
種 別： 論説

タイトル： 環境劣化と文化財訴訟

著 者： 越智 敏裕

所 収： 『上智法学論集』第 65 卷 4 号（令和 4 年 3 月）203-231 頁

発行元： 上智大学法学会

本頁は書誌情報頁です。適宜論文本文の前に付してご利用下さい。



上智大学法学会

論 説

環境劣化と文化財訴訟

越智 敏裕

- 一、問題の所在
- 二、豊郷小学校事件
- 三、新渡戸記念館事件
- 四、舟つき松事件
- 五、名古屋城天守閣再建事件
- 六、若干の考察

一、問題の所在

1. 歴史的建造物の保存問題

わが国では近年、国力の衰微と人口の地域偏在に伴い、環境訴訟の傾向に変容が生じ、20世紀型の典型的な開発による〈環境破壊〉に代わり、施設等の老朽化や廃墟化、管理不足による〈環境劣化〉が法的紛争の根本原因となる訴訟が増加している。裁判には至らないまでも、環境劣化が引き起こす法的紛争は、すでに到来しつつある人口急減と財政逼迫により、今後さらなる激化が予想される⁽¹⁾。

将来世代に引き継ぐべき公共的価値には、環境法の保護対象に属する文化財があるが、その中でも歴史的建造物は、土地利用を必然的に伴うがゆえにまちづくりと不可分に関係し、加えて、その維持と保存に大きなコストを要

(1) 拙稿「文化財保護条例の課題—平成30年文化財保護法改正に寄せて」北村喜宣先生還暦記念論文集『自治立法権の再発見』（第一法規、2020）所収200頁では、人口減少国家における文化財保護行政の課題を地方レベルで論じた。

するがゆえに、しばしば法的紛争となり、司法審査が求められる⁽²⁾。

この点、歴史的建造物の保存問題を巡っては、当該建造物が公有か、民有かによって、法的状況が大きく異なる⁽³⁾。

2. 歴史的建造物の所有関係と保存問題

民有の歴史的建造物の場合、憲法が前提とする私有財産制と強固な所有権保護法制のもとで、その存廃の是非が民間所有権者の判断に大きく委ねられるため、そもそも文化財保護の観点からの法的介入が困難となる。重要文化財に指定すれば保存は可能だが、制度運用上は所有者の同意が必要であり、相対的に見て主要国でも最低水準の文化予算の中で⁽⁴⁾、実質的には買い取り(公有化)まで視野に入れた予算措置まで覚悟しなければならない。

加えて、文化財保護法制により指定も登録もされていない「未指定」の歴史的建造物については、これを保護するために、門前払いでない有効な司法救済を求めることは、特に民有の場合、わが国で不可能に近い。民事訴訟では、文化財享有権の裁判規範性が否定されており、少なくとも文化財保護を理由とする建物の解体の差止請求などが認められる余地はない。また、行政訴訟では、そもそも行政過程に抗告訴訟の対象としうる行政処分がなく、例えば重要文化財指定の非申請型義務付け訴訟のごとき処分を指定して訴えを提起しても、およそ原告適格が否定される。

民訴、行訴を問わず、以上はいずれも確立した裁判例の傾向であるといえ、今後も当面変更される見込みは乏しい⁽⁵⁾。わが国で民有の歴史的建造

(2) 動産も文化財の劣化問題を免れていない。例えば絵画は、保存体制が整っているはずの美術館においても常に劣化し続けており、欧米諸国に比べ圧倒的に貧弱なわが国の美術作品の修復体制が大きな課題となっている。文化庁主催シンポジウム「芸術資産をいかに未来に継承発展させるか—コレクター文化育成のための法律・制度設計の具体的提言—」(2019)文化庁HP、岩井希久子「モネ、ゴッホ、ピカソも治療した絵のお医者さん 修復家・岩井希久子の仕事」(美術出版社、2013)参照。

(3) この点については、拙稿「公物としての歴史的建造物の保存について」上智法学論集55巻2号1頁(2012)に詳述した。

(4) 一般社団法人芸術と創造「令和2年度『文化行政調査研究』諸外国における文化政策等の比較調査研究事業報告書」参照。

(5) 比較的最近の例として、銅御殿事件(東京高判平成25年10月23日判時2221号9頁)、

物の保存を巡る法的紛争が裁判にまで至るケースは稀だが、それは有効な司法審査が許容されていないことも、その大きな一因である。

これに対し、公有の歴史的建造物の場合、当該建造物は通常、公金で建築ないし取得されたはずであり、公有財産たる建造物の保存、維持または解体も無償ではなし得ず、行政主体が行政裁量の範囲内でその存廃の是非を判断するため、法的介入を正当化しやすい。

また、司法審査について、上記の民訴、行訴をいずれも提起しえない状況は変わらないものの、存廃いずれの場合にも公金が新たに投入されるために、自治体所有の歴史的建造物であれば、住民監査請求を経て住民訴訟のルートが開かれ、存廃にかかる行政判断が司法審査によりチェックされうる。

このように、民有歴史的建造物の保存は、文化財保護の実体法制と司法救済理論の両面において、絶望的とも言える厄介な法的課題をはらんでいるが、以下では、文化財保護につき理論的な問題が相対的に少ない公有歴史的建造物を念頭に検討する。

3. 公有歴史的建造物の保存問題において考慮すべき事項

自治体の長の事務として、住民福祉の増進を目的とし、その利用に供するための「公の施設」の設置・管理・廃止があるところ（自治法 149 条 7 号、244 条 1 項）、歴史的建造物が公の施設にあたるケースも多い。

公の施設の設置・管理は条例に基づき行われるが、自治法上その設置・廃止の実体的要件は定められておらず、特に重要な公の施設の廃止につき 3 分の 2 の議決要件が定められている（244 条の 2 第 2 項）ほか、特段の規制はない。

このような公の施設はもちろん、公の施設でない、あるいは公の施設としての効用が廃止された歴史的建造物であっても、自治体は個別法違反のほか、一般法として自治法 2 条 14 項、地方財政法 4 条・8 条により最少経費最大効果原則ないし効率性原則等の規律に服し、行政裁量の逸脱・濫用があ

大阪中郵事件（大阪地判東京地判平成 24 年 12 月 21 日判時 2192 号 21 頁）など。なお、東京中郵も建て替えられたが、小泉政権の郵政民営化がもたらした知られざる文化財損失である。

れば、その廃止は違法となりうる。

筆者はかつて、公有歴史的建造物の存廃の判断に際し考慮されるべき要素として、①行政目的、②保存価値、③保存コスト、④機能性(安全性)及び⑤合意形成の5つを挙げて検討したことがあるが⁽⁶⁾、本稿ではこれら5要素のうち、主として⑤の合意形成に着目する。

以下では、まず典型的なりーディング・ケースである豊郷小学校事件を確認したうえで、公有歴史的建造物を巡る近時の3つの事例を取り上げ、各案件の特徴を踏まえつつ具体的な分析を行い、歴史的建造物の保存問題においてあるべき合意形成を検討する。

二、豊郷小学校事件

1. 事案の概要

著名な先例である豊郷小学校事件決定(大津地決平成14年12月19日判タ1153号133頁)は、滋賀県豊郷町の住民が債権者となり、豊郷町長である債務者が、老朽化を理由とする豊郷小学校の新校舎建設のために、同小学校の本館校舎等の解体を決定したことにつき、校舎の解体が地方財政法等に違反すると主張して、平成14年改正前の自治法242条の2第1項1号の差止請求権を被保全権利として、校舎解体差止めの仮処分を申し立てた事案で、申立てを認容した。

