

平成28年（行ノ）第33号 行政上告受理申立て事件

申立人 太田記代子 外26名

相手方 佐賀県知事 山口祥義

上告受理申立理由書

2017（平成29）年3月2日

最高裁判所 御中

申立人ら訴訟代理人弁護士	東	島	浩	幸
同	弁護士	馬	奈木	昭雄
同	弁護士	本	多	俊之
同	弁護士	宮	原	貞喜
同	弁護士	紫	藤	拓也
同	弁護士	小	山	一郎
同	弁護士	高	峰	真
同	弁護士	甲	木	美知子
同	弁護士	古	本	武男
同	弁護士	池	永	修
同	弁護士	池	永	真由美
同	弁護士	市	橋	康之
同	弁護士	渡	邊	敦史

同	弁護士	山	口	修
同	弁護士	大	竹	健太郎
同	弁護士	吉	田	純二
同	弁護士	出	口	聡一郎
同	弁護士	吉	武	秀将
同	弁護士	高	本	稔久

上記当事者間の頭書事件について、申立人らの上告受理申立ての理由は次ページ以下に述べるとおりである。

略語等については、当審で新たに使用するもののほかは、従前の例による。

～目次～

第 1	はじめに	
1	本件事案の概要	P 3
2	吉野ヶ里遺跡群の価値	P 3
3	上告受理申立て理由の要旨	P 6
第 2	監査請求期間徒過の正当な理由に関する法令解釈上の誤り及び最高裁判例違反	P 7
第 3	違法性判断に関する最高裁判例違反及び法令解釈上の誤り	P 13
第 4	文化財保護法 9 4 条及び 9 7 条をめぐる法令解釈上の誤り	P 20
第 5	地方自治法 2 3 7 条 2 項をめぐる法令解釈上の誤り	P 27
第 6	景観侵害をめぐる法令解釈上の誤り	P 30
第 7	結語	P 31

第1 はじめに

1 本件事案の概要

本件は、佐賀県が行った吉野ヶ里メガソーラー事業及び同事業の一環として行われた財務会計行為がいずれも違法であるとして佐賀県住民により提起された住民訴訟である。

吉野ヶ里メガソーラー事業の舞台となった本件各土地は、吉野ヶ里遺跡で有名な吉野ヶ里丘陵のほぼ中央に位置しており、国営飛鳥歴史公園と並び当時わが国に二箇所しか存在しなかった国営吉野ヶ里歴史公園に隣接した土地でもある。

本件各土地を含む周辺地一帯は、もともと昭和58年7月に佐賀県が佐賀県土地開発公社に神埼工業団地としての開発を要請し、同開発公社によって買収が進められていた土地であったが、平成元年になり、工業団地予定地内で国内最大級の環濠集落が発見されたことを受けて工業団地計画が白紙撤回され、大部分が国営吉野ヶ里歴史公園等として整備、保全されることとなった。

その公園化から外れた土地が本件各土地であり、佐賀県が、本件各土地をメガソーラー事業用地として開発公社から取得、造成し、メガソーラー設置事業者に賃貸するという一連の事業が吉野ヶ里メガソーラー設置事業である（甲55、乙86・4頁）。

2 吉野ヶ里遺跡群の価値

吉野ヶ里遺跡は、神崎市神埼町大字志波屋・鶴と神埼郡吉野ヶ里町（旧三田川町大字田手）にまたがる標高7～23mの低地から段丘上にかけて立地している遺跡であり、稲作農耕の開始以来、列島社会に古代国家成立の前提となる原始的國家が形成される過程と、その空間的広がりや、遺跡の変遷から見事に捉ることのできる極め

て学術的価値の高い遺跡として知られている。

弥生時代の巨大な環濠集落跡であると同時に、弥生時代の前・中・後期全般を通して変化・拡大していった継続的な集落跡であり、そうした時間的数位の中で、墳丘墓や甕棺墓などの墳墓の形成・発展が集落と対応して捉えられることなど他に例をみない情報量の多さを持っている。

その規模は弥生時代の環濠集落として全国最大であり、幾重にも巡らされた環濠と建物群の形態や配置は、ほかの同時代の集落跡では見られない豊富な内容を持っている。

40haにおよぶ壮大な規模の環濠集落と墳丘墓は、他に例を見ない巨大なものであり、また、巨大な物見櫓跡、高床式倉庫群跡、そして幾重にもめぐらした大小の環濠跡、ひしめく住居群など『魏志倭人伝』の記述とその世界を彷彿とさせる遺跡でもあり、日本の初期農耕社会における地域の政治、経済、宗教的な中心となる都市の出現を物語っている。

また、吉野ヶ里遺跡は弥生時代のみを語る遺跡ではない。縄文時代の土器や石器も多数出土しており、弥生時代が終わり古墳時代になると神埼町伊勢塚等で前方後円墳が築造されるようになり、奈良時代には律令国家の形成に伴いいくつかの郡が設置され、神埼郡衙のような官衙的施設の存在も伺え、さらに地割りや段丘の切通しなどの痕跡により大宰府と肥前国府を結ぶ道路跡が検出されている。

平安時代中期から末期には神埼荘と呼ばれる院領荘園が神埼郡の大部分を占めるようになったと推定されており、この時代の遺跡や出土物から神埼荘の対中国貿易の拠点（平忠盛などが活躍）としての性格を伺わせている。

中世になると武士階級が実質的支配権を確立したと考えられ、山

麓部の山城や平野部の水路に囲まれた環濠集落・館などが多数存在している。

このような縄文時代からはじまり弥生時代の大規模な環濠集落や墓地、さらに奈良・平安時代の大規模な建物群の広大な範囲に広がりをもつ遺構の状態が面的に把握される例は少なく、研究史上でも非常に貴重な資料になるものである。

