慶應義塾大学学術情報リポジトリ
Keio Associated Repository of Academic resouces

Title	住民訴訟の審理に関する一考察： 砂川政教分離最高裁判決を中心として
Sub Title	Procedural problem of the taxpayer's suit
Author	藤原, 淳一郎(Fujiwara, Junichiro)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	2011
Jtitle	法學研究：法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.84, No.2 (2011. 2) ,p.503- 564
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	□山宏教授退職記念号
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-20110228-0503

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the KeiO Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

住民訴訟の審理に関する一考察

——砂川政教分離最高裁判決を中心として——

藤原淳一郎

一　はじめに
二　砂川政教分離訴訟判決の概要
三　政教分離違反？（第一命題）
四　訴訟物（第三及び第四命題）
五　主張・立証責任（第五命題）
六　差戻し後判決の行方（第六命題）
七　結　語

「新しい楽譜に接するとき、『第一反応（first reaction）』[1]を覚えておくことが大事である。曲の構造、要素を理解し、解剖学のように分析し、最後に第一反応を呼び覚ます（recollect）のである」[2]

ダニエル・バレンボイム

一　はじめに

本稿は、私が二〇一〇年春学期に慶應義塾大学法務研究科（法科大学院）「現代行政争訟」授業でとりあげた「砂川政教分離訴訟」、最（大）判平成二二年一月二〇日（以下「砂川訴訟」という）を素材に、地方自治法（以下「自治法」という）上の住民訴訟（二四二条の二）[3] の訴訟審理上の問題を考察するものである。

砂川訴訟は、違憲判断の原判決を（違憲判断ではあるが）破棄差戻した空知太（そらちぶと）神社判決（判例時報二〇七〇号二一頁。以下「空知太判決」という）と、合憲判断の原審を支持し上告を棄却した富平（とみひら）神社判決（同四一頁。以下「富平判決」という）からなる。

本稿は、私が砂川訴訟、わけても空知太判決を一読したときの第一反応（first reaction）を、主たるモチーフにしている。

第一論証命題：本件は果たして政教分離原則違反の事案なのか、むしろ、習俗的、世俗的施設にかかる問題ではないか？

第二論証命題：仮に違憲説に立つなら、そもそも宗教施設のための土地の寄付（負担付贈与）が違憲・無効ではないか？[4]

第三論証命題：本件で攻撃される財務会計上の行為は、土地贈与及び無償貸付契約締結の各一回限りの行為が対象ではないのか？

第四論証命題：本件を自治法二四二条の二第一項三号の「怠る事実の違法確認」請求に乗せるとして、本件請求ならびに原々審及び原審判決のように「怠る事実」を細かく特定せねばならないのか、それとも「違憲状態の解消行為を怠る」との概括的・総括的なもので足りるか？

第五論証命題：違憲状態除去のための代替的手段の存否は、被告側に主張・立証責任があり、被告が格別の主張を行っていないとすれば、上告棄却（違憲判決確定）で足りるのではないか？

第六論証命題：空知太判決は富平判決を意識して差戻しているが、差戻し後の判決に、どのような選択肢があり得るのか？

右のうち、第一命題は憲法上の政教分離の論点にかかわるため、本稿では極力回避したいところである。第三及び第四命題は訴訟物論、第五命題は主張・立証責任論[5]、第六命題の差戻し後判決は、いわば大法廷判決の「あと始末」論である。以下において、まず砂川判決の概要を確認したのち、上記命題に沿って、論点毎に考察を加えていくことにする。

授業では住民訴訟としてもう一件、「経済的合理性」の審理[6]が争点の福岡高裁那覇支部判平成二一年一〇月一五日「泡瀬干潟埋立公金支出差止事件[7]」判例地方自治三二八号二九頁をもとりあげた。当初本稿第一部を砂川判決、第二部を泡瀬干潟事件を中心に経済合理性の審理という構想で準備を始めた。しかしながら一九七六年ドイツで遭遇したた熱波（Hitzewelle, heat wave）[8]さながらの二〇一〇年の酷暑には勝てず、後者「経済的合理性」の論点は、後日の研究課題として留保せざるを得なかった。

（1）音楽の世界ではしばしば用いられる用法で、TV字幕は、「直感」と意訳していた。

（2）クラッシック音楽専門TV局「クラシカ・ジャパン」二〇〇七年ザルツブルグ音楽祭「聴くことの学校・第二日・指揮者とオーケストラ」における彼の発言要旨。

（3）二〇一〇年度新司法試験公法系科目論文式第二問（行政法）に初めて住民訴訟の事例が出題された。法科大学院の行政法教育現場からすれば、旧稿「転換期の法学教育」法学研究七九巻一号一、二二―二四、三七―五六頁（二〇〇六）で紹介した学部の週刊時事事例であれば、住民訴訟は容易にネタに入り込むが、総授業時間が窮屈な法科大学

院の「行政法」必修授業では、なかなかそこまで掘下げられないのが実情である。

初年度及び二〇〇九年の新司法試験公法系科目論文式第二問（行政法）で問題文と添付図との整合性に違和感を覚えたが、二〇一〇年は問題文及び資料に慎重さを欠く点がある。A村から相談を受けた「弁護士Fの立場に立って、以下の設問に答えなさい」（傍点、引用者）といいつつ、設問3（2）で突如「自らの意見を述べなさい」（傍点、引用者）という。「自ら」が弁護士Fを指すなら日本語として不自然である。解答者自身なら、冒頭の「弁護士Fの立場」を「設問1及び設問2」に限定しない限り矛盾をきたす。斎藤浩・小山剛・中林暁生・榊原秀訓「新司法試験問題の検討二〇一〇・公法系科目試験問題」法学セミナー六六八号三二、三八頁（二〇一〇）は、「自ら」を解答者自身を指すと解しているようである（四二頁の斎藤発言、小山発言参照）。いずれにせよ受験生を混乱させかねないので、試験問題の慎重な校正を望みたい。同問の資料1「検討会議の会議録」職員I二回目の発言に「税収面でも貢献」（傍点、引用者）とある。微々たる固定資産税収入を指すとは思えない。土地譲渡代金（売却益）ならば「歳入面」というべきで、自治体職員としてあり得ない発言（初歩的失言）ではなかろうか。

(4) 後述のように、市の取得時効を云々する余地はありそうだが、土地所有権の帰属は本件原被告間では争点外である。

(5) 清野正彦「砂川政教分離訴訟最高裁大法廷判決の解説と全文」ジュリスト一三九九号八三、八七頁以下（二〇一〇）参照。

(6) 田村達久「住民訴訟の展開—経済性の原則、権利放棄議決と住民訴訟の関係に絞って」法律時報八二巻八号三八頁（二〇一〇）参照。

(7) 判決確定後の新たな動きとして、二〇一〇年八月三一日付東京新聞二六面「沖縄・泡瀬干潟埋め立て再開」参照。

(8) 一九七六年夏の熱波の際は、水道水が飲用に適さないこともありスーパーマーケットからミネラルウォーターやビールまでが姿を消し驚かされた。公園を含め周囲の木々も立ち枯れ寸前であった。熱波の唯一の恩恵として、一九七六年産のワインは上出来である。

二　砂川政教分離訴訟判決[9]の概要

砂川政教分離訴訟のうち空知太神社訴訟は、砂川市が連合町内会に市有地を神社施設の敷地として無償で利用させていることが政教分離に違反するとして、「契約解除、施設撤去及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」との住民監査請求を経由した砂川市民が、自治法二四二条の二第一項三号に基いて、右の「怠る事実の違法確認」を求めた事案である。原々審[10]、原審[11]ともに、「本件町内会に対して神社物件の撤去及び土地明渡しを請求しないことが違法であるとの確認を求める」限度で請求を認容したため、市長が上告したのが、本件「空知太神社」訴訟である。

他方、富平神社訴訟は、戦前町内会の前身の団体から教員住宅用地として寄附された市有地が、その用途廃止後に神社施設の敷地とされており、政教分離に反するとの住民監査請求に対して、監査結果において、政教分離原則違反は認められないが「本件各土地を富平地区住民に譲与するなどの方策を講じる必要がある」との意見が付記された。そこで砂川市が市議会の議決を経て（自治法二六〇条の二の第一項の認可を受けた）町内会に譲与（同法二三八条の五第一項）したことが政教分離に違反するとして、「所有権移転登記の抹消登記手続を請求しないことが違法に財産の管理を怠る」との住民監査請求を経由した砂川市民が、自治法二四二条の二第一項三号に基づき、右の「怠る事実の違法確認」を求めた事案である。原々審[12]、原審[13]ともに原告請求棄却のため、住民が上告したのが本件「富平神社」訴訟である。

（1） 空知太神社訴訟の概要

裁判所認定事実によれば、明治二五年頃住民らが五穀豊穣を祈願して、現在の小学校所在地附近に祠を建て、同三〇年、道庁に「祠等の施設に用いる上記土地付近の三一二〇坪の土地」の御貸下願を提出して認められ、神社施設を建立した。[14] 昭和二三年頃に小学校校舎増設・体育館新設のため神社施設の移転の必要が生じ、Aが神社施設の移転先の土地を別途提供し、昭和二八年（当時の）砂川町議会が、Aからの寄付願出に対する採納の議決と、同土地を祠等の施設のため無償で使用させる議決をした。以上が本件神社の境内地の経緯である。原審は、「神社の祠等の施設はもともと公有地[15]上にあったところ、砂川町がAから上記両土地の寄付を受けたことは、S神社の祠等の施設の建立時の状態に戻ったというにすぎないとみる余地もないではない」とすらいう（HP七頁）。昭和四五年に、上記境内地に加えて、住民Bから市に寄付された土地、土地改良区から無償借用の土地をあわせ敷地（以下「本件各土地」という）とするS会館（以下「本件建物」という）が建てられ、建物の一角に祠が移設され、旧境内に従来の鳥居を取り壊した新たな鳥居が新設された。敷地のうち土地改良区所有部分は平成六年に市が買い受けた。現在、本件各土地は全て市有地で、本件建物、鳥居及び地神宮の敷地として無償で提供されている。

本件建物には、鳥居の正面部分に、会館入口とは別に「神社」と表示された入口がある。入口を入った正面が祠で、御神体として天照大神が宿るとされる鏡が置かれている。

神社は、氏子集団により管理運営され、初詣、春祭及び秋祭の年三回の祭事が行われている。

（2） 空知太神社判決の概要

原判決破棄、原審に差戻す判決である。

（イ）　違憲性の判断

法廷意見（多数意見）は、津地鎮祭訴訟判決及び愛媛玉串料訴訟判決を引きつつ、「社会通念に照らして総合的に判断すると、本件［各土地の無償］利用提供行為は、市と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、憲法八九条の禁止する公の財産の利用提供に当たり、ひいては憲法二〇条一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」という（判例時報二〇七〇号二九頁）。

藤田裁判官の補足意見（以下「藤田補足意見」という）は、過去の判例における「目的効果基準」を本件で採用しない理由を、本件神社施設が「一義的に宗教施設（神道施設）で……行事もまた宗教的な行事であることは明らか」なので、「目的効果基準の適用の可否が問われる以前の問題」とする（同右・三一頁）。

甲斐中、中川、古田、竹内の四裁判官の意見（以下「四裁判官意見」という）は、「憲法判断に必要な諸般の事情」、たとえばS会館という本件建物全体の利用実態や構造、寄附受入れの経緯や寄附された土地の利用状況、本件神社の運営等「について審理を尽くして」いないとして、原審差戻しを主張した（同右・三六―三七頁）。

堀籠裁判官の反対意見（以下「堀籠反対意見」という）は、「本件神社は、……氏子集団によって管理運営されている神社であって、北海道開拓民にとって心のやすらぎのため建立されたもので、習俗性、世俗的性質が強いし、行事の際には氏子集団が町内会に所定の使用対価を支払っており、本件神社の宗教性も希薄」である。したがって、「本件利用提供行為は、……信教の自由の保障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は到底認められな」く、「多数意見は、日本人一般の感覚に反するものであり、到底賛成することはできない」として、原判決破棄、請求棄却を主張した（同右・四〇頁）。

本争点に関し、このほか田原裁判官、近藤裁判官の補足意見がある。

（ロ）　職権による検討

法廷意見（多数意見）は、本件利用提供行為の違憲状態の解消には、「［原判決の］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、本件各土地の全部又は一部の譲与、有償譲渡、適正な時価での貸付等を例示し、「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［市］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」とする。そこで「原審において、……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……［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、……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」（傍点、引用者）として、本件訴訟を原審に差戻す判断をした（同右・二九―三〇頁）。

本争点に関する田原裁判官の補足意見（以下、「田原補足意見」という）は、弁論主義の例外としての職権証拠調べ（行政事件訴訟法［以下「行訴法」という］二四条、四三条三項）の考え方は「主張責任についても妥当する」として、「住民訴訟等においては、その公益との関連性は顕著である。かかる訴訟において、……その主張の欠如が判決に影響を及ぼし得る場合には、裁判所は積極的に釈明をなすべき責務を負う」という（傍点、引用者）。「怠る事実の違法性を解消する手段が一義的に明白な場合と、種々な方法があって、どの方法を採用するかは行政機関の裁量に委ねられている場合とがある。後者の場合に、……原告は『違法な事実』を具体的に特定することが必要であると解されている。そして当該訴訟においては、原告の主張する『違法な事実』と、違法状態を解消するための種々な方法に関する行政機関の裁量権の行使の違法性が問われることとなるが、その場合に弁論主義が何処まで適用されるかが問題」（傍点、引用者）で、「原審がかかる釈明権を適切に行使しなかったのは、審理不尽の違法を犯したもの」という（同右・三四頁）。

近藤裁判官の補足意見（以下、「近藤補足意見」という）は、違憲状態を解消するためには、「譲与等の方が本件によりふさわしい方法であるとも考えられ……［原審判決にある］怠ることが直ちに違法であるということにはならず、被上告人らの上記確認請求は棄却すべきであるということになる。もう一つ考慮すべきことは……『鳥居、地神宮等の神社施設の撤去』には、空知太神社の氏子（信者）の信教の自由を侵害するという側面がある」「他に手段があり得ることは、当事者の主張を待つまでもなく明らかであり、しかも、それは氏子（信者）の信教の自由を侵害するおそれのな

い方法である。したがって……釈明権を行使するなどしてこの点を検討する必要があった」（傍点、引用者）。そして、「他に手段方法があるかどうかの立証責任について……［後述の今井裁判官の反対意見のいう］抗弁説が唯一の帰結であるとまでは考えないが、抗弁説に立ったとしても、裁判所としては、当事者の主張がなくても、釈明権を行使するなどしてこの点を検討する必要があった……。殊に、本件のように、裁判所が適切に釈明権を行使しないことによって、訴訟当事者ではない氏子（信者）の信教の自由を侵害する危険性を生ずる場合には、裁判所に釈明権の行使を怠った違法がある」（傍点、引用者）とする（同右・三五―三六頁）。

本争点に関する今井裁判官の反対意見（以下、「今井反対意見」という）は、多数意見が「違憲状態を解消する手段が他にないことまで原告である被上告人において主張立証しなければならないとするのか（仮にこれを「請求原因説」という）、それともその事実は被告である上告人において主張立証することを要するのか（仮にこれを「抗弁説」という）は必ずしも明らかではない」が、「抗弁説に立った場合には、本件では、その点についての釈明義務違反はない」とする（傍点、引用者）。抗弁説の論拠として今井反対意見は、撤去請求を阻却する違憲状態解消の手段があるというためには、他の手段の合理性・現実可能性に加え、上告人に裁量の余地、手段によっては相手方の意向や議会の議決等も含まれ、「これらの問題については、原告の側ではいかんともし難い問題」なので「他に……手段が存在することは、請求を阻却する事由として、被告である上告人において主張立証すべき抗弁であると解するのが相当」で、逆に「被上告人らが主張立証すべきであるとすることは、住民訴訟における原告、被告間の負担の公平な分配という観点から原告に過度の負担を課すものであって、住民訴訟の機能を損なうもの」（傍点、引用者）で採用できないとする（同右・三八頁）。

