

第1回 討論部分

1 人吉市から

人吉市B ああ、すみません。今お配りしております「人吉市の墓地の現状調査と対策」という表題のものなのですが、以前、平成27年3月に、当時、墓地の担当をしておりました隅田と担当者の増田と申します者が、東京の方でプレゼンを行った資料を、全てではないのですが、少し抜粋させていただいて、本日、準備させていただきました。

今、重本先生の方で報告いただきました条例、たびたび出てまいりました条例につきましては、まだ、一担当者の、一応、案というところがございますので、まずもって、方針的なものを内部で検討して、案として、また、今後、検討を重ねていくというところで、この「調査と対策」によって導かれた今後の方向的なものという位置づけでもって、現在、そのための準備を進めているという状況でございます。

ですので、これまでの経緯を簡単に、パワーポイントの抜粋資料を今お配りしておりますが、その流れの中で、このような内容で条例が出てきたというところがございます。まずもって、その「無許可」というところが大きく立ちはだかっておりますので、今後、それをいかにして解決して墓地行政を進めていくかということが、私たちに課された課題でありますので、それについて、本日お集まりの先生方から、貴重なご解説をいただければありがたいというところで、参加させていただいたところでございます。

特に、質問といたしますか、もう今のお話の中で、やはり、墓地経営許可というところでは、「まず申請ありき」ということでしたので、本市で定めております法律の施行細則の中にも、「経営許可に関する申請」というところがございます。まずもって、その申請をさせていただいて、その中で必要な書類をおそろえいただき、それを見せていただいて、最終的には市長が許可をするという流れで、「許可」という形にはなるのですが、現在まで、それで実際に許可となった経緯は、まだございません。

ですので、今後進めていく中で、あとは、もう実務的なところになるのですが、どのように私たちが、日頃、業務を進めていけばいいのかというところの根底にある部分を、アドバイス、ご助言をいただければというところがございますので、どうぞよろしく願いいたします。

2 墓地の新設等を許可

片桐 重本さんに質問なのですが、いいですか。「墓理法上、許可制が取られている以上、許可制を潜脱するようなやり方は、やはり、条例ではできないでしょう」ということは、それはそうだろうと思います。

その上で、仮に許可制の趣旨を踏まえながら、「今は無許可になっているけれども、事実上使われている墓地をどうするか」という問題に対処しようとする場合に、まず一つ大きな問題になることは、**民有墓地の場合には、その管理者、経営者が特定できないということがあるわけではないですか。**まず、「そこは、どうするのか」ということが政策的に問題に

なると思いますが、その点について何かお考えのことあがれば伺いたいということが、一つです。

それからもう一つは、「既存の墓地を許可する場合と、新規の墓地を許可する場合の許可基準は違っているのか」という問題があるのではないかと思います。例えば、既存の方には、仮に経営者が特定できた、あるいは、新たに経営に当たる管理組合などを指定してもらって、申請を出してもらおうという形になって、それで、そこはクリアできたとしても、新規の墓地については、周辺住民の同意までは行かなくても「協議が要ります」という一方で、既存の墓地については、「それは要りません」というようなやり方が、できるのでしょうか。

仮に、これは、どちらかに合わせてやらなくてはいけない、要するに、一本化しなければならないという話になったときには、**周辺住民との協議がないまま新規の墓地が造成されていくことは何となく嫌な気がするし、他方で、既存の墓地について、そこまで要求するのは酷ではないかという気もするわけですね。**この辺については、どうお考えかということをお聞かせいただきたいのですけれども。

重本　まず先に2点目の方です。これは、法律がザル法であることも踏まえると、十分可能ではないかとは考えているところであります。といいますか、それ以上の理由も必要ではないかというぐらいで、もう、そこは、かなり、**許可権限者、もしくは、それを規制しようとする地方公共団体の意思次第で、いかようにも作用できるような状況ではないかとは思います。**

田近　つまり、許可制そのものはいじらずに、その許可基準で、いわば差を設けるということ自体は、あくまでも、一方は周辺住民との協議が必要だけれども、他方で、「それは必要ない」ということは、単に許可基準の問題なので、それは、もう条例で幾らでもできるという……？

重本　もちろん、法律の趣旨に反しない限りではありますけれども。基本的には許容できるのではないかと。

横田　今、議論になっているところは、私は初めて見た切り口なのですが、いわゆる「みなし墓地」について、「特許的性質を少なからず含有する」という、このフレーズは、非常に、少し引き下がったといいますか、かなり含みのある言い方ですね。

「特許的性質を少なからず含有する」ということを重本先生が指摘なさっておられるところは、「あくまでも、これは、過去において作られたみなし墓地の経営許可について、経営許可を積極的に受けるかどうかについては、いわゆる特許的な性質を持つものだけれども」というところで、当然のことながら、「新規の墓地を作るということについてまで、特許的性質は、そこまで考えていないよ」というように、先生のご説明を解したのですが、そのよう

