

タイトル	行政事件訴訟法9条2項の「根拠法令」と「関係法令」 - 最高裁（3小）令和5年5月9日判決（納骨堂の周辺 住民の原告適格）への疑問（上）
著者	秦，博美； HATA, Hiromi
引用	北海学園大学法学研究，59(4)：149-169
発行日	2024-03-30

研究ノート

行政事件訴訟法9条2項の「根拠法令」と「関係法令」 ——最高裁(3小)令和5年5月9日判決 (納骨堂の周辺住民の原告適格)への疑問(上)

秦 博 美

目次

- 一 はじめに
- 二 最判平成12年判決を踏襲する第一審判決
- 三 原審判決を基本的に踏襲する多数意見
- 四 宇賀克也裁判官の「意見」(以上本号)
- 五 墓地埋葬法の解釈
- 六 行政事件訴訟法9条2項の解釈
- 七 終わりに

一 はじめに

1948(昭和23)年6月1日に施行された、墓地、埋葬等に関する法律(昭和23年法律第48号。以下「法」という。)1条は、この法律は、墓地、納骨堂又は火葬場(以下「墓地等」という。)の管理及び埋葬等が、国民の宗教的感情に適合し、かつ、公衆衛生その他公共の福祉の見地から、支障なく行われることを目的とすると規定する。そして、10条1項は、墓地等を経営しようとする者は、都道府県知事(市又は特別区にあっては、市長又は区長)の許可を受けなければならないとし、同条2項は、前項の規定により受けた納骨堂等の施設を変更しようとする者等も同様とすると規定する。

本稿で検討対象とする最高裁(3小)令和5年5月9日判決の事案は、概略、大阪市長が、宗教法人A寺院に対して、法10条の規定により、平成29年2月27日付けで納骨堂の経営の許可(以下「本件経営許可」という。)を、令和元年11月26日付けでその施設の変更(面積の拡張等)の許可(以下、本件経営許可と併せて「本件各許可」という。)をしたところ、本件納骨堂の周辺に居住する被上告人らが、上告人(大阪市)を

相手に、本件各許可の取消しを求めるものである。

本件経営許可は、鉄筋コンクリート造地上6階建て（高さ24.5m、建築面積281.32m²）の納骨堂（以下「本件納骨堂」という。）を経営することの許可である。納骨堂は、近年増加傾向にあり、新たな紛争の原因となっている¹。

争点は、本件納骨堂から直線距離で100m以内に居住する被上告人らの原告適格の有無という行政法学上のトピックである。

野呂充教授の論稿²を参考に、本稿での分析の視座を次のように設定する。

先ず、法自体が周辺住民等の利益を公益としてだけではなく、個別的利益としても保護する趣旨を有しているのかが問題となる（論点1）。次に、許可基準等を定める条例・規則等の性格とその趣旨解釈が問題となる。条例の場合であれば、法令のスキーム（要件・効果）を利用する法律規定（実施）条例か、法令とは独立した並行条例か³、また、規則の場合であれば、裁量基準にとどまるのか、法規としての効力を有する許可基準を構成するのかが問われ（論点2-1）、加えて、条例・規則等は、行政事件訴訟法（以下「行訴法」という。）9条2項の適用場面でのどのように機能するのか（根拠法令か関係法令か）が問われる（論点2-2）。最後に、法が専ら公益を保護する趣旨であると解する場合、周辺住民等の個別的利益を保護する趣旨で条例・規則等を制定することは法が許容しているのかが問題となる（論点3）。

¹ 野呂充教授は次のように解説している。納骨堂は、都市の墓地不足に対応するとともに、核家族化・少子化など都市住民の現代的な葬送需要に応える施設として今後も増加していく可能性がある。「納骨堂は、宗教法人が経営主体として許可を受けていても、現実には墓石会社等の営利企業が運営するビジネス色が強いものが少なくない。そして、周辺住民が、大規模な葬送施設の生活環境への影響（特に精神的苦痛）のみならず、営利目的を有する施設によりそのような影響が生じることへの反発や、経営破綻等により施設の管理が十分行われなくなることへの懸念もあって、施設に強く反対するケースが少なくない。」「墓地等の許可の取消訴訟と周辺住民の原告適格—納骨堂をめぐる紛争を中心に—」民商法雑誌158巻3号（2022年）4・5頁（514・515頁）

² 野呂充・前掲注(1)10頁（520頁）参照

³ 斎藤誠「条例制定権の限界」高木光・宇賀克也編新・法律学の争点シリーズ「行政法の争点」208頁

本稿の論述のアウトラインを示せば、「二 最判平成12年判決を踏襲する第一審判決」において、第一審判決は、墓地経営の許可の取消訴訟と周辺住民の原告適格について最高裁として初めて明示的判断を示した平成12年3月17日判決(判例タイムズ1029号159頁、法律時報1708号62頁。以下「平成12年判決」という。)を踏襲しているので、両者の異同(大阪府条例と大阪市規則(以下「本件細則」という。))を指摘する。次に、「三 原審判決を基本的に踏襲する多数意見」において、多数意見は原告適格を認めた原審判決を基本的に踏襲している所以、両者の異同(関係法令と根拠法令)を指摘する。また、判例変更を主張する宇賀克也裁判官の「意見」は行政法理論に遡っての「正論」を述べており、傾聴に値するので、「四 宇賀克也裁判官の「意見」」で詳しく紹介する(本件細則の性格付けについても多数意見との相違があるようである。)。そして、「五 墓地埋葬法の解釈」で、許可・不許可の基準を特に規定していない法を受けて、制定される条例・規則の性格を分析し、最後に、「六 行政事件訴訟法9条2項の解釈」で、本件細則の性格が「関係法令」、「根拠法令」のいずれに解したとしても、本件細則の解釈から遡って、法10条の許可につき付近住民の個別利益保護要件を導き、付近住民の原告適格を認めることはできないことを論証する。

