

令和5年（行コ）第8号 建物解体撤去等差止請求控訴事件

控訴人 野地秀一外31名

被控訴人 北海道

控訴理由書

令和5年5月30日

札幌高等裁判所第2民事部八係 御中

控訴人ら代理人弁護士 原 洋 司

同 弁護士 芦 田 和 真

頭書事件に関する控訴人らの控訴理由は以下のとおりである。

第1 北海道百年記念塔の存在について

- 1 過去数多の哲学者が論じてきた存在論に一頁を加えることは我が身に余る。ただし、体系立てられた存在論ではなくとも、真摯に懸命に今を生きている者ならば誰しも当然に得られる生命的実感ないしは生命的考察というものがある。

- 2 欧米流の個人主義を当たり前の前提としているうえに歪に発達した現代文明の中で個々人が砂粒のように分断されて生きている。我々は、往々にして一人一人が独立して存在していると考えがちである。しかし、我々は、生命体か単なる物質かを問わず、全ての存在のネットワークの中に生きている。関係の濃淡こそあれ、現在世界に存在しているもののみならず、過去に存在していたもの、未来に存在するものとの関係なくして現存在はありえない。他者のないもの、過去のないもの、未来のないものを存在とは言わないし、我々がそれを存在と認識することは困難である。
- 3 つまり、我々は、他者及び他物と密接不可分な存在であり、かつ、現在のみならず過去と未来と密接不可分な存在である。人はよく肉親を亡くして身が剥がされたような苦しみというが、これは単なる比喩的な表現にとどまらない。自己というものを構成している重要な部分である肉親が失われたことは、文字通り現実的にも自分の一部が失われたということを表している。また、肉親に限らず、真摯に愛した動物や物が失われたときも同様である。仏教的用語を用いるならば、「維摩経」における維摩と文殊菩薩の問答であり、「一即多、多即一」であり、妻や複数の子供を相次いで亡くした西田幾多郎が説いたところの「絶対矛盾的自己同一」である。
- 4 少なくとも北海道百年記念塔を愛しその保存に懸命に努力してきた控訴人らにおいては、北海道百年記念塔が被控訴人の手によって破壊されるのは、身を剥がされることと等しく、北海道百年記念塔が破壊し尽くされれば、その喪失感たるや計り知れないものがある。しかも、われわれは過去に北海道百年記念塔を受納した際の「この記念塔建立の趣旨を体して最善の管理と運営に万全を期してまいる所存」（甲2の3頁）であると誓約した当時の町村金五知事を初めとする先人たちの思いを裏切り、将来の北海道民に対して取り返しのつかない負債を負わせ

ることで、北海道の過去と未来とも分断されてしまうのである。記念碑や記念塔を建設するということは、過去と未来に責任を負うということであり、生半可な覚悟ではできないのであり、一旦建設（受納）した以上は過去と未来に大きな大きな責任を負うのである。ましてや、古くなりましたとか修理や維持に金がかかりますなどという北海道百年記念塔の実態を反映していない浅薄でいい加減な理由で（甲30）、破壊することなど決して許されないのである。

5 よって、北海道百年記念塔は、仮に、単に古くなりました維持するのにお金がかかりますという単なる公用物であれば十分に廃棄の理由が存在しても、単なる物とは別個の公共用物かつ公の施設としての精神的文化的価値を有しており、その意味において、北海道百年記念塔の解体は、慎重のうえにも慎重を期して適法適切な法的プロセスと民主的なプロセスを経て決されるべきものである。しかし、被控訴人の決定にはそられが全く決定的に欠如しているのであり、単に現在生きている北海道民のみならず、過去の北海道民と未来の北海道民を裏切り深く傷つける所業である。北海道百年記念塔というものの存在の歴史的文化的な意義及び価値が深く問われ尊重されなければならないのである。

6 意義や価値というものは、目には見えないものである。ウィトゲンシュタインは、「語り得ぬものについては、沈黙しなければならない。」と説いた。しかし、ウィトゲンシュタインは、意義や価値すなわち語り得ぬものが存在しないと言っているわけではない。彼は、信仰の持ち主である。存在しているからこそ沈黙の中で感得せよと教えているのである。

第1 北海道の歴史と文化における北海道百年記念塔の存在意義

1 我が国における北海道の歴史と文化の特殊性は、本件の α であり Ω である。こ

れを理解することなくして本件にかかる控訴人らの思いを理解することは到底不可能であり、控訴人らの思いを理解することなくして本件について正しく判断することはできない。北海道の歴史は開拓の歴史である。人口約200万人の大都市である札幌市に居住していると、開拓などという言葉とは無縁のようにも感じるが、その札幌市でさえ円山や藻岩山などに原生林を残しており、北海道の大地に綿々と繁茂してきた森林の生命力をまざまざと見せつけているし、未だに山から市街地にヒグマが降りてきて、人畜農作物に被害を与えている。チェコの偉大な画家アルフォンス・ミュシャは、1928年、彼の畢生の大作「スラブ叙事詩」がプラハにて公開された際に、「あらゆる国民の進歩は、それぞれがそのルーツから生命体のように絶え間なく成長して初めて可能となる。その絶え間ない成長を確実なものとするには、過去の歴史を知ることが不可欠である。」と語った。まさに北海道百年記念塔は、開拓の歴史を教え、開拓の歴史に裏打ちされた北海道民の歴史観と道徳観を伝える機能をもち、北海道民が進んでいくべき道を示す記念塔（モニュメント）である。

