

司法試験

平成30年本試験徹底分析会

公法系

れっく **LEC** 東京リーガルマインド



0 001221 18424 1

LU18424

平成30年本試験分析会

公法系・第1問

平成30年司法試験 公法系第1問 問題文

〔第1問〕（配点：100）

20**年、A市では、性的な画像を含む書籍の販売等の在り方に対し、市民から様々な意見や要望があることを踏まえ、新たな条例の制定が検討されることとなった。この条例の検討に関わっている市の担当者Xは、憲法上の問題についての意見を求めるため、条例案を持参して法律家甲のところを訪れた。【別添資料】は、その条例案の抜粋である。法律家甲と担当者Xとの間でのやり取りは以下のとおりであった。

甲：新しい条例が検討されているのはどのような理由からですか。

X：いわゆる「成人向け」「アダルトもの」と呼ばれる雑誌だけでなく、最近では一般の週刊誌として販売される雑誌を含む様々な出版物等に、裸の女性の写真など性的な画像が掲載され、それらがスーパーマーケットやコンビニエンスストアなど市民が食料品や生活用品を購入するために日常的に利用する店舗で販売されています。近年、一部のコンビニエンスストアでは、そのような雑誌類の取扱いをやめる動きも出てきていますが、飽くまでも一部の店舗による自主的なものにとどまっています。この状況に対して、市民からは、青少年の健全な育成に悪影響を及ぼす、安心して子供と買い物に行けないという意見が寄せられているほか、特に女性を中心として、見たくもないものが目に入って不快であるとか、思わぬところで性的なものに触れないようにしてほしいという意見が最近多く寄せられるようになりました。市内には、マンションや団地、住宅地が多く、子供がいる世帯が多数居住していますが、そのような地区の自治会からも性的な画像を掲載した出版物等の販売や貸与について規制を求める要望が出ています。

甲：すると、青少年の健全な育成を図ることだけが目的となるわけではないのですね。

X：そうです。青少年の健全な育成とともに、羞恥心や不快感を覚えるような卑わいな書籍等が、それらをおよそ買うつもりのない人たちの目に、むやみに触れることがないようにすることもねらいです。

甲：具体的にはどのようなものを規制の対象とするのですか。

X：規制の対象となる図書類は、この条例案の第7条に記載しています。日々発行される様々な出版物等を適切に規制の対象とするため、市長等が規制の対象となる図書類を個別に指定することとはせず、要件に該当する図書類が自動的に規制の対象となるようにしました。「性交」、「性交類似行為」や「衣服の全部又は一部を着けない者の卑わいな姿態」を撮影した写真や動画などの画像とこれらを描写した図画を対象とし、かつ、「殊更に性的感情を刺激する」ものであることが要件となります。このような画像や図画が含まれる書籍や雑誌などを「規制図書類」としました。

甲：刑法第175条で処罰の対象となっている「わいせつ」な文書等には当たらないものもこの条例では規制の対象となるのですか。

X：そうです。刑法上の「わいせつ」な文書等に当たらないものも、もちろん対象になります。刑法上の「わいせつ」な文書等に該当すれば、頒布や陳列自体が犯罪行為となるわけですから、むしろ、この条例では刑法で処罰対象とならないものを規制することに意味があると考えています。

甲：規制の対象には、写真や動画などの画像だけでなく、漫画やアニメなど絵による描写も含むのですか。

X：含みます。絵による描写でも、殊更に性的感情を刺激する類のものがありますし、普通の漫画と同じように書店などで陳列され、子供が普通の漫画だと思って手に取って見てしまうので困るという意見も寄せられています。

甲：いわゆる性的玩具類の販売や映画館での成人向け映画の上映などの規制はどうするのですか。

X：これらは専門の店舗で販売等されるのが通常で、既に別の法律や条例の規制対象になっているので、本条例の対象とは考えていません。

甲：規制の内容、方法はどのようなものですか。

X：第8条に4種類の規制を定めています。まず、通常のスーパーマーケットやコンビニエンスストアなど、市民が食料品などの日用品を購入するために日常的に利用する店舗に規制図書類が置かれていると、青少年の健全な育成にとっても、市民が性的なものに触れることなく安心して生活できる環境の保持という点でも、望ましくありませんので、そのような店舗に規制図書類が並ばないようにする必要があります。そのため、第8条第1項で、主に日用品等を販売する店舗における規制図書類の販売や貸与を禁止しています。次に、第8条第2項で、小学校、中学校、高等学校などの敷地から200メートルの範囲を規制区域とし、事業者が、その区域内において規制図書類の販売や貸与をすることを禁止します。規制区域では、事業者は、青少年に限らず、誰に対しても、店舗で規制図書類の販売や貸与をすることができないこととなります。児童・生徒らが頻繁に行き来する範囲にそのような店舗が存在することは望ましくないという市民の声に応えるためです。これらの規制の下でも、第8条第1項に当たらない事業者の店舗、つまり、日用品等の販売を主たる業務としていない事業者の店舗については、第8条第2項の規制区域の外であれば、規制図書類の販売や貸与ができます。そこで、第8条第3項で、青少年に対する規制図書類の販売や貸与を禁止し、さらに、第8条第4項で、規制図書類の販売や貸与をする店舗内では、規制図書類を壁と扉で隔てた専用の区画に陳列することなどを義務付けます。

甲：第8条第1項各号には、書籍やDVDなど「図書類」が挙げられていませんが、書店やレンタルビデオ店は、第8条第1項で規制図書類の販売や貸与が禁止される店舗には当たらないということですか。

X：そのとおりです。確かに、書店やレンタルビデオ店にも青少年や規制図書類を購入等するつもりのない人が出入りするのですが、他方で、書店など図書類を専ら扱う店舗で規制図書類を全く扱えないとなると、その営業に与える影響が大きく、これらの店舗に酷なことになります。また、通常、書店やレンタルビデオ店に、規制図書類に当たるような書籍等が置かれていることは一般の方も理解されているはずですので、そういった店舗では、第8条第4項に規定した規制図書類を隔離して陳列するなどの義務を履行してもらえば足りるのではないかと考えています。

甲：この条例によって、これまで規制図書類の販売や貸与をしていた事業者には、どの程度の影響が及ぶことになるのでしょうか。

X：市内には、小売店が約3000店舗あるのですが、そのうち、第8条第1項に該当する日用品等の販売を主たる業務とする店舗は約2400店舗あります。この第8条第1項に該当する店舗のうち、約600店舗が規制図書類を販売しています。もっとも、これらの店舗は、主に日用品等を扱っていますから、規制図書類の売上げが売上げ全体に占める割合は微々たるものです。また、第8条第2項によって規制図書類の販売や貸与をする事業が禁止される規制区域が市全体の面積に占める割合は20パーセント程度で、市内の商業地域に限っても、規制区域が占める割合は30パーセント程度です。市内の規制区域にある店舗は約700店舗で、そのうち規制図書類の販売や貸与をする店舗は約150店舗あります。しかし、その約150店舗のうち、規制図書類の売上げが売上げ全体の20パーセントを超えるのは、僅か10店舗に過ぎません。