二 最判平成12年判決を踏襲する第一審判決

第一審判決(大阪地裁令和3年5月20日判例地方自治481号32頁)は、争点である第三者の原告適格の有無についての判断枠組みを述べた上で、次のように論じる。「法10条1項、2項の趣旨及び目的」について、法10条1項が「その許可の要件については特に規定していない」のは、「墓地等の経営に関する許否の判断を都道府県知事等の広範な裁量に委ねる趣旨に出たものであって、墓理法は、墓地等の管理及び埋葬等が、国民の宗教的感情に適合し、かつ、公衆衛生その他公共の福祉の見地から支障なく行われることを目的とする法の趣旨に従い、都道府県知事等が、公益の見地から、墓地等の経営の許可に関する許否の判断を行うことを予定しているものと解される。そうすると、墓理法10条1項自体が、当該墓地等の周辺に居住する者個人個人の個別的利益をも保護することを目的としているものとは解しがたい(最高裁平成12年判決参照)。この理は、同条2項においても異ならないと解される。」(下線筆者)

と判示する。判決は、論点1に関して、法10条1項が「その許可の要件については特に規定していない」ので、同項自体は墓地等の周辺に居住する者個々人の個別的利益をも保護することを目的としているものとは解し難いとする。

1 最判平成12年判決

第一審判決が参照している平成12年判決は、大阪府知事が法10条1項に基づき大阪府墓地等の経営の許可等に関する条例（昭和60年大阪府条例第3号）7条1号の基準に従ってした墓地の経営許可の取消訴訟につき、墓地から300メートルに満たない地域に敷地がある住宅等に居住している者は原告適格を有しないと判示した。

平成12年判決は、論点1に関し、「法10条1項自体が当該墓地等の周辺に居住する者個々人の個別的利益をも保護することを目的としているものとは解しがたい。」とする。匿名コメントは、「問題は、同法が、墓地等の経営許可について右のような規制の在り方を規定したことを通じて、墓地等の周辺に居住する者の個別的利益の保護を図っていると解することができるか否かであるが、同法1条の目的規定からも、墓地等の経営等の許可の取消しについて定めた同法19条の規定からも、同法の墓地等の経営許可に関する規定が一般的公益の保護に加えて個々人の個別的利益をも保護すべきものとする趣旨を含むことを読み取ることは困難というべきであろう。すなわち、同法は、都道府県知事が公益的な見地から墓地等の経営許可に関する許否の判断を行うことを予定しているものと解するのが素直な解釈であり、……」⁴と述べる。

そして、本件条例の性格は（法律とは別の体系の）独自条例・並行条例なのか、法律規定条例（委任条例⁵・施行条例）なのかという検討をすることなく（論点2-1）、本件条例7条1号は、ある特定の施設に着目して当該施設の設置者の個別的利益を特に保護しようとする趣旨を含むも

⁴ 判例タイムズ1029号159・160頁

⁵ 斎藤誠教授は、第1次分権改革により「委任事務」というカテゴリーはなくなったので、委任条例という呼称はミスリーディングであると述べている（『現代地方自治の法的基層』（有斐閣、2012年）302頁）。本稿においては、法律からの委任に基づき特定の要件・基準を設定する条例という意味で、従来どおりの呼称を用いることにする。

のとは解しがたいとし、原告適格を否定している。

判決は、大阪府条例7条1号は、墓地及び火葬場の設置場所の基準として、「住宅、学校、病院、事務所、店舗その他これらに類する施設の敷地から300m以上離れていること。ただし、知事が公衆衛生その他公共の福祉の見地から支障がないと認めるときは、この限りではない。」と規定している。そして、同号は、その周辺に墓地及び火葬場を設置することが制限されるべき施設を住宅、事務所、店舗を含めて広く規定しており、その制限の解除は専ら公益の見地から行われるものとされていることにかんがみれば、同号がある特定の施設に着目して当該施設の設置者の個別的利益を特に保護しようとする趣旨を含むものとは解しがたい。」(下線筆者)「したがって、墓地から300メートルに満たない地域に敷地がある住宅等に居住している者が法10条1項に基づいて大阪府知事のした墓地の経営許可の取消しを求める原告適格を有するものということはできない。」というものである。

判決は、上記のとおり大阪府条例の趣旨解釈は行っているものの、大阪府条例の性格については、法は「墓地等の経営に関する許否の判断を都道府県知事の広範な裁量にゆだねる趣旨に出たものであり」、「法の趣旨に従い、都道府県知事が、公益の見地から、墓地等の経営の許可に関する許否の判断を行うことを予定しているものと解される。」と述べるにとどまっている。

条例の性格としては、法律規定条例の場合、知事の許可の裁量基準を条例で定めたもの、あるいは知事の判断を拘束する許可基準であると考えることが理論上可能である⁶。

また、匿名コメントは、論点3に関し、「その判文及び論理構造等にかんがみると、本判決は、同法が条例でもって個々人の個別的利益をも保護することを目的として墓地等の経営許可の要件を定める余地を許容しているのか否かという点については、その態度を決定していないとみるべきであり、この点は今後に残された解釈問題といえよう。」⁷としてい

⁶ 塩野宏『行政法Ⅲ〔第五版〕行政組織法』(有斐閣、2021年)208頁

⁷ 判例タイムズ1029号160頁。石森久広教授は、最判が「法律では原告適格が認められなくても、条例の規定の仕方によっては原告適格が認められることもありうる」とし、第二審判決が、「墓地条例7条1号が周辺住民等の個別具体的な宗教的感情等の保護を理由として、墓地の経営、管理、営業等を規

る。匿名コメントは、条例の性格を明示していないが、法とは別体系の独自条例・並行条例の場合と、法を施行する法律規定条例の場合とがあり得るが、いずれの場合も、そのことは理論上果たして可能なかが問われることになる。

平成 12 年判決は、行訴法が改正され（平成 17 年 4 月 1 日施行）、9 条 2 項が追加される前の判決だったので、大阪府条例について、独自条例・並行条例か、それとも法律規定条例（委任・施行）なのかという条例制定・行政執行段階での性格づけのみならず（論点 2-1）、訴訟での原告適格の有無の判断段階での「根拠法令」か「関係法令」かという概念を意識することなく（論点 2-2）、結論を導いているものと思われる。