2 かつては小中学校の社会科の副読本として北海道の開拓の歴史に関するものが採用されていたから、北海道において義務教育を受けた者は基本的には北海道の開拓の歴史を理解していたが、現在ではそのような副読本も採用されなくなり、北海道民でも北海道の開拓の歴史を理解する者が少なくなった。ましてや北海道民以外で北海道の開拓の歴史を理解する者は極めて少ない。悲しいかな鈴木知事は東京都の公務員から北海道の夕張市の市長になったという経歴を有するだけで、北海道の出身ではないし、北海道の歴史を学んだ形跡もない。したがって、鈴木知事は、北海道の開拓の歴史などほとんど知らないと推測するのが合理的である。そのような人物が百年記念塔の解体撤去の判断の中心にいることを先ず認識しておく必要がある。

3 北海道は、江戸時代において約3万人弱の人口のアイヌ民族が住んでいたものの、道南の松前藩の領地などのごく一部を除き明治になるまでは開拓の手が及ぶことはなかった。我が国は、他国に先駆けて産業革命をなし遂げて莫大な経済力を身につけたイギリス、アメリカ、オランダ、フランス、スペイン及びロシアなどの欧米諸外国の通商の野心のみならず領土的野心及びキリスト教布教の野心の対象となり、世界史の大きなうねりに否応なしに翻弄された。その結果、黒船来航、大政奉還、鳥羽伏見の戦い、明治維新、戊辰戦争、廃藩置県などを経て中央集権国家となり、北海道に領土的野心を持っていたロシアを中心とする欧米諸外国から北海道を防衛し開拓をするため、開拓と防衛を担う屯田兵及び日本各地の旧藩の失職した武士や領民による集団的移住者等が北海道に渡った。

4 北海道の各地に、「鳥取」「十津川」「福井」「広島」「白石」「篠津」及び「豊浦」などの地名が残っているのは、それらの土地から移住してきた開拓民が未来永劫その出自が忘却のかなたに消え去ることのないように出自を地名としたためである。なお、「日進」や「瑞穂」などの地名は、逆説的に命名されたもので、開拓がなかなか進まないこと及び稲がなかなか実らないことの苦しみや悲しみや労苦を乗り越え何とか開拓が進み稲が良く多く実ってほしいという切実な願いからつけられた地名である。

5 開拓という言葉で括ってしまうと、いとも簡単に聞こえるかもしれないが、当時は鉄製の道具は鍬や鋸などの手で用いる範囲のものしかなく、現在あるような建設用重機などはおよそ存在しない時代であったから、開拓は基本的に肉体をもって進めていくしかなかった。肉体をもって田畑を耕すのでさえ重労働であるところ、肉体による開墾は並大抵の重労働ではなかった。先ず、耕作や居住に適すると思われる場所を広大な大地から探し出し、その地の太く密集した原始林を鋸や斧で伐採し、伐採した原始林の地中深く張った根を一つ一つ鍬などで掘り起こ

して多人数で引きずって始末し、何年にもわたって土地を耕し肥料をやって土壌を耕作に適したものとし、灌漑をし井戸を掘って水利を図り、住居を建てることから始めなければならなかった。しかし、原始林が繁茂し野生動物が跋扈する北海道においては簡単には開墾の作業は進まず、開墾の過程の中で開拓民がヒグマに襲われることもしばしばで、ほとんど板一枚といってもよい簡素な日本式住居は、いとも簡単にヒグマに破られ、就寝中などに一家が喰い殺されて引きずり去られるという悲惨な事件も頻繁に起こった。また、北海道は寒冷積雪の地であるから、従来の日本式家屋では寒さや積雪から身を守ることが難しく、かつ、寒冷に適した作物がなかなか見つからないこと等による乏しい食料しかなかったため、凍死や餓死する者さえ少なくなかった。北海道の開拓民は文字通り辛酸を舐め尽くして生き延び開墾を継続してきたのである。

