

令和4年（行ウ）第35号 建物解体撤去等差止請求事件

原告 野地秀一外86名

被告 北海道

第1準備書面

令和4年12月21日

札幌地方裁判所民事第1部合議係 御中

(主任) 原告代理人弁護士 原 洋 司

同 弁護士 芦 田 和 真

原告らは、被告の答弁書の「第2 本案前の答弁の理由」に対し、以下のとおり反論する。

第1 本件訴訟の性質と訴訟要件について

- 1 本件訴訟は、北海道の原告住民らが被告北海道に対し、被告北海道が所有管理する北海道百年記念塔の被告北海道による解体撤去及びその費用の支出を差し止めることを求めるものであるから、行政事件訴訟法（以下「行訴法」という）第

3条が規定する「行政庁の公権力の行使に関する不服の訴訟」すなわち抗告訴訟のうち同条7項が規定する差止めの訴えである。

2(1) 差止めの訴えの要件について、行訴法37条の4は、①行政庁の処分又は裁決（以下「処分等」という）により（1項）、②重大な損害を生ずるおそれがある場合で損害回避のために他に適当な方法がないこと（1項）、③重大な損害を生ずるおそれの有無については損害の回復の困難の程度、損害の性質及び程度並びに処分等の内容及び性質をも勘案すること（2項）、④行政庁が処分等をしてはならないことについての法律上の利益を有すること（3項）、⑤法律上の利益の有無については取消訴訟の同法9条2項を準用すること（4項）及び⑥行政庁の処分等をすべきでないことがその根拠となる法令から明らかであるか、行政庁の処分等が裁量権の範囲を逸脱したかその濫用にあたること（5項）をあげる。

(2) これらの差止めの訴えの要件のうち、一般的には、「処分性」、「法律上の利益」及び「原告適格」が訴訟要件とされるが、「原告適格」は、「処分性」及び「法律上の利益」の両要件の存在が認められれば、例外的な場合を除けばほぼ論理必然的にその存在が認められるから、訴訟要件としての独立性ないしは独自性は乏しいと言わざるを得ない。

3 また、被告北海道も、行訴法37条の4が定める差止めの訴えの上記要件のうち、原告らの差止訴訟については、行政庁の処分等及び法律上の利益のいずれもないから、原告らには原告適格がないと主張するので、本書面ではこの点を中心に反論する。

4(1) なお、行訴法は、民事訴訟法や刑事訴訟法と異なり、純然たる手続法ではな

く実体法としての性質をも併せ持つことから、訴訟要件と本案要件が相互に関与し合うために、訴訟要件を論ずるに際しては本案の要件に論及せざるを得ない場合がある。

(2) また、抗告訴訟（差止め訴訟）の要件のうちの「処分性」及び「法律上の利益」の両要件は、密接不可分な関係にあり、かつ、相互に定義し合う循環論的關係にもある（行訴法37条の4第3項、同条4項、9条2項）。端的に言えば、行政庁の行為から守られるべき住民の利益が「法律上の利益」であり、守られるべき住民の利益を侵害する行政庁の行為が「処分」であるというような循環論的性質が顕著である。

(3) よって、本件のように、訴訟要件の中に本案要件が入り込み、かつ訴訟要件である「処分性」と「法律上の利益」の両要件が循環論的性質を顕著に有する場合において、「処分性」と「法律上の利益」の訴訟要件を論ずるに際しては、循環論や繰り返しに陥る危険性をはらんでおり、かつ、本案の要件にも触れざるを得ない場合があることを予めご海容いただきたい。

第2 被告北海道の主張

1 前記のとおり、被告北海道は、北海道百年記念塔の解体撤去及びその費用の支出は、行訴法37条の4第1項の「処分」に該当しないし、原告らには北海道百年記念塔の解体撤去を求める「法律上の利益」はないから、原告らには「原告適格」がなく、原告らの訴えは不適法なので却下されるべきだと主張している。

2 被告北海道は、「処分」に該当しない理由として、後掲①の昭和53年の最高裁に依拠して、被告北海道は、地方自治法238条4項に規定された行政財産で

ある北海道百年記念塔を維持・管理してきたものであり、地方自治法149条6号に基づき財産の廃棄としての解体撤去をなしうる権限を有し、北海道百年記念塔の解体撤去は、単なる事実行為であって権力的事実行為ではないし、行政庁ではない請負業者が行う解体撤去もまた同様に単なる事実行為であって、いずれも公権力の行使には該当せず、契約当事者以外の第三者の権利又は義務に何ら変動をもたらすものではなく、北海道百年記念塔の解体撤去は原告らの権利義務の範囲を形成したりその範囲を確定したりするものではないから、被告北海道による「処分」が存在しないと主張している。

- 3 また、被告北海道は、原告らに「法律上の利益」がない理由として、「処分」がないのであるから、行訴法9条2項の「処分の根拠となる法令」の存在も観念し得ないとする。さらに、地財法8条は、そもそも被告北海道の北海道百年記念塔の解体撤去の根拠法令ではないとする。さらに、後掲⑥の平成17年の最高裁の判例理論に依拠して、「仮に、記念塔の解体撤去が『処分』にあたり、その根拠法条が地財法8条であるという主張が成り立ちうるとしても」、地財法8条は、不特定多数者である住民全体の利益、すなわち一般的公益を保護するために地方公共団体が負うべき財産管理上の責任を明らかにするにとどまり、個々人の利益としても保護する趣旨を含まないから、原告らの訴えは「法律上の利益」を欠くと主張している。

第3 被告北海道の主張に対する総論的反論

しかし、被告北海道が主張する「処分」及び「法律上の利益」に関する上記解釈は、戦前の権利の侵害や毀損を要件とする行政裁判制度における「処分」概念を想起させる古色蒼然たる解釈であり、戦後の行訴法の制定及び国民の権利利益の救済方法の拡充を旨とする平成16年の同法の改正、最高裁及びそれを受けた

下級審の国民の権利利益の救済方法の拡充に向けた判例ないしは裁判例の積み重ねを全く無視したものである。

第4 被告北海道の主張の行訴法の解釈に対する反論

1(1) 平成16年に行訴法37条の4として新たに差止訴訟を規定された。同法は、それまでの最高裁の判例の蓄積を受けて、差止訴訟の訴訟要件として、第1の2に記載した要件を規定している。