2 第一審判決

翻って、本件第一審判決は、論点 2-2 に関して、「本件細則は、地方自治法 15 条 1 項に基づき、普通地方公共団体の長である大阪市長が制定した規則であり、『法令』に該当する。そして、①本件細則 1 条が、墓理法の施行についてはこの細則の定めるところによる旨規定し、②本件細則 5 条、8 条及び 10 条が、墓地等の経営許可等の申請に対する許可基準等を規定していることに照らせば、本件細則は、墓理法と目的を共通にする『関係法令』に該当するものと解される。」（①②は筆者挿入）と判示する。ここでは、「根拠法令」ではなく「関係法令」に該当する論拠は明示的に示されておらず、本件細則の制定・行政執行段階の性格についての検討もなされていない。ただし、①から法律施行規則のことであると考えられる。

小澤久仁男教授は、「関連法令の中に法律の委任を受けた条例や規則が含まれることは、すでに最高裁レベルでも認められてきた。」とし、最判平成 10 年 12 月 17 日民集 52 卷 9 号 1821 頁を挙げ、「法律の委任を受けていない条例や規則については上記平成 12 年判決も本判決も特段言及することなく、条例や規則から原告適格の判断を行っており、法律の委任を受けた条例や規則に準ずるものとして理解しているといえる。」⁸

制したものとすれば、それは法の許さない、法律以上の権力的規制を認めたいわゆる上乗せ条例であり、違法である」としているのとは対照的である。」と述べている。ジュリスト臨時増刊「平成 12 年度重要判例解説」33 頁

⁸ 小澤久仁男「墓理法に基づく納骨堂の設置許可処分に対する周辺住民の原告適格」北研 59（4・154）412

と述べている。しかしながら、筆者は、前段の関係法令該当性、後段の条例と規則の同列化という解釈には疑問を感じている。

また、論点2-1の本件細則の趣旨解釈については、「本件細則8条が保護しようとしている『生活環境』の具体的な内容をうかがわせる規定は存在せず、本件細則10条2号が『納骨堂の周囲に塀を設け』ることと規定しているほかに(なお、同号も、同条4号の規定に照らすと公益的見地からの規制にとどまるものと解される。)、納骨堂の付近の良好な生活環境を確保するための具体的な構造設備基準を定めた規定も存在しない。また、納骨堂の周辺住民に対して納骨堂経営許可に係る手続への関与を具体的に認めた規定も存在しない……。／そうすると、本件細則8条は、墓地等の付近の良好な生活環境を一般的に保護し、その悪化を防止するという公益的見地に立脚した規定と解されるのであって、墓地等の周辺住民の生活環境上の利益を個々人の個別的利益として保護する趣旨を含むものと解することはできず。他に、この点に関して手掛かりとなることが明らかな規定を見出すこともできない。」としている。

そして、「小括」で、「法及びこれと目的を共通にする本件細則の趣旨及び目的並びに本件各処分において考慮されるべき利益の内容及び性質を考慮しても、……法10条1項又は2項が、納骨堂周辺に居住又は勤務する者の生活環境に関する利益(……)を専ら一般的公益の中に吸収解消させるにとどめず、それが帰属する個々人の個別的利益として保護すべきものとする趣旨を含むと解することはできず、納骨堂周辺に居住又は勤務する者の生活環境に関する利益(……)は、法律上保護された利益に当たるといふことはできない」として、訴えを却下した。

判決は、「墓埋法及びこれと目的を共通にする本件細則が、原告ら主張利益……を専ら一般的公益の中に吸収解消させるにとどめず、それが帰属する個々人の個別的利益としてもこれを保護すべきものとする趣旨を含むと解することはできないから……」と述べ、法と本件細則を並列で論じていることから、形式論理的には、法は本件細則が原告ら主張利益を個々人の個別的利益として保護すべきものとする趣旨を含ませることを否定していない趣旨と解されるものの、実質的には、論点3に関する問題意識は特段ないものと考えられる。

三 原審判決を基本的に踏襲する多数意見

1 原審の判断

原審においては、控訴人側弁護団の依頼により、野呂充教授の意見書が提出されている⁹。

原審判決（大阪高裁令和4年2月10日判例地方自治491号60頁）は、法は、「都道府県知事等の許可の要件について何ら具体的な定めを置いていないが、これは、墓地等の経営、施設の在り方が、高度の公益性を有するとともに、国民の風俗習慣、宗教活動、各地方の地理的条件等に依存する面を有し、一律的な基準による規制になじみ難いことに鑑み、上記許否の判断を都道府県知事等の広範な裁量に委ねる趣旨に出たものと解される。」「墓埋法の上記規定のみから、墓埋法10条1項及び2項所定の都道府県知事等の許可が、当該墓地等の周辺に居住する者々々の個別的利益をも保護することを目的としていると即断することは困難であると解される（行政事件訴訟法9条2項）。しかし、墓埋法1条が定める『国民の宗教的感情』や『公衆衛生』は、個々人の個別的利益とおよそなじまないような性格のものではなく、また、上記都道府県知事等の許可の要件について何ら具体的な定めを置かず、その広範な裁量に委ねている墓埋法の構造に照らして考えても、地方公共団体又はその長が条例又は規則をもって墓埋法と目的を共通にする関係法令（行政事件訴訟法9条2項）を定めるに当たり、墓埋法の上記目的を達成するため、墓地等の周辺に居住する住民等の個々人の個別的利益の保護を当該関係法令の趣旨及び目的の中に取り込むことも、地方公共団体又はその長の裁量に委ねられていると解するのが相当である。」（下線筆者）と判示する。

⁹ 野呂教授は、当該意見書で、「(1) 従来の（平成12年判決以外の）一連の最高裁判例の趣旨に照らして、離隔要件が周辺住民の個別的利益を保護する趣旨を含むと解しうること、(2) 平成12年判決と本件との事案の違い（旧大阪府条例と大阪市規則の文言の違いにより、平成12年判決が原告適格を否定した理由は本件には妥当しないこと）、(3) 納骨堂の設置に起因する精神的苦痛を受けない利益は個別的利益として保護になじまないものではないこと、(4) 防火設備基準は周辺住民等の利益も保護する趣旨を有すると解しうること、(5) 審査基準が定める経営主体基準の違背を、原告が自己の法律上の利益に関係のある違法として主張しうることを指摘した。」と述べている。前掲注(1)27頁(537頁)

