引用し、憲法20条1項後段、3項、89条違反であり無効であるとした。そして、以下の通り判示した。

「本件免除は無効である以上、控訴人は、補助参加人から本件設置許可に伴う公園使用

料を徴収する義務を負う。

……しかし、……本件施設は、歴史・文化の保存や観光振興等の目的及び効果を有する面も併有しており、そのことも前提として本件設置許可がされていること、本件施設が、明倫堂のような釋奠祭禮に直接用いられずそれ自体は宗教性の乏しい施設及び公園利用者のトイレ……をも含んでいるなどの事情も存在する。そして、那覇市公園条例上及び同条例施行規則上、那覇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、控訴人には、施設の設置許可を受けた者に対して公園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。そうすると、控訴人が、補助参加人に対し、本件設置許可に伴う公園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又は濫用するものであるとはいえない。

そうすると被控訴人の請求は、控訴人が、補助参加人に対し、平成26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を請求しないことが違法であることを確認することを求める限度で理由があるというべきである。」

【最高裁大法廷判決】（最高裁大法廷令和3年2月24日判決・裁時1762号1頁）

「憲法は、20条1項後段、3項、89条において、いわゆる政教分離の原則に基づく諸規定（以下「政教分離規定」という。）を設けているところ、一般に、政教分離原則とは、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されている。そして、我が国においては、各種の宗教が多元的、重層的に発達、併存してきているのであって、このような宗教事情の下で信教の自由を確実に実現するためには、単に信教の自由を無条件に保障するのみでは足りず、国家といかなる宗教との結び付きをも排除するため、政教分離規定を設ける必要性が大であった。しかしながら、国家と宗教との関わり合いには種々の形態があり、およそ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。

そして、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。

以上のように解すべきことは、当裁判所の判例（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、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、最高裁平成19年（行ツ）第260号同22年1月20日大法廷判決・民集64巻1号1頁、最高裁平成19年（行ツ）第334号同22年1月20日大法廷判決・民集64巻1号128頁等）の趣旨とするところからも明らかである。」

最高裁はこのように判断枠組みを示したうえで、「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」こと、「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参加人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」おり、「本件施設は、当初の至聖廟等とは異なる場所に平成25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いかかわらず、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、参加人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」こと、さらに、「本件免除は、参加人に上記利益を享受させることにより、参加人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うことができ、その効果が間接的、付随的なものにとどまるとはいえない」こと、また、「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、市が参加人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」こと等を考慮し、「社会通念に照らして総合的に判断すると、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解するのが相当である」とし、「以上によれば、本件免除が憲法20条1項後段、89条に違反するか否かについて判断するまでもなく、本件免除を違憲とした原審の判断は是認することができる」とした。

そのうえで、「原審は、……公園条例及び公園条例施行規則上、第1審被告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から、第1審被告が、参加人から本件設置許可に伴う公園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」としたが、「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、公園条例及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のが相当である。

参加人は、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、市の参加人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。」

「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えるべきである（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巻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うかがわれない。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、その全額を請求しないことは違法というほかない」と判示した（なお、林景一裁判官の反対意見がある）。

IV 検 討

本判決に対する憲法学からの評釈においては、最高裁も引用する空知太神社事件最高裁判決（最判平成22年1月20日民集64巻1号1頁）との異同が検討されている。本判決は、公有地の無償提供に関する空知太神社事件判決と同様、津地鎮祭訴訟で示された「目的効果基準」に基づく審査ではなく、「総合考慮型」審査、すなわち、公有地の無償提供（使用料の全額免除）が政教分離原則に抵触するか否かは、「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」とした。

空知太神社事件では、地鎮祭のような一回限りの作為的な行為ではなく、継続的な作為たる利益供与に当たる無償提供が問題となったことから、目的効果基準は採用し難く、総合考慮による判断が行われたと指摘されているが、これを本判決ではどのように解すべきかが論点となっている⁽¹⁾。