甲：この条例案による規制に反対する意見はないのですか。

X：規制対象が広過ぎるのではないかという意見があります。また、日用品等の販売を主たる業務とする店舗の一部は、規制図書類の売上げが売上げ全体のごく一部であっても、これを販売していること自体に集客力があると考えているようで、販売の全面的な禁止に反対しています。そのほか、第8条第2項の規制区域で規制図書類を販売してきた店舗の中からも、この条例案に反対する意見が寄せられています。しかし、これまでどおりの営業ができなくなっても、正にそれを市民が求めている以上は、やむを得ないのではないかと考えています。規制区域の店舗には、規制図書類の販売と貸与さえやめてもらえればいいわけで、販売等を継続したいのであれば、市内にも店舗を移転できる場所はあるはずです。条例の施行までには6か月という期間を設けてもいいです。

甲：事業者の側からは、ほかにどのような意見があるのですか。

X：スーパーマーケットやコンビニエンスストアの事業者や業界団体の中には、既にいわゆる「成人向け」の書籍等について自主規制を行っているところもあり、反対はそれほど多くありません。しかし、例えば、書店やレンタルビデオ店など規制図書類とそれ以外の図書類とを取り扱っている店舗では、今後、第8条第4項に従って規制図書類を隔離して陳列しなければならないため、その要件を満たすための内装工事等が必要で、そこまでの必要があるのかと疑問視する声があります。

甲：規制図書類を購入する側である18歳以上の人、あるいは、青少年への影響についてはどのように考えていますか。

X：18歳以上の人にとっては、これまで規制図書類を購入していた店舗で購入できなくなる場合があるなど、不便になるということはあると思いますが、市内で規制図書類を一切買えなくなるわけではありません。青少年については、成長途上であり、規制図書類が全く購入できなくなっても、社会的に許容されると考えています。

甲：この条例に違反した場合の制裁はどうなっていますか。

X：第9条に規定しているとおり、第8条に違反した事業者に対し、市長が、改善命令又は業務停止命令を発することができます。そして、第15条で、第8条第1項から第3項までに違反した者や、市長の改善命令や業務停止命令に違反した者に対する刑事罰を定めており、その法定刑は、6月以下の懲役又は50万円以下の罰金としています。

甲：条例案の内容は分かりました。

X：いろいろな意見がありますし、規制は必要な範囲にしたいと考えて検討しているのですが、条例でこのような規制をすることは、憲法上、問題があるでしょうか。

甲：規制の対象となる図書類の範囲や、規制の手段、内容について、議論があり得ると思います。図書類を購入する側と販売等をする店舗の双方の立場でそれぞれの権利を検討しておく必要がありそうですね。図書類を購入する側としては、規制図書類の購入等ができない青少年と18歳以上の人を想定しておく必要があります。また、販売等をする店舗としては、条例の規制による影響が想定される3つのタイプの店舗、すなわち、第一に、これまで日用品と並んで規制図書類を一部販売してきたスーパーマーケットやコンビニエンスストアなどの店舗、第二に、学校周辺の規制区域となる場所で規制図書類を扱ってきた店舗、第三に、規制図書類とそれ以外の図書類を扱っている書店やレンタルビデオ店を考慮しておく必要があるでしょう。

〔設問〕

あなたがこの相談を受けた法律家甲であるとした場合、本条例案の憲法上の問題点について、どのような意見を述べるか。本条例案のどの部分が、いかなる憲法上の権利との関係で問題になり得るのかを明確にした上で、参考とすべき判例や想定される反論を踏まえて論じなさい。

【別添資料】

善良かつ健全な市民生活を守るA市環境保持条例（案）

（目的）

第1条 この条例は、性風俗に係る善良な市民の価値観を尊重するとともに青少年の健全な育成のために必要な環境の整備を図り、もって善良かつ健全な市民生活を守り、A市の健全で文化的な環境を保持することを目的とする。

（定義）

第2条 この条例において、次の各号に掲げる用語の意義は、それぞれ当該各号に定めるところによる。

- (1) 青少年 18歳未満の者をいう。
- (2) 図書類 書籍、雑誌、文書、絵画、写真、ビデオテープ、ビデオディスク、コンピュータ用のプログラム又はデータを記録した電磁的記録媒体並びに映写用の映画フィルム及びスライドフィルムをいう。
- (3) （略）

（規制図書類）

第7条 次の各号に掲げるものを撮影した画像又は描写した図画（殊更に性的感情を刺激する画像又は図画に限る。）を含む図書類を規制図書類とする。

- (1) 性交又は性交類似行為
- (2) 衣服の全部又は一部を着けない者の卑わいな姿態

（規制図書類の販売等の制限）

第8条 次の各号に掲げる物品（以下「日用品等」という。）の販売を主たる業務とする事業者は、その営業を行う店舗において規制図書類を販売し又は貸与してはならない。

- (1) 飲食料品
 - (2) 衣料品・日用雑貨
 - (3) 医薬品・化粧品
 - (4) 文房具
 - (5) スポーツ用品
 - (6) 玩具・娯楽用品
 - (7) 楽器
- 2 事業者は、学校教育法（昭和22年法律第26号）第1条に規定する学校（幼稚園及び大学を除く。）の敷地の周囲200メートル以内の区域（以下「規制区域」という。）の店舗において、規制図書類を販売し又は貸与してはならない。
- 3 規制図書類を店舗において販売し又は貸与する事業者は、青少年に対して規制図書類を販売し又は貸与してはならない。
- 4 規制図書類を店舗において販売し又は貸与する事業者は、規制図書類の陳列に当たり、次の各号に掲げる措置を講じなければならない。
- (1) 規制図書類を隔壁及び扉により他の商品の陳列場所と区分された場所に陳列すること。
 - (2) 規制図書類の陳列場所の出入口付近の見やすい場所に、規制図書類の陳列場所であることを掲示すること。

(改善命令等)

第9条 市長は、事業者が、前条各項の規定に違反して規制図書類の販売又は貸与を行っていると認めるときは、当該事業者に対し、期限を定めて業務の方法の改善に関し必要な措置を採るべきことを命ずることができる。

2 市長は、事業者が、前項の規定による命令に従わないときは、当該事業者に対し、3月以内の期間を定めて、その業務の全部又は一部の停止を命ずることができる。

(罰則)

第15条 次の各号のいずれかに該当する者は、6月以下の懲役又は50万円以下の罰金に処する。

- (1) 第8条第1項、第2項又は第3項の規定に違反した者
- (2) 第9条第1項又は第2項の規定による命令に違反した者

(両罰規定)