論点1に関しては、法の規定のみから「当該墓地等の周辺に居住する者個人々の個別的利益をも保護することを目的としている」と即断することは困難であると解されると述べ、消極的に否定している。

論点2-2に関しては、墓埋法と目的を共通にする「関係法令」の範囲が問題になるところ、判決は、「本件細則は、地方自治法15条1項に基づき普通地方公共団体の長である大阪市長が制定した規則であり、「法令」に該当する。そして、本件細則1条が、墓埋法の施行についてはこの規則の定めるところによる旨規定し、本件細則5条、6条、8条及び10条が、墓地等の経営許可等の申請に対する許可基準等を規定していることに照らせば、本件細則は、墓埋法と目的を共通にする『関係法令』に該当するものと解される。」と判示している。

他方、「c課長が定めた本件審査基準は、行政機関が定立した内部的基準である裁量基準であって、法規の性質を有するものとは解し得ず、墓埋法や本件細則の委任に基づいて定められたものでもないから、墓埋法と目的を共通にする『関係法令』に該当するものとはいえない。」としている。

判決は、専ら「法令」に該当するか否かという形式的要素を重視しているが、「関係」性に関する実質的検討はなされていないようである。この論点については後述する。

また、論点2-1の本件細則の趣旨解釈については、「本件細則8条は、本文において、具体的な距離制限という形で、学校、病院及び人家の敷地に近接する場所での墓地等の経営を原則として認めない規制を定めるとともに、ただし書において、『当該墓地等の付近の生活環境を著しく損なうおそれ』がない場合に、上記制限の解除を認めており、本件細則8条を全体としてみれば、距離制限区域内の人家の居住者の生活環境に係る利益、学校及び病院の利用者環境の確保に係る施設設置・管理者の利益……を、個別的利益として保護する趣旨及び目的が含まれていることは明らかである。大阪市長は、墓地等の管理及び埋葬が国民の宗教的感情に適合することなどを要請する墓埋法の目的(1条)を達成するため、周辺住民等の生活環境等に係る利益の保護を本件細則の趣旨及び目的に取り込んだものと解することができる。」と判示する。この点がまさに論点3として法論理的に妥当なのかが問われるのである。

「墓埋法と目的を共通にする関係法令である本件細則の上記趣旨及び目的をも参酌すると、本件許可処分……の根拠である墓埋法10条1項

及び2項は、単に、墓地等の管理及び埋葬が国民の宗教的感情に適合し、公衆衛生その他公共の福祉の見地から支障なく行われるようにするという公益の見地にとどまらず、墓地等の周辺住民等の生活環境等に係る利益を個別的利益として保護する趣旨をも含むと解することができる。／なお、被控訴人が援用する最高裁判平成12年判決は、墓埋法10条1項の施行に関する条例において、本件細則8条本文類似の距離制限を設ける一方、その制限の解除を専ら公益の見地から行うべきことが定められていた事案に関する判断であって、本件に適切ではない。」（下線筆者）

論点3に関しては、①法1条が定める「国民の宗教的感情」や「公衆衛生」は、個々人の個別的利益とおよそなじまないような性格のものではないこと、②法は、都道府県知事等の許可の要件について何ら具体的な定めを置かず、その広範な裁量に委ねていることに照らし、条例又は規則という法と目的を共通にする関係法令（行政事件訴訟法9条2項）を定めるに当たり、法の上記目的を達成するため、墓地等の周辺に居住する住民等の個々人の個別的利益の保護を当該関係法令の趣旨及び目的の中に取り込むことも、地方公共団体又はその長の裁量に委ねられていると解するのが相当である（下線筆者）としている。

原審判決は、（一審判決も同様であるが）下克上解釈という学説からの批判¹⁰を避けるために、（単なる）法の施行規則を法と並列の「関係法令」に格上げし、そこから根拠法令である法の解釈を導いているようである。問題は、法の施行規則が行訴法9条2項にいう「関係法令」に該当するか否かであり（論点2-2）、それが否定された場合、原告適格を認めた判決は下克上解釈という批判に直面することになる。

¹⁰ 阿部泰隆『行政訴訟要件論』（弘文堂、2003年）54頁、同『行政法再入門（下）〔第2版〕』（信山社、2016年）114・115頁。他方、小澤道一教授は、下位法令により逆に法律を解釈する「下克上」批判に対して、「法律と法律により委任された規則とは法体系を構成するものとして一体的に解釈されるべきものであるから、この規則に個人の法益を個別的利益として保護する趣旨を読み取りうる場合には、この利益は原告適格を根拠付ける法律上の利益として扱わなければならない。多くの判例は、こうした考え方に立っている。」と述べている。「取消訴訟における周辺住民の原告適格（3）—小田急最高裁大法廷判決以後における下級審判例の動向と解釈上の問題点」判例時報2043号34頁

2 多数意見の判断

最判令和5年5月9日判例地方自治503号50頁の4裁判官の多数意見は、原審大阪高裁判決を支持し、付近住民の原告適格を認めたものの、事案を異にするとして、同種事案で原告適格を否定した平成12年判決を変更しなかった。それに対し、宇賀克也裁判官は、法10条1項自体が墓地等の周辺に居住する者個々人の個別的利益をも保護することを目的としているとは解しがたいとした前記最判を変更すべきとする「意見」を述べている。