それとの関連で、空知太神社事件判決では、憲法20条1項後段、89条前段についての違反を認定し、20条3項違反については触れていないのに対し、本判決は20条3項違反のみを認定し、20条1項および89条違反については判断するまでもないとした点に着目し、本判決が89条ではなく20条3項違反の判断枠組みで総合考慮型審査を行ったのは、適用条文に関わらず、「世俗性を内包する宗教施設への公有地の継続的な無償提供に関わる事案に『総合判断』を用いた」もので、受益団体である本件参加人の性格（宗教団体か否か、20条1項後段、89条関係）を問うことなく総合考慮型審査をもって公有地無償提供の合憲性を問う道を拓いた可能性を指摘するもの⁽²⁾、あるいは本判決が総合考慮型審査を採用しつつも、本免除に至る一連の行為の目的・効果にも若干言及していることから、「一回的ないし継続的な『作為的行為』の政教分離原則適合性については、憲法20条3項違反の問題として扱うという趣旨」ではないかとする見解⁽³⁾もある。

(1) 高畑栄一郎「判批」法教490号69頁以下、山崎友也「判批」法時93巻7号5頁以下参照。

(2) 高畑・前掲70頁参照。

(3) 山崎・前掲6頁参照。

以上、本判決は憲法判例として重要な意義を有することから、これについての紹介にとめた。以下本稿では、政教分離原則違反関係の憲法判断の適否については触れず、本判決ないし下級審判決における地方自治法の解釈問題を中心に検討を加える。

1. 使用料の徴収について

差戻第一審は、本件免除が無効である以上、被告は使用料を徴収すべき義務を負うので、参加人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り、法令上被告に債権行使についての裁量はないと判断した。これに対し原審（差戻控訴審）は、本件施設には歴史・文化の保存や観光振興等の目的・効果を有する面も併有すること、それ自体宗教性の乏しい施設および公園利用者用のトイレをも含んでいることなどの事情が存在することを認定し、さらに市長には使用料の一部を免除する裁量権があるとしている。

これに関する法規上の根拠として、那覇市公園条例、同施行規則を挙げている。公園条例11条の2は、「市長は、次の各号のいずれかに該当する場合は、規則で定めるところにより使用料の全部又は一部を免除することができる。」とし、免除の要件を定めている。その4号には「公共的団体が公益の目的で使用する場合」とあり、8号では「その他市長が特に必要と認める場合」とある。そして施行規則12条は使用料減免額を定め、上記条例4号該当の場合には全額を、8号該当の場合には「市長が必要と認める額」としている。参加人が公共的団体であるか、あるいはその使用目的に公益性があるか否かの判断は裁量の余地に乏しいが、これに対し8号の規定は、公園施設の使用料徴収に関し、市長に対して幅広い政策的な裁量権を与えているものと考えられる。原審はこの8号規定の存在を根拠に、上記のような結論を導いたのである。

これに対し本判決は、差戻第一審判決と同様の判断をした。そこで引用した判決は、平成16年4月23日の「はみ出し自販機住民訴訟」最高裁判決である。これは、東京都の公道上に占有の権原なく、はみ出した状態で設置された自販機につき、都の住民が、都は自販機で販売される商品の製造業者に対し、当該占有に係る占用料相当額の損害賠償請求権ないし不当利得返還請求権を取得していたにもかかわらず、これを行わないことの違法確認と、都に代位して上記事業者らに対して不当利得返還または損害賠償を請求した事案である。

はみ出し自販機事件で最高裁は、「地方公共団体が有する債権の管理について定める地方自治法240条、地方自治法施行令171条から171条の7までの規定によれば、客観的

に存在す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の裁量はない」とした。本判決は、この判示事項に則り結論しているのであるが、これに加え、「231条の3第1項等」を根拠規定として付加している。これは分担金、使用料、加入金、手数料および過料のその他自治体の歳入を納期限までに納入しない者に対して督促を行うことを、長に義務付ける規定（督促後もなお納付されないときは、滞納処分の手続に移行する旨が定められている。同条2項以下参照）である。督促から滞納処分の対象となる使用料につき、その徴収義務を補強する意義があるように思われる。