- 6 開拓民は、このようなヒグマを中心とする野生動物と寒さと雪と重労働と飢えに耐えながら、わずかな貧しい食料で開拓を続けた。なお、本州以南（当時は、北海道の人々は「内地」と読んでいた）から送られてきた囚人が道路や鉄道の建設に強制的に従事させられ、劣悪な処遇の中で次々と死亡するという悲惨な事態も数多く発生した。このことは、札幌と小樽の間に主に内地出身の囚人の手によって海沿いに作られた国道5号線を車で走行すると良く理解することができる。北海道の開拓の歴史は文字通り血と汗と涙の歴史である。我が国の明治維新以降においてこのような歴史を有するのは北海道だけであり、この点において、弥生時代から耕作地が徐々に綿々と広がり続けた本州、九州及び四国などの他の我が国の一般的な地域と比較して、決定的な歴史の差異と特殊性がある。我々北海道民はこのような開拓者の犠牲と献身と努力の成果の上に生存しているのである。このような囚人をも含む北海道の全ての開拓者に対して、感謝と畏敬の念を捧げその開拓の意思の継承を誓うために建設されたのが百年記念塔であり、百年記念塔は北海道民にとってかけがえのない意義を持つモニュメントなのである。北海

道にルーツを持たない知事がかかる意義を有する北海道百年記念塔を破壊しているのを、よそ者や流れ者に寛容な北海道民が何ら止める術を持たずに指をくわえて見ているしかないという誠に皮肉な事態が生起しているのである。日本各地からの移民等によって艱難辛苦の連続である開拓に耐えてきた北海道民の基本的性質は、忍耐力に富み、朗らかで、新奇なものや異質なものを寛容に受け入れるという特性を持つ。このような北海道民の特性が北海道の文化にも色濃く反映されているが、あらゆる事象はコインの裏表であり、このような北海道民の特性は、反面、拘りのなさ淡泊さ他人につけ込まれやすい人の良さということになり、そこに付け込まれて北海道百年記念塔がまさに破壊されているのである。

7 北海道は、百年記念塔の上記の意義を認め、最善の管理と運営に万全を期すことを誓約して受納（寄付を受けた）のである。ところが、百年記念塔の外壁に錆が出たという現象に対して、被控訴人はなぜか積極的な維持管理をほとんどしなかったばかりか終いにはこれを放置したうえ、自らの怠慢ないしは故意により老朽化を進め、今後の維持管理方法について真摯で十分な検討もせず、いい加減な根拠に基づき一方的に老朽化して利用者の安全確保ができないと決めつけ、まるでやっかい者でも始末するかのように、百年記念塔を解体撤去をする決定をしたのである。被控訴人の行為の違法性は歴然としている。

8 1988年に近代建築の記録と保存を目的とする国際学術組織であるD o c o m o m o (International Working Party for Documentation and Coservation of buildings, sites and neighborhoods of the Modern Movement) が設立され、1998年には日本支部の D o c o m o m o J a p a n が設立されて、1950年ころから1970年ころまでに建設されてから50年以上を経過した日本のモダニズム建築の保存活動に取り組んでおり、選定登録された日本のモダニズム建築は、2022年の時点で264件になっている(甲27)。

残念ながら、被控訴人の怠慢と悪意ある取扱により北海道百年記念塔は現時点では選定登録されていないが、黒川紀章らの名だたる建築家の応募作品を押さえて採択された故井口健氏設計の北海道百年記念塔は、1963年建築の神戸ポートタワー（074番）が選定登録されているように、適正な保存さえされていれば、当然に日本のモダニズム建築を代表する建築物として当然に選定登録されてしかるべき作品である。

9 なお、最後にアイヌ民族との関係について簡単に触れておく。百年記念塔にはアイヌ民族との共生関係を表すモニュメントが付加される予定であったのを被控訴人が懈怠して作成しなかった。この事実を前提とすれば、百年記念塔がアイヌ民族を無視したモニュメントとの批判が余りにも一方的で相当ではないことは明らかである。

また、国立アイヌ民族博物館、国立民族共生公園、慰霊施設等を整備し、アイヌ文化の復興・創造・発展のための拠点となるナショナルセンターとして政府が巨額の費用を投じて北海道白老郡白老町に建設した「民族共生象徴空間」（通称ウポポイ）の令和2年の開館により、遅まきながらアイヌ民族とアイヌ文化の復興、創造と発展の環境が整えられた。このような状況の中で、百年記念塔を解体撤去してしまえば開拓民の歴史と文化に関する僅かなモニュメントのうちの中心的なものが失われることとなり、ウポポイによる扱いと大きくバランスを失することとなる。

また、アイヌ民族とその文化を無視したものとして百年記念塔を解体撤去するのであれば、アメリカ合衆国におけるラッシュモア山国立公園内のエイブラハム・リンカーンを含む4人の大統領の巨大石像について、これら的大統領が多数の黒人奴隷を所有していたり、先住民（インディアン）の迫害を進めたり修正しようとしなかったりしたとして破壊しようとするのと酷似することになる。歴史というものを今の価値観からだけ見て断罪するという意味で、これらこそ真の意味

での歴史修正主義と言わねばならないし、北海道民の朗らかさや異質なものや新奇なものに対する寛容の精神に明らかに反する。後の価値観にあわないものは破壊されるべきならば、日本に多数存在している城郭は、身分制と武力（暴力）と男尊女卑の象徴として全て破壊されなければならないことになってしまう。

