Title	〔最高裁判事例研究 四二七〕：平二二2(民集六四巻一号一頁)：市が連合町内会に対し市有地を無償で神社施設の敷地としての利用に供している行為が憲法の定める政教分離原則に違反し、市長において同施設の撤去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ものであるとして、市の住民が怠る事実の違法確認を求めている住民訴訟において、上記行為が違憲と判断される場合に、そ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存在するか否かについて審理判断せず、当事者に対し釈明権を行使しないまま、上記怠る事実を違法とした原審の判断に違法があるとされた事例：(財産管理を怠る事実の違法確認請求事件、最高裁平一九(行ツ)第二六〇号、平成二二年一月二〇日大法廷判決)
Sub Title	
Author	三木, 浩一(Miki, Koichi) 民事訴訟法研究会(Minji soshoho kenkyukai)
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.5 (2011. 5) ,p.144- 160
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	判例研究
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-20110528-0144

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.

〔最高裁判事例研究 四二七〕

平二二二 (民集六四卷一号一頁)

市が連合町内会に対し市有地を無償で神社施設の敷地としての利用に供している行為が憲法の定める政教分離原則に違反し、市長において同施設の撤去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ものであるとして、市の住民が怠る事実の違法確認を求めている住民訴訟において、上記行為が違憲と判断される場合に、そ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存在するか否かについて審理判断せず、当事者に対し釈明権を行使しないまま、上記怠る事実を違法とした原審の判断に違法があるとされた事例

(財産管理を怠る事実の違法確認請求事件、最高裁平一九行ツ)

第二六〇号、平成二二年一月二〇日大法廷判決、破棄差戻し)

〔事実^①〕

本件は、北海道の砂川市(以下、「市」という)の住民であるXらが、市長であるYを被告として、地方自治法に基づく住民訴訟を提起したものである。

市が所有する二筆の土地(以下、「本件土地」という)上には、地域の集会場等の建物が建てられており、その一角には空知太神社の祠が設置され、建物の外壁には神社との表示が設けられ、さらに鳥居および地神宮が設置されている(以下、「本件神社」という)。本件神社の所有者は、空知太連合町内会(以下、「本件町内会」という)である。市は、本件町内会に対し、本件土地を、無償で、本件神社の敷地としての利用に供している(以下、「本件利用提供行為」という)。

これに対し、Xらは、市による本件土地の本件神社に対する本件利用提供行為は憲法の定める政教分離原則に違反し、本件土地の使用貸借契約(以下、「本件使用貸借契約」とい

う)を解除して本件神社の撤去および土地明渡しを請求しないことは、違法に市の財産の管理を怠っているものであるとして、地方自治法二四二条の二第一項三号に基づいて、同号にいう「怠る事実」の違法確認を求めた。

原々審である札幌地方裁判所は、市の行為は政教分離原則に違反すると認定したうえで、次のように判示して、Yが本件町内会に対して本件神社の撤去請求をすることを怠る事実が違法であることを確認する限度で、Xらの請求を認容した。すなわち、Xらは、Yが本件使用貸借契約を解除して本件神社の収去および土地明渡の請求をしないことが違法である旨を主張するが、本件の憲法違反の状態は、本件使用貸借契約を解除しなくとも、本件神社を撤去させることによって是正することができるものであるから、本件使用貸借契約を解除するまでの必要性はない。しかし、市が、本件町内会に対して本件神社の撤去を請求しないことは、違法に本件土地の管理を怠るものである。

原審である札幌高等裁判所は、この原々審の判断を是認した。そこで、Yが最高裁判所に上告した。事件の配転を受けた第三小法廷は、本件を大法廷に回付した。大法廷は、市が、本件町内会に対し、市有地を無償で本件神社の敷地としての利用に供している行為は憲法八九条および二〇条一項後段に違反する旨を判示するとともに、原審の審理における釈明義務違反の問題について職権による検討を加え、次のように判

示した。

〔判旨〕

破棄差戻し。

「一 本件は、Xらが地方自治法二四二条の二第一項三号に基づいて提起した住民訴訟であり、Xらは、前記のとおり政教分離原則との関係で問題とされざるを得ない状態となっている本件各土地について、Yがそのような状態を解消するため使用貸借契約を解除し、神社施設の撤去を求める措置を執らないことが財産管理上違法であると主張する。

二 本件利用提供行為の現状が違憲であることは既に述べたとおりである。しかしながら、これを違憲とする理由は、判示のような施設の下に一定の行事を行っている本件氏子集団に対し、長期にわたって無償で土地を提供していることによるものであって、このような違憲状態の解消には、神社施設を撤去し土地を明け渡す以外にも適切な手段があり得るといふべきである。例えば、戦前に国公有に帰した多くの社寺境内地について戦後に行われた処分等と同様に、本件土地1及び2の全部又は一部を譲与し、有償で譲渡し、又は適正な時価で貸し付ける等の方法によっても上記の違憲性を解消することができる。そして、Yには、本件各土地、本件建物及び本件神社物件の現況、違憲性を解消するための措置が利用者に与える影響、関係者の意向、実行の難易等、諸般の事情

