

令和5年（行セ）第3号

仮の差止め申立却下に対する抗告棄却決定に対する特別抗告提起事件

特別抗告人 野地秀一外10名

相手方 北海道

特別抗告理由書

令和5年8月8日

最高裁判所 御中

抗告人ら代理人弁護士 原 洋 司

同 弁護士 芦田 和 真

頭書事件に関する特別抗告人らの特別抗告の理由は、以下のとおり、札幌高等裁判所の原決定（以下「本件原決定」という）が民事訴訟法336条1項が規定する「裁判に憲法の解釈の誤りがあることその他憲法の違反があること」を理由とするものである。

第1 憲法32条（裁判を受ける権利）違反

1 本件原決定は、即時強制のような行政が一方的に私人の身体、財産等に実力を行使して国民に受任を強制する事実行為（権力的事実行為）については「処分」に該当するとして、事実行為であっても「処分」に該当する場合があります。これを認めたとえ、北海道百年記念塔の解体撤去及びそのための費用の支出は、根拠法規によって国民にその事実行為に対する受任義務を課すものではないので、権力的事実行為にあたるとはいえないから「処分性」が否定されるとした。

2 ところで、本件原決定が指摘した「即時強制」とは、国民の義務の履行を強制するためではなく、義務を命じる余裕のない緊急の障害を除く必要がある場合やその性質上、義務を命じることによってその目的を達成することが難しい場合に、行政庁が、行政法規の根拠に基づき、直接国民の身体や財産に実力行使を行い、行政目的を達成することを言う。

具体的には、警察官職務執行法5条の犯罪の予防や制止、出入国管理及び難民認定法24条の外国人の退去強制、感染症の予防及び感染症の患者に対する医療に関する法律17条の健康診断措置や同19条の入院措置、道路交通法51条の違反自動車の移動及び消防法29条1・2項の土地使用等を指す。

これらの即時強制は、法律上の根拠に基づく行政庁の事実行為の結果として当該法律が予定している強制効果ないしは強制結果を直接生じさせることができるもの、換言すれば、国民に行政庁の事実行為に対する受任義務を課すものという特徴がある。

3 これに対して、特別抗告人らが原審において指摘した、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（病院設立中止勧告事件、最判平17・7・15、民集59

・ 6・1661) などの最高裁の判例の対象となっている行政庁の事実行為がもたらした国民の法律上の利益に関する効果は、根拠法規そのものが予定していたり、根拠法規により直接発生するものではなく、あくまでも間接的な事実上の効果にとどまっている。

すなわち、横浜税関事件における関税定率法21条3項に基づく税関長の通知そのものの法律的效果として輸入禁止の効果が生じるわけではないし、冷凍スモークマグロ事件における食品衛生法16条に基づく空港検疫所長の通知そのものの法律的效果として輸入禁止の効果が生じるわけでもないし、病院設立中止勧告事件における医療法30条の7に基づく知事の勧告そのものの法律的效果として病院設立禁止の効果が生じるわけでもないから、行政庁の行為について法律上の根拠とそれによる効果が直結している即時行為と同視することはできない。いずれも即時強制に関するものではない。

4 これらの最高裁の判例は、即時強制に限らず単なる行政庁の事実行為についても「処分性」を認めている。すなわち、最高裁の判例は、単に「事実行為」であるという理由から「処分性」を否定することをしていない。

特別抗告人らが原審において、本件原判決の「事実行為」という文言は、行政訴訟法上の定義のない文言であるから、その内容を厳密に定義し検討することなしに「事実行為」だから「処分性」はないとすることは、何ら決定の理由を示したことにならないと指摘したのは、以上の趣旨である。

5 最高裁の判例は、行政庁の行為により間接的に事実上発生する法律上の利益の侵害の効果や実態を勘案し、一般処分に該当する行為について「処分性」を肯定したり、個々の条文において処分性を肯定する手掛かりが乏しい場合でも当該法令全体あるいは関連法令をも考慮に入れて全体の法の仕組みから「処分性」を認めている。これに対し、本件原決定は、法律上の根拠に基づく行政庁の行為の直

接的結果として法律が予定している強制の効果が生じる「即時強制」の範囲すなわち本件原決定が「権力的事実行為」と称する範囲内に行政庁の事実行為における「処分性」の範囲を限定をしている。

かかる本件原決定の行政庁の事実行為における「処分性」の範囲の限定は、単に本件原決定の結論を導くための本件原決定独自の恣意的な思考操作に過ぎず、何の法的根拠も判例上の根拠もない。なお、本件原決定は、「知事による百年記念塔を解体する旨の方針の決定、議会への予算案の提出、議会による同予算案の可決承認は、行政主体たる地方公共団体である被被告人における内部的な意思決定手続にすぎず、これにより住民である原告人らの法律上の地位に直接かつ具体的な影響を及ぼすような外部的法律効果を生じさせるものではない。」（下線は特別原告人ら代理人）としているが、古色蒼然たる統治行為論とも言うべきもので、前記の行政庁の事実行為に関する「処分性」の範囲の限定という法律上の根拠も判例上の根拠もない恣意的な思考操作と軌を一にするものである。

- 6 最高裁の上記の判例が認めている行政庁の事実行為が「処分性」を有する場合について、本件原決定は、法律上の根拠も最高裁の判例上の根拠もいずれもないのに最高裁の判例に恣意的な限定を加えたうえで、北海道百年記念塔の解体撤去等は「即時強制」と同様の権力的事実行為ではないから「処分性」はないとして原告人ら請求を門前払いをした。

本件原決定は、上記の最高裁の判例が行政庁の事実行為について定めた「処分性」の判断基準に反していることは明白であり、国民である特別原告人らの本案裁判を受ける権利を不当に侵害しており、憲法32条に違反していることは明らかである。

