

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（下・完）
著者	秦，博美； HATA, Hiromi
引用	北海学園大学法学研究，60(3)：129-164
発行日	2024-12-30

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(下・完)

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59巻4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(以上本号)

五 墓地埋葬法の解釈

最判の多数意見は、墓地経営等に係る許可の判断については、「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としているものと解される。」(下線筆者)との前提に立つ。その上で、「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。」(下線筆者)と判示する。

この論旨には次の疑問が生じる。第1に、最判の多数意見は、本件細則1条が規定する法の執行命令性を根拠に、平成12年判決の大阪府条例の事案と同様に、本件細則8条が墓地経営等の許可の要件を具体的に規定しているという「事象」を無条件に是認しているが、いかなる法理

論的説明によってそのことが可能なのだろうか。第2に、第三者の原告適格の判断において、「根拠法令」を構成するとされる本件細則8条の趣旨及び目的を考慮することの法的根拠は何か。「下位法令」→「下克上の解釈」という指摘以前に、本件細則の法的性格は裁量基準としての「行政規則」（国民の権利義務に関する法規範を内容としない）にすぎず、そもそも「法令」該当性が認められないのではないか。

上記二つの疑問を念頭に、以下、「1 法10条1項と法律の留保の原則」において論点1（法自体が周辺住民等の利益を個別的利益としても保護する趣旨か）を、「2 法律規定（実施）条例と裁量基準を定める規則の限界」において、法と条例・規則の関係の一般論と、論点2-1（条例の場合、法令のスキームを利用した法律規定（実施）条例か、法令とは独立・並行した条例か。規則の場合、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要件か）を、「3 周辺住民等の個別的な利益を保護する条例（規則）」において論点3（周辺住民等の個別的な利益を保護する趣旨で条例（規則）を制定することを法が許容しているのか）を検討することにする。

長谷川彰一内閣法制局参事官（当時）は、「法規」という用語は多義的であり、それを用いる論者あるいはその文脈により異なり、広い意味から順に次のように用いられていると整理している。①法規範一般、②一般的、抽象的な意味をもつ法規範で、「国会の法規制定権の独占」「法律の法規創造力」という場合の「法規」、③国民の権利義務に関係する法規範（直接に国民の権利義務に変動をもたらす法規範）で、国民に権利を付与する法規範を含み、一般に「法規命令」という場合の「法規」はこれを指す、④国民の権利義務に関係する法規範（義務を課し又は権利を制限する法規範）で、義務を解除し又は権利を付与する法規範は含まず、「侵害留保の原則」との関係で論ずる場合の「法規」はこれを指すのが通例である²⁷。本稿では、「国民の権利義務に関係する法規範」という意味（③又は④）で用いており、「法規創造力」という表現も②の意味ではなく、③又は④の意味で用いている²⁸。

多数意見を前提とした場合、本件細則が「根拠法令」と「関係法令」

²⁷ 松永邦男・長谷川彰一・江村興治『自治立法〈地方自治総合講座2〉』（ぎょうせい、2002年）40頁以下

²⁸ 宇賀克也教授は、「法律の法規創造力」の原則について、「法律によってのみ人の

のどちらに該当するの^{すう}かという論点2-2は、その法的効果の違い(第三者の原告適格の帰趨)を含め、「六 行政事件訴訟法9条2項の解釈」の「3 本件細則は根拠法令か関係法令か」で検討することにする。

ただし、以下の叙述においては、2004(平成16)年改正により行訴法9条に2項が追加される以前の平成12年判決では大阪府条例が問題となったので、法の執行命令が「条例」の場合を想定しての議論も適宜することにする。

1 法10条1項と法律の留保の原則

許可の具体的な要件が、都道府県等の「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」という多数意見の理解に対しては、宇賀意見が「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る」と指摘していることは既述した(四の2)²⁹。

神橋一彦教授は、「処分の根拠法規たる法律が、実質的な内容を自ら定めず、下位法令に委任しているのは問題であろう」(前掲注(15))とし、「この問題は、法律の留保理論で問題となる本質性理論(重要事項留保説)にもかかわるものである」³⁰と述べている。

この論点について、大橋洋一教授は、法10条1項について、法律の留保原則(とりわけ本質性理論)の要請に応じておらず、違憲(違法)の授權規定と評価されるが、二つの解釈論で合憲解釈が施されていると整理している。その1は、平成12年判決と今回の多数意見で、「地域特性に応じた処理を可能にするために、意図的に知事の裁量に委ねたという解釈である」^るが、「率直にいつて後付けの理由といった印象を否定できない。……法律の沈黙を容易に是認して善解すべきではなく、委任に当たり基本的事項は立法者が予め指針を示すべきである」という前提に立って解釈すべきである」と根本的な批判を加えている。その2は、宇賀意見の見解で、「法律の他の条文を参酌して、他の条文から許可要件を読み取

権利義務を左右する法規を創造しうることを意味すると一般に解されてきた。換言すれば、法規命令……には、必ず法律の根拠を要することになる。」と説明している。『行政法概説Ⅰ行政法総論〔第8版〕』(有斐閣、2023年)32頁

²⁹ 宇賀教授は、教科書においても同様の主張をしている。前掲注(28)370頁

³⁰ 神橋一彦・前掲注(15)110頁

れるとする立場、つまり、要件は法定されていると柔軟に解釈したうえで許可制度を合憲とする立場である。」(下線筆者)と述べ、その見解を支持しているようである³¹。

小早川教授は、法10条の白地要件規定について、「一つの法的仕組みが完結しているのであり、許可・不許可の基準について規定がないのは、案件ごとに行政庁において関連する諸事項を考慮しつつ基準を補充し、それによって判断すべきものとする趣旨に解されよう。ただし、立法政策としては、このような形の国の立法……が自治体の条例の役割を不当に制限しているのではないかという問題はありうる。」³²と指摘していた。そして、「基準補充の基準」ともいうべき「裁量基準」は、「一定の要件が満たされればその効果として一定種類の処置が義務づけられるというような、要件効果規定の構造をもつものではない。」³³と限定する。白地要件規定について「一つの法的仕組みが完結している」と考える小早川教授にあっては、法の施行手段が「条例」の場合であっても、法からの委任がない限り「裁量基準」にとどまるということになるうか。小早川教授は、「法律の定める枠のなかで各自治体はその機関の行う案件処理についての基準を独自に設定することが当然に予定されている」法律を「外枠法律」と称し、その場合は、法律の委任がなくても条例で基準を付加し、それによって案件ごとの考慮に基づく基準補充の余地を狭めたり失わせることができるとするが、法はそれに該当しないと考察している³⁴。小早川説では、条例という法形式を採用していても、その実質は行政規則ということにならざるを得ない。

それでは、「要件は法定されていると柔軟に解釈」した場合、法のフレーム(仕組み)を利用して制定される条例・規則の法的性格は何か。法に委任規定がないことから、「黙示の委任規定」³⁵を想定することにな

³¹ 大橋洋一・前掲注(18)37頁以下

³² 小早川光郎「基準・法律・条例」『塩野宏先生古稀記念 行政法の発展と変革下巻』(有斐閣、2001年)396頁

³³ 同・前掲注(32)397頁

³⁴ 同・前掲注(32)393頁・394頁、396頁。理由は示されていないようである。

³⁵ 野呂充教授は、本件訴訟の「弁論団は、最高裁での弁論等において、法は、許可基準の具体化につき、条例・規則に黙示の委任をしているという主張をした。」と述べている。「納骨堂経営許可等取消訴訟——大阪高等裁判所への意見書および解題——」阪大法学(2023年)73巻3号254頁

るのか、あるいは法を施行する条例・規則で「法定要件」を確認的に「補充」するということになるのであろうか。北村喜宣教授は、本来、必要な許可基準はあるはずであるから、条例でそれを規定するのは、「基準の新設ではなく、具体化・詳細化、あるいは顕在化と、整理できよう。『基準補充』という整理もされている」と述べ、注で小早川論文392～393頁を参照している³⁶。ただし、小早川説の「基準補充」の趣旨は「裁量基準」のことであると考えられる³⁷。

法と条例の関係の一般論として、法令のスキームを利用する法律規定(実施)条例か、法令とは独立した独立条例(並行条例・独自条例)かという分類が論者によってなされている。詳細は2で後述するが、行訴法9条2項との関連では、前者は法の下で「根拠法令」を構成し、後者は「関係法令」に該当するものと思われる。

論点3ともかわるが、多数意見のように、知事等が規則により国民の個別的利益の保護を考慮することができると解釈した場合、宇賀意見が指摘するように、地方自治体ごとに「法の保護法益」という根幹部分が異なることになり、その結果、原告適格の認められる者の範囲が地域によって異なるという極めて不合理な結果を招来することになる。

かつて、岡村周一教授の論述の中に、当時、法の許可が機関委任事務から団体委任事務化された理由が、「『各地方ごとの判断に委ねること』にある以上、地方自治体ごとに原告適格の認められる者の範囲が異なることとなっても『極めて不合理な結果』とは言えないであろう」³⁸と述べている箇所があった。確かに、昭和33年の大法廷判決は、「憲法が各地方公共団体の条例制定権を認める以上、地域によって差別を生ずことは当然に予期されることであるから」、憲法14条に違反しないと判示している³⁹。しかし、これは(当時)売春の取締りのための法律が存在しな

³⁶ 北村喜宣『分権改革と条例』(弘文堂、2004年)150頁・151頁

³⁷ 小早川教授は、「裁量基準は、いわば“基準補充についての基準”である。」と述べている。『行政法講義下I』(弘文堂、2002年)24頁

³⁸ 岡村周一「最新判例批評」判例時報1285号177頁(判例評論357号23頁)

³⁹ 最大判昭和33年10月15日刑集12巻14号3305頁(東京都売春取締条例違反事件)。地方公共団体が売春の取締りについて各別に条例を制定する結果、その取扱いに差別を生ずることがあっても、地域差のゆえをもって憲法14条違反とはいえないと判示した。法の空白地帯においては、条例が地域的に「法規」を創造するの