第16条 法人の代表者又は法人若しくは人の代理人、使用人その他の従業者が、その法人又は人の業務に関し、前条の違反行為をしたときは、その行為者を罰するほか、その法人又は人に対して、同条の罰金刑を科する。

附則 (抄)

第1条 本条例は、公布の日から起算して6月を経過した日から施行する。

(参照条文) 学校教育法 (昭和22年法律第26号)

第1条 この法律で、学校とは、幼稚園、小学校、中学校、義務教育学校、高等学校、中等教育学校、特別支援学校、大学及び高等専門学校とする。

- MEMO -

平成30年司法試験 公法系第1問 解答例

第1 規制図書類を購入する側の憲法上の権利との関係について

1 青少年に対する影響について

(1) 憲法（以下略記）21条1項は表現の自由を保障しているが、表現の自由には、情報を受領し、情報にアクセスする自由も含まれると考えるべきである。なぜなら、およそ各人が、自由に情報に接し、これを摂取する機会をもつことは、その者が個人として自己の思想及び人格を形成・発展させていくうえにおいて欠くことのできないものであるからである。未決拘禁者の新聞閲覧に対する制限が問題となった判例においても、同様の指摘がなされている。

青少年にも当然上記権利は認められていると考えるべきであるところ、「善良かつ健全な市民生活を守るA市環境保護条例（案）」（以下、「条例案」という。）7条で規制図書類とされている情報にアクセスする権利も21条1項により保障されているといえる。

(2) ここで、条例案8条3項により、青少年は規制図書類を店舗において取り扱う事業者から規制図書類を購入等することができなくなり、規制図書類と指定された図書にアクセスする権利を制約することとなる。

(3) しかし、条例案は青少年の上記権利を不当に制約するものとはいえない。

ア 上述の権利保障根拠において述べた事情に鑑みると、青少年の上記権利は非常に重要なものであるといえる。

また、上記制約は規制図書類という特定の表現内容の参入を禁止したり不利に扱ったりすることで、国家権力が思想の自由市場の働きに歪みをもたらすおそれのある規制であるといえるから、慎重に審査すべきである。

さらに、上記制約が事前抑制的な側面を有していることは否めないこと

る、事前抑制は抑止的效果が事後制裁の場合より大きいと考えられるのであって、表現の自由を保障し検閲を禁止する21条の趣旨に照らし、厳格かつ明確な要件のもとにおいてのみ許容されうると考えるべきである。

一方で、成人とは異なり、判断能力の未熟な青少年自身を保護するため、パターナリズムに基づいて青少年自身の自由を制約することも正当化されると考えるべきである。

そこで、上記制約の正当化判断に際しては、制約の目的が重要か、制約の目的と手段の間に実質的関連性が認められるかという基準を用いるべきである。

イ 上記制約の目的は「青少年の健全な育成のために必要な環境の整備を図ること（条例案1条参照）である。思慮分別の未熟な青少年の性に関する価値観に悪影響を及ぼす図書の販売を規制することは上記パターナリズム的思想からも支持できるものであり、目的は重要であるといえることができる。

上記制約の手段は青少年に対する規制図書類の対面販売等の一律禁止である。青少年が規制図書類を購入すること自体を抑制することができなければ先の目的を達成することはできないのであるから、規制図書類の販売一律禁止という手段にも十分必要性が認められる。また、規制の対象となる図書類が明確になっており、恣意性が介入する余地が少ないと言える。したがって上記手段は先の目的と実質的関連性を有するといえることができる。判例も自動販売機での有害図書の販売を禁止する岐阜県青少年保護育成条例を合憲としている。

ウ 以上より、条例案8条4項は上記権利を不当に制約するものとはいえない。

2 18歳以上の人に対する影響について

- (1) 表現の自由には、情報を受領し、情報にアクセスする自由も含まれると考えらるべきであることは前述したとおりであるが、18歳以上の者についても先述の権利が保障される。
- (2) 条例案8条1項及び同条2項は、営業店舗の販売物品の性質や場所的特性に着目して、事業者の規制図書類の販売等を禁止している。当該規定により、18歳以上の者であってもこれまで規制図書類を購入していた店舗で規制図書類を購入することができなくなり、規制図書類と指定された図書にアクセスする権利が制約されることとなる。
- (3) ここで、条例案は18歳以上の者の上記権利を不当に制約するものである。
- ア 上述の権利保障根拠において述べた事情に鑑みると、18歳以上の者の上記権利は非常に重要なものであるといえる。また、規制態様としては、内容規制及び事前抑制の性質を有するものであるといえるから、審査は慎重にされるべきである。
- そこで、上記制約の正当化判断に際しては、制約の目的が必要不可欠か、制約の手段がやむにやまれぬものかという基準を用いるべきである。
- イ 条例案1条には「性風俗に係る善良な市民の価値観を尊重すること」や「善良かつ健全な市民生活を守り、A市の健全で文化的な環境を保持すること」という目的が掲げられており、地方自治体の重要な責務として地域の市民生活の環境整備を進め、善良かつ健全で文化的な環境を保持することが認められることから、上記目的は必要不可欠なものであるといえることができる。

上記制約により、18歳以上の者であっても主に日用品等を扱う店舗や学校周辺の店舗で規制図書類を購入することができなくなる。ここで、そもそも条例案8条1項による制限を受けるのは約600店舗程で、条例案8条2項による規制区域が市全体の面積に占める割合は20パーセント程度で、市内の商業地域に限っても、規制区域が占める割合は30パーセント程度であって、規制区域にある700店舗のうち規制図書類を取り扱うのは約150店舗である。このような事情に鑑みれば、条例案によって規制図書類の販売等を規制される店舗は一部であるといえ、A市内で規制図書類を取り扱う店舗は十分に確保されているのであって、制約の程度は限定的であるとも思える。しかし、A市の市民生活の環境維持という目的を達成するためには、8条4項の規制がなされれば情報に触れたくない者自身が規制図書類から距離を置くことが十分可能である。これに加えて、条例案8条1項及び同条2項の制約を課すことは、必要性に欠けるものといわざるをえない。

ウ 以上より、条例案8条1項及び同条2項は上記権利を不当に制約するものである。

第2 規制図書類を販売等する店舗の憲法上の権利との関係について

- 1 22条1項は職業選択の自由について定めるが、同保障内容の実効性を確保するため、職業は、職業の開始、継続、廃止において自由であるばかりでなく、選択した職業の遂行自体、すなわちその職業活動の内容、態様においても、原則として自由であることが保障されると考えるべきである。薬事法による薬局開設の距離制限が問題となった判例も、同旨の判示をしている。
- 2 これまでA市で規制図書類を販売してきた店舗は、条例案8条3項によって青少年に規制図書類を販売等できなくなるだけでなく、条例案8条1項

