

副本直送済み

令和5年（行ス）第3号 仮の差止め申立却下決定に対する抗告事件

抗 告 人 野地秀一 外13名

被抗告人 北海道

意 見 書

令和5年6月8日

札幌高等裁判所第2民事部ハ係 御 中

〒060-0062

札幌市中央区南2条西10丁目1番地4

第2サントービル4階

藤田・荒木・村本法律事務所（送達場所）

被抗告人代理人弁護士 藤 田 美 津 夫

電 話 011-271-6046

FAX 011-271-6047



被抗告人は、次のとおり、抗告人らの令和5年4月3日付け抗告状及び同月17日付け抗告理由書（以下「抗告理由書」という。）に対して、必要と認める範囲で意見を述べる。

なお、略語等は、本書面において新たに用いるもののほかは、従前の例による。

第1 抗告の趣旨に対する意見

1 本件抗告のうち抗告人[]、同[]及び同[]に関する部分を

却下する

- 2 その余の本件抗告を棄却する
 - 3 抗告費用は抗告人らの負担とする
- との決定を求める。

第2 意見の理由

1 抗告人野地秀明外2名は当事者適格がないこと

仮の差止めの申立ては、本案訴訟である差止めの訴えが係属している場合に限り、これを行うことができるとされているところ、抗告人のうち■■■■、■■■■及び■■■■は、本件抗告の本案訴訟である御庁令和5年（行コ）第8号建物解体撤去等差止請求控訴事件における控訴人ではないから、本件抗告の当事者適格を有しない。

したがって、本件抗告のうち抗告人■■■■ 同■■■■及び■■■■に関する部分は、却下されるべきである。

2 本件仮の差止めの申立ては不適法であること

仮の差止めの申立ては、本案訴訟である差止めの訴えが適法な訴えとして提起されていることが要件であるところ、本件仮の差止めの本案訴訟である札幌地方裁判所令和4年（行ウ）第35号建物解体撤去等差止請求事件（以下「本件本案訴訟」という。）の判決が原告らの請求を却下していることから明らかなとおり、本件仮の差止めは、適法な本案訴訟の係属を欠く不適法なものである。

したがって、その余の仮の差止めの申立ての要件について検討するまでもなく、速やかに棄却されるべきである。

3 抗告人らの主張に対する反論

(1) 記念塔の解体撤去及びその費用の支出は「処分」に当たらないこと

ア 抗告人らは、①最高裁判所昭和54年12月25日第三小法廷判決（民集33巻7号753ページ）、②最高裁判所平成16年4月26日第一小法廷判決（民集58巻4号989ページ）及び③最高裁判所平成17年7

月15日第二小法廷判決（民集59巻6号1661ページ）の各判例に照らし、記念塔の解体撤去及びその費用の支出が事実行為であるとしても、処分性は否定されないと主張する（抗告理由書第4の2(2)(13ページ)）。

イ しかし、これらの判例はいずれも、行政庁が、個別の根拠法令に基づき優越的な立場で特定の名宛人に対して通知又は勧告をした事案に関するものであるところ、当該通知又は勧告により、名宛人が一定の法律効果を享受しえなくなるという公権力性及び実質上の法的効果に着目して、実質的に「法律上の権利義務を形成し、又はその範囲を確定することが法律上認められる」と判断されたものであり、本件とは事情を全く異にする。

すなわち、前記①の判例は、税関長から輸入業者に対してなされた、輸入申告に係る書籍が輸入禁制品に該当するとの関税定率法の規定に基づく通知について、輸入業者に申告に係る貨物を適法に輸入することができなくなるという法律上の効果を及ぼすものであるとして処分性が認められた事案であり、前記②の判例は、検疫所長から輸入業者に対してなされた、輸入冷凍食品が食品衛生法の基準に違反する旨の同法の規定に基づく通知について、結果として関税法による当該食品の輸入の許可が受けられなくなるという法律上の効果を及ぼすものであるとして処分性が認められた事案であり、前記③の判例は、県知事から病院開設申請者に対してなされた、医療法の規定に基づく病院開設中止の勧告について、これに従わない場合には、相当程度の確実さをもって、病院を開設しても保険医療機関の指定を受けることができないという結果をもたらし、實際上病院の開設自体を断念せざるを得なくなることから、処分性が認められた事案である。