詳述すると、多数意見は、小田急訴訟判決(最大判平成17年12月7日)を引用した上で、次のように判示した。10条は、「その許可の要件を特に規定しておらず、それ自体が墓地等の周辺に居住する者個々人の個別的利益をも保護することを目的としているものとは解しがたい」とし、括弧書きで平成12年判決参照としている。「法10条が上記許可の要件を特に規定していないのは、墓地等の経営が、高度の公益性を有するとともに、国民の風俗習慣、宗教活動、各地方の地理的条件等に依存する面を有し、一律的な基準による規制になじみ難いことに鑑み、墓地等の経営又は墓地の区域等変更に係る許否の判断については、上記のような法の目的に従った都道府県知事の広範な裁量に委ね、地域の特性に応じた自主的な処理を図る趣旨に出たものと解される。そうすると、同条は、法の目的に適合する限り、墓地経営等の許可の具体的な要件が、都道府県(市又は特別区にあっては、市又は特別区)の条例又は規則により補完され得ることを当然の前提にしているものと解される。／そして、本件細則8条は、法の目的に沿って、大阪市長が行う法10条の規定による墓地経営等の許可の要件を具体的に規定するものであるから、被上告人らが本件各許可の取消しを求める原告適格を有するか否かの判断に当たっては、その根拠となる法令として本件細則8条の趣旨及び目的を考慮すべきである。」「本件細則8条本文は、墓地等の設置場所に関し、墓地等が死体を葬るための施設であり、その存在が人の死を想起させるものであることに鑑み、良好な生活環境を保全する必要がある施設として、学校、病院及び人家という特定の種類の施設に特に着目し、その周囲おおむね300m以内の場所における墓地経営等については、これらの施設に係る生活環境を損なうおそれがあるものとみて、これを原則として禁止する規定であると解される。そして、本件細則8条ただし書は、墓地

等が国民の生活にとって必要なものであることにも配慮し、上記場所における墓地経営等であっても、個別具体的な事情の下で、上記生活環境に係る利益を著しく損なうおそれがないと判断される場合には、例外的に許可し得ることとした規定であると解される。／そうすると、本件細則8条は、墓地等の所在地からおおむね300m以内の場所に敷地がある人家については、これに居住する者が平穩に日常生活を送る利益を個々の居住者の個別的利益として保護する趣旨を含む規定であると解するのが相当である。」「したがって、法10条の規定により大阪市長がした納骨堂の経営又はその施設の変更に係る許可について、当該納骨堂の所在地からおおむね300m以内の場所に敷地がある人家に居住する者は、その取消しを求める原告適格を有するものと解すべきである。所論引用の平成12年判決は、周辺に墓地及び火葬場を設置することが制限される施設の類型や当該制限を解除する要件につき、条例中に本件細則8条とは異なる内容の規定が設けられている場合に関するものであって、事案を異にし、本件に適切ではない。」（下線筆者）

「被上告人らは、いずれも、本件納骨堂の所在地からおおむね300m以内の場所に敷地がある人家に居住している者に当たるから、本件細則8条を根拠として、本件各許可の取消しを求める原告適格を有するものということが出来る。」

以上の判旨から、論点1に関しては、法10条は、「その許可の要件を特に規定しておらず、それ自体が墓地等の周辺に居住する者個々人の個別的利益をも保護することを目的としているものとは解しがたい」（下線筆者）とし、括弧書きで平成12年判決参照としている。法の規定のみから「即断することは困難」と述べる原審判決と同様、消極的に否定していることになる。

論点2-2に関して、多数意見は、「その根拠となる法令として本件細則8条の趣旨及び目的を考慮すべきである。」と述べ、一審判決・原審判決が用いた「目的を共通にする関係法令」という行訴法9条2項の用語は一切用いていない（その解釈自体は正当であると考える。）。また、論点2-1に関して、制定・行政執行段階の性格としては、明示してはいないものの、法律規定条例に類する法律施行規則ということになろう。その場合、法からの個別具体的な委任のない市長の規則によって、営業の自由という権利利益の規制が可能なのかという、法律の留保原則からの疑問が提示されよう¹¹。

そして、趣旨解釈では、①本件細則8条本文が、良好な生活環境を保全する必要がある施設として、学校、病院及び人家という特定の種類の施設に特に着目し、その周囲おおむね300m以内の場所における墓地経営等については、これらの施設に係る生活環境を損なうおそれがあるものとみて、これを原則として禁止する規定であると解されること、②本件細則8条ただし書は、墓地等が国民の生活にとって必要なものであることにも配慮し、上記場所における墓地経営等であっても、個別具体的な事情の下で、上記生活環境に係る利益を著しく損なうおそれがないと判断される場合には、例外的に許可し得ることとした規定であると解されることから、「本件細則8条は、墓地等の所在地からおおむね300m以内の場所に敷地がある人家については、これに居住する者が平穩に日常生活を送る利益を個々の居住者の個別的利益として保護する趣旨を含む規定であると解するのが相当である。」としている。

論点2-2に関して、原審と多数意見では、付近住民の原告適格を認めるという結論は同じであるが、本件細則の位置づけが異なる。多数意見は、本件細則を「関係法令」と位置づけた原審とは異なり、「根拠となる法令」として「本件細則8条の趣旨及び目的を考慮すべきである」と論理構成していることになる。そのこと自体は正当であると考えられるものの、しかし、その論理構成では、次に述べる理由から付近住民の原告適格を導出することはできないのではなからうか。

すなわち、法の解釈において、個々人の個別的利益の保護の趣旨はない、あるいは認められないとした場合、単に法を施行するための法律規定条例(規則)によって、「個々人の個別的利益の保護」の趣旨を創設することはできまい(下克上解釈)。多数意見がいうように、許可基準が「白紙」であり(宇賀裁判官の意見では、法に許可基準があることになるが)、法10条が「法の目的に適合する限り、墓地経営等の許可の具体的な要件が、都道府県(市又は特別区)にあっては、市又は特別区)の条例又は規則により補完され得ることを当然の前提にしているものと解される」と

¹¹ 小澤道一教授は、別事件の福岡県規則について、「法に根拠があるわけではない。したがって、上記規則は、墓地等の経営許可の根拠法令そのものではなく、この許可権行使についての裁量基準を定めたものにすぎない。」と述べている。「取消訴訟における周辺住民の原告適格(2)―小田急最高裁大法廷判決以後における下級審判例の動向と解釈上の問題点」判例時報2041号18頁

しても、あくまで「法の目的に適合する限り」であり、限界がある。少なくとも、法からの明示の委任のない下位法令である施行細則によって、「行政権の行使に制約を課」す結果、申請者の権利・利益を制約することになる、法が掲げている目的以外の目的を付加することは困難と考える。この点については、論点3で詳論する。