裁判所の釈明義務については、「富平神社事件が本件と同一裁判体で併行して審理され……同事件においては、砂川市が神社敷地として町内会に無償で利用に供していた市有地を町内会に譲与したことの合憲性が争われており……以上のような訴訟の経緯から見ると、上告人としては、裁判所の釈明を待つまでもなく、遅くとも控訴審の段階においては、本件利用提供行為が違憲であると判断される場合に備えて、譲与等他の合理的で現実的な手段が存在することの抗弁を

主張する機会は十分あった」（傍点、引用者）。多数意見は、「当事者主義に立つ訴訟の原則からみて、採用し難い見解で……行政事件訴訟の一つである住民訴訟であることを考慮しても、この結論は変わらない」として、上告棄却を主張する（同右・三八―三九頁）。

（3） 富平神社訴訟の概要

裁判所認定事実によれば、明治二七年、個人名義の登記ではあるが富平各部落会（本件町内会の前身。以下「部落会」という）が所有する本件各土地に五穀豊穣を祈願して大国主命を祭神とする小祠が建立され、昭和四三年までの間に本件神社施設が順次設置され現在に至っている。この間の昭和一〇年、部落会の要望で本件各土地の寄附及び所有権移転登記を受け小学校教員住宅（以下「住宅」という）を建設したが、同五〇年に住宅が取り壊された。市は住宅取り壊し前後に、富平地区町内会から本件土地の返還を求められたが、五一年四月、「本件各土地は既に同市の普通財産となっているため、本件各土地の使用目的が「教員住宅から」変更されたとしても、T各部落会に返還する原因にはならない」として、「管理目的を児童公園等の部落共同目的の用に供することに限定して」無償による本件各土地の管理委託契約を締結した。当時、本件土地の上には、本件神社施設のほか、農協倉庫、青年会館があり、児童公園としても利用されていたが、現在は倉庫等及び公園は取り壊されるなどして存在しない（判例時報二〇七〇号四三頁及び原々審・最高裁HP一四―一五頁）。

平成一六年、上告人（住民。原告、控訴人）は、本件各土地を本件神社の敷地に使用させることは政教分離原則違反として、住民監査請求をしたところ、監査委員は監査結果において、政教分離原則違反は認められないが、市有地上に神社の祠が存在し祭事に利用されているのは一部市民に不審を抱かせるものなので、従前の経緯を考慮し、「当該市有地をT地区住民へ譲与するなどの方策を講ずる必要があると考える」（傍点、引用者）旨の意見を付記した。上告人は監査の結果を不服として、市が町内会に対し、本件各施設収去、土地明渡しの請求を怠る事実が違法であることの確認

を求めて出訴した（以下「前訴訟」という）。市は、町内会との間で協議した結果、平成一七年三月、町内会は市に対し自治法二六〇条の二に基づき地縁による団体の認可申請をし、市はこれを認可、告示し、同年四月一日、市は町内会との間で同法二三八条の五第一項に基づき本件各土地の譲与の仮契約を締結し、同月一五日、同法九六条一項六号に基づき市議会の議決を得て、本件各登記手続をした（以下「本件譲与」という）。上告人は、本件譲与を受けて、同年七月、訴えを取下げた。

同年四月、上告人は、T町内会は神社氏子集団と一体となって宗教活動を行っている団体であるから、本件譲与は政教分離原則違反等として、新たな住民監査請求を行った。監査委員は、T町内会は宗教活動を行う団体ではなく、また、本件譲与は前監査請求の監査結果において付記した意見に基づくものとして監査請求を却下した。上告人はこれを不服として、本件各土地の各所有権移転登記の抹消手続を請求することを怠る事実が違法であることの確認を求めて出訴したのである（判例時報同右及び原々審・最高裁HP一、三―四、一五―一六頁）。

本件神社は法人格を持たず、住民から選任された総代及び会計係各一名が維持運営に関する事務を行い、地区三〇数世帯のうちの大多数が維持運営費を支払い、例大祭等の費用は、住民の寄附や賽銭により賄われており、市の公費は支出されていない。本件神社において、初詣で並びに春季及び秋季の例大祭が行われ、八月の砂川神社の祭りの際は、本件神社に砂川神社のみこしが訪れ、官司、巫女による神事が行われる反面、日常的な参拝者はいない。なお市の本件時価評価によれば、本件施設は、固定資産評価額が免税点未満である（判例時報同右及び原々審・最高裁HP一六―一七頁）。

原々審は、本件譲与は「宗教とのかかり合いをもつものであることは否定できない」が、「監査意見に従って……無償の譲渡手段によったものであって、専ら世俗的なものと認められ、その効果も、神社神道を援助、助長、促進し又は他の宗教に圧迫、干渉を加えるものとはみとめられない……。憲法二〇条三項により禁止される宗教的活動には当たらない」こと、T町内会は、憲法八九条にいう「宗教上の組織もしくは団体」に該当しない」ことから、本件譲与は違憲ではないとして、原告の請求を棄却した（原々審・最高裁HP二六―二八頁）。原審は原々審とほぼ同様の論理で、「本

件譲与に関する一般人に対する効果、影響」の面でも問題はなく、本件譲与を違憲ではないとする。そこで住民側が上告したのが本件である。

（4） 富平神社判決の概要

（イ） 本件譲与前

「本件神社施設は、一体として神道の神社施設に当たるもので……諸行事も、……宗教的行事と認めるほかない」。「氏子……集団は、憲法八九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。……本件譲与前に市が本件各土地を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、上記地域住民の集団が神社を利用した宗教的活動を行うことを容易にするもので……本件各土地が市の所有に帰した経緯についてはやむを得ない面があるとはいえ、上記行為をそのまま継続することは、一般人の目から見て、市が特定の宗教に対して特別の便宜を提供し、これを援助していたと評価されるおそれがあった」（判例時報二〇七〇号四三頁）。

（ロ） 本件譲与の合憲性

「市、監査委員の指摘を考慮して、……憲法八九条及び二〇条一項後段の趣旨に適合しないおそれの状態を是正解消するために行った」本件譲与は、「神社敷地の無償使用の継続を可能にするという便益を及ぼすとの評価はあり得る」。しかし昭和五〇年に本件各土地について「教員住宅の敷地としての用途が廃止された以上、これを本件町内会に譲与することは、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『財産の交換、譲与、無償貸付に関する条例』（平成三年砂川市条例第二〇号）三条の趣旨にも適合するものである。また、仮に市が……本件神社施設を撤去させることを図ると……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。同様の問題に関し『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』（昭和二二年法律第五三号）は、同法施行前に寄付等により国有となった財産で、その社寺等の宗教

活動を行うのに必要なものは、所定の手続を経てその社寺等に譲与することを認めたが、それは……国と宗教との結び付きを是正解消するためには、……譲与の措置を講ずることが最も適当と考えられたことによるものと解される。公有地についてもこれと同様に譲与等の処分をすべきものとする内務文部次官通達が発せられた上、譲与の申請期間が経過した後も、譲与、売払い、貸付け等の措置が講じられてきたことは、当裁判所に顕著である。本件譲与は、上記のような理念にも沿うものであって、市と本件神社とのかかわり合いを是正解消する手段として相当性を欠くということもできない」「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……本件譲与は、……憲法二〇条三項、八九条に違反するものではないと解するのが相当である」（傍点、引用者）として、裁判官全員一致で上告棄却（＝原告請求棄却）。（同右・四三―四四頁）。

（9）本稿執筆時現在、本判決について、ジュリスト一三九九号「特集：砂川政教分離訴訟最高裁大法廷判決」、林知更「『国家教会法』と『宗教憲法』」の間：政教分離に関する若干の整理」ジュリスト一四〇〇号八三頁、井田洋子・TKC速報判例解説・LEX／DB文献番号二五四四一六四六（A）、二五四四一六四七（B）、榎透・法学セミナー六六七号一一八頁、三好一生・法律のひろば二〇一〇年八月号五三頁がある。本判決の副作用を含め論じたものに伴義聖・長谷川浩「はんれい最前線：市有地に神社は違憲の衝撃」判例自治三二七号三頁がある。

（10）札幌地判平成一八年三月三日最高裁HP www.courts.go.jp/serch/jhsp0030?action_id=dspDetail&hanreiSrchKbn=01&h... accesed Aug.10, 2010

（11）札幌高判平成一九年六月二六日最高裁同右HP。

（12）札幌地判平成一八年一一月三〇日最高裁同右HP。

（13）札幌高判平成一九年八月三〇日 www.cc.kyoto-su.ac.jp/~suga/hanrei/107-2.html accesed Aug.10, 2010

（14）些細なことかも知れないが、明治二五年頃建立の祠の敷地が、明治三〇年の三一二〇坪に含まれるか否か、判決文から明確に読み取ることができない。

（15）明治時代に祠が国公有地に存在していれば、Aの寄付行為を媒介に、土地が入れ替わっただけだとの見方であろ

うか。赤池まさあき「『政教分離』違憲判決は間違い！」http://akaike.blog-freejapan.jp/670 accesed Aug.10, 2010 によれば、昭和二三年時点で国有地という。となると原審のいう「公有」は、「私有」との二分法である。

三　政教分離違反？（第一命題）

砂川政教分離訴訟で原告が論拠とした憲法の条文は、二〇条一項後段「いかなる宗教団体も、国から特権を受け、又は宗教上の権力を行使してはならない」（傍点、引用者）、同条三項「国及びその機関は、宗教教育その他いかなる宗教的活動もしてはならない」（傍点、引用者）、八九条「公金その他の公の財産は、宗教上の組織若しくは団体の使用、便宜若しくは維持のため、……これを支出し、又はその利用に供してはならない」（傍点、引用者）の二か条である。憲法は、「宗教」そのもの及び「宗教上の組織若しくは団体」「宗教的活動」の定義規定を格別に設けていない。

宗教法人法（昭和二六法一二六）は、「宗教」の定義をしないまま、宗教団体を「宗教の教義をひろめ、儀式行事を行い、及び信者を教化育成することを主たる目的とする左に掲げる団体をいう」と定義し（二条柱書）、具体的には「礼拝の施設を備える神社、寺院、教会、修道院その他これに類する団体」（同条一号）と「前号に掲げる団体を包括する教派、宗派、教団、教会、修道会、司教区その他これらに類する団体」（同条二号）を指す。同法はもともと宗教団体の活動を容易にするため「法律上の能力を与える」ことを目的とする（一条一項）もので、法人格を取得すると、税法上、法人税（法人税法四条一項但書、二条六号、別表第二）、事業税（地方税法七二条の五第二号）、固定資産税（同法三四八条二項三号）が非課税扱いとなる。とはいえ、特定の目的のための下位法を憲法上の「宗教団体」の解釈の手掛かりにするのは、下剋上的解釈で必ずしも妥当ではなかろう。

憲法が二〇条及び八九条でいわゆる政教分離を打ち出しているのは、何と言っても国家神道との関係を断つという終戦当時の喫緊の課題に対応するためであったことに、疑いの余地はなかろう。これは、「宗教とはなんぞや」という宗教学、神学とは異なる次元である。(16)

空知太神社判決は、本件利用提供行為の違憲性について、多数意見の違憲判断に対し、審理不尽との四裁判官意見と堀籠反対意見とが存在する［本稿二（2）（イ）］。富平神社判決は、神社の宗教性及び本件譲与前の違憲性について、大法廷裁判官の全員一致した違憲判断である［同、（4）（イ）］。

第一に、氏子（集団）の宗教団体性については、両神社とも神職はおらず法人格を有さず、氏子集団によって管理運営されている。空知太神社法廷意見は、氏子集団は「町内会に包摂されてる団体であるものの、町内会とは別に社会的に実在し……宗教的行事を行うことを主たる目的としている宗教団体」と決め付ける（判例時報二〇七〇号二九頁）。富平神社判決も、「氏子に相当する地域住民の集団が社会的に実在することは明らかであり、この集団は憲法八九条の宗教上の組織ないし団体に当たる」とする（同・四三頁）。ところが四裁判官意見は、上告人の主張の「氏子総代世話役等の神社運営に携わっている者の中で神道を信仰しているものは皆無で……世俗的な意味で氏子集団に参加し、先祖から慣習的に引き継がれている行事に関与しているにすぎず、そこに宗教的意義、宗教的目的を見出だしている者はいない」点に注目している（三七頁）。堀籠反対意見も、「氏子集団によって管理運営されているが、神社の役員や氏子に関する規約はなく、氏子集団の構成員を特定することもできない」と指摘する（同・四〇頁）。

法廷意見は両神社とも共通の論理のように思われる。では、何故富平神社判決では空知太神社判決のような異論が出なかったのか？　一つには、原告の請求を棄却する原判決を支持するのだから、本件譲与前の憲法論に異論を唱えるだけの実益がないので大目に見ようとの一種自制によるとも推察される。少なくも事実関係として富

平神社が空知太神社と異なるのは、富平神社の経維持管理費の会計を、選任された総代・会計係が、町内会会計とは別途管理している点（同・四三頁）くらいしか見当たらない。

第二に、神社施設の宗教性について、空知太神社判決多数意見は本論点を取出して説示していないが、藤田補足意見は端的に「一義的に宗教施設（神道）施設で……行事もまた宗教的な行事」と述べる（同・三一頁）[17]。四裁判官意見は、第一点の氏子の宗教団体性について「神社施設の宗教性を判断するに当たって考慮すべきこと」とする（同・三七頁）。堀籠反対意見も、「本件神社の行事は……主として地域住民の安らぎや親睦を主たる目的……［で］神道の普及のため」ではないし、「本件建物は、専ら地域の集会場として利用され、神社の行事のために利用されるのは年三回にすぎず、……本件神社物件は、宗教性がより希薄で……習俗的、世俗的施設の意味合いが強い」とする（同・四〇頁）。藤田補足意見のように、鳥居、地神宮、祠、本件建物における神社表示といった本件敷地及び本件建物の形式面や、年三回とはいえ行われる行事を神道の祭事とみれば、本件建物は立派な宗教施設である。これに対し、本件建物には神社施設と町内会館との二重の性格があるが、後者がメインであるとみて、年三回の神社の行事も世俗的行事であるとみれば、宗教性は希薄になるか、またはゼロになり得る。

富平神社判決は、「本件神社施設は、一体として明らかに神道の神社施設」（同・四三頁）と全員一致である。第一点と共通の自制要因のほかに、両事件の事実関係の差を指摘しなければならない。空知太神社は、会館と神社とが同居の事例だが、富平神社はそのようなものでない。また、富平神社訴訟では、当初本件各土地にあった倉庫、会館等もなくなり、現在では神社施設のみの状態にある。さらに、神社の年三回の行事という点では両神社共通ではあるが、富平神社における春秋の例大祭の際の「のぼり」や、八月の砂川神社の祭りの際の砂川神社の「みこし」の訪問等は、空知太神社以上に神道行事性を感じさせる。事実関係の違いが反映したのだろうか。

以上、本節では富平神社判決が全員一致であるのに空知太神社判決で四裁判官意見及び反対意見が付された要

因を分析してみた。[18]