- 10 原告適格の判断においても、以上の北海道の歴史と文化における北海道百年記念塔の存在意義は十分に考慮されるべきであり、かかる事実を一顧だにせず控訴人らの請求を門前払いした原判決は、平成16年改正の行政訴訟法が差止め訴訟を認めた公益的意義及び地方自治法及び地財法の地方自治の趣旨に明らかに反するものである。

第2 原判決の「老朽化」の認定

- 1 原判決は、第2の「事案の概要」の2の「前提事実」の(2)の「百年記念塔の解体撤去の決定等」の(ア)において、被控訴人が作成した「ほっかいどう歴史・文化・自然『体感』交流空間構想」（甲16・乙2）を根拠として、百年記念塔に関して、「老朽化が進み、利用者の安全を確保することができなくなった」ので「利用者の安全確保や将来世代の負担軽減等の観点から、百年記念塔を解体することを決定した。」と認定している。
- 2 しかし、原判決の当該部分は、「百年記念塔の老朽化が進み利用者の安全を確保できなくなった」という事実を認定しているのか、単に「被控訴人が百年記念塔を解体撤去する理由として老朽化等をあげている」という事実を認定しているのか、全く判然としない。「老朽化」の事実は基本的には本案要件に濃厚密接にかかわるものであるから、原判決はこれを正面から認定すると本案要件に立ち入ってしまうことになることを危惧し、門前払いの却下判決をするために、敢えて

そのような曖昧な表現をしたと考えるのが合理的である。

3 仮に、原判決が前者と認定しているのであれば、かかる事実認定は控訴人らが主張している百年記念塔は解体を要するほど老朽化はしていないし利用者の安全を確保できなくなっていないとの控訴人らの主張（甲30）に反するものである。原判決は、このような当事者双方において争いがある重大な前提事実を、あたかも争いのない事実であるかのごとく扱うもので全く不当であるだけでなく、争いのある重大な前提事実について被控訴人作成の資料（甲16・乙2）のみに基づいて認定し、控訴人らの主張・立証を一顧だにせず全く無視して何ら言及しないことは、決定の前提となる前提事実の認定方法としては誠に不公平かつ不公正であり、理由齟齬の事実認定であることは明らかである。行政事件訴訟法の持つ鶴のような曖昧な性質がこのような判決を可能にしているのである。この意味において、行政事件訴訟法及び原判決は、憲法が規定する国民の裁判を受ける権利を明らかに侵害している。

4 また、仮に、原判決が後者と認定しているのであれば、その認定自体は事実に沿っているが、そもそも百年記念塔がいかなる状況にあるのか老朽化して利用者の安全を確保することができない状況にあるのかについてはいかなる認定もしていないことになる。百年記念塔の老朽化等の現状は本案の要件のみならず訴訟要件にも密接不可分に関わる事実であるから、これまた理由不備の事実認定ということになる。

なお、このようなことはよもやあるまいと思われるが、原判決が積極的に百年記念塔の老朽化等の事実を直接認定することを忌避して、被控訴人が百年記念塔を解体撤去する理由として老朽化等をあげている事実を認定したことにより、百年記念塔の老朽化等の事実をもそれとなく忍ばせて認定しているとしたら、それは極めて不公正かつ不公平である。

- 5(1) 控訴人らが本案事件及び原審において主張してきたように、行政訴訟法に規定された差止め訴訟及び仮差止め事件の要件は、一見すると、実体法と手続法、訴訟要件と本案要件がそれぞれ明確に区別されているように見えるが、実際には、それらの要件は、評価の要素を多分に含むものであるから、相互に関与し合う関係にあり、訴訟要件（原告適格）の有無の判断においても本案要件（行政庁の行為の違法性）を全く無視して判断することはできない。
- (2) 実際、原判決も、訴訟要件（原告適格）の有無を判断するのに際して「処分」の有無を指摘すれば十分であるのに、わざわざ百年記念塔の老朽化に言及しており、行政訴訟法上の差止め及び仮差止めの事件においては、結局は要件全体に目配りをしなければならぬことの明らかな証左である。このことは最高裁が永年にわたり積み重ねてきた多くの判例からも明らかである。
- (3) また、原判決は、「解体撤去されることにより、百年記念塔を利用等することができなくなるのは、野幌森林公園を訪れた不特定多数者に対する一般的抽象的な事実上の影響にすぎず、申立人らが主張する住民自治に関する諸規定も、百年記念塔の解体を検討するに当たって申立人らの主張する権利ないし利益に具体的に配慮すべきことを義務付けているとはいえない」などと指摘して、「処分」の要件がないことの判断の中に「法律上の利益」すなわち「申立人らの主張する権利ないし利益」に関するものを持ち込んでおり、原告適格の要件である「処分」と「法律上の利益」が相互に密接に関与し合う関係にあることを認める結果となっていることも指摘しておく。
- 6 以上のとおり、原判決においては、前提事実の認定の誤り、理由不備、理由齟齬及び憲法違反があるのであるから、これだけでも原判決は取り消されるべきで

