

報告 重本達哉（大阪市立大学）

「見なし墓地」について

1 はじめに

重本 森先生のご趣旨に基づく検討をしてみたのですが、私は、だいぶ誤解をしているかもしれないので、その点、2点ほど、まずH市の方、どちらでも結構なので、ぜひ、お伺いしたいことがございます。

1点目としては、そもそも、違法状態にある無許可墓地を適法な状態にするために、墓地埋葬法10条1項に規定されている、いわゆる墓地などに対する経営許可というものがあると思います。しかし、その手段を取らずに、条例によって、少なくとも、現在、許可がないとされている13か所の市有墓地について、関連条例が制定された直後も「みなし墓地候補」という位置づけを与え、当該市有墓地の変更等があった場合に、その届け出をすることによって、最終的に完全な適法状態を保障するというお考えかと思うのです。なぜ、そのような条例による一括的な解決を取られることをお考えになったのか、ということが1点です。

もう1点目の方が先にお伺いすべき問題だったと思うのですが、なおかつ、直前になって、森先生を通じて質問させていただいている件なのですが、墓地埋葬法の附則26条には、現行法である墓地・埋葬等に関する法律の前に、わが国の墓地埋葬制度を規律していた、いわゆる「従前の命令」と法令上定められているものがありまして、その命令に基づく許可を受けた墓地であれば、現行法に基づく許可を受けていなくても、適法に墓地として評価されるということが定められているわけです。しかし、問題とされている13か所の市有墓地については、そのような「従前の命令」による許可というものは存在しないという前提で報告してもいいのかということが、2点目の質問なのです。

この点について、お答えいただければありがたいので、よろしくお願いします。

1点目は、条例による一括的な解決を図った、その理由ですね。2点目としては、附則で、いわゆる「法律上のみなし許可」という制度がありますが、その対象になりうるのか、という点でございます。

H市A 経営許可を出す際に、市の施行細則で、いろいろな条件を付けるのですね。「周囲200m以内の許可を取らなければならない」など、細かい条件がいろいろあるのです。市が経営許可申請をする場合でも、やはり、そこは必要になる許可ということで、より簡潔にといいますか、もう今の状態で墓地等の経営許可を取ったものと見なすというところで、条例ができていたらどうかという。

重本 はい、ありがとうございます。

H市B 私の方から一応、私が前任の、墓地に関する管理方針だったり条例案ということで、まだ一担当者案でございました。H市の条例というものではございませんが、一担当者案というところで策定する中において、これまでの課題などを洗い出した中身を少し、先に、ご説明させていただければと思います。

重本 ありがとうございます。

H市B 元々、H市は、平成24年4月に、県からの権限移譲によりまして、経営許可が市に移ってきたわけなのですが、結論から言いますと、行政の怠慢といいますか、経営許可に関しては、台帳は、もう、ほぼ不備の状態でございました。そのような中で、市に権限移譲がなされましたので、まず実態把握をする必要があるというところで、平成25年度に調査をしました結果、市内全域に15か所の市有墓地がありますが、ほぼ無許可、ほぼ許可を取っていないということが、その時点で、調査によって分かったわけです。

その前、昭和47年に調査をやっているわけなのですが、結果として、そのときの685か所から、平成25年度の調査時は981か所に、実際としては296増加していました。しかも、許可台帳記載墓地57か所という、現状との乖離がかなり見られたというところ、市有墓地や民有墓地のその大部分が無許可の経営状態だったということが、その時点で、はっきり分かったわけでございます。

そのような現状が分かった中で、では、今後どのようにしていくかといったときに、H市に元々あった法律の施行細則を改定し、みなし墓地に関する事項をその中に明記することによって、現在把握されていた墓地を、「みなし墓地候補地」という形で、「みなし墓地の移転や廃止を行う場合の経営者からの届け出をもって、みなし墓地とする」というような内容を入れることが、条例上は好ましいということ、一担当者案という形になりましたので、今回、「条例の中で」というような解決の方策を取った、ということでございます。

重本 2点目については、現段階において事実確認自体が難しいとは思うのですけれども。

H市A やはり、行政上、許可証のようなものがないと、なかなか、許可があったか、把握、判定ができないといいますか、判断ができないといいますか、(不明)。

重本 難しいことであり、なおかつ、今後、調査するすべも、財源もない、ということですね？

H市A そうですね。

2 墓地埋葬法と墓地許可基準

重本 ということであれば、まあ、これから報告させていただく内容に多少の意味はあるのかもしれませんが、まず、元の森先生の問題提起にお答えすると、もう結論から先に入りますが、やはり、墓地埋葬法上 10 条 1 項の許可権限というものが、現在は、都道府県知事のみならず、市長もしくは特別区の区長に与えられているという、その趣旨を踏まえると、条例によって「みなし候補地」とすること自体、何ら問題はないのです。

しかし、それを、例えば市長が持っている権限であるにせよ、その規則でもって、もしくは規則に基づく届け出という形でもって、墓地埋葬法の墓地として適法化するということには、やはり無理があります。