(16) 宗教評論家ひろ・さちや談「日本人のこころの原点」ひととき一〇巻九号一六頁は、「人間の生き方を教えてくれるもの」と定義する。キリスト教では、「信仰と宗教とは別物」とよく聞く。肝心の憲法でいう「宗教」の意義について、箕面忠魂碑訴訟に関する高橋利文『最高裁判所判例解説民事篇平成五年度』一六一、一八〇―一八二頁参照。

(17) 小泉良幸「法律時評：政治と宗教との『かかわり合い』」法律時報八二巻四号一、二頁（二〇一〇）は、空知太神社における本件利用提供行為について「行為の『宗教性が明白』とする判断は、結論先取り的」という。

(18) 本件憲法論につき、安西文雄・岡田信弘・長谷部恭男・大沢秀介・川岸令和・宍戸常寿「座談会・日本国憲法研究8・政教分離」ジュリスト一三九九号六五頁（二〇一〇）参照。

四　訴訟物（第三及び第四命題）

本稿は、砂川政教分離訴訟を素材に、住民訴訟のうちいわゆる（自治法二四二条の二第一項）三号請求である「怠る事実の違法確認」について検討するものであり、本節では、本稿一で掲げた第三命題及び第四命題を検証する。

(1) 「怠る事実の違法確認」の訴訟物

従来、抗告訴訟、とりわけ取消訴訟の性質及び訴訟物[19]について、議論されてきた。すなわちその性質に関して、確認訴訟説、形成訴訟説、救済訴訟説の三説があり、[20][21]形成訴訟説が通説とされた。[22][23]このうち、確認訴訟説では、「処分時における具体的行為要件ないしは具体的権限の存否」「当該処分の違法性」を訴訟物と構成できるので、議論は極めて単純である。ところが形成訴訟説では、私人に（違法な）行政行為取消請求権又は公定力排除請求

権を認めれば別だが、行政実体法上、そこまで主張する者はさすがにない。[24] そこで何をもって形成権・形成要件とするのかの課題がある。通説は、「処分の違法性」又は「処分の違法一般」が訴訟物であるとするが、[25]「処分の違法そのものが形成要件」（傍点、引用者）と形成訴訟説に忠実なものもある。[26] 取消訴訟の訴訟物論には、これらに加えて、田中二郎博士による口頭弁論終結時における「違法状態の排除」説がある。[27]

本件は、抗告訴訟の訴訟物論からは距離がある三号請求の「怠る事実の違法確認」である。明らかに確認訴訟であるので、「怠る事実の違法性」[28]、「怠る事実の違法性という法律状態」[29]が訴訟物というふうに、極めて単純明快である。

（2） 空知太神社訴訟における請求対象（第三命題）

空知太神社訴訟は「違法……に……財産の管理を怠る事実」（自治法二四二条一項）についての「違法確認」という（同法二四二条の二第一項）三号請求に乗せている。三号請求は、債権管理型と公有財産管理型とに分類出来るが、[30] 本件が後者の事案であることはいうまでもない。本件は、不法占拠された公有地を放置しているといった純粋たる「財産管理を怠る」事案[31]とは明らかに異なる。本件の出発点は、市による本件各土地の無償貸与という法律行為を攻撃するものである。無償貸付契約「締結」行為が違法（違憲無効）だから、相手方に契約の解除又は不存在（無効）確認、原状回復を求める訴訟等が自然であろう。同様に富平神社訴訟も、本件譲与行為（公有財産の処分）の違法（違憲無効）による右譲与の取消（無効確認）、原状回復を求めるのが自然であろう。これが第三命題の趣旨である。契約が違憲であれば、民事法上も当然無効という前提に立てば、一般人にも分かりやすい話であろう。

ところが砂川訴訟は、いずれも三号訴訟として登場している。これは、現行自治法の住民訴訟のカタログの中

に、第三命題の受け皿になるような訴訟類型が用意されていないことによる。

まず昭和二三年自治法改正によって設けられた住民監査請求及び住民訴訟の規定においては、現行の二号請求に相当する「取消し又は無効確認の請求」は、行政処分に限定しておらず、私法行為の取消し又は無効確認請求も可能であった（旧二四三条の二第一及び四項）[32]。昭和三八年自治法改正は、私法行為の取消し又は無効確認を廃止し（＝現行二号）、「その法律的結果だけを……代位訴訟で争わせる」こととなった[33]。すなわち「相手方に対する法律関係不存在確認の請求、……現状回復の請求若しくは妨害排除の請求」（旧二四二条の二第一項四号）である。なお、職務懈怠に対する職務執行命令訴訟は見送られて、怠る事実の違法確認規定が設けられた（同項三号）[34]。悪名高き平成一四年自治法改正は、四号請求のうち、相手方への請求を、損害賠償又は不当利得返還に限定し、しかも直接相手方を被告にするのではなく、執行機関又は職員に「損害賠償又は不当利得返還の請求をすることを……求める」という義務付け訴訟に変身させた[35]。このような経緯をたどり、結果的に第三命題の訴えの道が閉ざされたのである。

そこで、富平神社訴訟は、違法（違憲無効）な譲与を直接住民請求の対象にできないため、譲与によって惹起された違法（違憲無効）な法状態を是正する義務を負っていながら、職務懈怠により財産の「管理を怠る」と構成し直したものである。他方、空知太神社訴訟は、違法（違憲無効）な本件各土地の無償貸付を直接住民請求の対象にできないため、継続的な本件利用提供行為によって惹起された違法（違憲無効）な法状態を是正する義務を負っていながら職務懈怠により財産の「管理を怠る」と構成し直したものである。すなわち、相手方に対する契約関係不存在確認、現状回復請求等がてっとり早いが、住民訴訟の訴訟類型上排除されているので、継続的契約関係（本件利用提供行為）の解除・現状回復請求等を行なわないという不作為状態に着目して、職務懈怠・怠る事実が違法と構成したものである[36]。「裏返しの論理構成に基づく『怠る事実』[37]」ともいえる。

過去の住民訴訟を用いた政教分離訴訟[38]には、津地鎮祭訴訟[39]、愛媛玉串訴訟[40]、箕面慰霊祭訴訟[41]、最近の白山神社御鎮座二五〇〇年大祭奉賛会訴訟（最判平成二二年七月二二日最高裁HP、その後判例自治三三四号一九頁）のように、公金支出で四号請求の事件が多いが、三号訴訟によった先例として、大阪地蔵像訴訟[42]、箕面忠魂碑訴訟[43]等がある。このうち大阪地蔵像訴訟は、市有地の無償使用の事案で、土地の明け渡し請求を違法に怠るとの三号請求である。箕面忠魂碑訴訟は、忠魂碑の存する公有地の代替地を買い受けて忠魂碑を移設・再建し、地元戦没者遺族会に対してその敷地として無償貸与した事案で、忠魂碑の除去、土地の明渡請求等を違法に怠るという三号請求と、移設費用・取得費用の損害賠償請求の四号請求の事案である。

政教分離訴訟のうち、津地鎮祭、愛媛玉串のように、一度限りの公金支出によって完結する行為では、四号請求が可能である。「一年」という請求期間を遵守した住民監査請求を経由しなければならないのはいうまでもない（自治法二四二条二項、二四二条の二第一項柱書、同条二項）。他方、大阪地蔵像、箕面忠魂碑のように、行政財産、普通財産を問わず市有地の無償提供（貸与）の事案では、財産的損害が生じたとする四号請求を別として、原状回復を目的とする場合に、当初の無償提供行為自体を争う途は、現行自治法では閉ざされている。そこで、三号請求によらざるを得ないのである。三号請求には、監査請求期間制限に煩わされないという利点がある。[44]

平成一四年の自治法改正前においては、三号請求は「確認」訴訟で四号請求は（相手方への確認請求を除けば）給付訴訟なので、三号請求を補充的なものとの見解もあり得た。[45]平成一四年の自治法改正後は、債権管理型の三号請求とは異なり、本件のような財産管理型の三号請求の事案では、四号請求との関係論は、まず論点外と考えられよう。[46]

（3）「怠る事実の違法確認」の請求の特定

三号請求は、文字通り当該「怠る事実の違法の確認」[47]、つまり「『怠る事実』であること」と「怠る事実の違法性」とが審理の対象である[48]。本件では争点外であるが、「監査請求前置の要件を充足したというためには、住民監査請求の対象とした財務会計上の行為又は怠る事実と住民訴訟の対象とした財務会計上の行為又は怠る事実との間で同一性が肯定されることが必要」であるとされている[49]。

「三号の請求については、確認訴訟である性格上、……違法確認の対象とされた事実が同一である限り、訴訟物もまた同一である。したがって、対象とされた怠る事実が同一である限り、別訴は二重起訴禁止（原告が同一である場合）、別訴禁止（原告が異なる場合）に違反する」（傍点、引用者）[50]。訴訟物は「怠る事実ごとに一個」というが[51]、請求対象の同一性が怠る事実の同一性に依拠するとなると、「怠る事実」の特定の仕方、区切り方の問題に落ち着く。

（4） 空知太神社訴訟における請求の特定（第四命題）

第三命題の検討［本稿四（2）］で明らかになったように、平成一四年自治法改正によって、それまでの「改正前の四号請求……法律関係不存在確認の請求は一号の差止請求で、原状回復の請求及び妨害排除の請求は三号の怠る事実の違法確認請求で対応」せざるを得なくなった[52]。こうしたことから、空知太神社訴訟は、ずばり違法（違憲無効）な本件提供行為（本件各土地の無償貸与契約の締結）を原因行為・基本行為[53]とし、本件訟えの提訴時においても右の本件提供（無償貸与契約）関係が継続している状況を、いかに三号請求の「怠る事実」として翻訳するかが、第四命題である。

一部本稿二の繰返しになるが、**表1**にあるように、空知太神社訴訟において原告（被控訴人、被上告人）は、市が本件各土地について「［本件各土地の使用貸借］契約の解除や宗教的施設等の撤去請求をせず、これを放置

表 1　空知太神社事件での「違法に財産管理を怠る事実」

	原告主張	原審　及び 原々審判断
怠る事実	敷地使用貸借契約の解除	請求　棄却
	施設の収去の請求	請求［一部？］認容 （鳥居、地神宮並びに建物外壁の神社表示及び建物内の祠の収去の請求）
	土地明渡し請求	［その余の］請求棄却

（本稿筆者作成、2010）

し続けること」を「怠る事実」と構成し、右「使用貸借契約を解除し、神社建物・鳥居・地神宮の宗教的建物の収去と土地の明渡しを請求」するという「管理行為を怠る事実が違法であることの確認」（傍点、引用者）を求めた。つまり「怠る事実」として、第一に使用貸借契約の解除、第二に宗教的建物の収去、第三に土地の明渡しという三個の請求不行使を挙げているかのようである。

原々審及び原審判決は、本件の違憲状態は「使用貸借契約を解除しなければ是正されないものではない」いとし、「宗教的施設性を有する本件建物内における外壁の表示及び本件祠並びに本件鳥居及び本件地神宮を収去させることによって」（傍点、引用者）解消され得ると判示した。すなわち、原告指摘の第一の契約の解除を明確に否定した。[54] 第二の宗教的建物の収去については、本件各土地にある鳥居、地神宮の収去と、会館を兼ねる本件建物について宗教色を帯びる外壁の表示及び建物内の本件祠の収去を肯定した。第三の土地の明渡しは「その余の請求」として退けられている。

原告も原々審及び原審判決も、「怠る事実」の特定のためには、「市が本件各土地の管理を怠る」（物件の特定）、「違憲状態が継続している」換言すれば「違憲状態を解消させる方策を講じていない」（作為義務及び不作為の特定）というだけでは不十分と考えているようである。すなわち、「当該財産が不動産（自治［法］二三八条一項）であれば、その管理態様が多様であり得ることから、当該不動産を特定するのみでは作為義務を特定することができず、『怠る事実

の特定』として不十分」で「被告において作為義務の内容を識別でき、裁判所においてもその違法性を判断し得る程度の特定が必要」との前提に立つものである。[55] 空知太神社判決の田原補足意見も「『財産の管理を怠る事実が違法である』との確認請求は認められず、原告は『違法な怠る事実』を具体的に特定することが必要であると解されている」とする（傍点、引用者。判例時報二〇七〇号三四頁）。

しかし右の見解は訴訟物の静態的把握であり、余りに杓子定規に過ぎないか、というのが第四命題のモチーフである。換言すれば、少なくとも訴え提起（監査請求）の時点では、「違憲な本件提供関係を解消しないこと」をもって「怠る事実」とみて十分ではなかろうか。本件被告（控訴人、上告人）は、本件の違憲状態の解消策を一切講じていないので、市が講じた策が違法性を解消し得る手段（作為義務）として十分か否かという争点は存在しない。審理の過程において、本件違法性を解消し得る手段を見出だし、それをもって「作為義務」違反と構成すれば足りるのではなかろうか。そして口頭弁論終結の時点で、「怠る事実」が何か、当該事実に「違法性」が認められるか否かということで、最終的に交通整理すれば、既判力の客観的範囲としての訴訟物が確定することになると考えられる。おそらくは実際の裁判の過程では、このような訴訟物の動態的把握[56]ともいうべきストーリー展開が考えられるものと思われる。私見は、ある意味抗告訴訟の訴訟物論での「違法状態の排除」という田中二郎説を、三号請求に移植したものともいえよう。ことに訴え提起時に原告として「怠る事実」に対応する作為義務を厳密に特定しなくても足りるとすることが、最大の実益である。

住民監査請求の対象の特定性の問題として論じられてきたことからすれば、右の試論は、必ずしも突飛な見解ではないだろう。かつて大阪府水道局会議費事件の最判平成二年六月五日民集四四巻四号七一九頁（四号請求）は、極めてリジットな解釈によって世の批判を浴びたが、織田が浜埋立工事費用支出差止住民訴訟の最判平成五年九月七日民集四七巻七号四七五五頁（二号請求）は、包括的な差止請求を適法としたのである。[57] 織田が浜と本

件とでは、事例が余りに異なるが、第四命題後段で提起したように、本件各土地の本件提供行為（無償貸与）のもととなった本件貸借契約の締結（財務会計行為）が原因行為・基本行為であること、さらに提供関係（契約関係）が継続していることも自明で、あとは、右の違法（違憲）状態解消に、いかなる手があるかが論点なので、訴訟物の動態的把握で説明がつく事案ではなかろうか。

右の試論は、「他の住民」による「同一の請求」についての別訴の禁止（自治法二四二条の二第四項）をどう処理するのか。本件事実関係においては問題化しなかったが、おそらく右試論は、この点を追及されることになろう。

右の「同一」性について、「違法な行為又は怠る事実」について「異なった請求（たとえば、処分取消請求と職員に対する損害賠償請求）が別訴として並行することを妨げないのは当然」[58]とする「訴訟物」の同一性説が考えられる。他方、「単に請求の趣旨が同一であるか否かによって決せられるのではなく、請求の対象となる行為又は怠る事実が同一であるか否か（監査請求を前置しているか否かの判断基準と同じである）によって決せられるもの」[59]といういわば「監査請求対象同一説」が主張されている[60]。試論は、本件訴訟の「訴訟物」を生活事実関係としての「本件提供行為による違憲状態を解消しないこと」と把握するものである。法論理的には三号請求のほか、派生的に四号請求（損害賠償請求）が考えられなくもない。しかし本件提供行為による損害も賃料相当額と見積るのも、本件ではしっくりいかないので、三号請求の選択肢しか存在しないとみられる。したがって、試論は、どちらの説に立っても矛盾しないものである。これを一般化しても、同一事実関係（基本関係）でありながら、三号請求と四号請求とが別訴訟物だから「別訴」には該当しないという前説は、何か不自然なものと感じざるを得ない。また、同一事実関係（基本関係）でありながら、「怠る事実」を、義務と構成されるとるべき行為の選択肢毎に訴訟物を細分するという見解も、不自然に感じるのである。

