



Title	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
Author(s)	野呂, 充
Citation	阪大法学. 2023, 73(3), p. 266-221
Version Type	VoR
URL	<a href="https://doi.org/10.18910/92714">https://doi.org/10.18910/92714</a>
rights	
Note	

*The University of Osaka Institutional Knowledge Archive : OUKA*

<https://ir.library.osaka-u.ac.jp/>

The University of Osaka

# 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——

野 呂 充

## 1 はじめに

本稿は、墓地、埋葬等に関する法律（以下「法」という。）10条1項・2項に基づく納骨堂の経営許可およびその施設の変更許可の取消訴訟（以下「本件訴訟」という。）における周辺住民の原告適格等について、原告側代理人の依頼を受けて、2021（令和3）年9月9日付けで作成し、大阪高等裁判所に提出した意見書（以下「本意見書」という。）を収録するとともに、解題を付すものである。本意見書には、若干の誤記の訂正以外の変更は加えていない。以下では、本意見書の解題として、本件訴訟の経緯、本意見書の意図、本意見書提出後に言い渡された判決と本意見書との共通点および違い等について述べる。

## 2 本件訴訟の経緯

大阪市長が、宗教法人であるA寺に対して、2017（平成29）年2月27日付けで、法10条1項に基づき納骨堂（以下「本件納骨堂」という。）の経営許可をし、その後、2019（令和元）年11月26日付けで、同条2項に基づき本件納骨堂の施設の変更許可（以下、これらの許可を併せて「本件経営許可等」という。）をした。本件納骨堂の設置・経営に反対する、本件納骨堂の周辺の住民や会社が、本件経営許可等の取消しを求めて本件訴訟を提起した。なお、本件納骨堂が経営される土地は、大阪市内の都市計画法上の第1種住居地域内にあ

[1]

## 納骨堂経営許可等取消訴訟

り、本件納骨堂は、鉄筋コンクリート造地上6階建て（高さ24.5m、建築面積281.32㎡）で、納骨搬送機を設けるものであり、搬送式納骨堂格納基数は、6,000基を超えるものとされていた。

なお、近年、全国的に、永代供養を目的とする大規模な事業型納骨堂が、都市の交通利便性が高い場所に設置され、しばしば周辺住民等との間の紛争を発生させている。このようないわば現代型の納骨堂は、人口の都市化や少子高齢化等を背景とする都市住民の墓じまい需要に応えるものといえる。しかし、この種の納骨堂については、墓じまい需要をビジネスチャンスと捉えた営利企業が、許可基準上は納骨堂の経営主体となることができないにも拘らず、活動実績の乏しい宗教法人からの違法な名義借り等により経営するものとの疑念を向けられることがある<sup>(1)</sup>。こうしたケースにおいて、周辺住民が、許可基準に反する営利目的の施設が生活環境に影響を及ぼすことに反発し、また、大規模な納骨堂の集客が行き詰まるなどして経営破綻等の事態に至ることへ不安などもあり、納骨堂の設置・経営に強く反対することが多い。現実にも、最近、札幌市内の納骨堂「御霊堂元町」の経営破綻事例が全国的に大きく報道されているところである。大規模なビル型納骨堂、とりわけ、機械化された自動搬送式納骨堂は、通常地面の上に墳墓が配置される墓地とは異なり、将来にわたって継続的に相当の費用をかけてメンテナンス・修繕を行う必要がある。経営が破綻し、利用者が遺骨を引き取ることもできないような事態に陥ったり、納骨堂であった建物が荒廃した状態で放置されたりした場合、当該納骨堂が周辺環境に及ぼす影響は深刻であろう<sup>(2)</sup>。

第1審判決である大阪地判令和3年5月20日判タ1493号79頁（以下「本件第1審判決」という。）は、納骨堂の周辺の住民や会社の原告適格を否定して訴えを却下したため、原告が控訴した。本意見書が提出されたのはこの段階においてである。控訴審判決である大阪高判令和4年2月10日判自491号60頁（以下「本件控訴審判決」という。）は、周辺住民の原告適格を認めて、第1審判決のうち周辺住民の原告適格を否定した部分を取り消し、同部分につき事件を第1審に差し戻した。大阪市が上告したが、最高裁第三小法廷は、2023（令和5）年4月7日の弁論期日を経て、最判令和5年5月9日裁判所ウェブサイト

(以下「本件最判」という。)により、本件控訴審判決とは一部異なる理由により周辺住民の原告適格を認め、上告を棄却した。

### 3 本件最判の意義

本件最判は、特に、以下の3点において、新たな判断を示したものとして注目される。第1は、先例である最判平成12年3月17日判時1708号62頁(以下「平成12年最判」という。)の射程の限定、さらに、事実上の変更である。平成12年最判は、法10条1項に基づく墓地経営許可の取消訴訟における周辺住民の原告適格を否定していたが、本件最判は、許可基準を具体化する条例・規則の文言が、平成12年最判の事案と本件との間で異なることを理由に、平成12年最判の射程を限定し、本件納骨堂の周辺住民に原告適格を認めた。なお、法10条は、墓地、納骨堂または火葬場(以下「墓地等」という。)を許可の対象としているところ、本件最判は、納骨堂と他の施設とを区別せずに、墓地等の周辺住民の利益が個別的利益として保護される旨を説示している。さらに、主任裁判官であった林道晴判事の補足意見と宇賀克也判事の意見において、平成12年最判は行訴法2004(平成16)年改正を踏まえて見直されるべきとも説かれており、事実上の判例変更と評価することもできる。

第2は、原告適格を認める根拠とされた利益についてである。本件最判は、大阪市における法10条による許可の基準として「墓地、埋葬等に関する法律施行細則」(昭和31年大阪市規則第79号。以下「本件細則」という。)8条が定める距離制限規定につき、墓地等「の存在が人の死を想起させるものであることに鑑み」「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」と説示して、原告適格を認めている。騒音・振動や水質の悪化のような住民の生命・身体(健康)の被害をもたらすおそれのある物理的要因ではなく、主観的・心理的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最高裁判例は、過去には見られない。景観利益等の保護に関わる事例にも事実上の影響

を及ぼす可能性のある判断である。

第3は、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である。法には許可基準の具体化を他の法令に委任する規定がないことから、条例・規則が定める許可基準を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。<sup>(3)</sup>しかし、本件最判は、法10条は許可の要件が「条例又は規則により補完され得ることを当然の前提としている」と説示し、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。

#### 4 本意見書の公表の理由

本意見書を提出し、本件控訴審判決が言い渡された後、本件最判より前に、筆者は、民商論文<sup>(4)</sup>を公にした。同論文は、本意見書の内容を一部取り込みつつ、そこで論じられていなかった以下の諸点についても検討を及ぼしている。まず、本件訴訟の背景の事情として、墓地等をめぐる社会的状況（特に、都市の交通便利性の高い場所への大規模な事業型納骨堂の進出とその背景）について述べている（民商論文Ⅰ）。次に、墓地等の許可にかかる法制度の状況（特に、地方公共団体の条例・規則が定める許可基準の内容）について調査・整理している（同ⅡおよびⅤ1）。さらに、法10条による許可の基準を具体化する条例・規則の法的拘束力について検討している（同Ⅳ）。また、民商論文ⅢからⅤまでにおいて、従来の下級審裁判例の状況を、本意見書よりも詳細に整理・検討している。

これに対し、民商論文のうち墓地等の周辺住民の原告適格について法解釈論的検討を行った部分（Ⅴ2）は、本意見書で論じた内容と重なるところが多く、また、民商論文には、本意見書執筆後に得た情報や検討した内容も付け加えている。もっとも、原告適格に関する本意見書の内容がすべて民商論文に取り込まれているわけでない。また、本件最判の前述のような意義に鑑みれば、本件最判に至るプロセスの一端を知りうる資料として本意見書自体を公にするとともに、執筆時の意図等についてコメントしておくことにも、なにがしかの意味があると思われる。さらに、本件控訴審判決と本件最判の理由付けはかなり異

なり、当然のことながら、本意見書と共通する部分や異なる部分も、両判決の間で違いがある。この点についても後に整理・コメントすることにしたい。

その他、本意見書において検討の対象としたが、民商論文では触れていない点がある。大阪市は、納骨堂の経営許可等について、行政手続法5条にいう審査基準として「納骨堂経営等許可に係る審査基準」（以下「本件審査基準」という。）を定めている。そのうちの経営主体に関する基準について、そのき束力の有無や、当該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できるかという問題である。これらの点は、今後、差戻審において争点になると思われる。

## 5 本意見書作成の際の意図

以下では、本件訴訟について原告側弁護団（以下「弁護団」という。）からの相談を受け、さらに意見書執筆の依頼を受けたときの印象や、本意見書作成の際の意図ないし構想について述べる。

### （1）「四面楚歌」の状況

この事件について初めて弁護団から相談を受けたのは、本件第1審判決後の2021（令和3）年6月ころである。第1印象は、平成12年最判は変更されるべきであり、本件においても原告適格が認められることが望ましいが、平成12年最判を含む従来判例の傾向等からすると、容易ではないであろう、というものであった。意見書執筆の依頼を受け、従来裁判例等をより詳細に調べながら検討を進めると、その印象は強まり、実務的には四面楚歌の状況ではないかと感じるほどになった。その理由は以下の通りである。

まず、墓地や火葬場については、水質の汚染や煤煙等による健康等の被害を想定しうるのに対し、納骨堂がそのような被害を周辺地域に及ぼすとはいいがたく、基本的に、納骨堂がもたらす精神的苦痛、すなわち、主観的・心理的要因による生活環境の悪化のおそれを、原告適格の根拠とせざるを得ないと思われた。

これを前提に、先例である平成12年最判や従来の下級審裁判例を見ると、以

下のことがいえる。平成12年最判については、学説上、行訴法2004年改正を受けて判例変更すべきという見解が多く、同改正後の下級審裁判例においても、墓地の許可について周辺住民の原告適格を認めるものが複数現れている<sup>(5)</sup>。もっとも、これらの裁判例のほとんどは、水質への影響を理由にしており、精神的苦痛を理由とする原告適格については、これを明示的に否定するものもあった<sup>(6)</sup>。つまり、実務上、法10条による許可に関しては、行訴法改正の意義を、健康被害のおそれのみが原告適格を認める根拠となるというように矮小化する傾向が見られた<sup>(7)</sup>。さらに、納骨堂については、墓地と異なり、行訴法改正の前後を通じて周辺住民の原告適格を認めた裁判例が1件もなく、行訴法改正前ではあるが、本件細則が適用された事件において原告適格を否定したものもあった<sup>(8)</sup>。

次に、事案は異なるが、主観的・心理的性格の強い生活環境利益に関わる最高裁判例として、風俗営業制限地域である住居集合地域の住民につき、ぱちんこ屋の営業許可の取消しを求める原告適格を否定した最判平成10年12月17日民集52巻9号1821頁（以下「風俗営業許可平成10年最判」という。）や、自転車競技法による場外車券発売施設の設置許可の取消しを求める一般住民の原告適格を否定した最判平成21年10月15日民集63巻8号1711頁（以下「サテライト大阪訴訟最判」という。）が存在している。これらのうち、風俗営業許可平成10年最判は、行訴法2004年改正以前の判例である。同改正時の国会審議においても政府委員により判例変更の可能性が指摘されており、その後、原告適格を認めた下級審裁判例も現れているため、同最判を克服することは難しくないと思われた。しかし、サテライト大阪訴訟最判は、学説からの批判が強いとはいえ、行訴法改正後の判例という重みを有する<sup>(9)(10)</sup>。

さらには、同じく主観的な不利益を及ぼす施設といっても、風俗営業施設や公営競技施設と納骨堂との間の違いもある。墓地等は、一般論としては、誰もが世話になる可能性がある公益性の高い施設ということが出来る。そうすると、墓地等の中でも、主観的な不利益を及ぼすにとどまる納骨堂の設置に対する周辺住民の反対は、いわゆるNIMBYないし地域エゴイズムとみなされるおそれもある。