ただし、はみ出し自販機判決においては、さりとて、都の債権額は1か月あたり1683円に過ぎず、36000台も存在したはみ出し自販機を1台ごとに債務者の特定と債権額の確定を行うことは困難であると同時に、多数の人員と多額の費用を要することになるので、徴収停止に関する上記施行令171条の5第3号の規定、「債権金額が少額で、取立てに要する費用に満たないと認められるとき」に該当し、かつ同条柱書規定の要件である「これを履行させることが著しく困難又は不適當であると認めるとき」にも当たるとした。

このようにはみ出し自販機判決は、徴収停止という例外的取扱いに関する規定の適用を肯定したのであるが、それはその前提としての「客観的に存在する債権」を確認したうえで、かかる例外規定の適用の可否を判断した結果である。

そこで、何をもち「客観的に存在する債権」といえるかが問題となるが、本件の場合において原審は、公園条例・同施行規則の減免規定にて市長に与えられた裁量権を行使することで、使用料を徴収しないことができる施設もあることを根拠にしている。そこでの裁量、すなわち、作用法に根拠のある裁量と、はみ出し事件判決および本判決が説示している裁量とは、次元の異なるものといえよう。

つまり、地方自治法240条等一連の会計関係規定の解釈として、客観的に存在している債権につき、その行使・不行使に係る裁量は存在しないことは、確かにそうであろう。これに対して原審の論旨に即して考えると、適切な裁量権の行使によって使用料を減免した場合には、当該債権は客観的に存在しないことになる。他方で、当該裁量権の行使が違法であるなら、本来徴収すべき使用料たる債権が本来は存在することになるので、当該債権は行使しなければならないこととなる。施設設置申請時の使用料減免の可否に関する判断における裁量権と、「その結果としての」現に存在する債権の行使・不行使に係る裁量権は、区別して検討しなければならないであろう。

なお、河川港湾等の管理者である県が負担したヘドロの浚渫費用につき、原因者である事業者が損害賠償を求めないのは怠る事実にあたるとして提起された、田子の浦ヘドロ住民訴訟（最高裁昭和57年7月13日民集36巻6号970頁）で最高裁は、「汚水の排出が社会通念上の一定の限度を超える場合であっても、そのような状態に至った原因の中に行政上の対策の不備等がある、汚水排出者にすべての責任を負わせることが必ずしも適当でない場合もありうるものであるから、汚染除去のための費用負担についてはなお公物管理権者の合理的かつ合目的な行政裁量に委ねられている部分がある」とし、県が「行政上当然に負担すべき支出に係る部分」と、県が「行政裁量によって特別の支出措置を講ずるのを相当とする部分」については、損害賠償の対象外とした。

この判決が指摘する「裁量」の根拠は必ずしも明らかではない⁽⁴⁾が、港湾法は、43条の3第1項で、「港湾管理者は、港湾管理者以外の者の行う工事又は行為により必要を生じた港湾工事の費用については、その必要を生じさせた限度において、その必要を生じさせた者に費用の全部又は一部を負担させることができる。」と定めている。原因者に費用の一部を負担させ、残余は行政が負担することも想定されており、当該判断に裁量権行使の余地があると解することもできよう。この田子の浦ヘドロ訴訟も、裁量判断を経て県が支出を要するとした部分については、現に存在する債権ではないと理解すれば、本件原審の判断においては類似の事案とすることができる。

さて、はみ出し自販機事件判決との比較において顕著なのは、はみ出し自販機事件は、地方自治法の会計関連法規の中で決着された事案であったということが指摘できる。現に存在する債権（不法占有者に対する損害賠償請求権等）を前提に、当該債権の行使に係る原則を提示したうえで、同じ会計法規としての徴収停止の規定を判断の根拠としているのである。これに対し、田子の浦ヘドロ訴訟と原審の判断による本件は、債権の存在・不存在判断の前提としての、自治体による費用負担や徴収に係る裁量権の存在が問題となる事案として整理できよう。言い換えれば、地方自治法上の会計関連法規でなく、