及び同法2項により規制図書類の取り扱いそれ自体ができなくなるのであるから、規制図書類を販売等するという職業遂行の自由を制約されているといえる。また、規制図書類を販売等する店舗全般において、条例案8条4項により規制図書類の陳列に関する措置を講じることを義務付けられるのであるから、いかなる態様で事業を維持していくかという意味の職業遂行の自由が制約されているといえることができる。

3 しかし、条例案は規制図書類を販売等する店舗の上記権利を不当に制約するものとはいえない。以下、これまで日用品と並んで規制図書類を一部販売してきた店舗（以下「パターン1」という。）、学校周辺の規制区域となる場所で規制図書類を扱ってきた店舗（以下「パターン2」という。）、規制図書類それ以外の図書類を扱っている店舗（以下「パターン3」という）に区別して検討していく。

(1) そもそも、職業は、人が自己の生計を維持するためにする継続的活動であり、個人の人格的価値とも不可分の関連を有するものである。よって、上記自由の重要性は十分是認されるところである。また、条例案1条の目的に鑑みれば、上記制約は消極目的規制といえるうえ、規制図書類の販売等の事業をそもそも禁止する態様のものであり、制約は強度のものといえる。

一方で、職業は、その性質上、社会的相互関連性が大きいものであるから、職業選択の自由は、精神的自由と比較して、公権力による規制の要請が強く要求されるものである。また、上記制約はあくまで職業遂行の自由を制約するものに過ぎない。

以上のような事情に鑑みれば、上記制約の正当化判断に際しては、制約の目的が重要か、制約の目的と手段の間に実質的関連性が認められるかという

基準を用いるべきである。

(2) 条例案による規制の目的の重要性については先述したとおり認められるところ、以下、目的と手段の間の実質的関連性の有無について検討していく。

ア パターン1について

条例案8条1項により、対象となる店舗は、全面的に規制図書類の販売等を禁止される。確かに、これらの店舗は規制図書類の販売等を副次的な事業として行っており、上記規制には6か月間の経過措置が採られるのであって、上記制約による事業活動への打撃は限定的なものといえる。

しかし、先述したように、青少年保護という目的との関係では条例案8条4項の規制で十分対応できるのであるし、規制図書類の情報に触れたくない者の保護という目的は条例案の8条4項の規制によって十分に対応し得る。

このような事情に鑑みれば、条例案8条1項は必要性に欠ける制約と言わざるを得ない。よって、目的と手段との間の実質的関連性は認められない。

イ パターン2について

条例案8条2項の規制区域内の店舗は、全面的に規制図書類の取り扱いを禁止されることとなる。先述のとおり条例案8条3項及び4項の規制によって目的は十分に達成できるのであるから、必要性に欠ける規制であるといわざるを得ない。よって、目的と手段との間の実質的関連性は認められない。

ウ パターン3について

条例案8条4項によって、対象となる店舗は規制図書類の隔離措置を講じなければならない。しかし、条例案8条1項及び同条2項が違憲であることを前提とすれば、目的を達成するためにはそもそも青少年が規制図書類に容易には近づけない環境作りをする必要があると考えられるし、規制図書類の

情報に触れたくない者の保護のためにも隔離措置は不可欠といえるのであるから、手段としての必要性に欠けるとはいえない。よって、目的と手段との間の実質的関連性は認められる。

(3) 以上より、条例案8条1項及び同条2項は違憲である。

第3 検閲（21条2項）該当性について

条例案による規制は、事前に規制図書類の販売を包括的に禁止するものであることから、21条2項の禁止する検閲に該当するのではないかと。判例は、検閲とは行政権が主体となって、思想内容等の表現物を対象とし、その全部又は一部の発表の禁止を目的として、対象とされる一定の表現物につき網羅的一般的に、発表前にその内容を審査した上、不相当と認めるものの発表を禁止することを、その特質として備えるものを指すとす。したがって、本件規制は、既に発表された図書を対象とするものであり、仮に規制を受けたとしても、青少年はともかく、成人はこれを入手する途が開かれている以上検閲に該当するとはいえない。

第4 条例案の明確性について

1 条例案15条は刑事罰を定めており、31条との関係で、条例案7条に規定される規制図書類についての定めが明確であることが要求される。また、規制図書類を購入できなくなる者の21条1項によって保障される権利との関係においても、自由への委縮的効果の排除のために、条例案の明確性が要求される。

2 ある刑罰法規があいまい不明確のゆえに21条1項や31条に反すると認めるべきかどうかは、通常の判断能力を有する一般人の理解において、具体的場合に当該行為がその適用を受けるものかどうかの判断を可能ならしめる

ような基準が読み取れるかどうかによってこれを決定すべきである。徳島市公安条例についての判例も、同旨の判示をしている。

3 条例案7条本文において「殊更に性的感情を刺戟する」同条2号においては「卑わい」との抽象的な文言が用いられている。しかし、これらの抽象的な文言をもって一般人が判断不能な基準であると認められない。また、規制の対象には漫画やアニメなど絵による描写も含むものとされることとなるが、条例案7条本文では「描写した図画」とあり、一般人としては漫画やアニメも図画のうちと考えるのが通常といえる。したがって本件条例が不明確であるとは言えない。

第5 刑法175条との抵触について

1 条例案は刑法175条よりも規制対象が広範であり、「法律の範囲内」（94条）を超えるものとして無効とはならないかと。

2 条例が「法律の範囲内」といえるかは、両者の対象事項と規定文言を比較するのみではなく、それぞれの趣旨、目的、内容及び効果を比較し、両者の間に矛盾抵触があるかどうかによって決せられるべきである。徳島市公安条例に関する判例も、同旨の判示を行っている。

3 ここで、本条例が刑法175条の目的や効果を阻害するものとはいえない。また、本刑法175条は規制対象行為をわいせつ物の頒布や陳列に限定しており、それ以外の行為については地方の実情に応じて、別段の規制を施すことを容認する趣旨であると考えられる。したがって、条例案と刑法175条との間に矛盾抵触はなく、条例案は「法律の範囲内」のものであるといえることができる。

以上

－ MEMO －

平成30年本試験分析会

公法系・第2問

平成30年司法試験 公法系第2問 問題文

〔第2問〕（配点：100〔〔設問1〕(1),〔設問1〕(2),〔設問2〕の配点割合は、35：40：25〕）

宗教法人Aは、宗教法人法に規定された宗教法人で、同法の規定により登記された事務所を、約10年前からB市の区域内に有している。Aは、以前から墓地用石材の販売等を扱う株式会社Cと取引関係にあったが、Cから、B市内に適当な広さの土地（以下「本件土地」という。）を見付けたので、大規模な墓地の経営を始めないかとの提案を持ち掛けられた。Cがこのような提案をしたのは、B市においては、「B市墓地等の経営の許可等に関する条例」（以下「本件条例」という。）第3条の定めにより、株式会社であるCは墓地の経営許可を受けることができず、墓地経営のために宗教法人であるAの協力が必要であったという事情による。Aは、大規模な墓地の経営に乗り出すことは財政的に困難であると考えたが、Cから、用地買収や造成工事に必要な費用を全額無利息で融資するとの申出を受けたため、Cの提案を受け入れ、本件土地において墓地（以下「本件墓地」という。）の経営を行うことを承諾した。そこで、Aは、Cから融資を受けて、平成29年9月25日に本件土地を購入した（なお、本件土地に所有権以外の権利は設定されていない。）。さらに、Aは、「墓地、埋葬等に関する法律」（以下「法」という。）第10条第1項に基づき、本件墓地の経営許可を得るため、本件条例に基づく必要な手続を開始した。なお、B市においては、法に基づく墓地経営許可の権限は、法第2条第5項に基づき、B市長が有している。