(2) さらに、行訴法37条の4第4項は「法律上の利益」の判断について新たに規定された同9条2項を準用し、準用された同条項は、裁判所は、行政庁の処分等の対象以外の者について前項に規定する法律上の利益の有無を判断するに当たっては、①当該処分等の根拠となる法令の規定の文言のみによることなく、②当該法令の趣旨及び目的を考慮し、③当該処分等において考慮されるべき利益の内容及び性質をも考慮し、④この場合において、当該法令の趣旨及び目的を考慮するに当たっては、当該法令と目的を共通にする関係法令があるときはその趣旨及び目的をも参酌し、⑤当該利益の内容及び性質を考慮するに当たっては、当該処分等がその根拠となる法令に違反してされた場合に害されることとなる利益の内容及び性質並びにこれが害される態様及び程度をも勘案するものとする。」と規定している。

2 なお、このように、行訴法37条の4は、差止めの訴えの要件のうちの「法律上の利益」について、同法9条2項を準用して、行政庁の処分等により侵害される国民ないしは住民の利益の内容及び性質だけでなく、当該利益が侵害される態様及び程度をも勘案すべしとしているから、「法律上の利益」の要件（3項）と「重大な損害を生ずるおそれ」の要件（1項）とは相互に関係をもたざるを得な

いということになる。

- 3 被告北海道は、被告北海道が北海道百年記念塔を解体撤去することについて、契約当事者以外の第三者の権利又は義務に何ら変動をもたらすものではないから「処分」に該当しないとす。

しかし、行訴法9条2項は、「法律上の利益」を行政の処分等の直接の対象となる私人の権利や義務に限定しないことを明らかにし、行政庁の処分等によって害されることとなる第三者の利益の内容及び性質並びにこれらが害される態様及び程度をも考慮して「法律上の利益」の侵害の有無を判断するとして、「法律上の利益」及び「処分」については、行政の処分等の対象以外の第三者についても観念しうるとしているのであるから、被告北海道の行訴法37条の4及び同法9条2項の解釈は明らかに誤っている。

- 第5 被告北海道の最高裁の判例の理解についての反論（第5における下線は、いずれも原告ら代理人による）

- 1 平成16年の行訴法改正前の判例理論

- (1) 被告北海道が論拠とする最高裁の判例（最判昭和39・10・29、民集18・8・1809）は、抗告訴訟としての無名訴訟の一種としての差止訴訟が許されるか否かが問題とされていた時代の判例であり、抗告訴訟としての差止訴訟が法文に明記された平成16年の行訴法改正の40年前のものである。
- (2) 当初、最高裁は、昭和53年の主婦連ジュース不当表示訴訟において、「法律上の利益」を「法律上保護された利益」と解して、「法律上保護された利益」とは、行政法規が私人等の権利主体の個人的利益を保護することを目的として

行政権の行使に制約を課していることにより保障される利益であって、それは、行政法規が他の目的、特に公益の実現を目的として行政権の結果たまたま一定の者が受けることとなる反射的利益とは区別される」（①最判昭和53・3・14、民集32・2・211）と判示したように、抗告訴訟の「処分」の対象となる「法律上の利益」や「原告適格」を行政法規が私人等の権利主体の個人的利益を保護することを目的としている場合に限定的に解釈した。

- (3) しかし、最高裁は、公法である行政法規が個人の利益の保護を図ることを明記することは極めて限られ、加えて、「法律」を厳格に解すると原告適格は殆どの場合否定されることになるとの学説や国民等からの強い批判を受け、昭和56年の大阪空港訴訟（民事訴訟）判決において、「空港国営化の趣旨、すなわち国営空港の特質を参酌して考えると、本件空港の管理に関する事項のうち、少なくとも航空機の離着陸の規制そのもの等、本件空港の本来の機能の達成実現に直接にかかわる事項自体については、空港管理権に基づく管理と航空行政権に基づく規制とが、空港管理者としての運輸大臣と航空行政権の主管者としての運輸大臣のそれぞれ個別の判断に基づいて分離独立的に行われ、両者の間に矛盾乖離を生じ、本件空港を国営空港とした本旨を没却し又はこれに支障を与える結果を生ずることがないよう、いわば両者が不即不離、不可分一体的に行使実現されているものと解するのが相当である。換言すれば、本件空港における航空機の離着陸の規制等は、これを法律的にみると、単に本件空港についての営造物管理権の行使という立場のみにおいてされるべきもの、そして現にされているものとみるべきではなく、航空行政権の行使という立場をも加えた、複合的観点に立った総合的判断に基づいてされるべきもの、そして現にされているものとみるべきものである。」（②最判昭和56・12・16、民集35・10・1369）として、行政訴訟において運輸大臣による空港管理権の行使が公権力の行使と不可分一体のものとして行使されることから、運輸大臣の

空港管理権の直接の対象ではない空港周辺住民にも行政訴訟における取消訴訟や差止訴訟における「処分性」、「法律上の利益」及び「原告適格」が認められる可能性がある」と判示した、

- (4) さらに、最高裁は、昭和60年の伊達火力発電所訴訟判決において、法律上の利益が法律の明文の規定に加えて法律の合理的解釈からも導かれる場合にも認めて、抗告訴訟の「処分」の対象となる「法律上の利益」や「原告適格」の解釈を実質的に拡大した（③最判昭和60・12・17、最高裁判所裁判集民事146・323）。

最高裁は、平成元年の新潟空港訴訟判決において、「当該行政法規が、不特定多数者の具体的利益がそれを帰属する個々人の個別的利益としても保護すべき趣旨を含むか否かは、当該行政法規及びそれと目的を共通する関連法規の関係規定によって形成される法体系の中において、当該処分の根拠規定が、当該処分を通して右のような個々人の個別的利益をも保護すべきものとして位置付けられていると見ることができるかどうかによって決すべきである。」（④最判平成1・2・17、民集43・2・56）と判示し、平成4年のもんじゅ原発訴訟判決において、当該行政法規の趣旨・目的の他、保護しようとしている利益の内容・性質などを考慮すべきとし、これらの規定が設けられた趣旨および考慮している被害の性質等に鑑みると原子力規制法は、「単に公衆の生命、身体の安全、環境上の利益を一般的公益として保護しようとするにとどまらず、原子炉施設周辺に居住し、右事故等がもたらす災害により直接的かつ重大な被害を受けることが想定される範囲の住民の生命、身体の安全等を個々人の個別的利益としても保護すべきとする趣旨を含むと解するのが相当である。」（⑤最判平成4・9・22、民集46・6・571）と判示して、「法律上の利益」について、行政の行為の根拠法規そのものの趣旨・目的が保護しているかどうかという基準から、根拠法規のみならず根拠法規と目的を共通する関連法

