

〔論 説〕

政教分離訴訟としての 3号住民訴訟の現状と可能性

杉 原 丈 史

はじめに

I 3号住民訴訟の特徴

II 政教分離訴訟としての3号住民訴訟をめぐる現状分析

III 政教分離訴訟としての3号住民訴訟の可能性をめぐる批判的検討

おわりに

はじめに

政教分離違反は様々な訴訟形式を通じて争われているが、その重要な一角を担ってきたのが住民訴訟であることに異論はないであろう。自治体住民という地位のみに基づいて提起される客観訴訟である点を活かして、これまで全国各地において数多くの住民訴訟が提起され、判例も活発に形成されてきている。

従来の政教分離訴訟においては、住民訴訟類型の中でも、地方自治法（以下、「自治法」とする）242条の2第1項4号に基づく住民訴訟（以下、「4号住民訴訟」とする）、すなわち、2002年の同法改正以前は自治体の有する損害賠償請求権の代位訴訟、改正後は同請求権行使の義務付け訴訟が、その大半を占めてきた。しかし、近年、後に取り上げる空知太神社事件の上告審判決から差戻上告審判決に至る一連の流れを受けて、同3号に基づく、怠る事実の違法確認訴訟（以下、「3号住民訴訟」とする）に注目が集まることとなった。そこでは、この訴訟形式の特性をふまえて、政教分離違反を争う上での利点とともに様々な法的問題点が浮き彫りにされてお

り、それに触発されて、実務・学界の双方から新たな制度運用のあり方も提示されつつある。

そこで、本稿では、4号住民訴訟に比べ、まだまだ十分周知されているとはいえない3号住民訴訟の特徴を簡潔に整理した上で（Ⅰ）、空知太神社事件以前に遡って、政教分離訴訟でこの訴訟形式が用いられた主要な判例を分析し、現状における、政教分離違反を争う住民訴訟類型としての意義と課題を明らかにする（Ⅱ）。次いで、その分析の成果を基に、新たな判例を受け、実務解釈・学説において示された3号住民訴訟の将来的可能性について、批判的に検討していくこととする（Ⅲ）。

なお、同事件の上告審判決においては、訴訟法上の問題の1つとして、3号住民訴訟における証明責任の問題が取り上げられ、個別意見相互で議論の応酬が繰り返されているが、そもそも行政訴訟全体として、証明責任をめぐる実務解釈・学説の動向が一向に収束を見せない状況にある中で、客観訴訟としての特性を有する住民訴訟、とりわけ議論の蓄積のほとんどの3号住民訴訟の証明責任論に取り組むには、現時点で筆者の側に相応の用意も覚悟もできていないため、この点は今後の課題とさせていただきます⁽¹⁾。

I 3号住民訴訟の特徴

3号住民訴訟は、普通地方公共団体の執行機関または職員（以下、「執行機関等」とする）が、公金の賦課・徴収または財産の管理を怠る事実（自治242条1項本文）について、その違法性を確認する訴訟である。

行政事件訴訟法（以下、「行訴法」とする）においては、これ以外にも、

(1) この点を含め、行政法学による、空知太神社事件および後掲の富平神社事件を素材とした総合的検討として、藤原淳一郎「住民訴訟の審理に関する一考察」法研84巻2号（2011年）503頁以下参照。

抗告訴訟として、不作為の違法確認訴訟が設けられているが(行訴3条5項)、両者を比較すると、主観訴訟と客観訴訟という訴訟目的の相違に加えて、不作為の違法確認という訴訟内容自体においても重要な相違がみられる。すなわち、3号住民訴訟における不作為の対象には、公金の賦課・徴収または財産の管理という限定の下ではあるが、公法上の行為にとどまらず、私法上の行為、さらには内部行為や事実行為も含まれる⁽²⁾。さらに、違法性を基礎づける作為義務についても、3号住民訴訟では、法令に基づく申請を前提とせず、したがって応答義務に限定されないため、「行政機関の第一次的判断を経ることなく、裁判所が実体判断を通じて行政機関に一定の作為を義務づける場合がありうる」⁽³⁾。つまり、その違法確認判決には、実質的にみて、2004年の行訴法改正で明文化された義務付け訴訟(同3条6項)に相当する効果が認められることとなる。

なお、怠る事実の基準時については、3号住民訴訟の趣旨が、執行「機関や職員の責任を追及するためのものではなく」、その「積極的な権限の行使を促して地方公共団体の財務上の損害を防止、是正しようとするもの」であることから、事実審の口頭弁論終結時と解されており、この時点までに、怠る事実を是正する行為が実施されたことなどによって、怠る事実が存在しなくなった場合には、訴訟不適法として却下されることとなる⁽⁴⁾。

一方、訴訟手続上の取り扱いに関しては、3号住民訴訟の場合、行訴法上の当事者訴訟に関する規定が準用される(自治242条の2第11項による行訴43条3項の適用に基づく⁽⁵⁾)。もっとも、形式的当事者訴訟を念頭においた規定の大半(行訴39条・40条1項)が、同43条3項により予め準用対

(2) 佐藤英善『住民訴訟』(学陽書房、1986年)214頁〔岡田正則〕。

(3) 園部逸夫監修『実務・自治体財務の焦点④ 住民訴訟』(ぎょうせい、1989年)160頁〔西鳥羽和明〕。

(4) 伴義聖＝大塚康男『実務住民訴訟』(ぎょうせい、1997年)144～145頁。井上元『住民訴訟の上手な活用法』(民事法研究会、2009年)167～168頁も同旨。

(5) 園部逸夫編『最新地方自治法講座④ 住民訴訟』(ぎょうせい、2002年)216頁〔佐藤英善〕。

象から除外されているため、結局、当事者訴訟一般につき抗告訴訟の規定を準用する規定（同41条）が、主な対象となる。中でも、以下の分析にあたって着目すべき規定としては、職権証拠調べ（同24条）および拘束力（同33条1項）が挙げられる。とりわけ後者の準用は、前述した実質的な義務付け訴訟としての効果を担保する点において重要である。

II 政教分離訴訟としての3号住民訴訟をめぐる現状分析

1. 3号住民訴訟により政教分離違反が争われた主要事件

箕面忠魂碑事件

箕面市では、市立小学校の増改築工事に際して、市戦没者遺族会が管理・使用していた忠魂碑を移転する必要に迫られたため、市が、市土地開発公社から土地を取得し、忠魂碑を移設した上で、移設した部分の土地を遺族会に無償で貸与していた。これに対して、市の住民から、市長が、①遺族会に対する、移設部分の土地の使用貸借契約の無効を前提とした、忠魂碑の収去および土地明渡請求、②開発公社に対する、土地売買契約の無効を前提とした、土地引渡しとの引換えによる代金支払請求の2点を怠る事実などについて、3号住民訴訟が提起された。

一審判決（大阪地判昭和57・3・24行集33巻3号564頁）は、忠魂碑を宗教施設と認め、その移設および敷地の使用貸借が憲法89条・20条3項に違反すると判断した上で、以下の通り判示して、①につき怠る事実の違法確認請求を認容した（なお、②についても同請求が認容されたが、ほぼ同旨のため判旨の引用は省略する）。

（6） 行訴40条の本来の規定趣旨につき、南博方＝高橋滋編『条解行政事件訴訟法〔第3版補正版〕』（弘文堂、2009年）713～714頁〔山田洋〕。唯一準用される同2項は、法令に出訴期間の定めがある当事者訴訟について、被告を誤った訴えの救済に関する同15条の準用を定めるものである。

【一審判旨】

「本件使用貸借が憲法89条及び20条３項に違反するから、本件使用貸借は、自治法２条16項によつて無効であるとするほかはない。

そうすると、市は、…土地の所有権に基づいて箕面市遺族会に対し本件忠魂碑を除去して…土地を明け渡すよう求めることができる筋合である。

市の財産を管理する権限と責任とがある被告市長は、右明渡しの請求をすべき職務上の義務があるところ、これをしないことを正当づける何らの主張立証がないから、被告市長は、右請求をすることを違法に怠つており、としなければならない。」

しかし、控訴審判決（大阪高判昭和62・７・16行集38巻６・７号561頁）は、忠魂碑の宗教性ととともに、遺族会の「宗教上の組織若しくは団体」（憲89条）および「宗教団体」（同20条１項後段）への該当性をも否定して、移設および使用貸借を合憲と判断し、よつて、怠る事実の違法確認請求は理由がないとして棄却した（②についても同旨）。上告審判決（最判平成５・２・16民集47巻３号1687頁）も同様の理由からこれを維持した。