法を施行するための下位の法令（規則）でそもそも法の目的に含まれていない事柄を創設することを許すことは明らかな「下克上解釈」であり、法の段階構造¹²から許されない。多数意見のように、事案を異にするとして、本件を処理することはできないのではないのか。なぜなら、法理論的には、下克上解釈をすることはできないのであるから、法10条の中に、個々人の個別的利益を保護する「目的」を「発見」した上で、「法の施行」である本件細則の検討に入る必要がある。本件事案において、付近住民の原告適格を認めるためには、判例変更は不可避である。したがって、宇賀意見により、「判例変更」しなければ、原告らの原告適格を導くことはできないといわざるを得ないと考ええる。

匿名コメントは、「多数意見は、平成12年最判の射程が本件には及ばないと整理しており、平成12年最判を変更すべきか否かにつき特定の立場を採用するものではないことから、この点は将来の最高裁に委ねられた問題であると考えられる。」¹³とする。

論点3に関しては、「六 行政事件訴訟法9条2項の解釈」で詳論することにする。

四 宇賀克也裁判官の「意見」

以下、検討対象とする宇賀克也裁判官の「意見」は、第三者の原告適格を議論するに際し、行政法理論に立脚しつつ、常識的で穏当な内容を有するものとして、裁判実務上も普遍性を有する（裁判官が判決で使える）と考えるので、詳しく紹介する。

宇賀裁判官は、法廷意見（多数意見）の結論には賛成するが理由付けを異にするとして、説得力ある「意見」を述べている。しかし、多数意見は宇賀裁判官の提示した論点に応答することなく、僅かに林道晴裁判

¹² 高橋和之『立憲主義と日本国憲法第5版』（有斐閣、2020年）6・7頁

¹³ 判例地方自治503号53頁

長が「補足意見」で、平成12年判決後に追加された行訴法9条2項を踏まえた原告適格の審理の在り方に総論的に触れているのみである。

法律上保護された利益説(処分要件説)は、国及び地方公共団体の立法の不備の危険(リスク)負担を第三者に負わせることになる。多数意見は、(実効的な救済を旨とする)憲法上の裁判を受ける権利(32条)を踏まえ、裁判上保護された利益説に対抗できないとする宇賀意見を真摯に検討する必要がある。

他方、「判例変更」を主張する宇賀意見も、下記1で述べるように、「当該法令と目的を共通にする関係法令」(行訴法9条2項)該当性に関する議論を展開し、本件細則を「関係法令」とはみていない多数意見の前提とはすれ違っている。

多数意見と宇賀意見は、判例変更の必要性という本丸だけでなく、行論の前提としての本件細則の性格付けにおいても異なった見解に立っているようである。

本稿は、判例変更の必要性を主張する宇賀意見に賛同するものであるが、本件細則を原審判決と同様「関係法令」として立論していることには賛同できない。もっとも、本件細則を下位法令と正当に位置づける多数意見は、典型的な「下克上解釈」を行っており、下位法令である本件細則が個別保護要件を創設することを法は禁止していないと理論構成できない限り、本件細則の解釈により付近住民の原告適格を導き出すことは難しいものと考ええる。

1 判例変更の必要性

意見は、五つの段落で構成されている。

1では、「12年判決を変更せず、専ら本件細則の解釈により原告適格の有無を判断すると、今後、……墓地経営等の許可につき取消訴訟が提起された場合、その都度、条例又は規則の規定に応じた解釈を要することになり、訴訟の入口である原告適格の判断のためにだけ数年争われ、本案審理に更に数年を要するという非生産的な事態は解消されない。そして、規定の僅かな表現の差異という立法上の偶然(同じことを念頭に置いていても『公衆衛生』と表現するか『付近の生活環境』と表現するか等)により、あるいは、同じ内容が定められていても、それが条例や規則で定められているか要綱で定められているかの違いにより『当該法令と目的を共通にする関係法令』(行政事件訴訟法9条2項)に当たるか

に差異が生じ、地方公共団体ごとに原告適格の有無が異なるという事態が生じ得る。」と指摘している。判例政策上の見解といえるものである。

白藤博行教授も、「法律における個別的利益保護性の有無の判断そのものが、政令の偶々の規定ぶりやそれに基づく偶々の条例の規定ぶりによって左右されるがごとき、『下位法令』による独自の原告適格拡大論にそもそも問題がありそうにみえる。」¹⁴と指摘している。

多数意見は、法10条は、「その許可の要件を特に規定しておらず、それ自体が墓地等の周辺に居住する者個人個別的利益をも保護することを目的としているものとは解し難い」として、平成12年判決を参照としている。

論点1に関し、宇賀意見は、骨格的な要件が「明示されていないゆえに、法10条は、墓地経営等による不利益を被る者の原告適格を認めていないと解するとすれば、いわゆる法律上保護された利益説は、いわゆる(裁判上)保護に値する利益説からの批判に耐えることはできなくなると解されると思われる。」と批判する。法10条自体が第三者(周辺住民等)の原告適格を認めていないとする多数説に対する寸鉄のように思える¹⁵。

論点2-2に関わることであるが、宇賀意見が「当該法令と目的を共通にする関係法令」該当性の議論をしていることに関しては賛同できない。多数意見に対する「意見」なのであるから、多数意見が採る「関係法令」説と理論的に対峙する必要があるのではなからうか。

宇賀裁判官は、関係法令の趣旨・目的を斟酌することの意義に関し、かつて、次のように述べていた。「処分または判決の直接の根拠法令と目的を共通にする関係法令が制定された場合、実質的には、処分または判決の根拠法令の趣旨・目的がそれにより変容することがありうる。」「当該法令と目的を共通にする関係法令が制定されたために、処分または判決の直接の根拠法令の趣旨・目的が変容しても、当該根拠法令の規定の

¹⁴ 白藤博行「最新判例批評」判例時報2102号168頁(判例評論626号6頁)