令の趣旨・目的にまで判断基準を広げ、さらには被害利益（保護しようとしている利益）の性質及び程度等をも考慮して判断するという方向へ舵を切り、後の平成16年の改正行訴法9条2項の先駆となった。

- (5) 最高裁は、平成5年の自衛隊機飛行差止訴訟（厚木基地訴訟）判決において、自衛隊法8条に基づく防衛庁長官の自衛隊の隊務を統括する権限に基づく自衛隊機の運行について、「自衛隊機の運行に伴う騒音等の影響は飛行場周辺に広く及ぶことが不可避であるから、自衛隊機の運航に関する防衛庁長官の権限の行使は、その運行に必然的に伴う騒音等について周辺住民の受忍を義務づけるもの」であり、したがって、「右権限の行使は右騒音等により影響を受ける周辺住民との関係において、公権力の行使にあたる行為というべきである。」

（⑥最判平成5・2・25、民集47・2・643）と判示して、前記②の判例の理論構成を踏襲しながら、公権力（法律の子細な検証により法律が行政に対し国民の利益を抑圧しうる優越的な権限）の行使によって影響を受ける「処分性」及び「法律上の利益」を、行政法規等そのものよりも公権力の内容並びに公権力行使による被害の性質、態様及び程度に重きを置く判断を示した。

2 平成16年の行政法改正後の判例理論

- (1) 平成16年の行訴法改正後も、最高裁は、平成17年の小田急訴訟判決において、取消訴訟や抗告訴訟が主観訴訟にとどまらず客観訴訟となることについての一定の歯止めをかけながらも、鉄道事業認可の取消しを求める原告適格について、「本件鉄道事業が実施されることにより騒音、振動等による健康又は生活環境に係る著しい被害を直接的に受けるおそれのある者に当たると認められるから、本件鉄道の事業許可の取消しを求める原告適格を有するものと解するのが相当である。」（⑦最判平成17・12・7、民集59・10・264

5) と判示して、改正行政法の趣旨に則り、行政庁の行為の根拠法律及び関連法規の文言、趣旨・目的のみならず、行政庁の行為により侵害される事業地周辺住民の利益の内容及び性質並びに被害の態様及び程度を勘案して「法律上の利益」及び「原告適格」を認めるという手法をとった。

(2) 平成21年の場外馬券売場訴訟判決でも、施設周辺住民の原告適格に関し、自転車競技法及びその規則が保護しようとしているのは第一義的には施設周辺の児童、生徒、患者等の不特定多数の利益であり、性質上一般的公益に属する利益で原告適格を基礎付けるには足りないとしたが、施設周辺の医療施設等の開設者が原告適格を有するか否かについては、「当該場外施設が設置、運営された場合にその規模、周辺の交通等の地理的状况等から合理的に予測される来場者の流れや滞留の状況等を考慮して、当該医療施設等が上記のような区域に所在しているか否かを、当該場外施設と当該医療施設等との距離や位置関係を中心として社会通念に照らし合理的に判断すべきものと解するのが相当である。」(⑧最判平成21・10・15、民集63・8・1711)と判示して、⑥の判例と同様に法令による保護の直接の対象ではない住民以外の第三者にも「法律上の利益」及び「原告適格」が認められることがあることを示した。

(3) また、最高裁は、平成24年の国旗国歌訴訟判決において、「公権力の行使」すなわち「処分性」について前掲⑥の判例を踏襲し、行訴法37条の4第1項の「重大な損害を生ずるおそれ」について、処分がされた後に取消訴訟又は無効確認訴訟を提起して執行停止の決定を受けることなどにより容易に救済を受けることができるものではなく、処分がされる前に差止めを命ずる方法によるものでなければ救済を受けることが困難なものであることを要すると判示して(⑨最判平成24・2・9、民集66・2・183)、差止訴訟における「重大な損害を生ずるおそれ」について事後的救済方法では救済が困難なもの

であることを示し、その場合の「法律上の利益」及び「原告適格」を認めた。

- (4) さらに、最高裁は、平成28年の厚木基地第4次訴訟判決において、防衛大臣の自衛隊機の運行に関する権限の行使が社会通念に照らして著しく妥当性を欠くか否かという観点から審査を行い、当該飛行場における自衛隊機の運行の目的等に照らした公共性や公益性の有無及び程度、自衛隊機の運航による騒音により周辺住民に生ずる被害の性質及び程度、当該被害を軽減するための措置の有無や内容等を総合考慮すると判示して（⑩最判平成28・12・8、民集70・8・1833）、「法律上の利益」、「処分」及び「原告適格」の要件の存否に関して、行使された行政庁の権限と住民の被害との比較衡量的立場をとることを明らかにした。

- (5) これらの最高裁の判例によれば、行政庁の行為の根拠法律及び関連法規の文言、趣旨及び目的のみならず、事後的救済方法では住民の利益の救済が困難で、行政の行為による住民に生ずる被害の性質及び程度、行政による被害の軽減措置等を総合考慮して、「法律上の利益」、「処分」及び「原告適格」を判断することになる。

3 被告北海道の判例理解に対する批判

- (1) 前記のとおり、被告北海道は、地財法8条はそもそも根拠法令にはならないとし、⑥の平成17年の最高裁の判例理論を持ち出したうえで、仮に地財法8条が根拠法令に該当するとしても、不特定多数者の具体的利益を専ら一般的公益の中に吸収解消させるにとどまり、利益の帰属する個々人の個別的利益としてこれを保護すべきとする趣旨を含まない場合にあたり、処分性、法律上の利益及び原告適格のいずれも存在しないとする。

