

みなし墓地について——行政法の立場から

大阪市立大学大学院法学研究科
重本 達哉

1. 問題の所在

(1) 法律上の「墓地」

- ・ 墓地、埋葬等に関する法律（昭和23年5月31日法律第48号。以下「墓埋法」という。）4条1項
 - 墓地区域外への埋葬又は焼骨の埋蔵の禁止（違反行為について、墓埋法21条1号に罰則規定あり）
 - 上記墓埋法上の「墓地」＝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。）の許可を受けた区域（2条5号）
 - ⇒ 墓埋法上の ① 墓地、納骨堂又は火葬場の経営許可（10条1項。以下「墓地等経営許可」という。）
 - ② 都市計画事業認可などによる「みなし許可」（11条1項・2項）
 - ③ 従前の命令の規定により許可を受けた者の「みなし許可」（附則26条）

(2) 墓埋法10条1項との乖離及びそれへの対策

- ・ いわゆる第2次地方分権一括法（「地域の自主性及び自立性を高めるための改革の推進を図るための関係法律の整備に関する法律」〔平成23年8月30日法律第105号〕）24条による墓埋法改正（平成24年4月1日施行）
 - ※ ただし、それまでの地方分権改革の一環として、既に多くの府県で墓埋法所定の事務を市町村事務とする動き（地方自治法252条の17の2以下において設けられた、いわゆる「条例による事務処理の特例」——都道府県が処理することとされている事務ないしはそれに関する権限のうちの一のもの、市町村長との協議の上、都道府県の条例で定めることによって市町村に委譲するという仕組み——に基づく）。また、埋葬、火葬又は改葬の許可は、墓埋法制定前から市町村長の権限（墓埋法5条）。

→ 墓地等経営許可の権限が、上述の通り、都道府県知事から市長又は特別区の区長に委譲

→ 主に平成25年に市内の墓地現況調査を実施：県から引き継いだ許可台帳記載の民有墓地数57か所に対して、実際の民有墓地は地番総数981か所。市有墓地14か所中13か所も無許可状態（「人吉市墓地行政の基本方針案」1頁より）。

※ このような状態は、全国的に見て決して珍しくない。例えば、次のような指摘。

無許可墓地への埋葬可能性について、「長年にわたって、墓地として使用され続けてきたにもかかわらず、都道府県知事等の許可を受けていない土地は相当数あるといえます。

墓埋法の施行以前からの墓地としての実態があったとしても、旧墓地及び埋葬取締規則等によって許可されていないものは全て無許可の墓地であるというのは形式的に過ぎるともいえます。

現在、墓埋法における都道府県及び市町村の全ての事務が自治事務であるため、具体的な手続は、地方自治体ごとに異なっていますので、当該地域を所管する保健所又は市町村の衛生関係の窓口にて問合せをしてみてください。古くから墓地があったことが明らかであり、それをさらに拡張しようとするというような意図がない場合には、行政において現実的な対応がなされる可能性もあると思われます。」（NPO法人遺言・相続リーガルネットワーク編著『お墓にまつわる法律実務』〔日本加除出版、2016年〕95頁〔下線：報告者——以下の引用部分について同じ。〕）

⇒ 「人吉市墓地行政の基本方針案」6頁

「市長が許可権限者になったことと、平成24～25年度の調査により現状が把握できたことから、「人吉市墓地、埋葬等に関する法律施行細則」を改訂し、「みなし墓地」に関する事項を明記し、現在把握された墓地をみなし墓地候補とし、みなし墓地を移転、廃止等を行う場合は経営者からの届け出をもって「みなし墓地」とする。幅広い市民に関係する事項であることから、法律施行細則にとどまらず条例形式とすることがより望ましい。

これにより、市有墓地はみなし墓地候補とし、届け出によって「みなし（公営）墓地」＝みなし許可を得たものとする。」

＝「条例」及び（長の規則による）「届出」による違法状態の解消（？）

⇒ 妥当な選択肢か？ 考えられる手続は？

2. 墓理法に係る条例と墓地等経営許可

(1) 墓理法と条例

- ・ 墓理法全体において明示的な条例授權規定なし ⇒ 墓理法に係る条例は自主条例（×委任条例）
- ・ 法律と条例の関係（憲法94条・地方自治法14条1項 → 法律に違反しない限りで条例制定可）

最大判昭和50年9月10日刑集29巻8号489頁

集団行進者にだ行進をさせるよう刺激を与えて、集団行進者が交通秩序の維持に反する行為をするように扇動した行為が、徳島市公安条例が禁ずるものに該当するとして起訴された事案