なことではないのですか？

重本 いや、私は、少なくとも、その新規か既存かというような切り口で、この含みを持たせたわけではありません。墓地等経営許可一般的な性質として、そもそも、単なる学問上の、本来の自由を回復するという意味での許可としては位置づけにくいような法的仕組みが、一部見受けられるというところで「特許的な性質」と申し上げたのです。学問的な特許と言うためには、例えば、新規参入規制が明確に条文上定められている、あるいは、事業の継続義務はもちろんのこと、その関係する契約については締結義務をその事業者に課するというような明示的な条文があつてこそ認められるべき性質のものなのだ、というような主張もごさいます。ですので、単に、廃業することに対しての規制が強く課せられていることだけをもって特許だとは言いきりにくいというところがあつたので、このような、少し抽象的な、曖昧な表現になっています。

片桐 「そのような性質がある以上、やはり申請行為を外すと厳しくなる、『これは、おかしい』と言われかねないので、入れておいたほうがいいだろう」という話ですね？

重本 他方で、特許的なので、そこは、一定の期間を設けた「異議の申し出」制度というような保障があれば、包括的な許可というものも十分ありうるのではないかなとは、現時点では考えているところです。だから、そのような対応は、片桐先生の第1点目に対する質問の答えとしては、成り立つかなとは思いますが。

3 無許可墓地と行政

片桐 どちらが、いいですかね。というのも、現状、許可がない状態で事実上ある墓地について、管理者がはっきりしないということは、今後、将来的に、その周辺住民等からクレームが発生したときの「対策について」という、そうすると、例えば、細かいものから大きなものまでありますね

例えば、よく墓地であるものは、「供物が腐っているから何とかして」、「腐臭があるから何とかして」などというもの、「木が生えすぎて、それが倒れそうだから何とかしてとか…」とか、「蚊が発生する」など。よくあるわけですが、そのようなことを誰に言うべきなのかという窓口が、はっきりしていないという意味では、これを機会に、きちんと全部やり直す、きちんとやってもらおうと。

でも、他方で、これをやったら、それは大変なことは、もう目に見えているわけです。例えば、人吉市で14か所だから、まだ何となく現実感がありますが、これが、20、30、40などで出てきてしまったら大変ですよ、という問題はありますね。

田近 民有墓地などを入れたら何百になるでしょうね

片桐 現実、それは、筋としてはそうなのですが、実現可能性がないのではないか、という問題もありますね。

重本 まあ、それも難しいですし、仮に、そのように、かなり入れ込んだ形で仕組みを作ったところで、それほどの実益があるのかというところに疑問はありまして。そもそも、その規制を掛け、管理責任を問うとしたところで、その実効性をどこで担保するかとなると、別途、条例が必要というようなことになると思いますので、それならば、もう、いっそのこと、現に起きている問題に直接対応できるような、老朽家屋の管理条例に似たようなものを別途作ると……。

片桐 そちらは一つありますが。といいますか、全部、大きく、包括にやれるのであったら、包括に許可を出してしまっ、管理の問題は管理の問題で、別途、条例を作るということですね。

重本 それで、最終的には代執行で。もう市の責任として問題を処理するという。でも、そうすると、民営墓地でも、それは、同じす。

片桐 所有権者が分からないのに、できるのですか？

重本 分からなければ、公示ですよ。

人吉市A 民有墓地についても、登記上の所有者は分かるのですけれども。所有者が、複数名、2人いたり。「何々共有地」など、実際に実在する人物として特定はできない（不明）。

竹内 戦前は家督相続で、せいぜい戦後は3回ぐらいしかありませんから、今なら、まだ、いけますが、放っておくと、もう大変になります。もう、どっと数が増えてしまいますから。

4 無許可墓地への埋葬

片桐 ただ、私、その最初の1点目で申し上げたかったことは、その違法状態を解消するというだけであれば、いろいろなやり方があるだろうと思いますが、例えば、その経営者申請という手続きを、何か、「包括的にやりましょう」、「1回でやってしましましょう」というようなやり方を取った場合には、今度は、管理問題は管理問題で別に議論しなくてはいけなくなってくるということは考えないといけないよね。

重本 それは、もちろん、そうだと思います。

片桐 そう。だから、そこで、「もう管理問題も全て解決しました」という話ではない。

片桐 逆に、管理問題も併せてやろうとすると、この最初の許可の段階で結構面倒くさいですよ。ということですね。

横田 いいですか？ 今の無許可墓地の話で、整備をしていくプロセスの重本先生の「許可を受けた人間は、勝手に経営を放り出すことができるというような性格の許可ではない」ということについては、私も異議はないのです。