## (2) 本件第1審判決と本意見書の意図

本件の第1審において、原告側は、①本件細則8条の距離制限規定、②本件細則10条2号が構造設備基準として定める防火設備を設ける義務、③本件審査基準が定める経営主体の適格性の基準を、原告適格を認める根拠として主張していたが、本件第1審判決によりいずれも斥けられていた。

これらのうち、③の経営主体基準については、紛争の実質に関わるものの、基準の内容や、法的性質が行政規則であることから、これを原告適格の直接の根拠とすることは容易ではなく、当該基準への違背を本案審理において自己の法律上の利益の関係のある違法として主張すればよいと思われた。<sup>(11)</sup> また、②の防火設備基準については、防火設備基準がもっぱら収蔵された焼骨を保護するためのものか、周辺住民を火災の危険から保護することも目的とするものかが争いとなっていた。この点については、本件第1審判決や他の裁判例が同基準をもっぱら焼骨の保護を目的とすると解する根拠について、具体的に批判することにした。<sup>(12)</sup>

問題は、①の距離制限規定である。本件細則8条本文は、学校、病院および人家の周囲おおむね300m以内の場所では墓地等の許可をしないという距離制限規定を設け、同条ただし書において、付近の生活環境を著しく損なうおそれがないと認めるときはこの限りでないと定める。「生活環境」、しかも、それが著しく損なわれるおそれが生じうることに明文で言及している点は、原告適格を認めるために有利な要素である。しかし、それだけでは、サテライト大阪訴訟訴訟最判等に照らしても、ただちに個別的利益保護の趣旨を有するとまではいえないであろう。第1審では、原告側から納骨堂が周辺環境に及ぼす様々な影響について主張され、精神的苦痛が健康被害にも至りうることや、不動産価格への影響についても指摘されていた。原告側が訴訟において様々な不利益を網羅的に主張することは当然であろうし、不動産価格への影響は、会社が原告に含まれていることから主張する必要があったものと思われる。しかし、従来判例の傾向から見れば、原告が主張した不利益の多くは、裁判所が原告適格の判断に際して考慮することが考えにくいものであり、また、納骨堂による精神的苦痛が健康被害をもたらすという主張も説得力を欠くように思われた。

そこで、概ね以下のような方針で意見書を作成することにした。

第1に、侵害される利益は、納骨堂が設置されることによる精神的苦痛（による生活環境の悪化）に絞る。第2に、個別的利益保護の根拠付けの方法として、本件経営許可等については、いわゆる「侵害思考」、すなわち行訴法9条2項にいう利益の内容・性質や侵害の態様・程度に依拠する方法は採らない。許可基準の趣旨・目的の解釈により、利益の内容・性質等を厳格に問うことなく、個別的利益保護の趣旨を導きうることを論じる。<sup>(13)</sup>第3に、そうはいつても、法的保護になじむ利益があるとはいえないのではないかという素朴な感情に結論が左右されないよう、上記の精神的苦痛が法的保護に値しないとはいえないことについても論じる。

第2の点についてももう少し詳しく述べると、以下の通りである。従来<sup>(14)</sup>の最高裁判例は、競業者訴訟や、風俗営業許可の取消訴訟等において、許可基準の中に距離制限規定がある場合には、当該距離制限規定によって保護される者につき、利益の内容・性質や侵害の態様・程度を厳格に問わずに原告適格を認めてきた。他方、一般住民の原告適格を否定した風俗営業許可平成10年最判やサテライト大阪訴訟最判は、許可基準の中に、一般住民の生活環境の保護に資する距離制限規定が設けられていなかった事案に係る判断であり、本件とは前提が異なる。したがって、従来<sup>(15)</sup>の判例に照らしても、距離制限規定によって保護された住民には原告適格が認められるべき、と論じることができる。

もっとも、本件の直接の先例というべき平成12年最判が、墓地と「住宅」との間の距離制限規定にも拘らず周辺住民の原告適格を否定していることが問題になる。この点について、当初は、行訴法2004年改正の趣旨に鑑み判例変更されるべきと論じるしかないであろうと考えていた。

第3の点について、具体的には以下のような考え方を示すことにした。一般論として、納骨堂が多くの人にとって必要な施設であることは当然であり、いたずらに迷惑施設扱いすべきではないであろう。しかし、生活の本拠の前に大量の遺骨を収蔵する施設が一方的に設置され、これを日常的に目にしなければならぬことによる精神的負担ないし苦痛は軽視されてよいものではなく、許可制度の適正な運用による立地調整を求める法的地位を認めるべきである。な

お、地価への影響という財産的不利益は、それ自体を原告適格の根拠とすることは難しいとしても、宅地の不動産鑑定評価において納骨堂が「嫌悪施設」として考慮される場合があることを、納骨堂の設置による精神的苦痛が特殊な感情ではなく、また軽視できないものであることの根拠として指摘することにした。<sup>(14)</sup>

このように検討してきて、最も気がかりであったのは、第2の点に関わる平成12年最判であった。それ以外の判例とはディスティンクションが可能であり、むしろ有利な形で援用することもできるが、平成12年最判が最後の障害となる。判例変更を主張することは簡単であるが、下級審が判例に反する判断に踏み切るにはかなりの決断が必要であろうし、特に、本件では、保護利益の相対的な弱さがその決断の妨げとなる可能性が高い。そうなると、第1審判決のように、従来の判例の傾向に従った無難な判断として、原告適格が否定されても不思議ではない。そして、控訴審でも訴えが却下された場合には、上告しても上告棄却・上告申立不受理の決定により訴訟が終結する可能性が極めて高いと思われる。

どこかに突破口がないかと思案するうちに気付いたのが、平成12年最判の事案で適用された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。以下「旧大阪府条例」という。）と本件細則との間の許可基準の違いであった。つまり、平成12年最判は、旧大阪府条例が、距離制限規定による保護の対象を、「住宅、学校、病院、事務所、店舗その他これらに類する施設」と広く規定していること、および、距離制限規定の例外を認めるためのただし書が「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」と定めていたことを理由に、距離制限規定の存在にも拘らず、周辺住民の原告適格を否定していた。これに対し、本件細則は、保護対象を、「学校、病院及び人家」という保護の必要性が高い施設に限定し、しかも、ただし書では、「付近の生活環境を著しく損なうおそれがないと認めるとき」と規定している（下線はいずれも筆者によるもの）。そうすると、少なくとも、本件細則には、平成12年最判が原告適格を否定した理由がいずれも妥当せず、原則に立ち返って距離制限規定に基づいて原告適格を認めるべきといえる。<sup>(15)</sup>

## 納骨堂経営許可等取消訴訟

もちろん、下位法令である条例や規則の文言の違いを根拠に原告適格が認められたとしても、学説からは批判や不満が唱えられるおそれがある<sup>(16)</sup>。しかしながら、上記の「四面楚歌」の状況の中、裁判所がどの点に関心を抱くかわからず、しかも、高裁段階で負けたら事実上終わりという可能性が高い中で、裁判所を確実に納得させることができる論理が必要であると思われた。また、どのような理論構成であれ、主観性の強い生活環境利益について一般住民の原告適格を認める新たな判断が確定した場合、それがプレイクスルーとなり、判例のさらなる発展も期待できると考えた。このため、平成12年最判の判例変更の必要性と、平成12年最判とのディスティンクション、という2段構えで意見を述べることにした。

## 6 本意見書提出後の動き

### (1) 本件控訴審判決

本件控訴審判決は、すでに述べたように周辺住民の原告適格を認めた。その理由を、意見書で述べたところと比較しておこう。

#### ア 原告適格の根拠となる規定

本件控訴審判決は、意見書で触れた本件細則8条（本文の距離制限規定およびただし書）と、墓地等の構造設備基準のうちの塀の設置の義務（納骨堂については本件細則10条2号）を、それぞれ、原告適格を認める根拠としている。塀の設置義務には本意見書では触れておらず、弁護士により主張されたものである。他方、本意見書では、構造設備基準のうちの防火設備の設置義務（同号）にも触れていたが、本件控訴審判決はこの点には言及していない。

#### イ 保護利益

本件控訴審判決は、本件細則8条については、その規定内容から「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および目的が含まれていることは明らかとだけ述べており、「生活環境等に係る利益」の具体的内容は示されていない。ここでは侵害思考は採られていないように見える。他方、塀の設置義務については、「死を象徴する施設を日常的に目にすることにより生じ得

る精神的苦痛を和らげることも目的としている」とする。「死を象徴する施設」という表現を含め、本件細則8条について本意見書で述べた内容に類似している。つまり、本件控訴審判決は、本件細則8条については、その文言から比較的簡単に個別的利益性を認め、他方、生活環境に明示的に言及していない塀の設置義務から個別的利益保護の趣旨を導くために、本意見書が本件細則8条について論じた内容を用いている。

また、本件控訴審判決は、納骨堂によって生じる精神的苦痛や生活環境の悪化は受忍限度内であるという被控訴人の主張（本件第1審判決もこの主張を支持していた）を斥けるために、「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ない」と述べる。この部分は基本的に塀の設置義務に関わる説示であるように思われる。そして、塀の設置義務については、（被控訴人の主張に答える文脈においてとはいえない）侵害思考を払拭していないようである。<sup>(17)</sup>

他方、本件控訴審判決は、300メートル以内か否かによって利益の要保護性を区分する合理的理由がないという被控訴人の主張を斥けるに際し、「墓地等からの距離が近接するほど、これ〔＝違法な納骨堂の経営等が許可されること〕による精神的苦痛が増大すると考えられるから、墓地等からの距離が近接するおおむね300メートルの範囲で周辺住民等の要保護性を区分することには合理性が認められる」と述べている。すなわち、本件細則8条が定める距離制限規定は、それ自体として（侵害思考によらずに）原告適格を認める根拠とされる一方、塀の設置義務に基づいて侵害思考により原告適格を認められる者の範囲の線引きにも資するものとも位置づけられているように見える。

#### ウ 平成12年最判との関係

本件控訴審判決は、平成12年最判との関係については、もっぱら本件細則8条ただし書の規定を根拠として同最判は本件には妥当しないものとしており、保護対象施設の範囲についても指摘した本意見書との違いがある。ただし、保護対象施設の範囲が極めて広いため周辺住民の利益は一般的公益に吸収解消さ

れるという被控訴人の主張を斥けるにあたって、本件控訴審判決は、対象施設が「学校、病院及び人家」と明確かつ具体的に定められていることを指摘しており、実質的には、本意見書に近い考え方が採られているようにも見える。

## (2) 本件最判まで

### ア 上告受理と期日外釈明

被控訴人が上告したところ、上告が受理され、2023（令和5）年4月7日に最高裁での弁論が開かれることになった。最高裁から期日外釈明があり、その内容は、①平成12年最判の射程、②原告適格の有無の判断にあたって本件細則の趣旨・目的を考慮できるか、③本件細則8条が周辺住民の個別的利益を保護する趣旨を含むか、というものであった（弁護団からの教示による）。これらのうち、①および③については、控訴審まででほぼ論じ尽くされており、上告審の段階でも、被上告人から見るべき新たな主張はされていない。しかし、②については、控訴審までは中心的な争点となっておらず、本件第1審判決・本件控訴審判決は、いずれも、行訴法2004年改正以後の多くの下級審裁判例と同様に、本件細則を、行訴法9条2項にいう関係法令と位置づけていた。以下、②について少し詳しく述べておこう。

### イ 本件細則と法との関係

本意見書は、この点について具体的に論じることなく、近年の裁判例や本件第1審判決と同様、本件細則を関係法令と位置づけていた。また、民商論文では、従来の学説・裁判例を踏まえてもう少し具体的に検討し、概ね次のような考え方を述べていた。一般論として、法律の趣旨に反しない限り、条例または長の規則により許可基準を具体化することは妨げられず、また、法10条が許可基準を定めていない趣旨が、主として地域的事情を考慮することにあるとすれば、条例等で許可基準を具体化することが法の趣旨に反するものではない。

しかし、条例はともかく、長の規則については、法律の委任によらずに法的拘束力を有する許可基準を定めることができるか、という問題が残る。地方自治法14条2項が、「普通地方公共団体は、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。」と定めているからである（この点については、上告が受理された後、弁