「特定事項についてこれを規律する国の法令と条例とが併存する場合でも、後者が前者とは別の目的に基づく規律を意図するものであり、その適用によって前者の規定の意図する目的と効果をなんら阻害することがないときや、両者が同一の目的に出たものであっても、国の法令が必ずしもその規定によって全国的に一律に同一内容の規制を施す趣旨ではなく、それぞれの普通地方公共団体において、その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解されるときは、国の法令と条例との間にはなんらの矛盾抵触はなく、条例が国の法令に違反する問題は生じえない。」

→ 法律と自主条例が抵触するかどうかの判断基準 = 法律の趣旨・目的

⇒ 条例に対する関係で、法律の規定の趣旨をどのように解釈するかが決め手

- ・ 少なくとも、墓理法の趣旨・目的を自主解釈に基づいて読み込んでこれを具体化・顕在化させた条例は適法と解する学説が多数（小早川光郎「下記平成21年さいたま地判判批」磯部力ほか編『地方自治判例百選〔第4版〕』〔有斐閣、2013年〕63頁、北村喜宣「下記平成22年東京地判判批」速報判例解説2号〔2011年〕315頁など）
- ・ 下記平成12年最判又は多くの下級審裁判例は既存の墓理法に係る条例を適法なものとして評価

【例】さいたま地判平成21年12月16日判自343号33頁

宗教法人による墓地経営許可申請に対する拒否処分取消訴訟で市の墓理法施行条例の適法性が争われた事案

「[上記の条例による事務処理の特例によって事務を処理していた]市町村はそれぞれの地域の実情に応じた許可基準

を定めることができる」と解すべきであり、それが都道府県の定める基準と異なることがあることも当然予定されているというべきである。」

「市町村における許可基準に関する定めは、墓理法が墓地等の経営の許可の判断につき広範な裁量を認めている……趣旨に反し、当該定めが著しく不合理といえる場合に限り、違法となると解すべきである。」

→ 墓理法が墓地等経営許可の判断について広範な裁量を認めている趣旨に反し、内容が著しく不合理な条例は違法

- ・ ただし、そのような墓理法に係る条例が、裁量の余地を残さないで墓地等経営許可の判断を羈束する趣旨の定めなのか、それとも、個別案件ごとの裁量の余地を前提とした上でのいわゆる裁量基準に過ぎないのかは、なお争いのあるところ（小早川・前掲 63 頁）

※ 下記平成 22 年東京地判は、問題となった東京都の「墓地等の構造設備及び管理の基準等に関する条例」を「墓理法と目的を共通にする関係法令」と解しているが、当該法令には、墓地等経営許可の処分要件を定める法令のみならず、当該許可権限を有する者に一定の配慮を要請するに過ぎない法令も含まれ得る（参照、最大判平成 17 年 12 月 7 日民集 59 卷 10 号 2645 頁）。

(2) 墓理法の趣旨・目的、特に墓地等経営許可の趣旨

- ・ 墓理法の趣旨・目的（1 条）

「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」

→ ① 墓理法は厚生労働省が所管する健康・生活衛生対策の一環を構成する法令として位置づけられているが、わが国の場合、世界最高の火葬率を示しているのであるから、遺体の腐乱等から生ずる公衆衛生上の問題よりも、他の保護法益が優先的に考慮されるべきであるので、「公衆衛生の見地」より、むしろ「国民の宗教的感情」や「その他公共の福祉」に配慮すべき状況がすでに到来しているように思われるとする学説（大石真「宗教法規としての墓地埋葬法」法学論叢 170 卷 4・5・6 号〔2012 年〕2-6 頁）

② 裁判例は、特に墓地等経営許可の趣旨について、かつて厳格に解するものが見受けられ（【例】(a)）、現在なお公衆衛生の観点を重視している（【例】(c)）が、例えば、「墓地等の設置による周辺的生活環境への影響」をそれに含めて解するもの（【例】(b)）も登場

【例】(a) 熊本地判昭和 55 年 3 月 27 日判時 972 号 18 頁

地元市長及び県議会が自然環境保護及び災害発生の危惧を理由に墓地建設に反対していることを理由に墓地経営許可申請を拒否した処分の取消訴訟

「墓地埋葬法 10 条 1 項の趣旨、目的は、……墓地経営が公共の福祉の見地とは、国民の宗教的感情に適合することとか、公衆衛生の見地とかの同法 1 条に規定されている内容から推し量られるものに限られるべく、これから大きくかけ離れる事情までも右公共の福祉の見地に含まれるものと解することはできない。この点において、自然環境破壊と災害の危険性の防止の見地は、右例示するところとは全く異質のものであり、これらが右公共の福祉の見地に含まれると解することはできないというべきである。」