大阪地蔵像事件

大阪市は、市営高殿西住宅建替事業にあたり、付近住民により組織された旭区地域振興会高殿連合第三振興町会から、地蔵像の建立のため、市の所有地たる市営住宅の敷地の一部を無償で使用したいとの要望を受けて、行政財産の目的外使用許可（自治238条の４第４項）を行った。この許可に基づき、第三振興町会（後に同振興会高殿南連合第二振興町会に再編された）は、敷地上に地蔵像を建立し、土地を無償で使用していた。また、同第四振興町会からは、町会付近の私有地内に建立されていた地蔵像の移設のため、当時、市が建設を計画していた高殿老人憩の家等の敷地の一部を無償で使用したいとの要望を受けて、憩の家等の運営者かつ市所有の敷地の借地人たる高殿南校下社会福祉協議会に対して、この敷地を第四振興

町会に転貸することを承諾した。この転貸に基づき、第四振興町会（後に同振興会高殿南連合第四振興町会に再編された）は、敷地上に地蔵像を移設し、土地を無償で使用していた。

これに対して、市の住民から、市長が、各町会に対する、使用許可および転貸の承諾の無効を前提とした、地蔵像の撤去および土地明渡請求を怠る事実につき、3号住民訴訟が提起された。

一審判決（大阪地判昭和61・5・30行集37巻4・5号734頁）・控訴審判決（大阪高判平成3・3・26行集42巻3号438頁）とも、地蔵像の宗教性および町会の「宗教上の組織若しくは団体」への該当性を否定して、使用許可と転貸の承諾のいずれも憲法20条3項・89条に違反しないと判断し、よって、怠る事実の違法確認請求は理由がないとして棄却した。上告審判決（最判平成4・11・16判時1441号57頁）も同様の理由から原審判決を維持した。

空知太神社事件

砂川市は、1970年から、その所有する土地を空知太連合町内会に無償で提供していた。連合町内会は、当該土地上において、空知太町民会館を建て、会館の一角に空知太神社の祠を設置し、会館の外壁に「神社」との表示を設けるとともに、鳥居および地神宮も設置していた。これらの神社施設は、連合町内会に包摂される氏子集団によって管理・運営されており、そこで毎年3回の祭事が行われてきた。これに対して、市の住民から、市長が、連合町内会に対する、敷地の使用貸借契約の解除、施設の収去および土地明渡請求を怠る事実につき、3号住民訴訟が提起された。

一審判決（札幌地判平成18・3・3民集64巻1号89頁）は神社施設の宗教施設性を認め、その維持を目的とした土地の無償提供が憲法20条3項・89条に違反すると判断した上で、その違憲性は神社施設を収去することで解消可能であるとして、原告の請求のうち収去請求のみにつき、怠る事実の違法確認請求を認容した。控訴審判決（札幌高判平成19・6・26民集64

卷1号119頁)も、違憲性の根拠について、同20条3項に違反するとともに、同1項後段・89条に規定する政教分離原則の精神に反すると整理し直した上で、一審の判断を維持した。

上告審判決(最大判平成22・1・20民集64巻1号1頁)の多数意見は、神社が宗教的施設である点に加え、氏子集団の「宗教上の組織若しくは団体」への該当性をも認めることで、憲法20条3項を援用せず、専ら同89条・20条1項後段に依拠して違憲と判断しつつも、「職権による検討」という表題の下に次の通り判示して、原判決を破棄し、原審に差し戻した。

【上告審判旨】

1 本件利用提供行為「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うべきである。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…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、上告人には、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、上告人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、上告人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、上告人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、なお上告人において上記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場合に限られるものと解するのが相当である。」

2 「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…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 1、2 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…。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、上告人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。」

3 「そうすると、原審が上告人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というべきである。原審が、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、怠る事実の適否に関する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ものというほかない。」

その後、市長は、氏子集団および連合町内会との協議に基づき、違憲状態の解消のために次の手段を採る方針を策定し、差戻控訴審の口頭弁論においてこれを表明した。(ア)会館の神社表示の撤去、(イ)地神宮からの「地神宮」の文字の削除・「開拓記念碑」等の文字への掘り直し、(ウ)鳥居付近への祠の移設、(エ)適正な賃料(年額3万5000円程度)による氏子総代長への鳥居・祠の敷地の賃貸、(オ)エの敷地の範囲につき、ロープを張る等による外見上の明確化。

これを受けて、差戻控訴審判決(札幌高判平成22・12・6民集66巻2号702頁)は、市長の表明した方針内容が合理的かつ現実的な手段であると認め、怠る事実の違法確認請求を棄却した。差戻上告審判決(最判平成24・2・16民集66巻2号673頁)も、以下の通り判示して、これを維持した。

【差戻上告審判旨】

1 「本件手段が実施されると、それまで無償で利用に供されていた本件賃貸予定地につき、適正な賃料が利用の対価として市に支払われることとなり、また、本件祠と本件鳥居の敷地として利用される市有地の部分が大幅に縮小されるとともに、本件土地1のうち本件賃貸予定地の範囲を外見的にも明確にする措置が執られることにより、本件氏子集団の利用し得る部分が事実上拡大することの防止も確保される上、本件祠の移設、本件神社の表示の撤去、本件地神宮の文字の彫り直し等の措置が執られることにより、本件賃貸予定地以外の部分からは、本件神社の徴表となる物件や表

示は除去されることとなる…。加えて、前記事実関係等によれば、本件賃貸予定地が国道に面しており、本件建物内に保管されていた本件神社に関連する物品等が既に撤去されているため、本件手段の実施後に本件氏子集団が本件祠の移設された本件賃貸予定地において祭事等を行う場合に、本件各土地のうち本件賃貸予定地以外の部分や本件建物を使用する必要はないものといえることができる。これらの事情のほか、本件神社物件の前身である施設は本件土地…が市制施行前の町有地となる前から上記各土地上に存在しており、上記各土地が町有地となったのも、小学校敷地の拡張に協力した用地提供者に報いるという世俗的、公共的な目的によるものであって、本件神社を特別に保護、援助するという目的によるものではなかったといえることも併せて総合考慮すると、本件手段が実施された場合に、本件氏子集団が市有地の一部である本件賃貸予定地において本件鳥居及び本件祠を維持し、年に数回程度の祭事等を今後も継続して行うことになるとしても、一般人の目から見て、市が本件神社ないし神道に対して特別の便益を提供し援助していると評価されるおそれがあるとはいえないというべきである。

他方、本件神社物件を全て直ちに撤去させるべきものとすることは、本件氏子集団がこれを利用してごく平穏な態様で行ってきた祭事等の宗教的活動の継続を著しく困難なものにし、その構成員の信教の自由に重大な不利益を及ぼすことが明らかである。これに対し、前記事実関係等によれば、本件氏子集団は、年額約3万5000円の賃料を負担することによって、本件賃貸予定地において従前と同様の祭事等を行うことが可能となり、本件祠の移設や本件地神宮の彫り直しについても費用負担の点を含めて了承しているというのであるから、本件手段の実施による本件氏子集団の構成員の宗教的活動に対する影響は相当程度限定されたものととどまるということができる。

そうすると、本件手段は、本件利用提供行為の前示の違憲性を解消する手段として合理性を有するものと解するのが相当である。」

２ 「そして、本件手段は、適正な対価による貸付けであるので、その実施には市議会による議決を要するものではなく(地方自治法96条１項６号、237条２項参照)、また、…本件氏子集団の役員会の了解を取り付けた上で策定したものであって、既に本件神社の表示の撤去が実施され、本件祠の移設や本件地神宮の彫り直しも費用負担の点を含めて本件氏子集団の了承が得られており、他方、本件賃貸予定地に係る年額約３万5000円の賃料の支払が将来滞る蓋然性があるとは考え難いことを併せ考えると、本件手段は確実に実施が可能なものといえることができ、その現実性を優に肯定することができる。」

富平神社事件

同じく砂川市では、市の所有する土地が富平神社の敷地とされていたが、この土地は元来、富平町内会の前身たる富平各部落会の実質的な所有地であり、神社施設も、1918年から1968年の間に各部落会によって順次設置されてきたものであった。その一方で、1935年には、この土地は各部落会の要望により小学校教員住宅の建設用地として市へ寄付され、1975年に教員住宅が取り壊された後も返還されずに、部落での共同利用を目的として各部落会およびその後身の町内会へ無償で管理委託されることとなった。なお、神社の維持運営は、地区住民により選任された総代・会計係各１名が行っており、費用は住民からの寄附金や賽銭によって賄われていた。