護団との意見交換の中で指摘を受けた)。このため、法が、条例・規則による許可基準の具体化を少なくとも積極的に容認しているといえる根拠を示す必要があると考えられた。この点につき、主務官庁は一貫して、法10条による許可の基準を規則や条例で具体化することを認め、または地方公共団体に求めているが、主務官庁の見解のみでは法解釈の根拠として十分ではないであろう。

そこで、法定時の国会会議録を参照すると、以下のような発言が行われていた。まず、第2回国会の衆議院厚生委員会で、田中松月委員が「土葬納骨をいたします場合、人家からどれくらい離れておらねばならぬというような何か規定があるでしょうか。」と質問したのに対し、三木行治政府委員が、「現行の細目標準<sup>(19)</sup>におきましては、一應人家を隔ること六十間というような規定があつたのでございますが、しかし今後の法律案が施行せられます際には、墓地の設定につきましては知事がこれを許可いたしますので、その際におきまして、環境衛生あるいは公衆衛生上、あるいは國民感情から見て適當であるというところをきめていただく、さような所存でございまして、いわゆる機械的な距離制限というものは行わないというように考えておる次第でございまして。」と回答している。そして、同国会の衆議院本会議において、山崎岩男厚生委員長が、厚生委員会の審議経過および結果を報告する際に、「墓地、埋葬等の施設の基準に関する規定を欠くが、いかなる措置を議ずるか。その質問に対しては、政府委員により、施設の基準は都道府県知事がそれぞれ地方の実情に應じて定めることとなつているが、その際立法の趣旨に副うよう考慮するとの答弁がありました。」と発言している<sup>(20)</sup>。

以上の質疑・発言からすれば、上記の主務官庁の見解と立法趣旨との間に齟齬はないといってよいであろう。このことも踏まえ、弁護団は、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。

### (3) 本件最判

本件最判は、原審の判断は結論において是認することができるとして、上告を棄却したが、原告適格を認めた理由付けは、本件控訴審判決とかなり異なる。本意見書との関係についていえば、本件控訴審判決が本意見書にかなりのアレ

ンジを加えて独自色を出したのに対し、本件最判は、概ね本意見書と同様の考え方や解釈を採っている。

#### ア 原告適格の根拠となる規定

本件最判が原告適格を認めるにあたって直接の根拠としたのは、本件細則 8 条である。本件控訴審判決が重視した塀の設置義務（本件細則10条 2号）については、利用者の利益を保護する趣旨の規定と解して排除している。本件細則 8 条を重視する点で、本意見書との共通性がある。他方、防火設備の設置義務（本件細則10条 2号）には、本件控訴審判決と同様、言及していない。

#### イ 保護利益

本件最判は、本件 8 条につき、「墓地等…の存在が人の死を想起させるものであることに鑑み」、「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」と解している。本意見書（および本件控訴審判決）の「人の死を象徴する施設」に代えて、「人の死を想起させる」という、より洗練された表現が用いられているが、ほぼ同趣旨であろう。また、本意見書および本件控訴審判決が用いていた「精神的苦痛」という表現は用いず、「平穩に日常生活を送る利益」を保護利益として示す。後者は、葬儀場について目隠しの設置等が求められた前掲最判平成22年 6 月29日にすでに見られる表現であるが、本意見書では用いていなかったものである。このように、用語の選択においていくつかの違いがあるが、本件最判は、死に関わる施設がもたらす周辺住民の精神的負担ないし苦痛に着目し、本件細則 8 条に基づき、このような不利益から保護される住民の利益に個別的利益性を認めたものといえる。そして、このようなコンセプトは、本件細則 8 条の保護利益がやや不明確であった本件控訴審判決よりも、本意見書の考え方に近い。

なお、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える<sup>(23)</sup>。この点でも本意見書の考え方との共

通性がある。

#### ウ 平成12年最判との関係

本件最判は、平成12年最判は「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る」と述べ、平成12年最判の射程は本件には及ばないと判断した。8条ただし書のみをディステインクションの根拠とした本件控訴審判決と異なり、距離制限規定により保護対象とされる施設の範囲（類型）にも言及しており、この点も、本意見書と同様である。

また、このようにディステインクションをするにとどまらず、すでに述べたように、林判事の補足意見と宇賀判事の意見が、平成12年最判の見直しの必要性を説いている。平成12年最判とのディステインクションという最も手堅いラインで法廷意見をまとめつつ、平成12年最判と同様の事案であれば依然として原告適格は認められないという反対解釈が生じないように注意を促したものであり、本意見書も望んでいた判例変更への道が開かれたと見ることができる。

#### エ 本件細則と法との関係

本件細則と法との関係につき、本件最判は、「法10条が……許可の要件を特に規定していないのは、……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、……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」という趣旨解釈を施した上で、「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。」とした。そして、係争の許可に係る原告適格の判断にあたり、「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。」と述べる。

本件最判は、弁護団が主張した黙示の委任という構成を採らず、法10条が条例または規則による補完を「当然の前提としている」とするが、その意図や、黙示の委任という構成との違いは必ずしも明らかでない。なお、本件最判は、

## 納骨堂経営許可等取消訴訟

本件細則を行訴法9条2項にいう「関係法令」ではなく「処分……の根拠となる法令」と位置づけている。本意見書では関係法令と位置づけていたが、法的拘束力ある許可基準であれば、このように根拠法令とするのが妥当であろう。

- (1) その他、納骨堂経営のために実体のない宗教法人が売買される例や、僧籍を持たない実業家が宗教法人の代表者として納骨堂を経営するために宗派を離脱して単立寺院化するような例も報道されている。また、大阪では、名義借りによるビル型納骨堂の経営者らが脱税の疑いで逮捕され、しかも、資金の一部が暴力団関係者に流出していたという梅田院光明殿事件も起こっている。
- (2) 法10条による許可の対象とされている施設（墓地、納骨堂及び火葬場）をめぐる社会的状況の変化と、納骨堂に関わる紛争の背景について、詳細には、野呂充「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）513頁以下を参照（以下、この論文を「民商論文」という。）。
- (3) 詳細には、民商論文522頁以下を参照。
- (4) 本稿注(2)。なお、民商論文は原告（控訴人・被告人）の代理人により書証の一つとして最高裁にも提出されている。
- (5) 下級審裁判例の状況について詳細には、民商論文532頁以下を参照。裁判例の一覧は、本意見書末尾にも掲げている。
- (6) 本意見書の裁判例一覧〔12〕。なお、墓地に起因する精神的苦痛を理由に周辺住民の利益の個別的利益性を認めた唯一の裁判例が〔11〕であった。
- (7) もっとも、今日、土葬がほとんど行われず、焼骨を埋蔵する墓地が大多数であることに鑑みると、お供え物等による水質の悪化やそれによる健康被害のおそれのみを原告適格の根拠とする下級審裁判例の立場は、一見、行訴法2004年改正を積極的に受け止めているように見えるが、紛争の実態からかけ離れているという印象も受ける。
- (8) 本意見書の裁判例一覧〔6〕・〔7〕。
- (9) 本件最判前に公刊された中原茂樹『基本行政法判例演習』（日本評論社、2023年）277頁も、風俗営業許可平成10年最判やサテライト大阪訴訟最判を参照すると、「住宅」との間の距離制限規定を理由に、墓地経営許可の取消しを求める原告適格を一般住民に認めるのは、障害福祉サービス施設の経営者に比べてハードルが高いと考えられると解説している。
- (10) その他、最判平成22年6月29日判時2089号74頁は、葬儀場を営業する事業者に対し、近隣住民が、目隠しの設置や不法行為による損害賠償を認めた事案におい

て、自宅の建物から葬儀場に参列者が参集したり棺が搬入・搬出される様子が見えたりすることにより、「強いストレスを感じているとしても、これは専ら被上告人の主観的な不快感にとどまるといふべきであり、本件葬儀場の営業が、社会生活上受忍すべき程度を超えて被上告人の平穩に日常生活を送るという利益を侵害しているということとはできない」と説示して、請求を斥けている。ただし、当該事案の具体的事情を考慮した事例判断であることに注意する必要がある。

- (11) なお、第1審においては、本件審査基準が行訴法9条2項にいう「関係法令」にあたるか否かが争点となっていたが、本件審査基準を「法令」ということは困難であり、このような争点の設定はあまり生産的ではないと思われた。すなわち、本件審査基準は「法令」とはいえないため、原告適格の判断にあたって裁判所がこれを考慮に入れることが行訴法9条2項により義務付けられているとはいえない。しかし、最判平成27年3月3日民集69巻2号143頁の趣旨に鑑みて本件審査基準はき束力を有すると解しうするため、原告適格の判断にあたって本件審査基準を考慮に入れることは妨げられないと考えられる（民商論文528頁）。塩野宏『行政法Ⅱ 行政救済法〔第6版〕』（有斐閣、2019年）142頁も、「司法権の範囲内という枠はあるが、個別の事案において、〔行訴法9条2項で定められた〕必要的考慮事項以外の事項を考慮して原告適格を認めることは可能である」と述べる。
- (12) この点についての本意見書と民商論文の内容はほぼ同様であるが、民商論文においては、法制度の歴史的経緯を踏まえた理由を付け加えている（同548頁）。
- (13) 処分の第三者（処分の法的効果が直接及ぶいわゆる準名宛人を除く）の原告適格について判断した従来の判例において、利益侵害の重大性を重視する「侵害思考」によるものと、処分根拠法規の趣旨解釈を重視するものがあることは、よく知られている。野呂充「行政手続における第三者の地位と行政争訟」『現代行政法講座Ⅱ 行政手続と行政救済』（日本評論社、2015年）106頁、中川丈久「取消訴訟の原告適格について（2）——憲法訴訟論とともに」法学教室380号（2012年）97頁以下を参照。
- (14) 小澤久仁男「判批」新・判例解説 Watch 行政法 No. 239（2023年）3頁は、「納骨堂が直ちに不動産価格を下落させるほどの嫌悪施設かどうか判断が分かれる可能性がある」と指摘する。しかしながら、国土交通省国土技術政策総合研究所の調査結果によれば、納骨堂は、様々な建築用途の中でも、公営競技施設、風俗営業施設、火葬場などと並んで特に嫌悪性が高い施設とされている（民商論文546頁参照）。さらに、嫌悪性が上位の建築用途で納骨堂以外のは、公営競技施設、風俗営業施設のように住居系用途地域内でほぼ全面的に禁止され、または、火葬場のように住居の近隣に新設されることが事実上考えられないものである。無論、納骨堂が、実際に地価を変動させるほど周辺環境に大きな影響を及ぼすか

## 納骨堂経営許可等取消訴訟

どうかは、施設の規模・形態や周辺地域の土地利用状況等に左右されるであろう。しかし、このことは、法的保護を一律に拒絶する理由にはならず、本案審理の中で、本件でいえば本件細則 8 条ただし書にいう「付近の生活環境を著しく損なうおそれがない」という要件の認定の適法性に関わって検討されるべきであろう。