ウ これに対して、本件における記念塔の解体撤去は、原決定が摘示するとおり、被抗告人が、「その所有する百年記念塔について、地方自治法149条6号に基づき行政財産（同法238条4項）の処分（廃棄）として、相手方（被抗告人）と工事請負業者との間で締結された請負契約に基づいて工事請負業者が実施する事実行為にすぎず、その解体撤去のための費用の支出についても、相手方と工事請負業者との間の請負契約の締結という

私法上の契約を締結するにとどまる支出負担行為（同法232条の3）や、会計管理者による支出行為（同法232条の4）という事実行為にすぎないものであ」（原決定第3の1(2)ア（3ページ））り、抗告人らに何らかの行動を義務付けたり、何らかの法的効果を生じさせたりするものではないから、公権力性及び法的効果の両面において、「行政庁の処分その他公権力の行使に当たる行為」には当たらない。

エ したがって、前記①ないし③の判例の「通知又は勧告」と本件における記念塔の解体撤去及びそのための費用の支出という「事実行為」を同列に論じようとする抗告人らの批判は当たらない。

(2) 記念塔から半径5キロ圏内の抗告人らの処分性について

ア 抗告人らは、記念塔の解体撤去により、記念塔から半径5キロ以内に居住している抗告人6名（抗告理由書第3の3(3)（11ページ）。以下「圏内抗告人ら」という。）において、記念塔を眺望することも訪れることもできなくさせるという法律上の効果が生じることに加えて、景観利益という法律上の利益が侵害されることから、記念塔の解体撤去には処分性があると主張する（同第4の2(3)（13及び14ページ）及び第5（17ページ））。

イ しかし、抗告人らの主張する「記念塔を眺望」し、「訪れる」利益は、まさに原決定のいう「不特定多数の者に対する一般的抽象的な事実上の影響」にほかならないから、記念塔の解体撤去及びそのための費用の支出が抗告人らに対し何らかの法的効果を生じさせるものとはいえず、抗告人らの主張は理由がない。

なお、抗告人らのいう「景観利益」については、不法行為法上の保護法益として、ある行為が違法な景観利益の侵害に当たるといえるためには、「良好な景観に近接する地域内に居住し、その恵沢を日常的に享受している者」に対し、刑罰法規や行政法規の規制に違反し、又は公序良俗に違反するなど、社会的に容認された行為としての相当性を欠く侵害行為が行われたことを要するとされているものであり（最高裁判所平成18年3月3

0日第一小法廷判決・民集60巻3号948ページ)、本件とは無関係である。

ウ よって、記念塔の解体撤去によって、圏内抗告人らが記念塔を眺望することなどができなくなるとしても、それは、処分を前提としない事実上の影響というほかなく、圏内抗告人らの権利又は義務の範囲を形成し、又はその範囲を確定させるものとはいえないから、記念塔の解体撤去及びそのための費用の支出には処分性はない。

(3) 抗告人らの主張する法律上の利益について

抗告人らは、記念塔が地方自治法上の公の施設であり、同法が住民に対する不当な利用拒否及び差別的取扱いを禁じ、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のある者につき行政不服審査の対象としていること等を指摘し、同法が利用者の権利を個別的利益として保護する趣旨を含むなど、法律上の利益に関して縷々主張するが(抗告理由書第4の3(14ないし17ページ)、本件本案訴訟において繰り返し述べてきたとおり、記念塔の解体撤去及びその費用の支出は、そもそも差止めの訴え(行訴法37条の4第1項)の処分の対象となる処分に当たらない以上、一定の処分を前提とした法律上の利益(同条第3項、4項及び9条2項)について検討するまでもなく、本件本案訴訟は不適法であって、これを前提とした本件仮の差止めの申立ては不適法である。

以 上