墓地埋葬法上、その許可基準についての基準は、ほぼないものであるにせよ、その許可という制度自体は明らかに制度化されております。ですので、やはり、その許可というものを使う形で違法状態の墓地を適法にするということを、いずれかの段階において必ず行わなければいけないということが、私の結論でございます。

そのために論証すべき理由づけを、だらだらと書かせていただいております。最初の方は、それこそ、もう私より、よほど墓地埋葬法にお詳しい方々ばかりですので、釈迦（しゃか）に説法的なところがあるかと思っておりますので、適宜、端折りながら、後で、「ここは何を言っているのか分からない」というところがあれば、質問していただくという形で報告を進めさせていただきます。

念頭に置かれていることは、「墓地埋葬法という法律上の墓地として事実上の墓地を位置づけるためには、どのような政策手続が求められるのか」という点かと思っております。ですので、そもそも、その「法律上の墓地」とは何なのかということを、最初に、「問題の所在」と書いている 1 ページの冒頭のところで確認させていただきました。墓地埋葬法 4 条 1 項によれば、先ほどご紹介がありました通り、法律上の墓地区域外への埋葬や焼骨の埋蔵が禁止されておりますので、その墓地というものを一定程度確保する必要性はあるかと思っております。では、問題の墓地埋葬法上の墓地とは何なのかというと、法律上は、その 2 条 5 項におきまして、「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)にあっては、市長又は区長。)の許可を受けた区域」であるとされております。

では、その都道府県知事等の許可として、法律上は、どのような制度が設けられているかと考えるならば、三つありまして、そのうち主たるものは、(1)10 条 1 項に定められている「墓地、納骨堂又は火葬場の経営許可」というものです。(2)それに代替する形で、都市計画事業認可など、個別の法律上の、別の行政活動をもって墓地埋葬法上の許可だとみなすということを個別に定めている規定が、11 条の 1 項及び 2 項に存在しております。もう一つは、先ほど質問させていただいた、(3)「従前の命令」の規定によって許可を受けたもののみなし許可であると。

ただ、あえて強調させていただきますけれども、あくまで「従前の命令」が適用されていた時期において、都道府県知事、主に戦前のことですから、当時は地方官庁の許可を受

けたもの、もしくは、それより前になりますと別の行政庁が存在するわけですが、とにかく、何らかの行政庁の許可を受けた者に対して、現行法上の経営許可を受けたものとみなすという規定があります。

主に、先ほどの質疑応答の中からも主たる、第一の経営許可について検討を深めていくということで、これ以降の報告の対象は、主に、その①と定めているものに絞りたいと思います。

3 無許可墓地

他方におきまして、既にご紹介がありました通り、その経営許可を受けていない事実上の墓地というものが、H市に限らず全国に多数存在するということは、皆さんも、ご承知の通りかと思えます。そのような状況の中におきまして、問題となる墓埋法 10 条 1 項の経営許可は、元々は都道府県知事の権限事項だと定められていたのですが、ここ 20 年来、地方分権改革の一環として、まず、そもそも経営許可に係る事務というものが都道府県の事務とされた後に、市町村長に、その事務を移譲するというような動きがありました。最近に至って、レジュメにはなっていないので非常に申し訳ないですが、資料にも明示的に記載させていただいた通り、平成 23 年の、いわゆる第 2 次地方分権一括法の 24 条によりまして墓地埋葬法が改正され、それによって、先ほど H 市の例もありました通り、平成 24 年の、その問題の法律の施行でもって、墓地等経営許可の権限が、都道府県知事から、明らかに、市長又は特別区の区長に移譲されている状態になっているのだと。

それを受けて、H 市の場合は、現況調査をしたところ、先ほどお答えいただいた通り、多数の無許可状態の墓地が把握されるに至ったということでした。それに対応する制度として、大まかに申し上げますと、条例上、その一定の無許可状態である墓地を、「みなし墓地の候補」だと、適法な墓地の候補だとみなした上で、その墓地を移転・廃止するなどの際には、経営者からの届け出をもって適法な墓地とするということを、方針案ではお考えになっているかと理解しております。

これが妥当な選択肢なのか、考えられる手続きは何なのかということで、考えられる手続きについては、ほとんど検討が深められていない状態ではあります。しかし、**少なくとも、先ほど申し上げた通り、やはり、いずれかの段階において、結局、墓地埋葬法上の 10 条 1 項に基づく許可を出さざるをえないでしょう。**また、先ほどお伺いした限りにおいては、施行細則が問題であれば、むしろ、それを改正するほうが、**語弊**があるかもしれませんが、条例を制定するよりは、よほど簡易な手段ではないか、と思ったところではあります。

それはともかくといたしまして、では、なぜ、その条例による一括解決が難しいのかということ、問題とする墓地埋葬法 10 条 1 項による許可の法的趣旨などと照らし合わせながら、検討を続けていきたいと思えます。