本件校舎は、地元出身の富豪による多額の寄付を受け、1937年(昭和12年)、米国の著名な建築家ウィリアム・メレル・ヴォーリズの設計により建設された。文化財としての指定や登録こそされていなかったものの、「白亜の教育殿堂」あるいは「東洋一の小学校」と讃えられる文化財であり、歴史的建造物の存廃の是非が主たる争点となった⁽⁷⁾。

(6) 前掲注3の拙稿25頁。

(7) 本決定により解体を免れた後、豊郷小学校旧校舎群は、平成25年に国の登録有形文化財となり、現在は、町立図書館や子育て支援センターなど、町の複合施設として利用されている。また、株式会社京都アニメーションが制作したアニメ「けいおん」の舞台と

2. 裁判所の判断

本決定は「債務者は、本件校舎の文化的価値、保存改修の可否、保存改修する場合の必要経費、耐震性の程度等を十分に調査せず、真に実現可能な改修案があるか否かを十分な検討しないまま、豊郷小学校改築計画を決定し、本件校舎の解体工事を行おうとしている」と認定した。

その上で「債務者に広範な行政裁量が認められていることや本件講堂を保存する方向で豊郷小学校改築計画を一部変更したことを考慮しても、債務者が豊郷町長として負っている町の財産の管理方法や効率的な運用方法として、なお、適切さを欠く」とし、地財法8条違反を認め、仮処分⁽⁸⁾の申立てを認容した⁽⁸⁾。

より具体的には、次のように判示している。

「豊郷小学校改築計画の策定に際しては、検討委員会及び債務者において、
 (A) 上記の教育環境の整備の必要性和文化的価値のある建造物との保存の要請との調整を図るといふ観点から、その価値がどの程度のものなのか、
 (B) そのような文化的価値を有する建造物における学習が児童に与える情操面への教育的効果等を考慮しても、なお本件校舎を解体して改築する以外に採り得る方法がないのか、
 (C) 改修保存によることが可能であるとすれば、具体的にどのような改修方法があるのか等について、複数の専門家の意見を聴取するなどして、改築した場合と改修保存した場合とで(1)建物の耐用年数、(2)安全性、(3)必要経費、(4)教育環境に生じる利点、欠点にどのような差異があるのかを詳細に比較検討して、計画を策定すべきところ、債務者がそのような検討をしたことはうかがえ」ない(英数字、下線などは引用者)⁽⁹⁾。

もなり、映画ロケーションの場所としても頻繁に活用されている。

(8) 現在では自治法242条の2第10項により民事仮処分が禁じられているため、同様の司法救済を求めえないが、住民訴訟自体はむろん提起しうる。

(9) 上記の5要素に照らすなら、おおよそ(A)は②保存価値、(B)(4)は①行政目的、(C)(1)(3)は③保存コスト、(2)は④機能性(安全性)にあたり、下線部分が⑤合意形成の観点からする司法審査の対象事項であるといえようか。

3. 合意形成過程について

裁判所の認定によると、本件における歴史的建造物の存廃をめぐる具体的な合意形成過程は、次のとおりであった。

まず、平成12年10月11日、豊郷小同窓会会長から町議会議員に対して提出された「豊郷小学校の校舎の改築に関する請願書」が採択されると、これを受け、町議会議員、教育委員、豊郷小学校長、同校PTA、同校同窓会後援会等の40名を委員とする「豊郷小学校等改築検討委員会」が設置された。

①平成13年5月24日の第1回検討委員会(出席33名)では、築後64年を経過し耐震性に問題があるため、施設の一部を保存し改築すること等が決定され、②同年8月11日の第2回検討委員会(出席28名)で、図書館を改修して記念館、資料館として保存し、本件校舎及び講堂を改築すると決定した。そして、豊郷小学校等改築工事の設計コンペが行われ、③同年10月15日の第3回検討委員会(出席者31名)で設計事務所が選定された。

簡略化してはいるものの、本件では、おおよそ以上の単純かつ短期の経過を経て、法的紛争となり、住民訴訟が提起された⁽¹⁰⁾。

審議検討の期間が長く、会合の回数が多ければよいとの単純化はできないが、少なくとも本件のように、法的保護を受けていなかったとはいえ、文化財として一定の社会的、専門的評価がある歴史的建造物の存廃につき、解体する建造物の文化的価値も、解体以外の代替案も検討されないまま、検討委員会の第1回で改築の方向性が決定し、5ヶ月後の3回目の会合で改築のための設計事務所が選定されるという合意形成過程は、拙速の謗りを免れず、2の判示の通り、判断の前提となる調査検討が甚だ不十分であったといえる。

本決定は、所有者たる行政主体による歴史的建造物の存廃の判断にあた

(10) 訴訟係属中も行政過程は進行し、仮処分決定の翌日には、町長の指示で校舎解体のための窓ガラス等の損壊がされた。この行為は、教育委員会の用途廃止前にされた違法な財務会計行為であるとして、町長に対し損害賠償請求を求める住民らの請求が認容されている。大阪高判平成17年12月21日判自280号67頁。

り、本来あるべき合意形成手続として、文化的価値の検証はもちろん、複数の専門家からの意見聴取、及び代替案の詳細な検討を要請しているといえよう。

三、新渡戸記念館事件

1. 事案の概要

本件は、十和田市が公の施設として新渡戸記念館を設け、十和田市立新渡戸記念館条例において、その設置及び管理に関する事項を定めていたところ、後に同条例を廃止する条例を制定した行為につき、その取消しが求められた事案である。

本件では、条例制定行為の処分性にかかるやや特殊な法的争点があり、第一審判決（青森地判平成29年1月27日判時2343号53頁）が処分性を否定したものの、控訴審判決（仙台高判平成29年6月23日LEX/DB25546477）が処分性を認めて差戻しがされた。この点については別に触れたことがあるが⁽¹¹⁾、以下では、本件記念館の存廃について実質的な審理がされた差戻し後の一審と二審の判断を見る⁽¹²⁾。差戻第一審判決（青森地判平成30年11月2日判時2401号9頁）は、原告らの請求を棄却し、差戻控訴審判決（仙台高判令和元年7月10日LEX/DB25563900）は、原審の判断をほぼそのまま維持した。

2. 裁判所の判断

(1) 公の施設の廃止にかかる行政裁量

(11) 拙稿「市立記念館を廃止する条例制定行為の処分性が肯定された事例」民事判例15（日本評論社）2017年前期号118頁。

(12) 差戻前控訴審判決は、「財政基盤等の諸事情に照らし、本件記念館の維持ないし建替え等の被控訴人の負担による本件資料の保存管理を継続することが相当であるのかどうか等、本件資料の公共性との比較衡量を経ることが相当である」と説示して、地裁へ差し戻していた。

本判決はまず「本件廃止条例制定行為の違法性」を判断する前提として、次のように判示した。

本件記念館は公の施設であり、「条例に基づき、地方公共団体である被告が設置するものであるところ、地方自治法上、公の施設の設置や廃止については実体的要件が定められておらず（同条）、手続面についても、条例によるべきこと（同法 244 条の 2 第 1 項）及び特に重要なものとして定める公の施設の廃止について議決要件が定められていること（同条 2 項）のほか特段の*規制はないから、公の施設の廃止*については、地方公共団体の裁量的判断に委ねられていると解される。ただし、かかる裁量的判断も無制限なものではなく、裁量権の行使に逸脱ないし濫用がある場合には違法となる」（*は引用者）。

この点、控訴審は上記のうち*～*部分につき、「規制はなく、また、同法以外の法令において、本件記念館のような文化財の展示施設の廃止についての法的規制があるとも認められないから、文化財の展示施設の廃止」と特に改めている。