¹⁵ 神橋一彦教授は、「『法律上保護された利益説』が正当化されるのは、法律(国会制定法)において公益と私益が調整されて処分の根拠法規が定められているからだ、と考えられるとすれば、……処分の根拠法規たる法律が、実質的内容を自ら定めず、下位法令に委任しているのは問題であろう。」と指摘している。『行政救済法(第3版)』(信山社、2023年)110頁

改正が行われないことが稀ではなく、そのため、根拠法令の文言にのみに着目した解釈をすると、関係法令の趣旨・目的が斟酌されず、原告適格が狭く解釈されるおそれがあるのである。」(下線筆者)¹⁶

そこでの記述を前提にする限り、法の施行条例・規則により、「処分または裁決の根拠法令の趣旨・目的」が実質的に「変容すること」はおおよそ想定され得ず、結果、本件細則が「目的を共通にする関係法令」に該当するとする「意見」を導くことはできないように思われる。

2 法には許可要件が存在している

2では、「特定施設の周辺住民が不利益を被っていると主張して取消訴訟を提起する事案において、個別保護要件を設けること自体に懐疑的である」と述べている。判例法理(最大判平成17年12月7日・小田急訴訟)では、第三者の利益が①処分の根拠法規によって保護対象とされ、しかも、②公益でなく個別的利益としても保護されていること、という二つの要件を満たす場合に、法律上保護された利益とみなされる。①は保護範囲要件、②は個別的利益保護要件といわれることがある¹⁷。

そして、「当審の判例とされている……法律上保護された利益説の立場に立っても、……法10条自体が周辺住民の個別的利益を保護しており、周辺住民に墓地経営等の許可の取消しを求める原告適格は認められると考える。」とし、次のように、説得力をもって行政法理論に遡っての法の構造分析を行っている。論点1に関して、肯定説を採ることを明らかにした論旨は残念ながら多数意見には届いていない。

「許可制度を設けるということは、申請に対して諾否の応答を行政府が義務付けられることを意味するので(行政手続法2条3号)、諾否の応答の基準を想定しない許可制度はあり得ないといえよう。」と述べ、「許可の要件を法律で全く規定しないことは、法律の留保における規律密度の観点から問題であり、地方の実情に配慮した柔軟な要件とすることが望ましい場合であっても、骨格的な要件は法律自体に明示すべきであるといえる。」(下線筆者)¹⁸と述べる。多数意見が、墓埋法自体の構造的問

¹⁶ 宇賀克也『改正行政事件訴訟法』(青林書院、2004年)51頁。教科書である『行政法概説Ⅱ行政救済法〔第7版〕』(有斐閣、2021年)203頁も同様である。

¹⁷ 小早川光郎『行政法講義〔下Ⅲ〕』(弘文堂、2007年)257頁

¹⁸ 大橋洋一教授は、教科書で次のように述べている。法律の留保理論は、根拠法律

題点に踏み込むことなく、「墓地等の経営が、高度の公益性を有するとともに、国民の風俗習慣、宗教活動、各地方の地理的条件等に依存する面を有し、一律的な基準による規制になじむ難いことに鑑み、墓地等の経営又は墓地の区域等の変更（以下「墓地経営等」という。）に係る許否の判断については、上記のような法の目的に従った都道府県知事の広範な裁量に委ね、地域の特性に応じた自主的な処理を図る趣旨に出たものと解される。そうすると、墓地経営等の許可の具体的な要件が都道府県（市又は特別区にあっては、市又は特別区）の条例又は規則により補完され得ることを当然の前提としているものと解される。」と何らの疑問を呈することなく、地方の自主性に委ねている（一見地方分権的に思われる）のと対照的である。

また、宇賀意見は、1で述べた法10条に骨格的な要件が明示されていないことに対する根本的な批判に続けて、「取り分け、法10条は、許可要件を条例に委任しているわけではないので、都道府県又は市若しくは特別区が、条例又は規則で許可要件を定めず、審査基準を要綱等のように、法令としての性格を有しないもので定めるにとどまることもあり得るのであり、その場合には、行政事件訴訟法9条2項の『関係法令』として原告適格を認めることが困難になると思われる。」（下線筆者）と自治体の立法の偶然に左右されることを指摘している。

結論として、「墓地経営等の許可について、法は要件を一切定めていないが、法の合理的解釈により、法1条の目的に合致しない申請、すなわち、国民の宗教的感情に適合せず又は公衆衛生その他公共の福祉の見地から支障を及ぼすおそれがある申請は許可しないという要件が存在していると解すべきである」（下線筆者）とし、最高裁昭和57年（行ツ）第149号同60年12月17日判決¹⁹を参照としている。

意見は、「法1条の『国民の宗教的感情』について、墓地等の経営が許

の規律密度に対する要求を前提とし、①法律が行政活動の発動要件について政省令に白紙委任する場合や、②法律に要件規定は存在するが、抽象的に定めるのみで政省令の規律に基本的事項も含めて委ねる場合も、法律の留保原則に違反する。①は委任立法の限界問題であり、②は法律要件の明確性の問題である。『行政法Ⅰ現代行政過程論 [第5版]』（有斐閣、2023年）35・36頁

¹⁹ 伊達火力訴訟判決は、「行政法規による行政権の行使の制約とは、明文の規定による制約に限られるものではなく、直接明文の規定はなくとも、法律の合理的解釈により当然に導かれる制約を含むものである。」と判示している。

可されることにより宗教的感情に影響を受けるのは、何よりも周辺住民であり、また、『公衆衛生その他公共の福祉の見地』から支障が生ずるおそれがあるのも、周辺住民である。我が国の近代墓地法制の嚆矢を成す『墓地及埋葬取締規則(明治17年……)の施行方法細目標準(同年……)2条が、墓地は人家から約60間以上の距離²⁰をとらなければならないと定められていたことも、墓地法制の目的となる公衆衛生とは、周辺住民の衛生にほかならないことを物語っている。／このように、墓地経営等の許可により個別具体的な影響を受けるのは周辺住民であるから、周辺住民の利益を一般的公益の中に吸収解消して周辺住民の原告適格を否定すべきではない。法10条が保護する利益について公益と称することがあるとしても、それは周辺住民の個別的な利益の集積、総合であって、一般的公益に吸収解消されるものではないのである。」(下線筆者)と述べる。