- (15) なお、平成12年最判は、「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」と述べており、住宅が保護対象施設に含まれていることも、「広く規定しており」と述べる根拠としているようにも見える。しかし、仮にそのように解すると、〈住宅が保護対象施設に含まれているから、住宅の居住者に原告適格を認めることはできない〉という奇妙な倒錯した論理に陥る。そうすると、「広く規定しており」とは、住宅だけでなく、事務所、店舗（さらに、条文上は、「その他これらに類する施設」が付け加えられている）までもが保護対象とされていることを念頭に置いていると解すべきであろう。
- (16) 本件控訴審判決の評釈である和泉田洋一「判批」法セミ810号（2022年）111頁および本件最判の評釈である桑原勇進「判批」新・判例解説 Watch 環境法 No. 112〔2023年〕3頁において、このような論調が現れており、特に後者は、本件最判が行った、本文中で述べたのと同様のディスティンクションを、「落語」と嘲笑する。筆者としては、落語というべきは、本稿注(7)で紹介した下級審裁判例ではないかという気もしている。
- (17) 板垣勝彦「判批」判自495号（2023年）42頁は、本件控訴審判決の保護利益にかかる判断につき、「侵害の内容及び性質を重視した判断であろう」と評する。
- (18) 古いものとして、「墓地、埋葬に関する法律の疑義について（昭和31.11.16衛環第113号）」生活衛生法規研究会監修『新訂 逐条解説墓地、埋葬等に関する法律〔第3版〕』（第一法規、2017年）131頁は、「墓地、埋葬等に関する法律第10条に規定する経営許可は、同法第1条の目的に沿う範囲内において、都道府県知事の自由裁量に属するものであるから、設置場所その他の許可の羁束基準は、法令中には明記されていないが、若し規定し得るならば都道府県規則をもって、設置場所についての制限規定を設けることは差し支えない。」と述べていた。また、「墓地経営・管理の指針について（平成12.12.6生衛発第1764号）」（別添1）「墓地経営・管理の指針」生活衛生法規研究会・前掲書179頁以下も、随所で、条例・規則の制定・改正等の必要性に触れている。
- (19) 墓地及埋葬取締規則施行方法細目標準（明治17年11月18日内務省達乙第40号、19年甲第5号、大正元年第22号改正）を意味する（生活衛生法規研究会・前掲注(18)275頁に所収）。
- (20) 第2回国会衆議院厚生委員会第3号（昭和23年5月26日）。

- (21) 第2回国会衆議院本会議第52号(昭和23年5月29日)。なお、第2回国会の参議院の会議録には、この問題について参考になる発言は見当たらなかった。
- (22) なお、本件最判は、本件細則8条の構造として、同本文の距離制限規定自体が周辺住民の個別的利益を保護する趣旨を有するが、同ただし書の適用により、生活環境に係る利益を著しく損なうおそれがない場合には、距離制限規定の例外を認めることができると解している。これとサテライト大阪訴訟最判を比較すると以下のようなことがいえる。同最判が場外車券発売施設の設置許可につき医療施設等の設置者の利益の個別的利益性を認める根拠とした、自転車競技法施行規則15条1項1号が定めていた許可基準は、医療施設等「から相当の距離を有し、文教上又は保健衛生上著しい支障を来すおそれがないこと」というものであり、(保護対象施設の違いは別にして)一見すると本件細則8条の規定に類似している。しかし、サテライト大阪訴訟最判は、「相当の距離」ではなく、「著しい支障」を決め手にして原告適格を認めたものと解されている(清野正彦・最判解民事篇平成21年度689頁以下)。これは、本件細則8条が、本文で定められた距離内では墓地等を許可しないことを原則としているのに対し、自転車競技法施行規則は、具体的な距離を明示せず、著しい支障を来さないために必要な距離を空けさせるという構造になっているからではないかと思われる。本意見書では、サテライト大阪訴訟最判を、距離制限規定に依拠して医療施設等の設置者の利益の個別的利益性を認めた判決として位置づけていたが、このような評価は必ずしも適切とはいえないため、民商論文542頁で改めている。
- (23) 本件最判の評釈においては、保護利益としてインパクトがないとして最判の結論に疑問を呈するもの(桑原・前掲注(16)3頁以下)や、行訴法9条2項にいう利益の内容・性質、侵害の態様・程度の検討が淡泊であると評するものがある(小澤・前掲注(14)4頁)。しかし、本文でも述べたように、本件最判は、意図的に「侵害思考」を排して原告適格の判断をしたものと思われる。従来判例に照らしても、利益の内容・性質、侵害の態様・程度に依拠することが、原告適格を認めるために常に必要であるとはいえないであろう。

\*本稿校正段階で、本件最判の評釈である米田雅宏「判批」法学教室516号(2023年)108頁に接した。

## 意見書

大阪高等裁判所御中

2021年（令和3年）9月9日  
大阪大学高等司法研究科教授  
野呂 充

### はじめに

本意見書は、墓地、埋葬等に関する法律（以下「法」という。）10条に基づいて大阪市長が行った、納骨堂に係る経営許可又は経営変更許可（以下、両者を併せて「本件許可」という。）に係る以下の二つの問題について意見を述べるものである。すなわち、第1に、本件許可の取消訴訟（行政事件訴訟法3条2項）につき当該納骨堂の周辺住民に原告適格（同法9条1項）が認められるか否か、言い換えれば、周辺住民の利益が本件許可の根拠法令によって個別的利益として保護された利益（最大判平成17年12月7日民集59巻10号2645頁。以下「小田急訴訟大法廷判決」という。）に当たるか否かの問題（本意見書1、2）、第2に、当該取消訴訟において原告が主張しうる違法の範囲（本意見書3）である。

なお、法10条による経営許可又は変更許可は、墓地、納骨堂又は火葬場を対象としているところ、以下ではこれらの施設を総称して「墓地等」という。また、本件許可取消訴訟の原告適格の検討に当たっては、行政事件訴訟法（以下「行訴法」という。）9条2項にいう関係法令として、長の規則である「大阪市墓地、埋葬等に関する法律施行細則」（以下「大阪市細則」という。）を参照する。

以下で論じる内容につき、あらかじめ概要を示しておく、以下の通りである。

本意見書1では、大阪市細則8条が墓地等について定める「学校、病院及び  
（阪大法学）73（3-247） 647 [2023.9] [20]

人家の敷地からおおむね300メートル以内の場所にあるときは、当該〔＝法10条による〕許可を行わないものとする」という要件（以下「距離制限要件」という。）により、墓地等という嫌忌施設を原因とする精神的苦痛により良好な生活環境を損なわれないという利益が、周辺住民の個別的利益として保護されていると解すべきであることを述べる。

本意見書2では、大阪市細則10条2号が納骨堂について定める「防火設備を設けること」という要件（以下「防火設備要件」という。）により、納骨堂の火災の際に延焼等による被害が及ぶことが想定される周辺住民の生命・身体の安全等の利益が個別的利益として保護されていると解すべきであることを述べる。

本意見書3では、大阪市が行政手続法5条にいう審査基準として設定した「納骨堂経営等許可に係る審査基準」（以下「大阪市審査基準」という。）が定める経営主体に関する基準につき、本件許可が当該基準に违背する場合は原則として違法となること、及び、本件許可の取消訴訟を提起した周辺住民は、当該違法があると考えた場合、自己の法律上の利益に係る違法（行訴10条1項）として主張できると解すべきであることを述べる。

## 1 距離制限要件と周辺住民の原告適格

### （1）距離制限要件の内容と保護利益

大阪市細則8条本文は、上述のように、人家等の敷地から概ね300メートルという距離制限要件を定め、さらに、同条ただし書は、「市長が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と認めるとき」には、距離制限要件の例外を認めることができるものとしている。ただし書の規定に鑑みても、距離制限要件が保護対象とする利益に墓地等の周辺の住民の生活環境が含まれることは疑いの余地がない。

もっとも、生活環境を悪化させる要因には様々なものがある。一方で、騒音、振動、悪臭又は水質悪化のように、住民の身体（健康）に物理的侵害を及ぼしうるものもあれば、景観の毀損等のように、主観的・心理的な悪化要因が問題

## 納骨堂経営許可等取消訴訟

にされることもある。墓地等のうち、火葬場や墓地は、火葬場が煤煙や悪臭を発生させ、また、墓地が周辺の水質等の衛生環境を悪化させるように、物理的侵害をもたらすおそれがある。しかし、納骨堂が設置・経営されること自体により、ただちに周辺住民の健康に関わるような物理的侵害が発生することは考えにくい。したがって、距離制限要件は、納骨堂については、主としては主観的・心理的不利益、すなわち、納骨堂がいわゆる嫌忌施設に該当することを前提に、納骨堂がもたらす精神的苦痛に着目して、生活環境が損なわれることを防止しようとするものと考えることができる。

そして、このような生活環境上の利益が周辺住民の個別的利益として保護されているといえるかどうかが問題となる。

### (2) 大阪市細則8条の規定内容に基づく検討

大阪市細則8条の規定は、納骨堂の設置・経営により生活環境が損なわないという利益が個別的利益として保護されていると解するための十分な根拠となり得ると解される。その理由は以下の二つである。

第1は、同条本文において距離制限要件が設けられていることそれ自体である。このような距離制限要件が設けられている場合、従来の判例は、当該要件によって保護される利益の如何を問わず、すなわち、当該要件に違反する処分がされた場合に処分の第三者の生命・身体（健康）等の重要な法益に係る重大な被害が生じるおそれがあるか、というような検討をせずに、原告適格を認めている。

具体例を挙げると、古くは、最二小判昭和37年1月19日民集16巻1号57頁がある。同判決は、公衆浴場の経営許可について設けられた、既存の公衆浴場との最短距離を250メートルとする距離制限要件につき、主として国民保健及び環境衛生という公共の福祉の見地から公衆浴場の濫立を防ぐことを目的としたものであるとしながら、被許可者を濫立による経営の不合理化から守ろうとする意図をも有するとして、既存業者が新規の許可を争う原告適格を認めている。同様に、同業者間の距離制限要件に基づいて原告適格を認めた比較的新しい裁判例として、たばこ小売販売業許可に係る福岡高判平成24年6月5日裁判所ウ

ェブサイトがある。

さらに、最判平成6年9月27日判時1518号10頁（以下「パチンコ屋営業許可平成6年最判」という。）は、風俗営業等の規制及び業務の適正化等に関する法律（以下「風営法」という。）に基づくパチンコ屋の営業許可につき、保護対象施設である診療所等から一定の距離内を営業制限地域として許可をしなければならないとする許可基準が定められていたところ、このような距離制限要件は、診療所等の施設につき「善良で静穏な環境の下で円滑に業務を運営するという利益」を保護しているとして、当該要件に違反して許可がされたと主張する診療所設置者の原告適格を認めている。

なお、これらの判例の事案においては、法令に、処分の第三者の利益を保護するための手続などの規定は置かれておらず、もっぱら距離制限要件に基づいて原告適格が認められている。

このように、距離制限要件があればほぼそれだけで原告適格が認められる理由は以下の通りである。距離制限要件は、個々の保護対象者の所在地を起点とする一定の距離内において、当該保護対象者に不利益をもたらす施設等の設置を禁止するものであるから、距離制限要件自体から、保護対象者の利益を個別的利益として保護する立法趣旨を読み取ることができるとされている<sup>(1)</sup>。さらに、原告適格が認められる者の範囲があらかじめ明確に限定されており、いわゆる「線引き」の困難さが生じるおそれがないことも、原告適格を認めるために有利に働いている可能性がある。

第2は、同条ただし書の内容である。ここでは、距離制限に反して許可がされた場合に、「生活環境」が、しかも「著しく」損なわれる可能性があることが明文で認められている。このような文言にも拘らず、当該距離制限規定によって保護される利益はもっぱら一般公益であると解することは相当困難であると思われる。当該ただし書を適用して許可がされた場合、距離制限要件によって保護された周辺住民は、市長による「生活環境を著しく損なうおそれがない」という判断の適法性について司法の判断を受ける機会を与えられるべきである。

(3) 生活環境の個別的利益としての保護を否定した最高裁判例との関係

もっとも、(2) で紹介した過去の判例は、いずれも、事業を営む者について原告適格を認めたものである。過去の最高裁判例は、一般住民の生活環境上の利益については、騒音・振動などによる物理的侵害が及ぶ場合（小田急訴訟大法廷判決の事案など）は別として、個別的利益としての保護を否定する傾向が強い。以下においては、そのような否定的な判断をした判例の内容を検討し、それらの判例の立場と、本件許可によって生活環境上の利益が個別的利益として保護されていると解することとが、矛盾・対立するものではないことを明らかにしたい。

#### ア 墓地経営許可に関する最高裁判例

(ア) 最二小判平成12年3月17日判時1708号62頁（以下「墓地経営許可平成12年最判」という。）

まず、本件許可と特に関係が深いものとして、法10条1項に基づく墓地経営許可の取消しを求める周辺住民の原告適格を否定した墓地経営許可平成12年最判について検討する。墓地経営許可平成12年最判は、大阪府知事が行った墓地経営許可につき、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。以下「旧大阪府条例」という。）が住宅等に係る距離制限要件を定めていたにも拘らず、周辺住民の原告適格を否定している。