このように、吉野ヶ里遺跡は縄文時代から連綿と続く日本人の歴史を表す遺跡であり、我々日本人が紡いできた歴史を語る遺跡なのである。日本人のアイデンティティ、ルーツを探るうえでも非常に重要なものであり、吉野ヶ里遺跡の価値は佐賀県民だけでなくすべての日本人にとってかけがえのない財産なのである。

本件各土地は、国営吉野ヶ里歴史公園の範囲にこそ含まれなかったが、同歴史公園に隣接し、歴史公園周辺の歴史的・文化的景観を形成する重要な一要素を形成している。さらに、弥生時代には主に祭祀や王族等の支配者層が居住していた場所と考えられている歴史公園の地区に対し、主に当時の庶民層が居住し、農耕を営んでいた場所と考えられている。また、本件各土地を含む歴史公園の北部は、律令時代の肥前国神埼郡衙の遺構が広がっていると考えられており、現に多くの掘立柱建物群も検出されている。本件各土地は、すべての日本人にとってかけがえのない財産である吉野ヶ里遺跡の一部、重要な構成要素として位置づけられる国家的財産なのである。

原審及び第一審は、このような本件各土地の特性を十分に考慮することなく本件事案の各争点の結論を導いているものであるが、本件事案の審理にあたっては、このような本件各土地の特性、その学術的、考古学的価値、文化財としての価値が十分に考慮される必要がある。

3 上告受理申立て理由の要旨

本上告受理申立理由書において、申立人らが主張する上告受理申立て理由の要旨は次のとおりである。

まず、原判決は、本件メガソーラー事業に包摂される事業用地の取得にかかる売買契約及び事業用地の造成にかかる請負契約（一部の変更契約を除く）について監査請求期間を徒過しており、徒過の正当な理由もないとして却下しているが、そのような結論を導く原審の判断過程は、御庁平成14年9月12日第一小法廷判決と相反しており、また、重要な法令解釈上の誤りがある（後記第2）。

また、原判決は、本件メガソーラー事業や同事業に包摂される売買契約などの違法性が後行する賃貸借契約等の違法性判断に影響することを原則として否定しているが、このような原審の判断は、御庁の昭和52年7月13日大法廷判決などの一連の裁判例と相反しており、また、重要な法令解釈上の誤りがある（後記第3）。

さらに、原判決は、申立人らが主張した文化財保護法94条及び97条違反の主張について、仮にこれが認められたとしても、その後の財務会計行為に影響を及ぼすことはないと判示しているが、その判断過程において地方財政法第8条との関係が一切考慮されておらず、このような原審の判断には重要な法令解釈上の誤りがある（後記第4）。

加えて、原判決は、本件メガソーラー事業用地を廉価にて賃貸したことについて、地方自治法237条2項条例又は議決に基づくものとして適法と判断したが、その判断過程には、重要な法令解釈上の誤りがあるとともに、最高裁判例にも違反している（後記第5）。

最後に、原判決は、景観侵害にかかる申立人らの主張を財務会計

法規上の違法をいうものではないとして排斥した一審判決をそのまま維持しているが、その判断過程において地方財政法第8条との関係が一切考慮されておらず、このような原審の判断には重要な法令解釈上の誤りがある（後記第6）。

以下、それぞれについて述べる。

第2 監査請求期間徒過の正当な理由に関する法令解釈上の誤り及び最高裁判例違反

1 原審における申立人らの主張

原審において、申立人らは、本件売買契約に係る監査請求が監査請求期間を徒過したことの正当な理由として、「用地については・・・佐賀県土地開発公社・・・が取得、一部造成した吉野ヶ里ニュー・テクノパーク跡地・・・を買い戻して確保する」等の佐賀県担当者の発言や、「吉野ヶ里ニュー・テクノパーク跡地は・・・いずれは県が買い戻ししなければならなかった」との佐賀県の広報などの存在を指摘して、佐賀県には開発公社から本件各土地を買い取る義務がないとの本件売買契約の違法性を判断するうえで重要な事情を認識することができなかったことを主張した（原判決・3頁）。

また、控訴人が平成23年12月頃に本件メガソーラー設置事業にかかる補正予算案が可決されたことを知ったとしても、このことから直ちに本件売買契約の存在及び内容を知り得たということとはできない旨を指摘した（同・3～4頁）。

2 原判決の判断

これに対し、原判決は、以下のように判示して、正当な理由を認

めなかった。

申立人らが指摘する上記発言や記載の「趣旨は、佐賀県に本件各土地を開発公社から買い取る法的義務があるというのではなく、開発公社が本件各土地を取得した経緯・・・及び神埼工業団地建設事業計画が頓挫し、その後も開発公社による本件各土地の開発ができない状態となっていることを踏まえ、佐賀県が公益的な立場で本件各土地を開発公社から買い取るという政策的判断をすることが相当であるというものというべきである。」、申立人らが行った「本件売買契約を対象とする・・・監査請求は、本件メガソーラー事業が吉野ヶ里遺跡の価値を破壊するものであること等を理由として、佐賀県が公益的な立場で本件各土地を開発公社から買い取って本件メガソーラー事業を推進するという政策的判断の不当性を指摘するものであって・・・、佐賀県が本件各土地を開発公社から買い取る法的義務の有無は何ら問題とされておらず、むしろ、同監査請求においては、佐賀県に本件各土地を買い取る法的義務が存在しないことが当然の前提となっていたというべきである」から「佐賀県が本件各土地を買い取る法的義務があるか否かは、控訴人らにおいて本件売買契約が違法又は不当なものであると判断するに当たって不可欠の要素ではなく、このような法的義務が存在しないとの認識がなかったからといって、本件売買契約に係る監査請求が監査請求期間を徒過したことについて正当な理由があるということとはできない。」(原判決・10～11頁)。

また、原判決は、一審判決(9頁9行目から12頁5行目まで)を引用したうえで、「原判決が上記のとおり指摘した事情の下においては、本件売買契約の締結が予定されていることや想定される契約内容について、十分な情報が存在したと認められる」と判示した