(4) 裁量を認める根拠が不明確だと指摘するものとして、久保茂樹「判批」判時1885号179頁（判評555号9頁）参照。

他の「作用法」で認められている裁量判断に着目しなければならないケースである⁽⁵⁾。

しかし最高裁は、差戻第一審と同様に、使用料の額は公園条例により一義的に決定されており、使用料は所定の期間の経過により当然に発生するのであって、参加人に対する本件使用料に係る市の債権が全額存在していると判示した。そして、法令上被告に債権の行使不行使について裁量はなく、本件免除処分が違憲無効であるから、全額を請求しないことは違法であるとしたのである。

これについてはまず、本件で那覇市は公園使用料免除について、条例11条の2第4号を適用している点を指摘しなければならない。参加人が公共的団体であり、施設設置に公益目的があることが免除処分の理由ということになる。しかし最高裁は、本件施設の観光資源としての意義や歴史的価値をもって、直ちに本件免除の必要性・合理性を裏付けることはできず、また、それらを考慮しても、「一般人の目から見て、市が参加人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」とした。さらに差戻第一審判決では、正会員を久米三十六姓の末裔に限定する参加人は、そのことから沖縄県公益認定等審議会において公益認定を受けられない見込みとなり、公益社団法人の認定申請を取り下げていること、また、参加人や参加人が所有し維持管理する本件施設は、施設の公共的・社会的意義や、本件設置許可等の目的の世俗的・公共的側面とは相容れない閉鎖性を有していることが認定されている。条例4号の「公共的団体」は必ずしも公益社団法人である必要はないが、上記の事情は参加人の組織の性格としては参考になるであろうし、「公益の目的」という点においても、本件施設の閉鎖性からしても疑問がある。こうした事情から、参加人が「宗教団体」に該当するかは別にして、そもそも4号の適用は違法であったということができよう。

他方で、原審は8号を根拠としている。田子の浦ヘドロ事件と本件が異なるのは、本件の場合、行政庁の判断に、免除処分という行政処分が介在する点にある。行政庁の明示的な意思として処分がある場合には、その発動における裁量権行使の適法性が問題と

(5) 以上につき、杉原則彦「判解」曹時57巻7号286-287頁参照。杉原は田子の浦ヘドロ事件判決と自販機はみ出し事件判決とを比較し、「原因者負担で一定の裁量が認められる場合にまで、地方自治法や同法施行令の規定による原則を貫くと、裁量を認めた趣旨が没却されることから、このような原因者負担を求めることについては、一定の裁量を認めたものと解することができる。すなわち、損害賠償請求権一般については、地方自治法の規定から、その行使不行使について裁量の余地はないといえるが、他の関係法規から裁量の余地が認められる場合があるということである」と評している。なお、高畑・前掲72頁参照。

ならざるを得ない。この点、最高裁は口頭弁論終結時まで市は8号に基づく免除処分をしていないことをあえて指摘している。

特に8号は、市長の政策的裁量の幅が大きいものであるから、かかる政策判断の可否について、いまだ行われていない状況下で、司法権がその存在を考慮すべきではないといえよう。そもそも、一般に行政処分には理由があり、当該理由の適否が裁量濫用の有無に大きく関わるのであるから、現実には8号に基づく免除処分がされていないのに、全額を徴収しないことに関する、市の財産管理上の裁量権の逸脱・濫用の存否を判断することはできないように思われる。

なお最高裁は、本件施設を「種別」せずに、一体として宗教的施設であると判断している（この点、原審も施設全体を宗教的施設とみるべきである旨判示している）ことから、世俗的施設の使用料減免の可能性を指摘する余地がないものといえる。

2. 住民監査請求と住民訴訟の同一性および住民監査請求期間の起算点について

住民訴訟において対象とされる事項と、これに前置される住民監査請求において対象とされた事項は同一であることが求められる。ただし、その同一性を厳格に求めると、必ずしも法的な知識を十分備えていない住民が、法律で特別に認められた参政権としての、住民訴訟の出訴権を行使し、公益の代表⁽⁶⁾としてふるまうことができなくなる。そもそも、地方自治法において住民監査請求・住民訴訟の制度が用意されたのは、「地方財務行政の客観的適法性の確保」にあることから、住民監査請求においては、監査委員は住民の請求内容に拘束されず、勧告内容にも一定の自由が認められるのと同時に、住民が請求する対象事項の同一性についても「ゆるやか」に解することが制度趣旨に適う⁽⁷⁾のであって、これまでの判例においてもそうした傾向、すなわち、住民訴訟段階において新たに提起されたものであっても、住民監査請求にて請求された内容から当然予想される範囲のものとし、これを「善解」して「実質的同一性」ありと判断する傾向にあることが指摘されている⁽⁸⁾。そうすると、監査請求において対象行為の違法事由等を事細かに記載すること自体は、地方自治法242条1項の要求するところではないと