ある。

第3 原告適格に関する原判決の瑕疵

1 原判決の内容

原判決は、「申立人らは、被控訴人による百年記念塔の解体撤去が、北海道の住民に認められた百年記念塔を利用等する利益やそれによる精神的価値等を喪失させることとなるなどと主張する。しかしながら、百年記念塔が解体撤去されることにより、百年記念塔を利用等することができなくなるのは、野幌森林公園を訪れた不特定多数者に対する一般的抽象的な事実上の影響にすぎず、申立人らが主張する住民自治に関する諸規定も、百年記念塔の解体を検討するに当たって申立人らの主張する権利ないし利益に具体的に配慮すべきことを義務付けているとはいえないことなどに照らすと、申立人らの主張は、前記結論を左右するものではない。」（7頁）とする。

2 前提となる事実認定及び訴訟指揮上の過誤

(1) 原判決は、「百年記念塔を利用等することができなくなるのは、野幌森林公園を訪れた不特定多数者に対する一般的抽象的な事実上の影響にすぎ」ないとしているが、このような一方的で偏向した認定は、行政訴訟法が差止め等の制度を認めた公益的意義に明らかに反している。

(2) 「原告適格は、当事者に取消訴訟制度を利用することを許容するための要件であり、公益的意義を有するから、裁判所は、その存否について職権で調査すべきである。しかし、その判断の基礎となる資料の収集については、弁論主義

の適用があり、原告は、自己の原告適格を基礎づける事実を主張、立証すべきものと解されている。」（条解行政事件訴訟法第4版の309頁、甲28）

- (3) したがって、原判決の「野幌自然公園を訪れた不特定多数者」という括り方は全く不適切かつ不正確であり、原審は少なくとも原告適格の審理に当たって、百年記念塔と申立人らの距離的關係で申立人らを区別はしないのかとの釈明があつてしかるべきであつた。
- (4) しかし、原審は、裁判所は原告適格に重大な関心を抱いていると述べただけである。つまり、原審は、本件に関する公益的意義についての認識が希薄であつただけでなく、本件申立の当初から結論ありきの態度であつたというべきであり、公平かつ適正な審理を尽くそうとする姿勢に乏しかつたと言ふべきである。
- (5) 百年記念塔を眺望できる範囲に居住する控訴人にとっては、毎日折に触れて百年記念塔を見ており、百年記念塔が景観の一部となつた中で生活をしており、百年記念塔を眺望できない範囲外の住民とは利益状況を大きく異にしているから原審はこの点についての釈明をすべきであつたのに、何ら釈明することなく全申立人の請求を却下したという違法がある。

3 控訴人間の原告適格の質的量的差異

- (1) 100mの高さのある百年記念塔の先端が見える範囲については、障害物の存在を捨象し、大気による屈折を無視して計算すると、（別紙1）の図式と数式から、百年記念塔から少なくとも約3.6kmを離れた地点から目視することが可能という結果となる。これに大気の屈折率6%を加味して計算すると、「地

上から見渡せる距離」(甲29)記載のとおり、見える範囲がさらに拡大し、百年記念塔から約3.8kmを離れた地点から目視できるということになる。なお、半径3.6kmの範囲の面積は約400.2km²もの膨大な面積となる。

(2) 以上はあくまでも球体である地球上の塔の先端が見えるという前提の議論であるから、より現実的に検討するために、100mの高さを有する百年記念塔が片腕を伸ばした指先の位置において1cmの高さのものとして見える距離について考察すると、(別紙2)の図式及び計算式のとおり、目と伸ばした片腕の指先までの距離を50cmと仮定すると、百年記念塔が1cmの高さに見えるのが百年記念塔から5km先にある位置ということになる。伸ばした片腕の指先の位置で1cmの高さがあれば、十分に百年記念塔であることを認識可能である。ちなみに、同じ条件で指先で百年記念塔が2cmの高さに見える場合について検討すると、百年記念塔から2.5km先の位置ということになる。

(3) したがって、現実的には、百年記念塔から半径5km以内に居住している控訴人(以下「圏内控訴人」という)らは、毎日のように百年記念塔を眺望することができるから、百年記念塔は環境の一部となっていると言うべきであり、しかも、前記の百年記念塔の意義を考慮すれば、圏内控訴人らにとって極めて重要なかけがえのないモニュメントであり環境であるということになる。よって、圏内控訴人らにとっては、百年記念塔を解体撤去されることは、石川啄木が「ふるさとの山に向かいて言うことなし、ふるさとの山はありがたきかな」と歌った故郷の山がなくなるに等しい。圏内控訴人らにおいては、百年記念塔の解体撤去によりその生活環境が完全に一変してしまい、故郷の山を失うに等しい喪失体験を強いられるのである。