(2) 耐震性能に関する判断の合理性

本判決は、原告側の主張に対し丁寧に応答したうえで、「本件建物は、昭和 40 年 3 月に建築され、その耐用年数は 50 年とされるところ、本件廃止条例制定行為がされた平成 27 年 6 月当時、既に建築から 50 年を経過していたことに加え、本件建物については、耐震性能が著しく低く、本件建物を耐震補強した場合でも、コンクリートの状態からその効果には疑問があるというのであるから、本件建物を耐震補強するという選択をする余地はなく、被告において、本件建物を維持することができず、取り壊すほかないと判断したことが不合理であるということとはできない」とした。

(3) 本件記念館廃止に関する判断の合理性

また、原告側は「本件建物を取り壊すことに不合理がないとしても、これに代わる新たな建物を建築して本件記念館を存続させるとの選択肢も可能性として考え得るから、かかる選択をせず、本件記念館を廃止する」条例制定

には、裁量権の逸脱濫用があると主張していた。

この点につき本判決は、本件記念館廃止の必要性について検討し、「被告は、現在から将来にわたり厳しい財政状況等が予想され、かかる財政状況に応じた公共施設の在り方について、将来的にその維持・更新等が大きな負担となる公共施設の統廃合を検討していた……ところ、公共施設について長期的な視点をもって更新・統廃合・長寿命化などを計画的に行うことが必要である旨の国からの通知等があることも踏まえ、本件記念館については、耐震性能が認められなかったことから、本件記念館を廃止し、他方、本件資料の文化財としての価値を認めた上で、将来的には施設整備を行うことを検討していたのであり……、被告のかかる政策目的及び財政状況との関係や、本件建物を仮に更新・改修するとすれば、その経費は2億3660万円と試算されていたこと……を踏まえると、本件建物の建替えにより本件記念館を維持するとの選択をしなかった判断が不合理であるということとはできない」等と判示して、原告側の主張を退けた⁽¹³⁾。

3. 検討

(1) 本件の特徴と行政裁量

まず、本件記念館で保管されていた動産（本件資料）は市の指定文化財であり、その保存の是非は争点となっておらず⁽¹⁴⁾、また、公の施設たる建造物それ自体の文化財としての価値毀損の問題は、少なくとも前面に出されていない⁽¹⁵⁾。

その意味で本件は、文化財としての歴史的建造物の保護というよりも、文

(13) なお、本判決では本件記念館を廃止した場合において、館長の地位にあった原告に生ずる不利益の内容・程度についても検討がされている。

(14) 本件記念館の開設に先立ち、市は遺族との間で「覚書」を取り交わし、市において遺品、蔵書その他ゆかりのある品々が永久に市の文化財として遺るよう、その管理保全に充分な努力をする旨の約束をし、後に市文化財として指定していた。記念館廃止後は、別途の施設整備を検討するとしている。

(15) 原告側は、生田勉東京大学名誉教授による意匠設計と日本建築学会元会長の佐藤武夫早稲田大学教授の構造設計による日本に現存する唯一のコラボレーションであり、記念館史料同様に価値があると指摘しているが（新渡戸記念館 HP「館長ごあいさつ」参照）、判決文では触れられていない。

化施設の存廃を巡る訴訟であるが、衰退する地方の財政逼迫下の文化行政の下では、今後類発が予想される紛争類型と言える。公の施設の廃止にかかる行政裁量についての2(1)の判示はオーソドックスであり、格別の異論はなかろう。

(2) 存廃をめぐる検討の経緯

裁判所の認定に基づき、本件記念館の廃止に至る具体的な合意形成過程を略記すると、次のとおりであった。

平成26年3月、市は厳しい財政状況等の下、公共施設の大規模改修・修繕の必要時期の到来を踏まえ、中長期的な視点に立ち、市の公共施設の情報を集約・整理し、本件記念館を「耐震診断が未実施で、耐震補強の要否が不明の施設」であると位置づけ、更新・改修する場合の経費を2億3660万円と試算した⁽¹⁶⁾。

同年6月、市は法定耐用年数50年の本件建物が建築から49年を経過していたことも考慮して耐震診断を行った上で整備方針を決定することとし、10月、設計事務所に対し、本件耐震診断を発注した。

翌27年3月、財団法人日本建築防災協会の耐震基準⁽¹⁷⁾に基づいた報告書が提出され、本件建物の最終的な耐震診断として、①地震時に倒壊する危険性が高く、②耐震補強をした場合でもコンクリートの状態などからその効果に疑問があるとされた。

同報告を受けて、市は本件記念館を廃止する方針を決め、本件資料については将来的にはその寄贈を受けた上で施設整備を行うこととした。そのうえで、本件記念館の指定管理者である太素顕彰会や原告ら関係者に説明し、太素顕彰会から了承を得たが、原告らの理解は得られなかった。

(16) 総務省は「公共施設等の総合的かつ計画的な管理の推進について」(総務第74号平成26年4月22日)により、知事等に対し、財政状況や将来の人口減少等による公共施設等の利用需要の変化を踏まえ、長期的な視点で更新・統廃合・長寿命化などを計画的に行うべく、各自治体において、速やかに公共施設等の総合的かつ計画的な管理を推進するための計画策定に取り組むよう依頼し、策定指針を通知している。

(17) 同協会「2001改訂版 既存鉄筋コンクリート造建築物の耐震診断基準・改修設計指針同解説」(平成14年1月)。現在、同協会は一般財団法人となっている。

なお、条例による施設廃止後であるが、一般社団法人青森県建築士事務所協会青森県建築物耐震診断改修判定委員会（工業大学建築学科教授など、建築関係の専門家5名から構成された）は、本件基準等に従って判断すれば、上記の耐震診断が適切に行われたと評価している。

（3）合意形成過程の検討

＜公共施設等総合管理計画＞策定の大きな流れの中で、以上の経緯には一定の合理性が認められようが、本件の主たる争点は2（2）の本件記念館の耐震強度であった。歴史的建造物の保存問題は、耐震性ないし安全性の確保を理由に浮上する 경우가ほとんどであり、典型的な法的論点といえる。

本稿で耐震性評価の技術論争には立ち入れないが、機能性（安全性）は本件記念館廃止の最大の根拠であり、一定の客観的基準に基づき判断しうる重要な根拠資料である以上、専門家による耐震性評価の実施は当然として、それを無批判に前提とするのではなく、行政過程の中でその合理性をチェックする手続が必要であろう。

本件では耐震診断について、上記の判定委員会による検証が行われており、その点は手続的側面から評価しうるが、合意形成過程で事後的な「追認」として位置づけられた点に課題がある。

歴史的建造物は種の保存にも似て、ひとたび取り壊されれば、不可逆かつ重大な価値の喪失を伴うから、予防原則の観点から、安全側に立って慎重な検討が求められる⁽¹⁸⁾。本件記念館自体の文化的価値は正面から主張されてはいないものの、少なくとも一定規模の公の施設を廃止するなら、上記判定委員会による検証結果をも踏まえた上で検討し、保存しないとの結論を得たうえで、条例制定を含む廃止手続に入ることが望ましかったのではないかと（なお、本件建物は、本稿執筆時点でも取り壊されていない）。

事実関係は詳らかでないが、判定委員会による検証手続がもともとは予定されておらず、仮に反対運動が起こったために後付けの理由として追加された手続であったとすれば、すでに行われた行政判断を是認する方向で「結論

(18) 前掲注3の15頁。

ありき」の検証がされる恐れもあり、合意形成のあり方として適切でない。

耐震診断は、合意形成における重要かつ不可欠の前提である。公金で屋上屋を重ねる懸念も否定できないが、予防原則に照らしても、豊郷小決定が複数の専門家による検証を求めたように、存廃をめぐる合意形成過程においては、行政が最終判断をする前に、原則として、耐震診断につき、自治体内部での検討に加え、さらに外部専門家による検証ないしセカンドオピニオンを取得する手続を踏むべきではないか。