4 法律と条例

まずは、その法律と条例の関係についてです。これは、昭和 50 年 9 月 10 日の有名な判例がございまして、前提としてそもそも、先ほど申し上げた通り、墓地埋葬法全体において、ですから、今回問題にする経営許可に限らず、およそ火葬の許可、改葬の許可などについて、明示的に墓地埋葬法上、条例でもって、その基準を定める旨、明確に定めているような規定はないと。ですから、法律が、その内容の具体化を条例に委ねているという明文の規定は一切ございませんので、墓地埋葬法に関係する条例は、現在、地方公共団体において多数存在はしているわけですが、これは、法律の内容を、その委任をもって具体化するような趣旨の条例ではなくて、あくまでも墓地埋葬法を運用するに当たって地方公共団体が自らの解釈を自主的に示したものの、いわゆる自主条例だと。条例を性質上大きく二つに分けると、法律の委任に基づくものと、そうでないものと大きく分けられるものですが、そのうちの後者、自主条例に位置づけられるのだと。

では、そのような自主条例は、どのような場合に適法なものとして制定されうるのかということに関する判例が、先ほど触れた昭和 50 年 9 月 10 日の判決でございます。結局のところ、次の矢印に移りますが、法律と自主条例が抵触するかどうか、条例が違法だと評価されうるかどうかの判断基準は、関係する法律の趣旨・目的に適合するものであるかどうか、具体的には、その条例に対する関係の中で、法律の規定の趣旨をどのように解釈するかということが決め手とされると、しばしば指摘されているところでございます。

少なくとも、その墓埋法と墓埋法に関連する条例について申し上げますと、墓埋法の趣旨・目的を自主解釈に基づいて読み込んで、これを具体化・顕在化させるような条例、先ほど申し上げた、現在、地方公共団体において多数存在するような墓地行政に関する条例というものは、基本的に「適法」と解する学説が、多数見受けられるところでございます。

なおかつ、判例も、現行のそのような自主条例については適法なものとして位置づけていると評価していいのではないかと思います。少なくとも、違法だと評価した裁判例は、私が調べる限りは見受けられなかったと思います。

といいますのも、後に指摘しますように、そもそも、この条例の性質自体が、必ずしも法的拘束力を有するものであるかと言うと、「そうではないのではないか」というような指摘も強くなされているところです。実質的な判断において、場合によっては、もしかしたら、この条例の定めを看過する形で判決がなされる場合も、可能性としてはありうるのですが、そのような裁判例も、勉強不足かもしれませんが、今のところは見受けられないというところです。とにかく、条例の法的性質にかなり争いがあるというところがございます。それを前提とした上で、繰り返しますが、一応、多くの判例や裁判例は、既存の墓埋法に関係する条例を適法ものと評価しているということでございます。

その中で、後ほど、再度言及しますが、なぜ、適法だと認めるのか」という、その逆ですね。では、違法だと判断されるものは、どのような場合かと申しますと、3ページの冒頭の矢印に移ります。墓地埋葬法が問題の許可の判断について広範な裁量、判断の

余地というものを認めているというのが、墓地埋葬法の趣旨なのだ。それに反すること、この関係が少し分かりませんが、とにかく、内容が著しく不合理な条例に限っては違法だと評価する、というように述べている裁判例が、最近出ているところではございます。

ただ、先ほど強調した点です。そのような墓地埋葬法に関する条例は、あくまでも、基本的には、少なくとも委任条例ではなく自主条例ということは明らか、といいますか、それについて異論はないところではございます。問題は、その自主条例の性質ですが、条例である以上は、一定の法的拘束力を持つものだと解釈することが、基本的なところかもしれませんが、けれども、この墓地埋葬法に関する条例については、線を引っ張っているところにあります通り、その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、つまり、一律に法的に拘束するという趣旨の定めなのか、条例の法的性質を鑑みる、基本的な性質を鑑みるならば、そのように解釈することが通常なのかかもしれません。しかし、殊に、この墓地埋葬法に関する条例については、先ほど来申し上げている通り、墓地埋葬法上、明らかに条例に対して委任規定がないということなどを踏まえすと、「それとも」以降ですが、「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もの、つまり、個別事情の判断を行うに当たって、場合によっては、その条例の内容に反するような判断も許容しているものである」というように、条例がいかに絶対的な規制をかけていたとしても、それは、結局のところ裁量基準に過ぎないのだというように解釈する向きが、少なくとも行政法という法律分野においては、有力に存在するところではございます。

そこでは、小早川先生の指摘を挙げましたが、小早川先生自体がどちらにくみしているかは分かりません。なお、書き忘れましたが、塩野先生は後者の立場です。行政法の中で有力な位置づけを持っている塩野先生という方がいらっしゃるのですが、その方は、後者の立場を取っております。

結局のところ、その法令と条例との関係を、より詳しく検討する際には、やはり、個別の法律と条例との関係を、その法律の趣旨・目的をひもとく中で具体的に判断せざるをえないと思いますから、墓地埋葬法の趣旨・目的について、次に目を向けたいと思います。こちらにつきましては、既に、皆さん、ご存じの通りのところかと思えます。