を考慮に入れて、相当と認められる方法を選択する裁量権があると解される。本件利用提供行為に至った事情は、それが違憲であることを否定するような事情として評価することまではできないとしても、解消手段の選択においては十分に考慮されるべきであろう。本件利用提供行為が開始された経緯や本件氏子集団による本件神社物件を利用した祭事がごく平穏な態様で行われてきていること等を考慮すると、Yにおいて直接的な手段に訴えて直ちに本件神社物件を撤去させるべきものとするのは、神社敷地として使用することを前提に土地を借り受けている本件町内会の信頼を害するのみならず、地域住民ら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、氏子集団の構成員の信教の自由に重大な不利益を及ぼすものとなることは自明であるといわざるを得ない。さらに、上記の他の手段のうちには、市議会の議決を要件とするものなども含まれているが、そのような議決が適法に得られる見込みの有無も考慮する必要がある。これらの事情に照らし、Yにおいて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、Y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。すなわち、それが違法とされるのは、上記のような他の手段の存在を考慮しても、なおYにおいて上記撤去及び土地明渡請求をしないことがYの財産管理上の裁量権を逸脱又は濫用するものと

評価される場合に限られるものと解するのが相当である。

三 本件において、当事者は、上記のような観点から、本件利用提供行為の違憲性を解消するための他の手段が存在するか否かに関する主張をしておらず、原審も当事者に対してそのような手段の有無に関し釈明権を行使した形跡はうかがわれない。しかし、本件利用提供行為の違憲性を解消するための他の手段があり得ることは、当事者の主張の有無にかかわらず明らかというべきである。また、原審は、本件と併行して、本件と当事者がほぼ共通する市内の別の神社（T神社）をめぐる住民訴訟を審理しており、同訴訟においては、市有地上に神社施設が存在する状態を解消するため、市が、神社敷地として無償で使用させていた市有地を町内会に譲与したことの憲法適合性が争われていたところ、第一、二審とも、それを合憲と判断し、当裁判所もそれを合憲と判断するものである（最高裁平成一九年行ツ第三三四号）。原審は、上記訴訟の審理を通じて、本件においてもそのような他の手段が存在する可能性があり、Yがこうした手段を講ずる場合があることを職務上知っていたものである。

そうすると、原審がYにおいて本件神社物件の撤去及び土地明渡請求をすることを怠る事実を違法と判断する以上は、原審において、本件利用提供行為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る

ったといふべきである。原審が、この点につき何ら審理判断せず、上記積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、怠る事実の適否に関する審理を尽くさなかつた結果、法令の解釈適用を誤つたか、積明権の行使を怠つた違法があるものといふほかない。」

「以上によれば、本件利用提供行為を違憲とした原審の判断は是認することができるが、Yが本件神社物件の撤去請求をすることを怠る事実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。そこで、原判決を職権で破棄し、本件利用提供行為の違憲性を解消するための他の手段の存否等について更に審理を尽くさせるため、本件を原審に差し戻すこととする。」

田原睦夫裁判官の補足意見

「一般に行政事件訴訟にも弁論主義の適用があると解されている（行政事件訴訟法七条参照）。しかし、行政事件訴訟法は、弁論主義とは本来相容れない職権証拠調べの規定（同法二四条。同条は、同法四三条三項、四一条一項により住民訴訟にも準用されている。）を定めているところ、同規定は、行政事件訴訟の判決が対世効を有すること等、行政事件訴訟の結果が公益に影響するところが少なくないという特質から、弁論主義に委ねたのでは裁判所が適切な判断をなすことが困難な場合に対応すべく、弁論主義を補完するものとして定め

られたものと解されている。そして、事実審において、その審理の経過等からして明らかに職権証拠調べがなされるべき事案において、それがなされず、かつ、その結果が判決に影響を及ぼすと認められる場合には、当該審理は審理不尽の違法があるとの評価を受けざるを得ないものといふべきである。

上記の弁論主義の例外として位置づけられる職権証拠調べについての考え方は、直接の規定は存しないものの、主張責任についても妥当すると考えられる。即ち、上記のとおり行政事件訴訟は、その判決が対世効を有する等、その結果が広く公益に影響するところが少なくないという特質を有している。殊に、処分が取り消されるか否かの結果が多数の利害関係人の利害に直接、間接の影響を及ぼし得る種類の抗告訴訟や、訴訟の結果が広く住民全体の利害に繋がる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、当該事案の性質上、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、裁判所は積極的に積明をなすべき責務を負うものと解される。そして、事実審において、その審理の経緯等からして、裁判所が積明をなすべき事案において、それがなされず、かつ、その積明権の不行使が判決に影響を及ぼす虞があると認められる場合には、前述の職権証拠調べの欠如の場合と同様、当該審理は審理不尽の違法があるとの評価を受けることになるものといふべきである。

ところで、地方自治法二四二条の二第一項三号の『財産の管理を怠る事実の違法確認』請求訴訟においては、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、種々な方法があつて、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、抽象的に『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。そして、当該訴訟においては、原告の主張する『違法な怠る事実』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となる。