(4) 文化施設廃止の判断

2(3)の判示部分は、控訴審判決があえて付加したように、「文化財の展示施設の廃止についての法的規制」がない以上、国民による良好な文化的環境の享受は、広い行政裁量のもとで、著名な伊場遺跡判決(最三判平成元年6月20日判時1334号201頁)が、文化財の保存・活用から国民が受ける利益は、本来法がその目的としている公益の中に吸収解消させ、その保護は、もっぱら右公益の実現を通じて図ることとしていると判示したように、畢竟、一般的抽象的な恩恵にすぎず、法的利益として観念できないとの従来の法的前提の延長線上にあるといえようか。

客観的な耐震診断を踏まえた文化施設の廃止について、本件では関係者に説明したのみであり、文化財やまちづくりの観点からの専門家や市民の参画がされなかったが、少なくとも市長の諮問機関等での審議を前置してもよかったのではないか。

本件では、裁判所が行政判断を検証するフォーラムとして機能したことは評価しうるものの、常に司法によるチェックが有効に働くわけではない。本件廃止条例に処分性が認められたのは、やや特殊な個別事情に依存しており、文化施設廃止の条例制定行為そのものの取消訴訟は、訴訟理論的に見て通常はむしろ困難であるとも考えられる。有効に住民訴訟を提起し得たとしても、訴訟係属中に既成事実が形成され、訴えが却下される懸念も十分にある⁽¹⁹⁾。

(19) 東京地判平成16年3月25日判時1881号52頁は、都営住宅として使用されていた旧

文化施設の廃止は、歴史的建造物の保存問題としばしば重なりつつも、いちは別の問題といえようが、もともと目に見える形で採算の取りにくい文化施設の存廃問題は今後、全国各地で急速に顕在化しよう。文化行政にとどまらない、まちづくり、地域振興の具体的案件として、いかなる合意形成手続を設定するかは、重要な課題といえる⁽²⁰⁾。

四、舟つき松事件

1. 事案の概要

本件は、松江市の所有する建築物の解体工事に関し、住民ら 52 名が、文化財保護法違反等を主張して、同市の執行機関である市長に対し、公金支出等の差止めを求めた住民訴訟の事案である。第一審判決（松江地方判平成 31 年 3 月 27 日判自 467 号 25 頁）は、原告らの請求を棄却し、控訴審判決（広島高松江支判令和元年 10 月 28 日判自 467 号 21 頁）も、原審の判断をほぼそのまま維持した。

存廃が問題となった本件建物の周辺には、樹齢 300 年ともされる「舟つきの松」と称される老松があった。歴代松江藩主が舟で遊行の際、この松を目印に舟をつけるようになった故事に名の由来がある。舟つきの松は、家老の柳多家の中屋敷に所在し、容姿、大きさ、由緒等比べるものがないとされ、昭和 39 年に市指定文化財に指定されていた⁽²¹⁾。

松江市は平成 8 年、舟つきの松を中心とする公園を作るために、当時本件建物の所有者であった A らとの間で覚書を交わし、周辺土地と A 名義の本件建物とを市に寄付ないし等価交換により譲渡すること、A の存命中は現状

同潤会大塚女子アパートの解体撤去の差止めを求めた住民訴訟で、弁論終結時に解体撤去が既に完了していたため、差止めの対象を欠き不適法とした。

- (20) なお十和田市は、同市現代美術館を拠点としたアートによるまちづくりプロジェクト〈Arts Towada〉を推進するなど、必ずしも文化的意識の低い自治体ではない。
- (21) 舟つきの松とその周辺は、鳥根県『第 6 回しまね景観賞』（平成 11 年 2 月）において、まち・みどり部門の特別賞を受賞しており、同文献によると、高さ 6.7m、幹周り 3.6m、枝の広がりは計り方にもよるが、約 307㎡という巨大な松であった。

のまま使用を認めること等が合意されていた。

本件建物自体は文化財保護法上の指定や登録を受けておらず、松江市文化財保護条例上の指定も受けていない普通財産であった。

2. 裁判所の判断

(1) 第一審の判示

本判決は、本件建物の取壊決定に至る経緯を認定した上で、「本件建物が保存されるべき文化財」であるか否かを検討し、「文化財保護法等は、同法2条1項各号所定の文化財であれば必ず全て保存しなければならないという義務付けはしておらず」、指定や登録のされていない「その余の文化財については、あくまで公共のため、大切に保存することを努力義務として定めるに止めている(同法4条2項)。したがって、同法等による指定や登録を受けていない本件建物について松江市が文化財保護法等に基づき負担している義務は、上記の努力義務に止まる」と判示した。

もっとも、「仮に、文部科学大臣や松江市教育委員会における裁量の逸脱濫用があったなどという特段の事情の存在により、明らかに文化財保護法等に基づく指定や登録がされて保護されるべき文化財が保護されていないというのであれば……別異に解する余地がないとはいえない」としたうえで、この点につき否定した。

結局、本判決は、本件建物は市の普通財産であり、市にはその処分を含む効率的な運用を行うための裁量があるから(地財法8条、自治法238条の2第1項参照)、「本件建物の管理処分について市がした判断が違法になるのは、その判断が重要な事実の基礎を欠き、又はその内容が社会通念に照らし著しく妥当を欠くなど、裁量権の逸脱又は濫用が認められる場合に限られる」とした。

そして本件においては、「本件建物を解体するという判断に先立ち、その文化財的価値について確認と検討をした上、その価値に一定の配慮をする内容の計画を立てていて、その判断に沿う地元住民や市議会の判断もあったこと」から、裁量権の逸脱濫用はないと判断した。

(2) 控訴審の判示

控訴審は原審の判断を維持した上で、「地方自治体の所有する建物の解体工事ないしこれに関する公金の支出が直ちに文化財保護法その他の文化財保護関係法令の禁止するところではなく、執行機関の裁量に委ねられているとしても、それが裁量権の逸脱濫用に及ぶ場合には、やはり違法な公金の支出として、地方自治法 242 条の 2 第 1 項 1 号の差止めの対象となるのであり、その逸脱濫用の有無を判断する際には、上記のような文化財保護関係法令の努力義務規定等の趣旨も十分に考慮する必要がある」との一般論を付言している。

3. 検討

(1) 存廃をめぐる検討の経緯

本件では、歴史的建造物の文化財としての要保護性が正面から問題となり、審理されたが、裁判所の認定に基づき、本件における具体的な合意形成過程を略記すると、次のとおりであった。

平成 14 年 7 月、A の死亡を契機に、市は①同年から翌 15 年にかけて、舟つきの松所在地一帯の整備等につき〈舟つきの松周辺整備庁内検討委員会〉(庁内委員会)を設け、検討を開始した。

市は、②市の文化財保護審議会委員 B に本件建物の調査検討を依頼した。B は同年 11 月までに、主屋の建築年代は明治初期だが、部分的に藩政時代の武家屋敷の面影を伝える建築遺構であると言え、「船つきの松、船着き場、本件建物等が一体として城下町松江の面影を伝える歴史的景観」であり、一体的整備の上保存活用が望ましいとの意見を提出した。同意見を踏まえ、庁内委員会で意見交換がされたものの、平成 16 年以降は委員会が開催されず、検討は行われなかった。

