経過し，その間，同土地の所有権の帰属につき争いが生じたことはない事情の下において，関係者が現時点において寄附の採納の無効を主張することは，信義則上許されないばかりか，市において時効取得を主張し得ることが明白であるから，同土地の寄附の採納が有効か否かは，本件請求との関係で直接の影響を及ぼすものではない。

しかし，市が同土地の所有権を取得した経緯は，上告人において，本件「財産の管理を怠る事実」を解消する方法について多数意見が指摘する裁量権を行使する上で，考慮すべき事情の一つに該当するものである。

3　怠る事実の違法確認と弁論主義との関係について

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７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24条。同条は，同法43条３項，41条１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うべきである。

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うべきである。

ところで，地方自治法242条の２第１項３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，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３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って，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。

裁判官近藤崇晴の補足意見は，次のとおりである。

私は，多数意見に同調するものであるが，堀籠裁判官の反対意見及び今井裁判官の反対意見にかんがみ，若干の補足をしたい。

1　本件利用提供行為の憲法適合性

憲法20条１項後段及び３項並びに89条の規定する政教分離原則が目的としているのは，国（又は地方公共団体。以下同じ。）が特定の宗教を優遇することによって他の宗教の信者や無宗教の者の積極的・消極的信教の自由を損なうことがないように制度的に保障することであり，ひいては，国が特定の宗教と結び付くことによりその力を政治的に利用することを未然に防止することであると考えられる。したがって，憲法が政教分離原則において本来的に想定しているのは，国によって政治的に利用される危険性のある宗教であり，典型的にはかつての国家神道がこれに当たる。その他，既成の大宗教に属する有力な教団や信者に対する支配力の強い有力な新宗教など，信者に対する精神的，経済的な支配力の強い宗教が潜在的にその危険性を帯びているであろう。

神社神道の神社は，全国に10万社以上存在するといわれる。本件の空知太神社は，その一つであるが，砂川市の空知太地区というごく限られた地域に居住する住民に包摂される本件氏子集団によって信仰の対象とされている氏神神社であり，鳥居はあっても独立した社殿もない小規模な神社である。本件神社が神社本庁と北海道神社庁の傘下にあるであろうことを考慮してみても，信者に対する精神的，経済的な支配力の強い宗教であるとは，到底評価し得ないであろう。堀籠裁判官の反対意見は，本件神社や本件神社物件の宗教性は希薄であるとして，市による本件利用提供行為は，いわゆる目的効果基準に照らしても政教分離原則に反するとはいえないとするものであり，実質論としては理解し得ないものではない。

しかしながら，上記のような弊害を生ずる危険性の大小によって違憲か合憲かの線引きをすることは，困難であり，適切でもない。憲法の趣旨は，国が特定の宗教を優遇することを一切禁止する（ただし，多数意見が説示するように，宗教施設たる建造物を歴史的文化財として保護の対象としたり，観光資源として扱ったりすることは別論である。）というものであり，そのように厳格な宗教的中立性を要求しても，国にとっては，違憲状態を解消する過程で多少の困難を伴うことはあっても，政教が分離されている状態自体が不都合なものであるとは考えられないからである。

本件利用提供行為も，多数意見が説示するように，その直接の効果として，本件氏子集団が本件神社を利用した宗教的活動を行うことを容易にさせているものといわざるを得ないのであって，上記のような弊害を生ずる現実の危険性がいかに乏しいとしても，憲法89条及び20条１項後段に抵触し，違憲であると評価せざるを得ないのである。

2　本件における違憲状態解消の手段方法

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，上告人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242条の２第１項３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，被上告人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ろう。

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，被上告人らの求める「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ない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20条１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，上告人は，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