裁判実務上も容易に受け入れられる常識的解釈というべきである。

3 距離制限規定の問題点

3では、「平成12年判決が周辺住民の原告適格を否定する根拠の一つは、当時の大阪府墓地等の経営の許可等に関する条例7条1号が、周辺に墓地及び火葬場を設置することが制限されるべき施設を住宅、事務所、店舗を含めて広く規定していることである。平成12年判決は、……学校、病院のように少数の限定された施設については、当該施設の設置者の有する個別的利益を特に保護しようとする趣旨と解し得るが、住宅、事務所、店舗のように広範に存在するものについては、一定の広がりのある地域の良い風俗環境を一般的に保護しようとする趣旨と解したものである。しかし、このような考え方によれば、墓地等の周辺300m以内に学校又は病院が存在しない場合には、法1条の目的に反する墓地等の経営が違法に許可された場合であっても、誰もそれを訴訟で争うことができないという法治国家にあるまじき状態が生じることになってしまう。同条例が、そのような事態を想定して、7条1号を設けたと解するのは不合理である。」と述べている。

田中謙教授は、最判平成10年12月17日(風俗営業許可処分取消請求事件)の判例解説の中で、個別的利益保護要件の妥当性について、次の

²⁰ 1間は1.818メートルであるから、60間は109.08メートルということになる。

ように述べ、同様の批判をしている。「個々の施設を保護する規定に対しては個別的利益保護性を肯定する一方、一定範囲の地域を保護する規定に対しては個別的利益保護性を否定しているわけであるが、とりわけ、最高裁が、前者に対して個別的利益保護性を肯定したのは、距離制限の規定があるからといえる。しかし、保護対象施設から一定の距離を超えればパチンコ店などが許可されるのに対して、住居集合地域では距離とは関係がなく禁止されるのであるから、このほうが厳しい規制といえ、厳しい規制違反を訴訟で争うことができないのは不合理である。」²¹

また、処分の第三者に取消訴訟の原告適格が認められるとして、認められる者の範囲はどのように画されるのかという下記4の問題がある。神橋一彦教授は、不利益要件、保護範囲要件、そして個別保護要件という三つの要件によって、ある利益が「《処分の根拠法規によって保護された利益》」であるとされても、さらに、具体的にどの範囲の住民がそのような《処分の根拠法規によって保護された利益》を侵害されうるのか、という範囲の確定の問題がある」と述べ、前者を「第1段階＝保護利益の判定」、後者を「第2段階＝保護範囲の画定」と呼んでいる²²。

思考のプロセスとしてはそのように整理されるものの、両者は交錯する場面が多いのではなかろうか。例えば、木村琢磨教授は、「原告適格の範囲が画しやすければ原告適格が認められやすいし、逆に、原告適格の範囲が画しにくければ原告適格が認められにくい。なぜなら、適切な範囲が画せないと、取消訴訟が実質的に客観訴訟になってしまう危険性があるからであると指摘し、「原告適格の範囲が画しやすい典型的場面は、……距離制限規定がある場合である。」²³と述べている。第1段階の保護利益の判定の議論と、第2段階の保護範囲の画定の議論は分かち難く結びついているといえよう²⁴。

²¹ 田中謙・別冊ジュリスト「行政判例百選Ⅱ〔第8版〕」333頁

²² 神橋一彦・前掲注(15)92・93頁

²³ 木村琢磨『プラクティス行政法〔第2版〕』（信山社、2017年）183・184頁

²⁴ 中川丈久教授は、「個別的利益性の判定にあたっては、…“被害者の絞り込み”のための線引きをすることだけが唯一の合理的な（というより必須の）指標である。そこに至る段階で、あらかじめ、…“利益の二分論”や、…“条文上の手掛かり”といった、必ずしも合理的とは思えない手法を工夫して、裁判の土俵にのる利益のスクーリングをすることは、そもそも無意味ではないだろうか。」と指摘している。「法学教室」380号（2012年）104頁

4 原告適格を認められる者の範囲

4では、結論的に、「平成12年判決は、法令の文言の形式的解釈に拘泥し紛争の実質を考慮していないものといわざるを得ず、取り分け平成16年法律第84号による改正後の行政事件訴訟法9条2項により『当該処分又は裁決の根拠となる法令の規定の文言のみによることなく』解釈することが義務付けられた現在においては、変更を免れないものと考えられる。」(下線筆者)と述べる。

上記下線部分「法令の文言の形式的解釈に拘泥し紛争の実質を考慮していない」に関わって、桑原勇進教授の落語の例えがある。いわく、「条文の細かな違いに目を行き届かせた精緻な判断と見る(感心する)か、小さな違いから思いもよらない大きな違いを導く落語=ばかばかしい(屁)理屈と見る(笑うないし呆れる)か、……仮に、精緻なのはよいとしても、度が過ぎると落語になるのではないかと思う」と述べ、その後括弧書きで「最高裁は、過去の判例に囚われて自縄自縛になり、先例とは異なる結論を導くために、判断を左右する真の価値観を隠して形式論理に逃避する、概念法学と同様な状態に陥っているのではないだろうか。これは本判決だけではないが」²⁵と印象を記している。残念ながら認めざるを得ないような現状があるようである。

そして、意見の5では、「原告適格が認められる者の範囲は、詳細な主張立証を経ることなく、簡明な方法で判定すべきであるから、その判断に当たっては、各地方公共団体の条例、規則、要綱の定めを参考にすべきである。」と述べている。

匿名コメントは、宇賀裁判官の意見について、「法10条自体が墓地等の周辺に居住する者個々人の個別的利益を保護している(本件細則は原告適格を認められる範囲を定めたものにすぎない)と解し、このことを明確に否定した平成12年最判と抵触する判断をする以上、これを変更する必要があるとするものである。」(下線筆者)²⁶とまとめている。

²⁵ 桑原勇進「墓埋法10条に基づく納骨堂の経営の許可の取消しを求める周辺住民の原告適格が認められた事例」新・判例解説 Watch 環境法 No.112・3頁

²⁶ 判例地方自治503号53頁