しかし、2004年９月に提起された住民監査請求に対する監査結果において、結論としては、この土地を神社の敷地として利用させることは政教分離に反しないとしながらも、一部市民に不審を抱かせることから、従前の経緯をふまえて、地区住民に譲与するなどの方策を講ずる必要があるとの意見が付された。これを受けて、市は、町内会と協議の上、2005年４月、地縁団体の認可（自治260条の２第１項）を受けた町内会に対し、市議会の議決を経て、この土地を無償で譲与した。

そこで、先の監査請求を行った住民により、新たな監査請求を経て、市

長が、町内会に対する、土地の譲与の無効を前提とした所有権移転登記の抹消登記手続請求を怠る事実につき、3号住民訴訟が提起された。

一審判決（札幌地判平成18・11・30民集64巻1号183頁）・控訴審判決（札幌高判平成19・8・30民集64巻1号213頁）とも、土地の譲与は、監査意見に従って無償で行われた専ら世俗的なもので、その効果も神社神道を援助、助長、促進するものではないことから、憲法20条3項には違反せず、また、町内会が「宗教上の組織若しくは団体」に当たらないため、同89条にも違反しないと判断し、よって、怠る事実の違法確認請求は理由がないとして棄却した。空知太神社事件と同日付の上告審判決（最大判平成22・1・20民集64巻1号128頁）も、この土地をめぐる前述の歴史的経緯や、住民の信教の自由への重大な不利益などの事情を考慮した上で、憲法20条3項・89条に違反しないと判断し、全員一致により原審判決を維持した。

2. 政教分離違反を争う住民訴訟類型における3号住民訴訟の意義

以上の事件においては、従来、住民訴訟を通じて政教分離違反が問題となってきた公金支出ではなく、いずれも無償による土地の譲与・貸与といった非金銭的な利益供与が争われている⁽⁷⁾。

もっとも、こうした利益供与の前提となる贈与・使用貸借契約が締結される前の段階であれば、住民訴訟の対象となる「当該行為」の1つとして「契約の締結若しくは履行」が挙げられていることから、これらの契約締結行為の違憲性を主張して、自治法242条の2第1項1号に基づき、当該行為の差止訴訟（以下、「1号住民訴訟」とする）を提起することが考えられる⁽⁸⁾。また、契約締結後も、贈与契約に基づく土地の引渡し、所有権

(7) 空知太神社事件差戻上告審判決の評釈である、君塚正臣「判批」新・判例解説 Watch12号（2013年）13頁は、同事件につき、「公金支出が一見見当たらずとも、違憲違法を糾す手段があることを世に知らしめた意義は大きい」とコメントする。

(8) また、大阪地蔵像事件のうち、第三振興町会の事案における目的外使用許可のような行政処分の場合も、これを「当該行為」の1つである「財産の…管理」と捉えて、1号住民訴訟を提起することとなろう。差止請求の対象となる当該行為に権力的行為も含まれる点については、園部監修・前掲注（3）135頁〔濱秀和〕、関哲

移転登記といった個別の履行行為を捉えて、同様に1号住民訴訟が可能である⁽⁹⁾。

しかし、これらの行為が完了してしまうと、少なくとも現行の住民訴訟制度上には、締結された契約やそれに基づく現在の法律関係の違憲性を直接争う訴訟類型は存在しない。すなわち、1958年創設当初の住民訴訟において、自治法旧243条の2第4項に一括して規定されていた請求内容の中には、私法行為も含む「当該行為の…取消若しくは無効…に関する裁判」が挙げられていたが、1965年改正によって、これが同242条の2第1項2号に振り分けられる際に、「行政処分たる当該行為の取消または無効確認の請求」へと限定された⁽¹⁰⁾。その代わりに同年改正では、契約に基づく現在の法律関係を争わせるべく、同旧4号において、自治体の有する実体法上の請求権を住民が代わって行使する代位訴訟を整備するにあたり、損害賠償請求権および不当利得返還請求権にとどまらず、法律関係不存在確認請求権・原状回復請求権⁽¹¹⁾・妨害排除請求権をもその対象に盛り込んだ。しかし、これらの請求もまた、2002年改正において、代位訴訟が、同4号に基づく執行機関等に対する実体法上の請求権行使の義務付け訴訟(以下、「4号住民訴訟」とする)へと変更される中で、不存在確認は1号住民訴訟で、原状回復・妨害排除は3号住民訴訟でそれぞれ対応すべきものとして削除されるに至った⁽¹²⁾。一方、契約の有効性を前提としつつ、その解除

夫『住民訴訟論〔新版〕』(勁草書房、1997年)175頁、併=大塚・前掲注(4)128頁。

(9) 安本典夫「住民訴訟・新四号訴訟の構造と解釈」立命292号(2004年)390頁。なお、空知太神社事件のような使用貸借契約は要物契約のため、貸主側の債務は引渡義務を含まず受忍義務にとどまり、履行行為に対する差止請求の対象にはならないものと解されよう。

(10) よって、注(8)で取り上げた目的外使用許可の場合であれば、この請求を通じて、許可処分自体の違憲性を争うことができる。

(11) これは、契約解除の効果としての原状回復請求権のみならず、契約無効の場合の所有権に基づく返還請求権も含む(併=大塚・前掲注(4)161頁)。なお、西鳥羽和明「四号後段請求の基礎構造(二・完)」民商99巻4号(1989年)532~533頁によれば、裁判例では、むしろ後者の方がこの請求の主な利用形態だったとされる。

(12) 従前の改正の経緯については、その背景も含め、藤原・前掲注(1)520~

を求めることで違憲性を是正しようとしても、住民訴訟には当初から、解除請求権を代位したり、執行機関等にその行使を義務付けたりするような訴訟類型は設けられてこなかった。⁽¹³⁾

その結果、現在では、こうした政教分離違反の無償譲与・貸与は、執行機関等が、その相手方に対し、契約無効を前提として返還請求・登記請求を行う義務や、契約を解除し原状回復請求を行う義務を懈怠しているという不作為状態と再構成されることによって初めて、「怠る事実」のうちの「財産の管理を怠る事実」に該当するものとして、「怠る事実の違法確認」を求める3号住民訴訟の対象となるのである。⁽¹⁴⁾

もっとも、無償貸与の場合であれば過去の賃料相当額につき、また無償譲与の場合であれば土地の時価相当額につき、4号住民訴訟として、それぞれ損害賠償請求を行うよう義務付け訴訟を提起することも考えられる。⁽¹⁵⁾しかし、無償貸与については、仮に過去の賃料相当額が賠償されても、違憲の使用貸借契約に基づく土地利用提供関係自体は解消されないため、政教分離違反の是正という原告住民の目的を果たすことができない。⁽¹⁶⁾一方、無償譲与については、損害賠償がなされれば、実際上は有償譲渡が行われたのと同じ結果となるが、公金支出の場合と同様に、一回的な「当該行為」として、住民監査請求の段階で1年間の期間制限(自治242条2項)がかかってくる。仮にその経過により、監査請求前置主義の帰結として4号住民訴訟が提起できなくなったとしても、違憲の贈与契約に基づいて宗教的活動のために当該土地が所有・利用されている状況に変わりはないことから、やはり原告の上記目的にとっては不十分な争訟手段と言わざるをえない。

こうして、3号住民訴訟は、宗教的活動または宗教団体に対する非金銭

521頁および523頁参照。

(13) 安本・前掲注(9)390頁。

(14) 藤原・前掲注(1)521頁。

(15) 藤原・前掲注(1)530頁注36。

(16) 藤原・前掲注(1)同注は、「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」と述べる。

的な利益供与を目的として締結された契約や、それに基づく現在の法律関係の違憲性につき、間接的にはあれ、住民訴訟を通じて争うことを可能にする、ほぼ唯一の訴訟類型であるということができよう。

3. 政教分離違反を争う訴訟形式としての課題

第1の課題として、3号住民訴訟における請求の特定をめぐるディレンマが挙げられる。

実務解釈によれば、不動産を対象として財産の管理を怠る事実の違法確認を請求するにあたっては、「その管理態様が多様性であり得ることから、当該不動産を特定するだけでは作為義務を特定することができず」、「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の必要である」とされる⁽¹⁷⁾。その結果、原告が作為義務の内容を十分特定できなければ、3号住民訴訟は不適法として却下されることとなる。