何を言いたいのかと言うと、要するに、「許可を受けたい者は」ということが、まず、その10条の1項であり、第2項では、「廃止する者、廃止を行う者」という書き方がされています。その「廃止をする者」とは、必ずしも過去において許可を受けた者ではなくても、要するに、「廃止したい」という者が全く別な者であっても、その廃止の申請を行うことは可能であるというように理解して、よろしいのかということです。

森 墓地廃止の問題と許可申請は別の問題だと思うのですが・・・「許可を受けた者」でも墓地の廃止ができるのかと言うことと言えば、無縁墳墓の改葬するとき、現場では無許可墓地でも改葬手続きをとっていますね。議論としては、無許可墓地の改葬に法律上許可がなぜ必要なのかという問題も出てくるかもしれませんが、事実上の墓地使用者に対しての保護の観点から無許可墓地の改葬申請の手続きはあっても良いと思っていますが、ここでの問題は少し論点が別にある問題だと思います。

今問題になっているのは、無許可墓地について、「許可を包括的にできるかもしれないけれども、基本的には(個別的に)「許可」を得たほうがいいだろう」ということですね。そのことを前提に、これまで無許可墓地よして存続してきたものが、改めて「許可」を受けたとして、何十年間ずっと違法状態が続いてきている訳ですが、その違法状態をなかったことできますか、ということですね。

重本 基本的には、無理といたしますか……。ただ、従来、適法かどうかということペンディングする形で、新規経営許可を出すことはあるかな、とは思っておりますので。

片桐 今の重本さんのお答えは、過去に違法に経営していたという人に許可を出すということは、それだけで「おかしい」という場合もありますよね。例えば、無許可で産廃を捨てていますというような人に、「いや、無許可で、すみません」などと言っているからと言って新規に出すということは、「やはり、おかしいね」ということはありえますね。ですが、今回のものは、そのような性質のものではないのです。

違法な「墓地」に埋葬しているのですから、そのような効力はどうなるのかということが、

多分、森先生のご関心だと思いますが、その辺について、どうですか？

重本 私としては、その埋葬時点はともかくとして、許可を受けた後に、その区域内に埋葬されているものは、将来においても適法な埋葬として見なす余地はあるのではないかと、とは思いますが。

片桐 それを認めてしまうと、例えば、「将来、許可を取ります」という段階で埋葬させる人が排除できなくなります。業者は、「許可見込みです」という……。

重本 というところで、そこは、やはり、その経営許可の基準設定で排除せざるをえないですね。だから、結局、分ける必要はあります。

片桐 そうすると、今の重本先生の説明だと、やはり、今、この人吉にあるような民有墓地の追認的な許可と新規の許可とは、もう、そもそも性質が違うということですか？

重本 ええ。分けてもいいのではないかな、と思いますけれども。

片桐 ああ、なるほどね。その二つの許可が、10条1項の許可に入っているということですか？

重本 はい。

片桐 なるほど。そうなのか。そこまで来ると、すごい（不明）。

ここから先の議論の趣旨が不鮮明

竹内 人吉市は、新規の墓地についての条例がありますよね。そうすると、多分、あれは、いわゆる墓地の経営者は、公益団体などしかだめですね。

人吉市A 条例の形ではなくて、規則という形です。

森 でも、そうすると、もし、そのようなことだとすると、今の許可基準、許可規則の中に、新たに、「いわゆる市長が認める墓地に関してはその条例は適用しない」などということが、やはり、改正として必要になるのですか？

重本 いや、それは、当然そうでしょう。改正は必要だと思います。

片桐 そうすると、逆に、新規と既存を分ける基準を、はっきりさせないと……。

重本 そこは、そうですね。

片桐 例えば、既存墓地の認定のような手続きが……。

大石 それは、やはり人為的に基準日、基準時を決めて、それで処理する（不明）。

片桐 そうですね。あまり早いと、まずいですね。

重本 そうですね。

片桐 ね。「ある程度時間があるね」というもの……。

重本 問題は、その一定期間の中を悪用するようなことが出てこないような措置というものが必要だということですね。

片桐 それを、多分、これも付度すると、「全部、網羅的に調査しきれているか？」という不安がある。だから、申し出によって、基準日、基準日だったら、いついつまでに言ってくればいいと……。

大石 （不明）調べ……。

人吉市A そうです。市内全域を調べて、それを台帳という形にしているのですが、確かに、許可をしている墓地から改葬したいんですけど、と言われていたところが台帳に載っていない場所だったのですね。

片桐 などが、あるのですね。だから、そうすると、何月何日の台帳ベースでやってしまうと、「その後のものは、どうする？」という問題は、やはり残りますね。

大石 でも、それは、ある種の技術的な問題で、本来の問題とは違うのではないですかね。

片桐 そう。ただ、「それが大変だから、何とかして一元化できないか」という気持ちは分からなくもないのですが。

大石 分からなくもないですが……。

5 墓地の管理

片桐 でも、そこを詰め切れれば、あるいは諦め切れれば、「そのようなことが発生したときは、次は、次の何かで解決しよう」というようにして、「今は、とりあえず分かっていることだけを解決する」という方針を固め切れれば、その部分だけは、やれます。全部は無理。これは繰り返しになりますけれども、その方針を取った場合は、でも、管理の問題は管理の問題で別途考えないとまずい、ということですね。