(19) 抗告訴訟の性質及び「訴訟物」について論じた文献をジャンル毎に刊行順に掲げるが、必ずしも網羅的ではない。行政法教科書（最新版を掲げる）：阿部泰隆・遠藤博也編『講義行政法Ⅱ・行政救済法』二一九頁（浜川清・執筆。一九六二）、遠藤博也『実定行政法』三六五頁（一九八九）、中西又三・村上武則・鈴木庸夫・古城誠・藤原淳一郎『テキストブック行政法』二一二頁（藤原淳一郎・執筆。一九九四）、兼子仁『行政法学』一七九、一八六頁（一九九七）、藤田宙靖『第四版行政法Ⅰ（総論）改訂版』四五九頁（二〇〇五）、宇賀克也『行政法概説Ⅱ・第2版』一二二頁（二〇〇九）、原田尚彦『行政法要論・全訂第七版』四〇一頁（二〇一〇）、塩野宏『行政法Ⅱ・第五版』八七、八九頁（二〇一〇）等。

逐条書：南博方編『注釈行政事件訴訟法』二九三頁（村井正・執筆、一九七二）、園部逸夫編『注解行政事件訴訟法』七九頁（春日偉知郎・執筆。一九八九）、南博方・高橋滋編『条解行政事件訴訟法・第三版補正版』（人見剛・執筆。二〇〇九）等。

実務書・演習書：最高裁判所事務総局行政局監修『主要行政事件裁判例概観8』八二頁（一九九六）、法務省訟務局内・行政事件訴訟実務研究会編『行政事件訴訟の実務』一四九頁（一九九七）、司法研修所編『改訂・行政事件訴訟の一般的問題に関する実務研究』一四一頁（二〇〇〇）、鶴岡稔彦「抗告訴訟の訴訟物と取消判決の効力」藤山雅行編『新・裁判実務大系25行政争訟』（二〇〇四）、行政事件訴訟実務研究会編『行政訴訟の実務』一八八頁以下（二〇〇七）、西川知一郎『行政関係訴訟』一〇八頁（石田明彦・執筆、二〇〇九）等。

論文：白石建三「公法関係の特質と抗告訴訟の対象」垂水克己・兼子一編『岩松裁判官還暦記念・訴訟と裁判』四一九、四三七頁（一九五六）、宮崎良夫『行政争訟と行政法学』一八一頁（初出：一九八七。一九九一）、興津征雄『違法是正と判決効―行政訴訟の機能と構造』三三―四三、六九―七六頁（二〇一〇）等。

(20) 南編・前掲註(19)・二九四―二九六頁、園部編・前掲註(19)・八〇―八一頁、南博方・高橋・前掲註(19)・二〇三―二〇七頁が、従前の学説を要領よく整理している。

(21) 民事訴訟法では、確認・給付・形成の三種の訴訟のうち、確認訴訟は歴史的には後発であるが、給付訴訟を給付請求権存否の「確認」、形成訴訟を形成権（形成要件）存否の「確認」請求とみると、確認訴訟が全ての訴訟の原型

であるとの「確認訴訟原型」論があり、このことは、確認訴訟対形成訴訟の学説の対立を相対化する可能性を秘めている。高橋宏志『重点講義民事訴訟法上』七二頁（二〇〇五）によれば、確認訴訟訴訟原型観は、「今日では賛同者は多くはない」という。なお亘理格「行政訴訟の理論」公法研究七一号六五、七八―七九頁（二〇〇九）参照。救済訴訟説につき、中西・村上・鈴木・古城・藤原・前掲註(19)・二一二頁（藤原・執筆）参照。

(22) 確認訴訟説と形成訴訟説との対立は、煎じつめれば「公定力」の理解の差異にゆきつく。確認訴訟説の阿部泰隆『行政法解釈学Ⅱ』六一頁（二〇一〇）、形成訴訟説の塩野・前掲註(19)・八九頁参照。

(23) 行訴法改正（平成一六法八四）を契機に、抗告訴訟の性質論は、その主戦場を義務付け訴訟、差止め訴訟に移しつつある。高木光「義務付け訴訟・差止め訴訟」磯部力・小早川光郎・芝池義一編『行政法の新構想Ⅲ』四七頁（二〇〇八）によれば、「立案過程においては、確認訴訟ではなく給付訴訟として制度構成された」が、形成訴訟説も登場する（同右・六〇頁）という乱戦ぶりである。ちなみに阿部・前掲註(22)・六二頁は確認訴訟説である。遠藤教授は、確認訴訟説の提唱者ともいえる白石裁判官の説について、「白石説においては義務づけ訴訟を、……抗告訴訟の範疇内のものとして肯定する意図をも含意している」と指摘していた。遠藤・前掲註(19)・一六九頁。

(24) 塩野・前掲註(19)・八九頁は「民事訴訟上の形成訴訟そのままではないことにも注意しなければならない」と説く。

(25) 前掲註(19)の各文献及び塩野宏・園部逸夫・小早川光郎・高木光・宍戸達徳・鈴木康之「研究会・現代型行政訴訟の検討課題Ⅴ・行政事件訴訟法二五年をふりかえって」ジュリスト九二五号七八、八〇―八三頁参照。

通説は、訴訟物を「違法性一般」としつつ、認容判決の判決主文は処分取消宣言（公定力排除）とする。これには「訴訟物と違法事由との関係」、換言すれば審判申立事項としての訴訟物と、判決の対象（既判力の客観的範囲）としての訴訟物が同一なのかどうかの問題がある。中西・村上・鈴木・古城・藤原・前掲註(19)・二一二―二一三頁、司法研修所編・前掲註(19)・一四二頁以下参照。

(26) 司法研修所編・同右・一四二頁。

(27) 田中説は、必ずしも議論するに最適の素材とは思われない最判昭和四二年九月一九日民集二一巻七号一八二八頁（まからずや事件）が契機となっている。更正処分取消訴訟係属中に訴訟外で更正処分を取消す第二次更正処分と、

第一次更正処分と同一内容の第三次更正処分とが同日に行なわれたにもかかわらず、原告が当初の更正処分のみを争い続けた事例である。田中説は、第三次更正処分も自動的に審理対象になるという趣旨で「自動投入説」とも称された。本塾名誉博士・ザールラント大学リュケ教授が民事訴訟法学会でスピーカーに登場した時期でもある。中西・村上・鈴木・古城・藤原・前掲註(19)・二一三頁は、田中説を訴訟物の「動態的考察」として、理解することも可能と述べた。

(28) 岡口基一『要件事実マニュアル第4巻・第3版』三五五頁（二〇一〇）。ただし同書が引用する竹田光広『最高裁判所判例解説民事篇平成一三年度下』八一〇、八一六頁は、正確には「怠る事実の違法性という法律状態が訴訟物」と述べる。

(29) 西川知一郎編・前掲註(19)・二五七頁（森鍵一・執筆）。

(30) 園部逸夫編『実務・自治体財務の焦点4・住民訴訟』一六四、一六七頁（西鳥羽和明執筆。一九八九）。

(31) 国から無償貸付を受けている市道に供している敷地の不法行為占拠事例についての大藤敏編『裁判住民訴訟』四二頁（杉山正己執筆。一九八八）、仲江利政編『住民訴訟の実務と判例』三八六頁（野田殷稔・執筆）、司法研修所・前掲註(19)・三四七頁参照。

(32) 佐藤英善『住民訴訟』二四―二五、三二―三四頁（一九八六）、園部逸夫編『地方自治法講座4・住民訴訟』二五一―二五八頁（佐藤英善・執筆。二〇〇二）参照。

(33) 成田頼明「住民訴訟（納税者訴訟）」田中二郎・原龍之助・柳瀬良幹編『行政法講座第三巻・行政救済』二〇一、二二〇頁（一九六五）、佐藤・前掲註(32)・三九頁。私法行為を削除したのは、「私法行為の取消し・無効の判決はどういう場合になしうるのか明確を欠き、この点をめぐって、学説上対立があった」ことが一因のようである（成田・同右二二〇頁、二二二頁註2）。一号請求でも「地方公共団体が第三者との間で法的義務を負っている行為は、差し止めることが出来ない。例えば、地方公共団体が時価より高価で物の購入契約を締結した場合、その契約担当者に注意義務懈怠があったとしても、売主に詐欺その他があった場合は別として、契約は有効に成立しているから、この契約に基づく行為の差止めを求めることができない」と説かれた。三好達「住民訴訟の諸問題」鈴木忠一・三ケ月章監修『新・実務民事訴訟講座9』三〇七、三二九頁（一九八三）。なお四号請求事案であるが、最判平成二〇年一月一

八日民集六二巻一号一頁は、自治法二条一四項、地方財政法四条一項違反の契約の私法上の効力について判示しており注目される。

(34) 成田・同右・二三一頁、曽和俊文「三号請求の法的特質」民商法雑誌九三巻三号三八〇、三八二頁（一九八五）。

(35) 地方自治制度研究会編『改正住民訴訟制度』三六頁以下（二〇〇二）参照。

(36) 四号請求として、空知太神社訴訟の本件利用提供行為（無償貸付）につき地代相当額、富平神社訴訟の無償譲与につき本件各土地の時価相当額に着目し、損害賠償請求という構成も考えられなくはない。しかし砂川訴訟は、違法（違憲）状態の排除が目的で、（巨額には達しない）損害賠償の途は、原告の眼中にはなかったものと思われる。

(37) 文脈は異なるが、西鳥羽和明「住民訴訟における請求権不行使の『怠る事実』の意義」近畿大学法学三六巻一号一、六頁（一九八八）参照。

(38) 宇賀・前掲註(19)・三六一頁参照。

(39) 最（大）判昭和五二年七月一三日民集三一巻四号五三三頁（合憲判決）。園部・前掲註(32)・八八―八九頁（金子芳雄・執筆）、園部逸夫『裁判行政法講話』一九六―二〇〇頁（一九八八）、大藤・前掲註(31)・一二五頁（田中信義・執筆）等参照。

(40) 最（大）判平成九年四月二日民集五一巻四号一六七三頁（違憲判決）。

(41) 最判平成五年二月一六日民集四七巻三号一六八七頁（合憲判決）。

(42) 最判平成四年一一月一六日判例時報一四四一号五七頁（合憲判決）。

(43) 前掲・註(41)に同じ。

(44) 園部編・前掲註(32)・四二頁（橋本勇・執筆）、宇賀・前掲註(19)・三五七頁、竹野下喜彦「怠る事実の監査請求」大藤敏『現代裁判法大系二八・住民訴訟』七七頁（一九九九）、松本英明『新版地方自治法・第五次改訂版』九四八頁（二〇〇九）等参照。

(45) 武田光広「三号と四号の競合」大藤・同右・一五七頁参照。とりわけ債権管理型の三号請求の場合、四号請求との関係が微妙である。西鳥羽・前掲註(37)に詳しい。

財産管理型でも、四号請求で相手方への請求が可能な平成一四年改正前においては、問題になった。公有地に鉱滓

処理施設を埋設した不法占拠事案で、三号請求として収去請求をしないことの違法確認、四号請求として相手方への収去請求及び損害賠償請求を併合提起したことについて、最判平成一三年一二月一三日民集五五巻七号一五〇〇頁は、訴えを適法とした。竹田・前掲註(28)・八一六―八一七頁参照。

他方、債権管理型で、道路占用料の徴収を「怠る」三号請求と四号請求を提起した「はみだし自販機」事件は、三号請求部分は請求の「特定性」を欠くとして原々審及び原審で却下されていた。最判平成一六年四月二三日民集五八巻四号八九二頁は、四号請求について、道路占用料相当額の損害賠償請求権又は不当利得請求権を取得していることを認めたうえで、自治法施行令一七一条の五第三号を引き「請求権を行使しなかったからといって、これを違法ということはできない」と判示した。杉原則彦『最高裁判所判例解説民事篇平成一六年度』二六二、二七二頁は、「一定の財産の管理を怠る事実を違法とみるかどうかについて……問題の全体を視野に入れ、問題の抜本的解決は……自販機の撤去にあって、対価の徴収にあるわけではないと……判断をした」(傍点、引用者)とする。あたかも三号請求を思わせる表現である。かつて西鳥羽・前掲註(37)・二頁は、「実務上は、……『当該行為』や『怠る事実』の違法性なり損害の成否なりが四号請求の成否とされ、それが立証されたあとで当該請求権を積極的に行使しないことの違法性にまであらためて言及されたことはなかった」と分析していた。なお原々審につき、関哲夫『住民訴訟論・新版』一九六―一九七頁(一九九七)参照。

(46) 本件で四号請求といっても、前掲註(36)で述べたものしか想定できない。したがって、本件三号請求が四号請求に対して「補充的」とは到底いえないだろう。

(47) 司法研修所・前掲註(19)・三六八頁。

(48) 最高裁判所事務総局編『主要行政事件裁判例概観3』二二〇―二二三頁(一九九〇)。

(49) 最高裁判所事務総局・同右・二〇〇頁。

(50) 園部編・前掲註(32)・三〇六頁(石津廣司・執筆)。

(51) 岡口・前掲註(28)・三五五頁。

(52) 松本・前掲註(44)・九六一頁、西川・前掲註(19)・二二六頁(岡田幸人・執筆)。

(53) 本件とは異なり、基本行為から別個の財務会計上の行為が派生するときの問題について、藤山雅行「基本行為に

対する住民訴訟と派生行為に対する住民訴訟の関係」大藤・前掲註(44)・一三〇頁参照。

(54) 司法研修所・前掲註(19)・三六八頁は「契約の締結、解除、履行等は、怠る事実の中には含まれていない」（傍点、引用者）と説く。

(55) 西川・前掲註(19)・二八四―二八五頁、同旨・岡口・前掲註註(28)・三五五頁。

(56) 本塾名誉教授伊東乾先生の学説をもとにした中西・村上・鈴木・古城・藤原・前掲註(19)・二一二―二一三頁（藤原・執筆）参照。

(57) 司法研修所・前掲註(19)・三五三―三五四、三六五―三六六頁参照。

(58) 園部編・前掲註(30)・一一六頁（山田洋・執筆）。

(59) 大藤編・前掲註(31)・三六六頁（杉山正己・執筆）。

(60) 見解の整理は、園部編・前掲註(32)・三〇六―三〇七頁（石津廣司・執筆）による。

五　主張・立証責任（第五命題）

本章では、本稿一で掲げた第五命題、すなわち空知太神社判決で今井反対意見が提起する主張・立証責任[61]を検討する。

民事訴訟法学において、立証責任を負わない当事者側も「事実解明義務」を負うとの議論が始まっている[62]。行政訴訟における「行政の説明責任」論[63]は、こと行政が立証責任を負わない事案に限っていえば、現象面では右の事実解明義務との接点を有するといえなくもない。

(1)　住民訴訟における主張・立証責任の分配

旧稿[64]でも検討したように、抗告訴訟、とりわけ取消訴訟について、立証責任の（原被告間の）分配[65]をめぐって、民事訴訟と同様「法律要件説」のほか、民事訴訟とは異なる特殊性に着目して、公定力説、「権利制限か権利拡張か」説、憲法秩序説、個別具体説（利益衡量説）、特殊法帰納説、調査義務説、被告（行政）説等が主張されてきた[66]。旧稿でも指摘したように、古典的な公定力説は現時点では克服されている。「権利制限か権利拡張か」説は、「法律要件説の変型」にとどまるように思われる。「個別具体説」「特殊法帰納説」は、一律の立証責任の分配を断念しており、当事者の予測可能性を加味した客観的な分配論からすれば疑問が残る。「調査義務」説は、立証責任の対象は主要事実であり、その仕切りの問題と、行政庁の調査義務の存否・範囲とは別問題のはずである。仮に調査義務が処分を適法ならしめる全主要事実に及ぶのであれば、被告（行政）説とかわらず、逆に全面的に当事者の一方に負わせないでバランスをとろうとするものならば、主観的な主張責任論に近付くとみるか[67]、又は「要考慮事項は結果的には［個別具体説］と同様」のもの[68]となろう。