平成 19 年頃から、舟つきの松は樹勢が衰え始め⁽²²⁾、翌 20 年 9 月枯死したため、同年 12 月、市文化財指定が解除された。

市は③舟つきの松跡地整備の在り方につき、地元住民らの意見を聞くために、委員の人選を地元町内会連合会の会長に一任して、〈舟つきの松跡地整

(22) 市は同年 11 月に本件建物の所有権移転登記をした。

備を考える会>(考える会)を設置した。考える会は、平成21年12月から翌22年8月にかけて8回にわたり開催され、意見交換の結果、本件建物の解体撤去を前提とする公園整備の意見が取りまとめられた。

市は本件建物の解体の是非を判断するため、平成26年、④島根県建築士会(建築士会)に対し、本件建物の調査業務を委託するとともに、⑤上記Bほか1名に対し、「文化財的な視点」から上記②の再調査とともに④への助言をするよう、それぞれ依頼した。

建築士会は同年9月に報告書を提出し、「間取りの特徴と部材の状況からすれば、主屋中央部分は明治時代に建てられた可能性が高く、玄関土間、台所部分はさらに古い建物である可能性があるが、その余の部分……は、造作や柱が新しい」と認定したうえで、本件建物の3つの改修案と費用概算を報告した(上記⑤の結果及び市における取り扱いは、判決文では明確に認定されていない)。

これを受け、⑥市は平成27年1月までに⁽²³⁾、本件建物の保存を前提にその修復をし、維持管理をするには多額の公費が必要になり、本件建物が家老屋敷といえる証拠が確認できない以上、本件建物を解体し、その材料を後に整備する東屋に利用するとの方針を決め、同年2月頃、解体を前提とする舟つきの松公園整備基本計画を策定し、公園整備事業を開始した。

これに対し、⑦本件建物の保存を求める住民らは、松江市議会に、本件建物の保存と活用を求める旨の陳情をしたが、平成28年3月、同市議会の建設環境委員会は審議の上、同陳情を不採択とし、⑧同市議会は、本件建物の解体工事費用を含む同年度予算を承認した。

(2) 合意形成過程について

本件では、平成14年に上記①の庁内委員会が立ち上げられ、同年11月には本件建物の保存を前提にした公園整備の意見が専門家Bから提出された

(23) 市は平成25年3月、国に対し「舟つきの松公園整備計画」を盛り込んだ「大手前通り周辺地区(第二期)都市再生整備計画」を提出した上、翌26年10月、本件建物の解体を前提とする事業方針を明らかにしたとも認定されており、早ければ、平成25年3月時点で本件建物の解体を前提としていたと考えられるが、判決文からは必ずしも明らかでない。

ものの②、結論が出されないまま、平成20年に舟つきの松が枯死したために検討の前提が崩れたという事情がある。

仮に枯死する前に、本件建物を含む周辺地域の整備について十分な検討がされていれば、本件建物の保存を前提に公園が整備された後で松が枯死した可能性もあったはずである。この場合、建物の解体は問題とならなかったのではないか。

多岐にわたる自治体事務の中で、個別案件が往々にして棚晒しのまま推移することは、良くも悪くも珍しくないが、本件建物の保存問題が実質的に顕在化したのは、船つきの松が枯死し、文化財指定が解除された平成20年以降であり、合意形成過程もこれを起点として見るべきであろう。

本件で③考える会は、まちづくりの観点から地元住民らの意見集約を図る趣旨であろうが、その協議内容に争いもあり、判決文からは定かでないものの、約8ヶ月で8回の会合で出された「解体」という結論は、たとえば豊郷小事件の経過に比べても、形式的に見る限り、合意形成手続の外見としては、一応適切と言えるかも知れない。

さらに市が、④建築士会に対し専門的意見を求め、⑤Bらに再調査と④への助言を依頼した手続は、本件建物の文化的価値にかかる専門的知見を獲得する手続として適切であったと一応評価しうる（もっとも本件では、③の協議と④の調査義務の内容、結果、評価等について争いがあり、⑤B及び④の報告書作成に関わった一級建築士Cが人証として採用されたうえ、証拠調べの結果を含めて文化財性が判断されているため、行政判断の時点で、Bの再調査の結果が市においてどのように取り扱われたかが、判決文からは判然としない）。

本件で市は、③④の結果を受けて解体の方針を決定し⑥、市議会も解体を是認した⑦⑧。これらの合意形成過程は丁寧にも見えるが、専門的意見を行政過程に注入する時期に疑問がある。

そもそも歴史的建造物の存廃にかかる行政判断には、当然の前提として、耐震診断の結果に加え、少なくとも専門家による文化的価値についての調査が不可欠である。

また、まちづくりにおける住民参加を市議会の議論で代替できるとの擬制は、豊郷小事件を引くまでもなく地方自治に対する過度の信頼であって適切

でないから、本件で地元の当事者からなる〈考える会〉の設置したこと自体は必須であり、合意形成過程として、適切であったと考えられる。

しかし本件では、④(ないし⑤)の専門的知見が、その4年前に結論を出した③考える会における協議で、当然ながら活かされていない。考える会は専門家を欠く合議体であるところ、文化財性や改修案と費用概算にかかる専門的知見もないままに「解体」という結論を出したはずである。専門的知見が十分に形成されていない平成21年の時点で見れば、考える会は問題につき適切な討議をする前提をそもそも欠いていたのではないか。

本件では、③④と⑥解体決定の間に、専門的知見を議論の前提とした住民参画の機会を設定すべきだったと思われる。それは、市長の諮問機関における議論でもよいし、あるいは、考える会を並行して走らせるか、再審議を求めてもよかつたろう。

要するに、歴史的建造物の存廃を判断するために必要な専門的知見を形成し、提供した上で、まちづくりの観点も踏まえ、住民を主たる構成員とする合議体で討議がされることが、行政が最終決定をする前に、必ず必要である。そこでは、文化財としてのみならず、歴史的景観としての要保護性も考慮されるべきであろう。さらに言えば、文化財は将来世代を含めた国民共有の財産であるから、専門的知見が形成された後、地元住民のみならず、より広く市や県レベルで、さらには有識者も交えた検討が行われることが望ましい。

なお、本件において専門家証人3名は、「本件建物が藩政時代から明治時代にかけての建築遺構であり、現存している武家住宅が少ないという事情もあるので、文化的価値があり、また、さらに調査を尽くせばその価値が判明する可能性がある」と指摘している。たとえ本件建物が明治期以降、様々に増改築されているとしても、令和の時代にあつて、150年前の過去となった「明治建築物」とその歴史的変遷についての価値が、本件の行政過程では十分に検討されていない。予防原則に立つならば、少なくとも司法過程において事後的にせよ、文化財性につきさらに十分な調査を行政側に行わせ、慎重な審理をすべきだったのではないか。

五、名古屋城天守閣再建事件

1. 事案の概要⁽²⁴⁾

名古屋地判令和2年11月5日LEX/DB25568018は、大部分を市が所有・管理する、特別史跡〈名古屋城跡〉内の天守閣の解体を前提とする「木造復元工事」に係る基本設計等の業務委託に関し、住民ら15名が、市の執行機関である市長を被告として、本件天守閣整備事業に関する一切の財務会計上の行為の差止め等を求めた住民訴訟の事案で、原告側の請求を棄却した。

かつて名古屋城跡の本丸には、江戸期からの天守閣が存在し、昭和5年に国宝に指定されたが、同20年、空襲により焼失し、国宝指定も解除された。しかし終戦後、住宅不足など生活上の重要課題が山積するなか、再建に向けた市民の機運が高まり、同34年、多額の寄付により「市制70周年記念事業」として、現天守閣が再建された。

もともと、現天守閣は鉄骨鉄筋コンクリート造りで、外観は史資料等に基づいた真実性の高い復元がされたものの、内部は焼失を免れた重要文化財の収蔵展示等のために近代的な様式で整備された。