い空白状況での独立条例（並行条例・独自条例）の議論であった。法の許可権限が自治事務として全国の市長と特別区長にもある現在、条例、規則の表現の差異によって、同じ法律に基づく許可の取消訴訟において、隣接自治体との間で（町村部においては知事権限となり都道府県条例等が適用される。）住民の原告適格に消長を来すのは、国民の憲法上の権利としての裁判を受ける権利（32条）を全うする観点からも、「看過し難い不合理な結果」といわざるを得ないと考える。

以上述べた理論上及び実際上の理由から、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か、という論点1に関しては宇賀意見に賛同せざるを得ない。

2 法律規定（実施）条例と裁量基準を定める規則の限界

本節では、論点2-1の「条例の場合、法令のスキームを利用した法律規定（実施）条例か、法令とは独立した条例か、規則の場合、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要件か」において、（大阪市）規則と（大阪府）条例の双方を検討対象とする。この論点を巡っては、条例に関しては、法律のスキームと関連性を持つ「法律規定（実施）条例」か、法律との接点を欠く独立条例（並行条例・独自条例）かが問われ、それとの関連で、行訴法9条2項の解釈における「根拠法令」か「関係法令」かということが問われる。本件最判に係る匿名解説は、大阪府条例が問題となった「平成12年判決を見直すべきか否かも含め、行訴法9条2項の規定に則して検討する必要がある」⁴⁰と述べている。

論者によって、一般的に次のように立論されている。「法律規定（実施）条例」とは、法令のスキーム（要件・効果）を利用して、地域の特性に応じた規制の実現を図るものであり、委任条例や施行条例がそれに当たる。法令のスキーム（要件・効果）とは独立した自主完結的な独立条例（並行条例・独自条例）で規制要件・基準が設定可能かどうかは、徳島市公安条例事件の最大判昭和50年9月10日が示した準則で判断されるこ

であるから、法律が全国的に規律している場合とは、憲法の平等原則違反が問われる余地は質的に異なるように思われる。

⁴⁰ 前掲注（13）52頁

とになる⁴¹。

北村喜宣教授は、「法律に基づく条例(広義)」と「法律に基づかない条例」という分かりやすい分類をしている。「基づく」とは、「個別法律に具体的根拠規定を有する」という趣旨である。前者は、「法律の委任に基づく条例」と「法律に基づく条例(狭義)」に分かれる。狭義の「法律に基づく条例」とは施行条例のことと解される。後者は、「当該条例が扱う法政策分野に関して、法律ないしは法律の個別規定が存在している場合とそうでない場合がある」⁴²。

川崎政司教授は、教科書において、「法定事務条例・法律規定条例」と呼ばれる「法令が定める制度を前提としてその規範を何らかの形で変更する条例」がある。これがどこまで許容されるかに関し、「最近は、法律の委任がなくても、新たに付加される基準が裁量基準の場合、あるいは法律上の要件を具体化するものである場合などに法定事務条例の制定は可能といった考え方も主張されるようになってきています。」(下線筆者)⁴³と述べている。平成12年判決は、法律の委任がなくても、法律規定(実施)条例に関して、上記立論を認めたものと解される。

平成12年判決の事案と今回の事案との違いは、規定内容の議論以前に、具体的な許可要件の定めが、前者は大阪府条例、後者は大阪市規則にあったことである。法律からの委任規定がない中で、法の執行命令性の議論において、「法規」としての性格に差がある条例と規則を同列に並べて議論できるのかという根本的な疑問がある。しかし、多数意見は、「許可の具体的な要件が……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⁴⁴」→「本件細則8条は、法の目的に沿って、……許

⁴¹ 斎藤誠・前掲注(3)208頁参照。斎藤教授は、法律規定条例自体の限界は、並行条例を直接の対象とした徳島市公安条例事件最高裁判決の準則とある程度重なりと述べている(同頁)。

⁴² 北村喜宣・前掲注(36)2頁以下参照。同教授は「もとづく」と表記しているが、本稿では、常用漢字表にない「基づく」と表記する。

⁴³ 川崎政司『地方自治法基本解説(第8版)』(法学書院、2021年)148頁以下

⁴⁴ 機関委任事務廃止後の厚生省生活衛生局長の通知(平成12年12月6日付け生衛発第1764号)でも、「必要な場合には条例、規則等の制定・改正を行うなどして墓地の経営・管理の向上が図られることを期待する」との考え方が示されていて、条例と規則を同列に並べている。

可の要件を具体的に規定するものである」→「被上告人らが……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」と単調・平板に述べるだけで、理論的根拠は示されてはいない。

野呂教授は、「行訴法2004年改正以後の裁判例は、墓埋法について基本的には公益の保護を目的とすると解するが、当該公益に包摂される個別的利益につき、関係法令たる条例・規則を考慮して墓埋法が保護していると解することは可能と解するように見える。」(下線筆者)⁴⁵と総括的に述べている。また、「条例・規則は、議会ないし地方公共団体の長という公選の機関が制定する自治立法であり、規則も憲法94条にいう『条例』に当たるという見解が支配的である。また、墓地等にかかる許可の基準を定める条例・規則は、墓埋法の委任を受けているわけでもない。そうすると、法律の委任を受けて行政機関が制定する法規命令とは異なり、条例・規則を、(法源としての優劣関係はあるにせよ)墓埋法の下位法令とみなす必要はなく、墓埋法と条例・規則とがいわば協働して一つの法制度ないし法体系を形成しているとみることもできるのではないか。」(下線筆者)⁴⁶と説得力をもって述べている。

確かに、憲法94条の「条例」の制定主体は地方議会に限定されておらず、地方自治体の長が制定する「規則」をその中に含める解釈が多数説である⁴⁷。また、二元代表制の下、条例と規則にはそれぞれ民主的基礎があるので、「法律の委任を受けて行政機関が制定する法規命令」とは異なり、法の「下位法令」とみなす必要はないという見解も肯ける。しかしながら、地方自治法の制度設計では、条例と規則とでは「法規」の定立という機能面で大きな違いがあるのである。同法14条2項は、「義務を課し、又は権利を制限するには、法令に特別の定めがある場合を除くほか、条例によらなければならない。」と規定している。他方、15条1項は、「法令に違反しない限りにおいて、その権限に属する事務に関し」長

⁴⁵ 野呂充・前掲注(1)524頁

⁴⁶ 同・前掲注(1)525頁。また、野呂教授は、「法律のみから個別的利益性を認めることが困難である場合、下位法令が具体化した許可基準などを用いて原告適格を拡大することは、必ずしも否定的に評価されるべきではないように思われる。」とも述べている(同526頁)。

⁴⁷ 渋谷秀樹『憲法(第3版)』(有斐閣、2017年)759頁参照

の規則制定権がある旨規定している⁴⁸。

同法14条2項の適用において、「黙示の委任」(しかも白紙委任)をもって「法令に特別の定めがある場合」に該当すると解釈するのはいかにも便宜主義というべきであろう。

以上から、地方自治体の長が「規則」で「法規」を定立する場合は、行政機関が制定する法規命令の場合と同様に、法律の授権(個別具体的な委任)が必要となるのである。よって、本件細則が法規としての効力を有する許可基準を定めていると表見的に解される場合は、法的評価においては、「法令」ではなく「行政規則」(裁量基準)にとどまるということになろう。

小早川光郎教授は、地方自治法14条は「当該地方公共団体の事務に関してであれば、人の権利自由に対する新たな制限をも含めて、法律に従属しない——法律の個別の委任によらず、また法律を執行するためでもない——立法を、法令に違反しない限りにおいて自主的になしうる旨の包括的授権規定にほかならない」(下線筆者)⁴⁹と述べる。ここで「法律に従属しない」立法というのは、独立条例(並行条例・独自条例)のことと解される。同教授は、「なお、これに加えていわゆる委任条例、すなわち、法律が行政上の一定の事項について規定する際にその規定の一部を条例に委任するという場合もある。」⁵⁰と述べ、それに関連して、「自治体の特定の事務(自治事務または法定受託事務)に関して法律が存在す

⁴⁸ 地方分権一括法の施行(2000年4月1日)前は、①機関委任事務である場合と②旧地方自治法14条2項の行政事務に該当しない場合においても権利義務規制に関し規則で定めることができたが、施行後は、③法律又は条例により委任がある場合及び④庁舎管理規則等による行為制限の場合に限定されることになった。地方自治制度研究会編『Q & A 改正地方自治法のポイント』(ぎょうせい、1999年)54・55頁。高橋和之教授は、地方自治法の規定に関し、「法規」の定立「以外は規則で定めてもよいという趣旨に解され」、「法律と命令の場合よりも規則事項を広く捉えていることになるが、大統領制型の特徴が反映されたということであろう。」と述べている(前掲注(12)430頁)。

⁴⁹ 小早川光郎『行政法上』(弘文堂、1999年)111・112頁。小早川教授は、地方自治法14条を「包括的授権規定」と説明しているが、正確には憲法の確認規定というべきである(憲法直接授権説)。最大判昭和29年11月24日刑集8巻11号1866頁参照

⁵⁰ 同・前掲注(49)112頁

るけれども、……案件処理の基準を完全には法定しておらず、しかも条例への基準定立の委任なり基準修正の授権なりの明示の定めもないという場合に、法律が基準を法定していない部分について基準を付加することができるか⁵¹について、上述したように否定的見解を示している（1参照）。しかしながら、「地方公共団体の事務」として認められる限り、「法令に違反しない限り」条例で「基準を付加すること」に法的限界はないというのが地方自治法14条1項の趣旨と考えられる⁵²。

北村喜宣教授は、消極説は機関委任事務時代の発想を引きずっているとし、次のように述べている。「法定自治事務は、国会が、第一次的には、自治体に対して、事務の実施を命じているのである。それを、執行機関である首長が、自治体を代表して受任する。法律の規定は、このように理解するべきであろう」⁵³。確かに、地方自治法2条8項は、自治事務の定義を「地方公共団体が処理する事務のうち、法定受託事務以外のものをいう」（下線筆者）と定義しており、北村教授の見解には説得力がある。結果、「法定自治事務を実施する自治体がそれを条例で補完して市長に指示を与えるというのは正当な対応である。そうしたことを許す規定がないからといって条例制定を消極に解するのは、反法治主義的発想である。」（下線筆者）⁵⁴ということになる。