しかし、そうして執行機関等が行うべき管理行為を具体的に特定すればするほど、前提となる管理態様の多様性ゆえ、逆にそれ以外の行為を選択する余地が広がっていく。その結果、原告によって特定された管理行為を行わなくとも、他の行為によって代替可能な場合には、前者の不作为は執行機関等の選択裁量の範囲内として正当化され、怠る事実の違法確認請求が棄却されるリスクが生じることとなる。

II 1 に挙げた判例のいずれにおいても、原告により、作為義務の対象となる管理行為が具体的に特定されているが⁸、前提問題たる土地の利用提供を目的とした契約または処分の違憲性自体が否定された結果、怠る事実の違法性判断までたどり着かないケースが多い。数少ない認容例のうち、箕面忠魂碑事件の【一審判旨】においては、選択裁量の問題は明示的には考慮されていない。もっともこの判決では、契約の無効が認められている以

(17) 西川知一郎編『行政関係訴訟』(青林書院、2009年) 284～285頁〔釜村健太〕。

上、代替手段を認める余地がなかったとも考えられる。また、空知太神社事件の一審判決・控訴審判決においては、あくまで原告の特定した複数の管理行為の中での消極的な選択の問題が扱われるにとどまっている。

それに対して、前述したディレンマを初めて正面から顕在化させたのが、同事件の上告審判決である。この判決の多数意見は、一審判決・控訴審判決と同様に、連合町内会への市有地の無償提供を違憲と判断した。だとすれば、自己の財産をめぐるこうした違憲性を解消するために、市長に何らかの管理行為を行う義務があるという点は否定できず、裁量が認められるとしても、あくまでその解消手段としていかなる管理行為を行うかというレベルの選択に限られよう⁽¹⁸⁾。しかし、市長は、原審の口頭弁論終結時まで、違憲性解消のための管理行為を何ら行っていなかった。

にもかかわらず、多数意見は、3号住民訴訟では、原告により特定された財産管理行為の懈怠が違法であるか否かが確認の対象となるという前述の図式に従い、【上告審判旨1】において、違憲性解消手段をめぐる市長の選択裁量を根拠として、「他の合理的で現実的な手段」が存在する場合には、それを考慮してもなお、原告の特定した管理行為を行わないことが裁量権の踰越・濫用に当たる場合に限り違法になると判断した。そして、【同判旨3】において、原審は代替手段の存否に関する審理を十分尽くしていなかったと結論づけて、審理を差し戻したのである。田原裁判官補足意見も、「怠る事実の違法性を解消する…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」には、「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」と述べており、請求の特定の要請に対する最高裁の忠実な姿勢を顕わにしている⁽¹⁹⁾。

(18) 同判決の評釈である飯田稔「判批」亜大45巻1号(2010年)175頁、藤原・前掲注(1)548頁。

(19) 同判決の調査官解説である清野正彦「判解」曹時63巻8号(2011年)1963頁注36もこの意見を支持する。

もっとも多数意見も、違憲性解消をめぐる市長の「絶対的不作為」を選⁽²⁰⁾択裁量の名の下に漫然と追認しようとしていたわけではなく、代替手段につき、合理性に加えて現実性をも要求することで、市の選択の範囲に限定をかけている。しかし、そこでの現実性とは、あくまで当該手段の実現可能性の高さを意味するにとどまり、それが実際に行われていることまでを求めるものではない。現にその後の差戻審でも、最高裁は、【差戻上告審判旨2】において、市長の表明した有償貸付けという代替手段につき、原告が作為義務の対象として特定した、契約解除・施設撤去・土地明渡請求と比べて、「確実に実施が可能なものということができ、その現実性を優に肯定することができる」(傍点は引用者による)と判断した上で、怠る事実の違法性を否定しているのである。

結局、【同判旨2】にある通り、差戻控訴審の口頭弁論終結時点においても、代替手段として市長の提案した管理行為の中で実現されていたのは神社表示の撤去にとどまり、依然として土地の無償貸与の違憲性を解消するには至っていなかったにもかかわらず、こうした「絶対的不作為」の違法性そのものは、怠る事実の違法確認の対象から排除されたまま、原告住民の敗訴により訴訟終了となったのである。⁽²¹⁾

この点をめぐっては、すでに箕面忠魂碑事件一審判決において、原告の特定した①・②の2つの管理行為が相互に論理的矛盾を引き起こす可能性があるにもかかわらず、双方とも怠る事実として違法性が認められた点につき、学説から、「判決の趣旨は、現在の違憲状態の放置が即ち違法に財産の管理を怠る事実に該当するとするところにあると思われ」、原告の特定した複数の管理行為は「違法状態是正措置の一態様として挙げられたとも解し得る」と述べた上で、「仮にこのような措置が特定されずとも」、「是正措置についての行政裁量を肯定した上で、現在の不作為状態の違法性を

(20) 飯田・前掲注(18)175頁。

(21) 差戻上告審判決の評釈である柏崎敏義「判批(下)」会計と監査63巻12号(2012年)43頁は、こうした取り扱いにつき、「法律上の解釈の問題であると処理してしまつてよいのかどうか、疑問なしとしない」とコメントする。

確認することもあり得る」とする先駆的な見解が示されていたが⁽²²⁾、空知太神社事件上告審判決を契機として、政教分離違反を理由とした財産の管理を怠る事実の違法確認訴訟においては、請求の特定性を緩和し、違憲性を解消するために何らかの財産管理行為を行わないという程度で足りると解する立場が多数を占めるに至っている⁽²³⁾。こうした解釈は、行政訴訟において、義務付け訴訟の対象となる「一定の処分」(行訴3条6項)をめぐって抽象的義務付けを認める見解が有力に展開されており、また、同じ住民訴訟においても、1号住民訴訟の事案ではあるが、最判平成5・9・7(民集47巻7号4755頁)をリーディングケースとして包括的差止請求が認められてきたことを受けて、同様の考え方を3号住民訴訟に取り入れたものと位置づけられる⁽²⁴⁾。さらにその中からは、「訴訟物の動態的把握」という新たな理論構成も打ち出されている。すなわち、訴え提起の段階では、前述の通り請求の特定性を緩和しつつ、審理の過程において具体的な違憲性解消手段を明らかにし、最終的に口頭弁論終結時点で怠る事実の違法性を構成する作為義務の内容を整理することによって、既判力の客観的範囲としての訴訟物が確定されるというのである⁽²⁵⁾。

このように請求の特定性の緩和という解釈を採用すれば、空知太神社事件のような事案においても、違憲性の解消をめぐる自治体の「絶対的不作為」そのものを怠る事実と捉えて、その違法性を判決により確認することができる。その結果、3号住民訴訟において請求の特定の要請がもたらす前述のディレンマが克服されることとなるのである。

(22) 仲江利政編『住民訴訟の判例と実務』(ぎょうせい、1988年)383～384頁〔曾和俊文〕。

(23) 飯田・前掲注(18)175頁、藤原・前掲注(1)525頁のほか、同判決の評釈として、中込秀樹「判批」自治体法務研究22号(2010年)58頁、山下竜一「判批」平成22年度重判(ジュリ1420号)(2011年)68頁、土田伸也「判批」地方自治判例百選〔第4版〕(2013年)170頁、差戻上告審判決の評釈として、市川正人「判批」判時2166号(2013年)152頁注14。

(24) 藤原・前掲注(1)525～526頁、山下・前掲注(23)同頁、土田・前掲注(23)同頁。

(25) 藤原・前掲注(1)525頁。

そこで、政教分離違反を3号住民訴訟で争う場合に、このような解釈を裏付ける理論的根拠が問題となるが、それについては、特定性の緩和を支持する立場から、この場合の怠る事実の違法確認請求が、あくまで自治体が違憲性の解消を怠っていることを主たる争点とするものであって、具体的にどのような解消措置を怠っているかについては副次的な問題にとどまるという指摘がなされている点に注目すべきである。⁽²⁶⁾ 政教分離訴訟としての3号住民訴訟におけるこうした係争目的の特性は、住民訴訟の対象となる「財務会計行為」につき、争われる違法の性質という観点から分析した学説によって、次のように理論的に説明されている。すなわち、住民訴訟における違法には、「地方公共団体の組織の財産を保護することそれ自体を目的とする法規範」である「狭義の財務会計法規」違反に加えて、憲法89条を典型とする、「地方公共団体の財産の処分あるいは地方公共団体への財産の分配を直接の対象・主題とする決定を行う際に、社会全体に生じる利益・不利益を適正に考慮することを要請する法規範」である「広義の財務会計法規」への違反が含まれる。「狭義の財務会計法規」が、財産管理権限ないし処分決定権限を有する者として特定された機関・職員による「特定された財務会計行為」を規律するのに対して、「広義の財務会計法規」は、「特定された財務会計行為を包含する、より包括的に捉えられた財務会計行為」を規律する。⁽²⁷⁾ それゆえ、「広義の財務会計法規」違反を争う住民訴訟においては、こうした「包括的な財務会計行為」を基準として請求の特定性を考えればよいということになる。⁽²⁸⁾