その理由として最高裁は以下のように述べる。「〔当該距離制限要件は〕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〔＝理由①〕、その制限の解除は専ら公益的見地から行われるものとされていること〔＝理由②〕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難い。」

(イ) 墓地経営許可平成12年最判の事案と本件許可の取消訴訟との事案の違い  
墓地経営許可平成12年最判の立場については、後述するように今日批判が強いが、同判決の立場を前提とするにしても、同判決が原告適格を否定した理由は、大阪市細則を適用して行われた本件許可には当てはまらないであろう。

まず、理由①の、保護対象施設が広く規定されているという点についていう

と、旧大阪府条例は、確かに、「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」という、幅広い定め方をしてきた。しかし、大阪市細則は、これとは対照的に、「学校、病院及び人家の敷地」とのみ定め、その環境を保護する必要性が特に高い施設に限定している。

次に、理由②の制限解除事由について、旧大阪府条例は、「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」と定めていた。これに対し、大阪市細則8条ただし書は、すでに述べたように、「生活環境を著しく損なうおそれがないと認めるとき」と定めており、「公共の福祉」という文言はなく、周辺住民の生活環境上の利益を正面に据え、しかも、それが著しく損なわれる可能性があることを認めている。なお、大阪市審査基準3-1(2)は、ただし書の適用につき、「公衆衛生その他公共の福祉の見地より周辺住民の理解を得られること」と定め、「公共の福祉」という文言が含まれているものの、周辺住民の意向を尊重する運用をすべきものとしている。

以上のように、墓地経営許可平成12年最判の事案と本件許可との間では、適用された法令の内容において重要な違いがある。このため、墓地経営許可平成12年最判が原告適格を否定した理由は本件許可の取消訴訟には妥当せず、同判決の論理を前提にすると、むしろ、本件許可については周辺住民の原告適格を認めるべきという結論が導かれるようにも思われる。

(ウ) 墓地経営許可平成12年最判は今日においても維持されるべきか。

さらに、墓地経営許可平成12年最判が今日そのまま維持されるべきか、という問題もある。

同判決が下された後に、原告適格の拡大を主要な目的の一つとして行訴法の平成16年改正が行われ、これを受けて、小田急訴訟大法廷判決のように、改正前の比較的新しい最高裁判例を変更して原告適格を拡大する判決も現れている。そして、墓地経営許可平成12年最判については、司法制度改革推進本部・行政訴訟検討会の座長として平成16年改正の立案の中心になった塩野宏教授を始め、多くの有力な論者が、改正の趣旨を踏まえて、判例変更の必要性ないし最高裁が判例変更をする可能性があることを指摘している。<sup>(2)</sup>

さらに、下級審裁判例の動向を見ても、別紙資料の通り、行訴法の平成16年

## 納骨堂経営許可等取消訴訟

改正以後は、周辺住民の利益が個別的利益として保護されていると解する裁判例が顕著に増加している。ただし、平成16年改正以後に肯定的見解を示した裁判例のうち、別紙資料〔12〕・〔14〕は、墓地経営許可について、飲料水の汚染等の衛生環境の悪化によって周辺住民の健康や生活環境の被害が生じるおそれを理由に原告適格を認めたものであり、本件許可には直接的には参考にならない。他方、〔11〕は、同じく墓地経営許可に係るものであるが、「福岡県墓地等の経営の許可等に関する規則」に、住宅等との距離制限要件が定められていることなどを根拠として、法及び同規則は、「嫌忌施設であるが故に生じる精神的苦痛等から免れるべき利益を個別的利益として保護するものと解するのが相当である」と説示しており、本件許可にも参考になる。

なお、別紙資料〔13〕・〔15〕は、納骨堂の経営許可につき周辺住民の原告適格を否定しているが、当該経営許可に際して適用された千葉市墓地等の経営の許可等に関する条例は、納骨堂については施設基準のみを定め、距離制限要件を定めていなかったため、ここでは参考にならない。

### イ パチンコ屋の営業許可に関する最高裁判例

(ア) 最一小判平成10年12月17日民集52卷9号1821頁（以下「パチンコ屋営業許可平成10年最判」という。）

前述のようにパチンコ屋営業許可平成6年最判は、パチンコ屋の営業許可について、診療所設置者に原告適格を認めたが、パチンコ屋営業許可平成10年最判は、周辺住民の原告適格を否定している。このため、同判決が原告適格を否定した論理、及び、その論理が本件許可の取消訴訟に妥当する余地があるか否かについて検討する。

パチンコ屋営業許可平成6年最判とパチンコ屋営業許可平成10年最判の事実の違いをあらかじめ確認しておこう。前提として、風営法4条2項2号は、「営業所が、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地域内にあるとき。」は許可をしないものと定める。そして、ここでいう「政令」たる風営法施行令は、6条1号において、都道府県の施行条例による営業制限区域の指定のための基準を定めている。具体的には、同号イは、住居集合地域を営業制限

地域とすべきものとし、同号ロは、保護対象施設（現行の風営法施行令の用語でいうと「保全対象施設」）の周囲の一定の距離内を営業制限地域とすべきものとする。パチンコ屋営業許可平成6年最判が、同号ロに従って施行条例で定められた、保護対象施設からの距離制限要件に係る判断をしたのに対し、パチンコ屋営業許可平成10年最判は、同号イに従って施行条例で住居集合地域として指定された地域の住民の利益が個別的利益として保護されるか否かについて判断したものである。

パチンコ屋営業許可平成10年最判が、住居集合地域住民の原告適格を否定した理由は、以下の三つである。第1に、当該許可基準が、「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していることが明らかであること、第2に、「同号ロ〔＝風営法施行令6条1号ロ〕のように特定の個別的利益の保護を図ることをうかがわせる文言」がないこと、第3に、「『良好な風俗環境』の中で生活する利益は専ら公益の面から保護することとしてもその性質にそぐわないとはいえない」ことである。

本判決は、第3の理由において、主観性の強い生活環境上の利益は公益としての保護になじむ旨説示するが、そこから直ちに結論を導いているわけではない。第2では、パチンコ屋営業許可平成6年最判で原告適格を認める根拠とされた距離制限要件があれば、他に手続規定等がなくても、主観性の強い環境利益を個別的利益として認める根拠となることを認めている。すなわち、原告適格の判断が、平成6年と平成10年の二つの最判の間で分かれたのは、個々の保護対象施設に着目してその周囲を営業制限地域とするか、それとも、第1の理由で述べられているように広がりのある地域自体を営業制限地域とするかという、営業制限地域の定め方の違いがあったからである。

（イ）パチンコ屋営業許可平成10年最判の立場を前提とした場合の、本件許可の取消訴訟の原告適格

パチンコ屋営業許可平成10年最判の立場を前提としても、本件許可の取消訴訟において周辺住民の原告適格を否定することは妥当でない。

パチンコ屋営業許可平成10年最判が、保護対象施設設置者と住居集合地域住民とを区別し、後者について原告適格を認めなかった理由は、すでに述べたよ

うに、個々の施設に着目してその周囲を営業制限地域とするか、広がりのある地域自体を営業制限地域とするかという形式の違いである。また、実質的には、以下のような理由も考えられる。第1に、住居集合地域として指定されるのは、通常は、都市計画法上の住居系用途地域であり、かなり広い地域であることが多いから、当該地域内において違法に営業許可がされたとしても、そこから遠く離れて居住し、ほとんど影響を受けない当該地域内住民も多数存在するであろう。第2に、保護対象施設である診療所等は、都市計画法上の商業地域など、どの地域においても、距離制限要件によって保護されるのに対し、住居集合地域外の地域に居住する住民は、立地規制による保護を受けることはできない。第3に、住居集合地域内であっても、その境界付近に居住する住民は、住居集合地域のすぐ外の近接した場所で営業するパチンコ屋に対して保護されない。以上のことからすると、住居集合地域については、個々の住民の利益ではなく地域的環境を公益として保護する趣旨であると解することにも理由がある。

しかし、以上の形式的・実質的根拠が、いずれも、大阪市細則8条が定める距離制限要件によって保護された周辺住民に当てはまらないことは明らかである。したがって、大阪市細則8条の距離制限要件に保護される住民は、パチンコ屋の営業許可における住居集合地域住民とは異なり、保護対象施設設置者と同様に、その利益を個別的利益として保護されていると解すべきである。

なお、墓地経営許可平成12年最判は、旧大阪府条例が距離制限要件を定めていたにも拘らず、保護対象施設の定め方が幅広いことを根拠に、やや強引に、広がりのある地域の環境を保護する趣旨と読み替えたものとも評しうる。このような解釈の可否は別にしても、保護対象施設を狭く限定して定める大阪市細則8条について同様の判断をするのが妥当でないことはいうまでもない。

(ウ) パチンコ屋営業許可平成10年最判は今日においても維持されるべきか

パチンコ屋営業許可平成10年最判は、もともと学説からの批判が強く、行訴法の平成16年改正の立案過程でも批判を受けた<sup>(4)</sup>。そして、国会審議において政府委員から判例変更の可能性が指摘されるに至っている<sup>(3)</sup>（第159回国会衆議院法務委員会会議録21号（平成16年4月28日））。前述のように、住居集合地域が広範囲にわたるとしても、行訴法の平成16年改正の趣旨を踏まえれば、保護対

象施設に係る距離制限要件に準じて、営業所周辺の一定の距離内に居住し強い利害関係を有する住民に原告適格を認めることが可能であろう。そして、このような考え方で、周辺住民の利益が個別的利益として保護されていると解する裁判例（大阪地判平成18年10月26日判タ1226号82頁）も現れている。

（エ）まとめ

パチンコ屋の営業許可に係る判例の検討からすれば、「良好な風俗環境の中で生活する利益」という主観性の強い利益であっても個別的利益として保護された利益と解することに支障がなく、とりわけ、距離制限要件によって保護された住民の利益については、行訴法平成16年改正前の判例の立場を前提としても、個別的利益としての保護を否定することは適切ではない。

もっとも、パチンコ屋の営業許可については、一つ注意すべき点がある。パチンコ屋は、その施設の存在自体（又はその利用者）が周囲の風俗環境を悪化させるのみならず、騒音・振動により、周辺に物理的影響を及ぼすことが通例である。また、このことに鑑みて、風営法16条は騒音・振動の規制についての定めを置いている。もっとも、風営法16条は許可要件でなく、許可を受けた後の遵守事項であるため、パチンコ屋営業許可平成10年最判は、原告適格に係る判断において考慮に入れるべきではないと解したようであるが<sup>(6)</sup>、騒音・振動を発生させるパチンコ屋と、そのような物理的影響を及ぼさない納骨堂とを同列に論じることはできないのではないか、という疑問が生じても不思議ではない。

そこで、次に、騒音・振動等を通常発生させない施設、すなわち、公営競技である競輪の場外車券発売施設についての最高裁の判断について検討しよう。

ウ 競輪の場外車券発売施設の設置許可に関する最高裁判例

（ア）最一小判平成21年10月15日民集63巻8号1711頁（以下「サテライト大阪訴訟最判」という。）

サテライト大阪訴訟最判は、自転車競技法に基づく場外車券発売施設（以下「場外施設」という。）の設置許可の取消しを求める周辺住民等の原告適格について判断するに当たり、まず、以下のような一般的な考え方を示す。

「一般的に、場外施設が設置、運営された場合に周辺住民等が被る可能性のある被害は、交通、風紀、教育など広い意味での生活環境の悪化であって、そ

の設置、運営により、直ちに周辺住民等の生命、身体の安全や健康が脅かされたり、その財産に著しい被害が生じたりすることまでは想定し難いところである。そして、このような生活環境に関する利益は、基本的には公益に属する利益というべきであって、法令に手掛りとなることが明らかな規定がないにもかかわらず、当然に、法が周辺住民等において上記のような被害を受けないという利益を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。」