ここに、圏内控訴人と圏外に居住する控訴人(以下「圏外控訴人」という)との間の質的かつ量的な法律上の利益の差異が明らかに存在している。なお、

原判決の理由は、仮に圏外控訴人には妥当するとしても、圏内控訴人には全くあてはまらない無意味で空疎な理由というしかなく、原判決の理由が誤っていることは明白である。原審が前記の行使すべき釈明権を行使せずに申立人らの請求を全て却下したことのつけが、ブーメランのように回りまわって原判決の基礎を崩壊させているのである。

第4 圏内の控訴人らの原告適格

1 第4「圏内の控訴人らの原告適格」の目的

控訴人らとしては、原告適格を有する者について、控訴人ら全員が原告適格を有するとの主張に変更はないが、圏内控訴人らについては、以下のとおりさらに詳細に原告適格を主張する。

2 処分性ないしは事実行為

- (1) 原判決は、「本件において、原告らが差止めを求める被控訴人の行為は、百年記念塔の解体撤去及びそのための費用の支出であるところ、百年記念塔の解体撤去は、被告が、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、被告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、被告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る。そして、これらの行為自体が、原告らを含む北海道の住民に何らかの行動を義務付けたり、その法律上の権利義

務を形成したりするものであるとは認められないし、そのような法律効果を生じさせることを根拠付ける法令上の規定も見当たらない。以上によれば、百年記念塔の解体撤去及びそのための費用の支出は、いずれも直接国民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ているものには当たらないというべきである。」（6頁）とする。

- (2) しかし、本件以前に、最高裁は、関税定率法21条3項に基づく税関長の通知（横浜税関事件、最判昭和56・12・25、民集33・7・753）、食品衛生法16条に基づく空港検疫所長の通知（冷凍スモークマグロ事件、最判平16・4・26、民集58・4・989）、医療法30条の7に基づく知事の勧告（病院勧告中止事件、最判平17・7・15、民集59・6・166
1）などのいずれも事実行為にすぎない行政庁の行為について処分性を認めており、「事実行為」であるからといってそれだけで処分性が全て否定されるわけではないから、原判決が「事実行為」という説明のみで処分性を否定したのは、最高裁の判例に反する。原判決の「事実行為」という文言は、行政訴訟法上の定義のない文言すなわちマジック・ワードであるから、その内容を厳密に定義することなしに「事実行為」であるとしたところで、何ら判決の理由を示したことになる。
- (3) 仮に、請負工事業者を用いた百年記念塔の解体撤去工事やそのための費用の支出が原判決が言うところの事実行為（以下「本件事実行為」という）であるとして、本件事実行為は、百年記念塔を現実に解体撤去する結果をもたらすのであるから、毎日のように百年記念塔を眺め折に触れて訪れていた圏内の控訴人らに対して、百年記念塔を眺望することも訪れることもできなくさせ、百年記念塔がある景観が破壊され、百年記念塔がある環境に居住もできなくさせるという法律上の効果を及ぼすものと言うことができる。

したがって、本件事実行為は、公権力の主体たる地方公共団体が行う行為のうち、行為によって直接国民の権利義務ないしは法律上の利益を形成しまたはその範囲を確定することが法律上認められる処分に当たる。

3 法律上の利益

- (1) 公益の保護を目的とする法令が行政権行使を規制した結果として保護されることになる利益は、いわば偶然の反射的利益として法律上の利益には含まれないとされるところ、本件について、原判決は、「原告らが主張する住民自治に関する諸規定も、百年記念塔の解体を検討するに当たって原告らの主張する権利ないし利益に具体的に配慮すべきことを義務付けているとはいえない。」とする。
- (2) しかし、原判決は、百年記念塔について、行政財産として認定しただけであり、控訴人らが主張した百年記念塔は、行政財産のうちの地方公共団体が事務または事業を執行するために直接使用の用に供するための公用財産ではなく、地方公共団体の住民の一般的共同利用に供するための公共用財産であるし、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」であるとの主張については何ら応答も認定もしていない。つまり、原審は、控訴人らの主張を真摯に検討していない、単なる従来の却下の裁判例を踏襲した紋切り型の判決にすぎないのである。
- (3) 地方自治法は、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おり、地方自治法1条も、上記憲法の趣旨を受けて、「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、・・・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。

- (4) 地方自治法は、地方公共団体が所有する財産の管理及び処分等について、財産の目的と用途の違いにより、普通財産と行政財産、行政財産のうちの公用財産と公共用財産、公共用財産の中でも公の施設を区別して、それらの管理処分等について、住民自治の観点から異なる準則により規律している。