条例と規則に関する上記立論が正しいとすると、法律の授権のない限り、規則は法律が設けた許可制度の諾否の「裁量基準」、すなわち「行政規則」にとどまるということになり⁵⁵、それを根拠に（根拠法令を構成す

⁵¹ 同・前掲注(32) 391頁。斎藤誠教授も「行政手続上の審査基準に代えて、条例で基準を設定するには、『法規』定立に関する授権の欠如が問題となる」と指摘し、「黙示の授権が観念できないかどうか検討を要する」などと述べている（前掲注(5) 427頁）。

⁵² 常岡孝好教授も、「最近の多数説は、根拠や範囲は区々であるものの、一定範囲で、法律規定条例で羁束要件を定めることを認めている」とし、岩橋健定教授は具体化条例の類型に限って適法であるとする説、斎藤誠教授は自治事務に関し一定の場合独自基準の付加を容認する説と分類している。別冊ジュリスト「地方自治判例百選[第5版]」59頁

⁵³ 北村喜宣・前掲注(36) 149頁

⁵⁴ 同・前掲注(36) 152頁。北村教授は、「委任規定の欠如は、条例制定権の否定を意味するものではな」く、「委任規定の存在は、あくまで確認的なものと解されるべきである。」と的確に述べている。「地方分権と条例(下)」自治研究75巻5号73頁

⁵⁵ 塩野宏教授は、裁量基準は「分類上は法規命令に当たらないけれども、一定限度

るものとして)第三者の原告適格を導く理論的根拠を見出すことはできないという結論になりそうである。

なお、北村教授は、「墓地埋葬法のように、許可基準が法律中に規定されていない場合には、都道府県知事に相当広範な裁量権が与えられているとみて、基準を規則で規定すれば足り、条例化を要しないという考え方もある。ただ、許可という法定自治事務は、そもそも自治体の事務である。また、基準をどのように決めるかによって、法律ですでに制約されている事業者の権利利益が地域の事情を踏まえて、さらに具体的に制約される可能性が高いのであるから、(知事の規則で規定することが違法というわけではないが、)条例で規定する方が、より適切と思われる。」⁵⁶と述べている。ここでの論述については、「知事の規則で規定する」対象が「裁量基準」という趣旨であれば賛成であるが、法からの委任がない中で、法規としての性格を有する「要件規定」という意味であれば賛同できない。

3 周辺住民等の個別的な利益を保護する条例・規則

(1) 許可要件と裁量基準

論点3として、法からの委任規定がない中、法律が定める(想定している)法益(例えば公益)以外の法益(付近住民の生活環境上の個別的利益)の保護を、「条例・規則」という手法を用い、許可要件ないし裁量基準として、許可申請者ないし知事、市長等を「規律」することが可能なかが問われることになる。

下位法令による規制の一般論として、中込秀樹ほかは、「処分の根拠及び要件を定める法律が、具体的処分要件の定めを政令、省令、条例等に

で外部効果をもつものということができる」と述べ、裁判所の審査がまず裁量基準に不合理な点があるかどうかについてなされること、行政庁が準則と異なった判断をするには合理的な理由が必要であることを挙げる。また、裁量基準に「硬い拘束力を認めると、結局のところ委任立法と同じ効果をもつことになり、法律の委任なくしてかかることができるかどうかむしろ問題となる。」(下線筆者)と指摘している(『行政法I[第六版]行政法総論』(有斐閣、2015年)118頁・119頁)。高橋信隆教授は、「審査基準等が法規とされてこなかったのは、それが法規としての性質を有しないからではなく、単に法律による授権が存しないがゆえにであった。」と指摘している(前掲注(3)32頁)。

⁵⁶ 北村喜宣・前掲注(36)152頁

委任している場合」は、「これらの政令、省令、条例等に個人の法益を個別具体的に保護することを目的とすると解し得る規定が置かれていれば、この利益は、法律上保護された利益に当たることになる」と述べる。他方、「行政法規の委任に基づかない政令、省令、条例等の規定や、運用通達に個人の法益を個別具体的に保護することを目的とするもののように見受けられる規定が置かれている」場合については、次のように述べている。条例であれば、「法律による規制の範囲を超えて国民の権利義務に新たな規制を加えるもの」は、「その効力を認めることはできないが、法律によって許容された範囲における規制を加えるものであるならば、その規定をもって、個人の法益が個別具体的に保護されていると認め得る」とし、「法律の委任に基づかない政令、省令については、これによって、国民の権利利益を左右することはできないものの、これらの規定が、処分の運用方針や運用の実態、行政庁の法解釈を示す場合も少なくない。その意味において、根拠法規による規制の目的を解釈する上で、これらの規定を参考にすることができるものといえよう」（下線筆者）⁵⁷と述べている。

思うに、本件細則は、上記記述における「法律の委任に基づかない政令、省令」と同様の性格と考えられ、間接的な参考資料、事情の一つということになるう。

塩野宏教授は、次のように現状認識を整理している。法には、「委任条項がないが、実務においては許可基準に係る条例・規則が制定されており（……）、判例もこれが有効であることを前提として判断している」。「学説上は、これを条例の形式による裁量基準の設定とみる見解（小早川光郎……）と、要件が開かれているとすれば、条例で法令の目的と違背しない要件を定めることも可能であるとする見解がある（斎藤……）。前者によれば条例の定めによる処分は法令上の裁量権の行使にとどまる

⁵⁷ 中込秀樹・市村陽典・綿引万里子・深山卓也『改訂行政事件訴訟の一般的問題に関する実務的研究』（法曹会、2000年）93頁・94頁。石垣智子（当時、法務省大臣官房行政訟務課付）は、「行政法規の委任に基づかない政令、省令等の規定や、告示・運用通達については」、「当該行政法規及びそれと目的を共通にする関連法規の関係規定によって形成される法体系が保護しようとしている法的利益を推認するための事情の一つとして位置づけられることもあろう」（下線筆者）と述べている。「周辺住民等の原告適格をめぐる諸問題」判例タイムズ1358号38頁

のに対し、後者によれば条例で羈束要件を置くことも認められることになる。ただ、後者に立っても、当該制定法の趣旨・目的に反する要件を定めることは認められないし、法目的の範囲内での一般条項を置くことで、条例の違法問題は回避できるように解される」(下線筆者)⁵⁸。

斎藤誠教授は、「自治事務において、根拠法令の許可要件が白地の場合(例、墓地埋葬法10条)——規律の対象が『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かんがみ』(最判平成12年3月17日……)要件が開かれているとすれば、条例で法令の目的と違背しない要件を定めることも可能であると解される。言いかえれば、法令の『適用命令』は法令自体では完結しておらず、法令からの『逸脱禁止』のみが直接に条例に対して作用する。」(下線筆者)⁵⁹と述べる。そして、「法律規定条例に対して、法令の規律は『標準設定』として位置付けられる。設定値の変更限界は、制限される権利利益との関係で比例原則や法律の趣旨・目定との関係(＝逸脱禁止の射程)により画される。」⁶⁰と述べている。斎藤教授は、ここでの記述において「規則」には言及していないので、見解は不明である。

小澤道一教授は、福岡高判平成20年5月27日で問題となった福岡県規則について、次のように述べている。法に根拠があるわけではなく、「墓地等の経営許可の根拠法令そのものではなく、この許可権限行使についての裁量基準を定めたものにすぎない。／法令の委任に基づき定められた裁量基準であれば、それは、根拠法令と一体をなすが、……法令に根拠のない裁量基準は、同様と考えることができるかは疑問で、個別保護利益の認否を行うにつきあくまで参考とすることができるものにとどまる、と考えるべきであろう。この意味において、本判決における規

⁵⁸ 塩野宏・前掲注(6)208頁。残念ながら、同教授が述べる「法目的の範囲内での一般条項を置くことで、条例の違法問題は回避できるように解される」の意味するところ及び一般条項のイメージが本稿筆者にはいまだに不明である。野呂充教授は、「条例・規則の多くは許可基準に適合しない場合でも、墓理法の目的に照らして支障がない場合などにおいては許可することができる旨を定めている。」と述べているが(前掲注(1)527頁)、それが塩野教授のいう「一般条項」の例示となるのだろうか。

⁵⁹ 斎藤誠・前掲注(5)427頁、同・前掲注(3)208頁参照。

⁶⁰ 同・前掲注(5)428頁

則の離隔距離規定の扱い方は妥当であると思われる」(下線筆者)⁶¹。

岡村周一教授は、大阪府条例が問題となった大阪地裁昭和 62 年 7 月 14 日判決判例時報 1259 号 48 頁の判例解説において、「条例で墓埋法 10 条に基づく許可に関して規定を置く場合、それは墓埋法の趣旨に沿うものでなければならない。そこで、墓埋法は専ら一般的公益の保護を目的としており、これと峻別される周辺住民の個別的利益の保護を目的とはしていないとするときには、墓埋法の目的とは異なる周辺住民の個別的利益の保護という独自の目的で、墓埋法 10 条に基づく許可の基準等を条例で規定することは許されず、従って、条例によって周辺住民の原告適格が認められるとすることはできないであろう。」(下線筆者)⁶²と明瞭に指摘していた。

また、岡村教授は、東京都規則が問題となった①事件(東京地判昭和 62 年 5 月 26 日)及び大阪府条例が問題となった②事件(大阪地判昭和 62 年 7 月 14 日)の「判批」において、「公益目的と個別的利益の保護との関係について、①事件判決、②事件判決に示されているような理解がなされる限り、法律自体から個別的利益を保護する趣旨を導き出せない以上、その法律に基づく許可等の基準を定める条例、規則の規定中に個別的利益を保護する趣旨を読み取ることができないのは必然と言わなければならない……。しかし、そのような具体的性質、内容の検討を抜きにした抽象的、一般的な公益の理解は疑問である。」(下線筆者)⁶³と述べており、規則についても条例と同様の議論を展開している。