(原判決 1 2 頁)。

3 地方自治法 2 4 2 条 2 項但書をめぐる法令解釈の誤り

原判決は、上述のとおり、申立人らが行った監査請求は、「佐賀県が公益的な立場で本件各土地を開発公社から買い取って本件メガソーラー事業を推進するという政策的判断の不当性を指摘するもの」としている。

この点、確かに、地方自治法 2 4 2 条 1 項は、住民監査請求の対象を「違法若しくは不当」な財務会計行為としている。

しかしながら、住民監査請求において、財務会計行為の「違法」ではなく、政策的判断の「不当」性が主張される場合、法律上定められた違法原因とは異なり、政策的判断についてはすべからく当不当の評価が分かれ、しかも、各人が当不当と考える根拠も、人種、信条、性別、宗教等々に応じて多種多様であり得る。

後述するように、正当な理由の判断は、「普通地方公共団体の住民が相当の注意力をもって調査したときに客観的にみて当該行為を知ることができたかどうか、また、当該行為を知ることができたと解される時から相当な期間内に監査請求をしたかどうか」を、あくまで一般人を基準に判断すべきところ、上記のようにあいまいな「不当」性の認識可能性を基準として正当な理由の存否を判断することは、客観的であるべき正当な理由の判断をむしろ主観化させることになるし、ともすれば一定の政策的判断の存在自体を認識し、或いは予見することが可能でありさえすれば、その時点から直ちにすべての住民にとって不当性の認識可能性が存在したという結論にもなりかねない。原判決が、「佐賀県が本件各土地を買い取る法的義務があるか否かは、控訴人らにおいて本件売買契約が違法又は

不当なものであると判断するに当たって不可欠の要素ではな」いなどと申立人らの主観的事情をもとに正当な理由の有無を判断しようとしたり、予算成立の事実の認識のみをもって直ちに本件売買契約の存在の認識可能性を肯定していることは、まさにこのような危険性が顕在化したものに他ならない。

このように、原判決は、正当な理由の判断を、このような政策的判断の不当性の認識可能性に依らしめており、地方自治法242条2項但書の解釈を誤っている。

4 経験則違反

さらに言えば、原判決が、本件メガソーラー事業の補正予算案が可決されたことの認識をもって、本件売買契約の存在及び内容の認識可能性を認めていることは、それ自体、経験則にも違反している。

5 最高裁判例違反

(1) 最高裁平成14年9月12日第一小法廷判決の判旨

御庁平成14年9月12日第一小法廷判決（民集56巻7号1481頁）は、地方自治法242条2項但書が、正当な理由がある場合には監査請求期間の例外を設けている趣旨について、次のように判示している。

「当該行為が普通地方公共団体の住民に隠れて秘密裡にされ、1年を経過してから初めて明らかになった場合等にもその趣旨を貫くのが相当でないことから、同項ただし書は、「正当な理由」があるときは、例外として、当該行為のあった日又は終わった日から1年を経過した後であっても、普通地方公共団体の住民が監査請求をすることができるようにしているのである。」

そして、同最高裁判決は、正当な理由の判断について、「このことは、当該行為が秘密裡にされた場合に限らず、普通地方公共団体の住民が相当の注意力をもって調査を尽くしても客観的にみて監査請求をするに足りる程度に当該行為の存在又は内容を知ることができなかつた場合にも同様であり、「そのような場合には、上記正当な理由の有無は、特段の事情のない限り、普通地方公共団体の住民が相当の注意力をもって調査すれば客観的にみて上記の程度に当該行為の存在及び内容を知ることができたと解される時から相当な期間内に監査請求をしたかどうかによって判断すべき」としている。

同最高裁判決の判例解説（甲 70。最高裁判所判例解説民事篇平成14年度（下）・657頁）によれば、上記判示について、「住民が財務会計上の行為の存在を知ることができても、住民においてその違法の有無を判別し得る手掛かりが全くないような場合には、實際上監査請求をする余地がない」との指摘がされている。

この指摘は、住民において監査請求ができる程度に財務会計行為の「違法」の有無を判別する手掛かりを知り得ない場合にまで、正当な理由の存在を否定して、監査請求を認めないとすれば、地方自治法242条2項が但書を設けた趣旨を没却するとの懸念を指摘したものと理解される。

とすれば、上記最高裁判例における「普通地方公共団体の住民が相当の注意力をもって調査すれば客観的にみて上記の程度に当該行為の存在及び内容を知ることができた」というためには、監査請求をすることができる程度に当該行為の「違法」の有無を判別するに足りる手掛かりを知り得たといえることが求められていると解される。

(2) 原判決が最高裁平成14年9月12日第一小法廷判決と相反していること

原判決は、上記のとおり、「佐賀県が本件各土地を買い取る法的義務があるか否かは、控訴人らにおいて本件売買契約が違法又は不当なものであると判断するに当たって不可欠の要素ではなく、このような法的義務が存在しないとの認識がなかったからといって、本件売買契約に係る監査請求が監査請求期間を徒過したことについて正当な理由があるということとはできない」と判示したが、本件売買契約締結についての監査請求の対象となる財務会計行為の違法性は、「佐賀県は土地開発公社から本件土地を買い取る義務がないのに、時価よりも高額な値段で購入したこと」(一審判決の別紙8の争点③)であり、佐賀県が本件各土地を開発公社から買い取る法的義務の有無は、客観的に見て、本件売買契約の違法性判断(取得の必要性や売買価格の妥当性等)において極めて重要な事実であることは論を待たない。

原判決は、監査請求における申立人らの主張を「佐賀県が公益的な立場で本件各土地を開発公社から買い取って本件メガソーラー事業を推進するという政策的判断の不当性を指摘するもの」と理解し、違法原因を基礎づけるものとして理解していないのであるから、そのような理解をとるのであれば、上記最高裁判例に従い、監査請求をすることができる程度に当該行為の「違法」の有無を判別するに足りる手掛かりを知り得たか否かを判断する上では、違法原因を基礎づける「佐賀県が本件各土地を買い取る法的義務があるか否か」についての認識可能性を問題としなければならなかったはずである。