以上の説示からすると、サテライト大阪訴訟最判は、行訴法の平成16年改正後の判例であるにもかかわらず、一般論において、パチンコ屋営業許可平成10年最判で示されたような従来判例の考え方を基本的に維持しているように見える。次に、具体的な判断の内容を見てみよう。

自転車競技法は、場外施設の設置許可の要件として、「施設の位置、構造及び設備が経済産業省令で定める基準に適合する場合」とのみ定めており、サテライト大阪訴訟最判においては、これを受けて省令により定められた以下の二つの基準につき、周辺住民等の原告適格の根拠となるかどうかを検討されている。第1は、いわゆる位置基準であり、「学校その他の文教施設及び病院その他の医療施設から相当の距離を有し、文教上又は保健衛生上著しい支障を来すおそれがないこと」というものである。第2は、いわゆる周辺環境調和基準であり、「施設の規模、構造及び設備並びにこれらの配置は……周辺環境と調和したものであ」ることというものである。

これらのうち、第1の位置基準について、最高裁は、場外施設周辺の文教施設及び医療施設の設置者の利益を個別的利益として保護する趣旨を有すると解している。その理由は以下の通りである。「場外施設は、多数の来場者が参集することによってその周辺に享樂的な雰囲気や喧噪といった環境をもたらすものであるから、位置基準は、そのような環境の変化によって周辺の医療施設等の開設者が被る文教又は保健衛生にかかわる業務上の支障について、特に国民の生活に及ぼす影響が大きいものとして、その支障が著しいものである場合に当該場外施設の設置を禁止し当該医療施設等の開設者の行う業務を保護する趣旨をも含む規定であると解することができる。」

他方で、第2の周辺環境調和基準については、最高裁は、「良好な風俗環境を一般的に保護し、都市環境の悪化を防止するという公益の見地に立脚した規定」であるとして、周辺住民の利益を個別的利益として保護する趣旨を読み取ることは困難であると述べる。

以上の結論を見ても、文教・医療施設の設置者には原告適格を認めうるが一般住民の原告適格は認められないというものであるため、パチンコ屋の営業許可に係る平成6年と平成10年の判例の考え方が維持されているようにも見える。

以上で紹介したサテライト大阪訴訟最判の判断基準及び結論については、学説において、行訴法改正の意義を損なうものとして批判が強い<sup>(7)</sup>。ただし、サテライト大阪訴訟最判においても、最高裁は、主観的な生活環境上の利益について周辺住民の原告適格がア・プリオリに否定されるべきと述べているわけではない。「法令に手掛りとなることが明らかな規定」があれば原告適格を認めうることを前提に、個別法令を具体的に検討して結論を導き出している。そして、このことを踏まえて、場外施設の設置許可と本件許可とを比較すると、サテライト大阪訴訟最判の立場を前提にしても、本件許可については、周辺住民の原告適格を認めるべきであることが明らかになる。

#### (イ) サテライト大阪訴訟最判を前提とした場合の、本件許可の取消訴訟の原告適格

サテライト大阪訴訟最判が、文教・医療施設の設置者の利益が個別的利益として保護されていると解する根拠とした位置基準には、「相当の距離」と「著しい支障」という文言が含まれており、大阪市細則8条が定める「おおむね300メートル」という距離制限要件と、ただし書の「生活環境を著しく損なうおそれ」という文言に類似している。しかも、大阪市細則8条の方が、制限距離を数値で明示しているという点で、より具体的である。そして、大阪市細則8条が、「学校、病院」と並べて「人家」を距離制限の起点として保護していることからすれば、「人家」の居住者の利益も、「学校、病院」の設置者の利益と同様に、個別的利益として保護されていると解するのが自然である。

すなわち、大阪市細則8条は、サテライト大阪訴訟最判がいう「手掛りとなることが明らかな〔法令の〕規定」に当たるといふべきである。また、このよ

## 納骨堂経営許可等取消訴訟

うな理解は、意見書でこれまでに検討してきた、距離制限要件に基づいて原告適格を認めた一連の最高裁判例や、パチンコ屋営業許可平成10年最判の説示に照らしても、首肯されるであろう。大阪市細則8条があるにも拘らず、周辺住民の原告適格を否定することは、〈一般住民については生活環境への物理的侵害が生じ又はそのおそれがある場合を除き、原告適格は一切認めるべきでない〉というような、実定法の解釈を踏み越えた価値判断を優先させるのでもない限り、困難ではないと思われる。

他方、周辺環境調和基準は、その内容が漠然としており、そもそも「配置」という文言が立地規制までも含意するかどうかという点について議論の余地があること、立地規制<sup>(8)</sup>を定めるものと解するとしても距離制限を設けるものではないこと、「著しい支障」といった文言もないこと、原告適格が認められる範囲の画定に困難さが伴うこと、などに鑑みると、原告適格を認める根拠とするにはかなり不利な要素が多いことは否めない。しかし、要件の定め方が全く異なる本件許可の解釈において、サテライト大阪訴訟最判の周辺環境調和基準を前提としてなされた判断を引き合いに出すことは、実定法解釈のあり方として妥当ではないであろう。

### (4) 納骨堂に起因する精神的苦痛を受けないという利益が個別的利益としての保護になじむか

以上の検討を経てもなお、嫌忌施設に起因する精神的苦痛を受けないという利益がそもそも個別的利益としての保護になじむか、という疑問が残るかもしれない。以下ではこの点について検討を加えておきたい。

#### ア 大阪地判令和3年5月20日の判断

本件許可について周辺住民の原告適格を否定した大阪地判令和3年5月20日（平成29年（行ウ）第148号・平成29年（行ウ）第150号・令和2年（行ウ）第61号。以下「原審判決」という）は、上記のような疑問を判断の基礎にしているように見える。すなわち、原審判決は、周辺住民の利益の個別的利益としての保護を否定する理由として、①「嫌忌施設という概念自体が曖昧で、人によってその受け止め方は相当に異なる」こと、及び、②「墓地や火葬場と比較す

れば、納骨堂が嫌忌される程度は一般的には小さいものとも考えられ、「納骨堂が設置、経営されることによって周辺住民に社会通念上受忍すべき限度を超える精神的苦痛が生じるということは困難である」ことを述べる。

しかし、これらの理由については、以下のような疑問がある。

イ 「嫌忌施設という概念自体が曖昧で、人によってその受け止め方は相当に異なる」という原審判決の考え方（上記①）について

嫌忌施設といわれる施設の中に様々なものが存在することは確かである。原子力発電所、廃棄物処理施設のように、物理的な被害をもたらすおそれがあるものもあれば、風俗営業所・公営競技施設や墓地等のように、物理的被害を全く伴わないわけではないにせよ、それ以上に、主観的・心理的理由から嫌忌されるものがある。

しかし、嫌忌施設の概念が多義的であるからといって法的保護を拒絶する理由にはならず、施設に起因する不利益に応じて保護の必要性を検討すべきである。また、主観的・心理的理由から嫌忌される施設であっても、嫌忌する理由が、誤解や偏見に基づき又は弱者・少数者への配慮を欠くなど、社会通念上相当でない場合（例えば、東京の南青山における児童相談所設置に対する周辺住民の反対運動が想起される）や、一般的なものとはいえない特殊な好悪の感情によるものである場合は別にして、法的保護の対象にすることは何ら差し支えないであろう。

人はいつかは死ぬものであり、また、故人を悼み、冥福を祈るのは、人類の普遍的な感情といってよい。そして、そのために設けられる墓地等が、人々の精神生活・宗教生活にとって、必要な施設であることはいうまでもない。しかし、人が生活の本拠として暮らしを営む場所の目の前に、人の死を象徴し、多数の遺骨を収蔵する施設が一方的に設置され、日常生活の中で常にこれと接しなければならなくなることを苦痛に思う感情は、非難されるべきでなく、また、一般的なものといってよいであろう。宅地の不動産鑑定において墓地等が近隣に存在することが不動産の減価要因とされていることも、上記のような感情が社会的に共有され、かつ、かなりの重みを有していることを示すものである。

風俗営業や公営競技も、「人によってその受け止め方は相当に異なる」とも

いえるが、従来の最高裁判例は、法令の定め方によっては、周辺住民等の生活環境上の利益が個別的利益として保護されうることを認めている。特に、文教・医療施設については、それらの施設の設置者が被る不利益の内容・性質や程度が、周辺住民とさほど違いがないにも拘らず、設置者に原告適格が認められている。そうであれば、大阪市細則8条が定める距離制限要件により、学校、病院と並べて保護対象とされた「人家」に居住する住民に原告適格を認めるのは、当然であるように思われる。

ウ 納骨堂が嫌忌される程度は一般的には小さく、精神的苦痛は社会通念上受忍すべき限度を超えない、という原審判決の考え方（上記②）について

この点については、行政法規の役割ないし意義という観点からの疑問がある。「社会通念上受忍すべき限度」という原審判決の表現には、民事法的発想が垣間見える。しかし、行政法規は、民事法上保護されない利益にも法的保護を及ぼしうるのであって、まさに、その点に、行政法規の存在意義の一つがある<sup>(9)</sup>。例えば、前掲最二小判昭和37年1月19日は、新たな公衆浴場が近隣で開業することによる経営の悪化を免れるという既存の公衆浴場業者の利益が、原告適格の根拠となるものと判断している。しかし、民事法上、このような利益が保護利益とされることは、——新規開業の目的が既存の公衆浴場への嫌がらせであり権利濫用に当たるような例外的な場合を除き——あり得ないであろう。したがって、行政法規の解釈においては、民事法的発想を投影するのではなく、行政法規の仕組みや趣旨・目的を虚心に検討すべきである<sup>(10)</sup>。

もっとも、原審判決の考え方は、行訴法の平成16年改正によって追加された行訴法9条2項が定める考慮・勘案事項によって正当化されうるという見方もあるかもしれない。同項は、処分の相手方以外の者の原告適格の判断にあたっては、「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。……当該利益の内容及び性質を考慮するに当たっては、当該処分又は裁決がその根拠となる法令に違反して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。」と定めており、ここから、主観的な不利益や軽微な不利益は原告適格を認める根拠にならないという考え方が導かれる余地があるからである。

しかし、この考慮・勘案事項を、生命・身体（健康）の被害や財産の著しい被害が生じるような場合にのみ原告適格が認められるという考え方を示したものと解するのは適切でない。かつて、一部の下級審裁判例においては、生命・身体（健康）の重大な被害が生じるおそれがあるにも拘らず、形式的な文言解釈に終始して原告適格を否定するような判断がされることがあった。上記の考慮・勘案事項の意図は、そのような判断が繰り返されないようにすることにある。具体例として、都市計画法上の開発許可が、崖崩れなどによる「災害を防止するため」に定められた許可基準（都計33条1項7号）に違反して行われた場合には、開発区域の周辺住民の生命・身体に重大な被害が及ぶおそれがあるにも拘らず、法令に周辺住民の利益を保護する旨の明文の定めがないことや、原告適格が認められる周辺住民の範囲を画定しがたいことなどを理由に、周辺住民の原告適格を否定した下級審裁判例がある（最三小判平成9年1月28日民集51巻1号250頁の第1審・第2審判決）。

すなわち、上記の考慮・勘案事項は、重要な法益の重大な被害が生じない場合には一律に原告適格を否定するような判断方法を意図したものでない。本意見書においてすでに述べたように、パチンコ屋の営業許可や墓地営業許可につき、行訴法平成16年改正の国会審議において、また、立案に携わった論者らから、周辺住民の原告適格を認める方向で判例変更がされるべきという旨の発言が繰り返し行われている。このことからすれば、改正の趣旨が、重要な法益の重大な被害が生じる場合でなくても、柔軟に原告適格を認めていくべきという方向にあることは明らかである。

ちなみに、上記考慮・勘案事項に鑑みると、パチンコ屋の営業許可や公営競技の場外施設の設置許可と比較して、納骨堂の経営許可には、原告適格を認めるのに有利な側面もある。パチンコ屋や場外施設の周辺の環境への影響は、施設そのものというより、そこを訪れる利用者によってもたらされるものであり、<sup>(11)</sup>その意味では施設から直接生じるものではなく間接的である。そして、こうした間接的影響は、施設が存在する限り避けがたいものとはいえず、設置者の努力（マナー向上の呼びかけ、警備員の配置、交通整理等）によって周辺の環境への影響をある程度は軽減することもできるであろう。これに対し、納骨堂は、