本稿筆者は、立論において、岡村教授に賛同するものであるが、法からの委任がない規則については、裁量基準である行政規則にすぎず、法の許可要件を定めることができず、そもそも「法令」該当性がないと、法形式論的に考えている。

上記①事件の判決は、次のように踏み込んで法的説示を行っていた。「墓地法 10 条が墓地の経営等につき許可基準を明示しなかった趣旨は……同法 1 条に定められた公益の保護の具体化、具現化を知事に委ねたものであって、同法 1 条所定の目的とは別個の見地から、すなわち、隣

⁶¹ 小澤道一・前掲注 (11) 18 頁

⁶² 岡村周一「墓地経営許可処分と周辺住民の原告適格」芦部信喜編「宗教判例百選 第二版」(1991 年) 195 頁

⁶³ 同・前掲注 (38) 177 頁

地所有者等の個別的な権利、利益の保護という目的から、許可権限の行使を制約することまでも知事の裁量に委ねたものと解することはできない」。「細則の前記規定は、これを隣地所有者等の個別的な利益を保護するために墓地等の経営ないし区域変更の際の許可要件を定めたものであると解する限り、墓地法10条に牴触し違法、無効といわざるを得ないこととなり、右細則の規定を適法、有効と解するためには、……いずれも実体的許可要件ではないものと解するほかないこととなる。いずれにしても、細則の右規定を根拠として隣地所有者等に許可処分取消訴訟の原告適格を肯定することはできないものといわなければならない」(下線筆者)⁶⁴。

高橋滋教授も、「国の法令に基づく処分について、当該法令の明示の委任もなく、法律上保護された利益として第三者の利益に配慮することを行政機関に義務付ける規定を条例によって設けることは困難である。」(下線筆者)⁶⁵と指摘する。

(2) 地方自治体の立法裁量

次に、法が周辺住民の個別的利益の保護を地方自治体の条例・規則が規定することを積極的には企図していないとしても、消極的に禁じおらず、自治体の立法裁量に委ねているという解釈の余地があるのが問題となる。もっとも、条例・規則が「裁量基準」の性格にとどまる限りはその解釈は不可能と考えるので、委任規定がない法の場合、その解釈の余地があるのは、許可要件を規定している条例の場合に限定されよう。

例えば、風俗営業の許可の基準を定める風営法4条2項2号は、「良好な風俗環境を保全するため特にその設置を制限する必要があるものとして政令で定める基準に従い都道府県の条例で定める区域内に営業所があるときは、風俗営業の許可をしてはならない」と規定しているところ、大橋寛明調査官は、風俗営業許可処分取消訴訟に係る最大判平成10年12月17日民集52巻9号1821頁に関し、次のように解説している。「右の規定は、具体的地域指定を条例に、その基準の決定を政令にゆだねており、それらが公益に加えて個々人の個別的利益をも保護するものとすることを禁じているとまでは解されないものの、良好な風俗環境の保全

⁶⁴ 同・前掲注(38)174頁

⁶⁵ 高橋滋「行政訴訟をめぐる裁判例の動向と課題」法曹時報59巻8号2511頁

という公益的な見地から風俗営業の制限地域の指定を行うことを予定しているものと解されるのであって、同号自体が当該営業制限地域の居住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」(下線筆者)⁶⁶。

田中謙教授は、この最判の判旨について、法の目的規定から、法の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読み取ることは困難であるが、法施行令で個々人の個別的利益を保護する趣旨を規定すれば当該個人に原告適格が認められるとしていると紹介した後、「しかし、下位の法令を基準にして法律の解釈を導き出すという最高裁の法令解釈には問題があり……、法律の授權を逸脱しているといえる。原告適格を政令で定めることは許されないと解するべきであろう」⁶⁷と述べている。

白藤博行教授は、「生活環境に関する利益」の侵害に係る原告適格の裁判例を検討し、「法令の条文の規定ぶりや構造などの解釈になべて依拠して原告適格の判断を行うことの問題が垣間みられる。つまり、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見える。」⁶⁸と述べ、「下克上の解釈」を問題にしている。

かねて下克上の解釈を批判していた阿部泰隆教授は、「下克上解釈について、筆者は……批判してきたが、法令より下位の行政の運用基準は行政を拘束するが、私人を拘束しないので、原告適格を肯定する方向においてのみ参照できるものと改説する。」⁶⁹と述べている。「参照」の意味するところは明らかにされていないが、後述する村上裕章教授のいう「参考資料の一種」ということになり、多数意見の論理も支持できるということになるのであろうか。

前掲最大判平成10年12月17日は、風営法4条2項2号の委任規定の趣旨を問題にしているものであり、法は委任規定のみならず、法律の

⁶⁶ 大橋寛明『最高裁判所判例解説民事篇平成10年度(下)(6月～12月)』(法曹会、2001年)991頁

⁶⁷ 田中謙・前掲注(21)333頁

⁶⁸ 白藤博行・前掲注(14)6頁

⁶⁹ 阿部泰隆・前掲注(10)『行政法再入門(下)[第2版]』115頁

中に許可基準が明示されていないケースであり、同列に論じることとはできないように思われる。また、法が「禁じている」か否かは(全国的視点から制定された)法の解釈であるが、「禁じている」とまでは解されない」として、地方自治体の条例・規則に周辺住民の個別的利益の保護規定を設けることを許容する場合は、そのこと自体の合理性とは別に、後述の横浜市と川崎市の例のように、第三者の原告適格の有無が地域間で差異が生じることになり、国民の裁判を受ける権利(憲法32条)の観点から合理性が著しく損なわれることになる。

山本隆司教授は、最大判平成17年12月7日の解説の中で、「法律自体が保護範囲におよそ含めていない利益を、条例により法律の保護範囲に含めることはできないであろう。そのようなことを認めると、条例による法律の書きかえとして、条例(の解釈)が法律と抵触することになる」⁷⁰と述べている。

宇賀意見に倣い、「法の要件の中核は法定されている」と解した場合、神橋教授が的確に述べるとおり、立法段階で「公益と私益は調整済み」ということにならざるを得ない。仮に法に「未調整」の部分があることを国会が自覚していた場合は、下位法令である政省令や自治立法に明示的に委任するという手法を採るはずである。この場合は、下位法令を含めた「根拠法令」全体の解釈で「第三者の原告適格」を導く余地があると考えられるものの、下克上の解釈という批判は免れない。この点、独立条例(並行条例・独自条例)のような「関係法令」と位置付けられるものであれば、「根拠法令」と同位(横並び)の扱いになるので、下克上の解釈という批判は回避できよう。

多数意見のように、知事等が規則(条例)により国民の個別的利益の保護を考慮することができると解釈した場合、宇賀意見が指摘するように、地方自治体ごとに「法の保護法益」という根幹部分が異なることになり、その結果、原告適格の認められる者の範囲が地域によって異なるという極めて不合理な結果を招来することになる。

例えば、川崎市墓地等の経営の許可等に関する条例(平成13年川崎市条例第21号)9条1項は、「経営許可の基準は、別表に定めるとおりとする。」とし、別表「墓地等の経営の許可基準」の4(設置場所の基準)の(4)は「納骨堂にあっては、その敷地の境界線と病院又は診療所と

⁷⁰ 山本隆司『判例から探究する行政法』(有斐閣、2012年)435頁

の水平距離が110メートル以上ある土地であること。」となっている。他方、隣の横浜市墓地等の経営の許可等に関する条例（平成23年横浜市条例第25号）では、9条が「墓地の設置場所は、当該墓地が専ら焼骨のみを埋蔵するものである場合を除き、学校、公園又は住宅の敷地から墓地の敷地の境界までの水平距離が110メートル以上であり、公衆衛生上支障がない土地でなければならない。」と規定し、納骨堂については、距離制限がなく11条で構造設備基準があるに過ぎない。多数意見の論理を前提にする限り、納骨堂から水平距離で110メートル以内の病院又は診療所は、川崎市内の場合であれば原告適格が認められる可能性が高いのに対し、横浜市内の場合は認めることは困難ということになる。このような結果は、国民の裁判を受ける権利（憲法32条）の趣旨を潜脱するものと言わざるを得ない。

本件細則の実質的性格が「裁量基準」ということになると、法形式的には行政規則に分類され、「根拠法令」の概念から外れることになる。村上裕章教授も、原告適格の判断において、「告示や通達等の行政規則については、国民の権利義務に関わらないことから、これを正面から考慮することは許されず、参考資料の一種にとどめるべきである。」（下線筆者）⁷¹と指摘している。詳細は、「六 行政事件訴訟法9条2項の解釈」の「3 本件細則は根拠規定か関係規定か」で検討することとする。

六 行政事件訴訟法9条2項の解釈

本件細則について、第一審と原審では、法と目的を共通にする「関係法令」（行訴法9条2項）に該当するものと位置づけられていた。その流れを受けて、宇賀克也裁判官の意見も本件細則を「関係法令」と位置づけて、判例変更は必要ないとする多数意見を批判しているが、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」と判示している。行訴法9条2項の解釈において「混乱」「混線」がみられるようである。

以下、「1 原告適格」において、これまでの（第三者の）原告適格論の議論を通して、本件事案を検討し、「2 行訴法9条2項」において、

⁷¹ 村上裕章『行政訴訟の解釈理論』（弘文堂、2019年）159頁

一般論として根拠法令と関係法令はどのように認識されているのかを論述し、「3 本件細則は根拠法令か関係法令か」において、本件細則はどちらに該当するのか、あるいはそもそも「法令」該当性があるのかを検討し、両者の法的な差異について考察を加えることとする。

1 原告適格

原告適格とは、取消訴訟において処分性が認められた場合にその処分の取消しを求めて出訴することのできる資格、取消訴訟の利用適格のことである⁷²。行訴法9条1項は、「法律上の利益を有する者」に原告適格を認めている。