- 7 なお、民事法に関する判例ではあるが、景観利益が法律上の利益であることは最高裁の判例であり（最判平18・3・30、民集60・3・948）、これを

引用する形で広島地裁の鞆の浦事件における差止め判決（広島地判平21・10・1、判時2060・3）が出されたことについてはこれまでも指摘してきたとおりである。

また、最高裁は、既に述べた判例にとどまらず、行政事件訴訟法の平成16年改正後においても、従来の判例を変更して、国土利用計画法第9条に基づく事業計画の決定について対象地域内の住民について将来の換地処分における係争方法があっても計画が策定された段階における住民の原告適格を認めており（最大判平20・9・10、民集62・8・2029）、原告を適格を認めたということは、当然のことながら「処分性」及び「法律上の利益」を認めたということである。つまり、最高裁の判例における「処分性」の拡張的解釈の傾向は一貫している。

本件原決定は、本件の「処分性」の要件について紋切り型の形式的な判断をするのではなく、一つ一つの事実を丁寧に勘案してこれまでの最高裁の判例の流れに沿って判断すべきであった。ところが、本件原決定はこのような最高裁の判例の「処分性」に関する拡張的傾向を全く無視したのであり、最高裁の判例の流れすなわち「処分性」の拡張的解釈の傾向にも明らかに反している。

第2 憲法81条（違憲審査権）の違反

1 相手方の憲法92条（地方自治の基本原則）違反

- (1) 本件原決定は、「抗告人らは、原決定に関し、百年記念塔が老朽化して利用者の安全を確保することができない状態にあるか、百年記念塔が「公の施設」であるかなどといった点について何ら認定しておらず、理由不備である旨主張する。しかしながら、前記(1)のとおり、被抗告人による百年記念塔の解体撤去及びそのための費用の支出について処分性が認められない以上、その余の点に

ついて判断するまでもなく本件申立てには理由はない旨説示した原決定に理由不備はなく、抗告人らの上記主張は採用することができない。」とする。

(2) しかし、前記のとおり、本件に関する「処分性」の判断方法ないしは判断過程において判例違反及び憲法違反があることが明白である以上、上記の本件原決定の内容は判断すべきことを判断していないすなわち判断の脱漏があることは明白である。

(3)① 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。

② 地方自治法は、地方自治の本旨を実現すべく、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」であり、かつ、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。

③ 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に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、「公の施設」に関する住民の個別的具体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。

(4) 百年記念塔は、憲法が要求する地方自治の本旨のうちの特に住民自治の趣旨を色濃く反映している「公の施設」である。ところが、相手方は、百年記念塔の解体撤去等を強行して、「公の施設」である百年記念塔を住民である特別抗告人らが利用することを拒み、百年記念塔の利用について差別的な取扱いをなし、地方公共団体の長（知事）の処分に不服がある者の審査請求や異議申立ての権利を違法に剥奪している。

(5) 憲法92条は、「地方公共団体の組織及び運営に関する事項は、地方自治の本旨に基づいて、法律でこれを定める。」としている。かかる憲法の地方自治（住民自治）の趣旨を反映させるべく制定された地方自治法に基づく「公の施設」である百年記念塔について、住民である特別抗告人らがそれを利用する権利を侵害し、利用に関する差別的な取扱いを容認し、相手方の知事に対する審査請求権や異議申立権を不当に蹂躪して、百年記念塔の解体撤去等を強行している相手方の行為は、明らかに憲法92条に違反している。

2 相手方の憲法94条（地方公共団体の権能）違反

(1) 憲法 9 4 条は、「地方公共団体は、その財産を管理し、事務を処理し、及び行政を執行する権能を有し、法律の範囲内で条例を制定することができる。」と規定している。したがって、地方公共団体である相手方はその財産である百年記念塔を処分を含めて管理する権能を有するが、その権能は自由裁量に任せられているものではなく、憲法 9 2 条が規定する地方自治の本旨就中住民自治趣旨に基づかなければならない。

(2) ところが、相手方は、百年記念塔を解体撤去することにより、住民である特別抗告人らが百年記念塔を利用する権利を侵害し、利用に関する差別的な取扱をし、住民の知事に対する審査請求権や異議申立権を無視して、住民自治の趣旨を有名無実なものとして、憲法 9 4 条に違反した。

3 本件原決定の本憲法 8 1 条（違憲審査権）違反

(1) 以上のとおり、相手方の百年記念塔の解体撤去等の行為は、明らかに憲法 9 2 条及び憲法 9 4 条に違反するものである。

(2) ところで、最高裁判所は、「一切の法律、命令、規則または処分が憲法に適合するかしないかを決定する権限を有する終審裁判所である。」（憲法 8 1 条）ところ、地裁及び高裁においても、「一切の法律、命令、規則または処分が憲法に適合するかしないかを決定する権限を有する」と一般に解釈されている。また、憲法 8 1 条に規定する「処分」とは、一般的に各国家機関が行う個別的・具体的な内容をもつ行為をいうと解釈されている。さらに、国家機関の一つである司法権は、違憲審査権の権限を有しているのだから、当然のことながらその権限を適切に行使しなければならない。

(3) つまり、原審は、相手方の処分すなわち百年記念塔の解体撤去等が憲法 9 2 条及び憲法 9 4 条に違反することは明らかなのであるから、相手方の当該処分について適切に違憲審査権を行使すべき義務を負っているにもかかわらず、相手方の行為は即時強制ではない単なる事実行為だから「処分性」がないとして、漫然と相手方の当該処分を放置容認した点において憲法 8 1 条に違反しているのは明らかである。

第 3 結 論

以上のとおり、本件原決定は、憲法 3 2 条及び憲法 8 1 条に違反しているから、取り消されるべきである。

以 上