重本 そうですね。

片桐 許可を出してしまっている以上は、管理は管理者を決め、もしくは、管理者が決まらなかったときにどうするかということ、あるいは、管理者が決まるまでの間、誰が、どのように対処するのかということは……。

竹内 少しいいですか？ 人吉の場合は、火葬したときに火葬証明書をもたらしますよね。埋葬するときには、その火葬証明書が要るのですが、どこに持っていくのですか？ 火葬証明書は、個人が持っているのでしょうか？

人吉市B 市役所は預かりません。ご遺族の方が、のまま持っているのですか？

人吉市B そうですね。

竹内 その意味でも、管理者は決めなければいけません。

6 無許可墓地への「許可」の出し方

森 包括的な許可よりも、やはり、1個1個に関して確認したほうが、いいですね。

片桐 でも、それをすると、市有で610何件でしょう？ これは、市有墓地ですから。市有（いちゆう）墓地の方を解決するというのだったら、正直言って、割と簡単にできると思いますけれども。

重本 民有は981か所ですね。

片桐 そうそう、982か所の民有墓地を、同じように、同じタイミングで解決しようと思う

と、「982 か所を、2人でやるんですか？」という問題になりますので。

森 でも、民有墓地は別個の条例を作ってやるという……。 「民有墓地についてはこう、市有墓地についてはこう……」。

片桐 少し話は違いますけれども、この包括で許可を出すというときは、条例の方がいいのですか？ それとも、規則で許可を出せばいいのですか？

重本 いやいや、やはり、許可という、許可書が必要でしょう。

片桐 その根拠として、条例を制定するほうがいいのか、規則レベルでいいのかという……。 条例の制定は、多分、重本さんが言われたような、法律と条例の制度上の関係などという話ではなくて、まさに、この引用していただいているような、要するに、「権利・義務に広く関わるから、議会でチェックしましょう」という理屈の問題。

重本 正当性の問題ですね。

片桐 ええ。その部分は、あまり考えなくていいですか？

重本 そこは、何と言ったらいいのか、法的なレベルではなくて、それこそ一般的、一般論における制度化のレベルとしては、条例の方が、望ましいと言えば望ましいのかもしれないけれども。

片桐り でも、「別に、そこまでする必要はない」ということですか？

重本 ないと思います、はい。

森 ああ、規則でもいいのですか？

重本 規則でもいいと思います。それで、別に法的問題は生じないかと思います。

7 民有地への許可の問題

森 今、少し、先ほどの、いわゆる民有問題ですけれども、入会墓地のようなところでは、周囲から文句が出るという余地は、あるのですか？

片桐 それは、基本的にはないと思うのです。しかし、一つありうるものが、ちょうどその

タイミングで、どこかからやってきた人がいて、その人と地元住民、従来住民との紛争・立
が現れるということは、ありえるでしょう。そのような手続きを用意しておけば、それにか
こつけてクレームを入れて、そちらが全然進まないという可能性がある。ですので、その
ようなリスクを考えると、その協議、だから、普通、入れても入れなくても同じような気は
しますが、でも、「協議が必要なのだ」ということを明示してしまえば、「ほら、そういう規
定があるのに、私の話は聞いてくれないじゃないか」というような話は出てきてしまいま
すので。

片桐 そうそう。そう考えると、「いや、それでも、やはり、そこはそこで、1回寝た子を
起こして、きちんとやったほうがいいでしょう」という考え方も、もちろんあります。けれ
ども、行政の担当の方々は、「できれば、そこは避けたい」と。「新規ならともかく、今まで
何も問題なくやってこられたのだから、そこは避けたい」と思うことも、とても分かるな
とは思います。

竹内 最近、どこかに判決がなかったですか？ 「いわゆる周辺住民の許可が必要だ」、「条
例があっても、それは無効だ」というものは、ありませんでしたか？

大石 だから、(不明)。

竹内 たしか、そうですね。

大石 いや、だから、・・・は多分大事で、実際に、裁判官には、それは無視されるとい
うだけなのですね。

重本 無視されるでしょうね。でも、「無効」とまで言うかどうかは分かりません。ええ。
「無効だと評価する必要がない」と処理することも可能です。

大石 許可権者の、いわば裁量の範囲として、全部書いておいたほうが無難だよ」とい
うことは・・・。

重本 まあ、それは、そうですね。

大石 変な人が、いるかもしれませんからね。

片桐 そうそう。もう一つは、だから、今言われたように、手続きに明示しておいたほうが、
その紛争解決がやりやすいという部分もあるのですね。だから、そこは難しい問題で、その