- (2) しかし、最高裁は、平成16年の行訴法改正前においてすら、行政訴訟において運輸大臣による空港管理権の行使が公権力の行使と不可分一体のものとして行使されることから、空港周辺住民の行政訴訟における取消訴訟や差止訴訟における「処分性」、「法律上の利益」及び「原告適格」を認め、「法律上の利益」について、行政の行為の根拠法規が保護しているかどうかという基準から、法律のみならず関連法案にまで判断基準を広げ、さらに被害利益の性質及び程度等をも考慮して判断するという方向へ舵を切り、後の平成16年の改正行訴法9条2項の先駆となった。
- (3) さらに、最高裁は、平成16年の行訴法改正後も、公権力（法律の子細な検証により法律が行政に対し国民の利益を抑圧しうる優越的な権限）の行使によって影響を受ける「処分性」及び「法律上の利益」について、行政法規等そのものよりも公権力の内容並びに公権力行使による被害の性質、態様及び程度に重きを置く判断を示し、行政庁の行為の根拠法律及び関連法規の文言、趣旨・目的のみならず、行政庁の行為により侵害される事業地周辺住民の利益の内容及び性質並びに被害の態様及び程度に事後的救済による救済の困難性や被害の軽減措置の有無等まで勘案して「法律上の利益」及び「原告適格」を認めるという手法をとるに至った。
- (4) 被告北海道の上記の判例理解は、⑥の令和17年の判決から出ておらず、その後の最高裁の判例の蓄積を全く無視するものである。
- (5) なお、上記⑦の最高裁の判例に関する最高裁調査官森英明の判例解説（甲20）には、行訴法9条2項について「この規定は、行政事件訴訟による国民の権利利益の救済範囲の拡大を図る観点から、取消訴訟の原告適格について適切な判

断が担保されるようにする」（912頁）、「平成16年改正は、・・・その背景に、国民の権利利益のより実効的な救済を図るため原告適格を拡大する考え方がある」（913頁）、「原告適格の実質的な拡大を図るという平成16年改正の見地からは、これらの考慮事項が常に考慮されることによって原告適格の認められる範囲が広がることが重要と思われる。」（916頁）、「『目的を共通する関係法令』として環境基本法や環境影響評価法が検討されるべきことになろう。」（918頁）、本判決が「画一的かつ簡明な手法を用いている。これは、原告適格の有無の判断が訴訟の入口の段階における問題にすぎないことを考慮したことによるものと思われる。」（923頁）とあり、一貫して国民の権利利益の救済を図るため原告適格を拡大するという点が強調されている。

第6 北海道百年記念塔の解体撤去の根拠法律

- (1) 被告北海道が所有管理する北海道百年記念塔についての被告北海道の管理処分権限の根拠は、地方自治法（以下「地自法」という）149条6号及び同条7号である。
- (2) 被告北海道は、根拠法律として地自法149条6号のみをあげるが、開拓の礎となった人々を顕彰し今後の郷土建設の決意を表明するために建設及び寄付（受納）され、且つ、その趣旨の下に維持管理されかつされるべき北海道百年記念塔は、単なる金銭的財産的福利のみならず身体的福利や精神的福利によって構成される住民の福利を維持増進する目的をもってその利用に供するための施設すなわち公の施設であることは明らかであるから、公の施設を廃止する権限としては同法149条7号をもあげるべきである。
- (3) 被告北海道が意図的に根拠法律から同法149条7号を除いたのだとすると、

それは同法10章「公の施設」のうちの住民の利用の拒否の禁止（同法244条2項）、住民の利用についての不当な差別的取扱の禁止（同条3項）及び条例で特に重要なものとして定めた公の施設を廃止する際の議会の出席議員の3分の2の同意（同法144条の2第2項）という住民自治の原則からする厳しい法的規制の対象物となることを忌避したものと思われる。

第7 地自法及び関連法令の趣旨及び目的

1 憲法92条等の地方自治の本旨

地自法は、憲法第8章「地方自治」に根拠を置くものであり、憲法92条は地方自治体の組織・運営が「地方自治の本旨」に基づくものであることを要求しているところ、「地方自治の本旨」とは、一般的に、住民自治の原則（住民が地方公共団体の政治及び政策決定に参加すること）及び団体自治の原則（地方政府や地方議会などの国から独立した団体に地方自治が委ねられ、団体自らの意思と責任の下でなされること）であるとされている。

また、憲法94条は、地方公共団体に財産を管理する権限を与えているが、地方自治が地方自治の本旨すなわち住民自治と団体自治の各原則に従わなければならないとの憲法92条の趣旨からして、地方公共団体の財産管理においてもまた地方自治の本旨に基づかなければならないのである。

2 地自法の趣旨・目的

地自法1条も、上記の憲法の趣旨を受けて、この法律の目的として、「この法律は、地方自治の本旨に基づいて、地方公共団体の区分並びに地方公共団体の組織及び運営に関する事項の大綱を定め、併せて国と地方公共団体との間の基本的

関係を確立することにより、地方公共団体における民主的にして能率的な行政の確保を図るとともに、地方公共団体の健全な発達を保障することを目的とする。」としている。

つまり、地方公共団体の長は、地自法に基づく権限を使用する場合には、全て憲法92条が規定する地方自治の本旨すなわち住民が地方公共団体の政治及び政策決定に参加するという住民自治の原則及び地方政府や地方議会などの国から独立した団体に地方自治が委ねられ、団体自らの意思と責任の下でなされる団体自治の原則に合致するようになすべき義務がある。

3 地自法等における公有財産に関する規制

(1) 公有財産と行政財産

地方公共団体が有する不動産は、公有財産であり（同法238条1項1号）、公有財産のうちでも、公用又は公共用に供し又は供することを決定されたものすなわち公用物又は公共用物としての行政財産である（同条4項）。「公用」に供するとは、地方公共団体が事務または事業を執行するための直接使用の用に供することをいい、「公共用」に供するとは、地方公共団体の住民の一般的共同利用の用に供することをいうとされている。

(2) 行政財産に関する地自法の規制

公有財産のうちでも、行政財産は、民事的な処分行為の対象ないしは目的とすることが可能である普通財産（同法238条の5第1項）とは異なり、同条2項1号乃至6号に規定された特定の場合を除いては貸付、交換、売却、譲渡、出資、信託及び私権の目的とすることはできないとされており（同法238条