したがって、原判決は、上記最高裁判例に違反している。

第3 違法性判断に関する最高裁判例違反及び法令解釈上の誤り

1 原判決の判断

(1) 原審における申立人らの主張

原審において、申立人らは、「本件各財務会計行為は、吉野ヶ里メガソーラー事業という一連の流れの中で実施されているものであるから、各財務会計行為の違法を判断するにあたっては、その元凶たる本件メガソーラー事業の目的、事業の必要性・相当性、事業が佐賀県に与える功罪、事業が佐賀県の財政に与える影響、そして吉野ヶ里遺跡群というわが国において唯一無二の文化財に与える影響などを考慮に入れなければならない」と主張し、「仮に、本件各変更契約及びその支出命令、本件賃貸借契約が個々の財務会計行為としては違法とまでは言えない場合であったとしても、原因たる行為の本件売買契約が違法である場合には、その後続く財務会計行為が違法となり得る以上、本件売買契約の違法性を審理判断しなければならない」こと、また、その違法性は「単に財務会計法規に違反するか否かという点に絞られるわけではなく、地方自治法、文化財保護法、景観法及び各条例に違反するか、裁量権を逸脱・濫用しているかという観点から審理判断されなければならない」ことなどを主張した。

(2) 申立人らの主張に対する原判決の判断

このような申立人らの主張に対し、原判決は、「本件売買契約の違法性が、後行する本件各変更契約、本件各支出命令及び本件賃貸借契約の締結又は継続に影響する場合について」（原判決・12頁～）として、次のように判示した。

「住民訴訟は、財務会計上の行為に限り客観訴訟の提起を認め

たものであるから、その財務会計上の行為の違法性は、あくまでも当該行為が財務会計法規に違反するかどうかという観点から検討されるべきであり、先行行為の違法性が後行する財務会計上の行為に影響するのは、先行行為の違法性が後行する財務会計上の行為に財務会計法規上の違法をもたらす場合に限られるものと解するのが相当である。」

「本件各変更契約は本件各請負契約の請負代金額を変更する契約であり、本件各支出命令も本件各請負契約及び本件各変更命令に基づく公金の支出の原因となるものであるところ・・・、本件売買契約と本件各請負契約は、公金の支出原因としては全く異なる財務会計上の行為であるから、本件各変更契約や本件各支出命令は、財務会計上の観点からみれば、本件各請負契約を先行行為とする行為ということとはできても、本件売買契約を先行行為とする行為であるとはいえない。また、本件賃貸借契約が、財務会計上の観点からみて、売買契約を先行行為とする行為であるとはいえないのは明らかである。」

「したがって、本件売買契約に何らかの違法性があつたとしても、これが本件各変更命令、本件各支出命令及び本件賃貸借契約の締結又は継続に財務会計法規上の違法をもたらすことは、原則として考え難いというべきであつて、例外的に、本件売買契約が公序良俗に反し私法上無効である場合は、これに関連する上記財務会計上の行為をすることは、法に基づく行政という観点から許されず、財務会計法規上も違法と評価されることがあるものと解するのが相当である。」（原判決・13頁）。

また、原判決は、上記のような判示に続けて、次のように述べている。

「控訴人らは、本件各財務会計上の行為が本件メガソーラー事業の一部として目的手段の関係にある一連一体の行為であるとして、本件売買契約が公序良俗に反して無効である場合のみならず、錯誤無効となる場合や看過し得ない瑕疵及び契約を解消できる特殊な事情が存在する場合にも、本件売買契約の違法性が、本件各変更契約、本件各支出命令及び本件賃貸借契約の締結又は継続という財務会計上の行為に承継される旨を主張する。しかしながら、・・・これら行為は、財務会計的な観点からは本件売買契約を先行行為とすると評価できないものであるから、このようなものについて、本件メガソーラー事業との関連性という多種多様な行為を含む幅広い観点から、あたかも財務会計上の行為として先行・後行行為の関係にある場合（本件についていえば、本件各請負契約と本件各変更契約及び本件各支出命令の場合）と同じように違法性の承継を認めるのは、財務会計上の行為に限って客観訴訟を認めた地方自治法の趣旨に反し、相当ではないというべきである」（原判決・14頁）。

(3) しかし、このように住民訴訟における違法性の承継を限定する原判決の判示は、次に挙げる御庁の判例に違反する、重要な法令解釈上の誤りがあるというべきである。

- ① 最高裁昭和52年7月13日大法廷判決（民集31巻4号533号）
- ② 最高裁昭和58年7月15日第二小法廷判決（民集37巻6号894頁）
- ③ 最高裁昭和60年9月12日第一小法廷判決（判例時報1171号62頁）

2 ①最高裁昭和52年7月13日大法廷判決違反

(1) 御庁は、地方自治体が体育館の起工式で神道による地鎮祭を行うことを決定し、神官に謝礼や供物料を支出したことが憲法20条3項及び憲法89条に違反するとして損害賠償が求められた住民訴訟において、「公金の支出が違法となるのは単にその支出自体が憲法八九条に違反する場合だけではなく、その支出の原因となる行為が憲法二十条三項に違反し許されない場合の支出もまた、違法となることが明らかである。所論は、本件公金の支出が憲法八九条に違反する場合にのみ違法となることを前提とするものであつて、失当である。」との判断を示したうえで、起工式の実施が憲法20条3項に違反するものであるかどうかを検討し、「本件起工式は、宗教とかかわり合いをもつものであることを否定しえないが、その目的は建築着工に際し土地の平安堅固、工事の無事安全を願い、社会の一般的慣習に従つた儀礼を行うという専ら世俗的なものと認められ、その効果は神道を援助、助長、促進し又は他の宗教に圧迫、干渉を加えるものとは認められないのであるから、憲法20条3項により禁止される宗教的活動にはあたらないと解するのが、相当である」との判断を示している。