辺は、「どのリスクを、どれだけ受け入れられるか」ということと関わってくると思いますね。

森 無許可墓地に対して、10条1項に基づく許可を与える訳ですね。その場合は、いつ墓地ができたかは、問わないのですか？

重本 問いません。法的な効力は何もないのですが、過去の違法状態を気になさるのであれば、附則か何かで、「この許可は、対象地が過去に違法状態であったということを認定するものではない」というようなことを一言付けておけば、納得はされやすいかもしれませんが、ただ、その内容には何ら法的な効力はないですね。

片桐 逆に、その許可を与えることで、過去の違法状態を治癒することは、ないですよね？

重本 それは無理でしょう。

片桐 僕も、そう思いますけれども。

片桐 別に、僕も、さすがに合法的な許可があれば、そこから先は何も問題ないのではないかと思うのですけれども。

大石 いや、だから、この不法行為があって、それで影響を及ぼすから、その治癒のような議論（不明）。

森 昨日の墓地を見て、いわゆる、ヒラ墓地と言われている墓地なのですが、元禄時代からの墓地が、ずっとあるわけです。その意味においては、ある段階で、墓地として登録していれば、それは、きちんと墓地として認められています。ところが、それとは別個に同じ墓地内に最近になって、新しい住民が作った墓地もあるわけですね。そうすると、この、先ほどの「みなし墓地」の規定からいけば、彼らに対して、墓地として認めることは難しいだろうと。なかなか、すんなりと許可は難しいだろうと思ったのですが、先ほどの10条1項の許可でやると、そのようなものも含めて、一応、墓地として考えることができる。

重本 はい、でも一括した管理が必要です。

森 平墓地の場合、手続きをしているならば当然墓地として容認されたところ、新たに墓地区画を作った墓地がある。このような墓地でも、包括的に許可を与えることができるということで・・・。

片桐 だから、個別も、墓地区画1個1個を墓地として許可するのか、それとも、あのヒラ墓地全体を一つの墓地として見て許可するのと言いますと、多分、1個1個までは要らないのでしょうか？

片桐 整理すると、「新規墓地の許可基準で経営主体を誰に認めるか」という問題と、「既存の、今までのものを、この段階で合法化するために許可を出しましょうというときの経営主体が、必ずしも一致しなくてもよい」ということですね？そうすると、その実態を調べて、そのようにしたほうがいいのではないかと。そのように、「では、経営主体を作っていきますよ」という話になったときに、「経営主体が、うまくできるか」という問題と、「その経営主体が、どれくらいアクティブに許可までできるか」、「申請許可に動いていってくれるか」という問題、ここは、もう、指導でやるしかないでしょう。

大石 それは、そうですね。

片桐 そう。それは、「その申請が要るのだ」という前提であれば、もう、そこは仕方ないところもありますし、先ほど申し上げたように、それを1回そこでやれば、後の管理の話にもつなげていける可能性が出てくるという意味でも、頑張る価値がないわけではないだろうとは思うのですね。今回、数が多すぎるので、そこまで行かないで、経営主体も曖昧なまま、「とりあえず、この辺のこんな感じで」というようにして、「ここは墓地です」というようにしたら、「経営者は、いない」という許可は出せないですね？

重本 それは無理ですね。

片桐 そうすると、やはり、そこを、「ちょっと大変だから」と言って、急いでぱっとやってしまうと、後の管理が大変ですね。

8 墓地の経営主体

森 私有墓地でも市有墓地でも、経営者が特定できないケースも、ありますね。

片桐 いや、だから、真の経営者や、真の所有者が経営者である必要はないですから……。だから、例えば町内で経営主体になってもらえば、いいわけですがたとえば、管理組合を作ったりすればいいのではないですか。だから、事実上、昨日見に行ったところも、倉庫を置いたりしているわけですから、倉庫を置いた人たちがいるわけです。だから、あの人たち自身ではなくて、あの人たちに何か組合を作ってもらって、その組合が経営権者になればいいですね。

横田 いろいろな法律を定めて法定で定めるところの組合の存在と、任意で集まって作る、ある種、法的裏づけがない組合という、二つの組合がありますけれども、当地の場合は、必ずしも法的な裏づけがない組合であるという、任意の組合であっても、それは、もう認めるというような方向で考えたほうが、スムーズに行く。

竹内 あまりハードルを高くすると、なかなか実態と合わないから、もう、かなり低いハードルでいいのではないですか。

重本 ええ。

大石 それもないと、どこかでも言いましたけれども、土地が荒れて困るという苦情。京都でもそうですが、やはり、管理組合が主になってお金を集めて、維持費を集めて、それで整備をするということをしていますから、そのためにも何か動かなければ仕方ないですね。

竹内 昨日のところでも、何か、明らかに無縁の墓所がありましたね。草ぼうぼうのところがありましたよね。だから、あのようなところを、どのように整備するのかと考えたら、組合といいますか、(不明)。