(6) 住民訴訟の訴権について、最判昭和53年3月30日民集32巻2号485頁を参照。

(7) 古川卓萬・澤井勝編著（地方自治総合研究所監修）『逐条解説地方自治法IV 財務 — 公の施設』敬文堂、2000年、549頁〔村上順〕参照。

(8) 古川+澤井・前掲549頁参照（なお、当該裁判例として、岡山地判昭和52年12月27日行集28巻12号1380頁、最判昭和55年2月22日判時962号50頁、東京高判昭和57年2月25日判時1038号274頁が掲記されている）。

いえよう⁽⁹⁾。

本件控訴審判決も、前記のように昭和62年の西川町事件判決を引用し、原告の監査請求〔1〕は、違法な本件免除も監査請求の対象としており、本件免除が違法、無効であることにより生じる怠る事実の違法確認と参加人に対する不当利得返還請求と損害賠償請求、さらに那覇市長に対する損害賠償請求について監査請求を経ていると判断した。

控訴審は「実質的同一性」を導くに当たり、「生の社会的事実」に着目し、原告たる住民が、何をもって「生の社会的事実」としたかを追究した。その手段として控訴審は、「監査請求書の記載内容」、そして副次的資料として「監査請求に至る経緯・動機」、「委員会の判断」、「その前後の住民の行動」を摘示しており、これらを総合的に勘案して判断することになるが、要するに「善解」をもってゆるやかに判断する態度を示したものと見えよう。

他方で、監査請求については期間制限があり、地方自治法242条3項は「当該行為のあった日又は終わった日から一年を経過したときは、これを行うことができない。」と規定する。しかし、怠る事実についての監査請求については、この規定は適用されないものの、いかなる「怠る事実」をも適用対象外とする趣旨ではないと解されている。

この点、本件監査請求〔2〕について、第一審は同じく西川町事件を引用しつつ、当該財務会計上の行為があった日又は終わった日が監査請求の起算点であるとし、監査請求期間の徒過を理由にして住民訴訟を却下した。すなわち、免除行為があった日（平成26年3月）を監査請求の起算点と解し、平成27年4月の監査請求〔2〕は期間を経過していると判断したのである。

これは、いわゆる「真正怠る事実」か「不真正怠る事実」かの問題となる。その区別の必要性については一般に、怠る事実は違法な不作為状態が継続していることを指し、期間制限に関し地方自治法242条2項が規定する「当該行為のあった日又は終わった日から1年、になじまないものであるが、監査請求の対象となる行為を、「違法な行為を放置している不作為」であるという法律構成で説明し直すと、これもまた「怠る事実」として期間制限を受けないこととなり、期間制限規定を設けた趣旨に反することになるので、怠る事実を「真正怠る事実」と「不真正怠る事実」とに区別し、前者については期間制限規定の適用はなく、後者については期間制限規定が及ぶと解されてきた⁽¹⁰⁾。