(26) 飯田・前掲注(18)同頁、中込・前掲注(23)同頁。藤原・前掲注(1)同頁の唱える「訴訟物の動態的把握」は、まさにそうした争点としての序列をそのまま理論化したものということができよう。

(27) 南＝高橋編・前掲注(6)155頁〔山本隆司〕。憲法89条に違反する「包括的な財務会計行為」の例として、「ある地方公共団体がある地鎮祭のために財産を費消する行為」が挙げられている(同頁)。

(28) 南＝高橋編・前掲注(6)183頁〔山本〕。ただし、3号住民訴訟の被告たる執行機関等を決定する際には、「包括的な財務会計行為」が包含する「特定された財務会計行為」が基準となる(同163頁〔山本〕)。

第2の課題として、怠る事実の対象とされる「財産の管理」（自治242条1項）の範囲をめぐる解釈上の制約が挙げられる。空知太神社事件上告審判決の調査官解説によれば、まず、原告により対象の1つとされた契約解除請求権について、自治法上の「財産」（同237条1項）の1つをなす「債権」（同240条1項）が、金銭給付目的に限定されていることから、「財産の管理」への該当性が否定される⁽²⁹⁾。また、財産の無償譲与や有償譲渡についても、「住民訴訟が地方公共団体の財産の維持、保全を目的とする以上」、「公有財産性を喪失させる手段」を「財産の管理」と解することも許されないとされる⁽³⁰⁾。こうした制約の下では、仮に前述した請求の特定性の緩和を行ったとしても、これらの手段がそもそも怠る事実の対象とならないのであるから、違憲性解消のためにとるべき管理行為の範囲には含みえないこととなる。しかし、3号住民訴訟で宗教的活動に対する土地の継続的な利用提供が争われる場合、「政教分離の徹底」を図るという観点からすれば、契約解除請求権の行使（その結果としての土地明渡請求）はもちろんのこと、無償譲与や有償譲渡もまた有効な選択肢となりえよう⁽³¹⁾。

これに対して、学説からは、まず契約解除請求権をめぐる「厳格解釈」につき、「法242条1項が指示する法9章の諸概念は、元来住民訴訟の対象を画する趣旨で定められたものではなく、こうした諸概念を受ける法242条1項の列举も、住民訴訟の対象として相応しい事項とそうでない事項を区別する基準としては、あまりにも大まかな定めである」との根源的な批判がなされている。また、前述の通り、2002年改正以降、原状回復請求については3号住民訴訟で対応すべきとされてきたが、この「厳格解釈」に従えば、「不動産の所有権移転登記抹消請求や引渡請求が、法237条・238条・242条1項にいう『公有財産』の『管理』に当たるのか、明確でない」ため、現在の運用にも矛盾を来すことになってしまう。よって、これらの概念に

(29) 清野・前掲注(19)1954頁注2。司法研修所編『改訂 行政事件訴訟の一般的な問題に関する実務的研究』（法曹会、2000年）368頁も結論同旨。

(30) 清野・前掲注(19)1963頁注36〔1964頁〕。

(31) 山下・前掲注(23)68頁。

については、「柔軟に広く解釈すべき」ものとされる⁽³²⁾。

一方、「公有財産性を喪失させる手段」をめぐる解釈上の制約については、前述した財務会計法規の性質の相違に関する学説の分析を援用することで、克服できるのではないかと考えられる。すなわち、確かに「狭義の財務会計法規」に照らして、特定の財産を処分する行為の懈怠が違法とされる事態はまず想定できない。しかし、「広義の財務会計法規」たる政教分離規定への違反を理由として、財産の管理を怠る事実が争われる場合には、違憲性を解消するための管理行為の懈怠という、より包括的なレベルの不作为が対象となる。よって、無償譲与や有償譲渡が解消手段として適切な行為と解される場合には、それらの不作为も包含されるべきであろう。

Ⅲ 政教分離訴訟としての3号住民訴訟の可能性をめぐる批判的検討

1. 違憲性解消手段の合目的的選択をめぐる「フォーラム」としての活用可能性

Ⅱ 3で明らかにしたように、3号住民訴訟における請求の特定をめぐるディレンマの問題性を顕わにした空知太神社事件上告審判決に対して、多くの批判が寄せられる中で、多数意見が政教分離違反の解消手段の選択をめぐる審理を原審に差し戻した点を逆に評価し、そこに政教分離違反を3号住民訴訟によって争う場合の可能性を見出す学説が現れている。

それによれば、原審に差し戻された、政教分離違反の解消手段の選択をめぐる判断は、違憲性解消手段として「規範適合的な諸手段の中から、さらに『合理的で現実的な手段』を選択するという目的に奉仕することを目指した合目的性判断」であり、しかも「実質的には、事件を終局的に解決

(32) 引用を含め、南＝高橋編・前掲注(6)163頁〔山本〕。井上・前掲注(4)127～128頁も同旨。なお、空知太神社事件一審・控訴審判決は、契約解除請求を怠る事実の違法確認請求に対して、訴訟却下ではなく請求棄却と判断している。

するための裁定をなすもの」とされる。こうした「合目的性判断にもとづく裁定」は、「本来『行政的性質をもつ作用』であるため、『司法権の作用』たる規範適合性判断にもとづく裁判」とは異なり、憲法上、公開の法廷における対審手続きの保障の枠外に置かれる。よって、最高裁としては、違憲性解消手段が原告の主張する手段に限られないとして請求を棄却し、被告の市長による裁判外での選択に委ねることも可能であった⁽³³⁾。

にもかかわらず、あえて多数意見が原審に差し戻したことについて、この論者は、請求の特定という要請に忠実に従った結果として受動的に捉えるのではなく、むしろ、「確認対象の選択の適切さそれ自体を審理の対象とすることができるという怠る事実の違法確認の訴えに内在する特質を活用し⁽³⁴⁾」たものと評価し、そこに積極的な意義を見出す。すなわち、「怠る事実の違法確認の訴えを審理する判決手続を、…当該手段の選択を決定するための『フォーラム』として、市をはじめとする関係当事者に提供しよう⁽³⁵⁾と企てたことを意味する」というのである。

このような判決手続きの利用のし方には、社会的影響の大きさという、当該事件に固有の事情に基づく訴訟政策上の合理性にとどまらず、次の2点において、より一般的な合理性が認められる。第一に、この「フォーラム」においては、裁判外の過程とは異なり、市のみならず、それまで住民訴訟を追行してきた原告住民もまた、主たる参加者となり、「市の選択に対して『公益の代表者として』の立場から意見を述べることが期待される」。さらに、「証人申請または訴訟参加等の方法を通じて、町内会や氏子集団等の利害関係人に対しても手続への参加を求めることが可能である」。第二に、判決手続きを用いる以上、当然、裁判所自身も関与することとなるため、その監督を通じて、市長の選択裁量の行使を合理的に統制することができる。その際、裁判所は、判決手続きにおける本来の役割ではなく、

(33) 蟻川恒正「実体法と手続法の間」法時82巻11号（2010年）87～88頁。

(34) 蟻川・前掲注（33）88頁。

(35) 蟻川・前掲注（33）89頁。

合目的な選択をめぐる「フォーラム」の「主宰者」として、原告・被告を始めとする関係当事者間において、「穏当な均衡点を探るべく、複数の手段を選択肢として提示する調停者的役割」を果たすものとされる⁽³⁶⁾。