「法律上の利益を有する者」の解釈について、現状、次の二つの考え方がある。芝池義一教授は、①「法律上保護された利益説」について、法律によって保護された利益をもって「法律上の利益」と解する説であり、この説の特徴は、「法律上の利益」の有無を法律の規定、つまり法律の解釈によって決定しようとする点にあるとし、②「法的な保護に値する利益説」について、法的な保護つまり裁判上の保護に値すると考えられる利益をもって「法律上の利益」と解する説であり、この説の特徴は、「法律上の利益」の範囲を法律によって判断するのではなく、「利害の実態に着眼」し、理論によって決定しようとする点にあると説明している⁷³。

判例は、「法律上保護された利益説」に立っているとされるが、1978年の主婦連ジュース訴訟最高裁判決以降、「侵害」をメルクマールにしている。すなわち、行訴法9条1項の「『法律上の利益を有する者』とは、当該処分により自己の権利若しくは法律上保護された利益を侵害され、又は必然的に侵害されるおそれのある者をいうのであり、当該処分を定めた行政法規が不特定多数者の具体的利益を専ら一般的公益の中に吸収解消させるととどめず、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解される場合には、かかる利益も右にいう法律上保護された利益に当たり、当該処分によりこれを侵害され又は必然的に侵害されるおそれのある者は、原告適格を有するものというべきである」と判示している。

⁷² 塩野宏『行政法Ⅱ〔第6版〕行政救済法』（有斐閣、2019年）129頁・131頁

⁷³ 芝池義一『行政救済法』（有斐閣、2022年）57頁・58頁

高木光教授は、「取消訴訟の原告適格の判断枠組みとして用いられる『当該処分によって自己の権利若しくは法律上保護された利益を侵害され又は必然的に侵害されるおそれのある者』という定式の最後の部分は、処分に後続する各種の行為によって原告に被害が及ぶことを想定していると見られるからである」⁷⁴と述べ、注でジュース表示事件に係る越山安久調査官解説を挙げている⁷⁵。第三者の原告適格論で問題になるのは、基本的に処分の名宛人の事実行為によって「自己の権利又は法律上保護された利益を必然的に侵害されるおそれのある者」ということになる。

山本隆司教授は、「裁判所は、原告の受ける不利益が保護利益に当たる可能性、原告の保護利益が侵害される可能性さえ認定できれば、原告適格を認めて、あとは本案審理に入るべきであろう。原告適格の認定は、裁判所の職権調査事項で原告が主張・証明責任を負うといわれるが、本案審理は原告私人に対する行政機関の説明責任を基礎に行われることになる」⁷⁶と述べている。宮田三郎教授も、「判例理論の『侵害又は侵害の必然性』から『侵害又は侵害の蓋然性』へ、さらに『侵害又は侵害の可能性』へと方向付けられなければならない」⁷⁷と述べ、最終的に「原告適格廃止論」を提唱している⁷⁸。

(1) 侵害思考への批判

芝池教授は次のような指摘を行っている。「行政事件訴訟法9条1項を素直に読むと、取消訴訟の提起につき何らかの『法律上の利益を有する者』に原告適格を認めていると読める。これに対し、……多くの裁判例および学説は、『法律上の利益を有する者』を行政処分により『法律上の利益』を侵害された者（または侵害されるおそれのある者）と捉えている。前者の理解は、救済法ないし手続法の見地から『法律上の利益』を理解するものであるのに対し、後者は、『法律上の利益』を実体法的に捉えるものである。この2つの概念を結びつけると、実体法的な『法律

⁷⁴ 高木光『行政訴訟論』（有斐閣、2005年）291頁

⁷⁵ 同・前掲注（74）297頁

⁷⁶ 山本隆司・前掲注（70）439頁

⁷⁷ 宮田三郎『行政法の基礎知識（5）』（信山社2006年）106頁

⁷⁸ 同・前掲注（77）107頁以下

上の利益』を侵害された者に、救済法上の『法律上の利益』が認められるということになる」⁷⁹。思うに、実体法的な「法律上の利益」の侵害の有無というのは本案審査の問題であり、判例法理に対しては、訴訟要件の審理の段階で実体審理を持ち込み、訴訟要件を厳格化しているのではないかの疑念が生じる。

関連して、最判平成21年10月15日民集63巻8号1711頁(サテライト大阪事件)に係る調査官解説は次のように説明している。「処分の根拠法規の解釈を通じて、当該法規が周辺住民等の個別的利益を保護する趣旨で行政権に制約を課しているか否かをまず検討するというのが本来あるべき検討の順序である」が、場外施設の「設置の許可等の取消しを求める周辺住民等から、多種多様な利益侵害が主張されるのが常であり、当該施設の運営によりどのような被害が生ずるかということ自体に大きな争いが存するのが一般である」。そして、「ある処分に伴い発生する利益侵害の内容、性質がどのようなものかという問題は、一般的に、根拠法規がそのような利益を個別的利益として保護していると解されるか否かという問題と一応の相関関係をもっているものである」。「したがって、……違法な処分がなされた場合に害されることとなる利益の内容及び性質を、当該利益が根拠法令により保護されているか否かに先立って検討するのは、法的保護に値する利益説のように、当該利益が法的保護に値するかという、いわば裸の利益衡量を行うためではない」(下線筆者)⁸⁰。

清野正彦調査官は、事例によっては「違法な処分がなされた場合に害されることとなる利益をまず検討する」という手法の正当性をこのように弁明しているが、「法律上の利益を有する者」の解釈についての両説に実質的な差異はないことの証左のように思われる。このような手法も、9条2項に定められた考慮事項を考慮していることにはかわりはなく、むしろ、このような手法による判断の方がなじむ事案も少なくないと考えられている⁸¹。両説の対立を止揚すべく、阿部教授は、「『個別具体的』と

⁷⁹ 芝池義一・前掲注(73)59頁

⁸⁰ 清野正彦『最高裁判所判例解説民事篇平成21年度(下)(7月～12月)』(法曹会、2012年)682頁以下。鶴岡稔彦裁判官は、「重大な利益侵害が生じている……とすれば、そういう利益が根拠法規で考慮されていないわけ」はないという解釈を「一種の逆流解釈」と名付けている。小早川光郎編『ジュリスト増刊・改正行政事件訴訟法研究』(2005年)71頁

⁸¹ 南博方・高橋滋・市村陽典・山本隆司編『条解行政事件訴訟法〔第5版〕』(弘文

いう要件を放棄して、法律が保護する射程範囲内に入るかどうか（ただ、それが全国民に広がらないように限定を加える）という、『緩和された法律上保護された利益説』を導入すべきである」⁸²と主張している。

野呂充教授は、「本判決は、行訴法 9 条 2 項にいう利益の内容・性質や侵害の態様・程度について具体的な検討をしていない。本件控訴審判決は『侵害思考』になお片足を残していた感があるが、本件最判は、『侵害思考』から明確に距離を置き、本件については、法および本件細則 8 条の趣旨・目的から個別的利益保護の趣旨を導いたものということができる」⁸³と述べている。確かに、原審判決は、「本件細則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」と判示した上で、「本件細則の規定に違反した違法な納骨堂の経営及び施設変更が許可され、その結果、死者を悼む静謐な施設として備えるべき基本的な配慮を欠く納骨堂が周辺住民等に無防備な形でさらされるような状態になった場合には、周辺住民等に対し、一般人の通常の宗教的感情に照らして受け入れ難いような重大な精神的苦痛を与えるおそれがないとはいえず、このような精神的苦痛が当然に受忍限度内のものであると解することはできない」とする。他方、多数意見においては「本件細則 8 条は、墓地等の所在地からおおむね 300 m 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穏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」と述べるにとどまっている。

（２）個別保護要件の要否

小早川教授は、第三者の原告適格に係る判例理論を次のようにパラフレーズしている。原告適格が認められるためには、①当該処分が原告の一定の利益に対する侵害を伴うものであることを要し（不利益要件）、②

堂、2023 年）340 頁（定塚誠・澤村智子執筆）

⁸² 阿部泰隆・前掲注（10）107 頁以下。白藤博行教授は、「緩やかな法律上保護された利益説」と「厳格な法律上保護された利益説」と表現している。前掲注（14）166 頁

⁸³ 野呂充・前掲注（35）253 頁

その利益が当該処分に関する個別行政法令により保護される利益の範囲に含まれることを要し(保護範囲要件)、③その場合の立法の趣旨が、その利益を一般的な公益としてではなく原告ら関係者自身の利益として個別に保護するものであることを要する(個別保護要件)。③の考え方は、個別行政法令が一般的な公益に吸収されない当該第三者自身の利益として個別に保護している場合にのみ当該第三者に原告適格が認められるというものである。同教授は、③の考え方は現実の立法の実態からいっても考え方そのものに無理があるとし、2004年の改正で追加された9条2項が利益侵害の態様を勘案すべきものとしている点は、個別保護要件の例外、すなわち、個別行政法令に個別保護の趣旨が含まれていない場合でも第三者の原告適格を肯定する余地を認めているものとも解されると述べている⁸⁴。

芝池義一教授は、「原告が侵害されたと主張する権利や利益が取消訴訟による救済に相応しいものであるとき、『原告適格がある』と表現される」、「取消訴訟は権利利益の保護のための訴訟(主観訴訟)であるから、ある主体に原告適格が認められるためには、保護されることを求める権利利益がその主体に固有のもの(固有利益)である必要がある」(下線筆者)⁸⁵と説明している。

学説で有力な「保護に値する利益説」でも、①と②のテストは必要であり、②のテストを要求しないのは、「事実上の利益説」である。判例と「保護に値する利益説」が対立しているのは、③のテスト(個別保護要件)である。

小早川教授は個別保護要件不要説を唱えており、宇賀裁判官は、意見において「個別的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。橋本博之教授は、「『個別保護要件』の問題は、主観訴訟と客観訴訟の切り分けの基準なのであり、この点について改正行訴法は何ら変更を予定しないと解される」⁸⁶と述べる。