(2) このように、御庁は、住民訴訟において、地方自治体の公金の支出が違法となる場合について、当該公金の支出そのものが直接違法となる場合だけでなく、「その支出の原因となる行為」が違法である場合にも違法と判断されることを認めている。

そのうえで、御庁は、財務会計上の観点からみれば、神官に対して謝礼や供物料を支出するという公金の支出と必ずしも先行行為、後行行為の関係にない起工式の実施という事実行為に着目して違法性を審査している。

(3) 本件において、本件メガソーラー事業は、本件各財務会計行為に先行する原因行為であり、そのことは、原判決が引用した「原告らの上記主張は、本件各変更契約及び本件各支出命令並びに本件賃貸借契約に関する財務会計法規上の違法を主張するものではなく、それらに先行する原因行為である本件メガソーラー事業の施策決定の違法又は不当を主張するもの」との一審判決の判示部分(27頁)にも明確に認められている。

にもかかわらず、原判決は、「財務会計上の行為として先行・後行行為の関係にある場合」を「(本件についていえば、本件各請負契約と本件各変更契約及び本件各支出命令の場合)」などと限定的に捉えたうえで、「先行行為の違法性が後行する財務会計上の行為に影響するのは、先行行為の違法性が後行する財務会計上の行為に財務会計法規上の違法をもたらす場合に限られる」、「本件売買契約に何らかの違法性があったとしても、これが本件各変更命令、本件各支出命令及び本件賃貸借契約の締結又は継続に財務会計法規上の違法をもたらすことは、原則として考え難い」などと判示し、住民訴訟における違法性の判断を不当に限定するとともに、本件メガソーラーが抱える種々の問題を違法性判断の埒外に置いている。

このような原判決の判断は、地方自治の本旨に基づく住民参政の一環として、住民に対しその予防又は是正を裁判所に請求する権能を与え、もって地方財務行政の適正な運営を確保することを目的とした住民訴訟制度の意義を大幅に減殺するものであり、かかる原判決の判示部分は、住民訴訟において、「その支出の原因となる行為」に違法がある場合に、公金の支出が違法となることを認めた御庁の上記裁判例①にも違反するとともに、重要な法令

解釈上の誤りがある。

3 ②最高裁昭和58年7月15日第二小法廷判決

(1) 御庁は、地方自治体が、専ら森林組合の事務に従事させるために森林組合に派遣された職員に対し給与を支給したことが地方自治法及び職員の給与に関する条例に違反するとして損害賠償が求められた住民訴訟において、「森林組合は、地方公共団体の行政組織に属するものではなく、森林の所有者によって組織された団体にほかならないものであつて、町長が、かかる森林組合に、町職員を、その身分を保有させたまま派遣し、町長の指揮監督を離れて、実際の執務上は、町職員としてではなく、専ら森林組合の職員としてその事務に従事させることは、法令又は条例に基づかない違法な措置というほかないところ、上告人は、右にみたように、Eに対する給与を町が負担することができるようにするためにこのような違法な行為に出たものであるから、結局、同人に町予算から前記給与を支払ったことにより、上告人は、違法にa町の公金を支出したものといわなければならない。」と判示している。

(2) このように、御庁は、財務会計上の観点からみれば、給与の支給と必ずしも先行行為、後行行為の関係に立たない「森林組合に、町職員を、その身分を保有させたまま派遣し、町長の指揮監督を離れて、実際の執務上は、町職員としてではなく、専ら森林組合の職員としてその事務に従事させること」との職務命令ないし事実行為を含めて「その支出の原因となる行為」と捉え、公金支出の違法性を判断している。

(3) したがって、原判決の上記判示部分は、住民訴訟において、「その支出の原因となる行為」に違法がある場合に、公金の支出が違法と

なることを認めた御庁の上記裁判例②に違反するとともに、重要な法令解釈上の誤りがある。

4 ③最高裁昭和60年9月12日第一小法廷判決

(1) 御庁は、地方自治体が、収賄罪で逮捕された職員を懲戒免職でなく分限免職にして退職手当を支給したことが違法な公金支出にあたるとして損害賠償が求められた住民訴訟において、「地方自治法二四二条の二の住民訴訟の対象が普通地方公共団体の執行機関又は職員の違法な財務会計上の行為又は怠る事実に限られることは、同条の規定に照らして明らかであるが、右の行為が違法となるのは、単にそれ自体が直接法令に違反する場合だけではなく、その原因となる行為が法令に違反し許されない場合の財務会計上の行為もまた、違法となる」と述べたうえで、「本件条例の下においては、分限免職処分がなされれば当然に所定額の退職手当が支給されることとなっており、本件分限免職処分は本件退職手当の支給の直接の原因をなすものというべきであるから、前者が違法であれば後者も当然に違法となるものと解するのが相当である」と判示し、当該分限免職処分の違法性を審査している。

(2) このように、御庁は、退職手当の支給とは別個の行為であり、財務会計上の観点からみれば、必ずしも退職手当の支出と先行行為、後行行為の関係に立たない市職員に対する分限免職処分についても「その支出の原因となる行為」と捉えたうえでその違法性を審査し、公金支出の違法性を判断している。

(3) したがって、原判決の上記判示部分は、住民訴訟において、「その支出の原因となる行為」に違法がある場合に、公金の支出が違

法となることを認めた御庁の上記裁判例③に違反するとともに、重要な法令解釈上の誤りがある。

第4 文化財保護法94条及び97条をめぐる法令解釈上の誤り

1 原判決の判断

(1) 原審における申立人らの主張

原審において、申立人らは、「佐賀県が本件各請負契約に先立って行った調査は不十分なものであり、そのような不十分な調査に基づいて行われた通知は、文化財保護法94条に基づく通知とはいえない。」「本件各請負契約についてそのような通知の不備がある以上、本件各請負契約は、文化財保護法94条違反である」という趣旨の主張をしてきた。