昭和27年に特別史跡に指定された名古屋城跡は現在、本丸と周囲の堀等で構成され、範囲は約39万平方メートルに及び、市、国（文部科学省）等によって所有されているが、大部分は市により管理されている⁽²⁵⁾。

(24) 本件については名古屋市HP (<https://www.nagoyajo.city.nagoya.jp/guide/tenshu/>)、「名古屋城天守の有形文化財登録を求める会」のHP (https://peraichi.com/landing_pages/view/protect-nagoya-castle)及び名古屋市民オンブズマンのHP (<http://www.omnagoya.gr.jp/tokusyuu/goten/index.htm>)に膨大な情報が掲載されている。

(25) 城跡にある天守閣は、史資料等の収蔵展示施設として利用される見所の1つで、その規模の大きさと特徴的な外観から市のランドマークとなっており、夜はライトアップされている。城跡は有数の観光地であり、天守閣を含む有料部分の入場者数は平成28年度で約192万人に上り、全国の中では大阪城、姫路城に次ぐ。

2. 裁判所の判断

本件の争点は、①本件基本設計契約上の義務履行の有無、②本件検査の違法、③市長の本件支出命令に係る指揮監督上の義務違反の有無、④本件事業の違法の4点であり、多岐にわたるが、本稿では、文化財保護の観点から最も重要で、実質的な争点ともいえる④について見る。

(1) 文化財行政における自治体の行政裁量

本判決はまず、「現天守閣は、特別史跡である城跡の中にあり、戦後の市民の再建に向けた機運の高まりを受けて再建されたものであるなど市民にとって様々な意義を有するものである上、名古屋市の主要な観光名所となっている。そうすると、本件事業は、現天守閣を解体して戦災により焼失した天守閣を木造で復元することを内容とするものであるから、本件事業を行うに当たっては、①現天守閣の整備を行う必要性、②当該整備の内容及び方法、③当該整備の市民生活に対する影響、④特別史跡の保存及び文化的活用への影響等の諸般の事情を考慮した上で、政策的かつ技術的な見地からの判断が不可欠である」とした(丸数字は筆者)。

さらに、「これらの諸点に照らすと、本件事業を行うか否かについては、前記のような責務を負い、地域社会の多種多様な利害得失等について総合的な調整を行う権能を有する市に広範な裁量を与えられているというべきである」として広い政策的・技術的裁量を認めた。

その上で、「本件事業に関する名古屋市の判断については、重要な事実の基礎を欠くものであるか、又は、その内容が社会通念に照らして著しく妥当性を欠くものであって、裁量権の範囲を逸脱し又はこれを濫用したと認められる場合に限り、違法となる」とした。

(2) 本件における裁量審査

本判決は、市は全体整備検討会議での検討結果に基づいて、本件事業の実施を決定しているところ、その検討結果は「学識経験者等により行われたものである上、その内容をみても、現天守閣の整備方法として木造復元工事と

耐震補修工事の利点及び課題とこれに対する対策を詳細に比較検討し、〔1〕現天守閣の内部空間は史実に基づく再現性が高くなく、歴史的空間を体感することは困難であるから、木造復元工事は、耐震改修工事と比較して、名古屋城跡の本質的価値の理解を促進するという点で優位性がある上、文化的観光面における魅力の向上があり、現天守閣が解体されることによる課題についても対応可能であること、〔2〕施工方法に関しても、木造復元工事には一定の課題があるもののいずれも対応可能であることなどを考慮し、現天守閣の整備方針としては木造復元工事とすることとしたものであって、その検討過程に不合理な点は見当たらない」と述べて、裁量権の逸脱濫用を否定した。

3. 検討

(1) 本件の特徴と復元性

本件は、歴史的建造物を単に解体して建て替えるのではなく、より本来の姿に近い木造復元⁽²⁶⁾を行う点、特別史跡内にあるために市の判断のみでは事業が実施できず、国レベルの現状変更許可を要する点に特徴がある。

木造復元について、文化庁は再現された歴史的建造物は「文化財保護法上直ちに文化財として扱われるわけではなく、史跡等の文化財に準じた、価値を伝えるための手段（プレゼンテーション）としての複製品（レプリカ）と捉えられる」としながら、「他方で、様々な再現が行われている中で、忠実性を追求し、再現される歴史的建造物の質が確保されるよう、適切に再現された歴史的建造物については、適切な評価を与えることが適当である」としている⁽²⁷⁾。

(26) 「復元」とは、文化審議会文化財分科会決定「史跡等における歴史的建造物の復元に関する基準」（令和2年4月17日）に基づき、往時の規模・構造・形式等を忠実に再現する行為であるのに対し、「復元の整備」は利活用の観点から、外観を忠実に再現しつつ、内部の意匠・構造を一部変更して再現する行為であり、「再現」は、これらを含むその他の再現の総称とされる。文化庁・史跡等における歴史的建造物の復元の在り方に関するワーキンググループ「天守等の復元の在り方について（取りまとめ）」（令和元年8月）。

(27) 同上。なお、民間所有の文化財の案件ではあるが、東京駅の復元を巡っても、負の遺産である戦後の東京駅を保全すべきとの意見もあった。オーセンティシティの深遠な問

江戸期の建造物としてのオーセンティシティ(真実性)は得られないとしても、より長期的視野に立てば、五十年後、百年後に令和の木造復元の試みとして、相応の文化的価値を持つ可能性はあろうが、同様のことは現天守閣にも当てはまる。

本件紛争の主たる争点は、大阪城のごとく登録有形文化財としての価値を持ちうる現天守閣の解体の是非と、木造復元工事による、文化的価値に争いのない江戸期の天守台石垣への悪影響の懸念であった。

(2) 存廃をめぐる検討の経緯

本判決によると、市は平成18年度から〈特別史跡名古屋城跡全体整備検討会議〉を開催し、学識経験者らの専門的見地からの意見等を聴取しながら、城跡全体の整備検討を行ってきた。再建から半世紀以上が経過して、天守閣の躯体を成すコンクリートの一部の劣化、エレベーター等の各種設備の老朽化、耐震性の確保などの課題が生じていたため、市は天守閣の整備につき、耐震改修・木造復元のいずれにより行うかを、検討会議による検討を踏まえて決定することとした。

検討会議では、豊富に残されている史資料に基づき、外観のみならず内部空間も含めて、より真実性の高い木造復元ができるため、耐震改修と比較して、木造復元は城跡の本質的価値の理解の更なる促進という点で優位性が高く、現天守閣の有する価値の保存・承継等の課題も解消可能であるとして、木造復元を相当とした。

市はこれを踏まえ、天守閣の整備を木造復元工事によることとし、その設計業務、関係法令等に基づく行政手続に必要な調査及び実験等の業務、工事施工業務を行う事業(本件事業)を実施することとした。

以上が判決文による認定であるが、後に触れるように、現実には訴訟係属中も、検討会議を中心として、本件事業に係る行政過程は平行して進行していた。

題をはらむが、重要なのは結論よりもむしろ、結論へ至るフォーラムと手続であろう。

(3) 存廃にかかる考慮要素

本判決は、文化行政における自治体の責務を一般的に述べた上で、本件に関しては、①現天守閣整備の必要性、②整備の内容・方法、③市民生活への影響、④特別史跡の保存・文化的活用への影響等の諸般の事情を考慮した上で、政策的かつ技術的な見地からの判断が不可欠であるとして、広範な行政裁量を認めた。

本判決は、検討会議での検討結果につき不合理な点はないとして解体と木造復元という行政判断を追認したが、次に(4)で述べる問題のほか、戦後復興のシンボルたる現天守閣の(登録)文化財としての価値⁽²⁸⁾、最大505億円(令和元年度までに70億円を支出)とされる公金支出の費用対効果などが十分に検討されていない、との批判もある。