5 墓地埋葬法の趣旨・目的

この目的規定は引用している通りでございまして、墓地などの管理が、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が、この法律全体の目的として定められております。ですので、この目的に従った形で、墓地経営許可も出されなければいけないと解釈することができると思います。

従来、この目的規定に定められている文言の中で、公衆衛生の観点で、とりわけ強調されてきた向きがありますし、現在の裁判例でも、基本的に、その立場は揺るがせていないかとは思っています。しかし、学説の中には、と申しますか、大石先生など、それから私も、基本的には、次の方向で考えたいと思っております、レジュメには書いておりませんが、

基本的に、欧米諸国の墓地関連法令というものは、まさに、その公衆衛生の観点だけではなく、多様な考慮要素を踏まえた上で運営がなされているかと思えます。

そこに書きましたように、例えば、墓地埋葬法は厚生労働省が所管する法律ですので、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ということは異論のないところかと思えますけれども、その公衆衛生の観点について、わが国においては、かなり火葬の割合が高いと。従って、遺体の腐乱などから生ずる公衆衛生上の問題というのは、基本的に生じない状態に、少なくとも現在は至っていることなどからすると、「他の利益」というものも、墓地行政を行うに当たっては、優先的に考慮されるべきであると。具体的に言うと、「公衆衛生」の見地というよりも、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既に到来していると、大石先生は指摘なさっています。

裁判例につきましては、先ほど、ちらりと触れましたように、とりわけ10条1項による許可の関連においてですが、1条の目的を、かなり厳格に解するような裁判例が見受けられてきたところでございます。厳格と申しますのは、1条の目的で明示的に定められている「国民の宗教的感情」と「公衆衛生」の2点について、それらからあまりにもかけ離れる事情まで、残りの、その1条の目的の規定に掲げられている「公共の福祉の見地」という文言に含めて解釈するということには無理があると。

例えば、例として挙げている**昭和55年の熊本地方裁判所**、最初の(a)の裁判例でございます。こちらによると、自然環境破壊と災害の危険性の防止の観点から経営許可を出さないということは基本的には許されない、というような判断を示している、かつての裁判例もあったところではございます。現在は、例えば、次の(b)の**平成17年の判決**ですね。4ページに移ります。その横浜地方裁判所の判決によれば、簡潔にしか触れておりませんが、「墓地の周辺住民の生活環境への影響ということも考慮した上で、墓地経営許可を出すか否かという判断をしてもいいと、明示的に述べているものも登場しております。

ただ、その次に挙げているように、少なくとも最近の裁判例は、なお、その公衆衛生の観点にできるだけ引きつける形で、墓地経営許可の判断基準を明らかにしたい、明確化したい、というような意図があるように見受けられる、そのような判例が出ているところではございまして、それが平成**22年の東京地方裁判所**のものであります。土葬などに伴う遺体の腐乱などの公衆衛生の観点にあまり目を向ける必要がない現状を踏まえた上で、その公衆衛生の観点は、どのような点に求められるかといいますと、これは結構無理やりの向きがあるように私には思えるのですが、引用した判決文の、**平成22年の東京地方裁判所、「東京地判平成22年」**のものでございますけれども、**その次のかぎ括弧の中にお示ししました。**

その冒頭の行から読み上げますと、本件条例、東京都の条例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、それをきっかけとして、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った点に着目して、公衆衛生の観点、それに加える形で、公衆衛生と申しますと、この判決自体は、「墓地周辺の衛生環境の悪化による健康に係る著しい被害を受けないという具体的利益を、墓地経営許可を行うに当たっては考慮しなければいけない」と、そのようなものとして位置づけております。

というように、やはり公衆衛生の観点を重視している裁判例は、現在のところも、しばしば出ているのではないかと状況ではございます。けれども、先ほどの大石先生などの指摘を踏まえますと、必ずしも、その墓地等経営許可の趣旨を、主にその公衆衛生の観点から厳格に解する必要はないのではないかと。必ずしも、その公衆衛生の観点のみから主として許可を出すか否かを判断する必要性は、旧来に比べると、かなり薄れているのではないかとということでございます。

6 墓地等経営許可の趣旨

では、そのように解する可能性のある墓地等経営許可のそもそもの法的性質、趣旨というものについて、まず指摘すべきものは①の点でございます。まずもって、許可権限を有する者は、墓埋法 10 条 1 項で明示的に挙げられている都道府県知事、それから、その「都道府県知事」という文言の中には、この法律の構成上、市長それから特別区の区長も含まれると、現在は、そのような位置づけになっております。ですので、その市区長などに対して許可を与える権限を認めているものが、墓埋法 10 条 1 項でございまして、その知事などに対して、しかも、その広い判断の余地、裁量を認容しているというものが、判例と、それに続く最近の裁判例の立場かとは思いますが。