こうして、上告審判決による差戻しにつき、違憲性解消手段の選択をめぐる合目的性判断のための「フォーラム」を判決手続きの中で提供するという構想として積極的に受け止める一方で、この論者は、多数意見が、【上告審判旨1】において、施設撤去・土地明渡し、無償譲与、有償譲渡および有償貸付けなどの方法を一括りにして、しかも特に論証を行うこともなく違憲性解消手段足りうと判断した点を問題視する。すなわち、同判決の論証過程の中で、違憲性解消手段としての適格性を有するか否かの判断は、市の行為の違憲性判断と、その解消手段の選択という合目的性判断との間の「結節点」に当たるが、「それが肯定されない限り現状の政教分離違反状態は変更されないという意味において、規範適合性判断であるという外ない」。にもかかわらず、このような重要な規範適合性判断が「論証なき断定」によって済ませられたのは、違憲性解消手段の選択が「合目的性判断であることに引きずられて」、選択の前提となる「解消手段としての適格性の問題までを、合目的性判断の範囲内であるとみなし」た結果、「規範適合性判断に対してであれば要求される質および量の法的論証の必要性の認識を持つに至らなかったためではないかと推測される」という。よって、同判決には、憲法解釈論をめぐって「実体法の規律の融解」が生じていた可能性がある⁽³⁷⁾と結論づけるのである。

以上のように、学説によって空知太神社事件上告審判決の中に見出された新たな構想の検討に入る前に、多数意見が、違憲性解消手段の適格性を

(36) 蟻川・前掲注(33) 89～90頁。こうしたメリットに対しては、行政法学からも、客観訴訟における当事者等と裁判所との協働活動を通じた公益の探求の可能性を唱える見解から賛意が寄せられている(差戻控訴審判決の評釈である、山岸敬子「判批」中京46巻3・4号(2012年) 195～196頁)。

(37) 蟻川・前掲注(33) 92～93頁。「実体法の規律の融解」とは、同86頁によれば、「当該事件において本来適用されるべき実体法規定に定められた要件と効果による拘束から裁判所の判断を解放することを意味する」とされる。

めぐり論証なき断定を行ったとの批判については、差戻後に最高裁自身によって覆されることとなった点をまず確認しておきたい。すなわち、最高裁は、市の提案した有償貸付けが合理性を有するか否かの審査において、【差戻上告審判旨1】にある通り、それが実施された場合、「一般人の目から見て、市が本件神社ないし神道に対して特別の便益を提供し援助していると評価されるおそれがあるとはいえない」と判断した。これはまさに、違憲性解消手段としての合憲性を認めたものと解される。よって、上告審判決につき指摘された判示部分は、あくまで「違憲性を解消する…可能性のある手段を挙げたにすぎない」のであって、同判決は、手段間の合目的的な選択にとどまらず、前提となる解消手段としての適格性をめぐる規範適合性判断をも原審に差し戻したものとして理解し直されることとなろう。⁽³⁸⁾

であれば、上告審判決をめぐって論者の危惧した、「実体法の規律の融解」という問題はすべて解消されたのであろうか。残念ながら、同判決が違憲性解消手段をめぐる規範適合性判断と合目的性判断の双方を差し戻したものと理解し直すことによって、前述の指摘とは異なった意味における「実体法の規律の融解」、あるいはそのリスクの存在が浮かび上がってくることになると思われる。

第一に、既にⅡ3で明らかにしたように、市長が違憲性解消手段を何ら講じていないという「絶対的不作為」が違法確認の対象から排除されている点である。これこそまさに、3号住民訴訟において裁判所に求められる規範適合性判断であるにもかかわらず、可能性としての代替手段の有無という、本来は裁判外で行政が判断すべき問題に取って代わられたために、その争点としての価値を失ってしまったのであるから、まさに論者のいう合目的性判断に「引きずられ」た結果としての「実体法の規律の融解」と位置づけることができよう。

第二に、差戻上告審判決による違憲性解消手段の合憲性判断の中にも、

(38) 市川・前掲注(23)150頁。差戻上告審判決の調査官解説も同様の理解を示している(岡田幸人「判解」曹時65巻7号(2013年)1810頁および1817頁注8)。

こうした規律の融解の疑いを生じさせる側面が見受けられる。

同判決に対して批判的な学説によれば、市長の選択すべき代替手段として「割安な賃料での賃貸借が許容され、市が神社の存続を援助する形の契約が継続する以上、過度の関わり合いがあることには変化はない」。ましてや、上告審判決が、前提となる使用貸借につき、目的効果基準を用いずに違憲と判断した理由が、調査官解説による指摘⁽³⁹⁾の通り、その継続的行為性にあったのだとすれば、なおさらそうした関わり合いの維持を軽視すべきではない。にもかかわらず、差戻上告審判決が有償貸付けを合憲と判断したことから、「本判決には、違憲状態回避を試みた市と氏子集団への『慈悲』であり、この程度を許容するという無原則な先例と化さないか、との疑念が残る」とされる⁽⁴⁰⁾。こうした批判もまた、「実体法の規律の融解」という構図に当てはめることで、その原因も含め、よりの確に説明できる。つまり、違憲性解消手段としての適格性という規範適合性判断と、適格性を認められた手段間の選択という合目的性判断とを同時に付託された差戻審において、過度の関わり合いの継続可能性という、当該事案における前者の適格性判定にとって重要な規範的要素が、後者の合目的性選択と同じく、まさに「程度」問題として「無原則」に（＝規範的拘束から解放されて）判断された結果、過小評価されてしまったのではないだろうか。

これらの点をふまえると、違憲性解消手段の合目的性選択のための判決手続きのフォーラム化という構想は、実はそれ自体として、選択の前提となる解消手段としての適格性判定をめぐり、「実体法の規律の融解」のリスクを内包するものといわざるをえない。やはり、裁判所に規範適合性判断と合目的性判断とを並行して行わせるという構造にそもそも問題があると考えられる。

これに対して、Ⅱ3で述べた請求の特定性の緩和という解釈を採用した場合には、こうしたリスクを回避することができる。第一の「絶対的不作

(39) 清野・前掲注(19)1934～1935頁。

(40) 君塚・前掲注(7)12頁。

為」の審査対象化については、既に分析した通りであるが、第二のリスクについても、緩和の結果、裁判所としては、執行機関等が違憲性を解消するための財産管理行為を何ら行っていないことが違法であるとさえ認定できればよいのであるから、選択可能な管理行為の中で、いずれがより合理的かつ現実的かという合目的性判断まで行う必要はなくなる。よって、差戻上告審判決において疑われたような規範適合性判断との混同はまず生じないであろう。

なお、この場合に、被告たる執行機関等が違法判断を免れるためには、口頭弁論終結時までに特定の管理行為を実際に行った上で、それによって違憲性は解消されていると主張するほかないが、そこでは、解消手段の実現可能性といった合目的性判断が既に自治体側によって済まされた状態で審理されるため、富平事件上告審判決におけるように、違憲性が解消されたか否かという規範適合性の問題が主として争われることとなるであろう。

しかし、その一方で、請求の特定性が緩和されたからといって、裁判所が、違憲性を解消するための何らかの管理行為を行うことを違法に懈怠したという点を確認するだけで、具体的な管理行為のあり方をあげて裁判外の過程に委ねてしまえば、合目的性判断のみならず、違憲性解消手段としての適格性という規範適合性判断までもが、判決手続きの中で行われないことになる。それは、空知太神社事件上告審判決に対して論者の懸念した「実体法の規律の融解」以前の問題として、裁判所の本来の責務が十分果たされていないことを意味する。また、実効的救済の観点⁽⁴¹⁾からしても、

(41) そもそも先に取り上げた論者の見解自体が、「権利の観念的確定とその司法的救済との関係」を扱う「救済法」をめぐる、民事訴訟法学および憲法学の議論の蓄積を背景とした立論である点につき、蟻川・前掲注(33)93頁本文および注20参照。

なお、差戻上告審判決の調査官解説は、同控訴審の口頭弁論終結時までに、市長が自ら提案した代替手段を実施し終えていなかった点について、「本件手段が憲法に適合することが確定するのを待っているからであろうと推察」した上で、「管理上の裁量権行使の一態様として、…許される」と述べるが(岡田・前掲注(38)1813頁)、これは、市長が最高裁を自己の諮問機関として扱うことを認めるに等しく、裁判所による実効的救済の観点とはおよそ相容れない議論である。

裁判外で執行機関等が違憲性解消手段として不適格な管理行為を選択すれば、再度住民訴訟が提起されることとなって、紛争の抜本的解決につながらないおそれがある。よって、3号住民訴訟において怠る事実の特定性の緩和を認める場合にも、解消手段としての適格性については、裁判所の側に、憲法に基づく一定の規範適合性判断が要請されよう。