Aは、平成29年11月17日、周辺住民らに対して、本件条例第6条に基づく説明会（以下「本件説明会」という。）を開催した。本件説明会は、Aが主催したが、Cの従業員が数名出席し、住民に対する説明は、Aの担当者だけではなくCの従業員も行った。本件土地の周囲100メートル以内に住宅の敷地はなかったが、本件土地から100メートルを超える場所に位置する住宅に居住する周辺住民らが、本件説明会に出席し、本件土地周辺の道路の幅員はそれほど広いものではないため、墓参に來た者の自動車によって渋滞が引き起こされること、供物等の放置による悪臭の発生並びにカラス、ネズミ及び蚊の発生又は増加のおそれがあることなど、生活環境及び衛生環境の悪化への懸念を示した。しかし、Aは、その後も本件墓地の開設準備を進め、平成30年3月16日、B市長に対して本件墓地の経営許可の申請（以下「本件申請」という。）をした。

他方、本件土地から約300メートル離れた位置にある土地には宗教法人Dの事務所が存在し、Dは、同所で約10年前から小規模な墓地を経営していた。Dは、本件説明会の開催後、本件土地において大規模な墓地の経営が始まることを知り、自己が経営する墓地の経営悪化や廃業のおそれがあると考えた。Dの代表者は、その親族にB市内で障害福祉サービス事業を営む法人Eの代表者がいたことから、これを利用して、本件申請に対するB市長の許可処分を阻止しようと考えた。Dの代表者は、Eの代表者と相談し、本件土地から約80メートル離れた位置にあるDの所有する土地（以下「D所有土地」という。）に、Eの障害福祉サービスの事業所を移転するよう求めた。Eは、これを受けて、特に移転の必要性はなかったにもかかわらず、D所有土地を借り受けて事業所（以下「本件事業所」という。）を設置し、平成30年3月23日、D所有土地に事業所を移転した。本件事業所は、「障害者の日常生活及び社会生活を総合的に支援するための法律」に定められた要件に適合する事業所で、短期入所用の入所施設を有しており、本件条例第13条第1項第2号の「障害福祉サービスを行う施設（入所施設を有するものに限る。）」に該当する。本件事業所は、従来のEの施設の利用者を引き継いでいたことから、定員に近い利用者が日常的に利用し、また、数日間連続して入所する利用者も見られた。

B市は、本件事業所の移転やDの代表者とEの代表者に親族関係があるという事情を把握していなかったが、D及びEがB市長に対して平成30年4月16日、本件申請に対して許可をしないよう求める旨の申入れを行ったことにより、上記事情を把握するに至った。D及びEの申入れの内容は、①本件墓地が大規模であるため、B市内の墓地の供給が過剰となり、Dの墓地経営が悪化し、廃業せざるを得ないこともあり得る、②本件事業所が本件土地から約80メートル離れた位置にあり、本件条例第13条第1項の距離制限規定に違反する、③本件墓地の経営が始まることにより、

本件事業所周辺において、本件説明会で周辺住民が指摘したのと同様の生活環境及び衛生環境の悪化が生じ、本件事業所の業務に無視できない影響を与える懸念がある、④本件墓地の実質的経営者は、AではなくCである、⑤仮にB市長が本件申請に対して許可をした場合には、D、E共に取消訴訟の提起も辞さない、というものであった。

B市長は、本件墓地の設置に対する周辺住民の反対運動が激しくなったことも踏まえ、本件申請に対して何らかの処分を行うこととし、平成30年5月16日、法務を担当する総務部長に対し、法に関する許可等を所管する環境部長及びB市の顧問弁護士Fを集めて検討会議を行い、本件申請に対して、許可処分（以下「本件許可処分」という。）を行うのか、あるいは不許可処分（以下「本件不許可処分」という。）を行うのか、また、それぞれの場合にどのような法的な問題があるのかを検討するよう指示した。

以下に示された【検討会議の会議録】を読んだ上で、弁護士Fの立場に立って、設問に答えなさい。ただし、検討に当たっては、本件条例は適法であるとの前提に立つものとする。

なお、関係法令の抜粋を【資料 関係法令】に掲げてあるので、適宜参照しなさい。

〔設問1〕

B市長が本件申請に対して本件許可処分を行い、D及びEが本件許可処分の取消しを求めて取消訴訟を提起した場合について、以下の点を検討しなさい。

- (1) D及びEは、上記取消訴訟の原告適格があるとして、それぞれどのような主張を行うと考えられるか。また、これらの主張は認められるか。B市が行う反論を踏まえて、検討しなさい。
- (2) 仮に、Eが上記取消訴訟を適法に提起できるとした場合、Eは、本件許可処分が違法であるとして、どのような主張を行うと考えられるか。また、これに対してB市はどのような反論をすべきか、検討しなさい。

〔設問2〕

B市長が本件申請に対して本件不許可処分を行い、Aが本件不許可処分の取消しを求めて取消訴訟を提起した場合、Aは、本件不許可処分が違法であるとして、どのような主張を行うと考えられるか。また、これに対してB市はどのような反論をすべきか、検討しなさい。

【検討会議の会議録】

総務部長：市長からの指示は、本件申請に対して本件許可処分を行った場合と本件不許可処分を行った場合それぞれに生じる法的な問題について、考えられる訴訟への対応も含めて検討してほしいというものです。法第10条第1項は、墓地経営許可の具体的な要件をほとんど定めておらず、本件条例が墓地経営許可の要件や手続を具体的に定めているのですが、本件条例の法的性質についてはどのように考えるべきでしょうか。

弁護士F：法第10条第1項の具体的な許可要件や手続を定める条例の法的性質については、様々な見解があり、また、地方公共団体によっても扱いが異なるようです。本日の検討では、本件条例は法第10条第1項の許可要件や手続につき、少なくとも最低限遵守しなければならない事項を具体的に定めたものであるという前提で検討することにしましょう。

総務部長：分かりました。では、まず、本市が本件申請に対して本件許可処分を行った場合の法的問題について検討しましょう。この場合、D及びEが原告となって本件許可処分の取消しを求めて取消訴訟を提起することが考えられます。このような訴訟は、法的に可能なのでしょうか。