その最高裁判例とは、結論としては、周辺住民の訴えの資格、利益を認めなかったというような意味で若干問題がある」と、その当時から指摘されているような、平成 12 年の最高裁判決なのです。その最高裁判決が述べた以下の部分については、ほぼ異論なく、最近出されている裁判例も、しばしば引用するところではございますので、その部分に限って紹介させていただきます。とりわけ、その下線を引っ張っているところです。「墓地、埋葬等に関する法律 10 条 1 項は、墓地等の経営が、高度の公益性を有するとともに、国民の風俗習慣、宗教活動、各地方の地理的条件等に依存する面を有し、一律的な基準による規制になじみ難いことにかんがみ」、繰り返しますが、「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」、墓地等の経営に関する許否、許可を下すか否かの判断を都道府県知事の広範な裁量にゆだねている。ですから、現在の法制度に即して言えば、都道府県知事及びその市長又は区長の広範な裁量にゆだねる趣旨に出たものであるというようなことを述べております。

なお、現行法の立法過程を——簡単にですけれども、ですから漏れがあるかもしれませんが——振り返ります。そもそも、国会へ上程された墓地埋葬法案においては、10 条 1 項に定められているその「都道府県知事の許可」という文言の直前に、「省令の定めるところにより」という文言があったのです。しかし、それが、まあ、どのような経緯か分かりま

せんので、お分かりの方は、ぜひ、ご教授願いたいのですが、審議過程の中で削除されたという経緯があると。ということからすると、省令は法律を所管する現在の厚生労働省が定める命令に従う形で都道府県知事の許可を下すのだと、そのような仕組みが審議過程の中で薄らいだということが言えるかと思います。

ですので、その点からしても、やはり、都道府県知事などに対する許可を行う際の判断の余地は、法律自体が、かなり広く認めているのではないか、ということと言えるかと思えます。繰り返し強調したいことは、その許可などを与える権限を認められている者は、あくまでも知事、それから市長、区長という行政庁であるという点でございます。

その点だけでもっても、少なくとも条例だけで一括的な解決を望むということには、やはり無理があるということが、私の結論ではございます。

その他、幾つかの観点から、今の結論をさらに敷衍させていただければ、例えば、繰り返し申し上げている通り、といいますか、皆さんもご存じの通り、問題としている10条1項による許可基準は、法令上、ほばないに等しい状態にあるかと思えます。他方で、墓地については、しばしば「公益性」や「永続性」というものが求められると。ということについては、現行法令上は、明確な根拠はなく、基本的には、現行法の下で定められたといえますか、なされた厚労省の通知の中で、この公益性及び永続性に関することが述べられていると。ということをきっかけとして、全国の地方公共団体の関連する条例の中では、明らかに墓地に対して、この公益性や永続性を求めるということを、明文で定めている条例も、しばしばあります。

ありますが、少なくとも法律上は明言されていません。しかしながら、法律上の趣旨、法律の仕組みを読み解けば、少なくとも、その趣旨は、法律の中にも一定程度読み取れるのではないかということが、10条2項として掲げられている「墓地などの変更や廃止の際にも別途、経営を始める際の許可とは別のものが必要だ」ということが規定されている、その規定から読み取れるのではないかと考えております。

「許可」というものは、法律学上、原則としては、市民、国民の本来持っている自由を、法令上、一般的に禁止されている、その状態を、特別の条件、資格を満たした者に対してのみ個別に解除すると。本来、市民が持っている自由を個別に解除するという制度が、許可というものとして一般的に解されております。

他方、似たような仕組みとして、次の矢印の文章の2行目に出てくる言葉ですが、「特許」というものがあります。この説明は載せておいたほうがよかったですのですが、「許可」「特許」いずれも、行政機関が一方的に市民に対して、その権利や義務を確定するために行う、法律上、法令上の行為として認められているものでございます。この「特許」というものは、先ほど許可の性質として述べたような、市民が本来持っている自由を回復させる行為ではなくて、あくまでも、その特別な者に対して特別な権利や法的地位を設定するという類の行政活動であります。その「許可」と「特許」は、あくまでも学問上の言葉でございまして、法律上「許可」と書かれているから学問上の「許可」だと解する必要はないのです。

その区別は、例えば、許可を行う際に、いわゆる需給調整がなされているかどうかであったり、許可を下された者には、その許可に基づく行動を行う義務を法令上特別に定められているかどうか、などという観点から学問上の「許可」と「特許」とは、おおよそ区別されるということが伝統的な理解でございます。

墓地埋葬法上の、ここで問題としている経営許可につきましては、伝統的には公衆衛生の観点からなされるものであって、そのような点を強調した結果として、太字の矢印のところ、「特許」と記載しているところに書きましたように、公衆衛生に関する行政分野の行政活動である許可、学問上の許可にかつては分類する学説が多く見受けられるところでありました。そこには、戦前の行政法を大成したとされています美濃部先生を引用してはおりますが、戦後の警察関係法令の立案過程に深く関与した田中二郎先生も、基本的に、この立場を維持しております。