また、「本件造成工事対象地域は、専門家も指摘するとおり、考古学的見地から見て、貴重な遺跡及び遺構が存在する蓋然性の高い地域であった。」「そのような地域で、本件造成工事のような大規模な掘削作業を行えば、造成工事中、何らかの出土品が発見されるはずである。」「実際、佐賀県は、平成25年頃、吉野ヶ里メガソーラー建設敷地内である志波屋六の坪遺跡隣接地において、遺構らしき黒っぽい土層の存在が指摘されていた。」ここで、「文化財保護法97条第1項は、地方公共団体等に、出土品の出土等により、貝づか、住居跡、古墳その他遺跡と認められるものを発見したときは、その現状を変更することなく、遅滞なく、その旨を文化庁長官等に通知せねばならないという義務を課している。」にもかかわらず、佐賀県は、同義務を無視して遺跡、遺構を破壊した旨を主張した。

(2) 原判決の判断

このような申立人らの主張に対し、原判決は、「(3) 文化財保護法 9 4 条及び同法 9 7 条違反をいう控訴人らの主張について」(原判決・14 頁～)として、次のように判示した。

まず、申立人らの文化財保護法 9 4 条違反の主張について、「佐賀県は本件各請負契約締結に当たって、文化財保護法 9 4 条 1 項に基づく通知をしているから、本件各請負契約について文化財保護法 9 4 条違反の事実はないというべきである。」としつつも、「仮に、控訴人らの主張するとおり改めて確認調査をしない限り文化財保護法 9 4 条 1 項に違反すると解する余地があるとしても、」と述べ、佐賀県の本件行為が、文化財保護法 9 4 条 1 項に違反すると解釈する可能性に気付きながらも、単に、「このことにより、本件各請負契約が私法上違法となることはないし、また、著しく合理性を欠き、その締結に予算執行の適正確保の見地から看過し得ない瑕疵が存在するということもできないというべきであるから、控訴人らの指摘する上記違法性は、本件各請負契約を先行行為とする本件各変更契約や本件各支出行為にも影響を及ぼすことはない」と述べるばかりで、その解釈に対する判断を回避し、理由についても言及しなかった(原判決・15 頁)。

また、申立人らの文化財保護法 9 7 条違反の主張についても、「文化財保護法 9 7 条 1 項は、国の機関等が出土品の出土等により貝塚、住居跡、古墳その他遺跡と認められるものを発見したときは、現状を変更することなく所定の通知をすべき旨を定めた規定であるが、同条に基づく通知は本件各請負契約締結に当たって必要となるものではなく、本件各請負契約に基づく工事を実施する過程で上記のようなものを発見した場合にはじめて必要となる通知であるから、仮に佐賀県において同条に違反する行為が

あったとしても、これにより違法と評価されることはない。」「また、仮に、控訴人らの主張するとおり佐賀県に文化財保護法97条の手続を履践しないという脱法行為があったとしても、このことにより、本件各請負契約が私法上違法となることはないし、また、著しく合理性を欠き、その締結に予算執行の適正確保の見地から看過しえない瑕疵が存在することもできないというべきであるから、控訴人らの指摘する上記違法性は、本件各請負契約を先行行為とする本件各変更契約や本件各支出行為にも影響を及ぼすことはない」と述べ、佐賀県の行為が、文化財保護法97条違反となるかについて、その判断を回避している（原判決・15頁～16頁）。

(3) しかしながら、第一審及び原審において述べてきた通り、前記各行為が文化財保護法に違反するものであるところ、

2 文化財保護法の趣旨について

(1) ここで、文化財保護法の趣旨から、佐賀県は文化財保護法の趣旨に反した行為をしないという任務を負っている。

以下、文化財保護法の趣旨について述べる。

(2) 文化財保護法の目的（同法第1条）

ア 文化財の保存と活用

本法第1条は「この法律は、文化財を保存し、且つ、その活用を図り、もって国民の文化的向上に資するとともに、世界文化の進歩に貢献することを目的とする」と本法の目的を定めている。ここでいう「文化財」とは、すべての「文化財」を指すのではなく、広義の文化財のうち特に歴史的、学術的価値を持ち、且つ、保護の措置をとらなければ破壊され、又は消滅する

恐れのあるもの、及び、活用することが国民の文化的向上及び世界文化の進歩に役立つものを指す。

文化財保護法は、単に文化財を保存するばかりでなく、同時にそれを活用することによって、その「保護」の目的を達成しようとしている。戦前の文化財関係諸法が「古社寺保存法」「史跡名勝天然記念物保存法」「国宝保存法」と、「保存」を目的としていたのに対し、第二次大戦後の民主国家において、これらの貴重な文化的遺産を広く国民共通の財産として後世に伝えるとともに、各世代の人々がこれと接し、古い時代の人々との遺物等を通じた交流を図ることを目指したものである。

ここにいう「活用」は文化財の「公開」が主に考えられるが、単に物理的に国民がこれを鑑賞し、観覧するだけを指すのではなく、研究者その他必要をもつものがこれら（史跡、考古資料等）を学術的に利用しうる状態を保障すること、とくに遺跡の記録保存の場合の報告書の早期刊行と、これを誰でもが利用できる条件を作ることが当面の重要な課題となっている。

イ 国民の文化的向上

文化財の保存活用する目的の一つは、「国民の文化的向上に資する」ことにある。

今日、地方文化の振興が叫ばれ、各地方で各々の個性豊かな文化の継承、発展、創造の努力がなされている。文化財のもつ、わが国の文化全般への寄与とともに、各地方・各地域の民衆の歴史、文化の究明における役割を正當に評価することが必要であろう。例えば、全国的にみれば類型のある遺跡であっても、その地域の歴史を解き明かすうえに不可欠なものは、これを国で史跡に指定するといった措置も現状では必要である。各自治

