⑷　原判決及び多数意見は，本件利用提供行為が，一般人の目から見て，市が特定の宗教に対して特別の便益を提供し，これを援助していると評価されてもやむを得ないとし，これを違憲判断の理由としている。

しかし，本件のように北海道の農村地帯に存在し，専ら地元住民が自らの手で維持，管理してきたもので，地元住民以外に知る人が少ない宗教的施設に対する公有地の利用提供行為についての一般人の評価を検討するのであれば，まず，当該宗教施設が存在する地元住民の一般的な評価を検討しなければならないところ，これを検討した形跡はない。

本件証拠によっても，被上告人らによる本件監査請求以前に，住民らが本件利用提供行為の憲法適合性について問題提起したり，市議会において採り上げられたという事情はうかがわれず，かえって被上告人らを除く地元住民においては，本件神社が，開拓者である先祖の思いを伝承するものであることを超えて，神道を具現，普及するようなものとは受け止めておらず，本件利用提供行為に特段憲法上の問題はないとの理解が一般的ではないかと思われる。このような点についての検討をしないで，一般人の評価を抽象的に観念して憲法判断の理由とすることは，審理不尽といわざるを得ない。

3　以上のとおり，原審は，憲法判断に必要な諸般の事情について審理を尽くしておらず，2で指摘した点について正しく認定判断がされたとすれば，多数意見の判断とは異なり，本件利用提供行為を合憲と判断することもあり得たものと考える。

したがって，原判決を破棄し，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ため，本件を原審に差し戻すべきものと考える。

裁判官今井功の反対意見は，次のとおりである。

私は，砂川市がその所有する本件土地を本件神社物件のために無償で使用させている本件利用提供行為が憲法89条の禁止する公の財産の利用提供に当たり，ひいては憲法20条1項後段の禁止する宗教団体に対する特権の付与にも該当して違憲であるとする多数意見の判示第2に全面的に賛成するものであるが，多数意見が判示第3において，原判決を破棄し，本件を原審に差し戻すべきものとする点については賛成することができず，本件上告を棄却すべきものと考える。その理由は以下のとおりである。

1　本件は，砂川市の本件利用提供行為が違憲であるにもかかわらず，砂川市の市長である上告人が本件利用提供行為に係る使用貸借契約を解除して本件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に財産の管理を怠るものであるとして，市の住民である被上告人らが，本件怠る事実が違法であることの確認を求める住民訴訟である。

原審は，本件利用提供行為が違憲であるとした上，上告人が町内会に対して本件神社物件の撤去請求を怠る事実が違法であることを確認する限度で，被上告人らの請求を認容した。

多数意見は，本件利用提供行為が違憲であると判断したが，違憲状態（市の所有土地上に本件神社物件が存在する状態）を解消する手段としては，本件神社物件を撤去し，土地を明け渡すことが唯一の手段ではなく，土地の譲与，有償譲渡，適正な対価による貸付けなど他に適切な手段があり得るとし，上告人において他に選択することが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とした。その上で，多数意見は，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べきであったとし，原審には審理不尽又は釈明権の行使を怠った違法があるという。

2　本件請求は，上記のような違憲状態を解消させるため，上告人において撤去請求を怠ることが違法である旨の確認を求めているものである。違憲状態を解消する手段としては，本件神社物件の撤去請求が唯一の手段ではなく，土地の譲与等の他の手段があり得ることについては多数意見の述べるとおりである。問題は，他に採るべき手段があり得ることは，本訴請求を棄却する理由となり得るか，なり得るとして，それは，上告人においてその旨を主張立証しなくても，裁判所においてそのことを斟酌すべきか否かということである。

多数意見が原審に審理不尽又は釈明権の行使を怠った違法があるとする理由が，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ら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とするのか（仮にこれを「抗弁説」という。）は，必ずしも明らかでない。

私は，以下に述べるように，請求原因説は採用することができず，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考えるものである。

3　まず，請求原因説の当否について検討する。

ある物件が市有地の上に存在することにより違憲状態が現出している場合に，それを解消するには，市が当該物件の所有者にその撤去請求をすることが，通常考えられる適切かつ相当な手段であるというべきである。

そして，他に違憲状態を解消する手段があるということが撤去請求を阻却する理由となるためには，単に他の手段が存在する可能性があるというだけではなく，その手段が市長において選択することのできる合理的なものであり，かつ，その現実的な可能性があることが必要であることは多数意見も認めるところである。加えて，他にどのような手段を採るかについては，被告である上告人の側において裁量の余地があることも，多数意見の述べるとおりである。そして，他に違憲状態を解消する合理的で現実的な手段があるとしても，その手段が実行に移されるか否かについては，被告がそのような手段を実行に移す意思を持っているのか否かに係っているのみならず，その手段が土地の譲与，譲渡，貸付け等の契約である場合にはその相手方の意向を無視できないことはいうまでもない。さらには，土地の譲与のように，議会の議決を要件とするものも含まれているのであって，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であるといわなければならない。そうすると，他に違憲状態を解消する合理的で現実的な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ある。

これに反して，他に違憲状態を解消する合理的で現実的な手段がないことまでをも原告である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るものであって，住民訴訟の機能を損なうものといわなければならない。被告がどのような裁量権を行使するのかについては，原告のあずかり知らないところである。

4　次に，抗弁説に立った場合に，原審が本件において上告人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上告人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16年3月17日に訴えが提起され，第1審においては，上告人には当初から弁護士が訴訟代理人となり，5回の口頭弁論期日と7回の弁論準備手続期日における審理が重ねられて，平成18年3月3日に上告人の主張が認められずに上告人敗訴の第1審判決がされ，上告人が控訴した。その控訴審である原審においては，2回の口頭弁論期日と5回の弁論準備手続期日における審理が重ねられて，平成19年4月17日に弁論が終結され，同年6月26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富平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，上告人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，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，上告人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，上記のような富平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，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，