片桐 「その事務を、無縁をどうするかなどというところまで、自分たちで自力でやってください」というような格好で最初から言うと、大変でしょうから。

大石 大変ですね。

片桐 まず、日常的な管理と、それから、「行政の方で、きちんと窓口を作ってください」ぐらいから始まって。

田近 市が経営主体であれば、市が本当は管理者をしなければいけないところを、なぜ管理組合が管理者になるのか、少しおかしいのではないですか？ その理屈からいくと。

これには誰も答えていない

9 日常的な墓地管理

森 前に隅田さんから聞いたことがあるのですが、いわゆる観音寺墓地のところを、要するに、今度、みなし墓地にするという中で、一番、市民の方で抵抗がある部分は、「それで管理費を取られるのではないか」というようなことに対する反発が、結構大きいそうです。こ

の問題は、この許可の問題とは別個の問題ですから、もう切り離れたほうが良いということですね。それで、管理をする人たち、管理人が設定されるとすれば、管理費を取るかどうかは彼らが考えれば良いこと、自分たちが考えれば良い問題でありまして。

大石 市が取るわけではありませんから。

森 市が出る幕ではない、ということですね。市営墓地は別ですが。

大石 そうです。

森 市営墓地は別ですが、市有墓地に関しては、それは、管理組合のようなものを作ったら、管理組合の方で、それをどうするかは自主的に決めてもらえばいいのではないですね。

大石 皆で話し合えばいいわけですね。皆で話し合っただけで、それは、市があまり関与しないほうが良いのかな、という気がします。

片桐 やはり、「管理の問題」と「許可をどうするかという問題」は、結びついているけれども、論理的には別の問題だという意識を、まず、きちんと持つことが大事なのですね。

そうでないと、市民の皆さんも併せて議論してきてしまいますし、ごちゃごちゃになってしまって、どちらも潰れてしまうわけで、それは望ましくないとは思いますがね。

大石 これは重本さんに対する直接の質問ではないのですが、■■墓地よりも、瓦屋と言うのですか、瓦屋墓地ですか。ここは、無縁墳墓が、ものすごいですね。無縁では、半々ぐらいですね

人吉市B そうですね。

大石 844 の墳墓のうちの 751 が無縁、調査結果はそうだったという、この処理はたいへんではないですか。

田近 これは、大石先生、(不明)。

大石 うん、でも、昨日も何か、一応、紙のようなもので、何か、こうやって看板を出していた。

人吉市B 看板を (不明)、はい。

大石 でも、あれは、いつまでも、あのままでは仕方ないので、いつか処理しなければいけませんね。まして、本格的にやるとしたら。

人吉市B あれを、場所を決めて、もう今年もやったのですが、使用者調査というところで。瓦屋墓地の場合は、このときに調査をして、初めて竹やぶの中にお墓があるということに気付いたということで、無縁の数が多いのですね。「その竹やぶの中のところには、もう絶対誰も来ないよね」と思って、あの紙は貼ってないのですね。ですので、調査しなければ、誰も知らない竹やぶの中に静かに埋もれていっていたというものが、今、無縁の数です。

重本 だから、その土地を再活用したいのであればともかく、そうでなかったら、もう、そのまま放置しておいても何ら問題ないような気がします。

人吉市 似たような感じで、あの辺りはシラスなので、瓦屋もそうなのですが、トリガオカ墓地なども、もう静かに埋もれていっている、竹やぶの中に静かにある墓地さんがあるのですが、そのまま埋もれさせれば、そのままでもいいのですが、シラスなので、崩れてですね。特にトリガオカなどは、市道に落ちてくる可能性も、なきにしもあらず。というところの考えだけは持っておかないといけないかな、というぐらいです。

重本 ええ、なるほど、それは確かに。。

重本 でも、それは、おっしゃることは、まさに空家の適正管理と同じ視点ですね。

10 無許可墓地の態様

森 さて、少し問題を広げてしまうかもしれませんが、人吉市の場合、恐らく、その「みなし墓地」という形で許可を与えることに関しては、法理論上の問題を別にすれば、比較的ハードルは高くないと思っているのです。つまり、現状が墓地であって、それを認めればいいわけですので。

ところが、特殊な形態の無許可墓地、たとえば高知市の桂浜の場合その土地の所有権者が国有地でしょう？国有地で勝手にそれをやることに対して、多分、市が許可を与えるということは難しいわけですか？

重本 いや、まあまあ、官有地になっている可能性は十分あるので、それは、国有であると言うと、ありうるでしょうね。それは……。

片桐 使用权が、まず設定されて、その使用权がある人が経営者になるのではないですか？

その使用権限のある人たち……、あ、でも、そうですね、その人たちが組合なりを作って経営者になるしかないですね。

森 そうしたら、所有権者の名義が誰か、ということは関係ないのですか。

片桐 そうそう。僕は、前から、この研究会でずっと気になっているのですが、その土地の名義と、墓地の経営者は、別ではないですか？ そう。そこが、何か、いつも、話をしていると、リンクしてきてしまうことが、何となくついていけないのですよ。