弁護士F：D及びEに取消訴訟を提起する原告適格が認められるかどうかが争点となります。取消訴訟の他の訴訟要件については特に欠けるところはないと思います。D及びEは、本件許可処分が行われた場合、それぞれどのような不利益を受けると考えて取消訴訟を提起しようとしているのでしょうか。

環境部長：まず、Dについては、既にDの墓地は余り気味で、空き区画が出ているそうです。本件墓地は規模が大きく、本件墓地の経営が始まると、Dは、自らの墓地経営が立ち行かなくなるのではないかと懸念しています。墓地経営には公益性と安定性が必要であり、墓地の経営者の経営悪化によって、墓地の管理が不十分となることは、法の趣旨目的から適切ではないと考えることもできるでしょうね。

弁護士F：ええ。そのことと本件条例が墓地の経営主体を制限していることとの関連も検討する必要がありますね。

環境部長：次に、Eについては、D所有土地に本件事業所を置いています。Eは、本件墓地の経営が始まることにより、本件事業所周辺において、本件説明会で周辺住民が指摘したのと同様の生活環境及び衛生環境の悪化が生じ、本件事業所の業務に無視できない影響を与える懸念があると考えています。本件事業所の利用者は数日間滞在することもありますので、その限りでは住宅の居住者と変わりがない実態があります。

総務部長：D及びEに原告適格が認められるかどうかについては、いろいろな考え方があると思います。本市としては、D及びEが、原告適格が認められるべきであるとしてどのような主張を行うことが考えられるのか、そして、それに対して裁判所がどのような判断をされると考えられるのかを検討する必要があると思います。これらの点について、F先生に検討をお願いします。

弁護士F：了解しました。

総務部長：次に、仮に原告適格が認められるとした場合、本件許可処分の違法事由としてどのような主張がされるのかについて検討します。主張される違法事由については、DとEとで重複が見られますので、本日は、Eの立場からの主張のみを検討したいと思います。

環境部長：Eは、まず、本件事業所がD所有土地に存在することで本件許可処分は本件条例第13条第1項の規定に違反すると主張しています。そのような主張がされた場合、本市としてはどのように反論するのか考えておく必要がありますね。

弁護士F：そうですね。また、本件においては、仮に、本件墓地の経営許可を阻止するため、DとEが協力して本件事業所を意図的にD所有土地に設置したという事情があるならば、このような事情を距離制限規定との関係で法的にどのように評価すべきかについても、検討する必要がありますね。

総務部長：F先生が今指摘された事情は、Eの原告適格に関しても問題になるのではないのでしょうか。
弁護士F：原告適格の問題として整理する余地もあると思います。しかし、本日の検討では、原告適格ではなく、本案の主張の問題として考えておきたいと思います。

環境部長：本件許可処分他の違法事由として、Eは、本件墓地の実質的な経営者は、AではなくCであると主張しています。

総務部長：本件墓地の実質的な経営者が、AとCのいずれであるかは検討を要する問題ですね。仮に実質的な経営者がCであるとした場合、法的に問題があるのでしょうか。

弁護士F：本件条例によると、墓地の経営者は、地方公共団体のほか、宗教法人、公益社団法人等に限られています。仮に本件墓地の実質的な経営者がCであるとすれば、このような点も踏まえ、法や本件条例の関連諸規定に照らして違法となるのかについて、注意深く検討する必要がありますね。

総務部長：では、この点についてもF先生に検討をお願いします。また、以上のような本件許可処分の違法事由について、Eがこれら全てを取消訴訟において主張できるかについても、検討する必要がありますね。

弁護士F：はい。Eが、自己の法律上の利益との関係で、いかなる違法事由を主張できるかにも注意して検討すべきと考えています。

総務部長：次に、本件申請に対して、本件不許可処分を行った場合です。この場合にはAが本件不許可処分の取消しを求めて取消訴訟を提起することが想定されます。本日は、この取消訴訟における本案の主張の検討をお願いします。

環境部長：環境部では本件不許可処分をする場合の処分理由として、次のことを考えています。(ア)本件墓地周辺の生活環境及び衛生環境が悪化する懸念から、周辺住民の反対運動が激しくなったこと、(イ)Dの墓地を含むB市内の墓地の供給が過剰となり、それらの経営に悪影響が及ぶこと、(ウ)本件事業所が本件土地から約80メートル離れた位置にあること、の3点です。

弁護士F：(ウ)については先ほど検討しましたので、本件不許可処分の問題としては、検討を省略しましょう。まず、(ア)について補足される点はありますか。

環境部長：Aは、本件墓地の設置に当たっては、植栽を行うなど、周辺の生活環境と調和するよう十分配慮しているとしていますが、住民の多くはそれでは十分ではないと考えています。

弁護士F：次に、(イ)についてですが、本件墓地の経営は、B市内の既存の墓地に対して大きな影響を与えるのでしょうか。

環境部長：Dの墓地を含めて、B市内には複数の墓地がありますが、いずれも供給過剰気味で、空き区画が目立つようになっています。本件墓地の経営が始まれば、Dの墓地のような小規模な墓地は経営が破綻する可能性もあると思います。

総務部長：では、これらの(ア)及び(イ)の処分理由に対して想定されるAからの主張について、本市からの反論を含めて、F先生に検討をお願いします。

弁護士F：了解しました。

【資料 関係法令】

○ 墓地、埋葬等に関する法律（昭和23年法律第48号）（抜粋）

第1条 この法律は、墓地、納骨堂又は火葬場の管理及び埋葬等が、国民の宗教的感情に適合し、且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。

第2条 この法律で「埋葬」とは、死体（中略）を土中に葬ることをいう。

2, 3 （略）

4 この法律で「墳墓」とは、死体を埋葬し、又は焼骨を埋蔵する施設をいう。

5 この法律で「墓地」とは、墳墓を設けるために、墓地として都道府県知事（市又は特別区にあつては、市長又は区長。以下同じ。）の許可を受けた区域をいう。

6, 7 （略）

第10条 墓地、納骨堂又は火葬場を經營しようとする者は、都道府県知事の許可を受けなければならない。

2 （略）

○ B市墓地等の經營の許可等に関する条例（抜粋）

（趣旨）

第1条 この条例は、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。）第10条の規定による經營の許可等に係る事前手続並びに墓地、納骨堂又は火葬場（以下「墓地等」という。）の設置場所等、構造設備及び管理の基準その他必要な事項を定めるものとする。

（墓地等の經營主体）

第3条 墓地等を經營することができる者は、原則として地方公共団体とする。ただし、次の各号のいずれかに該当し、B市長（以下「市長」という。）が適当と認める場合は、この限りでない。