の4第1項)、民事的な処分行為の対象ないしは目的とすることが原則的に禁止されている。また、行政財産について第三者に使用を許可した場合でも(同条7項)、公用又は公共用に供するため必要が生じた場合には、その許可を取り消すことができるとされている(同条9項)。しかも、普通財産でも第三者に使用を許可した場合の地方公共団体の契約解除権が認められてはいるが(同法238条の5第4項)、その場合には、借受人の損失を補償する義務がある旨が規定されているのに比して(同条5項)、行政財産の第三者使用に関する地方公共団体の解除についてはそのような規定がおかれていないことからすれば(同条)、借受人が行政財産に投下した必要費や改良費等に関する損失を補償する必要はないとされている。

つまり、地方公共団体は、公有財産のうちでも行政財産については普通財産に比して一層強く地方自治の本旨すなわち住民自治の原則と団体自治の原則を遵守する義務があるし、行政財産のうちで公共用財産は住民の一般的共同利用のための財産であるから、地方公共団体そのものの利用のための公用財産に比して、さらに一層強く地方自治の本旨のうちの住民自治の原則を遵守し、公共用財産をその本来の目的にしたがって広く公平に住民の一般的共同利用に供する義務がある。

(3) 公の施設に関する地自法の規制

さらに、公共用財産のうちで、学校、病院、保育所、福祉施設、火葬場、コンサートホール、演芸場、運動施設、記念碑、記念塔などの「住民の福祉を増進する目的をもってその利用に供するために地方公共団体が設ける施設」である「公の施設」(同法244条1項)については、住民が公の施設を利用することを拒んではならないのであり(同条2項)、住民が公の施設を利用することについて不当な差別的取り扱いをしてはならないとされており(同条3項)、

設置及び管理は条例で定めなければならない（同法244条の2第1項）、条例で定める重要な公の施設のうちで条例で定める特に重要なものについて、これを廃止しようとするときは、議会において出席議員の3分の2以上の者の同意を得なければならないとされ（同法244条の2第2項）、さらに、公の施設を利用する権利に関する地方公共団体の長の処分に不服がある者は、都道府県知事がした処分については総務大臣、市町村長がした処分については都道府県知事に審査請求をすることができるし、異議申立てをすることもできるとされており（同法244条の4）、行政不服申立ての対象とされている。

このように、地方公共団体は、公の施設については、そもそも住民の利用を前提として住民の福祉を増進する目的をもって住民の利用に供するために地方公共団体が設けるものであるから、地方公共団体の住民が公の施設を利用するに際し、住民の利用を拒んではいけないし差別的取扱をしてはならないし、住民の利用権は不服申立や異議申立の行政不服申立ての根拠にもなっている。つまり、地方公共団体は、公の施設について、地方自治の本旨のうちの住民自治の原則を遵守し、公の施設をその本来の目的にしたがって住民の福祉の増進のために広く公平に住民の一般的共同利用に供する義務がある。

(4) 地財法8条と住民の権利ないしは利益

地財法も、地方自治法の趣旨を受けて制定されたものであり、その第1条「この法律の目的」において、「この法律は、地方公共団体の財政の運営、国の財政と地方財政との関係等に関する基本原則を定め、もって地方財政の健全性を確保し、地方自治の発達に資することを目的とする。」とされているように、憲法92条が規定する地方自治の本旨すなわち住民自治と団体自治の確保と発展が最終的な目的である。

したがって、地方公共団体は、「地方公共団体の財産は、常に良好の状態に

においてこれを管理し、その所有の目的に応じて最も効率的に、これを運用しなければならない。」（地財法8条）というのは、地方自治体の財産を憲法92条が規定する地方自治の本旨すなわち地方住民の住民自治及び団体自治に資するように管理運用しなければならない義務があるということである。

4 根拠法律及び関連法令による住民の具体的利益

以上のとおり、地自法149条6号及び同条7号並びに第7において摘示した関連法令は、全て憲法92条の地方自治の本旨すなわち住民自治の原則と団体自治の原則の実現、維持及び発展という共通の趣旨と目的を有しているだけでなく、地方公共団体の住民に対し、地方公共団体の違法な公共用財産の処分あるいは違法な公の施設の廃止によって、公共用財産及び公の施設に本質的に内在している民主的で公平で幅広い利用によって形成される住民の福祉が著しい被害を受けないという具体的利益を保護していると言うことができ、その利益は一般的公益の中に吸収解消させることは困難である。

つまり、根拠法律及び関連法令は、公共用財産及び公の施設の利用についての非民主的であったり不公平であったり差別的であったりというような違法な取扱いによる住民の福祉に関する著しい被害を直接的に受けるおそれのある北海道の住民に対して、そのような被害を受けないという利益を個々人の個別的利益としても保護すべきとする趣旨を含むと言うべきである。（上記⑦の最高裁の判例の趣旨）

第8 本件における「処分性」、「法律上の利益」及び「原告適格」

1 北海道百年記念塔の沿革と役割と特質

(1) 北海道百年記念塔は、上記のように、北海道百年記念塔建設期成会設立の当初から被告北海道の受納に至るまで、北海道開拓百年を記念し、開拓の功労者及び北海道開拓の基礎を培ってくれた多くの人々に対する感謝と慰霊の念と次の百年に向かって郷土を建設する道民の決意を表明するために、北海道百年記念塔建設期成会により建設されて被告北海道に寄付され、被告北海道は本件記念塔建立の趣意が顕彰されるべく最善の管理と運営に万全を期すことを誓約して受納し、北海道の住民のみならずここを訪れる多くの国民や観光客の用すなわち公共の用に供されてきた建設から50年以上を経過している文化的歴史的建造物であるから、歴史的文化的に特別の意味を有する公有財産（地自法238条1項1号）であり、公共用に供し又は供することを決定された財産であるから行政財産のうちの公共用財産であり（同条3・4項）、住民の福祉を増進する目的をもってその利用に供するために地方公共団体が設ける施設であるから公の施設である（同法244条1項）。