## 納骨堂経営許可等取消訴訟

施設の存在自体が周辺住民に精神的苦痛をもたらし、その意味で直接的影響を及ぼす。このため、設置者の対応によって影響を抜本的に軽減することは困難である。行訴法9条2項がいう、侵害の「態様」という勘案事項は、このような違いを念頭に置いたものであり、直接的被害が生じる場合には、原告適格を認める必要性が高まるということができる。

## 2 防火設備要件と周辺住民の原告適格

### (1) 問題の所在

大阪市細則10条2号が納骨堂について定める防火設備要件が、納骨堂の火災による被害の防止を目的とする規定であることは明白である。問題は、具体的にどのような利益が保護法益として想定されているかである。

防火設備要件が、納骨堂の火災の際に延焼等による被害が及ぶことが想定される周辺住民の生命・身体等の安全等の利益を保護する趣旨を有すると解する場合には、当該利益の内容・性質や、侵害される態様・程度に鑑み、火災による被害が直接及ぶ範囲に居住する住民に原告適格が認められるべきことは当然である。

しかし、本件原審判決や、過去の複数の裁判例（別紙資料 [13]・[15]、松山地判平成25年9月25日判自390号77頁、高松高判平成26年3月20日判自390号75頁）は、納骨堂の防火に関する要件は、納骨堂に収蔵された焼骨の保護を目的とするものであって、周辺住民の生命・身体等を火災による被害から保護する趣旨を有するものではないと説示している。

そこで、いずれの解釈が妥当かが問題となる。

### (2) もっぱら焼骨の保護を目的とするという解釈への疑問

従来の裁判例のように、防火設備要件（又は他の地方公共団体の条例・規則が定める同様の要件）の目的を焼骨の保護に限定することについては、以下のような疑問がある。

## ア 法益の分断

まず、防火のための要件が設けられている場合、それが焼骨の保護を一つの目的とするとしても、それ以外の法益を保護する趣旨を一切有しないと解することには、違和感を禁じ得ない。火災が発生すれば、納骨堂の利用者や周辺の住民の生命・身体等に重大な危険が及ぶのは当然であるから、そのような危険にも同時に対処しようとしたものと解するのが常識にかなう。

都市計画法上の開発許可について、かつて、一部の下級審裁判例は、もっぱら開発区域内の住民等の利益を保護する趣旨と解し、開発区域外の住民の生命・身体等の利益は保護対象ではないと判断していたが、このような解釈は最高裁によって否定されている（前掲最三小判平成9年1月28日）。納骨堂の内と外をやや不自然に峻別する解釈は、開発許可に係るかつての一部の下級審裁判例を彷彿させる。

## イ 納骨堂の火災発生の危険の程度

もっとも、上記のように保護利益を限定する解釈を採用する裁判例は、いくつかの具体的根拠を示している。まず、別紙資料〔13〕・〔15〕は、納骨堂は、他の建築物と比較して特に火災の発生の危険が大きいとはいえないから、周辺住民の危険の防止のためであれば、建築基準法などの建築基準関係規定による規制以上に防火性を高める必要はないと述べる。

しかし、この理由付けには以下のような疑問がある。今日各地で建設されているような、永代供養を目的とする現代的な納骨堂ビルは、かなり新しい現象である。もともとは、身寄りがなく墓地に遺骨を埋蔵することができない者などの遺骨を収蔵するため、墓地の一角などに建立された納骨堂が一般的であった。そして、こうした納骨堂内において、供養のためにろうそくや線香が用いられるのが通例であること、不特定多数者が出入りすること、管理者が常駐することはあまりなかったであろうことなどからすると、通常の建物よりも火災の危険はかなり大きいといえるであろう。このため、周辺の建物に延焼等の危険を及ぼさないよう、建築基準関係規定による規制を上回る耐火性が必要であると考えられたのではないかと思われる。

なお、納骨堂内での火気の使用について補足すると、東京都の墓地等の構造

## 納骨堂経営許可等取消訴訟

設備及び管理の基準等に関する条例は、9条3号において、「納骨堂の設備は、不燃材料を用いること。ただし、納骨堂内で火気を使用しない場合は、この限りでない。」と述べ、納骨堂内で火気が使用されるのが通例であることを前提に、それに対処するために防火構造について定めていることがわかる。大阪市細則の防火設備要件においてもこのような考え方が基礎とされている可能性が高い。

ウ 火葬場については防火設備が要求されていないこととの関係

本件原審判決は、防火設備要件がもっぱら焼骨の保護を目的とすると解する理由として、納骨堂よりも外部への延焼防止の必要性が高い火葬場の構造設備について、大阪市細則が防火設備を設けることを要求していないことを挙げる。しかし、この理由付けについては、以下のような疑問がある。

火葬場で火災が発生した場合においても、遺体や遺骨が激しく損傷したり、消火のために水浸しになったり、がれきにまみれたりする可能性があるだろう。そうすると、納骨堂について焼骨の保護のために防火設備要件を設けるのであれば、火葬場についても、遺体・遺骨の保護のため、防火に係る要件を設けるのが当然ではないかと思われる。したがって、納骨堂の防火設備要件がもっぱら焼骨の保護を目的とするから、火葬場については防火に係る要件がないという説明をするのは、困難であると思われる。

その上で、なぜ、火葬場と納骨堂の間で防火に係る要件の違いが生じているのかが問題になる。この点については、推測にとどまるが、以下のような理由も考えられる。

第1に、火葬場に設置される火葬炉については、燃焼施設としての技術的な標準がある程度確立しており、また、通常、専門の業務員が扱うことなどから、大阪市細則で重ねて防火のための規制を設ける必要がないと考えられた可能性もある。

第2に、仮に、防火設備要件の重点が周辺への延焼の防止に置かれていたとすると、火葬場については、大阪市細則8条が定める距離制限要件の運用によってカバーできると考えられていた可能性もある。火葬場は、墓地や納骨堂と比較すると、煤煙や悪臭を発生させるおそれがあり、また、遺体を焼却する施

設という性質により、特に嫌忌される程度が高いであろう。このため、距離制限要件を厳格に適用することが予定され、大阪市細則8条ただし書を適用して人家等の付近で経営を許可することはほぼないと考えられていたのではないか。他方、納骨堂については、他の地方公共団体の条例・規則を見ると、構造設備要件のみで、そもそも距離制限要件が定められていない場合もある。大阪市細則の運用としても、納骨堂については8条ただし書を適用して人家等の付近で経営を許可することもしばしば生じうることを想定して、延焼による被害の防止に特に配慮したのではないかとも思われる。

いずれにせよ、火葬場について防火設備が義務付けられていないことから、直ちに、納骨堂の防火設備要件が焼骨の保護のみを目的とするとして解することには、疑問が残る。

### 3 本件許可取消訴訟における大阪市審査基準の意義 ——経営主体に関する基準を中心に——

#### (1) 大阪市審査基準の法的性質と法的効果

##### ア 大阪市審査基準の法的性質

大阪市審査基準は講学上の行政規則であり、法規としての性質を有しない。したがって、法10条に基づく許可がこれに違背して行われたとしても、直ちに違法となるものではない（最三小判昭和43年12月24日民集22巻13号3147頁、最大判昭和53年10月4日民集32巻7号1223頁）。

しかしながら、以下で述べるように、最三小判平成27年3月3日民集69巻2号143頁（以下「平成27年最判」という。）の趣旨を前提にすると、大阪市審査基準に違背する許可は、原則として違法となると解される。

##### イ 平成27年最判の内容と射程

###### (ア) 平成27年最判の内容と意義

平成27年最判は、行政手続法（以下「行手法」という。）12条1項に基づいて定められ公にされている処分基準につき、「処分基準の定めと異なる取扱いをするならば、裁量権の行使における公正かつ平等な取扱いの要請や基準の内

## 納骨堂経営許可等取消訴訟

容に係る相手方の信頼の保護等の観点から、当該処分基準の定めと異なる取扱いをすることを相当と認めるべき特段の事情がない限り、そのような取扱いは裁量権の範囲の逸脱又はその濫用に当たることとなるものと解され、この意味において、当該行政庁の後行の処分における裁量権は当該処分基準に従って行使されるべきことがき束されて」といって説示している。

この説示は、訴えの客観的利益の有無に係る判断の前提としてなされたものであるが、平成27年最判の趣旨を前提とすれば、処分基準に違背して行われた不利益処分は、特段の事情がない限り、違法なものとして取り扱われることになるであろう。このような考え方は、最三小判平成23年6月7日民集65巻4号2081頁の田原睦夫裁判官の補足意見においてすでに示されており、平成27年最判は、この考え方を訴えの客観的利益に係る判断の前提として用いたといえることができる。

### (イ) 平成27年最判の射程が本件審査基準に及ぶか

平成27年最判の上記の説示は、不利益処分の処分基準についてなされたものであるが、その趣旨は、申請に対する処分の審査基準（行手5条）として設定された本件審査基準にも当然に妥当するであろう。その理由は以下の通りである。第1に、平成27年最判が、処分基準の設定・公表の趣旨として述べた、「単に行政庁の行政運営上の便宜のためにとどまらず、……判断過程の公正と透明性を確保し、その相手方の権利利益の保護に資するために定められ公にされる」ことは、申請に対する処分の審査基準にも当然に当てはまると考えられる。第2に、平成27年最判には、那須弘平裁判官及び岡部喜代子裁判官の反対意見が付されており、当該反対意見は、処分基準の設定・公表が努力義務にとどめられていること（行手12条1項）を一つの理由としていたが、審査基準の設定・公表は法的義務であるから（行手5条1項・3項）、同様の疑念が生じる余地がない。

### ウ 大阪市審査基準に違背する許可の違法性

平成27年最判によれば、処分基準の内容に反する処分であっても、「特段の事情」があれば違法とはならない。特段の事情として考えられるのは、第1に、処分基準の内容が合理性を欠き、処分基準にしたがって処分をすると、法令に

違反することになる場合、第2に、処分基準の内容が合理的なものであっても、個別事案の特殊事情があるため、当該事案において処分基準を機械的に適用して処分をすると違法になる場合である。大阪市審査基準及び本件処分については、いずれの事情も認められないであろう。

(2) 大阪市審査基準の経営主体に関する基準の違背を本件許可の取消事由として主張しうるか

#### ア 問題の所在

大阪市審査基準の1は、墓地等の経営主体を、地方公共団体、公益法人又は宗教法人等に限定する旨を定めている。

(1) で述べたところから、大阪市審査基準が定める経営主体に関する基準に反する許可は原則として違法になると解される。しかし、行訴法10条1項（「取消訴訟においては、自己の法律上の利益に関係のない違法を理由として取消しを求めることができない」）に照らし、本件許可の取消訴訟の原告が、本件許可の取消しを求めために、大阪市審査基準の違背を主張することができるか、という問題がある。

#### イ 行訴法10条1項についての一般的考え方

行訴法10条1項につき、実務上有力な見解によれば、処分の第三者（ただし、処分の法的効果によって直接権利を侵害される者を除く）は、原則として、原告適格を認める根拠とされた処分要件を充足しないという違法しか主張できないとされる<sup>(12)</sup>。この見解には学説からの批判があるが<sup>(13)</sup>、さしあたりこの考え方を前提にすると、大阪市審査基準が、それ自体として原告適格を認める根拠となる場合には、本件許可が当該基準等に違背するという違法を主張できるが、そうでない場合は、行訴法10条1項により主張を阻まれる、ということになりそうである。

#### ウ 原告適格を認める根拠とされた処分要件規定以外の法令等の違反の主張

しかし、原告適格を認める根拠とされていない規定であっても、原告の個別的利益の保護に資する規定であるといえれば、その違反を、処分の取消しを求めために主張できることは差し支えないであろう。

[41]