(9) 西川町事件第一審判決（新潟地判昭和56年6月29日行集32巻9号1535頁）の判示事項を参照。

(10) 例えば人見剛・須藤陽子編著『ホーンブック行政法〔第3版〕』北樹出版、2018年、106頁参照。

第一審判決は、本件は不真正怠る事実であるとして結論している。怠る事実を対象とする監査請求であっても、特定の財務会計行為が違法、無効であることに基づいて発生する実体法上の請求権の不行使をもって財産の管理を怠る事実としているものであるときは、「当該行為が違法とされて初めて当該請求権が発生するのであるから、監査委員は当該行為が違法であるか否かを判断しなければ当該怠る事実の監査を遂げることができないという関係にあり、これを客観的、実質的にみれば、当該行為を対象とする監査を求める趣旨を含むものとみざるを得ず、当該行為のあった日又は終わった日を基準として本件規定を適用すべきものである」こと、これがすなわち不真正怠る事実の場合であり、さらに「怠る事実については監査請求期間の制限がないのが原則であり、上記のようにその制限が及ぶというべき場合はその例外に当たることにかんがみれば、監査委員が怠る事実の監査を遂げるためには、特定の財務会計上の行為の存否、内容等について検討しなければならないとしても、当該行為が財務会計法規に違反して違法であるか否かの判断をしなければならない関係にない場合には、……当該怠る事実を対象としてされた監査請求は、本件規定の趣旨を没却するものとはいえず、これに本件規定を適用すべきものではない」こと、これが真正怠る事実に該当する場合であるとするのが判例である⁽¹¹⁾。

このような理解を前提とすると、本件は免除処分が違法であることに基づいて発生する実体法上の請求権の不行使をもって財産管理を怠る事実とするものであるから、不真正怠る事実に該当するものと考えられる。

他方で本件第一審は、免除処分につき、「将来にわたる使用料をあらかじめ免除する趣旨のものと理解されるのであって、将来の使用料についても本件免除の時点で免除の効果が生ずるものと解される」とし、免除処分が存続する間の、すなわち「将来に至るまでの効果」をあらかじめ取り込む法的性質を有するものと理解した。そのような将来的な効果を取り込む性質を根拠に、監査請求期間の起算点を本件免除がなされた日としているのであるが、本件免除処分は施設の設置許可処分の期間と一体であり、その効果は、当該許可期間が満了するまで将来にわたって持続し、そしてその当初の違法性は治癒されない限り同じく存続することになる。本件の場合に免除処分が「財務会計法規に違反して違法であるか否かの判断をしなければならない関係にない」とはいえず、不真正怠る事実の場合であるとしても、このような免除処分の効果の継続的性格を考慮すれ

(11) 最判平成14年7月2日民集56巻6号1049頁。

ば、「当該行為の終わった日」を監査請求期間の起算点とする余地はあるように思われる⁽¹²⁾。

3. 本件設置許可は財務会計上の行為といえないか

本件設置許可処分の取消し請求について第一審判決は、京都保安林事件を引用し、都市公園法の目的および許可要件から、不動産の財産的価値の維持・保存を図る財務的処理を目的とした財務会計上の財産管理行為には該当しないという理由で却下している。

確かに、本件設置許可は、公物管理法上の占用許可に当たり、公物管理権の行使であって、その観点からは財産管理的性格を読み取れない。そのことからこれまで、公物管理法上の許可制度（主には占用許可）に対する住民監査請求・住民訴訟の対象性について裁判所は消極に解してきたことが指摘される⁽¹³⁾。

しかし、公園の使用は、自治体の財産管理規定である地方自治法238条の4第7項の「目的外使用許可」の「対象」にもなると解される。

地方自治法第9章は「財務」について定め、第9節237条以下で「財産」を規定している。238条は公有財産の範囲および分類として、「不動産」を公有財産とし（1項1号）、公有財産を行政財産と普通財産とに分類し（3項）、行政財産とは、「普通地方公共団体において公用又は公共用に供し、又は供することと決定した財産をいい、普通財産とは、行政財産以外の一切の公有財産をいう。」としている（4項）。そして、行政財産の管理および処分について定める238条の4の第7項で、「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。」と規定している。

この構成は、特に行政財産・普通財産の定義の仕方について差異はあるものの、国有財産法と類似している。そして国有財産法18条6項は、「行政財産は、その用途又は目

(12) なお寺田友子は、本件使用料免除行為は西川町事件のごとき売買契約と異なり、「判決時も継続している事実上の行為」であって、「そこから派生する不当利得又は損害賠償請求権の行使を継続して怠っているのであるから、真正怠る事実である」と主張する（「判批」判例自治469号13頁参照）。