体の条例による保護にゆだねるというのも一つの方法であるが、そのためには地方財政を豊かにして文化財関係の予算措置が十分にとれるようにすること、各地方自治体の文化財保護行政の水準を高めること、等が前提となる。

ウ 世界文化への進歩への貢献

文化財を保存活用する目的の第2として、「世界文化の進歩に貢献すること」があげられる。これは直接には、わが国の文化財を（ある場合には、貴重な国宝・重要文化財等を一時的に海外に送ることも含めて）外国の人々にも公開し、わが国の文化的伝統の精髓を通して世界文化に新たな刺激を与えることを意味するが、文化財の保存・活用によるわが国の固有文化の創造的発展によって世界文化を進展させることも重要な意味を持つと解される。

(3) 政府及び地方公共団体の任務（第3条）

ア 法第3条は政府及び地方公共団体の文化財保護に関する任務を次のように定めている。「政府及び地方公共団体は、文化財がわが国の歴史、文化等の正しい理解のため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、周到の注意をもってこの法律の趣旨の徹底に努めなければならない。」すなわち、この条文は、文化財の意義を、第1条の目的を布衍する形で述べ、この意義を十分に認識したうえで国及び地方公共団体はこの法律の趣旨徹底につとめるべきことを求めている。

イ 文化財の意義

文化財の意義の第1にあげられるのは、「わが国の歴史、文化

等の正しい理解のため欠くことの出来ない」ことである。これは単に専門研究者、芸術家等にとっての価値に限られず、広く一般国民がわが国の正しい歴史像、文化像を描いていくための素材として重要性をもつ。各地域の土地に根ざした歴史を解明し、これらの統合の中で日本全体の歴史像を再構成していくことが今日求められている。

文化財の意義の第2は「将来の文化の向上発展の基礎をなす」ことである。文化財は広い意味においてわが国の固有文化の中核をなすものであり、いわば日本文化の個性を形作っているものである。これらの伝統的基盤のうえにわが国の新しい文化がめばえ、発展し、また、これらの刺激によって世界文化の進歩にも貢献するという趣旨である。

ウ 国、地方公共団体の任務

文化財がこのような意義を有することを認識して国、地方公共団体は、「その保存が適切に行われるように、周到の注意をもってこの法律の趣旨の徹底に努めなければならない」。この努力義務が課されているのは国、地方公共団体であり、直接には、国の場合は文化庁、地方公共団体の場合は、教育委員会の文化財保護担当課等がその責任を負うが、行政官庁は行政組織を通じて統一的意思の実現をめざすものであり、すべての行政機関は各々の職務権限の範囲内でこの任務を負う。この場合の任務には積極的に啓蒙にあたる（学校教育を通じて文化財愛護思想を普及する等）こととともに、消極的意味において、文化財保護法の趣旨に反した行為をしないという任務も含まれる。

- (4) このような文化財保護法の趣旨に鑑みれば、文化財保護法に違反した地方公共団体の財産の管理、処分は、「地方公共団体の財

産は、常に良好の状態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」と定めた地方財政法第8条の解釈においても十分に斟酌されるべきである。

すなわち、文化財を包含した本件各土地のような財産を「良好の状態においてこれを管理し」た、あるいは、「その所有の目的に応じて最も効率的に、これを運用」したと言えるためには、他の法の趣旨、本件に即して言えば文化財保護法にも違反しない管理、利用態様であることが求められなければならない、佐賀県が行った前記各行為が文化財保護法に違反するとすれば、地方公共団体の財産を「良好の状態においてこれを管理し」たものとは言えないし、「その所有の目的に応じて最も効率的に、これを運用」したものとも言えないと解するべきなのである。

3 小括

このように文化財保護法に違反するという事は、地方財政法第8条との関係においても財務会計法規上の違反となり得るにもかかわらず、原判決が、申立人らが指摘する文化財保護法上の違法原因について、「このことにより、本件各請負契約が私法上違法となることはないし、また、著しく合理性を欠き、その締結に予算執行の適正確保の見地から看過し得ない瑕疵が存在することもできないというべきであるから、控訴人らの指摘する上記違法性は、本件各請負契約を先行行為とする本件各変更契約や本件各支出行為にも影響を及ぼすことはない」などと述べ、その判断を回避したことは、法令の解釈を誤ったものである。

第5 地方自治法237条2項をめぐる法令解釈上の誤り

1 地方自治法237条2項の条例をめぐる法令解釈上の誤り

「新版逐条地方自治法」(甲43)では、条例で定めることができる4類型が解説されており(上告人ら第13準備書面・5頁「制定可能な条例(同法237条2項の類型について)」)、また、「財産の交換、剰余、無償貸付等に関する条例」(甲44)のように当該解説に則っていると考えられる条例が佐賀県を含め各地に存在する。

また、条例準則(甲81)から読み取れる立法者の立法趣旨は、明らかに地方自治体にフリーハンドの裁量を与えたものではなく、むしろ一定の制約をかけようとしていることは明らかであり、被上告人ですら他の自治体と同様に「財産の交換、譲与、無償貸付等に関する条例」(甲44)においては新版逐条地方自治法(甲43、甲81)と同様の解釈を採用していたのである。

そのため、本訴訟が提起されるまでは新版逐条地方自治法の解釈(甲43、甲81)が同書籍の著者や全国の地方自治体が採用していた通説であるのは明らかである。

したがって、本訴訟で被上告人が主張している解釈と本件下級審が行った判断はこれまでの地方自治行政で採用されてこなかった特異な解釈なのである。

他方で、地方自治法237条2項に基づく条例ではどこまで厳格な要件が求められるのか、「新版逐条地方自治法」(甲43)や「条例準則」(甲81)、各地の自治体に存在する「財産の交換、剰余、無償貸付等に関する条例」(甲44)のように厳格な要件が求められるのか、それとも佐賀県工業等振興条例第5条のように非常に緩やかな、電気事業者でありさえすれば知事にほぼフリーハンドで無償貸付の権限を与える条例も制定可能であるのか、判断を行った最高