塩野宏教授は、小田急訴訟大法廷判決(平成17年12月7日)について、「付近住民の健康等が法の保護要件一般に含まれるとした上で、その保護利益が一般的な公益に解消されえないものであること……と、より具

⁸⁴ 小早川光郎・前掲注(17)257頁～261頁

⁸⁵ 芝池義一・前掲注(73)53頁

⁸⁶ 橋本博之『行政判例と仕組み解釈』(弘文堂、2009年)120頁

体的に住民の範囲を確定する……という二段階の切り出し作業を、改正法の下での解釈運用として、より明確に行っているところが注目される」(下線筆者)⁸⁷とした上で、「最高裁判所は、処分要件、(抽象的)個別保護要件、(具体的)個別保護要件の定式を維持しており、改正法は、この点につき変更していないと見ていると解される。個別保護要件は、改正法において一部放棄されたとする見解もあるが……、裁判実務は、小田急訴訟大法廷判決を含め、そのような立場をとっていない」⁸⁸と述べている。また、「新たなカテゴリーをたてることは、二段構えの個別保護要件認定の柔軟な運用を排除する効果を持つこととなる点にも留意する必要がある」(下線筆者)⁸⁹とも述べている。

阿部泰隆教授は、法的保護に値する利益説は法律上保護された利益説の「狭さ、制定法準拠主義を批判して、重要な利益が害されれば、原告適格を肯定するものとして正当であるが、ただ、行政法規の保護範囲内に入らなければいずれにせよ違法ともならないので、法律上保護された利益説がそれ自体で誤りであるともいえない。しかし、判例のように個別保護要件を課すのは、条文上個々人の利益を保護するという趣旨の言葉が入っているわけではないので、不可知論になるし、原告適格を狭くしてしまう。そこで、原告適格は、法律の保護範囲内に入っていれば、個別保護要件を必要とせず、『相当の不利益』を受ければ認めるべきである」「原告適格の拡大のために中間的利益・凝集利益・集合的利益等の理論構成がある……が、筆者はそんなに面倒な理論構成をするのは、原告適格の立証責任を課される原告に無用の負担を課すものと思う」(下線筆者)⁹⁰と述べている。原告適格を拡大し、その立証責任のハードルを下げる阿部説に賛同できる。これまで学説・判例で汗牛充棟の議論を重

⁸⁷ 塩野宏・前掲注(72)143頁

⁸⁸ 同・前掲注(72)147頁

⁸⁹ 同・前掲注(72)149頁

⁹⁰ 阿部泰隆・前掲注(10)『行政法再入門下〔第2版〕』118頁。宮田三郎教授は、原告適格に関する「学説は、最近、複雑で難解なものに理論化される傾向にあり〔注で藤田宙靖最高裁判事の許可可処分に対する第三者の法的立場を論じた学説を挙げている〕、むしろ訴権を制限するものとして機能することが懸念される。原告適格論は、単純明快で、分かりやすいものでなければならない、複雑で難解であるから高度な理論であるとは限らない、というべきである」と述べている。『行政訴訟法(第2版)』(信山社、2007年)114頁

ね、「解釈疲れ」の様相を呈している原告適格の線引きについて、山本隆司教授は、「原告適格の判定と本案審理の振分けの問題であり、原告適格判定のための審理を過重にせず本案審理に入るよう緩やかに線引きを行うべきであるという以上に、一般的・理論的な解を示すことはできない」⁹¹と総括的に述べている。

(3) 生活環境利益と個別保護要件

小澤久仁男教授は、「本判決の争点は、生活環境利益を個別的利益として認め、もって原告適格を肯定できるのかであった。もっとも、生活環境利益は多数の住民が享受しており、一般公益に吸収解消される可能性が高く、当該利益の主張は判例上否定される傾向にある」⁹²と述べる。

桑原勇進教授は本判決について、「ここでの生活環境利益を、嫌忌施設に起因する精神的苦痛を受けない利益(別言すれば、精神の平穏が乱されないよう日常生活を送る利益)と理解しており、また、このような利益が、墓埋法1条が保護目的の一つとしている『宗教的感情』に含まれるものと理解していることが窺われる」「墓地等による精神的苦痛を受けないことが『宗教的感情に適合』(墓埋法1条)することに含まれると解するのであれば、ここでいう生活環境利益は、いわゆる保護範囲要件を問題なく満たしているといえる。専ら問題となるのは、個別保護要件である」⁹³と解析している。また、「本判決は、これまでの判例による限り認められそうもない、主観的・感情的な平穏生活利益について個別保護要件充足性を認めた点で、原告適格に関する従来の判例から離れる」⁹⁴とし、「本判決によるならば、いったん保護範囲要件が肯定されれば、個別保護要件の充足は、これまでに比べてかなり容易に認められることになるはずである。／逆に、本判決は、第三者の原告適格が認められなくなるような立法技術を開発するヒントになるかもしれない」とし、法の

⁹¹ 山本隆司・前掲注(70)470頁

⁹² 小澤久仁男・前掲注(8)3頁

⁹³ 桑原勇進・前掲注(25)2頁

⁹⁴ 同・前掲注(25)4頁。亘理格教授は、『『人家』の居住者である一般住民にも、その心理的ないし精神的な利益に個別的保護利益性を認めた点に、本判決の画期的意義がある。』と説明している。「判批」ジュリスト臨時増刊「令和5年度重要判例解説」43頁

許可であれば、保護対象となる施設を広く取り、規制の理由を「生活環境」ではなく、「公共の福祉」としておけば、第三者の原告適格が認められにくくなると指摘している⁹⁵。これは、平成12年判決の大阪府条例と本件事案の大阪市規則との表層的・形式的な表現の違いから結論を導く悪しき「仕組み解釈」が立法段階に及ぶことへの警戒である。

大阪府条例7条1号の意義が問われた平成12年判決は、同条のただし書である「公共の福祉の見地から支障がないと認めるときは、この限りでない」という文言を以て、個別保護要件を否定する一つの理由としたようにも見受けられる。この点に関し、桑原教授は、「もし『公共の福祉』の内実が人の生命や身体であるとすれば、個別保護要件が満たされると解される余地が十分に存するであろう」から、「行政法規に『公共の福祉』や『公益』といった文言が用いられているからといって、それが『個々人の個別的利益』としての保護という趣旨を有さないという結論に直結するわけではないので」、「平成12年判決の論理は、その意味ではもともと不適切ではあった。『法令の規定の文言のみによることなく』とする行訴法9条2項が存する現在においては、到底採れない解釈の仕方である」⁹⁶と批判している。訴えを門前払いするために、判例は概して前例踏襲で訓読学的処理で方（片）を付ける嫌いがあるように見受けられる。平成12年判決もその一つであろう。

他方、桑原教授は、「本件細則が『人家』という施設に着目して『生活環境』を保護する趣旨だとすると、なぜ個別保護要件が肯定されるのか、その理由は明確とはいえない」「『生活環境』だからといって必ずしも個別保護要件の充足が認められるとは限らない。大阪サテライト事件で最高裁（最判平成21・10・15日民集63巻8号1711頁）が、『交通、風紀、教育など広い意味での生活環境……は、基本的には公益に属する利益というべきであって、……個々人の個別的利益としても保護する趣旨を含むと解するのは困難といわざるを得ない。』と述べていた」（下線筆者）⁹⁷と指摘している。板垣勝彦教授も、原審判決に関し、「違法な納骨堂の経営等が許可されれば、……周辺住民等に対し、受忍限度を上回る『一般人の通常の宗教的感情に照らして受け入れがたいような重大な精神的苦

⁹⁵ 桑原勇進・前掲注（25）4頁

⁹⁶ 同・前掲注（25）2頁

⁹⁷ 同・前掲注（25）3頁

痛を与えるおそれ』が生じることも否定できないとした。『国民の宗教的感情』を保護するという墓埋法の目的について判断を加えた従来の裁判例に照らしても……侵害の内容及び性質を相当重くみた思い切った判示といえよう」⁹⁸と述べ、従来の判例との不連続を指摘している。もっとも、その結論は、個別保護要件不要説の立場からは是認できよう。

2 行訴法9条2項の解釈

行訴法9条2項は、「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、当該法令の趣旨及び目的並びに当該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するものとする」と規定している。塩野教授は、「判例は法律上保護された利益説に立ちつつも、実質的には法律上保護に値する説に近づく傾向を見せていた傾向がある。改正法は、この状況を前提として、解釈基準を挿入したものである」⁹⁹と説明している。

同項は、先ず「当該処分又は裁決の根拠となる法令(根拠法令)の規定の文言」のみによることなく、①「当該法令の趣旨及び目的」と②「当該処分において考慮されるべき利益の内容及び性質」という二つの考慮事項を挙げる。次に、①を考慮するに当たっては、③「当該法令と目的を共通にする関係法令があるときはその趣旨及び目的」をも参酌するものとし、②を考慮するに当たっては、④「当該処分又は裁決がその根拠となる法令(根拠法令)に違反してなされた場合に害されることとなる利益の内容及び性質並びにこれが害される態様及び程度」をも勘案するものとする。そこでは、①と③、②と④がそれぞれ対になっている。

今次の立案関係者によると、「参酌」と「勘案」は、どちらも「考慮」に類する用語として用いられるが、「参酌」は、いろいろの事情、条件等を参照して考慮に入れることを、「勘案」は、いろいろの関連のある事柄

⁹⁸ 板垣勝彦「判批」判例地方自治495号42頁

⁹⁹ 塩野宏・前掲注(72)133頁。藤田宙靖教授は、9条2項に対して、異例の内容を持つとし、「一定の条文についての解釈のあり方を指示することまでが、立法府に許されることなのか否かについては、理論的に問題があり得るように思われる」と指摘している(『新版行政法総論(下)』(青林書院、2020年)84頁)。ただ、これほど詳密ではないが、生活保護法5条、地方自治法2条12項など、法制執務的にはこれまで解釈規定は用いられている。