(13) 例えば、古川+澤井・前掲536頁〔村上順〕、寺田・前掲12-13頁参照。なお、古川+澤井同頁は、前掲の田子の浦へドロ住民訴訟で、「汚染排出者の不法行為により生じた損害について、一部ではあるが住民訴訟によって排出者に損害賠償請求することができる旨認めたこと」は、目的合理的でない違法な公物管理の結果、自治体に無用・多大の出費を強いる結果を招来したものについては、「公物の財産的価値を顕在化させ、事柄を財務管理の問題にすることで住民監査請求・住民訴訟の対象となるべき」余地を、ある程度肯定したものと評価する。

的を妨げない限度において、その使用又は収益を許可することができる。」とし、ほぼ同様の規定を置いている。

公物法学においては、国有財産の取得・維持・保存・運用・処分について定める国有財産法と、公物の機能の維持・管理を規律する公物管理法との関係が議論されてきた。通説は、国有財産法は公物管理法の一般法であり、公物管理法はその特別法の関係にあるという。

これまでの裁判例の中には、国有財産法18条6項の許可と、公物管理法に定める占用許可との間の密接な関係性を指摘するものがある。

海岸法の海岸占用許可に関する事件⁽¹⁴⁾で最高裁は、「国が所有する一般公共海岸区域は国有財産法上の行政財産であるが、海岸法37条の4は、一般公共海岸区域の適正な保全を図るため、その占用について、国有財産法18条3項所定（当時。現在は18条6項所定）の行政財産の使用又は収益の許可に代え、海岸法7条の規定に倣い、海岸管理者の許可を要することとしている。同法には、一般公共海岸区域の占用の許否の要件に関する明文の規定が存在しないが、一般公共海岸区域が行政財産としての性格を失うものでない以上、同法37条の4により一般公共海岸区域の占用を許可するためには、行政財産の使用又は収益の許可の要件が満たされている必要があるというべきであって、一般公共海岸区域は、その用途又は目的を妨げない限度において、その占用を許可することができる」。「一般公共海岸区域の占用の許否の判断に当たっては、当該地域の自然的又は社会的な条件、海岸環境、海岸利用の状況等の諸般の事情を十分に勘案し、行政財産の管理としての側面からだけでなく、同法の目的の下で地域の実情に即してその許否の判断をしなければならない」〔カッコ内筆者〕とした。

また、漁港漁場整備法に基づく漁港区域内の公共空地および水面の一部の占用許可に関する裁判例⁽¹⁵⁾は、漁港漁場整備法は国有財産法の特別法に当たるとしたうえで、漁港漁場整備法「39条2項は、漁港区域内の公共空地や水面の一部について、積極的に漁港等の整備、運営をしていくため、水産業の健全な発展等という法の目的に適った利用に係る申請については、特定漁港漁場整備事業の施行又は漁港の利用を著しく阻害するものでなく、その他漁港の保全に著しい支障を与えない限り、許可を与えなければならないことを定めているものと解されるが、申請に係る利用が水産業の健全な発展等とい

(14) 最判平成19年12月7日民集61巻9号3290頁。

(15) 東京高判平成22年7月14日判タ1359号111頁。

う法の目的に関連しない場合は、一般原則に立ち戻り、許可権者に対し、国有財産法における公共用財産の管理の趣旨に沿って許否を決定する旨の裁量権が認められている」とした。

両判決とも、国有財産法上の許可制度と公物管理法上のそれとの関係性を示し、公物管理法占有許可の制度解釈のあり方を示すものとして注目されるが、ここから、公物法の占有許可は、公物管理の一環としての作用であると同時に、国有財産の管理作用の側面をも併有していることを導くことができよう。

この関係性は、公有（行政）財産管理を規律する地方自治法238条の4第7項の目的外使用許可と、公物管理法である本件都市公園法5条1項ないし那覇市公園条例3条1項5号の許可との関係においてもスライドされるはずである。