森 民法学者の多くは、墓地使用権は土地の所有権を前提とした権利だという。「墓地使用権、所有権に基づく権利だ」と言っていて、それが通説だと思っています。だから、墓地使用権の性格として「物権説」「債権説」が出てくる訳です。私はこの考え方には反対で、墓地使用権は、公法上の許可を与えられた墓地経営者が墓地を使用する使用者に与えるもので、経営者は公的な許可によってその権限を取得するのだから、所有権と使用権は別個に分けるべきだと思います。

ただ、「無許可墓地」の場合、慣習法上墓地として使用している状態が続いているとすれば、入会地のように私法上の権を前提すればわかりやすいのですが、公有置＝官有地の場合使用の正統性の根拠がどこにあるか、あるいは他人の土地に勝手に墓地を設けた場合にはその使用の正統性の根拠はどこにあるか、考える必要があるのでは……

片桐 墓地経営としては関係ありません。

森 経営者は、それぞれが別個に、市有墓地に関しては市長がやればいいし、民有墓地に関しては、その現実に使用している墓地使用権者の組合を作ればいいということになって、その意味では所有権とは関わりない。

重本 でも、今、思いついてといますか、「これでいいのか？」と思うことは、民有墓地も市が経営……市長がやってしまうという。

片桐 僕も、今、一緒です。(不明)。

大石 それは、おかしいです。ただ、墓地そのものの問題は、やはり、かなり公法的なものがありますからね。

重本 それは、おかしいですね。

大石 そこに何を持ってくるかは、私法的（不明）。だから、その公法的な感覚がないのではないで

以下 カット

片桐 でも、区画販売されて（不明）、その実態を、どのように、そちらで（不明）。

竹内 市有墓地の所有者は人吉市という法人ですか？

人吉市B そうですね。

人吉市B 行政財産です。

竹内 だから、それで経営者は？

片桐 だから、行政財産ですから、所有権関係しかありません。

片桐 利用形態として「墓地」と書かれているということなのです。「宅地」などと同じで「墓地」と書かれているということなのです。

横田 ですが、今のように、墓地使用……、墓地といいますか、その土地の所有権と、墓地の使用権が別立てだという議論が成立するのであれば、この市立の、人吉市の、要するに「市有地」と言われているものの根拠は、その底地が人吉市の所有地であるから、上に建っているお墓も市有、市営墓地なのだという……。

森 いや、そのようなことは言っておりません。

重本 いやいや、いや。

田近 それは、そうならないですね。

森 大阪の堺市で実際に経験したのですが、要するに、合併によって、今までのいろいろな市町村の共有財産を堺市の市有財産にしているわけです。問題は、そこで、その市有財産になっているから、経営者は堺市長の名前が来ているわけです。問題は、墓地使用権を発行する場合に、墓地使用権を市長の名前で出すわけです。主たる経営者

田近 そうですね。

森 ところが、問題は、その墓地から収益です。例えば、その1区画を50万で仮に売ったら、50万を全部、市が取ってしまうのです。それは、おかしいでしょう？

片桐 え？ なぜですか？

森 いや、だって、實際上、それぞれの区で管理していますので。

片桐 ああ。それは、多分、財政的な処理の問題なので……。

森 いや、そうそう。

片桐 墓地の権限関係とは少し、また別な問題ですね。それが嫌なら、区で、何か区の予算の中に入れるというようなスキームを別に立てればいいだけの話で、それがないだけの話ですね。

だから、市長が、「いや、元々区のものでしょう。元々区のものだ」、「いや、その管理を区でやっています」と。「その管理費が、市から補てんされていません」という問題ですね。

森 いや、管理組合を作っていて、管理費は区の方に入るのでよ。

片桐 では、「使用権に基づく収益が、区の予算に上乘せされない」という話ですか？それは、だから、サカイ市の、その財政的な処理の問題ですね。

森 財政的な処理？。

片桐 ええ。だから、そこを必ずしも結びつけなくてはいけないわけではないし……。

森 だから、市有墓地であって、経営者がなかったとしても、これから墓地を売ったりするような場合は、市と、その実際上の管理者との間で、分配を考えるとか。

片桐 というようにしてもいいですし、いや、それは、市が全部吸い上げておいて、後で交付金のような形で、助成金のような形で出す、という手もあります。その財源と、その支出を別にリンクさせましょうと（不明）。

竹内 善通寺などは、どうするのですか？地元が全部取っているのに、市が怒っているのですよ。

片桐 それは、だから、別に、それは財政処理でいいのです。だから、善通寺は、でも、経営者は別に市ではないでしょう？

竹内 市ですよ。

墓地の廃止(以下削除でも良いのでは)