住民訴訟に話を移すと、「違法……な公金の支出等、職務怠慢の事実、損害または不当利得の発生の事実等はすべて原告の主張・立証責任に属する」[69]、「地方公共団体の財産的損害を防止・補塡を請求するものであるから、その要件事実の立証責任は原告住民が負う」[70]、「住民訴訟は、本来ならば自治体またはその統括者が自ら処理すべき事項につき、特に住民に訴権を認めたものである。したがって、自治体またはその統括者が原告であったならば立証責任を負うであろう事項は、すべて原告たる住民が立証責任を負う」[71]、「原則的には、行政訴訟における権利の発生・消滅の観点から、訴訟上の訴訟要件事実は原告の証明責任に属するが、請求における権利関係の成立事実は、その権利関係を主張する者が証明責任を負うのに対し、これを争う者は、権利阻害事実または権利消滅事実の証明責任を負うと解してよいであろう。かように解すると……原則として公金の支出・職務怠慢の事実・損害あるいは不当利得の事実は、請求における権利成立事実となるから、それらの訴訟を提起する原告側の証明

責任に属すると解してよい」[72]との原告説が有力である。しかし、全面的に原告に立証責任を負わせると「原告たる住民は、自己の利益にかかわらない『公益』のために訴えの提起を行なうもので……多少酷」だから、「合理的な疑い（beyond reasonable doubt）を生じせしめる程度の立証が行なわれれば十分なのではなかろうか」として、「事実上の立証責任の転換（一応の推定）」をはかるべきとも説くものがある。[73] また、「監査請求を経ているところから考えると、要件事実の中には、被告が立証責任を負うことが公平と考えられる場合もあり、住民訴訟の性格から考えて個別に判断すべき」[74]との個別具体説も主張されている。

次に三号請求の立証責任に特化して考える。そもそも三号請求は、「怠る事実」と、当該怠る事実の「違法」が要件である。このうち後者の「違法」は、「怠る事実に対応する法的な作為義務が認められ、執行機関又は職員がこれに違反する場合」、すなわち「当該不作為に係る請求権等が発生しているか否か、存在しているとして、その不行使が違法か否か」を意味する。[75] 右の「不行使の違法」を「権利発生要件」と構成すれば、原告住民が立証責任を負うというのが、一般的な理解であろう。他方、「[行政の] 作為義務が特定され、『怠る事実』が存在するとしても、具体的にいつどのような是正措置がとられなければ違法といいうるのか、行政過程の外側から住民がそれを証明するのはかなり困難である」。そこで「『怠る事実』の存在が住民によって挙証されたら、少なくともなにゆえにその段階で是正措置をとらないのかの正当事由の存在は、行政機関の側に積極的に証明させるべきであろう」（傍点、引用者）[76]として、被告側に立証責任を負わせる見解がある。すなわち右にいう「正当理由の存在」が「権利障害要件」との見方といえよう。

（2） 空知太神社判決における主張・立証責任（第五命題1）

本件判決は「職権による検討」と題して、原審判決には**表2・A**のような問題があり、違憲状態の解消のため

表2　空知太神社事件での違憲解消手段の選択肢

A　原審判決の問題点

（原審判決のような） 施設撤去［土地明渡］	⇨	町内会の信頼を害する 氏子の信教の自由に重大な不利益

B　違憲解消代替手段・措置の候補

本件土地の譲渡	譲与
	有償譲渡
本件土地の貸付	適正時価による有償貸付

＊無償貸付は違憲として選択肢から排除。

C　違憲解消代替手段・措置検討の考慮要素

各土地、建物、神社物件の現況
利用者に与える影響
関係者の意向
実行の難易度
要・議決事項　→　市議会議決の見込み

（最高裁判決から本稿筆者作成、2010）

には、「神社施設を撤去し土地を明け渡す[77]以外にも適切な手段があり得る」とする（以下「代替手段」という）。そして「怠る事実」を違法と判断するためには、「他の合理的で現実的な［代替］手段が存在するか否か」を、**表2・C**にある考慮要素のもとに審理すべきであるとして、原審に差し戻したのである。

肝心の代替手段の存否の立証責任の帰属について、法廷意見は、原判決破棄差戻しということもあり、沈黙を守っている。

右の代替手段の存否の立証責任について、今井反対意見は、**表3・A**に示したように、「違憲状態を解消する手段が他にないこと」を原告が主張・立証しなければならないという「請求原因説」と、被告が主張・立証しなければならないという「抗弁説」[78]とが考えられると問題提起したうえで、後者の抗弁説[79]を支持している。前者請求原因説は、代替手段について「［原告が］理論上想定される他の手段が現実的可能性を有していないこと……を裏付ける事実

表 3　空知太神社事件での主張立証責任

A　二つの対立する見解

請求原因説：	違憲状態を解消する手段が他にないこと、（他の手段が現実的可能性を有していないこと）を原告（被上告人）が主張立証しなければならない。
抗弁説：	違憲状態を解消する手段が他にあること（他の手段が現実的可能性を有していること）を被告（上告人）が主張立証しなければならない。
再抗弁：	被告（上告人）から、他の手段が現実的可能性を有していないこと。

（今井反対意見及び清野・ジュリ解説から本稿筆者作成、2010）

B　清野調査官が推察する本件判旨の立場

上記いずれの考え方に立っても、
他の手段に現実的可能性があることを裏付ける事実は
被告側に主張立証責任
他の手段に現実的可能性がないことを裏付ける事実は
原告側に主張立証責任
そこで立証責任の帰属のいかんによって結論が左右されることは望ましくない → 明言をあえて避けたものと解される。

（あくまで清野・ジュリ解説88－89頁の見方）

……を併せて主張立証するのでなければ、本件怠る事実が違法であること、すなわち市長の財産管理上の裁量権を逸脱濫用するものであることを認めるには足りない」という趣旨とみられる。後者抗弁説は、逆に「[被告が] 他の手段が現実的可能性を有していることを裏付ける事実をも併せて主張するのでなければ、有効な主張とはなり得ない」という趣旨とみられる。[80]

三号請求が認容されるためには、「怠る事実」と当該怠る事実の「違法」が要件である。空知太神社訴訟において、第一に原因行為・基本行為である本件提供行為に端を発する本件提供行為が継続していること、第二に本件各土地に宗教施設が存在することの二点が、本件「怠る事実」を基礎づける「請求原因」たる要件事実に該当することに異論はない。右事実を「違法」に導くためには、何らかの（特定の）不作為状態の違法性が問われることになる。

第四命題後段（本稿四（4））のように、本件

請求を「本件提供行為による違法状態を解消しないこと」と包括的にとらえると、代替手段の有無の論点は、請求原因には該当せず、代替手段の存在・成立は、当該「怠る事実」の違法性を失わせるという意味で被告の「抗弁」たる要件事実にとどまると考えられる。他方、「怠る事実」を、単なる違法状態の放置ではなく、特定の作為義務違反でなければならないとの通説に立てば、本件提供行為による違法状態を解消する個別具体的な行為を挙げ、それを「怠る」というふうに構成しなければならない。事実本件原告は、本件提供行為から引き起こされた違憲状態の解消手段として、三個の具体的な行為に翻訳・特定して、これを違法な「怠る事実」として請求しているものである。となると、これら三個の「怠る事実」の「違法」状態を「請求原因」と考えるのが素直であろう。

では争点の「代替手段」の有無をどう扱うべきか。代替手段の不存在・不成立も「怠る事実」の違法性を構成する要素だと考え、これも請求原因だというふうに単純に結論を出すべきではないように思われる。原告にとって、自己が定立・想定した違法（違憲）性の解消手段以外の代替手段についての完璧な予測・シミュレーションは不可能であり、代替手段は、いわば「見えない敵」である。ましてや「不存在」は「悪魔の証明」[81]でしかない。そこで、原告請求以外の「他の手段」についてまで、その不存在・非現実性・不合理性を原告が立証責任を負うという「請求原因」の拡張は、今井反対意見にあるように「原告に過度の負担を課する」構成である。そればかりか、どのような代替手段があるか否かは、本来住民監査請求段階で監査委員なり市長が知恵をめぐらせて熟考すべき本来的「行政マター」である。代替手段の選択肢まで「請求原因」として原告に知恵をしぼらせてカードを切らせ、行政は「お知恵拝借」としてもっぱら受け身にまわるというのでは、余りに知恵がなさ過ぎるし筋違いで無責任な話ではなかろうか。

そもそも自治法自体には、「代替手段の存否を含めて全て『怠る事実の違法』の効力発生要件である」旨の明

文規定は存在しない。そこで「実定法の解釈によって決められるべき事柄で」あるが、「この解釈は、立証責任の分配という視点に立ったものでなければならない」[82]。証拠との距離、当事者間の公平性からして、請求原因説は妥当ではなく、抗弁説を正当と考えるのである[83][84]。

表3Bにあるように、法廷意見が本論点に沈黙を守った理由として、請求原因説、抗弁説の「いずれの考え方に立つにせよ、他の手段に現実的可能性があることを裏付ける事実については被告側に主張立証責任があり、それがないことを裏付ける事実については原告側に主張立証責任があるので……立証責任の帰属のいかんによって結論が左右されることは望ましくないという姿勢の表れ」との調査官解説がある[85]。しかし、今井反対意見が、客観的立証責任（証明責任）を議論しているのに対して、右の解説は、主観的主張・立証責任を論じており、論点がすれ違っている指摘ではなかろうか。事実、今井反対意及び本稿第五命題は、原判決破棄・原審差戻しの判旨とは異なり、代替手段の存否点について被告の抗弁が一切なかったので、上告棄却（違憲判決確定）の結論を導いたのである。本件判旨が立証責任（証明責任）を回避したとしても、差戻し後の控訴審では、代替手段の立証責任（証明責任）論から逃れられないのではなかろうか。

仮に本件判旨が暗黙のうちに「本件は主観的主張・立証責任のみで十分であり、面倒な立証責任（証明責任）論は不要である」とまで言い切ったとすれば、これは画期的なことである。というのは法科大学院設立後、司法研修所における前期集合修習の肩代わりとして、「要件事実及び事実認定」教育が、法科大学院教育においても前倒しで求められるようになった[86]。司法研修所教育における「要件事実」の重要性は今もかわらず、与えられた事例（白表紙）を請求原因・抗弁・再抗弁のブロック・ダイアグラムにまとめ上げる作業が組み込まれているようである[87]。となると、本件判旨は、右のような要件事実的思考回路[88]の一部ではあるが主要部分を放棄したことになりはしないだろうか。仮にこれが言い過ぎであるとしても、ことの当否は別として、少なくとも住民訴訟にお

ける「立証責任（証明責任）の重み」を相対化させたことだけは確かではなかろうか。

(3) 空知太神社判決における釈明義務論（第五命題2）

本件法廷意見は、原審は、代替手段が「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」（傍点、引用者）として、原判決を破棄している。[89]

富平神社訴訟は、監査委員の監査の結果に付された指摘を受けて、それまで神社施設用地として無償貸与していた市有地を町内会に譲与したことの違憲性が争われた事案である。そこで本件空知太神社訴訟において、今井反対意見がいうように、市として「遅くとも控訴審の段階においては、……譲与等他の合理的で現実的な手段が存在すると……主張する機会は十分あった……［のに］主張をした形跡はない」し「上告理由書においても、その点について何等の言及もない」。このようにして訴訟当事者間において、「代替手段」の有無は、明らかに争点外であったものである。にもかかわらず、ことさらに「代替手段について訴訟当事者が主張・立証責任を一切尽くしていない、換言すれば原審が一切審理していない」として、わざわざ原審が釈明権を行使すべき事案であったと構成する判旨は、本件訴訟が単純な民事訴訟ではなく住民訴訟である点を考慮してもなお、行き過ぎとの感を否めない。

他方、近藤補足意見は「抗弁説の立場に立ったとしても、裁判所としては、当事者の主張がなくても、釈明権を行使するなどしてこの［代替手段の有無の］点を検討すべき」で、ことに「訴訟当事者ではない氏子（信者）の信教の自由を侵害する危険性を生ずる場合には、裁判所に釈明権の行使を怠った違法があると解すべき」という。これは一見もっともな指摘ではあるが、氏子の信教の自由を侵害する危険性を重視すれば、原判決を破棄し、氏子の人権を侵害する意味において当該「怠る事実」は違法ではないとして、請求を棄却する選択肢も考えられ

よう。[90]

また、「田原睦夫補足意見並びに今井……補足意見は、行政訴訟における釈明権の位置付けを検討する上で味毒に値する」[91]と称賛される田原睦夫補足意見（以下「田原補足意見」という）は、まず行訴法二四条の職権証拠調べの規定（四三条三項、四一条一項で準用）は「公益に影響するところが少なくないという特質」から「弁論主義を補完するもの」と位置付ける。[92]同様の趣旨が主張責任においても妥当し、「当然に主張されてしかるべき事実を当事者が主張せず、かつ、その主張の欠如が判決に影響を及ぼし得る場合には、裁判所は積極的に釈明をなすべき責務を負う」と理解する。そして結論的には、原審が釈明義務を果たしていないとする。

しかし富平神社訴訟と空知太神社訴訟とが別自治体の事件ならばともかく、同一の市である本件において、後者空知太神社における代替手段の主張を考えつかないのは、余りに不自然で非常識ですらある。これを当事者の自己責任にしないで、原審の釈明義務の懈怠のせいにするのは、余りに被告自治体に対して国家後見的、過保護な見解ではなかろうか。

本章冒頭段落でも言及したように、民事訴訟法学において、立証責任を負わない訴訟当事者の「事案解明義務」や、行政法における行政の「説明責任」論が主張され、現象面では両者接近のようにも見えるところである。[93]しかし子細に検討すると、民事訴訟では、主観的主張責任と客観的立証責任とは、その所在が一致する。そこで立証責任自体は動かさないで、立証責任を負わない側に何らかの義務を負わせるという立論であり、民事訴訟における誠実義務から導き出せそうにも思われる。右の事案解明義務は、本来訴訟両当事者が互いに負う可能性のあるものである。他方、行政訴訟における問題意識は、「真実の発見」という類いのものよりもむしろ、証拠収集能力の圧倒的格差の存在からくる「情報の偏在」を何とか「武器対等」にできないか[94]という動機から発した議論のように思われる。第一の選択肢として、立証（証明）責任を行政側に転換させる途が考えられる。第二の選

択肢として、行政実体法上の説明責任をベースにして、行政訴訟において「説明責任」を全うさせる途、具体的には、立証責任を常に負わせるのではなく、行政が証明責任を負わない事実についても、釈明処分の特則（行訴法二三条の二）規定も用いつつ、[95] 情報・証拠提出責任・義務を負わせる途が考えられる。[96] 後者の第二の選択肢は、行政に常に強い主観的立証責任を負わせる主張と理解しても、あながち的はずれではなかろう。

右のように行政の実質的な立証責任をより高めようとする近時の傾向からすると、「公益との関連性」（法廷意見）、「公益に影響」（田原補足意見）という本件法廷意見が掲げる錦の御旗が目に入らないわけではないが、原告住民ではなく、もっぱら被告行政に肩入れして原審の釈明義務違反を認定したことには、違和感を覚えるというのが正直なところである。