請求の特定性の緩和を支持する学説の中でも、「訴訟物の動態的把握」を唱える見解は、審理を通じて執行機関等が採るべき特定の管理行為へと訴訟物を収斂させることで、この要請に正面から応えようとするものであるが、そこまで徹底できなくとも、⁽⁴²⁾当該事案との関係において、少なくとも違憲性解消手段として憲法上適格性を有する管理行為の範囲については、判決手続きの中で具体的な枠付けを行うべきであろう。そして、それを実現するための法的仕組みは、実は3号住民訴訟において既に用意されている。それが、Iで着目した、請求認容判決について準用される拘束力である。すなわち、違憲性解消のために何らかの管理行為を行う義務の懈怠の違法性を確認する判決の理由中に、審理を通じて明らかにされた、解消手段として適格な管理行為の範囲を示すことにより、判決確定に伴う効力として、被告はもちろん、「その他の関係行政庁」(行訴33条1項)に対しても、その趣旨に沿った形で管理行為を選択し、実施するよう実体的に義務づけることができるのである。

判決理由中での枠付け方としては、まず、管理行為の類型ごとに規範適合性をチェックするという形で積極的に範囲を限定する方法と、逆に憲法上排斥されるべき行為類型を特定することで消極的に範囲を画定する方法が挙げられる。また、総合考慮が必要なため、類型化が困難な事案については、行政裁量の司法審査方式として近年発達してきた判断過程審査を参考にして、執行機関等による選択裁量の行使にあたって、憲法上の観点か

(42) この論者自身も、請求認容判決の際に、「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」「幅判決」の可能性を探っている(藤原・前掲注(1)547頁)。

らの考慮要素や、逆に考慮すべきでない要素をピックアップし、さらには、各考慮要素の重み付けを行うことで、裁判外の選択過程を間接的に方向づけることも考えられよう。

翻って考えると、「他の合理的で現実的な手段」の選択をめぐるフォーラムとされた3号住民訴訟の判決手続きの下では、合目的見地から、そうした代替手段の存在が認められれば、空知太神社事件差戻上告審判決におけるように、怠る事実の違法確認請求は棄却される。この棄却判決は、確定しても既判力しか認められないため、判決の効力として、裁判外で自治体に対し、当該手段を用いて違憲性を解消するよう法的に義務づけることができないのである。もちろん、前提的な判断として土地の利用提供行為に関する終局的な違憲判断がなされている以上、自治体としてはその状態を解消する管理行為を行わざるをえないであろうが、あくまでそれは、統治機構に対する憲法尊重擁護義務（憲99条）の下で生じる一般的・抽象的な効果にすぎない。

以上の分析から明らかなように、政教分離訴訟としての3号住民訴訟においては、請求の特定性の緩和という解釈を採用することによって、怠る事実の違法確認判決を通じ、裁判外での自治体による違憲性解消手段の選択過程に対しても、論者の懸念する、合目的性判断との間での規律の融解に陥ることなく、実体法上十分なコントロールが及ぼされることとなるのである。

2. 釈明義務の強化を通じた職権主義的審理運営の可能性

次に、政教分離違反を争う3号住民訴訟における裁判所の審理運営のあり方をめぐり、空知太神社事件上告審判決の多数意見が、差戻しを行う際に釈明義務に着目している⁽⁴³⁾ことを受けて、住民訴訟固有の手続法理とし

(43) もっとも、【上告審判旨2】は、原審において「釈明権が行使された形跡はうかがわれない」と述べるが、原告代理人によれば、改善方法について釈明が行われたものの、一件記録には記載されていなかったとのことである（石田明義「最高裁判決2010—弁護士が語る（上）北海道砂川市・空知太神社政教分離住民訴訟」法セ

て、釈明義務の強化が要請されるとの見解が唱えられている。そこで、以下、そうした職権主義的なアプローチの可能性について検証していくこととする。

【上告審判旨3】において釈明義務違反と認定された、他に合理的で現実的な手段が存在するか否かに関する釈明について、調査官解説は、釈明権（民訴149条）の内容を、当事者の主張における不明瞭・矛盾・欠缺を補充する消極的釈明と、当事者が適当な主張をしない場合に、裁判所が積極的に示唆・指摘して主張を行わせる積極的釈明とに区分した上で、後者の積極的釈明に該当するものと整理している。そして積極的釈明義務違反の認定にあたり、判例は一般的に、①判決における勝敗の蓋然性、④当事者の主張における法的構成の当否、③期待可能性、④当事者の公平、⑤その他の考慮要素を総合考慮して判断する傾向にあるとする⁽⁴⁴⁾。

これに対して、同判決の田原裁判官補足意見は、こうした民事訴訟における一般論とは別に、行政訴訟、とりわけ住民訴訟においては、行訴法24条により「弁論主義を補完するものとして」職権証拠調べが定められたのと同様の考え方にに基づき、積極的釈明を含めた釈明義務の強化が要請されると解釈する。すなわち、「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、裁判所は積極的に釈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、裁判所が釈明をなすべき事案において、それがなされず、かつ、その釈明権の不行使

≒673号（2011年）32頁）。

(44) 清野・前掲注（19）1946～1947頁。

が判決に影響を及ぼす虞がある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ることになるものというべきである」。

調査官解説も、多数意見が原審の釈明義務違反を認定するにあたっては、本件利用提供行為に至る経緯や、氏子集団の信教の自由に対する配慮の必要性、さらには原審の代替手段の存在に関する認識可能性といった当該事案に固有の事情が重視されたとしつつ、「客観訴訟としての住民訴訟」では、「判決の与える影響が小さくなく」、原告住民が「そもそもいわば公益の代表者として訴訟を迫行する立場にある」点も考慮されていると指摘する。⁽⁴⁵⁾

一方、学説においては、民事訴訟法学から田原裁判官補足意見への支持が寄せられる⁽⁴⁶⁾ほか、行政法学からも、「公益の代表者が公益保護のために提訴する」⁽⁴⁷⁾客観訴訟たる住民訴訟においては、釈明権の積極的行使が裁判所の責務となるとの主張がなされている。すなわち、客観訴訟の勝訴判決のもつ「対世的通用力に耐えうる客観的判断を求めて訴訟関係を明瞭にするため、裁判所には、当事者の主張・立証における矛盾・誤謬を指摘し、その是正の機会を与える権能に止まらず、新資料提出の積極的釈明が求められる」。その結果、裁判所の中立性が侵されるという懸念についても、「客観訴訟が保護する客観的法秩序は、一方当事者の有利・不利とは無関係である」⁽⁴⁸⁾とされる。

もっとも、この論者は、多数意見が、原審の釈明義務違反を当事者が主張していないにもかかわらず、職権で取り上げた点を捉えて、住民訴訟につき、「法律上の根拠にこだわらず」、「司法院の訴訟手続にかかる立法をリードする創造的活動」として職権探知主義を採用したとまで評価してい

(45) 清野・前掲注(19) 1948～1949頁。

(46) 新堂幸司『新民事訴訟法〔第五版〕』（弘文堂、2011年）479頁注1。

(47) 上告審判決の評釈である、山岸敬子「判批」中京45巻3・4号（2011年）406頁。

(48) 山岸・前掲注(47) 409頁。ただし、そこでいう「対世的通用力」は、別著においては、「対世効」と呼ばれ、「判決に規範としての性質を与え」、「他の法規範とともに、適法性ブロックを構成し、法的拘束力をもつ」ものとする効力として、取消判決の第三者効とは区別されている点に注意が必要である（山岸敬子『客観訴訟の法理』（勁草書房、2004年）257頁）。

⁽⁴⁹⁾るが、この点はおそらく、上告審における最高裁の権限をめぐる誤解に基づくものと思われる。すなわち、上告裁判所たる最高裁は、権利上告理由(民訴312条1項・2項)に当たる事由がない場合であっても、「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きは」、破棄差戻しを行うことができると定められている(同325条2項)。この規定は、「上告人が上告理由に挙げていない事項であっても」、こうした法令違反については、「職権でそれを取り上げ破棄することができる」という意味に解されている。⁽⁵⁰⁾多数意見も、この解釈を前提として、結論部分において、原審の釈明権の行使をめぐり、「判決に影響を及ぼすことが明らかな法令の違反がある」と認定した上で、破棄差戻しを行ったのである。

確かに、住民訴訟において、前述した判断の客観性を確保するためには、当事者主義的な審理手続きでは当事者の訴訟技術の巧拙に左右されうる点で限界があり、また、「自己の利益のためではない訴訟手続上の技術的当事者」となった原告住民の主張・立証負担を軽減できる点からしても、むしろ職権探知主義の方が親和的といえる⁽⁵¹⁾のかもしれないが、この論者自身も従前認めてきたように、「弁論主義を全面的に排除する職権探知主義⁽⁵²⁾の採用には、明文の根拠が必要である」ことはやはり否定できない。