なお、本件の木造復元についてはもう一つ、重要と思われる政策目的として、伝統技術の継承を指摘しておきたい⁽²⁹⁾。

単なる現状保存を超えた復元工事をあえて行うことで、文化財保護にかかる伝統技術の保存と継承を図ることは、一自治体を超えて、本来国レベルで担うべき重要な文化施策であるが、当該歴史的建造物のみに着目した場合には見落としがちな文化行政の重要な役割のひとつといえる。ハードでなくソフトに着目した伝統技術の継承という行政目的は、名古屋市のような大自治体がよく果たしうる役割かも知れない。本件訴訟では明確に主張されなかったようであり、本判決が示す上記4要素からも漏れるが、この点は、裁量審査にあたって、行政判断を支持する考慮要素として検討されてよい事項と言えようか。

(4) 合意形成過程と司法審査

(28) 耐震改修を支持する立場は、現天守閣を登録文化財として保存すべきと主張し、木造復元の場合のバリアフリー化の問題なども指摘している。

(29) 名古屋市のHPは「この大天守を往時のままに復元するには、図面などの詳細な史料のほか、木造建築の伝統技術が欠かせません。大規模な木造建築物の築造が減少し、職人技の消滅が危ぶまれる中、天守閣の木造復元は伝統技術を次代へ継承する機会にもなっています。」とする。天守閣に先行し、10年をかけて2018年に完成したく本丸御殿も、「職人の手仕事を未来へ継承」することをテーマの一つとしていた。

本件の特徴は、前述のとおり、公金支出の差止対象となる本件事業の行政過程が、事業自体の修正を迫られつつ、訴訟係属中も進行していた点にある⁽³⁰⁾。すなわち、本件事業は500億円を超える大規模公共事業であり、特別史跡ゆえに文化庁の現状変更許可を複数予定している事情から⁽³¹⁾、有識者により構成される検討会議において、司法過程と並行し、多数回の討議が積み重ねられてきた⁽³²⁾。

検討会議では、当初計画で十分に問題視されていなかった、築城当時から残る天守台石垣・埋蔵物等への影響とその保存方法が大きな課題として取り上げられた。木造復元とはいえレプリカに過ぎない天守閣のために、文化的価値の高い石垣を一部にせよ毀損することは本末転倒であるとの批判が、専門家により強く主張されたのである⁽³³⁾。同時並行ゆえ時期的にやむを得ない面もあるが、原審の審理には、訴訟係属中の検討会議における議論が反映されていない。逆に言えば、本件事業については十分な専門的知見が形成される前に、見切り発車で事業化が行われた可能性を拭い難い⁽³⁴⁾。

(30) なお、市は当初、現天守閣を先行して取り壊す計画を立てていたが、文化庁は解体と復元を一体として申請すべきであるとの見解を示し、市もこれに従った。現天守閣の登録文化財としての価値が議論されている点に鑑みれば、既成事実の形成は避けるべきであり、予防原則の観点からも適切な判断といえる。本稿執筆時点では、2028年度末竣工に向けて実施設計と遺構保全の調査中である。

(31) 名古屋城のほか、大阪城や小牧山城などRC造天守は全国に13城あるが、すべて耐用年数50年を過ぎ、老朽化対策が必要とされている。再現度合や建築経緯に違いがあるものの、有形文化財に登録済みの天守もある。文化庁「鉄筋コンクリート造天守等の老朽化への対応について(取りまとめ)」(令和2年6月)では、「今後、木造による再現の可能性の模索や長寿命化措置など、個別の史跡等の事情により様々な整備方策を執ることが考えられる」とし、復元的整備の忠実性や防火対策につき注意を喚起している。

(32) 検討会議には、①建造物部会、②石垣・埋蔵文化財部会、③庭園部会、④天守閣部会の4部会が置かれ、さらに特別史跡名古屋城跡バリアフリー検討会議も別置されている。多い部会は数十回開催され、配布資料や議事録も公開されている(ただし、古いものは掲載が終了しているようである)。なお、本件に関する市担当者による文化庁訪問時の復命書等の情報公開訴訟が提起されている。

(33) 専門家からは、例えば現天守閣の解体に伴う石垣への影響について、天守台の保全調査や調査検討期間の設定不備があるなど、史跡整備の基本原則に反する等の強い指摘がされている。特別史跡名古屋城跡全体整備検討会議石垣部会(第30回)議事録(平成31年3月)等参照。その他、バリアフリー化も木造復元の課題となっている。

(34) 本件で、文化庁の現状変更許可が得られる見通しは、必ずしも明確でない。さらに木

また本件では、本件事業に関するパブリック・コメントが平成 29 年に行われた。天守閣の木造復元に否定的な意見は約 75%であったが、本判決は、パブコメの結果は「本件事業に関する市の裁量権行使における考慮要素の一つにとどまる上、平成 28 年度に実施された市民を対象としたアンケートでは約 6 割が木造復元に肯定的な意見を有しているとの結果が出ており……本件事業が名古屋市民の意識に沿わないものではないとする評価も可能であり、これをもって、ただちに本件事業に関する市の判断に裁量権の逸脱濫用があったとはいえない、としている。種々の運動等により偏向する場合もあるため、パブコメの結果は過度に重視すべきではないが、合意形成の一手続として一応有効と考えられるから、事業化に先立って、十分に情報開示をした上で実施することの意義は認められる。

市は今後、数次の調査を踏まえ石垣の保全方針等を示していく予定だが、許可権限を持つ文化庁の評価も含め、検討会議を中心とする行政過程には紆余曲折も予想される⁽³⁵⁾。控訴審では異なる土俵で審理がされ、裁判所の認定が変更される可能性もあろう。

本件では、市主催のタウン・ミーティングが名古屋市各区で多数回開催されていること、行政過程において専門家が十分な討議を積み重ねるフォーラ

造復元を行った建築物については、そのままでは現行建築基準法の耐火基準を満たさないため、建築審査会から同意を得て、建築基準法 3 条の適用除外を受ける必要がある。調査のために長期間を要し計画が先延ばしされる中で、今後の行政過程の見通しについても、考慮すべき要素といえようか。埋立許可を得られない行政過程の見通しを考慮して公金支出を差し止めた事例として、泡瀬干潟高裁判決・福岡高那覇支判平成 21 年 10 月 15 日判時 2066 号 3 頁がある。

- (35) 特別史跡の現状変更には文化庁長官の許可が必要であるところ（法 125 条 1 項）、本件の場合、次のような手続を経る必要がある。すなわち、①市が本件事業に係る考え方や仕様・手法を示した書面を文化庁に提出、②文化庁の史跡等における歴史的建造物の復元の取扱いに関する専門委員会（復元検討委員会）における審議、③市の文化庁長官に対する現状変更許可申請、④文化庁長官による文化審議会への諮問（法 153 条 2 項 20 号）、⑤復元検討委員会による文化審議会への委員会審議内容の報告、⑥文化審議会による許可の適否にかかる答申である。市の「解体と復元を一体で現状変更許可を取得する場合のイメージ」（検討会議第 30 回資料 3-1、令和 2 年 3 月 31 日）によると、現状変更を伴う調査にも許可が必要であり、①発掘調査等、②現天守閣解体、③穴蔵石垣調査等、④天守閣木造復元の四工程のうち、①につき 2 つ、③につき 1 つ、②③④を一体とした現状変更許可を予定し、さらに、調査結果を踏まえた現状変更許可申請も予定している。

ムを継続的に設定していることは、相対的に見れば充実した合意形成手続として評価しうるし、参照されてよい。特別史跡であるために要求される文化財保護法の手続規律が、慎重な合意形成を要請した事例といえようか。