(2) 北海道百年記念塔は、北海道開拓の基礎を培ってくれた多くの人々に対する感謝と慰霊の念と次の百年に向かって郷土を建設する道民の決意とを象徴する北海道開拓の歴史を体現した記念物（モニュメント）であるから、北海道の住民が、北海道百年記念塔の存在、鑑賞、利用及び活用を通して、北海道という地域に特有の歴史的感覚及び芸術的情緒を喚起し醸成し維持することに大いに寄与してきたものであり、北海道の住民の帰属感、連帯感、一体感、歴史観、責任感及び使命感を象徴することにより開拓の過去から未来へのつながりという郷土愛を形成する役割を担ってきたもので、いわば北海道の住民の地方自治の本旨の象徴でもある。北海道百年記念塔は、北海道の住民にとって、単なる物質的な価値だけではなく、上記のような極めて大きく重要な精神的な価値を体現し象徴するものである。

2 被告北海道の認識

被告北海道も、「ほっかいどう歴史・文化・自然「体感」交流空間構想」（乙2）において、北海道百年記念塔は、「昭和40年代の北海道百年記念事業の一環として公園指定された道立自然公園野幌森林公園に所在する北海道博物館、北海道開拓の村、北海道百年記念塔は、北海道が本道が積み重ねてきた歴史・文化や先人の偉業、そして自然に触れることができる場として、これまでの長きにわたって道民に親しまれ、多くの方々に利用されてきました。」（2頁）、「学校の校歌や校章に使用されるなど、地域のシンボルとして根付いている」（10頁）と記載しており、北海道百年記念塔が文化的歴史的建造物であり公共用物であり重要な公の施設であることを認めている。

3 「法律上の利益」について

(1) 北海道百年記念塔は、公共用財産であり公の施設であるから、第7の4項において考察したとおり、被告北海道の北海道百年記念塔についての施設管理処分権は、根拠法律及び関連法令により以下のとおり規制されている。

すなわち、公共用財産及び公の施設の利用についての非民主的であったり不公平であったり差別的であったりというような違法な取扱による住民の福祉に関する著しい被害を直接的に受けるおそれのある北海道の住民に対して、そのような被害を受けないという利益を個々人の個別的利益としても保護すべきものとする趣旨を含む被告北海道の知事の北海道百年記念塔に関する施設管理処分権は、公有財産として扱うべく義務付けられ、行政財産として私権の対象とすることを厳しく制限され、場合によっては私権を毀損しても使用に関する契約を解除することが可能でそのことによる私人の損害について行政庁が責任を負わないという権力的な性質を有し。公共用財産として公共の用すなわち住民

の用に供するべく義務付けられ、公の施設として住民の利用を拒んではならないとされ、住民の利用に関して不当な差別的な扱いの禁止が義務付けられ、その利用について行政不服申立の手續が規定されているのである。

(2) 被告北海道の北海道百年記念塔に関する施設管理処分権の根拠法律及び関連法令は、全て憲法92条の地方自治の本旨すなわち住民自治の原則と団体自治の原則の実現、維持及び発展という共通の趣旨と目的を有しているだけでなく、地方公共団体の住民に対し、地方公共団体の違法な公共用財産の処分あるいは違法な公の施設の廃止によって、公共用財産及び公の施設に本質的に内在している要請すなわち民主的で公平で幅広い利用によって形成される住民の福祉が著しい被害を受けないという具体的利益を保護していると言うことができ、その利益は一般的公益の中に吸収解消させることは困難である。つまり、根拠法律及び関連法令は、公共用財産及び公の施設の利用についての非民主的であったり不公平であったり差別的であったりというような違法な取扱による住民の福祉に関する著しい被害を直接的に受けるおそれのある北海道の住民に対して、そのような被害を受けないという利益を個々人の個別的利益としても保護すべきものとする趣旨を含むと言うべきである。（上記⑦の最高裁の判例の趣旨）

(3) すなわち、根拠条文に加えて趣旨・目的を共通する上記の関連法令の趣旨・目的を考慮した場合、就中、公用又は公共用に供するため必要が生じた場合に使用者の損失を補償することなくその許可を取り消すことができるとの規定（同法238条、同法238条の4、同法238条の5）及び公の施設を利用に関する地方公共団体の処分に不服がある住民に行政不服申立を認める規定（同法244条の4）をも勘案すると、公有財産の中でも公共用財産及び公の施設である北海道百年記念塔については。北海道の住民が被告北海道の公共用財産及び公の施設の管理処分権の行使の単なる反射的利益を享受しているので

はなく、北海道の住民に北海道百年記念塔を利用する権利そのものが認められていると言うべきであり、個々人の個別的権利であることは明らかであるから、その権利は「法律上の利益」である。

(4) 仮に、北海道百年記念塔について北海道の住民に地自法に基づく個々人の直接的な施設利用権が認められないとしても、被告北海道の北海道百年記念塔に関する施設管理処分権の根拠条文と目的を共通とする上記の関連法令の趣旨・目的から見れば、北海道の住民には、公共用財産及び公の施設としての北海道百年記念塔を利用し活用し鑑賞する利益が認められ、かかる北海道の住民の利益は地方自治の本旨とりわけ住民自治の原則によって憲法及び関連法令により基礎付けられ、個々人の個別的利益として位置づけられており、被告北海道の施設管理処分権の単なる反射的利益ではなく、その利益は「法律上の利益」である。

(5) 権利であっても利益であってもいずれにしても、地自法149条6号及び同条7号並びに第7において摘示した関連法令は、全て憲法92条の地方自治の本旨すなわち住民自治の原則と団体自治の原則の実現、維持及び発展という共通の趣旨と目的を有しているだけでなく、地方公共団体である被告北海道の住民に対し、被告北海道の違法な公共用財産の処分あるいは違法な公の施設の廃止によって、公共用財産及び公の施設に本質的に内在している民主的で公平で幅広い利用によって形成される北海道の住民の福祉が著しい被害を受けないという具体的利益を保護していると言うことができ、その利益は一般的公益の中に吸収解消させることは困難である。

つまり、根拠法律及び関連法令は、公共用財産及び公の施設の利用についての非民主的であったり不公平であったり差別的であったりというような違法な取扱による住民の福祉に関する著しい被害を直接的に受けるおそれのある北海