例えば、違法性を解消する手段として、A、B、Cと三種の方法が論理的にあり得るときに、原告がAを主張し、裁判所は、立証内容を踏まえると、行政機関の裁量を前提としてもBの方法を採らないことは違法となると考えるが、それは、Aの請求の一部認容としては認めることができず、他方、Cも抗弁として成立し得るとの心証を抱いている場合に、裁判所として釈明権を行使して原告にBの主張を促し、また、被告にCの抗弁の主張を促すべき責務が存し得るかという問題である。

本件は正にそのような問題が問われている事案であつて、私は、前記のような考えにより、本件において原審がかかる

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わざるを得ないと考える。」

近藤崇晴裁判官の補足意見

「本件訴訟は、市有地が無償で神社関連施設の敷地としての利用に供されていることが違憲であるとして、Yが本件町内会に対して鳥居、地神宮等の神社施設の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ものであるとして、地方自治法二四二条の二第一項三号に基づき上記怠る事実の違法確認を求める住民訴訟である。」

本件利用提供行為が違憲であるとした場合に、これを解消する方法にはこの撤去等の請求しかないのであれば、Xらの上記確認請求は認容すべきものであり、本件上告は棄却すべきであるということになる。

しかし、多数意見が説示するように、違憲状態を解消するためには、それ以外にも、本件各土地の譲与その他の適切な手段があり得る。しかも、本件利用提供行為に至る経緯や『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』の趣旨を考えれば、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る。そして、違憲状態を解消する方法が上記撤去等の請求だけではないとすれば、これを怠るということが直ちに違法であるということにはならず、X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、Xらの求める『鳥居、地神宮等の神社施設の撤去』には、S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ということである。撤去によって同神社の神社施設が滅失する、あるいは遠隔地に移転するということになれば、氏子（信者）は、同神社において参拝等の宗教行為を行うことが不可能にし著しく困難となる。これは、同神社の氏子（信者）らの信教の自由を侵害するものであるというべきである。

すなわち、撤去等の請求は、政教分離を実現しようとする結果、憲法二〇条一項前段の保障する信教の自由を侵害することになりかねないということである。これに対し、上記の譲与等の手段によるならば、氏子（信者）の信教の自由を侵害するおそれはなく、適切な結果を得ることができる。

本件訴訟において、Yは、違憲状態を解消するために上記撤去等の請求以外に手段があるという主張をしていなかったのであるが、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、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るというべきである。

他に手段方法があるかどうかの立証責任については、今井裁判官の反対意見で指摘されるように、他に手段方法がないことが請求原因であるとする請求原因説と、他に手段方法が

あることが抗弁であるとする抗弁説とが考えられる。私は、この点については両説あり得るところであって、抗弁説が唯一の帰結であるとは考えないが、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点を検討すべきであったと考える。当然予想される抗弁の根拠事実について証拠が十分でない場合には、裁判所が釈明権を行使することが相当であることが少なくないのであって、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と解すべきだからである。

そして、本件において、撤去等の請求以外に現実に実行可能である手段方法があり、Yにこれを排除するつもりがないかどうかについては、判断材料が十分でないから、更に審理を尽くさせるために本件を原審に差し戻すことが相当である。」

今井功裁判官の反対意見

「抗弁説に立った場合に、原審が本件においてYにその旨の抗弁を主張するか否かを釈明すべき義務を怠ったか否かについて考える。

抗弁については、被告の主張がなければ、斟酌することが

できないというのは弁論主義の当然の帰結である。本件において被告であるYからその旨の主張がないことは記録上明らかである。私も、被告から抗弁の主張がない場合であっても、裁判所にその旨の釈明をすべき義務を認めるべきときがあることを否定するものではない。問題は、本件の訴訟の経過から見て、そのような釈明義務が認められるか否かである。

本件は、平成一六年三月一七日に訴えが提起され、第一審においては、Yには当初から弁護士が訴訟代理人となり、五回の口頭弁論期日と七回の弁論準備手続期日における審理が重ねられて、平成一八年三月三日にYの主張が認められずにY敗訴の第一審判決がされ、Yが控訴した。その控訴審である原審においては、二回の口頭弁論期日と五回の弁論準備手続期日における審理が重ねられて、平成一九年四月一七日に弁論が終結され、同年六月二六日の原判決に至った。原審においては、多数意見の引用するT神社事件が本件と同一裁判体で併行して審理された時期があるが、同事件においては、砂川市が神社敷地として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、Yは市有地の譲与が違憲ではないとして争っていたのである。以上のような訴訟の経過から見ると、Y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との抗弁を主張する機会は