百年記念塔は、北海道が所有する不動産であるから、行政財産のうちでも公有財産であり（同法238条1項1号）、公有財産のうちでも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その本来の目的とする公共用財産である。また、「新版逐条地方自治法第9次改訂版」（甲33）が公共用物について「公の施設を構成する物的要素たる場合が多い。」（992頁）と指摘しているように、百年記念塔は、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の施設であるから、公の施設（同法244条）である。

- (5) 地方自治法は、「公の施設」（同法244条1項）について、住民が公の施設を利用することを拒んではならない（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（同条3項）、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不服がある者は審査請求や異議申立てをすることができるとして（同法244条の4）、行政不服申立ての対象としており、私人の個人的利益を保護するために行政権行使に制約を課している。

- (6) 前述のとおり、本件事実行為は、百年記念塔を現実に解体撤去する結果をもたらすのであるから、毎日のように百年記念塔を眺め折に触れて訪れていた圏

内の控訴人らに対して、百年記念塔を眺望することも訪れることもできなくさせ、百年記念塔がある景観が破壊され、百年記念塔がある環境に居住もできなくさせるという法律上の効果を及ぼす。

- (7) 既に指摘したとおり、鞆の浦訴訟判決（広島地判平、21・10・1、判時2060・3）は本件と極めて類似した事案である。

最高裁の国立マンション訴訟判決（最判平18・3・30、民集60・3・948）が、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の景観利益が法律上保護に値するものであることを認めたことを受けて、広島地裁の鞆の浦訴訟判決（広島地判平21・10・1、判時2060・3）は、鞆の浦の景観について、美しい景観としての価値にとどまらず、全体として、歴史的、文化的価値をも有し、近隣住民の豊かな生活環境を構成しているから、その恵沢を日常的に享受している者の景観利益は、私法上の法律関係において、法律上保護に値するとし、公水法4条3項や同法6条等を総合検討して、公水法は、慣習排水権者の有する公有水面に対する排水の権利を、専ら一般的公益の中に吸収解消するにとどめず、これを個別的利益としても保護する趣旨を含むと解されるとし、慣習排水権者は埋立免許処分につき行訴法所定の法律上の利益を有する者に当たるといえるとして、地域住民に「法律上の利益」を認めた。なお、当該判決について、地方自治体は控訴したが、結局は、いわゆる開発計画を断念することを内容とする和解が成立している。

- (8) してみれば、上記の鞆の浦判決と同様に、百年記念塔は建造物としての財産的価値にとどまらず歴史的、文化的価値をも有し、そのような価値を有する百年記念塔が存在する地域環境は、百年記念塔を眺望可能な位置において居住している圏内控訴人らの豊かな生活環境を構成し醸成しているから、圏内控訴人がその恵沢を日常的に享受している百年記念塔が存在する景観利益は、私法上

の法律関係において、法律上保護に値する。

また、前記のとおり、地方自治法は、「公の施設」（同法244条1項）である百年記念塔について、地域住民すなわち圏内控訴人らの百年記念塔に関する利用権について、住民が公の施設を利用することを拒んではならない（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（同条3項）、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不服がある者は審査請求や異議申立てすなわち行政不服審査の対象として（同法244条の4）、私人たる圏内控訴人らの個人的利益を保護するために行政権行使に制約を課して、この利用権を専ら一般的公益の中に吸収解消するにとどめず、これを個別的利益としても保護する趣旨を含むと解されるから、圏内控訴人らの百年記念塔についての景観利益には行政事件訴訟法上の「法律上の利益」がある。

第5 結 論

以上のとおり、原判決には複数の事実認定の誤り、訴訟指揮上の過誤、理由の不備、理由の齟齬及び判例違反があるだけでなく、控訴人らとりわけ圏内控訴人らには百年記念塔のある環境利益という法律上の利益があるから、北海道の百年記念塔を解体撤去する等の行為は、毎日のように百年記念塔を眺め折に触れて訪れていた個々人である圏内控訴人らに対して、百年記念塔を眺望することも訪れることもできなくさせ、百年記念塔がある景観を破壊して百年記念塔がある環境に居住もできなくさせて景観利益という法律上の利益を侵害しているから、「処分」ということができる。