(1) 宗教法人法（中略）に規定する宗教法人で、同法の規定により登記された事務所を、B市（以下「市」という。）の区域内に有するもの

(2) 墓地等の經營を目的とする公益社団法人又は公益財団法人で、登記された事務所を、市の区域内に有するもの

2 前項に規定する事務所は、その所在地に設置されてから、3年を経過しているものでなければならない。

（説明会の開催）

第6条 法第10条第1項の規定による經營の許可を受けて墓地等を經營しようとする者は、当該許可の申請に先立って、規則で定めるところ〔注：規則の規定は省略〕により、墓地の設置等の計画について周知させるための説明会を開催し、速やかにその説明会の内容等を市長に報告しなければならない。

（經營の許可の申請）

第9条 法第10条第1項の規定による經營の許可を受けようとする者は、次の各号に掲げる事項を記載した申請書を市長に提出しなければならない。

(1)～(6) （略）

2 墓地又は火葬場の經營の許可を受けようとする者は、前項の申請書に次の各号に掲げる書類を添付しなければならない。

(1) 法人（地方公共団体を除く。）にあつては、その登記事項証明書

(2) 墓地又は火葬場の構造設備を明らかにした図面

(3) 墓地にあつては、その区域を明らかにした図面

(4) 墓地又は火葬場の周囲100メートル以内の区域の状況を明らかにした図面

(5) 墓地又は火葬場の經營に係る資金計画書

(6) （略）

3 (略)

(墓地等の設置場所等の基準)

第13条 墓地及び火葬場は、次の各号に定めるものの敷地から100メートル以上離れていなければならない。ただし、市長が市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がないと認めるときは、この限りでない。

(1) 住宅

(2) 障害者の日常生活及び社会生活を総合的に支援するための法律（中略）に規定する障害福祉サービスを行う施設（入所施設を有するものに限る。）

(3)～(5) (略)

2 墓地及び火葬場は、飲料水を汚染するおそれのない場所に設置しなければならない。

3 墓地等の土地については、当該墓地等の経営者（地方公共団体を除く。）が、当該墓地等の土地を所有し、かつ、当該土地に所有権以外の権利が設定されていないものでなければならない。ただし、市長が当該墓地等の経営に支障がないと認めるときは、この限りでない。

(墓地の構造設備の基準等)

第14条 墓地には、次の各号に掲げる構造設備を設けなければならない。ただし、市長が市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がないと認めるときは、この限りでない。

(1) 外部から墳墓を見通すことができないようにするための障壁又は密植した垣根

(2) 雨水等が停滞しないようにするための排水路

(3) 墓地の規模に応じた管理事務所、便所、駐車場並びに給水及びごみ処理のための設備（墓地の付近にあるこれらのものを含む。）

2 墓地の構造設備については、植栽を行う等周辺的生活環境と調和するように配慮しなければならない。

平成30年司法試験 公法系第2問 解答例

第1 設問1 (1)

1 Dは、Aが墓地を経営しようとしている本件土地から約30メートル離れた土地で墓地を実際に経営している者である。また、Eは、本件土地から約80メートル離れた土地で障害福祉サービス事業所を営むものである。Aに対する本件許可処分の取消訴訟において、D及びEに原告適格（行訴9I）が認められるか。「法律上の利益」（行訴9条1項）の意義と関連して問題となる。

この点、解釈の明確性から、実定法の規定を判断基準とすべきである。すなわち、「法律上の利益」とは「法律上保護された利益」であり、行政法規が個々人の個別的利益を保護している場合、その法律上保護された利益を有すれば原告適格が認められると解するべきである。

2 ここで、本件許可処分の根拠法令は、墓地、埋葬等に関する法律（以下「法」とする）10条であるが、同条には許可の要件が定められていない。そこで、B市墓地等の経営の許可等に関する条例（以下「条例」とする）が、許可の最低限の要件を定めている。この条例も本件許可処分の根拠法令といえる。

法1条は、墓地の管理及び埋葬等が、国民の宗教的感情に適合し、且つ公衆衛生その他の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。そして、条例は、外部から墳墓を見通すことができないようにする措置や（条例14条

（1））、周辺等の生活環境と調和するよう配慮することを求めている（条例14条第2項）。さらに、条例6条は、本件許可にあたり、説明会を開催しなければならないと定める。そして、条例9条第2項（4）で墓地の100メートル以内の区域の状況を明らかにした図面の提出を求め、条例13条第1項では住宅や障害福祉サービスを行う施設から100メートル以上離れていなければ、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場合を除き、不許可とする旨定められている。

確かに法1条のみをみると、周辺住民等の利益は抽象的にしか考慮されていないようにも思える。しかし、本件許可にあたり具体的な要件や手続きを定めた条例の規定を考慮すると、墓地から100メートル以内に居住する者や障害福祉サービスを行う施設を運営する者やその利用者（利用者は数日間滞在するので居住者と変わりはない）の生活環境や公衆衛生を法令は具体的に保護していると解される。

従って、墓地から100メートル以内に居住する者や障害福祉サービスを行う施設を運営する者やその利用者には原告適格は認められる。よって、Eには原告適格は認められる。

3 上記法令によってはDには原告適格が認められなさそうである。しかし、条例3条は、墓地等を経営することができる者を、地方公共団体や宗教法人、公益法人等に限定している。

この条例3条を根拠に、本件許可によって墓地経営を圧迫

されるおそれがあるDに原告適格を認めることはできないか。

ここで、条例3条が許可の対象を公共団体のほかは、宗教団体および公益法人等に限定した趣旨は、営利法人が墓地等を営むことは、住民の宗教的感情に合致しないので許可しない点にあり、既存の墓地を経営する宗教法人等の既得権益について配慮しているわけではない。このことは、墓地と墓地の間に距離制限を設ける規定や、需給調整の規定がないことから明らかである。

従って、Dには原告適格が認められない。

第2 設問1 (2)

- 1 まず、本件土地から約80メートル離れた土地にはEの事業所があり、かつ公衆衛生その他公共の福祉の見地からも支障があるので、条例13条1項に違反するとの主張が考えられる。

これに対し、市側は、DとEが協力して本件事業所を意図的に本件土地から80メートルのD所有土地に設置したという事情があり、当該事情を考慮すると、本件事業所設置がないものとして許可処分をしたことは適法だと主張すると考える。

この点、Dが墓地経営の悪化や廃業をおそれ、親族である障害福祉サービスを営む法人Eの代表者に働きかけ、Aの墓地経営を阻止するために、必要もないのにEがD土地に事業所を移転した事実が認められる。とすれば、DおよびEが距離制限違反を主張してAの開業を阻止するのは権利の濫用といえ、逆に

いうと、Eには保護されるべき利益がないといえる。

よって、市側がEには保護されるべき利益がないとして、条例13条1項を適用しなかった行為は適法である。なお、Eは、利用者の利益は別途保護されるべきと主張するかもしれないが、利用者は他の施設を利用できる以上、その点は考慮しなくてよい。