さて、空知太神社事件上告審判決を契機として実務・学界の双方から提唱された、住民訴訟の客観訴訟性を根拠とする、積極的釈明を含めた釈明義務の強化という考え方をめぐっては、まず行政法学から、この考え方を前提にしたとしても、多数意見における積極的釈明義務の具体的な援用の仕方が「行き過ぎ」であるとの批判がなされている。それによれば、市は、【上告審判旨2】にある通り、同事件と並行して、神社の敷地として無償

(49) 山岸・前掲注(47) 407～408頁。

(50) 高橋宏志『重点講義民事訴訟法 下〔第2版〕』(有斐閣、2012年) 735頁(「職権破棄」または「特別破棄」と呼ばれる)。

(51) 山岸・前掲注(47) 407頁。客観訴訟への職権探知主義の導入は、この論者の年来の主張であった(同・前掲注(48) 233～234頁)。

(52) 山岸・前掲注(48) 233頁。

貸与していた市有地を無償で譲与したことの違憲性が争われた富平神社事件にも応訴していたのであるから、そうした代替手段の主張を考えつかないというのは、「余りに不自然で非常識ですらある」。にもかかわらず、積極的釈明義務違反として処理したのは、被告たる市長に対して「国家後見的、過保護な」解釈ではないかという。むしろ近時の行政訴訟法学においては、私人と行政との間の「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」という問題意識の下で、行政実体法上の説明責任に基づき、釈明処分の特則（行訴23条の2）をも活用しつつ、行政に強い主観的立証責任を負わせるなど、「行政の実質的な立証責任をより高めようとする…傾向」にある。こうした観点からすると、多数意見は、「もっぱら被告行政に肩入れして」釈明義務の強化を図っている点で疑問とされるのである⁽⁵³⁾。

一方、民事訴訟法学からは、積極的釈明義務とは別の法的観点指摘義務を観念することを通じて、このような批判を克服しようとする見解が現れている。すなわち、伝統的には、法の適用は裁判所の専権に属するものとされてきたが、当事者との間で法的観点をめぐる認識が共有されていないと、裁判所の採用した観点に基づく法適用が、当事者にとって不意打ちとなるおそれがある。そこで現在では、「当事者の手続権という高次の価値の保障を担保する」ために、裁判所は、「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ない」という考え方が有力となっている。こうした法的観点指摘義務は、当事者による攻撃防御方法の提出が適切に行われるための基盤を確保するものであり、また、法的判断の領域にとどまり、弁論主義の保障の下にある当事者の自治領域には介入しないことから、積極的釈明義務と比べて、裁判官の公平・中立に対する疑義をもたらしおそれが低く、その分、より強い義務性を導

(53) 藤原・前掲注(1) 539～541頁。

き出すことができるというメリットを有している⁽⁵⁴⁾。

この見解によれば、空知太神社事件では、「違憲状態の解消の方法という法律問題について、裁判所と当事者間で認識の相違があり得た状況である」から、「法的観点指摘義務に従って、…当事者と認識を共有すべきであったと解される」。よって、多数意見については、釈明義務違反という構成こそ採られてはいるものの、「結論においては…異論のないところ」⁽⁵⁵⁾として受け入れられることとなる。

しかし、行政法学から指摘された多数意見の問題点は、法的観点指摘義務違反として再構成するだけでは解消できないものと思われる。すなわち、Ⅱ3で明らかにしたように、請求の特定の要請を根拠として、違憲性解消のための「他の合理的で現実的な手段」の有無が主たる争点となった結果、1つでもそうした代替手段の存在が認められれば、怠る事実の違法性は否定されることとなるため、原告住民側が主張・立証を通じてそれを阻止することは非常に困難であろう⁽⁵⁶⁾。このような非対称的な審理構造の下では、積極的釈明義務はもちろん、法的観点指摘義務であっても、それが裁判所によって履践されれば、自動的に被告行政側にとって有利に機能せざるをえないのである。

そこで、この点においてもやはり、これまで述べてきたように、請求の特定性を緩和し、自治体が違憲性を解消していないという「絶対的不作為」自体を審理の中心に据えることが要請されよう。それによって、行政と住

(54) 上告審判決の評釈である三木浩一「判批」法研81巻5号(2011年)155～156頁。

(55) 三木・前掲注(54)157頁。

(56) もちろん【上告審判旨1】にある通り、代替手段を考慮してもなお、裁量権の逸脱・濫用が認められる余地は残されているが、土田・前掲注(23)170頁も指摘するように、少なくとも差戻上告審判決を見る限り、その点の検討は、代替手段の合理性・現実性認定に吸収されてしまっており、Ⅲ1の分析をふまえれば、逆転の可能性は極めて低いものと言わざるをえない。

(57) 仮に、原告に代替手段の不存在の証明責任を負わせるならば、藤原・前掲注(1)537頁が指摘する通り、「『不存在』は『悪魔の証明』でしかない」し、逆に、存在証明を被告行政側の責任とした上で、住民が反証するとしても、注(56)の指摘が当てはまる。

民との間の主張・立証における非対称性を抜本的に解消することができ、結果的に、裁判所が、公平・中立性のリスクを冒してまで積極的釈明を行う必要性もなくなるのである。

なお、法的観点指摘義務という理論構成は、こうして当事者間の対等性を回復した審理運営の下で政教分離違反が争われる3号住民訴訟においてこそ、その機能を十全に発揮するものと考えられる。すなわち、Ⅲ1で明らかにしたように、請求の特定性を緩和するにしても、違憲性解消手段として適格性を有する管理行為の範囲をめぐっては、裁判所が一定の規範適合性判断を行われなければならない。しかも、その判断にあたって、裁判所には、空知太神社事件と富平神社事件との比較からも分かる通り、違憲とされた利用提供行為の現状のみならず、その歴史的背景も含め、個々の事案の状況に応じた多面的な考慮が求められる。一方で、被告たる執行機関等が、代替手段を通じて違憲性は解消されたと主張した場合も、その成否を判断するためには同様の考慮が必要となる。こうした判断は、確かに憲法判断という意味では法適用の問題ではあるが、裁判所といえども、当該事案における違憲性の解消に必要な法的観点を共有した当事者双方の主張・立証なしには、的確に行うことのできないものであろう。そこで、法的観点指摘義務を通じて、裁判所が、当事者双方により看過された違憲性解消手段をめぐる法的観点につき主張・立証の機会を与えることで、政教分離訴訟としての3号住民訴訟が本来目指すべき実効的救済に向けて、充実した審理が可能となるのである。

おわりに

以上の分析・検討から、政教分離訴訟としての3号住民訴訟については、住民訴訟全体における意義として、宗教的活動または宗教団体に対する非金銭的な利益供与を目的として自治体により締結された契約や、それに基

づく現在の法律関係の違憲性を争うことを可能とする唯一の訴訟類型であることが明らかとなった。しかし、その一方で、近年の判例および実務解釈が、怠る事実の特定について過度に厳格になる余り、政教分離違反をめぐる真に裁判所の規範的判断が望まれる争点が、結果として審理対象から排除されてしまうという課題も浮かび上がった。

しかし、この点に関しては、多くの学説が主張する通り、請求の特定性の緩和を図ることで十分改善を図ることが可能である。そればかりでなく、とりわけ空知太神社事件における最高裁の処理をめぐる新たに浮かび上がってきた、「実体法の規律の融解」のリスクや、原告住民と被告たる執行機関等との間の主張・立証上の非対称性といった問題に対しても、こうした運用を通じ、実務・学界から提唱された他の考え方と比べて、より実効的な救済を保障していくことが期待される。よって、3号住民訴訟は、政教分離訴訟の領域において、さらなる発展可能性を秘めた訴訟形式であると結論づけられよう。

[追記] 当紀要とはほぼ同時期の締切で、愛知学院大学論叢法学研究55巻1・2号として、故篠田公穂教授追悼号への寄稿募集がなされていたが、拙稿のテーマに鑑み、当紀要への投稿を選択することとした。そこで、この場を借りて、篠田教授への哀悼の意を表したい。

篠田先生には、人格・経歴ともに到底足元にも及びませんが、近い時期に本大学へ移籍してきたということもあって、大学文化の違いなどについて親しくお話しさせていただいたことが、今でも懐かしく思い出されます。また、学問に対して常に真摯な姿勢には、多くを学ばせていただきました。どうか安らかに眠りください。