(61) 立証責任（客観的主張責任）又は挙証責任とは、「ある事実の存否不明のときに……一方の当事者訴訟が、その事実を要件とした自分に有利な法律効果の発生が認められない……危険または不利益」を指し、近時は「証明責任」が一般的用語法である。新堂幸司『新民事訴訟法・第四版』五二八頁（二〇〇八）、高橋・前掲註(21)・四三七―四三八頁、伊藤眞『民事訴訟法・第三版四訂版』二八八―二八九頁（二〇一〇）等参照。中西・村上・鈴木・古城・藤原・前掲註(19)・二一八頁（藤原淳一郎・執筆）では「証明責任」としたが、本稿は、空知太神社判決における今井反対意見の用語法に合わせた。

(62) 春日偉知郎『民事証拠法論』九頁（初出：二〇〇六、二〇〇九）は、最判平成四年一〇月二九日民集四六巻七号一一七四頁の伊方原発訴訟判決を素材に、訴訟上の作為義務としての「事案解明義務」を主張する。松本博之「民事訴訟における証明責任を負わない当事者の具体的事実陳述＝証拠提出義務について」法曹時報四九巻七号一六一一、一六四二頁（一九九八年）は、「具体的事実陳述＝証拠提出義務」と構成する。

(63) 北村和生「行政訴訟における行政の説明責任」磯部・小早川・芝池編・前掲註(23)・八五、九二頁。

(64) 中西・村上・鈴木・古城・藤原・前掲註(19)・二一八頁。その後の藤原淳一郎「事例演習教授法：法科大学院行

政法を中心として」法学研究八二巻三号一八頁（二〇〇九）は詳論を回避した。

(65) 抗告訴訟の「主張・立証責任」について論じた文献をジャンル毎に刊行順に掲げるが、必ずしも網羅的ではない。

行政法教科書（最新版を掲げる）：兼子仁『行政法総論』二九七頁（一九八三）、遠藤博也『行政法スケッチ』三二八頁（一九八七）、阿部泰隆・遠藤博也編・前掲註(19)・二三六頁（浜川清・執筆）、遠藤・前掲註(19)・三七八頁、藤田・前掲註(19)・四四三頁、芝池義一『行政救済法講義・第三版』九〇頁（二〇〇六）、宇賀・前掲註(19)・二二〇頁、阿部・前掲註(22)・二一七頁、原田・前掲註(19)・四一三頁、塩野・前掲註(19)・一六二頁等。

逐条書：南編・前掲註(19)・八二頁（高林克己・執筆）、園部編・前掲註(19)・一〇三九頁（春日偉知郎・執筆）、南・高橋編・前掲註(19)・二一〇頁（春日偉知郎・執筆）等。校正時に芝池義一『行政法読本・第二版』三二五頁（二〇一〇）に接した。

実務書・演習書：最高裁判所事務総局行政局監修・前掲註(19)・八五頁、法務省訟務局内・行政事件訴訟実務研究会・前掲註(19)・一五三―一五五頁、司法研修所・前掲註(19)・一七〇頁、大江忠『ゼミナール要件事実』四〇五頁（二〇〇三）、藤山雅行「行政訴訟の審理のあり方と立証責任」藤山編・前掲註(19)・二九七頁、行政事件訴訟実務研究会編編・前掲註(19)・一九二頁、斎藤浩『行政訴訟の実務と理論』一九七頁（二〇〇七）、中川丈久・斎藤浩・石井忠雄・鶴岡稔彦編『公法系訴訟実務の基礎』三五三頁（二〇〇八）、西川・前掲註(19)・一一三頁（石田明彦・執筆）等。

論文：瀧川叡一「行政訴訟における立証責任」垂水・兼子編・前掲註(19)・四七一頁（一九五六）、市原昌三郎「取消訴訟における立証責任」鈴木忠一・三ケ月章監修『実務民事訴訟講座8』二二七頁（一九七〇）、宮崎良夫「行政訴訟における主張・立証責任」『新・実務民事訴訟講座9』二二五頁（一九八三）、時岡泰「審理手続」雄川一郎・塩野宏・園部逸夫編『現代行政法大系5』一三九、一五二頁（一九八四）、山村恒年「主張責任・立証責任」同・一八七頁、小早川光郎「調査・処分・証明」『行政法の諸問題・中』二四九頁（一九九〇）、萩原金美「行政訴訟における主張・証明責任論」『訴訟における主張・証明の法理』一九三頁（初出：一九九三。二〇〇二）、佐伯祐二「取消訴訟の立証責任」法学教室二六三号三二頁（二〇〇二）、藤山雅行「行政事件と要件事実」伊藤滋夫・長秀之編『民事要件事実講座2』三二〇頁（二〇〇五）、笠井正俊「行政事件における証明責任・要件事実」法学論叢一六四巻一～

六号三二〇頁（二〇〇九）、春日偉知郎「行政訴訟における情報の偏在と解消可能性」法律時報八二巻二号（二〇一〇）、山本隆司「判例から探求する行政法」法学教室三五九号一〇四、一一六頁（二〇一〇）、米田雅宏「取消訴訟における証明責任」法学教室三六〇号二一頁（二〇一〇）等。

(66) 藤山・前掲註(65)（藤山編）・三〇〇頁以下、塩野・前掲註(19)・一六二頁、大江・前掲註(65)等が、従前の学説を要領よく整理している。なお中西・村上・鈴木・古城・藤原・前掲註(19)・二一九—二二〇において「立証能力のアンバランスの面と、法治主義の原理からして、およそ行政活動は適法に行われなければならないとの要請から、証明責任を……原則的には被告行政側に負わせるというかつての少数説の復権」（傍点、原文）の可能性を示唆したが、阿部・前掲註(22)・二二二—二二三頁は、「処分の適法性の説明責任は行政側にある」との命題から立証責任「被告説」を強調する。

(67) 中西・村上・鈴木・古城・藤原・前掲註(19)・二一九頁。

(68) 塩野・前掲註(19)・一六五頁。

(69) 南編・前掲註(19)・八六頁（高林克己・執筆）。

(70) 園部編・前掲註(32)・三三〇—三三一頁（石津廣司・執筆）、同旨・園部編・前掲註(30)・一二〇頁（山田洋・執筆）。

(71) 大和勇美「住民訴訟の諸問題」鈴木忠一・三ケ月章監修『実務民事訴訟講座9』四三、五七—四八頁（一九七〇）。

(72) 村上博己『証明責任の研究・新版』四三六頁（一九八六）。

(73) 佐藤・前掲註(32)・一二八頁。

(74) 山村恒年「主張責任・立証責任」雄川一郎・塩野宏・園部逸夫編『現代行政法大系5』一八七、二一七頁（一九八四）。右の個別的判断説の論拠にある「公平」はもっともであるが、「監査請求を経ていること」が立証責任にどう影響するかについて、若干説明を要する気がしなくもない。

(75) 西川・前掲註(19)・二五七頁（石川慧子・執筆）、二六二—二六三頁（山田亜湖・執筆）、竹田・前掲註(28)・八一七—八一八頁。

(76) 園部編・前掲註(30)・一七二頁（西鳥羽和明・執筆）。

(77) 本件判旨は「物件の収去」は「土地明渡し」を論理的に含む又は両者は連動すると考えたのかも知れないが、「表1」に示したように、原審（及び原々審）判決は、少なくとも文言上は「物件の収去」の請求の不作為の違法を認容したにとどまる。

(78) 「請求原因、抗弁、再抗弁」について、伊藤滋夫『要件事実・事実認定入門・補訂版』九二―九三頁（二〇〇五）、同「要件事実論の現状と課題」伊藤滋夫編『民事要件事実講座1』三、二三頁（二〇〇五）、原田和徳「要件事実の機能：裁判官の視点から」伊藤編・同右・七〇、八二頁、司法研修所編『改訂・問題研究要件事実』一六、二三頁（二〇〇六）、伊藤滋夫編『要件事実講義』四―五頁（伊藤・執筆。二〇〇八）等参照。

(79) 清野・前掲註(5)・八八頁の指摘を待つまでもなく、被告の抗弁に対する「再抗弁」を容易に想定できる。

(80) 清野・同右・八八頁。

(81) 永石一郎「当事者からみた要件事実」伊藤滋夫編・前掲註(78)（講座1）・一〇三、一四四頁。

(82) 司法研修所編『増補・民事訴訟における要件事実・第一巻』一〇頁（一九八六）。

(83) 近藤補足意見は、今井反対意見について、「両論あり得るところであって、抗弁説が唯一の帰結であるとまでは考えない」とする。

(84) 文献にはないが、三号請求における違法性（違憲性）解消手段の権限不行使の違法を「行政裁量行為」と構成して、抗告訴訟の裁量違法が争点の事案における立証責任論のアナロジーで処理すべきとの見解も想定されなくはない。しかし裁量行為について決して原告説一色ではない。南・高橋・前掲註(19)・二二〇―二二一頁（春日偉知郎・執筆）参照。さらに藤山説は、裁量行為においては、要件事実は指標とならないと主張する。藤山・前掲註(65)（伊藤・長・編）・三三三―三三八頁。本稿では深入りしない。

(85) 清野・前掲註(5)・八九頁。

(86) 藤原・前掲註(64)・三―四、一七―一八頁及び「法科大学院における『民事訴訟実務の基礎』教育の在り方について」http://www.court.go.jp/saikosai/about/iinkai/sihosyusyu/index.html accesed Aug. 19, 2010 参照。

(87) 二〇一〇年八月一八日に実施された法科大学院協会主催の教員研修（民事系）で見学した司法研修所「民事共通演習2」は、まさしくこの趣旨の授業であった。司法研修所の要件事実について、永石・前掲註(81)・一二七―一五

九頁参照。校正時に加賀山茂「新しい要件事実論の必要性とその構築方法—要件事実論という名の官僚法学との戦い」明治学院大学法科大学院ローレビュー一三号二三頁（二〇一〇）に接した。

(88) 行政法における要件事実教育の成否について藤原・前掲註(64)・二〇—二五頁参照。右旧稿後の越智敏裕「新たな環境行政訴訟の形式と要件事実」伊藤滋夫編『環境法の要件事実』一〇七頁（二〇〇九）は、ブロック・ダイアグラム方式である。なお伊藤滋夫「要件事実論の考え方」同右書七四、八六—八七頁が「行政法における実体法の意味」を問うている。いささか教科書的ではあるが、ここで回答することをお許し戴きたい。同所で論じられた「手続の履践」も憲法三一条・行政手続法を含む手続統制法理として、ここでいう「実体法」に該当する。それ以外に、当該行政実定法上の処分基準等の規定及び関連行政実定法の各規定は当然のこととして、法治主義、裁量統制、平等原則・比例原則・信義則等の「法の一般原則」等が、ここでいう「実体法」に該当する。藤原淳一郎「転換期の法学教育：体験的行政法教育論」法学研究七九巻一号一、二一頁（二〇〇六）及び各種行政法教科書を参照。

(89) 上告審における事実審たる原審の釈明（権不行使）に対する批判の問題について、奈良次郎「釈明権と釈明義務の範囲」鈴木忠一・三ケ月章編『実務民事訴訟講座1・判決手続通論I』二〇三、二二九頁（一九六九）。

(90) 第一に氏子の信教の自由と両立する代替手段が存在し得るかの問題、第二に請求棄却のときに本件提供行為の違憲性判断がどうなるの問題があるが、これらは、六で検討する。

(91) 米田・前掲註(65)・二五頁。

(92) 行訴法二四条の理解として、公益上必要説と、当事者の実質的平等説（いわば私人肩入れ説）とが対立している。南編・前掲註(19)・三六五頁（藤原淳一郎・執筆）参照。なお南・高橋編・前掲註(19)・四六八—四六九頁（藤山雅行・執筆）。

(93) 春日・前掲註(62)・九頁が、伊方判決を契機にしていることも象徴的である。

(94) 春日・前掲註(65)・四〇頁。

(95) 春日・同右・四五頁。

(96) 笠井・前掲註(65)・三三三—三三四頁。ほぼ同旨・米田雅宏「行政訴訟における要件事実論・覚書」伊藤編・前掲註(88)・一九七、二〇一頁、米田・前掲註(65)・二四—二五頁。

表 4　差戻し後判決の選択肢

選択肢		神社施設の合憲性		合理的現実的代替手段	怠る事実の裁量違法	判決
1		習俗的・俗的施設（合憲）		—	—	請求棄却
2	A	宗教的施設（違憲）	a	肯定	否定	
			b	肯定	肯定	請求認容
	B		否定		—	

（最高裁判決から本稿筆者作成、2010）

六　差戻し後判決の行方（第六命題）

空知太神社判決は原審に差し戻したので、差戻し後の判決の在り方について検討していきたい。

（1）差戻し後判決の選択肢

差戻し後判決の論理的可能性について**表 4** にまとめてみた。

まず選択肢 1 は、神社施設の違憲性について審査し、合憲との判断を示すものである。四裁判官意見は、「本件利用提供行為の憲法適合性を判断するための事情について更に審理を尽くさせる」ことを差戻しの理由としているのに対応するものである。

選択肢 2 は、本件判旨にしたがい、本件利用提供行為の違憲性を前提にして、「［代替］手段の存在を考慮しても、なお上告人［市］において上記［神社施設の］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」か否かを審理するものである。

選択肢 2 A は、合理的現実的な代替手段の存在を肯定するものである。これはさらに、財務管理上の裁量行使を適法とする 2 A a と、裁量行使を違法とする 2 A b とに分かれる。選択肢 2 B は、合理的現実的な代替手段

の存在を否定するものである。

右のうち、選択肢1及び2Aaであれば請求棄却、選択肢2Ab及び選択肢2Bであれば、請求認容に導かれる。以上、極めて常識的な流れである。

これらのうち、とくに選択肢2Aでは、**表2C**に掲げる考慮要素が最大の論点である。そこでいささかドン・キホーテ的ではあるが、敢えて通常の請求棄却・請求認容以外の「第三の道」を模索してみよう。

第一は、原審判決とは異なる形での請求認容判決である。原審は、**表1**にあるように「施設の収去の請求」を違法に怠る事実としている。これとは異なり、具体的な是正措置について筋道を示しつつも、具体的な手段の選択にあたって、かなりの程度行政に選択肢を与えるというものである。これは義務付け訴訟における「一定の処分」の解釈論[97]とも通じるところであり、それほど突飛なアイデアとはいえないだろう。語弊はあるが「幅判決(band decision)」と名付けておこう。(補注5)

第二は、判決時点では、**表2C**にある考慮要素事実について、確定的には判断できないものが多く含まれるということを出発点とする。そこで「『これこれの条件が備われば』との条件付き判決」を採用できないかとの提言である。終局判決（判決主文）が、条件成就次第（ある意味「ペンディング」）というのは、民事訴訟学の常識では考えられないかも知れない。しかし**表2C**に将来予測的不確定要素が含まれていることから、請求棄却・請求認容の二者択一では望ましい結果を達成できないことを懸念するからである。そこで考慮要素中のクリティカルな要素について、その実現・達成又は不達成を停止条件又は解除条件にする条件付き認容又は棄却判決である。「条件付き判決」と名付けておこう。(補注1)