十分あったといわざるを得ない。しかし、記録を調べても、Yがこのような主張をした形跡は見当たらない。

多数意見は、上記のようなT神社事件の審理経過からみて、原審は他の手段が存在する可能性があり、Yがこうした手段を講ずる場合があることを職務上知っていたとし、このことを釈明権を行使すべき一つの根拠としている。しかし、他の手段が存在することは、原審裁判所が知っている以上に、ほかならぬY自身が知っていたものであり、Yがこのことを主張しようとするればその旨の主張をすることに何の障害もなかったことは明らかであるにもかかわらず、Yはそのことを主張していないのである。また、上告理由書においても、その点について何らの言及もない。このような場合にまで上記のような抗弁を主張するか否かを釈明すべき義務があるとするのは、当事者主義に立つ訴訟の原則から見て、採用し難い見解である。本件が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。したがって、この点について、原審に釈明義務違反があることはできない。」

〔評 釈〕

本判決の結論に賛成する。

一 本判決の意義

本件訴訟の原審においては、本件利用提供行為の違憲性

を解消するための手段として、もっぱら本件使用貸借契約の解除ならびに本件神社の撤去および土地明渡し（以下、「神社の撤去」という）のみがXらによって主張され、本件土地の全部または一部の無償の譲与、有償の譲与、適正時価による貸し付けなどの他の方法に関しては、Yの側から主張がなされたり、原審において検討されたりした形跡はない。これに対し、本判決は、原審は、こうしたその他の方法について、当事者に対して積明権を行使すべき義務があったにもかかわらず当該義務を行使しなかったため、原審の審理手続には積明義務不行使の違法があったとの判断を示した。このような本判決の結論だけをみると、本判決は、裁判所が積極的積明（消極的積明ではなく）をしなかったことが積明義務違反となるかという古くからの問題について、最高裁として、積極的に肯定する姿勢を鮮明にしたものとして捉えることもできないではない。しかし、本件事件には、以下のような固有の特殊な事情が存在するのであり、そのような抽象化した一般的な見方は、必ずしも適切ではないように思われる。

第一に、本判決自身が述べているように、本件の原審は本件と併行して本件と当事者および争点をほぼ同じくする市内の別の神社（富平神社事件⁽²⁾）をめぐる住民訴訟を審理

しており、同訴訟においては市有地上に神社施設が存在する違憲・違法状態（以下、単に「違憲状態」という）を解消するために、その市有地を町内会に譲渡する手段の憲法適合性が議論されていた。したがって、原審は、同訴訟の審理を通じて、本件においても、そのような他の手段が存在する可能性があることを職務上知っていた。第二に、上記の事情に鑑みると、原告であるXらおよび被告であるYにおいても、裁判所からの積極的積明を待つまでもなく、こうしたその他の手段を講ずる余地があることを知っていたか、少なくとも当然に知りうる状態にあった。第三に、本件では、政教分離原則を貫徹して違憲状態を解消するための手段として、原告の申立てにかかる本件神社の撤去および土地明渡請求という最も直接的な手段をとろうとする場合には、他方において、国民の信教の自由に対する圧迫・干渉という別の憲法価値の侵害を招来するおそれがあった⁽³⁾。第四に、本件は住民訴訟であり、訴訟の結果が広く住民全体の利害に及ぶという意味で公益にかかわるものである⁽⁴⁾ので、一定程度の裁判所の後見的な介入が期待される事件であった。このように、本件には通常の訴訟とは異なる特殊な事情が種々みられる。

こうした本件訴訟に固有の特殊な事情を考えると、本判

決をもって、最高裁が積極的釈明について広く釈明義務を認める立場を鮮明に打ち出したと考えることは早計である。むしろ、本判決における釈明義務違反に関する判示部分は、本件に固有の特殊な事情が考慮された結果としての、いわゆる事例判例とみるべきであろう。したがって、本判決の判例としての射程は短いものと考えられる⁽⁵⁾。本判決の評釈にあたっては、こうした本判決の特殊性を踏まえておく必要がある。しかし、他方において、本判決には、評釈において一般化して議論することが可能である問題も含まれている。以下、後者を主として念頭に置いて、検討していくことにしたい。

二 釈明義務に関する学説

釈明権または釈明義務の種類については、さまざまな異なる観点から多様な分類が試みられている。その中でも、中野貞一郎教授が提唱された消極的釈明と積極的釈明という二分類は、釈明権および釈明義務に関する当事者と裁判所の関係のあり方を問うものである⁽⁶⁾。ここにいう消極的釈明とは、当事者が積極的に特定の申立てや主張等を提出しているが、それらに不明瞭・矛盾・欠缺・不用意などがある場合において、当事者の訴訟行為を補充するための釈明

をいう。これに対し、積極的釈明とは、当事者が行った申立てや主張などが事案について不当または不適當である場合や当事者が適当な申立てや主張などをしない場合に、裁判所が積極的に示唆または指摘を行う当事者の訴訟行為を是正するための釈明をいう。もちろん、すべての釈明が消極的釈明と積極的釈明とに截然と分類できるわけではないし、また厳密な形で分類すること自体に生産的な意味があるわけでもない。しかし、典型的な場合や実務に登場する多くの場合を想定すれば、両者は、裁判所の公平・中立のあり方に関して異質であり、釈明権の限界および釈明義務の範囲を考察するうえでは、有用な分類であるといえよう。もちろん、本件の評釈との関係で問題になりうるのは、積極的釈明における釈明義務の範囲である。