をよく引き比べてそれを考慮に入れることをいうものとして、法令の規定の用語としても使い分けがされているとのことである¹⁰⁰。用語的にも、「根拠法令」に横から組み入れる余地のない「下位法令」が、参酌対象となる「関係法令」に含まれないことは明らかであろう。

塩野教授は、「改正法制定の趣旨は、第三者も法律上の利益を有する場合のあること（反射的利益論の機械的適用の否定）、直接の根拠条文のみならず広く関係法令の趣旨目的にまで視野を広げること（根拠条文の形式的文言解釈の否定）、被侵害利益の状況を視野に入れることである」¹⁰¹と述べている。また、稲葉馨教授は、9条2項の趣旨を「基本指針」「関連法令にまで目配りした上での根拠法令の趣旨・目的理解」「被侵害利益の実質と侵害実態を重視した利益判断」「全体として柔軟な判断を求めらる中で、一方では、法令の趣旨・目的解釈における視野の拡大、他方では、利益侵害の実態からのアプローチを促すものといえよう」¹⁰²と整理している。

（1）用語の整理・分析

村上裕章教授は、小田急線高架化事件の判批において、行訴法9条2項の用語の整理・分析を体系的に行っている。同教授は、処分等を定める規定を「根拠規定」、根拠規定を含む法令を「根拠法令」と呼び、行訴法9条2項は両者を区別しているとする。本件事案では、法10条が根拠規定ということになる。そして、「原告適格を認める根拠となるのが根拠法令であるのか、根拠規定であるのかについては、従来から議論があった」¹⁰³とし、「同じ法令に複数の処分が規定されることがあること、また、その当否は別として、川崎市開発許可判決のように、各号ごとに細かく原告適格を判断する手法が採用されていることからすると、最終的な決め手となるのは根拠規定ではないかと思われる」¹⁰⁴と述べる。

¹⁰⁰ 小林久起『司法制度改革概説3行政事件訴訟法』（商事法務、2004年）222頁。小早川光郎編ジュリスト増刊『改正行政事件訴訟法研究』（2005年）76頁（村田斉志発言）

¹⁰¹ 塩野宏・前掲注（72）139頁

¹⁰² 稲葉馨「行政訴訟の当事者・参加人」磯部力・小早川光郎・芝池義一編『行政法の新構想Ⅲ行政救済法』（有斐閣、2008年）75・76頁

¹⁰³ 村上裕章・前掲注（71）156頁

¹⁰⁴ 同・前掲注（71）157頁

他方、村上教授は、行訴法9条2項が「考慮」要素としている「根拠法令の趣旨・目的」とは、原告適格を認める趣旨を指すのではなく、「根拠法令の一般的な立法目的を指すと解すべきであろう。小田急判決の表現を借りるならば、根拠法令が根拠規定を通じて個々人の個別的利益として保護しているか否かを、根拠法令の一般的な立法目的を考慮して判断すべきである、という意味に解するのが合理的である」（下線筆者）¹⁰⁵と述べている。

（2）根拠法令と関係法令

「関係法令」について、立案関係者は、「処分又は裁決の根拠となる法令の趣旨及び目的を考慮するに当たって『当該法令と目的を共通にする関係法令の趣旨及び目的をも参酌するものとする』と定められた趣旨は、今日の複雑多様化した立法や行政の在り方を原告適格の判断に十分反映するためには、行政過程における利害調整の在り方において関連性を有する他の法令の趣旨及び目的をも十分に参酌することが必要かつ適切であることを明らかにし、そのような参酌がされるべきことを定めることにより、原告適格の判断が適切にされることを担保することにあります」「一般的には、目的を共通にするか否かは、目的規定の文言や規定振りのみによって判断されるものではなく、それぞれの法令の趣旨や、その法令が別の法律の特別法か否かなどの法体系上の位置付けなどを踏まえ、その法令が全体としてどのような国民の利害調整を行おうとしているのかという観点から法令の目的を解釈して判断されるべきものと考えられます」（下線筆者）¹⁰⁶としている。

「行政過程における利害調整の在り方」とは、具体的な行政執行過程のことを指していると解されるが、今一つ論旨が分かりにくい。宇賀教授は、「目的を共通にする関係法令が制定されたため、根拠法令の趣旨・目的が変容することがあるが、その場合、根拠法令の規定の改正が行われないことはまれではない」（下線筆者）と述べており（四の1）、その説明に合点がいく。

芝池義一教授は、「当該〔根拠〕法令と目的を共通にする関係法令」という修飾語にはあまり意味がないのではないかとと思われる」とし、「9条

¹⁰⁵ 同・前掲注（71）158頁

¹⁰⁶ 小林久起・前掲注（100）218・219頁

2項の関係法令に関する規定は、『当該法令と何らかの関連性（例えば、航空機〔の離着陸〕や公害防止計画という規律の対象の共通性）を有する関連法令の趣旨・目的を考慮することを求めるもの』という程度に緩やかな解釈が考えられる」¹⁰⁷と述べる。

中原茂樹教授は、「根拠法令自体からは抽象的な目的しか導き出せない場合に、根拠法令の目的と関連のある関係法令を探索したうえで、当該関係法令の目的を手がかりとして、根拠法令の具体的な目的を導き出すことになる」（下線筆者）。例えば、新潟空港訴訟判決（最判平成元年2月17日）は、「航空法の関係法令として航空機騒音障害防止法の目的を参酌することにより、航空法の目的（航空機の航行に起因する障害の防止）の中に航空機騒音障害防止が含まれることを導き出」していると指摘している¹⁰⁸。また、「許可基準等を定める法律の規定の委任を受けた施行令や施行規則等の規定は、行訴法9条2項にいう『処分……の根拠となる法令』そのものであって、『関係法令』ではない。すなわち、処分の根拠となる法律とその委任を受けた命令とが一体となって、『根拠となる法令』（『法律』ではなく『法令』とされていることに注意）を構成している」（下線筆者）としつつ、区別が微妙な場合として、法の施行条例・細則を挙げている¹⁰⁹。

村上裕章教授も、「係争処分の根拠規定等に基づいて制定された政省令等（以下「下位法令」という）について、これを『関係法令』と解する下級審裁判例等がある。しかし、……従来関係法令とされてきたのは根拠法令とは別個の法令であり、下位法令をこれに含めることには疑問がある。また、下位法令は根拠法令・根拠規定の趣旨に反することはできないから、下位法令に独自の意味を持たせることは『下克上の解釈』である。したがって、下位法令は、原則として、根拠法令・根拠規定の趣旨・目的を解釈するための『手がかり』ないし『補強』以上のもので

¹⁰⁷ 芝池義一・前掲注（73）66頁

¹⁰⁸ 中原茂樹『基本行政法〔第4版〕』（日本評論社、2024年）333頁

¹⁰⁹ 同・前掲注（108）332頁。同教授は、法の「許可要件を条例や規則で定めた場合、委任条例や委任命令には当たらず、許可要件と裁量基準「いずれの見解によっても、……条例・規則は法令としての性格を有するから、行訴法9条2項との関係では、根拠法令または関係法令……として考慮される。」と述べるにとどまっている（前掲注（108）342・343頁）。

はないと考えるべきである」(下線筆者)¹¹⁰と正当にも述べている。中原教授も指摘するように、「下位法令」は「根拠となる法令」を構成していると解すべきで、「関係法令」ではなかろう。本稿筆者は、委任規定なく制定される施行条例も「下位法令」に含まれると考えている。

村上教授は、続けて、「もっとも、下位法令が決定的な意味をもつ場合もないではない」(下線筆者)とし、風営法3条1項の風俗営業の許可について、風営法自体は公益保護を目的とするが、政令において個々人の個別の利益を保護することを禁じているわけではないとする判例(国分寺市パチンコ店営業許可判決)や、「サテライト大阪判決の事案のように、処分要件が法律に規定されず、下位法令の定めに従われている場合も同様であろう。／他方で、告示や通達等の行政規則については、国民の権利義務に関わらないことから、これを正面から考慮することは許されず、参考資料の一種にとどめるべきである」(下線筆者)¹¹¹と指摘している。

思うに、本件事案のような場合、正確には「係争処分の根拠規定等」に基づいて制定された政省令等ではないが、不完全な法を施行するために制定された自治立法であり、法を「補完するもの」と位置づけられているので、「下位法令が決定的な意味をもつ」余地はないわけではない。

橋本博之教授は、「必要的考慮事項の趣旨は、個別の行政処分の際に行政庁が法令上考慮しなければならないとされる要素(処分要件)を拡大し、そのことによって原告適格の拡大を図ることである」(下線筆者)¹¹²としつつ、「筆者は、環境影響評価法や航空機騒音障害防止法をピックアップして必要的考慮事項の具体例とする論法について、悪しき『仕組み解釈』に逆転する危惧を感じる部分がある。原告適格の実質的拡大のため、憲法を含む法体系全体を踏まえ、かつ、個々の行政法令の

¹¹⁰ 村上裕章・前掲注(71)158・159頁。大橋寛明調査官も最判平成9年1月28日民集51巻1号250頁の解説において、都市計画法が「公益とともに個人的利益をも保護していると解すべきか否かは、同法自体の解釈により決すべきものであり、これら下位法令の内容によって左右されるべきものではないが、同法の趣旨をうかがい知る手がかりとなるものであり、前記のような同号の解釈を補強するものということができる。」と指摘している。『最高裁判所判例解説民事篇平成9年年度(上)(1月～3月分)』(法曹会、2000年)149頁

¹¹¹ 同・前掲注(71)159頁

¹¹² 橋本博之『解説改正行政事件訴訟法』(弘文堂、2004年)45頁

文言のみにとらわれない適切な解釈論が望まれる」(下線筆者)¹¹³と展望を述べる。

3 本件細則は根拠法令か関係法令か

原審判決は、「本件細則1条が、墓埋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、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」(下線筆者)と判示する。そして、「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)と述べ、付近住民の原告適格を認めた。

他方、多数意見は、その点に関する原審の判断とは異なることを積極的に明示することなく、また、理由を示すことなく、「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、……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」(下線筆者)と判示している。