道の住民に対して、そのような被害を受けないという利益を個々人の個別的利益としても保護すべきとする趣旨をも含むと言うべきである。（上記⑦の最高裁の判例の趣旨）

- (5) なお、以上について上記の②及び⑥の最高裁の判例に則して考察すると以下のとおりとなる。

すなわち、北海道百年記念塔の解体撤去を根拠付ける被告北海道の知事の施設管理処分権は、公共用財産で公の施設である北海道百年記念塔に関する単なる施設管理処分権という私権的ないしは非権力的な性質を有する。また、それと同時に、当該施設管理処分権には、憲法 9 2 条以下の関連法令により地方自治の本旨から北海道の公共用財産及び公の施設の使用についての様々な権利、権能ないしは利益が北海道の住民に認められ、かつ、住民の幅広い利用が予定されており、被告北海道による、非民主的であったり不公平であったり差別的であったりというような違法な取扱を受けないことが規定されていることから、北海道の住民個々人の利益を抑圧しうる優越的な権限すなわち公権力の行使としての性質も付与されているから、北海道百年記念塔の解体撤去に関する被告北海道の施設管理処分権については、非権力的性質と権力的性質とが不可分一体のものとして行使されるのだから、北海道の住民である原告らには「法律上の利益」がある。

5 「処分性」について

- (1) 敢えて再論するが、北海道百年記念塔は、北海道開拓の基礎を培ってくれた多くの人々に対する感謝と慰霊の念と次の百年に向かって郷土を建設する北海道の住民の決意とを象徴する北海道開拓の歴史を体現した記念物（モニュメント）である。したがって、北海道百年記念塔は、北海道の住民をして、北海道

百年記念塔の存在、利用、活用及び鑑賞を通して、北海道という地域に特有の歴史的感覚及び芸術的情緒を喚起させ醸成させ維持させることに大いに寄与してきたものであり、北海道の住民の帰属感、連帯感、一体感、歴史観、責任感及び使命感を象徴するもので、開拓の過去から未来へのつながりという郷土愛を形成する役割を担っており、いわば北海道の住民の地方自治の本旨の体現ないしは象徴である。よって、北海道百年記念塔は、北海道の住民にとって、単なる物質的財産的な価値だけではなく上記のような極めて大きく重要な歴史的精神的価値ないしは利益としての「法律上の利益」を体現ないしは象徴するものである。

- (2) したがって、被告北海道の知事が有する北海道百年記念塔に関する施設管理処分権を行使して北海道百年記念塔を解体撤去することは、北海道百年記念塔を利用及び活用することができないのはおろか、存在それ自体をこの世から抹消するわけであるから、北海道の住民が未来永劫にわたってこれを利用することはおろか見ることすらできなくなるという結果になる。

つまり、北海道という地域に特有の歴史的感覚及び芸術的情緒を喚起し醸成し維持することに大いに寄与し、北海道の住民の帰属感、連帯感、一体感、歴史観、責任感及び使命感などの極めて大きく重要な精神的価値を体現し象徴することにより開拓の過去から未来へのつながりという郷土愛を形成する役割を担うことでいわば北海道の住民の地方自治の本旨の体現ないしは象徴としての記念物（モニュメント）が被告北海道によって解体撤去されることは、北海道の住民にとって地方自治の本旨に基づく上記のような極めて大きく重要な精神的価値ないしは利益がある記念物（モニュメント）が未来永劫に失われ、仮に、将来において再建したとしても同一のものとは言えないから、その損害を回復することは著しく困難ないしは不可能となることを意味する。

(3) よって、被告北海道による北海道百年記念塔の解体撤去は、北海道の住民である原告らが北海道百年記念塔を利用し活用し鑑賞するという利益のみならず、北海道の住民をして、北海道百年記念塔の存在、利用、活用及び鑑賞を通して、北海道という地域に特有の歴史的感覚及び芸術的情緒を喚起させ醸成させ維持させることに大いに寄与してきた、北海道の住民の帰属感、連帯感、一体感、歴史観、責任感及び使命感を象徴する、開拓の過去から未来へのつながりという郷土愛を形成する役割を担ってきたという北海道の歴史的文化的価値及びそこから必然的に派生する北海道の住民の地方自治の本旨の体現ないしは象徴としての代替不能な重要な精神的価値という利益で構成される「法律上の利益」を、被告北海道が容易に信頼できない北海道百年記念塔の現状調査の結果及び管理費と解体撤去費との比較に関する不公正で不正確な資料に基づく非民主的な手続で必然的に永久に喪失させるものであるから、公権力すなわち北海道民である原告らの利益を抑圧する優越的な権限の行使をするものであり、被告北海道による北海道百年記念塔の解体撤去が「処分性」を有することは明らかである。

7 「原告適格」について

以上のとおり、被告北海道の北海道百年記念塔の解体撤去及びその費用の支出は、北海道の住民である原告らの「法律上の利益」を侵害するもので、かつ、公権力の行使により法律上の利益を侵害するという「処分性」を有するから、原告らに「原告適格」があることは明白である。

第9 その他の訴訟要件と訴訟要件の充足

差止めの訴えの訴訟要件として、行訴法37条の4は、重大な損害を生ずるお

それがある場合で損害回避のために他に適当な方法がないこと（1項）及び重大な損害を生ずるおそれの有無については損害の回復の困難の程度、損害の性質及び程度並びに処分内容及び性質をも勘案すること（2項）を求めている。

被告北海道によって北海道百年記念塔が解体撤去されれば、北海道の住民の地方自治の象徴が失われ、北海道の住民が50年以上にわたり北海道百年記念塔に抱いてきたあるいは北海道百年記念塔を通して保有してきた先に詳論した重大な精神的価値の象徴が失われることにより、重大な損害が生じるおそれがあることは明らかであるし、そのような損害の発生を防止するには被告北海道による解体撤去及びその費用の支出を差し止める以外に適当な方法はなく、解体撤去という結果が生じてしまえば損害を回復することは著しく困難か不可能である。