ただし、現行の墓地埋葬法の仕組みを読み解けば、先ほど触れたように、10条2項の存在があるということからすると、許可を受けた相手方が自由意思で、その経営・運営を放棄できるような性質を持っている許可として、つまり、学問上の許可としてみなすということとはできないことが墓地埋葬法上の許可という性質ではないかと。とするならば、それは、学問上の許可というよりも、むしろ特許的な性質を少なからず持つものではないかと思われま

す。となると、どのような結論が出るのかといいますと、かつての学説は、学問上の許可は、あくまで、その市民、国民が本来持っている自由を回復させる行為であるので、必ずしも市民や国民の側から『許可が欲しい』という、いわゆる申請行為をすることは求められないという、手続き的な帰結を明示的に述べる学説が多数存在しておりました。

しかし、現在は、「そもそも、その学説上の許可と特許を明確に区別する必要性もなければ、そのような論理的な根拠もない」というところが、むしろ、学説の多数を占めている状況でございます。けれども、少なくとも特許的な性質を持っているものについては、その問題となる行政活動を行うか否か、ここで問題としていることは墓地埋葬法上の墓地等の経営許可ですので、その許可を出すか否かについては、まさに、行政庁の広範な裁量が認められるのだということを繰り返し強調することが、学問上の、特許だと位置づける明示的な意義かと思えます。

それに加えて、先ほど触れた「申請」について指摘し忘れましたが、先ほどの、その従来の許可に関わる手続き的な帰結と逆の帰結として、かつては、特許的な性質を有するものについては、必ず市民からの申請を要求する、求められなければいけない、と指摘する学説が有力に存在しておりました。しかし、結局、現在は、その問題となる法令がどのような仕組みを置いているのかというところで、申請が必要か否かということは、基本的に判断されるという傾向にはあります。ありますけれども、やはり、この辺が少し私の中でも理解が固まっていないところなので、混乱を招くことになるのかもしれませんが、法令上、申請の仕組みがなかったとしても、学問上特許的な性質を有するものだとして解するならば、

それに対しての市民からの要求行為については「申請だ」と見なさなければいけないと。申請だを見なす、その結論は、要するに、要求行為に必ず応答しなければいけないという行政側の義務が生じるわけであります。

そのような「申請」というものを、従来の墓地等経営許可の理解に基づくならば、必ずしも要求はされません。従って、例えば「包括的な許可」という形でもって、知事などの方から一方的に事実上の墓地に対して経営許可を出すという可能性は、理論上、当然のことながら、認められうる余地があるのです。しかし、この墓地経営許可の性質を「特許的なものだ」と解釈してしまうと、その可能性は、やはり難しくなります。

ということからしても、私の結論としては、その申請は、基本的には、やはり市民など、とにかく、その墓地の経営を行おうとする者の要求行為というものを明らかに得た上で、墓理法上の経営許可というもの、それに類する行為というのは出さなければいけないということが言えるかと思えます。ですので、H市さんの方では、最終的にみなし墓地候補にしている市有墓地の移転・廃止等の必要性が生じた場合に、規則に基づく届出でもって、みなし墓地を墓理法上の墓地に位置づけようとお考えのようでございますけれども、少なくとも、届出というものは、学問上の許可と違うものと解釈されていて、その理由が、許可には、現在、基本的には申請が必要なのですが、届出は、そうではありません。

従って、届出については、なされたとしても、行政庁に審査義務は生じませんし、その審査の結果を、届出をした者に対して伝える必要性もありません。といいますか、もう届出をなされた段階で一定の法的な地位が変動を加えられるという制度かと思えますので、その点は、明らかに、許可とは違うと思えます。

ですから、そのような制度的仕組みでもって墓理法上の許可に代えるということは、そもそも「許可」という学問上の性質からしても難しいですし、ここで問題となる墓地埋葬法上の許可が特許的性質を有するということからすると、更に難しいのではないかと。

ただ、ここは若干、市有墓地に限っては、その「申請をなすべき者」と「許可を与える者」には一定の共通性がございますので、形式上、やはり、それでも、その申請に基づいて許可を行うという手続を採ったほうが無難かなとは思いますが、場合によっては、その届出については、もしかしたら、例外的に許容される余地があるのかもしれませんが、その辺りは少しペンディングしている状態です。ですから、資料にも明確には書いておりません。

手続的な観点からすると、やはり、許可に代えて条例で事実上の墓地を墓理法上の墓地として見なすということは、やはり難しいのではないかと考えているところでございます。

更に理論的に少し深めるならば、その次、5ページ目の(b)のところ、先ほどの最高裁判例、平成12年のものです。それが述べているように、都道府県知事などに許可を与えるかどうかの広範な裁量判断の余地が認められていると。それは一律的な基準による規制になじみがたいからこそ、都道府県知事などに個別具体的に許可を与えるかどうかの判断の余地が付与されているということが、墓地埋葬法という法律の趣旨ではないかと。それ