重本 横田さんに、私が答えてなかったところがあると思うのですが、「廃止しようとする者」があるという、あのご質問ですけれども。やはり、その法律の立て組みとして、管理者を置いて、その者に墓地の管理責任を負わせるということが、墓地埋葬法全体の仕組みですから、その管理責任を負っている者以外が申請すると、その廃止をするときの責任を負えないので、全体の法的仕組みとしては、やはり、限定されてしまう、といえますか、管理者以外が廃止申請をするということは、そもそも無理ではないですか。

横田 そうすると、今、竹内先生や森先生が、人吉市もそうですけれども、いわゆる民営、「みなし」といいますか、昔からあって、誰が建て方がよく分からない、それで、今、竹内先生からは、公共事業が入るから調べる。

重本 はい、はい。

横田 てこでも調べて（不明）調べきれない場合がある。所管の行政からは、「とりあえず無縁の改葬の手続きだけは、してください」と。それをしてしまえば、みなし墓地で、既に許可されているから、あえて新しい許可はしないけれども、特許といえますか、廃止許可を出しますと。

重本 その見解は、おかしいです。

横田 いや、見解といえますか、実際、公共土木事業などは、そのようなやり方で行われているものですから。また、私が次にお話しする、まさしく公共土木事業に引っ掛かって、その廃止する者と、許可を受けた者とが離れているといえますか、その、いわゆる経営者責任は何だろうというところが悩ましいです。

あと、先生、お伺いしたかったのですが、最高裁判例があってから、たしか行政法■■、横浜市の墓地問題委員会で座長をしている先生が、行政訴訟法の専門の先生でしたから、最高裁判例が出た後で行政訴訟法を改正されて……。

重本 ああ、改正されましたね、ええ。

横田 いわゆる原告適格性の……。緩くなったのですか？

重本 そうです、はい。それを受けた上で最近の裁判例は、周辺住民に原告適格を認めるようなものも出てきています。

横田 ただ、私が知っている中の、東京で、先生（不明）。

重本 ああ、明確に認めたものは、あれだけです。黙示的に認めているものが、もう1件あるだけです、はい。

横田 だから、あまり、だから、緩めたとは言いながらも緩くはなっていないのかなと。

重本 まあ、でも、それは、まだ、それほど……。

横田 まだ是正されてないからですかね。

重本 ええ、訴訟自体もあまり発生しませんし。少なくとも、われわれ研究者の立場としては、地裁の方を支持する向きが大半を占めていますね。

1 1 地方自治と許可

横田 となると、墓理法の許可権限が市町村に下りたのはつい最近ですが、都道府県知事に団体に下りたのは、かなり以前の段階ですね。「あの段階において、なぜ、われわれは、この疑問について気づかなかつたんだろう？」という、反省とといいますかね。

市に下りてから、あわあわと、何か、市が全部コピーしたように、同じような条文を作り出してから、という、何か、質問なのか、自問自答なのか、よく分かりませんが、こことここで、団体委任性務、都道府県知事に下ろされた時点で、あるいは、この議論は、なされていなければいけなかったと。実は、『生活と衛生』という本があつて、当時と言っても、もう20年ぐらい前かな、厚生労働省の鯨井正則さんかな、『生活と環境』で、珍しく、Q&Aの中で、「都道府県知事が地方自治法の職権に基づいて市町村に権限を移管するというのは、確かに地方自治法で可能なことではあるのだけれども、好ましいことではない」と書いてあったのですよ。今となつては、「好ましくないことを、やっているではないか」ということで、それを「君たち、それを分かっているながら何で市に落としたんだ？」などと。

重本 でも、落としたからといって、それに対応できる能力があるかは別問題ですからね。まさに、都市計画の雑誌か何かで、災害時の市の対応については、やはり、能力的に矛盾があるという。

横田 あれは、むちゃくちゃですよ。

12 市有墓地について

重本 市有墓地は行政財産である、設置条例がないと公の施設になってないと言っているのですが、これは、特別の法律を定めるといいますか、墓埋法上の設置許可で代替できるので、条例がなくても、許可が下りれば公の施設にはなります。ただ、管理料を取るには条例が必要という……。

森 それは、市が取るわけでしょう？

重本 市が取る場合、はい。

森 管理組合が取るときは？。

重本 それは全然違います。はい。

片桐 今、許可権者と経営主体が同じではないですか。それは、いいのですか？ でも、民間霊園でも、そうですね。

重本 だから、それはやむをえないと思うのですが、だから、それを、記録を見ると、市有と民有の区別がつけられるのかなという……。

片桐 そうですね。

重本 ええ。「おかしい」とおっしゃいますけれども、「うん？」という……。覚悟を持って、「市が、もう全部責任を持つんだ」ということであれば……。

田近 経営主体が（不明）、当然、是正を求めるわけでしょう？ そうすると……。

（反訳範囲終了）