それでは、消極的釈明における釈明義務（以下、「消極的釈明義務」という）と積極的釈明における釈明義務（以下、「積極的釈明義務」という）とは、それぞれのよう異なるのであろうか。まず、前者の消極的釈明義務の有無については、これを処分権主義や弁論主義と結びつけて、当然のものとして肯定する立場が一般的である。たとえば、中野教授は、「当事者の申し立てない事項・範囲にわたる判決をなしえず、判断資料たる事実・証拠も当事者の提出

にまたねばならない（弁論主義）民事訴訟にあっては、判決をなすうえに重要な申立て・主張等がなされても、それらに不明瞭・矛盾・欠缺・不用意が存する以上、これを放置したまま判決をすることはできない道理であり、このような場合における消極的釈明権の不行使が違法であることは、多言を要しない⁽⁷⁾とする。また、コンメンタールの解説において、たとえ弁論主義を厳格に解して裁判官の公平・中立を重視する立場に立つたとしても、事実主張に関する矛盾・不正確・誤謬を指摘してその是正の機会を与える消極的釈明は、当然に行わなければならない旨を記述しているものもある⁽⁸⁾。このように、消極的釈明義務については、当然に認められるものとされる。

筆者も、消極的釈明義務が当然に認められるという結論には異論はない。ただし、すでに複数の学説によって指摘されてきているように、消極的釈明義務が処分権主義や弁論主義に由来するという理解は、やや狭量にすぎよう⁽⁹⁾。たしかに、処分権主義や弁論主義との関係では、裁判所による釈明は、これらを実質化しかつ補完する意味がある。しかし、人事訴訟のように処分権主義や弁論主義が制約されている事件類型でも消極的釈明義務が観念されうることもかからも分かるように、処分権主義や弁論主義との関係に尽き

るものではない。消極的釈明義務は、あらゆる訴訟事件においてその保障が要求されるべき高次の権利である当事者の「弁論権」を担保するものであり、処分権主義か職権調査主義かあるいは弁論主義か職権探知主義かという枠組みを超えて、より普遍的な適用性と妥当性を有する適正手続の保障手段として理解すべきである。

他方、積極的釈明義務であるが、こちらについては、多元的なファクターを総合的に考慮して、これが認められるかどうかを判断すべきものとする立場が有力である。具体的には、①判決における勝敗の蓋然性（その蓋然性が高い場合には、釈明義務を認める方向に働く）、②当事者の申立て・主張における法的構成の当否（法的性質決定の選択が不相当である場合や、適用されるべき実体法規についての法的見解が裁判所と当事者との間で食違がある場合には、釈明義務を認める方向に働く）、③当事者における期待可能性（当事者が裁判所から釈明されなければ適切な申立て・主張立証ができないようであれば、釈明義務を認める方向に働く）、④当事者間の公平（釈明をすることが当事者の公平を著しく害する結果になるようであれば、釈明義務を認めない方向に働く）、⑤その他の要素（釈明をすることにより抜本的紛争解決を一回で図りうることは、釈

明義務を認める方向に働く。訴訟の完結を著しく遅延させることになることは、**積明義務を認めない方向に働く**（な）⁽¹⁰⁾などが挙げられる。

かりに、これらのファクターを本件にあてはめてみると、本件では、①、②、⑤が関係するであろう。まず、①であるが、本件では神社の撤去のみが主張・審理された結果として請求が認容されているが、その他の違憲状態の解消手段が指摘されていれば請求棄却の判決となった可能性がある。また、本件の違憲性を解消する手段として神社の撤去のほかにもその他の方法がありうるかどうかということは法的構成に関する問題であるから、②のファクターにも該当する。さらに、本件では、すでに述べたような本件の特殊な事情が存在するから、①ないし④には含まれないファクターということ、⑤も認められる。このように、多元的なファクターを総合的に考慮するという立場を前提にすると、本判決が本件において**積極的積明義務を認めた**ことは、相当であったということになる。

三 積極的積明義務

しかし、上述した①ないし⑤のような多元的なファクターをもって、**積極的積明義務の有無を判断する**という考え

方には疑問も多い。①ないし⑤に挙げられているファクターはいずれも抽象性が高く、しかもこれらを多元的に考慮するということになれば、およそ**積極的積明義務の有無が問題になるような多くの事件**においては、これらのファクターのいずれかは該当することになるものと思われる。つまり、これらを基準として掲げたところで、**積極的積明義務の有無に関する判定は依然としてこれを判断する者の広範な裁量に委ねられることになり**、当事者や事実審裁判所にとつて**予測可能性を欠くこと**に変わりはなく、**基準としての機能は期待できない**。結局のところ、これらのファクターは、**現実に積極的積明がなされた事件の事後的な分析には使えても、積極的積明義務の有無を事前に判断するための基準としては、さほどの意味をもたない**ように思われる。