板垣勝彦教授は、原審が本件細則を「墓埋法そのものではなくそれと目的を共通にする『関係法令』と位置付けている(行訴法9条2項)…。これは前述したような墓埋法の特性から、同法を施行するために都道府県等が制定している条例・規則は同法の具体的な委任によるものではなく、いわば執行命令的な条例・規則として定められたものとみているためであろう」と述べ、注で「東京地裁平成22年4月16日判決(……)以来、多くの下級審判決が、同様の論理で施行条例の『関係法令』性を認めている」(下線筆者)¹¹⁴とする。板垣教授は、法の具体的な委任に基

¹¹³ 同・前掲注(112)46頁

¹¹⁴ 板垣勝彦・前掲注(98)41頁。山田真一郎准教授は、多数意見について、「許可基準の実質的な定めがある本件細則を関係法令と位置づけるよりも素直に処分の根拠法令つまり本体とした方が規律の密度からみても実態に合うということではな

づく条例・規則の場合を留保しつつも、特段のコメントをしていないが、次の理由により、「施行条例・規則の『関係法令』性を認める」ことに対しては賛成できない。

第1に、「関係法令」とされるのは、根拠法令の趣旨・目的に横から変容を与え得るような同位の法令であり、根拠法令の下位法令である施行条例をこれに含めることには疑問がある¹¹⁵。第2に、下位法令である施行条例を「関係法令」として位置づけ、その解釈を原告適格の判断要素とすることは「下克上の解釈」というべきである¹¹⁶。これらの批判は、委任条例・規則の場合においても当てはまる。加えて第3に、法からの個別具体的な委任のない執行命令的な規則に関しては、住民の権利利益を制約する「法規」該当性がなく、「関係法令」の議論以前に、行政規則としての裁量基準にとどまるというべきである。よって、本件細則において、墓地等の所在地が、学校、病院及び人家の敷地からおおむね300m以内の場所にあるときは、当該許可を行わないものとする旨規定している部分は、裁量基準として「参考資料の一種」(村上裕章教授)として扱われるという理路をたどるはずである。

亘理格教授は、「原判決のように、本件細則8条の規定をあくまでも『関係法令』(行訴9条2項)として位置づけた上で周辺住民の原告適格を肯定しようとするれば、根拠規定である法10条自体が当該周辺住民の生活環境上の利益を個別的に保護する趣旨を含むと判断することとなり、それ故、平成12年最判の変更は避け難かったと思われる¹¹⁷と述べる。「関係法令」の趣旨及び目的は、「根拠法令」のそれらを考慮する際の参酌要素であり、その検討作業を通して、「根拠法令」自体の趣旨及び目的が「変容」を受けたことを認識することになるのであるから、亘理教授の説示は正当なものと考えられる。

米田雅宏教授は、「法10条の保護規範性を明確に否定した平成12年判決を前提に規則の保護規範性を認めるのであれば、少なくとも法1条

いだろうか」と推測している。「判批」自治総研548号(2024年6月号)61頁

¹¹⁵ 村上裕章・前掲注(71)159頁参照

¹¹⁶ 同・前掲注(71)159頁。村上教授は、「下位法令は、原則として、根拠法令・根拠規定の趣旨・目的を解釈するための『手がかり』ないし『補強』以上のものではないと考えるべきである」と指摘している。

¹¹⁷ 亘理格・前掲注(94)43頁

〔ないし法全体〕は規則で個別的利益を保護することも想定していると積極的に読む必要があろう」（下線筆者）と指摘し、続けて、「時にそれが『自主的な処理』の結果として要綱で定められた場合には、『関係法令』としての位置づけさえも与えられなくなることを懸念するゆえである」¹¹⁸と述べている。

ここでの記述に関し、理解が及ばないのであるが、善解すると、法からの委任のない規則には「法規性」がなく「法令」にも該当しないので、法1条ないし法全体を指摘のように積極的に読まない（例えば、黙示の委任）原告適格を導き出せないということであろうか。ただ、そう読むことがどうして「要綱で定められた場合」に、「『関係法令』としての位置づけ」を与えられることになるのかが筆者には理解できなかった。

野呂充教授も指摘するように、「行政規則たる裁量基準は、行訴法9条2項にいう『関係法令』（傍点は筆者によるもの）とは言い難いため、原告適格の有無の判断にあたって裁判所は考慮する義務がない」が、「それ以外の規範を考慮に入れることを禁止しているわけではないであろう。そうすると、法律の趣旨に反しない内容の裁量基準が行政庁の裁量権の行使をき束しており、当該裁量基準が周辺住民の利益を保護する役割を有している場合、当該裁量基準も考慮に入れて原告適格を認めることも不可能ではない」¹¹⁹であろう。その場合、「要綱で定められた裁量基準」は、法令ではなく「関係法令」としての位置づけを与えることはできず、村上教授が述べるように、根拠法令・根拠規定の趣旨・目的を解釈するための「参考資料の一種」ととどまると考えるべきであろう。宇賀教授が指摘するように、「関係法令」であれば、根拠法令の趣旨・目的に変容を及ぼすこともあり得るという性格的位置づけがあるのである（四の

¹¹⁸ 米田雅宏「納骨堂の所在地周辺に居住する者らの原告適格」法学教室516号108頁。野呂教授は、「裁量基準であっても条例・規則で定められている場合は、行訴法9条2項にいう『関係法令』として考慮することができるという指摘がある」と述べ、中嶋直木「裁量基準の条例化に関する諸論点」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年）61頁以下を引用している。前掲注（1）528頁

¹¹⁹ 野呂充・前掲注（1）528頁。仲野武志教授は、「処分要件と考慮事項はおよそ相互排他的な概念か」と指摘している。「公権力と公益」磯部力・小早川光郎・芝池義一編『行政法の新構想Ⅰ行政法の基礎理論』（有斐閣、2011年）82頁

1)¹²⁰。

以上の検討から、行訴法9条2項との関連では、(法からの個別具体的な委任がなくても)法律施行条例は法の下にあって「根拠法令」を構成するもの、独立条例の場合は「関係法令」と考えられる余地がある¹²¹。他方、規則については、即自的に法規を創造する力はなく、そこでの規定内容は裁量基準にとどまる。行訴法9条2項との関連では、「根拠法令」としては認められず、「参考資料の一種」ととどまると解される。

七 終わりに

本件訴訟で意見書を提出した野呂充教授は、本件最判の意義を三つ挙げている。第1は、先例である平成12年判決の射程の限定と事実上の判例変更である。第2は、原告適格を認める根拠とされた利益について、「物理的要因ではなく、主観的・心理的な要因による生活環境の悪化に対する保護を受けられる利益を一般住民の個別的利益として認めた例は、過去には見られない」。第3に、「法10条による許可基準を具体化する条例や地方公共団体の長の規則の効力について」、「法的拘束力のない裁量基準と解する学説や裁判例もあったが」、「本件細則の法的拘束力を認め、この問題に実務上の決着をつけた」ことである¹²²。

原審判決のロジックを貫徹し、下位法令である本件細則を「関係法令」と位置付け、地方自治体(の長)が裁量により、本件細則の趣旨及び目的の中に、住民等の個々人の個別的利益の保護を取り込むことができると解する場合は、法10条「自体」が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含むことになるという論理矛盾をはらみ、平成12年判決の判例変更は必須だったということになる(亘理教授も同じ指摘をしている。)。他方、本件細則を「根拠法令」を構成するとする多数意見のロジックは、原審のような論理矛盾は来さないものの、法10条自体は住民等の個々人の個別的利益の保護を含んでいないと解

¹²⁰ 宇賀克也・前掲注(16)203頁

¹²¹ 湊二郎教授は、小田急最高裁大法廷判決(平成17年12月7日民集59巻10号2645頁)は、公害対策基本法及び東京都環境影響評価条例を都市計画法の「関係法令」とみてると解されると述べている。前掲注(21)331頁

¹²² 野呂充・前掲注(35)264・263頁

釈するにもかかわらず、地方自治体（の長）が裁量により、（法規創造力のない）下位法令である本件細則にその趣旨を含ませることを認め、無理筋の「下克上の解釈」を容認することになる。

本稿は、主に野呂教授のいう第3の意義について考察を加えたものである。すなわち、本稿の立場では、「裁量基準」（行政規則）としての性格を有するにすぎない本件細則を根拠に第三者の原告適格を導き出すことは到底できないと考えるが、多数意見はその論拠について一切言及することなく、「条例又は規則で」と単調・平板に述べるだけで、争点化すらしていない。立論において、「法規創造力」の有無という法形式論に傾いた嫌いはあるが、以上の論拠から、本件事案において、原告適格を認める場合は、宇賀意見が述べるように、法10条1項自体が周辺住民の生活環境上の法益を個別的に保護する趣旨であり、本件細則は原告適格を認められる者の範囲を定めたものにすぎないと解することになろう。本件は、判例変更すべき事案ではなかったのかと思考する。裁判所は、行訴法9条2項を受けて「判例政策」を遂行するという目標を遂げるためには、丁寧な論理展開が必要なのではないか。また、宇賀意見に対しても、「根拠法令」と「関係法令」の関係について論証不足の感を禁じ得ない。

法には委任条項がないが、判例は、法規としての許可基準に係る規則が有効であることを前提として原告適格の判断を行っている。そして、そのことを特段疑問視する評釈も散見されない中¹²³、本稿は蠅螂の斧のごときものである。また、行訴法9条2項の実務の運用に対し、時計の針を逆戻りさせるような内容とも言えるが、愚直に論理内在的な検討を行った積もりである。原告適格の検討に際し、「参考資料の一種」とどまるとされる裁量基準（行政規則）から導かれる任意的考慮事項の法的拘束性の考察は他日を期したい。

¹²³ 山田真一郎准教授は、「墓理法10条を受けて定められた許可基準が条例によって形作られたものであるにせよ、あるいは規則によって形作られたものであるにせよ、原告適格判断の際にその趣旨が考慮されることとする考え方が本判決によって固まったものとみてよいと考える。」と述べている。前掲注（114）60・61頁