千葉地判平成19年8月21日判時2004号62頁は、産業廃棄物処理施設設置許可処分について周辺住民等が提起した取消訴訟において、以下のような注目すべき判断をしている。まず、同判決が、原告適格を認める根拠としたのは、災害防止のための技術的基準を定める要件であり、当該要件は、住民の生命、身体の安全等を個々人の個別的利益としても保護すべきものとする趣旨を含むとされている。その上で、本案審理において、原告が設置者の経理的な基礎に係る要件の違反を主張できるか否かが争いになり、裁判所は、以下のような理由で、当該違法の主張を認めている。すなわち、経理的基礎が不十分であることにより不適正な産業廃棄物の処分や処分場の設置及び維持管理が行われた場合には、有害な物質が許容限度を超えて排出され、その周辺に居住等する者の生命、身体に重大な危害を及ぼすなどの災害を引き起こすことがあり得るので、周辺住民が生命又は身体等に係る重大な被害を直接に受けるおそれのある災害等が想定される程度に経理的基礎を欠くような場合には、公益を図る趣旨にとどまらず、周辺住民個人の法律上の利益に関係がある、とされるのである<sup>(14)</sup>。

#### エ 大阪市審査基準の経営主体に関する基準についての検討

大阪市審査基準が定める経営主体に関する基準については、それ自体として周辺住民に原告適格を認める根拠となるかどうかという問題があるが、仮にならないとしても、上記ウで述べた考え方を前提にすれば、本件許可の取消しを求めるために、経営主体に関する基準の違背を主張することは可能であると解される。その理由は以下の通りである。

経営主体に関する基準は、墓地等の経営が永続的、非営利的に行われることの確保を目的とすると解される。永続的、非営利的経営が担保されない主体によって経営された場合は、採算の悪化や倒産等による施設の管理の放棄や、防火設備のずさんな管理等により、法10条並びに大阪市細則8条及び10条2号によって個別的利益として保護された周辺住民の利益が損なわれる可能性が高い。このため、当該基準は、周辺住民の個別的利益の保護に資するということができ、当該基準の違背は、周辺住民の法律上の利益に関係する違法というべきである。

- (1) 大橋寛明「判解」最高裁判所判例解説民事篇平成10年度986頁(994頁以下)を参照。
- (2) 塩野宏「改正行政事件訴訟法の課題と展望」同『行政法概念の諸相(行政法研究8巻)』(有斐閣、2011年)298頁〔初出:司法研修所論集113号(2004年)〕は、「大阪であった墓地の経営の許可について、近隣住民には原告適格がないといったものも、今度の改正法のもとでもう一度虚心坦懐にながめてみると原告適格を認める理屈は今度の場合にはかなりあるのではないかと思う」と述べる。

福井秀夫=村田斉志=越智敏裕『新行政事件訴訟法——逐条解説とQ&A』(新日本法規、2004年)316頁〔越智敏裕執筆〕は、墓地経営許可平成12年最判を取り上げ、「診療所の周辺のパチンコ店の風俗営業許可同様、墓地等に関しても、少なくともこれら例示施設〔=旧大阪府条例の距離制限要件で例示された施設〕については、個別的に嫌悪の施設の立地による苦痛を免れるという権利を保護しているものと解釈する余地が十分あると考えられます」と述べる。高木光「救済拡充論の今後の課題」ジュリスト1277号(2004年)16頁は、「墓地に関する最高裁平成12年判決は、改正法の下では、見直しがされることが確実」と述べる。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(2007年)2509頁は、「2」の事件〔=墓地経営許可平成12年最判〕における一定範囲の住宅、学校、病院等の経営者等についても原告適格が肯定される可能性は出てきたといえよう」と述べる。
- (3) 芝池義一「取消訴訟の原告適格判断の理論的枠組み」『京都大学法学部創立百周年記念論文集 第2巻』(有斐閣、1999年)86頁、阿部泰隆『行政訴訟要件論』(弘文堂、2003年)57頁以下、100頁、大田直史「判批」平成10年度重要判例解説(ジュリスト臨時増刊1157号)37頁、野呂充「判批」法学教室226号136頁、保木本一郎「判批」判例評論489号(判例時報1685号)197頁以下。なお、パチンコ屋営業許可平成6年判決の解説である太田幸夫「判批」平成7年度主要民事判例解説(判例タイムズ臨時増刊913号)323頁は、「住居集合地域が制限地域に指定された場合、住民の原告適格を肯定する余地があると思われる」という見解を示していた。
- (4) 特に、司法制度改革推進本部・行政訴訟検討会(第19回)(平成15年7月4日)議事録を参照。
- (5) 行訴法の平成16年改正後に、判例変更を予想する文献として、高橋・前掲注(2)2509頁、田中謙「判批」別冊ジュリスト行政判例百選Ⅱ〔第7版〕344頁がある。
- (6) 大橋・前掲注(1)986頁(997頁)。
- (7) 文献は枚挙にいとまがないが、サテライト大阪訴訟最判に批判的な判例評釈と

して以下のものがある。阿部泰隆「判批」判例評論621号（判例時報2087号）164頁、神橋一彦「判批」民商法雑誌143巻3号295頁、板垣勝彦「判批」法学協会雑誌129巻5号224頁、山田健吾「判批」速報判例解説（法学セミナー増刊）7号41頁、田中謙「判批」判例セレクト2010-2（法学教室別冊付録366号）6頁、勢一智子「判批」別冊ジュリスト行政判例百選Ⅱ〔第7版〕346頁、常岡孝好「判批」別冊ジュリスト環境法判例百選第〔第3版〕216頁。

教科書、論文として、さしあたり以下のものを挙げておく。塩野宏『行政法Ⅱ 行政救済法〔第6版〕』（有斐閣、2019年）148頁、宇賀克也『判例で学ぶ行政法』（第一法規、2015年）162頁以下、山本隆司『判例から探究する行政法』（有斐閣、2012年）460頁以下、大橋洋一『行政法Ⅱ 現代行政救済論〔第3版〕』（有斐閣、2018年）114頁、斎藤浩『行政訴訟の実務と理論〔第2版〕』（三省堂、2019年）103頁以下、野呂充「原告適格論の再考——改正行政事件訴訟法下での原告適格及び自己の法律上の利益に関係のない違法の主張制限について」法律時報82巻8号（2010年）16頁。

- (8) 清野正彦「判解」最高裁判所判例解説民事篇平成21年度658頁（696頁）。
- (9) 行政法規の独自の意義について、阿部・前掲注(3)99頁以下を参照。

また、藤田宙靖元判事も、異なる角度から、民事訴訟の発想を行政訴訟に持ち込むことを戒めていた。曰く、「民事裁判の分野においては、私的自治の原則が前提とされ、裁判という形で国家権力が私人間の紛争の解決に乗り出すのは、「それが究極的であり、かつ最も有効適切な紛争解決方法である場合」においてのみ認められる、という基本的な考え方があるものとするならば、原告適格についても、そこでいう「法律上の利益」の認定について、極めて精緻かつ厳格な理論的根拠付けがなされることになるのも、それなりの理由を認め得るであろう。しかし、行政庁の公権力行使の適法性を私人が争う抗告訴訟の場面においては、もともと「私的自治の原則」は前提とされており、一方当事者たる行政庁に法的に優越した地位が与えられているのであって、従って、対等な当事者間での自主的な紛争解決をまず期待し裁判に訴える途を限定しようという右の民事訴訟的発想については、その前提がそもそも欠けているものといわなければならない。誤解を恐れずに敢えて表現するならば、この意味において、抗告訴訟は、「紛争の公権的解決」のための制度である以前に、むしろ「公権力の行使に関する私人の救済」のための制度なのである。……この意味において、原告適格の問題を始め、先に見た処分性を巡る考え方等、抗告訴訟の訴訟要件を巡る従来の最高裁判例の思考枠組みには、概して、抗告訴訟そして行政法の基本的なものの考え方を十分に踏まえない、いわば民事法的硬直性とでもいうべき側面が存在しているように思われてならないのである。」（藤田宙靖『第4版 行政法Ⅰ（総論）改訂

版』(青林書院、2005年)420~421頁)。

- (10) なお、原告適格について判断した判例の中にも、受忍限度的な考え方を示すものもある。例えば、航空機の騒音障害を受ける飛行場周辺住民は定期航空運送事業免許の取消訴訟の原告適格を有すると判断した最二小判平成元年2月17日民集43巻2号56頁は、「飛行場周辺に居住する者は、ある程度の航空機騒音については、不可避のものとしてこれを甘受すべきであるといわざるをえず、その騒音による障害が著しい程度に至つたときに初めて、その防止・軽減を求めるための法的手段に訴えることを許容しうるような利益侵害が生じたものとせざるをえない」と説示している。しかし、この説示は航空機騒音の特質を踏まえたものであり、また、原告適格が認められる周辺住民の範囲が果てしなく拡大しないよう、線引きないし切り出しをする必要があることが前提となっている。したがって、保護範囲があらかじめ距離制限要件によって限定されている本件許可に同様の受忍限度的発想を持ち込むことは、不要かつ不適切であろう。
- (11) 清野・前掲注(8)686頁以下。
- (12) 司法研修所編『改訂 行政事件訴訟の一般の問題に関する実務的研究』(法曹会、2000年)191頁以下。これと同様の見解を採るように見える最高裁判例として、最二小判平成元年2月17日民集43巻2号56頁。
- (13) 学説・判例の状況について、室井力=浜川清=芝池義一編『コンメンタール行政法Ⅱ 行政事件訴訟法・国家賠償法〔第2版〕』(日本評論社、2006年)157頁以下〔野呂充執筆〕、小早川光郎=青柳馨編『論点体系 判例行政法2 (第一法規、2017年)273頁以下〔青柳馨執筆〕。
- (14) 本判決の考え方については学説においても異論は見られない。さしあたり、小早川=青柳・前掲注(13)282頁以下〔青柳馨執筆〕、南博方原編著・高橋滋=市村陽典=山本隆司編『条解行政事件訴訟法〔第4版〕』(弘文堂、2014年)327頁以下〔長屋文裕執筆〕を参照。

納骨堂経営許可等取消訴訟

別紙資料：裁判例一覧

	裁判所	年月日	掲載誌・データベース	対象施設	結論	備考
〔1〕	宇都宮地判	昭和59年2月9日	判自6号66頁	墓地	○	
〔2〕	福島地判	昭和60年9月30日	行集36巻9号1646頁	火葬場	×	
〔3〕	東京地判	昭和62年5月26日	判時1259号48頁	墓地	×	
〔4〕	大阪地判	昭和62年7月14日	判時1259号57頁	墓地	×	
〔5〕	水戸地判	平成2年3月13日	判自78号77頁	火葬場	×	
〔6〕	大阪地判	平成5年11月12日	行集44巻1=2号981頁	納骨堂	×	〔7〕第1審
〔7〕	大阪高判	平成7年1月27日	行集46巻1号1頁	納骨堂	×	〔6〕控訴審
〔8〕	東京地判	平成7年1月27日	LEX/DB 文献番号28030574	墓地	×	
〔9〕	<b>最二小判</b>	<b>平成12年3月17日</b>	<b>判時1708号62頁</b>	<b>墓地</b>	<b>×</b>	
〔10〕	福岡地判	平成19年5月28日	LEX/DB 文献番号25420052	墓地	×	〔11〕第1審
〔11〕	福岡高判	平成20年5月27日	裁判所ウェブサイト	墓地	○	〔10〕控訴審
〔12〕	東京地判	平成22年4月16日	判時2079号25頁	墓地	◎	
〔13〕	千葉地判	平成31年3月26日	判自465号107頁	納骨堂	×	〔15〕第1審
〔14〕	さいたま地判	令和1年5月8日	判自465号75頁	墓地	◎	
〔15〕	東京高判	令和1年9月12日	判自465号104頁	納骨堂	×	〔13〕控訴審

×は周辺住民等の利益が個別的利益として保護されていないと判断したもの

○は周辺住民等の利益が個別的利益として保護されていると解しつつ、当該事案においては原告適格を認めなかったもの

◎は周辺住民等の原告適格を認めたもの