※ ただし、本判決に一定の理解を示しつつ、「墓地も街づくりの一つであり、街の健全な形成は公共の福祉に含まれるとも考えられるので、そうした緊急事態では墓地埋葬法 10 条の裁量条項を活用して自然破壊型の墓地建設を阻止することも可能である」という考え方を指摘す

有学説（阿部泰隆「昭和55年熊本地判判批」芦部信喜ほか編『宗教判例百選〔第2版〕〕〔有斐閣、1991年〕193頁）

(b) 横浜地判平成17年3月30日判自273号45頁

墓地が造成されると本件墓地造成予定地を含む周辺地域を近郊緑地保全区域等とした趣旨・目的が損なわれることなどを理由として宗教法人による墓地経営許可申請を拒否した処分の取消しが求められた事案

「墓地埋葬法1条に規定する公共の福祉の見地からしても、同法10条1項の規定に基づく墓地等の経営の許否の判断に際し、都道府県知事等において、墓地等の設置による周辺の生活環境への影響を考慮することはもとより許されるものと解するのが相当である。」

(c) 東京地判平成22年4月16日判時2079号25頁

宗教法人に対する練馬区保健所長による墓地経営許可の取消しを墓地周辺住民が争った事案

「本件条例の規定に違反した違法な墓地の経営が許可された場合には、そのような墓地の経営に起因して、周辺地域の飲料水ともなる地下水の汚染、土壌の汚染、雨水や汚水の滞留、供物等の放置による悪臭又は鳥、鼠及び蚊の発生及び増加、排水設備の不備による周辺への浸水などが生じるおそれがある。」という点に着目した上で、「墓埋法は、各地方の実情に応じて、条例において違法な墓地の経営による墓地周辺の衛生環境の悪化による健康又は生活環境に係る著しい被害を受けないという具体的利益を墓地の周辺住民等の個別的利益として保護することも予定しているというべきであり、墓埋法10条1項は、第一次的には公益の見地からの規制を予定しているものの、それとともに周辺住民等の健康又は生活環境に係る著しい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べきものとする趣旨を有すると解するのが相当である。」

⇒ 墓地等経営許可の趣旨を公衆衛生の観点から厳格に解する必要なし

・ 墓埋法上の墓地等経営許可の趣旨

① 許可権限を有する知事等に広範な裁量を認容

← 最二小判平成12年3月17日判時1708号62頁

宗教法人への墓地経営許可を墓地周辺住民が争うとした事案

「墓地、埋葬等に関する法律（以下「法」という。）10条1項は、墓地、納骨堂又は火葬場（以下「墓地等」という。）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旨規定するのみで、右許可の要件について特に規定していない。これは、墓地等の經營が、高度の公益性を有するとともに、国民の風俗習慣、宗教活動、各地方の地理的条件等に依存する面を有し、一律的な基準による規制になじみ難いことにかんがみ、墓地等の經營に関する許否の判断を都道府県知事の広範な裁量にゆだねる趣旨に出たものであって、法は、墓地等の管理及び埋葬等が国民の宗教的感情に適合し、かつ、公衆衛生その他公共の福祉の見地から支障なく行われることを目的とする法の趣旨に従い、都道府県知事が、公益の見地から、墓地等の經營の許可に関する許否の判断を行うことを予定しているものと解される。」

※ 国会の審議過程で、同法10条1項所定の「都道府県知事の許可」の直前から「省令の定めるところにより、」という文言が削除された経緯すらあり（参照、森茂『日本の葬送・墓地』〔法律文化社、2013年〕

44頁)

② その他

→ (a) 墓地の「公益性及び持続性」について明示的に法定されていないとは言え、同法10条2項が墓地等の変更・廃止についても別途許可を求めていることからすれば、許可を受けた相手方の自由意思で経営を放棄できるような性質を有する許可（【例】産業廃棄物処理業や産業廃棄物処理施設の設置等に関する許可制度〔廃棄物の処理及び清掃に関する法律14条・15条〕は、処分業者に対し、許可が効力を有する限り、事業や処理施設の使用を継続すべき義務を課すものでないと判示しており〔最二小判平成21年7月10日判時2058号53頁〕、処分業者の意思で自由に廃業できると解している）ではない。

⇒ かつて墓地等経営許可（に類するもの）は衛生警察の許可に分類されていた（美濃部達吉『日本行政法下巻』〔有斐閣、1940年〕115頁）が、特許的性質を少なからず含有するものでは？