六、若干の考察

1. 景観保護の観点の追加

以上、近時の三つの事案を見たが、歴史的建造物の存廃にかかる行政過程と、それを前提とする文化財訴訟の審理で欠落しがちなのは、景観保護の観点である。

歴史的建造物は、まちづくりにおけるランドマークとして、ほぼ常に景観の重要な構成要素となりうるし、現になっているから⁽³⁶⁾、その存廃を巡る判断においては、文化財保護に加え、景観(通常は歴史的景観)保護の観点が重要である。

この点、景観法19条3項は、景観重要建造物の指定に際し、すでに文化財保護法の指定を受けた建造物の重複指定はしない旨を規定しているが、消極的な交通整理に止まり、法律上の連携が図られているとは言い難い。

しかし、歴史的建造物の保護においては、とりわけ文化財としての要保護性が現時点では不明であるか十分に説明できない場合には、文化財保護と景観保護の二つの観点から、存廃の是非を検討すべきである。筆者は以前に、文化財訴訟で原告適格を獲得する理論構成ないし訴訟戦略として景観法の活用を論じたことがあるが⁽³⁷⁾、文化行政と景観行政の有機的結合は行政過程で当然に行われるべきである。

2. 合意形成手続のあり方

現在、公有の歴史的建造物が老朽化し、耐用年数が尽き、機能性・安全性

(36) 建築物以外にも、アート作品の中には、記念塔やモニュメントのように、工作物として景観構成要素となるものも存在する。

(37) 拙稿「文化財保護訴訟の原告適格：旧大阪中郵便事件」自治研究91巻7号110頁。

の観点からその存廃が行政課題として認識されても、行政においていかなる事情を考慮し、いかなる手順でその是非を判断すべきかは、明確に決まっておらず、モデルとなる手続も存在しない。

そのため地方レベルでは、各自治体が規模や財政その他それぞれの実情に応じて、問題が顕在化する都度、場当たりの対応してきた。住民訴訟が提起された場合には、裁判所が行政判断を事後的に検証するフォーラムとして機能してきたが、本来、行政過程において適切な合意形成が図られるべきことは言うまでもない。本稿で取り上げた三つの裁判例は、異なった側面をそれぞれ持ちながら、個別事情に応じて異なる合意形成過程を歩んでおり、ゆえにこそ、その分析から合意形成のあるべき姿を探りうるはずである。

歴史的建造物の存廃問題が顕在化した後、必要不可欠となる手続を単純化すれば、畢竟、①専門的知見の適時の形成と提供、及び②適切な合議体における実質的討議、の二点に尽きるように思われる。

①の専門的知見は、当該歴史的建造物の文化的価値、まちづくりにおける景観的価値、安全性（耐震診断）、代替案を含めた存廃にかかる工法と費用計算等について、専門家により形成されるべきである。

そして当該知見は、行政内部で検討されるのはもちろん、改めて別の専門家による検証にさらされるべきである。これらの知見は、②の合意形成フォーラムによる討議に先立ち、討議の前提として予め合議体に提供されねばならない。

②の合議体の構成員については、当該自治体の住民が歴史的文脈の中で当然に当事者として参画すべきであり、このことは、文化行政のみならず、まちづくり及び景観行政の観点からも要請される。適切なタウン・ミーティングを開催すれば、わかりやすい情報提供と討議の場の提供により、議論の深化も期待しよう。

また、文化財たる歴史的建造物の存廃は、程度の差こそあれ将来世代を含む国民共有の財産であり、事案によっては直接間接に国費が投入される場合もある点に鑑みれば、たまたま存廃問題が顕在化した時点の地元住民の意思のみに依拠すべきではない。文化的価値の程度にもよるが、少なくとも有識者の参画とパブリック・コメント手続の履践を求めたい。また、合意形成に

において、専門的知見が討議の前提となる以上、その理解を担保すべく、合議体には複数の専門家が、構成員ないしアドバイザー等の立場で関与することが望ましい。

以上の手続により、専門的知見を適時に形成して行政過程へ注入し、地元住民を中心に国民の関心を得ながら、歴史的建造物の存廃につき衆議を尽くすことを期待できる。公衆参加としては最高のレベルに属する〈パートナーシップ〉により、行政と公衆の協働で判断するわけである⁽³⁸⁾。

予防原則に照らし、合意形成は拙速であってはならず、共有財産たる文化財としての特質を踏まえ、その過程は広く情報公開されるべきである。

①②の手続により存廃いずれの方向性が出されたとしても、自治体の長は、文化・景観行政における政策的裁量の範囲で、適正な行政過程を経て形成された合意につき、一定の敬讓を払うことが求められよう。公金支出にかかる地方議会の判断においても、同様である。

裁量権の行使は、裁判所による社会観念審査ないし基礎欠落審査に服し、適法性が担保されることになるが、適切な行政過程が形成されていれば、司法審査において充実した審理を期待しうる。

3. まとめ

文化財の劣化を原因とする法的紛争は、公有民有を問わず、たとえ顕在化せずとも、今後増加の一途をたどるであろう。そのうち、少なくとも自治体所有の歴史的建造物については、現行法制度上も住民訴訟にさらされる恐れがある以上、行政がとるべき合意形成手続につき、ナショナルミニマムの法的規律があつてよい。

しかし当面はこれを期待しにくいとすれば、文化行政に高い意識を持つ自治体が先行し、例えば文化財保護条例において、上述の通り景観条例とも適

(38) 原科幸彦教授(同編著『市民参加と合意形成』学芸出版社、2005年)の整理によると、公衆参加には、①情報提供(informing)、②意見聴取(hearing)、③形だけの応答(reply only)、④意味ある応答(meaningful reply)、⑤パートナーシップ(partnership)の五段階がある。④は検証可能な行政の説明に基づき議論がされることを指す。④段階の参加までは最終的意思決定を行政が行うが、⑤は行政と公衆の協働で決定がされる。

切かつ十分にリンクさせながら、自治体所有にかかる歴史的建造物の存廃につき、文化・景観行政の観点から履践すべき手続規定を設けるべきではないか。筆者は以前、関連する具体的提案のひとつとして、自治体住民による文化財の登録申請権制度の提案をしたことがあるが、これと連動させてもよい⁽³⁹⁾。

今後も、合意形成手続が不十分な場合には、行政過程の不備を補完するフォーラムとして、引き続き司法審査を機能させる必要がある。人為によるかぎり、あらゆる手続が瑕疵を帯びうる以上、外見上は行政過程に不備がない場合でも、なお裁判所は合意形成手続の実質的な合理性を検証する役割を求められよう。

しかしそもそも文化財訴訟は、住民訴訟以外の訴訟形式の活用が現実には極めて困難な理論状況にあり、民訴、行訴を問わず、問題は環境分野における司法アクセスの機能不全に帰着する。

司法審査が有効に行われる場合でも、なお極めて重要な問題として、訴訟係属中における既成事実の形成がある。現行の不十分な仮の救済制度のもとで、これは環境訴訟一般に共通する宿痾ともいえようが、文化的価値の重要性・不可逆性に鑑み、予防原則の観点から、歴史的建造物の存廃にかかる合意形成手続は、司法審査による最終検証を終えて初めて完結する应考虑すべきであり、行政過程はもちろん、訴訟係属中に文化財を毀損すれば、その行為は直ちに違法（地方財政法8条違反等）を構成すると解すべきであろう。

（本学法科大学院教授）

(39) 拙稿「公有歴史的建造物保存のための指定・登録申請制度の提案」水野武夫先生古希記念論文集『行政と国民の権利』（法律文化社、2011年）所収249頁。