から、そもそも、そのような許可制度を法律上定めるということは一体何を意味するのかと言いますと、基本的に、市民から「許可が欲しい」と要求する申請行為があった際には、許可権限を有している者が、その許可を与えるべきかどうかを個別に判断する義務というものを法律上課すと。なおかつ、先ほど申し上げた通り、その申請を行った者、許可を要求する者に対して応答しなければいけないという義務を、100%ではないのですが、原則として課すべきということが、許可の法的性質であります。

ただ、他方、実体的に、その許可対象物件が需給バランスを検討する必要があるようなものである場合には、現状において既に需要を満たして、それ以上、許可対象物件を増やすことには問題がある、支障があると考える際に、そもそも許可を出さないという可能性もありうるわけであります。現に、そのような内部基準を設定している墓地行政担当者がいる地方公共団体も存在しているようでございます。

資料に立ち返ると、行政領域、場合によっては、そのような許可のいわゆる「凍結」という態度は、行政庁、許可を出す権限を有する者が、あらかじめ許可の方針を定めて、「いかなる申請も認めない」という態度に出るということは、許されることもあるのかもしれませんが。しかし、その場合でも、許可のいわゆる「凍結」というものが必要かという判断は、十分な調査に基づいてなされた理由がしっかり明示的に出されているようなものでなければいけないと解釈されております。また、一旦「凍結」の方針を決めたからといって、その後、何もなくてよいわけではなくて、やはり、その申請が実際にあった場合には、その都度、凍結政策というものを続けるべきかを検討すべきであるということが、一部の学説から有力に主張されているところでございます。

そのような点などを踏まえますと、若干、この辺は論理的ではないのですが、少なくとも後に続く事柄を踏まえますと、墓地埋葬法上、新規墓地の経営許可すら一律に否定されているわけではないと。そのような解釈態度は、国の通知の中にも、かつての、かなり古いものですが、伺えるところでありますので、現在、事実上存在している墓地を、「一定の基準を満たすものだ」というような要件の設定は必要不可欠であろうかとは思いますが。それを一定程度、包括的な形で新規の経営許可として適法化するということには、何ら問題はないのではないかと。

ただし、墓地埋葬法上の許可という仕組みの現在的な性質、それから、かつて許可と特許という区別が明示的になされていて、そのときの区別の基準に照らし合わせると、問題としている墓地等経営許可は、いわゆる特許的な性質を有しているのではないかという観点も踏まえますと、あくまでかつての学説に基づけば、特許的な性質を有するもの、といいますか、特許自体についてはやはり市民からの申請行為というものが必要であるということが強調されていた面がございまして、そのような点を考慮しますと、やはり、その申請行為というものを前提とした解決を前提として図るべきではないかと。仮に、包括的な許可を出す際であったとしても、一定の期間を設けて、その包括許可の対象となる者に対して、異議の申し出、実益はないのかもしれませんが、そのようなものを制度的

に仕組むということは、やはり必要ではないかなということ、あまり論理的ではないのですが、考えてはいるところでございます。

だいぶ長くはなっておりますので、そろそろ切り上げてもいいとは思いますが……。

若干、最後、簡潔に続けて触れますと、(c)の点であります。先ほど、その新規経営許可を出しにくいという観点を1点、指摘させていただいたものが(c)の点でございます。墓地埋葬法10条1項で定められている、ここで問題としている、いわゆる墓地等の経営許可というものは、立法関係者、それから、現在の所管庁関係者の理解によると、基本的には、やはり、「経営しようとする」という文言や、関連する裁判例をひもとけば、墓地の経営許可は、墓地のために使う土地について自ら、その問題とする区域内で墳墓の設置に着手することによって、また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、ここが一番大事ですね、「墓地として利用される前において受ける必要がある」と考えることが、通常解釈からしても妥当かと思えます。

ですので、その点を強調するならば、今更、事実上の墓地に対して新規の経営許可を出すということには、若干の違和感がないわけではないのですが、先ほど来申し上げている点などを踏まえると、やはり、広い裁量の余地というものが権限を有する者には認められていること。それから、(c)の点で強調した点とは矛盾するのですけれども、必ずしも墓地埋葬法上、新規の墓地等経営許可が一律に否定されるとは、少なくとも言えないということが私の見立てでございます。そのような点からすると、違法状態の区域を適法化する目的で新たに当該、問題とする許可を行うということは、基本的には支障ないのではないかと。なおかつ、特定の事実上の墓地を念頭に置かれているのであれば、それに対して包括的な許可というものを、ほぼ無条件で出すということ自体も、あまり問題はない……、問題はないのかどうかはともかくとして、問題にはなりにくいのではないかと考えているところです。