(b) 上記平成12年最判が述べるように、一律的な基準による規制になじみ難いからこそ知事等に広範な裁量が付与されているという墓理法の趣旨、それから、行政領域によっては許可の凍結（＝行政庁があらかじめ不許可の方針を定め、いかなる申請をも認めないという態度に出ること）が許されることもあるが、その場合には、凍結が必要だという判断は十分な調査に基づいてなされた確固たるものでなければならず、かつ、一旦凍結の方針を決めたら後は何もしなくて良いわけではなく、申請があればその都度凍結政策を続けるべきか検討するべきであること（参照、交告尚史「許可の凍結」商大論集41巻4・5号〔1990年〕505頁以下）の両者を踏まえると、墓理法上も新規の墓地等経営許可が一律には否定されていない。

※1 国も「墓地については、出来る限り既存の墓地を利用するように指導」することを求める一方で、「個人墓地の新設は、既存の墓地を利用できないような事情ある場合にのみ許可するようにせられたい。」として、個人墓地に対してすら一定の許容可能性を示している（昭和27年10月25日衛第1025号、厚生省公衆衛生局長から京都府知事あて回答）。

※2 他方で、墓理法の規律密度の低さを踏まえると、条例又は規則による一律の「許可」も一見排除されないように思われるが、これについては、墓地等経営許可の特許的性質をも踏まえると、行政手続法上の申請権との関係がやや問題（異議の申出制度で対応可能？）

(c) 墓理法10条1項所定の「経営しようとする」という文言及び次の裁判例からすれば、墓地の経営許可は、墓地としての用に供する土地について自ら当該区域内で墳墓（＝死体を埋葬し、又は焼骨を埋蔵する施設）〔墓理法2条4項〕の設置に着手することにより、又は他人に墳墓を設けさせる目的でその区域内の土地に対する使用権の設定に着手することにより、墳墓を設けることに利用されることが確定される前において受ける必要がある（生活衛生法規研究会監修『新版 逐条解説 墓地、埋葬等に関する法律〔第2版〕』〔第一法規、2012年〕54頁）。

※1 大阪高判昭和52年1月19日判時860号163頁

宗教法人の無許可墓地区域変更行為が起訴された事案

「10条1項にいう「墓地」とは、ある者が自らその区域内で墳墓の設置に着手することにより、あるいは他人に墳墓を設けさせる目的でその区域内の土地の分譲もしくは使用権の設定に着手することにより、墳墓を設けることに利用されることが確定された土地の区域を意味する」。

※2 なお、生活衛生法規研究会監修・同上47頁によれば、当該「経営」＝墓地等を設置し、管理し、運営すること

⇨ (a)(b) からすれば、違法状態の区域を適法化する目的で新たに当該経営許可を行うことを完全に妨げる趣旨は見受けられない。

(d) なお、墓埋法 11 条に関連して、「墓地及び火葬場は公共性の強い施設であるにもかかわらず、その建設にあたっては、特に都市部での用地の取得が年々難しくなっている他、周辺住民との摩擦を生じる場合があるなど困難が伴うことも多い。墓地等の整備にはこうした特有の事情が存することに加え、都市周辺部においてはその充実が急がれており、周囲の環境や合理的な土地の利用に配慮した計画的整備が重要になっている」という見方（生活衛生法規研究会監修・同上 57 頁）

※ この見方は、(b) の追加的論拠となり得る。

⇨ 例えば、都市計画事業認可（都市計画法 59 条）は都市計画に適合しなければならず（同法 61 条）、市町村が定めた都市計画は、都道府県が定めた都市計画に適合しなければならない（同法 15 条 3 項）ところ、市の墓地行政のために県の協力を得られるか若干の疑問

3. 暫定的結論

- ・ 規律密度が低い中で許可制度及びみなし許可制度を特に定めている墓埋法の趣旨を重視すれば、（条例又は規則による一律対応を完全には否定できないものの）A 市においても、少なくとも経営許可を得ていない市有墓地については、市長の新規許可で対応するのがベストかつ現実的ではないのか？

（→ 結局のところ、墓埋法令の規律密度の低さが問題か）

※ 条例による規律密度の向上努力は基本的に歓迎されるべきものだが、「地方分権改革によって、実質上、墓地埋葬法制の分野では今や許可その他の国の役務から都道府県から市・区の事務に移っているが、このことは、皮肉にも、国の行政解釈が幅を利かせてきた従来の運用がさらに市・区の事務にまで深く入り込んでいくことを意味している。これは果たして地方分権・「地域主権」改革のあるべき姿なのであろうか。」という付言には留意が必要（大石・前掲 32 頁）