- 2 次に、本件墓地の実質的な経営者はAではなくCであり、Cは株式会社であるので条例3条に反するとの主張をしてくと考えられる。

これに対し、AとCはあくまで法人格は別であり、経営者はAと考える。また、法人格否認の法理は公法関係には妥当しないとの市側の反論が考えられる。

この点、法人格否認の法理も、法の一般法理である以上、公法関係にも適用される。ではAとCは法人格が同一といえるか。

確かに、宗教法人Aは取引先であるCから墓地経営を提案され、また無利息で融資を受けたという事情はある。しかし、AもCもそれぞれ活動実態がある法人であり、たまたま墓地経営に関して協力関係に至ったにすぎない。また、会計区分の欠如や代表者の共通性などの事情もない。

従って、AとCの法人格は同一とはいえない。よって、市側が条例3条を適用しなかったことは適法である。

なお、Eは、そもそも、自己の法律上の利益と関連しない、

法人格否認の法理を主張できない（行訴10条1項）。法人格を否認するか否か、すなわちAとCを同一とみて不許可処分するか否かは、条例3条の問題である。しかし、第1で述べたように、条例3条が許可の対象を公共団体のほかは、宗教団体および公益法人等に限定した趣旨は、営利法人が墓地等を営むことは、住民の宗教的感情に合致しないので許可しない点にあり、既存の墓地を経営する宗教法人等の既得権益について配慮しているわけではない。従って条例3条違反の主張は単なる公益違反の主張であって、自己の法律上の利益と関連していない。

第3 設問2

1 まず、Aは、第10条の許可には市長に裁量がなく、法と条例の要件を満たしている以上、必ず許可をしなければならないと主張することが考えられる。

一方でB市は市長に裁量があると反論することが考えられる。

この点、墓地の経営許可に関してはB市長に裁量が認められる。なぜなら、根拠法令である法10条は許可に関しなんらの要件を定めていない。また、条例は許可の最低限の要件を定めただけである。許可にあたっては公衆衛生や周囲の生活環境、住民の宗教的感情との適合性などの専門的・技術的判断が必要だからである。

2 次に、Aは、周辺住民の反対運動や、墓地の供給過剰を考慮して許可をしないことは裁量権の逸脱濫用があると主張して

くることが考えられる。

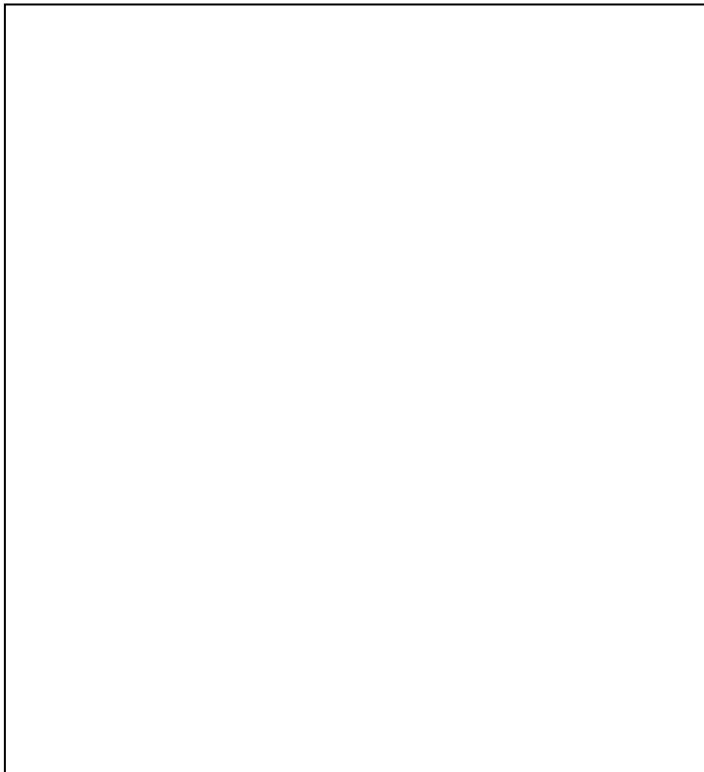
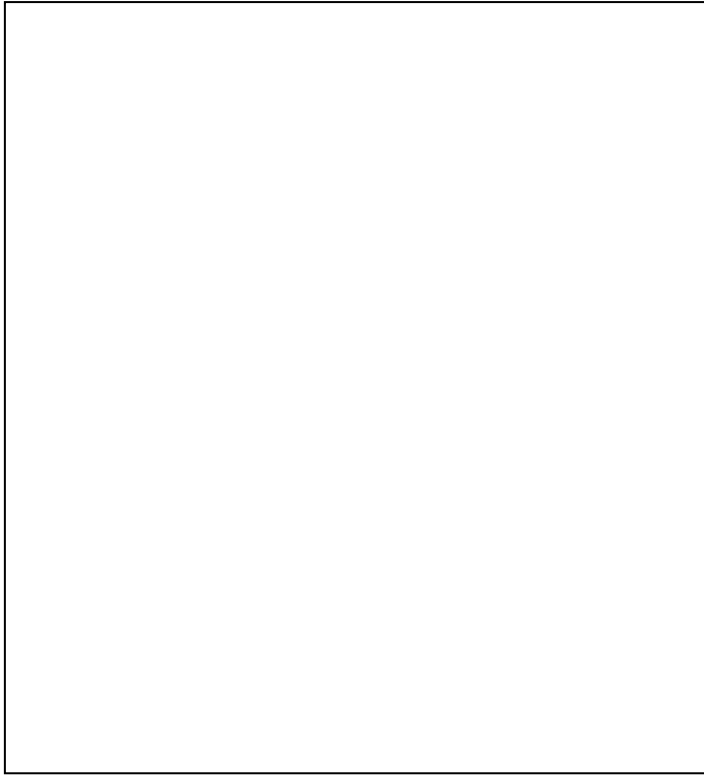
一方でBは裁量の範囲内と主張する。

この点、生活環境及び衛生環境が悪化する懸念から周辺住民の反対運動が激化したことを考慮したことは適法であると考えられる。なぜなら、第1で述べたように、条例は、外部から墳墓を見通すことができないようにする措置や（条例14条（1））、周辺等の生活環境と調和するよう配慮することを求めている（条例14条第2項）。さらに、条例6条は、本件許可にあたり、説明会を開催しなければならないと定める。とすれば、条例は周辺の生活環境との調和のみならず、説明会開催という点で周辺住民の理解が得られているか否かについて配慮しているといえる。

従って、市長は周辺住民の反対運動激化を考慮して本件不許可処分をしてよい。

一方、第1で述べたように本件条例は既存の墓地を経営する宗教法人等の既得権益について配慮していないので、需給関係を考慮することは他事考慮であり、裁量権の逸脱濫用となる。

以上



れっく LEC 東京リーガルマインド

著作権者 株式会社東京リーガルマインド

(C) 2018 TOKYO LEGAL MIND K. K. , Printed in Japan

無断複製・無断転載等を禁じます。

LU18424