（2） 選択肢の検討に際して（総論）

代替手段の成否の検討に際して、選択肢横断的な問題がある。

第一に、裁量権行使との関係である。本件は財産管理を怠る事案であるが、「法令の趣旨・目的に背馮する裁量は許されない」[98]。そこで法廷意見にあるように、本件提供行為が憲法違反であるとの前提に立てば、違憲状態を解消するため、何らかの是正手段を講じるべきことに関しては、裁量を議論する余地はないだろう。**表2B**にあるような複数存在するであろう是正手段間の選択において、どれを選択するかについての裁量とか、違憲状態の是正措置実現のために、どう努めているかといったことに、裁量を論じる余地があるにとどまるだろう。

第二に、右の「条件付き判決」構想の背景論でも述べたように、**表2C**にある「考慮要素」を解析しつつ結論を出すのは、本来的には行政の任務であり、そもそも裁判所の審理・判断に親しむといえるだろうか。裁判所が**表2C**にある事項の不確定要因をいかに予知・予測できるかが問題である。たとえば代替手段として、富平神社用地のように本件各土地を譲与（又は低廉譲渡）するには、市議会が議決する（自治法九六条一項六号）ことが必須である。富平神社の事案では議決されたからといって、空知太神社について必ず同様に議決されるという保証はない。また、代替手段として「宗教施設の敷地として利用されている区域のみを有償貸し付けに変更するか、適正な対価で譲与することが必要」[99]と考えたときに、町内会及び構成員の経済的負担能力[100]から、連合町内会への譲渡又は有償貸与が実現可能なのかどうかという現実問題が大きく横たわる。**表2C**にある「利用者に与える影響」「関係者の意向」の問題とみることができよう。

右の第二点（**表2C**）は、これらが主要事実であることを前提に、主張・立証責任及び「証明度」として解決できるとの反論も予想される。むろん「裁判所の論理」として、本件訴訟の場では、それで裁くことができるだろう。しかし、結果として、必ずしも主張・立証者の責任とはいえない大きな見込み違い（例として本件各土地

の町内会への譲与議案についての議会の否決等）が生じ得る「リスク」を、大なり小なり判決が抱え込むことになるのである。

（3）各選択肢の検討（各論）

（イ）選択肢1（合憲）

四裁判官意見は、三で検討したように、原審が「憲法判断に必要な諸般の事情」の審理を尽くしていないとして原審差戻しを主張した。[101] 法廷意見が違憲、堀籠反対意見が合憲と判断したことから、原審段階で本件提供行為[102]について、憲法適合性を判断・評価できるだけの十分な事実認定が行なわれていたのではないかとの疑問が生じるかも知れない。たとえば法廷意見は、諸行事の世俗的行事性を否定し、氏子集団を「宗教上の組織若しくは団体」と認定し、本件神社施設を「明らかな宗教的施設」と決め付けた結果、本件提供行為を違憲と判示した。[103] しかしたとえ四裁判官意見が指摘するように「氏子集団の性格や活動」「地元住民の一般的な評価」等を原審で再度精査しても、法廷意見の裁判官が、その違憲判断を覆すことにはならないように思われる。四裁判官の慎重さは称賛すべきではあるが、本論点の核心は、おそらくは認定事実の過不足及び密度の問題ではなく、ずばり原審認定事実の法的評価の姿勢なり評価の差のように思われる。

右の点を措くとして、差戻し後の事実審で、改めて本件提供行為を「合憲」と判示できるだろうか。これは明らかに法廷意見の違憲判断と矛盾抵触する。本件提供行為の違憲性は、いうまでもなく「法律上の判断」なので、差戻しを受けた原審を拘束する（民事訴訟法三二五条三項）。[104] したがって、四裁判官の意向にもかかわらず、差戻し後の原審で憲法裁判を期待することは通常はできないと考えられる。[補注2]

（ロ）選択肢2Aa[補注3]

代替手段について、**表2B**に掲げる代替手段候補のなかから、**表2C**の諸要素を考慮して、合理的現実的な代替手段が存在すれば、原告が確認を請求した「怠る事実」は違法ではないとして、請求を棄却する、という選択肢である。(補注4)

ちなみに法廷意見は、原審判決が、ことに氏子の宗教的活動を困難にする点を難点として指摘している。その上で法廷意見は、代替手段として富平神社訴訟における「譲与」方式等を示唆している。(105)

本選択肢の問題点は、第一に、請求棄却判決において、法廷意見にある「本件提供行為の違憲性」の判断はどのような運命をたどるのか。それに関連して第二に、棄却判決であっても、市に代替手段を講じようとするインセンティヴが働くのか。第三に、**表2C**には将来における不確実な予測的要素も含まれており、市が代替手段を講じようとしても、たとえば議会の議決事項のように、失敗（否決）によって、結果的には容易に実現・達成できない事態も起こり得ることである。

まず第一点であるが、差戻し後の控訴審が、最高裁の違憲判断に拘束されるのは明らかである。棄却判決は、「本件提供行為は違憲」→「代替手段が存在」→「請求対象の怠る事実は違法ではない」→「請求棄却」という道筋で説かれる。住民訴訟において憲法問題を直接訴訟物とする「違憲確認訴訟」という訴訟類型を用いることが難しい以上は、たとえ本件訴訟が請求棄却で終わったとしても、判決理由中の判断にとどまる違憲判断に、既判力類似の効果を肯定すべきであろう。(106)

第一点を右のように考えれば、あわせて第二点も、容易にクリアできるだろう。第三点は、（2）で述べたように、本件案件における宿命的課題である。

（八）　選択肢2Ab

代替手段について、**表2B**に掲げる代替手段候補のなかから、**表2C**の諸要素を考慮して、合理的現実的な代

替手段が存在するけれども、原告が確認を請求した「怠る事実」に優るものではないとして、請求を認容する判決を出す、という選択肢である。

しかしながら、法廷意見が指摘するように、原告請求は、氏子の宗教的活動を困難にするとの難点を抱えている。したがって、本件提供行為の違憲性を是正する措置として、原告が確認を請求した「怠る事実」が現実妥当性を肯定される代替手段よりも優先するということは、論理的には成立し得るが、現実にはまずあり得ない選択肢である。

（二）選択肢２Ｂ

代替手段について、**表２Ｂ**に掲げる代替手段候補のなかから、**表２Ｃ**の諸要素を考慮して、合理的現実的な代替手段が存在するか否かを検討した結果、代替手段が存在しないため、原告が確認を請求した「怠る事実」が違法であるとして、請求を認容する判決を出す、という選択肢である。

法廷意見は富平神社訴訟を引き合いに出して譲与等の可能性を示唆するので、本件各土地の町内会への譲与における議会議決を例にとって考えてみよう。むろん「条例で定める場合を除く」（自治法九六条六号）。そこで市が抱える複数の神社への無償貸付の土地を全て譲与する旨を条例化すれば別である。富平神社の土地は、（もともと祠つきで）教員住宅等のため寄付され、住宅取壊後も返還されずに、監査委員の意見を受けて町内会に譲与した経緯がある。寄付の用途を指定した「負担付贈与」と構成すれば、解除条件の成就的に構成できなくもない。したがって、町内会への譲与についての抵抗感は薄いと想像される。他方、空知太神社の境内地は、小学校移転のため神社の移転先の土地を市に寄付したもので、その後の別口の寄付と土地改良区から借用（後に市が買上げ無償貸与）をあわせ本件各土地を構成し、Ｓ会館用地に発展している。当初神社用地として寄付されたものが、Ｓ会館用地との二重の性格を帯びるようになっている。本件土地のうち、境内地等住民からの寄付部分の町内会

への譲与には抵抗感は薄いと思われるが、土地改良区から市が買上げた部分を含むことについて、万が一にも異論が起こる可能性はゼロではない。心配性と笑われるかも知れないが、「永田町の一寸先は闇」ほどではないにしても、議会議決は裁判所や執行機関が手出しできない「他人（議会）任せ」のことなので、（2）でも述べたように、現実的な代替手段になるかどうかは、蓋を開けてみなければ分からない。「適正な対価」によらない低廉譲渡のときも、同様に議会議決事項である（自治法九六条一項六号）。

さらに他の代替手段である有償による譲渡や有償による貸付の話になると、（2）でも述べた町内会の経済的負担能力の問題が横たわり、明らかにその負担能力を超える金額が見積もられれば、代替案にはならない。また、有償貸付でも、低廉貸付のときには議会議決を要する（同条同号）ので、譲与と類似の問題を抱えるのである。このようにみてくると、ことの当否は別として、いざ代替案というと、その不成立の可能性も大いにあり得ることが判明する。

（ホ）　条件付き判決

そもそも論として、「終局判決において条件付きとは何事か」と訴訟法学者及び法曹実務家から一蹴されそうである。しかし（2）の総論及び（3）の各論で検討してきた難点を克服するためには、ソフトランディングをはかる意味での現実的な対応策として、条件付き判決も一考に値しないだろうか。

（97）　義務付け訴訟における「一定の処分」の解釈について、差し当たり南・高橋編・前掲註（19）・六四三―六四五頁（関史郎・執筆）参照。

（98）　園部編・前掲註（32）・二三一頁（佐藤英善・執筆）。

（99）　伴・長谷川・前掲註（9）・八頁。

られている。

(100) 赤池・前掲註(15)によると、市の試算では、本件各土地の有償貸付けの場合「年間賃料は約一二〇万円」と伝え

(101) 伴・長谷川・前掲註(9)・八頁は、「市有地の利用は地域のコミュニティ作りが中心と考えられ、宗教施設とされた祠は集会施設である［本件］建物のほんの一部に存するにすぎず、建物外の鳥居や地神宮も建物に付設されている程度……。宗教行事は、……我が国習俗の範囲の行事ともいえます。……違憲であるとする判断は厳しすぎるとみる関係者も多いのではないか……。本件を原審に差し戻すべきであるとした……［四裁判官］意見は、説得的のように思います」（傍点、引用者）と述べる。

(102) 法廷意見は、本件提供行為の違憲性に焦点を当てるが、藤田補足意見は、「本件において違憲性が問われているのは、直接には、市が公有地上にある本件神社施設を撤去しないという不作為」（傍点、引用者）と指摘する。

(103) 藤田補足意見は、「不作為を直ちに解消することが期待しえないような特別の事情……がある場合に、……直ちに違憲というべきか否かは、なお検討の余地」があるが、市側は「一切主張・立証するところがな」かったので違憲とする。第四命題後段からは、原告の請求は、本件提供行為の開始及び継続によってもたらされた「違憲状態の解消行為を怠ること」であり、とりもなおさず本件提供行為の違憲性を問うことになるので、法廷意見が本件提供行為に焦点をあわせることに違和感はない。

(104) 新堂・前掲註(61)・八七七頁、伊藤・前掲註(61)・六七八頁。

(105) 伴・長谷川・前掲註(9)・八頁は、「要は、無償だから問題なのであって、有償にしさえすれば済む問題ではないかといった考えが背景にあるのかもしれません」というが、法廷意見は譲与方式を最善のものとして推奨しているかのようにもみえる。有償の場合、前掲註(100)のように、町内会の経済的負担が問題として残るからである。

(106) これは「中間判決」の手法を用いたとしても同様である。新堂・前掲註(61)・六二二頁、伊藤・前掲註(61)・四四八―四五一頁参照。

七　結　語

「専門家の常識は世間の非常識」という言葉がある。私自身、法律（及び政策）を職にしてから四〇年余になる。専門家の「常識」「通念」に良い意味で染まらないように心掛けてきたつもりである。本稿も、このような文脈における「第一反応」をしたためたものである。

本章では、本稿一で定立した六命題の検証結果をおさらいしておきたい。右六命題には、いささかドン・キホーテ的に、現行法の諸規定からはみ出したものも含まれ、立法論といわないまでも実定法規定や裁判実務に対する素朴な疑問や挑戦も含まれている。

（1）第一命題

第一命題は、本稿二及び六において、空知太神社事件と富平神社事件との比較を行なった程度で、本稿では掘り下げて論じていない。堀籠反対意見のように、S会館と同居する空知太神社の神社施設を習俗的・世俗的施設とみるとの仮説については、おそらく氏子にとっても「宗教」意識はなく、合憲論を正当と受け止めるであろう。したがって、命題一が成立する余地はあるように思われる。合憲論に立てば、請求棄却で、事案の処理は極めて簡単である。

他方、空知太神社の鳥居、神社標識等に宗教色を感じる人が抱く「政教分離違反」の感情に対して、右の合憲説がどの程度説得力があるかの問題が残る。たとえば藤田補足意見は、「取り立てて宗教外の意義を持つものではない純粋の神道施設につき、地方公共団体が公有地を単純にその敷地として提供しているという事実」の評価であると、ずばり指摘する。

法廷意見は、違憲判断のため、氏子の宗教的活動にも配慮しつつ、本件提供行為の是正措置として何が正当か、という面倒な論点を背負うことになったものである。

(2) 第二命題

第二命題は、「神社施設の敷地として使用させる旨の負担付贈与契約……自体が政教分離原則を定める憲法の趣旨に反し許されないというのであれば、……贈与契約自体が無効であり、……所有権が砂川市にあることを前提とする本件請求自体がそもそも成り立たないことになる」という堀籠反対意見である。正確には本件各土地は昭和二八年の寄付に始まり、S会館建設時の別の寄付と、(後年市が購入の)改良区からの無償借用とからなるが、その大部分(境内等の核心部分)は右の昭和二八年の寄付によるものなので、論理的には右命題は成立し得る。ただ、藤田補足意見は、「被上告人、(原告)、らはこのような主張をするものではない」と指摘する。

原告が仮に寄付(贈与)時点の違憲性を主張すると、寄付が無効になり、本件各土地の大部分が「公有財産」でなくなる。つまり原告が提起する住民監査請求や住民訴訟の前提要件を欠く結果を招くので、原告が右の主張をすることは通常あり得ない。他方、市はどうかというと、本件請求を棄却に追い込むためだけに右の点を主張することも、考えられなくはない。しかし右主張は、とりもなおさず本件各土地の大部分が「市の所有ではない」こと、ことに長年市有地であった本件神社境内部分の土地所有権をも否定することを意味する。そうした副作用を考えると、市にとっては余りに場当り的な主張になってしまう。そこで市としては、うっかりこのカードを切れないことが判明する。このように、いずれの訴訟当事者にとっても第二命題を主張する実益はないため、本件訴訟の争点にならなかったものと考えられる。(107)

（3） 第三命題

本件は、第二命題に登場した昭和二八年の土地の寄付（贈与）及びそれとセットになった神社敷地としての無償貸付（本件提供行為）に起因するものである。となると、「無償貸付契約」を直接訴訟の対象にすること、たとえば無償貸付契約の取消請求（旧自治法二号請求）、町内会に対する無償貸付契約関係不存在確認請求等（旧自治法四号請求）等が、直接的である。ところが四（2）でみたように、自治法の度重なる改正により住民訴訟メニューが制約されていった結果、第三命題は、自治法の予定する訴訟類型には該当しなくなっているのである。

（4） 第四命題（訴訟物）

原田教授は、抗告訴訟の訴訟物について「取消訴訟の場合には、特定の行政処分の取消を求めてその違法性が争われるから、取消訴訟の対象となる処分の同一性を論ずることには意味があるが、訴訟物は何かは、民事訴訟におけるほどの重要性をもつとはいいがたいように思われる」と指摘される（傍点、引用者）[108]。抗告訴訟でいう「処分の同一性」、すなわち請求の同一性は、本件三号請求でいえば「怠る事実の同一性」と翻訳されよう。

請求人が何を「［違法又は不当な］怠る事実」と構成するのか、訴訟の場に引き直せば、原告が訴訟物として何を「［違法な］怠る事実」と請求するのかは、理論的にも実務的にも、議論の余地がある。これが第四命題を定立した趣旨である。