よって、控訴人らの控訴には「処分」がないから控訴人らには原告適格がないとして、控訴人らの請求を却下した原判決は取り消されるべきである。

以 上

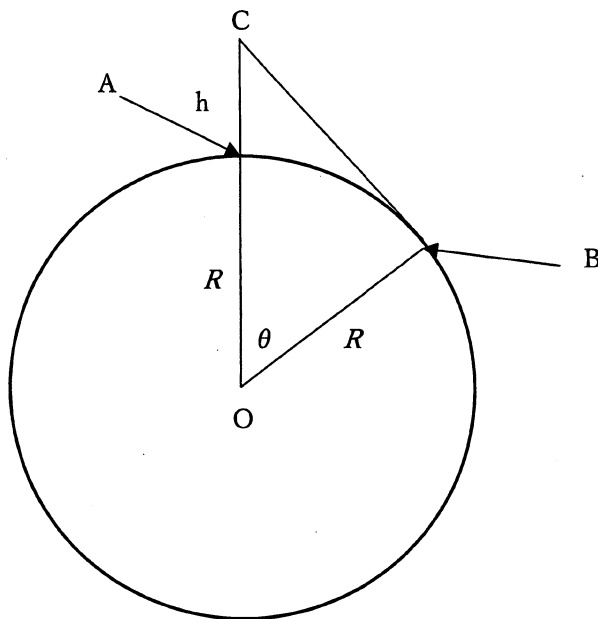
証 拠 方 法

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27乃至33号証写	各	1	通

《点Aに存在する高さh[m]の物体ACが半径Rの球体上の観察者が観測できる範囲》



$$CB = \sqrt{(R+h)^2 - R^2}$$

ここで、hはRに比較すると十分小さいので、

$$CB = \sqrt{2hR}$$

と近似してよい。

$$\text{弧}AB = R\theta \quad \dots \dots \text{① (ただし、}\theta\text{の単位はラジアン)}$$

$\angle OCB = 90^\circ$ なので、

$$\sin \theta = \frac{\sqrt{2hR}}{R+h} \quad \dots \dots \text{②}$$

$h = 100 \text{ m}$, $R = 6,378,137 \text{ m}$ を②に代入すると

$$\sin \theta = 5.5968 \times 10^{-3} \text{ となるので、}$$

$$\theta = 0.32^\circ = 5.5968 \times 10^{-3} \text{ rad} \quad \dots \dots \text{③}$$

③と $R = 6,378,137 \text{ m}$ を①に代入

$$\text{弧}AB = 35697.15 \text{ m} = 35.7 \text{ km}$$

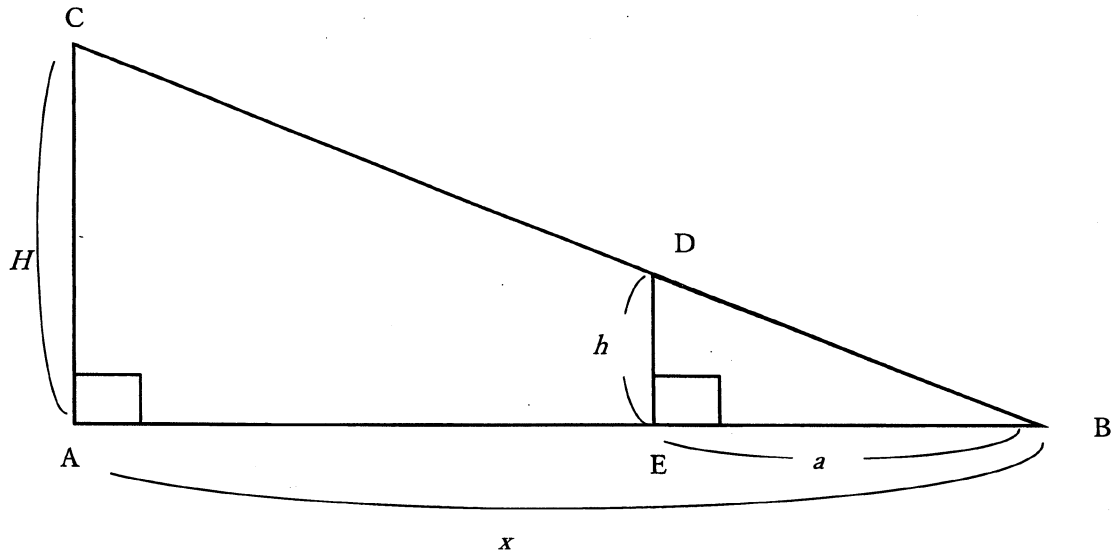
点Aから半径35.7 kmの範囲の面積

$$S = 35.7 \times 35.7 \times 3.14 = 4001.8 \text{ km}^2$$

(③より $\sin \theta = \theta$ なので θ は十分小さいので、弧AB=線分ABとみなしてよい。これは球面上の点Aを中心とする半径ABの円は平面上の円とみなしてよいことを示す。)

ラジアン(radと表記)：半径1の弧の長さを角度としたもの。180°は π [rad]

《問》 観察者Bから x [m]離れた高さ H [m]の物体ACがある。観察者BからA側に a [m]離れたE地点において、観察者Bの目に映るACの高さを計測したところ、 $DE = h$ [m]だった。以下の(1)、(2)のそれぞれの場合について、 x [m]を求めよ。



《解答》

三角形ABCの三角形EBD

$$H : h = x : a$$

$$x = \frac{H}{h}a$$

(1) $H = 100 \text{ m}$, $h = 0.01 \text{ m}$, $a = 0.5 \text{ m}$ のとき, $x = 5000 \text{ m}$

(2) $H = 100 \text{ m}$, $h = 0.02 \text{ m}$, $a = 0.5 \text{ m}$ のとき, $x = 2500 \text{ m}$