そして、国有財産法1条は、「国有財産の取得、維持、保存及び運用（以下「管理」という。）並びに処分については、他の法律に特別の定めのある場合を除くほか、この法律の定めるところによる。」と規定するが、18条6項の使用許可は同法の定める「管理」のうちの「運用」に当たる作用であると解されている⁽¹⁶⁾。そうだとすると、地方自治法上の目的外使用許可も、公有財産の運用、すなわち、使用料の徴収を含む、「行政財産である公園敷地の運用」という、財産管理行為に該当するものと解するのが自然である。

さて、地方自治法・国有財産法ともにこの許可が「目的外使用」許可と呼ばれていること、つまり当該行政財産の「本来の目的ではない使用」が対象となる制度だと解される点について検討しなければならない。都市公園法は、公園施設以外の工作物・施設の設置による占有を対象とする占有許可、すなわち「目的外使用」許可の定めが6条にあるが、これに対し本件設置許可は、公園管理者以外の者による公園施設の設置を対象とする同法5条の許可であることから、「目的内使用」の許可ということになる。そうすると、地方自治法238条の4第7項許可の対象外ということになるのであろうか。

これについては近年、対象物が目的内か外かを明瞭に区別することができない場合も多く、またその区別を論ずる実益にも乏しいとされ⁽¹⁷⁾、さらに、この許可は「目的阻害の外にある使用許可」と解すべきであるとの見解もある⁽¹⁸⁾。この許可は国・自治体

(16) 富田駿介編『国有財産法精解 [改訂新版]』大蔵財務協会、1988年、30頁参照。

(17) 塩野宏『行政法Ⅲ [第5版]』有斐閣、2021年、434—435頁参照。

(18) 森田寛二「国有財産法の理解に関する疑問（上）（中）（下）」自治研究73巻12号3頁以下、74巻1号3頁以下、74巻3号3頁以下（特に（中）6頁）を参照。

の財産管理権の行使の手段であるが、目的「外」の場合にのみ当該権限が行使され、目的内の行為については行使されないと解するのは妥当ではなく、「目的を阻害しない範囲における使用」一般に適用され、目的内の施設等についても、目的外のそれと等しく当該許可の対象となると理解するのが合理的である。

このように、都市公園法および公園管理条例上の許可には、その背後に地方自治法の財産管理規定が控える行為であると捉えた場合に、当該許可が、住民監査請求および住民訴訟の対象である財務会計行為に該当するか否かが問題となる。

本件では、設置許可は不動産の財産的価値の維持・保存を図る財務的処理を目的とした財務会計上の財産管理行為には当たらないと判断された。住民監査請求の対象となる「財産の管理」（242条1項）とは、「当該財産の価値の維持や保全を直接の目的とする執行機関または職員の行為」として把握されてきた⁽¹⁹⁾が、直接に財産的価値が毀損され損害が発生していないとしても、住民共通財産である公有地を、違法な運用によって占有されている状態（そのことにより正しい運用が阻害されたことで公有財産の財産的価値は損なわれているとも見ることができる）を是正することは、むしろ住民監査請求・訴訟の制度目的なのであるから、本件許可は財務会計上の財産管理行為として、その対象になるものと解される⁽²⁰⁾（ただし本件公園敷地は、那覇市所有の公有地のほかに国有地も含まれている。本件施設が国有地上に設置された場合には、この解釈は直ちには通用し難いものと思われるので注意が必要である）。

なお、本件設置許可の適法性については、政教分離原則との関係以前に、本件施設のように、特定の一族の末裔に限定された団体の会員のみ使用でき、一般には公開されない閉鎖的な性格の施設を含むものについて設置許可を認めることは、公共用物ないし公の施設の管理原則との関係でも問題なしといえないように思われる。

（みうら だいすけ 神奈川大学教授）

キーワード：住民監査請求／住民訴訟／怠る事実／目的外使用許可

- (19) たとえば古川＋澤井・前掲534頁〔村上順〕参照。寺田・前掲も、財産的価値に変更を加えるものでないことから、本件許可は住民訴訟で争うことはできないと解している（13頁参照）。
- (20) なお、志木市市民会館結婚式場ニューサンパレス事件（浦和地判昭和61年3月31日判時1201号72項）を参照（古川＋澤井・前掲534頁は、公物管理と財産管理が明確に区別できない場合があるとして、同判決を掲記している）。