続く(d)、6ページのところでございます。これは、H市の場合には関係ないのかもしれませんが、仮に11条所定の、例えば土地計画法上の事業認可という、別の行政活動でもって墓地埋葬法上の墓地等経営許可に代えるという手段について、一言付け加えます。資料の矢印ですけれども、この法律上の仕組みとして一つの具体例を挙げましたので、みなし許可の、11条に定められている内容を全てフォローしているわけではないのですが、例えば、都市計画事業の認可という承認行為でもって墓地埋葬法上の経営許可に代えるというようなことを認めているものが11条の1項ですけれども、「その問題となる認可は都市計画に適合しなければならず、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」と定められております。

ですので、都市計画事業の観点で墓地の適法化を願うのであれば、一定程度、都道府県の協力は少なからず必要なのかもしれませんが、そのような関心が果たして、現在、許可

権限などを委譲してしまっている県にあるのか、というところは若干の疑問でございます。ですので、その観点からして、この 11 条に基づく許可という仕組みを使って包括的に事実上の墓地を適法化するというのも、現状としては、やはり、若干の難しさ、困難があるのではないかな、と考えているところでございます。

ということで、「これだけ長く時間を使って、何じゃこりゃ」という話なのかもしれませんが、結局のところは、繰り返し申し上げている通り、墓地埋葬法上定められている内容自体は、かなり薄いものであると。許可を出す基準については全く定めてないに等しいというような状態ではありますが、少なくとも、その許可制度自体は、ゆるがせにされていないところであります。更に、その許可制度に代わるものとして、11 条のみなし許可や附則 26 条所定のみなし許可という制度を特に定めている、そのような墓地埋葬法上の趣旨を重視するならば、ごめんなさい、「A 市」と書いていますが、H 市においても、少なくとも経営許可を得てない市有墓地については、市長の新規経営許可で、しかも包括的なもので対応することがベストであり、かつ現実的ではないか……といたしますか、何らかの段階で、少なくとも、そのような形式を取るということは、やはり大事ではないかな、とは考えているところでございます。

7 「許可」の意味（墓理法に関する条例制定権の限界）

最後に、手続的な観点は、ほぼ、ほとんど何も検討していないところではありますが、1 点、最近の裁判例が一つ強調した点に絡めて付け足します。横浜地方裁判所の平成 17 年 3 月 30 日の判決が述べているように、墓地周辺の生活環境への影響などを考慮することが、墓地等経営許可の判断に当たっては認められるのだということ。それから、続く平成 22 年の東京地方裁判所も、先ほどは少し飛ばしましたがけれども、要するに「周辺住民の生活環境に著しい悪影響を及ぼすかどうか」という点も、問題としている墓地等経営許可を出すに当たっては考慮すべきだと述べているところが、この平成 22 年の東京地方裁判所の趣旨かとは思います。

その点を踏まえ、なおかつ、墓地は、いわゆる迷惑施設として、新規の設置に際しては周辺住民とのあつれきが生まれ、場合によっては反対運動が激しくなるということは、皆さん、ご承知の通りでございます。そのような観点からして墓地等の経営許可を求める者は周辺住民の同意を得なければ許可は出さない、という条件を課すということは、理論上ありうると思います。また、今触れたような裁判例の趣旨からすると、そのような可能性はなきにしもあらずなのです。

しかし、この点も、やはり「許可」という権限を都道府県知事という行政機関に与えているという趣旨を踏まえますと、周辺住民の同意を得なければ許可を認めませんということは、実質的に周辺住民に拒否権を与えているということになって、実質上、墓地等経営許可を与えるべき法律上の権限者、知事などの判断を形骸化するものであります。ですので、やはり、法律上、その「許可」という制度が明示的に定められている場合には、

その法律上、同意要件というものが明示的に定められているのであればともかくとして、それが無い場合において、なおかつ、法律の委任を受けていない条例の定めによって周辺住民の同意義務というものを定めるということは、その法律の許可制度の趣旨を揺るがせるものとして言えば、「その条例は違法だ」と評価されることも、あり得るかとは思いますが。

その点を慎重に考慮しているであろうというものが、東京都の条例であります。そちらの、その 16 条ないし 18 条に周辺住民との協議について規定があるのです。今言及している条例の正式名称は、3 ページの最初といいますか、上の米印の 1 行目の、ごめんなさい、細かい字になってはいますが、そこで触れている、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」、これの 16 条ないし 18 条でございます。そこに、周辺住民との協議を、墓地等経営許可を求める者に要求していると。ですが、それは、あくまでも協議であって、同意というものを要件としているわけではない、というところには注目すべきではないかと思えます。今後、許可等の基準を条例で定めること自体は、何ら異論はないところかと思えます。施行細則といいますか、規則の形で定めること自体も、問題はないかと思えます。しかし、その定め方の際に、やはり、**周辺住民の同意義務を課すということについては明らかに問題があるとされていると、私はそう思いますし、そのように検討する、考えることが、少なくとも行政法という、私が研究している分野においては、有力な主張かとは思いますが、その点は付け足しておきます。**

内容はほとんどないのですけれども、かなり時間を取って申し訳ございません。何かご意見、ご質問等があれば、ぜひ、よろしくお願ひします。