第四命題後段は、本件空知太神社訴訟において、端的に「違憲状態の解消行為を怠る事実」、すなわち原因行為・基本行為である無償貸付（本件提供行為）によって引き起こされた違法（違憲）状態が継続しているとして、「是正措置を怠る事実」を訴訟物と構成するものである。四（4）で論じたように、第四命題には、「住民監査請求及び三号請求の際に要求される『請求の特定性』に欠ける」との批判が予想される。

本件原告は、「請求の特定」につき、従前の学説・判例に忠実で、右の第四命題後段を用いないで、契約解除、宗教的建物の収去、土地明渡しの三つの具体的な作為義務に引き直し（翻訳し）、右の三つの管理行為を「怠る」事実と構成している。原々審、原審ともに、一番目の契約解除の違法確認請求部分を棄却し、二番目にある「宗教的建物の収去」のうち、宗教的施設・標識の収去（最判いわく「神社物件の撤去」）のみを認容している。法廷意見は、「神社物件の撤去すること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」として原審に差し戻している。このように、原々審、原審、最判を通して、第四命題後段のように原告の請求を全体で一個の請求とは構成してはいないと考えられる。田原補足意見は、仮にＡＢＣ三つの是正措置のうち、原告がＡを主張し、裁判所がＢを違法と考えても「Ａの請求の一部認容としては認めることができ」ないと、鮮明に論じている。ただ、原告が請求した複数の「怠る事実」は、その相互間で両立しえない関係に立つ厳密な意味で論理的に主位的請求、予備的請求の地位に立つ類いのものとは限らないはずである。

とすれば、百歩譲って、通説・判例のように請求の特定性を要求するとしても、それは住民監査請求・三号請求提訴時に固めておく必要は必ずしもなくて、第四命題後段にある「怠る事実」を「包摂的」なものとみておいて、判決に向けて徐々に作為義務違反の事実の有無・違法性等を拾い上げつつ徐々にしぼっていくという運用も、訴訟物の動態的把握からすれば十分説明が成り立つ話ではなかろうか。つまり第四命題後段は、必ずしも「『怠る事実』が全体として不可分一体であって、これを個別の行為義務違反（怠る事実）として分離できない」とまで主張する趣旨を含まないからである。

ただ、より根源的に第四命題の真意をいえば、原告が求めている請求は、ＡＢＣというふうに翻訳された個別の「怠る事実」の違法確認ではなく、まさしく原因行為・基本行為である本件提供行為によって惹起された違法状態の是正を求めるという意味での「何らかの『措置の不作為』」という全体的・包括的な「怠る事実」の違法

確認ではないかということにある。そして、市が具体的どのような是正措置を描いて、それをどのように講じるかは、語弊はあるが原告にとっていわば二の次の問題でしかない。にもかかわらず、「請求の特定」として、原告の責任において無理やりに個別行為として分離・分解させたうえで請求させるという通説・判例の見解は、果たして本件における法的紛争の解決方法として、真にふさわしく、現実妥当性を有するものといえるだろうか。これは第六命題にも関連することだが、ＡＢＣ……Ｚまであるうちのどの是正措置をとるかを、原告ではなく、被告市に投げ返すような趣旨の判決も、一考に値しないだろうか。

（5） 第五命題（代替手段の主張・立証責任と釈明義務違反）

法廷意見は、代替手段を論点にするが、肝心の代替手段の主張・立証責任には言及していない。そして、代替手段について両当事者（ことに被告）の主張において言及がなかったのは、もっぱら原判決の釈明義務違反と判断し、原判決を破棄差し戻している。これに対し第五命題は、代替手段の立証責任は被告市の側にあるとする。そのうえで「富平神社訴訟からして、市は代替手段について主張・立証することが容易にできたのに何ら主張・立証していない。これをもって釈明義務違反とはいえず、上告棄却（原判決確定）」という趣旨であって、今井反対意見を支持するものである。

（イ） 代替措置の立証責任論

第五命題は、今井反対意見と同様、代替手段の存在は被告の抗弁で、被告に立証責任があるとの主張であり、合理的である。五（2）で検討のように、法定意見はこの点につき黙して語らず、調査官解説（**表３Ｂ**）は、主観的「立証責任」論に回避している。しかし差戻し後の控訴審において、代替手段の成否は、最終的には客観的「立証責任」を分配された者が立証に成功するか否かによって決着をみる筈である。したがって、立証責任分配

論は避けて通れない事柄と考えられるのである。

（ロ）　釈明義務違反？

法廷意見は、原々審及び原審段階で、被告市がいわば違憲論という「空中戦」に終始し、富平神社訴訟類推の「代替手段」の存否という「地上戦」を忘れていたことから、原判決のままでは「玉砕」してしまい、「氏子の宗教活動に支障をもたらす」という弊害が生じることを根拠に、釈明義務違反による審理不尽としたものである。理屈としては、行政訴訟における釈明権行使は、決して原告私人のために片面的に行使されるべきものではなく、「公益」にかかわるときには、住民の利害と対立してでも、必要とあらば被告行政側のための釈明権行使もあり得る、との考えと推察される。すなわち民事訴訟におけると全く同様に、行政訴訟、住民訴訟においても、釈明権行使（義務）は、訴訟両当事者から「等距離」であり「価値中立的」なものとの見解である。

右の論理は、理屈としては理解できなくもない。しかし民事訴訟の場合はともかくとして、こと行政訴訟においては、釈明権行使を「武器対等」の実現のためのもので、私人保護を第一次的目標に位置付けるべきではないか、との疑問が生じる。したがって、釈明権行使により被告に手を差し伸べるのは、被告の主張・立証不足によって著しい公益違反がもたらされるときとか、第三者への著しい人権侵害がもたらされるときとかの、極く極く例外的な場合に限定すべきであると考えられる。「釈明処分の特則」規定（行訴法二三条の二）が、被告を対象にする片面的なものであることが、右の見解の間接的な論拠になろう。[109]

このように整理してくると、法廷意見のように本件が釈明義務違反の事案か否かは、へまな応訴の被告市に肩入れすべき状況と判断すべき事案か否かという評価の問題に帰着するだろう。百歩譲って法廷意見の結論に賛成するとしても、それは第三者（氏子）の基本的人権（宗教活動の自由）と抵触し得る危険性に着目した、あくまで例外的な事案と理解すべきなのだろう。ことの是非はともかく、より幅広に最高裁が被告に親切心を発揮したも

のと理解するのであれば、今後最高裁は、よりへまな原告のために、事実審の釈明義務違反をどんどん指摘することを期待してよいのだろうか。

（6）第六命題（差戻し後判決）

差戻し後の控訴審判決として予想し得る選択肢は、極めて常識的には六で述べたように、**表4**に掲げるものと思われる。

加えて本稿では、「幅判決」及び「条件付き判決」の可能性を模索した。およそ**表2C**の各考慮要素は、町内会が有償で取得又は賃借可能か、議会承認が可能か等、余りに不確定要因が多く、裁判所が責任をもって当該要素の成否を断定し、代替手段に関する最終判断を下すことが極めて困難であるという事情に基づく。

これを裏返していえば、そもそも本件空知太神社訴訟において求められる判決は何かという第四命題も微妙に関連してくる。仮に第四命題後段のように、「原因行為・基本行為である本件提供行為によってもたらされた継続的違法（違憲）状態の放置（是正手段の不作為）」を、端的に「怠る事実」として構成するならば、右怠る事実を違法と判示し、是正手段を被告市に下駄を預けるという包括的な判決も可能になると考えられるからである。(補注6) もっとも、第四命題後段を採用すれば、そもそも最判が原審に差し戻す必要すらなく、認容判決を代替手段を含めるニュアンスに書き替えるという意味での破棄自判で十分対応できたことになる。

いずれにしても「条件付き判決」は従来の学説・実務が想定してきた枠をはみ出すものと思われるため、本稿では問題提起にとどめた。

(107) 本件各土地のうち寄付部分について「仮に贈与が違憲無効でも、市は取得時効を主張できる［か］」との論点を

検討するときに、通常の取得時効の事案とは異なる二要素を指摘しなければならない。第一に、本件訴訟は、本件土地の所有者が市であることを前提にした三号訴訟である。万一、取得時効の成否が争点化しても、民事上所有権の帰属について市と利害が対立するのは、提訴の原告住民ではなく、本件の訴訟当事者でない本件土地の寄付者の筈である。いわば第三者との土地所有権の帰属問題という様相を呈するのである。第二に、本件提供行為の継続という違憲状態にある状況下での取得時効の主張である。市にとって何となく虫が良すぎる気がする。そこで仮に市が取得時効を援用すると、信義則違反、公序良俗違反等がいえるかどうかも問題となろう。

(108) 原田・前掲註(19)・四〇二頁。

(109) 「公益との関連性」(法廷意見)、「公益に影響」(田原補足意見)という錦の御旗である。

[付記]

畏友蔭山宏教授とは、ほぼ同世代ということもあって、親しい間柄である。在学生に配布する写真入り『法学部専任者名簿』に自分の研究を約言する欄がある。初めて「行政法学は『時の間(zwischen den Zeiten)』の学問」と記したときに、蔭山教授が、たちどころに「[危機の神学]カール・バルトの言葉」と見抜かれたことが、今でも鮮明な記憶として残っている。ちなみに「時の間の学問」という言葉は、藤原淳一郎『エネルギー法研究』の「はしがき」(二〇一〇)でも用いている。

当初、「転換期の行政法学:社会工学への道」慶應義塾大学法学部編『慶應の法律学・公法Ⅱ(慶應義塾創立一五〇年記念法学部論文集)』(慶應義塾大学出版会、二〇〇八)の続稿として、民主党連立政権ガバメントの「ガバナンス論」を予定していた。二〇〇九年一〇月一一日日本公法学会第二部会「議会による行政機関の統制」(於・京都大学)及び二〇一〇年六月六日日本公共政策学会自由応募セッションⅢ「政権交代と公共政策の変容」(於・静岡文化芸術大学)において、フロアから発言もした(前者は、公法研究七二号二〇〇頁以下[二〇一〇年]に「討論要旨」が収録されている)。しかし政治状況が余りに流動的であり、学問的分析対象テーマとしては時期尚早と判断するに至り、政治学からは距離のある本稿に落ち着いた。この点、蔭山教授の御海容を乞う次第である。

いささか荒削りの問題提起的な本稿が、学会・実務に貢献できるところがあるとすれば、望外の幸せである。

（二〇一〇年一〇月・稿）

［追記］

本稿脱稿後、二〇一〇年一二月三日、明治学院大学法科大学院の秋学期「公法（行政法）判例演習」授業で本件判決を再度素材にした。また差戻し後控訴審の札幌高裁は、平成二二年一二月六日判決を下した（以下「差戻し後高判」という。二〇一〇年一二月七日付各紙報道記事参照）。そこで校正段階で補注を付すこととした。当初右判決文を砂川市のご厚意により入手したが、その後最高裁HPに登載された（accesed Dec. 17, 2010）。

（補注1）　条件付き判決・決定の例は皆無ではない。たとえば岡山地決平成一九年一〇月一五日最高裁HPは、「施設利用料二七万一〇〇〇円を納付することを条件として、別紙使用申請記載のとおりaホールの使用を仮に許可せよ」（傍点、引用者）とする。もっとも右決定の条件は、ホール使用にともなう金銭債務（反対給付）なので、講学上の「条件」でなく「負担」（大橋洋一『行政法I』三四五頁［二〇〇九］）に分類されるものでしかない。

本稿でいう条件付き判決は、たとえば「議会議決を停止条件として、本件各土地を町内会に譲与しない事実が違法であることを確認する」、「議会議決不調を解除条件として、本件各土地を町内会に譲与しない事実が違法であることを確認する」といったイメージである。仮に判決の効果を不確定な条件に依存させるのは好ましくないとすれば、次善の策として、第一で示したように、是正措置の不作為を「本件各土地の譲与又は有償貸与」等として、行政に一定の範囲で選択肢を与える「幅（band）判決」も考えられよう。

（補注2）　差戻し後高判は、「当審における認定事実には、上記［最判の違憲］判断に変更をもたらすような変更はない。よって、差戻審である当審は、本件利用提供行為は違憲であるとした上告審の上記判断に拘束されるので（民事訴訟法三二五条三項）……」（判決二五頁、HP二三頁）と判示する。

（補注3）　差戻し後高判は、選択肢2Aaにより請求を棄却した。第四命題後段によらず伝統的な訴訟同一性基準説に立つと、想定の範囲内の判決である。

差戻審において市は、S会館外壁の「神社」の表示を撤去すること、「地神宮」の文字を削り「開拓記念碑」等

に彫り直すこと、祠を鳥居付近に設置し直すこと、本件各土地のうち五二平方メートルのみを切り出して鳥居及び祠の敷地として氏子集団に年額三万五千円弱で貸与するとの代替案を提案した。判決時に、すでに外壁の表示は撤去され「地神宮」の文字も消去されている（判決九、二六―二七頁、HP八、二五頁）。差戻し後高判は、右代替案は、本件提供行為の「違憲性を解消するための手段として、合理的」で、移転費用の負担及び賃料は、負担することが可能な額でかつ氏子集団の了承が得られていること、賃料は適正な対価で議会承認が不要なこと、氏子総代は町内会長らとも相談を重ねたこと等から、「実現可能な現実的な手段」（判決二七―二九頁、HP二五―二七頁）と認定し、「神社物件の撤去及び土地明渡しを請求しないことを、被上告人［市］の財産管理上の裁量権を逸脱又は濫用するものと評価することはできない」（判決三一頁、HP三〇頁）と結論づけ原告の請求を棄却した。

（補注4）　第四命題後段によらず伝統的な訴訟同一性基準説に立つと、被告主張の代替手段の実現可能性が肯定されれば、原則として原告攻撃の「怠る事実」は「裁量の範囲内」として違法になり難く、請求は棄却される。このことは第四命題後段及び素人目には一見奇妙な論理に映るが、原告主張の「怠る事実」に限定して勝ち負けを決するため、被告が持ち出した当該代替手段を現時点で被告が講じていないという意味での「怠る事実」の違法性を、ほぼ不問に付しているのである。

（二〇一〇年一二月・初校正）

（補注5）　過去に「幅判決」の様相を呈する例は皆無ではない。たとえば国立マンション訴訟の東京地判平成一三年一二月四日判時一七九一号三頁は、法定外抗告訴訟の義務確認を適法とし、（是正命令を特定することなく）是正命令を発しない不作為の違法を確認している。平成一六年行訴法改正後の申請型義務付け訴訟（行訴法三条六項二号）で、東京地判平成一八年一〇月二五日判時一九五六号六二頁は、東大和市の五つの市立「保育園のうち、いずれかの保育園への入園を承諾せよ」と命じた。原告が五つの保育園いずれの入園も拒否されたため、五保育園入園承諾拒否処分の取消しと承諾［義務付け］を求めたのに対応したものである。和歌山地判平成二二年一二月一七日は、翌日付け各紙報道によれば、障害者自立支援法による介護サービス時間の削減を違法として、月五〇〇時間以上七四四時間以下への拡大を義務付けた。市長は、同判決で「数字を示されたことに疑義がある」と述べている。

http://mainichi.jp/wakayama/archive/news/2011/01/08/20110108ddlk30040377 0... accesed Jan. 13, 2011. 非申請型義務付け訴訟（同項一号）では、「何らかの是正命令を出せ」といった判決が可能かどうかという問題が浮上する。興津・前掲註（19）・二七八、二八五―二八七頁参照。

（補注6） 校正時に接した興津征雄「違憲審査における確認訴訟の意義」法学セミナー二〇一一年二月号 二三、二五頁参照。

（二〇一一年一月一五日・再校正）