また、いくつかのファクターについては、その考え方に**対して疑問がある**。たとえば、①であるが、このファクターは、「**当然勝たせるべき者を勝たせ負けさせるべき者を負けさせる**」という思想に基づき、各ファクターの中でも**重要性が高いとされる**。しかし、何をもって「**当然勝たせるべき者**」とするかは、それが**自明である事件では問題がないとしても、事件によっては判断者ごとに異なりうる**場

合があり、裁判官の公平・中立という観点からは、最も危険性をもったファクターともいえる。裁判官の釈明ひとつで勝敗が逆転するという事態は、それによって敗訴する当事者の視点からすれば、裁判所の公平・中立に対する不信につながりかねないからである。そのように考える場合には、①のファクターは、むしろ釈明権の行使を差し控えるべき場合であり、まして釈明義務は認められないことになろう⁽¹¹⁾。根底には、民事訴訟における正義や真実の相対性をどのように考えるか、裁判官の中立的なアンパイアとしての地位をどのように考えるか、当事者の自己責任をどのように考えるかなどの根本命題があり、単純素朴に「当然勝たせるべき者を勝たせ負けさせるべき者を負けさせる」といって割り切ることはできない⁽¹²⁾。また、③の期待可能性は、運用の仕方によっては、準備不足や勉強不足の当事者に裁判所が助力することを認めることにつながりかねない。ここでも、問われるべきは、なにをもって期待可能性がないというべきかであり、判断者によって見解が分かれうるるところであろう。

もともと、積極的釈明は、裁判所に対して求められる公平・中立の要請と高い緊張関係にあり、慎重な行使が望まれる。さらに、訴訟追行に関する当事者責任を稀釈し、当

事者に対する圧力によって実体的真実を枉げ、当事者の公平を害する結果ともなりうるとの指摘もある⁽¹³⁾。したがって、少なくとも事実問題に関する積極的釈明については、原則としては、釈明義務はないものと解すべきものである。例外的に、積極的釈明に釈明義務が認められるのは、釈明をしないとすると著しく当事者間の公平を欠く場合に限られるものと思われる。ただし、以上は、事実問題に関する積極的釈明、換言すれば攻撃防御方法に関する積極的釈明について妥当するものであり、法律問題や法的観点に関する積極的釈明については、これとはまた別の考慮を要する。そして、筆者は、従来、法律問題や法的観点に関する積極的釈明として位置付けられてきた問題の多くは、釈明義務とは別のカテゴリーとしての法的観点指摘義務の問題として再構成されるべきであると考えており、本件はまさにこうした意味における法的観点指摘義務の問題とすべき事例であると考えられる。

四 法的観点指摘義務

裁判官は法的観点指摘義務を負っているとの考え方は、現在では、学説における有力な立場であるといつてよいであろう⁽¹⁴⁾。法的観点指摘義務は、当事者が看過した法的観点

または重要でないと考えた法的観点を適用しようとする場合には、その法的観点を指摘して当事者に意見表明の機会を与えなければならぬとするものである。伝統的には、手続保障は事実に関する局面で問題にされることが多く、法の適用は裁判所の専権に属するものとして手続保障の文脈で顧慮されることは少なかった。しかし、法的観点や法律問題について、裁判所と当事者が認識を共有しない場合には、当事者にとって不意打ちや攻撃防御の機会の喪失が生じるおそれがあり、また、ときには当事者が無益な攻撃防御に時間と労力を費やすことになりかねない。すなわち、裁判官に当事者との間における法的観定の共有義務を課すことは、単純な手続法上の問題にとどまるものではなく、憲法が定める基本的人権としての裁判を受ける権利とも密接に関連するものであり、民事訴訟における手続保障の根幹をなすものと考えられる¹⁵。このようなことから、法的観点指摘義務は積極的に肯定されるべきである。

法的観点指摘義務は、裁判所と当事者が適切に法的観点を共有して訴訟を進行し、裁判所が適用しようとする法的観点について当事者に意見表明の機会を与え、裁判所が採用した法的観点を前提に当事者に攻撃防御を尽くさせることを内容とするものであるから、弁論主義が適用される事

件であると職権探知主義が適用される事件であるとを問わず、あらゆる民事訴訟において広く妥当する。換言すれば、当事者の手続権という高次の価値の保障を担保するものと考えられる。積明義務との関係については、積極的積明義務の一種と解することも可能である¹⁶。しかし、次の理由により、積明義務とは別の義務として捉えるほうが望ましいと考える¹⁷。第一に、積極的積明は、当事者に攻撃防御方法の提出を勧告する意味が強い¹⁸のに対し、法的観点指摘は、手続の透明性を確保して当事者に対する不意打ちを防止する意味が強い¹⁸。第二に、積極的積明は、当事者における攻撃防御方法の提出の場面にかかわるのに対し、法的観点指摘は、その前提としての攻撃防御方法の提出が適切に行われるための基盤にかかわるものである。第三に、積極的積明（とくに新たな攻撃防御方法を示唆する積極的積明）は、当事者の自治領域（弁論主義）に介入するので裁判官の公平・中立に対する深刻な疑義を惹起するが、法的観点指摘は、もともと裁判官の専権に属する法的判断の領域の問題であるので裁判官の公平・中立に対する疑義は相対的に低い。第四に、以上のようなことから、法的観点指摘義務は積極的積明義務と比較して義務性がより強いものとして構成すべきである¹⁹。このように、法的観点指摘義務と積明義