よって、原告らの本件差止めの訴えについては全ての訴訟要件が充足されている。

第9 文化財としての側面からの追加的検討

1 幸福追求権としての文化ないしは文化財の享受

憲法13条は、「すべて国民は、個人として尊重される。生命、身体及び幸福追求に対する国民の権利については、公共の福祉に反しない限り、立法その他の国政の上で、最大の尊重を必要とする。」と規定しており、文化ないしは文化財が国民にもたらす恵沢は極めて重要なものであり、国民の幸福追求にとって欠くことのできないものであるから、文化及び文化財を維持発展させることは国民の幸福追求権の一部を構成するものである。

2 文化芸術基本法の規制

かかる憲法の理念を受けて、文化芸術基本法（甲18）も「文化芸術が人間に多くの恵沢をもたらすものである」（1条）とし、「文化芸術の施策の推進に当たっては、地域の人々により主体的に文化芸術活動が行われるよう配慮するとともに、各地域の歴史、風土等を反映した特色ある文化芸術の発展が図られなければならない。」（2条6項）とし、「地方公共団体は、基本理念にのっとり、文化芸術に関し、国との連携を図りつつ、自主的かつ主体的に、その地域の特性に応じた施策を策定し、及び実施する責務を有する。」（4条）とし、国に有形無形の文化財の保存及び活用を図るための修復、防災、公開等への支援その他の必要な施策を講ずるものとするとし（13条）、「地方公共団体は、国の文化芸術に関する施策を勘案して、その地域の特性に応じた文化芸術に関する施策の推進を図るよう努めるものとする。」（35条）としている。

つまり、被告北海道は、文化芸術基本法に基づき、歴史的文化的な建造物である北海道百年記念塔に価値が高い建造物等の文化財産である北海道百年記念塔の保存及び活用を図るための修復、防災、公開等への支援その他の必要な施策を講ずる義務を負っている。

3 文化財保護法の規制

また、文化財保護法は、「文化財」について、建造物等の有形の文化的所産で我が国にとって歴史上又は芸術上価値の高いもの等をいうとしており（2条）、「政府及び地方公共団体は、文化財が我が国の歴史、文化等の理解のために欠くことのできないものであり、且つ、将来の文化の向上発展の基礎をなすものであることを認識し、その保存が適切に行われるように、周到の注意をもつて法律の趣旨の徹底に努めなければならない。」（第3条）としている。

つまり、被告北海道は、文化財保護法に基づき、歴史的に価値が高い建造物等の文化財産である北海道百年記念塔の保存が適切になされるように周到な注意を

もってすべき義務を負っている。

なお、文化財保護法は、重要文化財に指定された文化財の管理、保護及び公開等について詳細な規定を有しているが、文化財が長い年月を経て歴史的文化的に重要なものとして重要文化財に指定されるという文化の特質を前提に考える必要があり、現時点で重要文化財に指定されていないものは文化的価値が低いという貧しい発想では将来の我が国において重要文化財は生まれないことに留意しなければならない。

- 4 北海道においても、既に指摘した北海道文化振興条例が存在し、「私たちは、先人たちの遺した文化を大切に守り育て、新しい地域文化を創造するとともに、これらの文化の恵沢を全ての人々が享受することのできる生活文化圏をここ北海道の地に築いていくことを決意し、この条例を制定する。」（前文）と宣言し、被告北海道に文化振興の責務があることを認め（1条）、被告北海道が文化振興施策を推進するための必要な財政上の措置を講ずるよう努める義務があるとし（5条）、文化振興指針（以下「指針」という）を定めることとし（6条1項）、指針には歴史的文化遺産の保存及び活用に関することを定める（同条2項6号）としている。

被告北海道は、上記条例をうけて指針においても、「この北海道を道民一人ひとりが心の豊かさを実感できる地域社会とするため、優れた自然環境、独自の歴史、多彩な生活様式などに根ざした個性的な地域文化を創造し発展させていくとともに、すべての人が文化を享受することのできる生活文化圏を築いていくことをめざします。」（はじめに）、基本理念として、先人の培った文化を受け継ぎ次代に伝えることを掲げ（第1章の5）、歴史的文化遺産の保存及び活用を文化行政の基本的な考え方とし（第2章の6）、文化振興施策の推進としては歴史的な文化遺産の保存及び活用を掲げている（第3章の6）。

つまり、被告北海道は、北海道文化振興条例及び同指針に基づき、文化振興施

策の推進としての歴史的文化遺産である北海道百年記念塔の保存及び活用をする義務を負っている。

- 5 憲法13条の幸福追求権の一つとしての文化財の恵沢を受ける権利、文化芸術基本法の各地域の歴史、風土等を反映した特色ある文化芸術の発展をさせる義務、地域の特性に応じた施策を策定し実施する義務及び地域の特性に応じた文化芸術に関する施策を図る義務、文化財保護法の文化財の保存が適切に行われるようにする義務、北海道文化振興条例及び同指針の歴史的文化遺産の保存及び活用をする義務の規定を見れば、北海道の住民が北海道の歴史的文化的建造物である北海道百年記念塔の恵沢を享受する「法律上の利益」が存在していると言うべきである。被告北海道の文化財としての行政財産の管理処分権は単なる施設管理処分権であるというにとどまらず、北海道の住民が北海道の文化財である北海道百年記念塔の恵沢を享受する利益を違法に侵害する公権力の行使であり、したがって「処分性」があり、北海道の住民である原告らには「原告適格」がある。
- 6 なお、北海道百年記念塔を歴史的文化的建造物として北海道の住民が利用しその恵沢に預かることはまた地方自治の本旨にもつながるものであり、したがって上記の文化関連法令等は地自法とも趣旨及び目的を共通するものである。

証 拠 方 法

本 日 付 証 拠 説 明 書 記 載 の と お り

付 属 書 類

1 証 拠 説 明 書 1 通

2 甲 第 2 0 号 証 写

1 通

以 上

令和4年(行ウ)第35号 建物解体撤去等差止請求事件
原告 野地秀一外86名
被告 北海道

証拠説明書

令和4年12月21日

札幌地方裁判所民事第1部合議係 御中

原告代理人弁護士 原 洋 司
同 弁護士 芦 田 和 真

甲	標 目	作成 年月日	作成者	立証趣旨	原 写
20	判例解説		最高裁調査官 森英明	最高裁において 国民の権利利益の救済の ために差止訴訟の原告適格 が拡大されていること	写

以 上