裁の判決は未だ存在しない。

本件賃貸借にかかる争点に関する判断は、「新版逐条地方自治法」(甲43)の改訂版をはじめとする地方自治法の専門書や、判例六法等に高確率で記述されうる地方自治法237条2項に関するリーディングケースとなる。

そのため、今後は本件の争点に対する裁判所の判断を前提として各地方自治体は地方自治法237条2項の「条例」の制定・改正・運用を行うことになるのである。

また、当該争点である地方自治法237条2項に基づく条例で、最高裁が佐賀県工業等振興条例第5条を許容すれば、全国に存在するであろう「財産の交換、譲与、無償貸付等に関する条例」の記載が一斉に変更になる可能性すらある。

そのため、法令の解釈に関する非常に重要な事項を含んでいるのである。

他方で、最高裁が、原審や第一審のように『地方自治法237条2項に基づく条例ではどこまで厳格な要件が求められるのか』の争点の判断から逃げれば、各地の地方自治行政は地方自治法237条2項に基づき条例を制定する際に、「新版逐条地方自治法」記載の内容が正しいのかどうか判断が持てず、混乱することは目に見えている。

したがって、このまま明確な判断がなされずに放置されれば各地方自治体が無償貸付等を行う際に、あらかじめ制定可能な条例の範囲について明確な指針が存在しなくなる。

そのため、最高裁が明確な規範を示したうえで、「新版逐条地方自治法」(甲43)や「条例準則」(甲81)、各地の自治体に存在する「財産の交換、剰余、無償貸付等に関する条例」(甲44)のよう

に厳格な要件が求められるのか、それとも佐賀県工業等振興条例第5条のように特定の事業者に対し知事にほぼフリーハンドで無償貸付の権限を与える条例も制定可能であるのか判断を行う必要があるし、判断を行わないのであれば下級審に差し戻しもう一度審理を尽くさせるべきである。

2 地方自治法237条2項の議決をめぐる最高裁判例違反

地方自治法237条2項の「条例」と択一の要件である同項記載の「議決」の事案ではあるが、最高裁平成17年11月17日第一小法廷判決・判例タイムズ1198号128頁は、同条同項の解釈において「適正な対価によらずに普通地方公共団体の財産の譲渡等を行うことを無制限に許すとすると、当該普通地方公共団体に多大の損失が生ずるおそれがあるのみならず、特定の者の利益のために財政の運営がゆがめられるおそれもあるため、条例による場合のほかは、適正な対価によらずに財産の譲渡等を行う必要性和妥当性を議会において審議させ、当該譲渡等を行うかどうかを議会の判断にゆだねることとしたものである」と述べており、適正な対価によらずに普通地方公共団体の財産の譲渡等を行うことを無制限に許すとすると、当該普通地方公共団体に多大の損失が生ずるおそれがあるのみならず、特定の者の利益のために財政の運営がゆがめられるおそれを解消するために議会の判断に委ねたものが同条同項の「議決」とであると判断した。

そして、同判決は「条例による場合のほかは」と述べているが、同じ条文の択一の要件である「条例」による無償貸付等においても当該普通地方公共団体に多大の損失が生ずるおそれや、特定の者の利益のために財政の運営がゆがめられるおそれを放置してよいと考

えているとは到底想定できない。

同判決は、「議決」であっても「条例」であっても、当該普通地方公共団体に多大の損失が生ずるおそれや、特定の者の利益のために財政の運営がゆがめられるおそれがあるとはならないと判断した判決のはずである。

しかしながら、佐賀県工業等振興条例第5条や、原審の判断では知事が特定の事業者に対してはフリーハンドで無償貸付が行えてしまい、まさに「当該普通地方公共団体に多大の損失が生ずるおそれや、特定の者の利益のために財政の運営がゆがめられるおそれ」が発生する。

いくら、「議決」について最高裁平成17年11月17日第一小法廷判決は厳格な解釈をとっても、「条例」では非常に緩やかな要件で知事が無償貸付を行えることが可能なのであれば、佐賀県工業等振興5条と同じように「○業の用に供する施設にあつては○地の区域外の県有地」との括弧書きを追加さえすれば、どのような事業者でも、本来の条例の対象地とは何ら関係なく、条例制定後の知事が恣意的に県内の全ての公有地を営利企業に非常に低廉な価額で賃貸借契約を締結することが可能となってしまう、わざわざ最高裁が厳格な解釈を示した「議決」のルートを通る必要がなくなる。

したがって、原審の判断は最高裁平成17年11月17日第一小法廷判決の示した解釈を無に帰す判断であって、同最高裁判決と相反している。

第6 景観侵害をめぐる法令解釈上の誤り

原判決は、申立人らが「佐賀県が本件メガソーラー事業により吉野ヶ里遺跡群を取り巻く歴史的・文化的景観の価値を破壊・毀損し

たことは、景観法４条、佐賀県美しい景観づくり条例３条１項、吉野ヶ里歴史公園周辺景観条例ないしそれらの趣旨に違反している」などと主張したのに対し、申立人らの主張は「財務会計法規上の違法を主張するものではな」とした一審判決（２７頁）をそのまま引用している。

しかしながら、文化財保護法９４条及び９７条について述べたように、地方財政法８条は、「地方公共団体の財産は、常に良好の状態においてこれを管理し、その所有の目的において最も効率的に、これを運用しなければならない」と定めており、吉野ヶ里遺跡群の歴史的・文化的景観を構成する本件各土地の利活用にあたっては、その景観を含めて良好の状態において管理し、最も効率的に運用しなければならないはずである。

原判決は、このような地方財政法８条との関係を考慮することなく上記のように判示しており、このような原審の判断には重要な法令解釈上の誤りがある。

第 7 結語

以上に述べてきたように、原判決には、数々の最高裁判例と相反した判断や重要な法令解釈上の誤りが含まれているから、本申立てを受理されたうえで、正しく是正されるべきである。

以上