務を別の義務として捉える考え方に対しては、事実問題と法律問題の峻別の困難性を根拠として否定的に解する見解もありうる⁽²⁰⁾。しかし、事実審裁判所の行為規範としては、法的観点の指摘あるいは共有の限度にとどめておいて、それに基づく主張または立証を促すことまでは控えることは可能であるし、上告審における評価規範としても、事実問題に関する釈明義務とは切り分けて、法的観点指摘義務の懈怠を問題とすることは可能である⁽²¹⁾。

ところで、本件事案では、Xらは、違憲状態を解消する手段として本件土地に関する本件使用貸借契約の解除および本件神社の撤去および土地明渡しのみを主張していたのに対し、原審においては、本件土地の全部または一部の無償の譲与、有償の譲与、適正時価による貸し付けなどの他の方法（以下、「その他の方法」という）によっても違憲性を解消できることを当然に認識していたものと思われる。当事者であるXらやYにおいて、その他の方法による違憲状態の解消の可能性がどの程度認識されていたかは必ずしも明らかではないが、少なくとも違憲状態の解消の方法という法律問題について、裁判所と当事者の間で認識の相違があり得た状況である。したがって、原審としては、法的観点指摘義務に従って、違憲状態の解消手段に関する法的

観点について当事者と認識を共有しておくべきであったと解される。本判決は、これを釈明義務違反という形で処理したが、私見では、法的観点指摘義務違反ということになる。このように釈明義務違反とは別に法的観点指摘義務違反を観念することのメリットは、一方で、事実問題は積極的釈明義務の問題としてその抑制的な運用を求め、他方で、法律問題は法的観点指摘義務の問題として切り出し、強い義務性を求めることにある。いずれにせよ、本判決が、原審がその他の方法の可能性について当事者と認識を共有する作業をしなかったことを違法としたことは、結論においては筆者としても異論のないところである。

五 補足意見および反対意見について

最後に、何人かの裁判官による補足意見および反対意見に表れた本件における釈明義務に関する考え方についても、簡単に検討を加えておきたい。

まず、田原睦夫裁判官の補足意見である。同意見が、もっぱら弁論主義と職権探知主義の関係を軸に議論を展開している点には違和感を覚える。本件では、証拠資料や新たな事実主張などの訴訟資料の提出が問題になっているわけではなく、違憲状態の解消手段に関する法律上の考え方を当

事者に示して、その点について審理を尽くすべきではなかったかが問題となっている。したがって、訴訟資料の提出責任に関する弁論主義と職権探知主義をめぐる同意見の議論は、やや的外れの感を否めない。また、同意見には、積極的釈明義務と職権探知義務の関係について、なにがしかの混同があるのではないかと思われる。すなわち、同意見が強調している職権探知義務は、あくまでも事実資料の収集にかかわる局面で問題になるものであり、本件で問われている法的観点を共有することの必要性とは異質の問題であるからである。

次に、近藤崇晴裁判官の補足意見である。同意見は、「Yは、違憲状態を解消するために上記撤去等の請求以外に手段があるという主張をしていなかったのであるが、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、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ごとしてこの点を検討する必要があったというべきである」という。しかし、釈明権は、本来、当事者の主張の真意を確認したり（消極的釈明）、あるいは新たな主張を促す（積極的釈明）ものであって、当事者の主張がなくても裁

判所が検討するというのは、釈明権の範疇を超える。おそらく、同意見の背後には、本件で問題になっているのが法律問題であり、法律問題は裁判所の専権に属するので、当事者の主張がなくても検討が可能であるという含意があるのである。なお、同意見は、さらに、他に手段方法があるかどうかについて、立証責任の負担に関して請求原因説と抗弁説があるとして論を進めているが、この点もやや不可解である。本件で問題となっているのは、事実問題ではなく法律問題であり、要件事実にあたるものがあるわけでもないで、請求原因か抗弁かを論ずる意味はないように思われる。

最後に、今井功裁判官の反対意見であるが、同意見は、「他の手段が存在することは、原審裁判所が知っている以上、ほかならぬY自身が知っていたものであり、Yがこのことを主張しようとするればその旨の主張をすることに何の障害もなかったことは明らかであるにもかかわらず、Yはそのことを主張していない」ことを理由として、原審に釈明義務はなかったとする。かりに、ここで問われているのが事実主張にかかわる問題であれば、あるいはこのようにいうこともできよう。しかし、本件で問題となっているのは当事者が主張する法律構成と裁判所が指摘すべき法律

構成の乖離であり、裁判所としては、考えうる法律構成を指摘してその観点からの充実した審理を遂げるべきであった事案であるから、同意見のように考えることは適切性を欠くように思われる。

- (1) 本判決では、砂川市の行為が憲法八九条および二〇条一項後段に違反するかという憲法上の問題と、原審の審理に釈明義務違反があったかという訴訟法上の問題が判断されているが、本評釈は、その後者のみを取り上げるものである。したがって、以下の「事実」および「判旨」についても、後者の評釈に必要な範囲に限定する。
- (2) 富平神社事件の最高裁判決（最大判平成二二年一月二〇日）については、判時二〇七〇号四一頁参照。
- (3) 近藤崇晴裁判官の補足意見参照。
- (4) 田原睦夫裁判官の補足意見参照。
- (5) 判時二〇七〇号二五頁・判タ一三一八号六三頁・判例自治三二九号二四頁における匿名コメント参照。
- (6) 中野貞一郎「弁論主義の動向と釈明権」同『過失の推認（増補版）』（弘文堂・一九八七年）二二〇頁参照。
- (7) 中野・前掲注(6)二二三頁。
- (8) 秋山幹男ほか『コンメンタール民事訴訟法Ⅲ』（日本評論社・二〇〇八年）二六六頁。
- (9) 竹下守夫「判批」民事訴訟法判例百選（第二版）一六

八頁・一六九頁、山木戸克己「弁論主義の法構造」同『民事訴訟法論集』（有斐閣・一九九〇年）二二二頁、新堂幸司『新民事訴訟法（第四版）』（弘文堂・二〇〇八年）四二八頁、高橋宏志「弁論主義」同『重点講義民事訴訟法（上）』（有斐閣・二〇〇五年）三九七頁等参照。

(10) 中野・前掲注(6)二二三頁、秋山ほか・前掲注(8)二七〇頁参照。

(11) 園田賢治「釈明義務違反による破棄差戻しについての一考察」九大法学八一号（二〇〇〇年）三二七頁・三四七頁は、事案の真相に合致していないという理由で釈明義務違反による破棄差戻しが認められるとなると、事実および証拠の提出は事実審の口頭弁論終結時までというルールの下で真剣に争ってきた相手方との関係で、問題を生じるとする。

(12) 高橋・前掲注(9)三九七頁参照。

(13) 中野・前掲注(6)二二三頁参照。

(14) 徳田和幸「法領域における手続権保障」同『フランス民事訴訟法の基礎理論』（信山社・一九九四年）八六頁、山本和彦『民事訴訟審理構造論』（信山社・一九九五年）一四三頁・一六九頁・二六〇頁、原竹裕「訴訟物理論と法的観点指摘義務―変額保険訴訟における適用規範の透明化を例として―」一橋論叢二二一卷一号（一九九九年）三七頁、納谷廣美「法的観点指摘義務」石川明先生古稀祝賀『現代

社会における民事手続法の展開〔上巻〕(商事法務・二〇〇二年)五七五頁等参照。

(15) 納谷・前掲注(14)五七八頁参照。

(16) 竹下守夫Ⅱ伊藤眞編『注釈民事訴訟法(3)』(有斐閣・一九九三年)七〇頁(伊藤眞)は、法的観点指摘義務は弁論主義を補完する釈明権行使の一態様として認められるとする。立法史的には、わが国の現行の民事訴訟法の規定は「法律上の事項」についても釈明権を認めているが(一四九条)、同規定の前身である旧民訴法一二七条の立法当時において、裁判所は当事者の法律上の陳述についても釈明義務を負い、当事者と討論する必要があることが認められていた。小林秀之「釈明と法的観点指摘義務」法セミ五九五号(二〇〇四年)一〇四頁参照。

(17) 納谷・前掲注(14)は、法的観点指摘義務は、法的審問を求める基本権と同様に裁判所による不意打ち判決からの保護の要請に基づく制度的義務であるから、当事者が主体的に活動する領域の事項である訴訟資料の収集を後見的に補完する釈明義務とは、機能する局面を異にするとする。また、阿多麻子「法的観点指摘義務―裁判官の行為準則として」判タ一〇〇四号(一九九九年)二六頁は、法的観点指摘義務においては、裁判所が自己の有する法的観点を指摘し、当事者との間で法的討論を行うことに重点があり、当事者の意向が優先する弁論主義とは異なり、また、それ

がゆえに、法的観点指摘義務の要件や効果は、事実に関し行われる釈明義務とは自ずから異なる部分があるとするとする。

(18) 原竹裕「裁判官の法的観心の指摘と心証の披瀝」青山善充・伊藤眞編『民事訴訟法の争点(第三版)』(有斐閣・一九九八年)一八八頁参照。

(19) 原・前掲注(18)一八九頁参照。

(20) 園田・前掲注(11)三五八頁は、上告審から見て「法的観点を指摘するべきだった」といえるのか、「ある法的観点に基づく主張・立証を促すべきだった」といえるのかを区別することは難しいと述べる。しかし、それは、裁判所が法定観点を指摘するにとどめ、主張や立証を促すことを控えることで可能である。

(21) 事実問題と法律問題の区別が難しい場合がありうることは否定できないが、事実審と法律審の機能分担を定める民事訴訟法は、両者の区別が可能であることを原理的な前提としていることを忘れてはならない。

三木 浩一