



「墓地に関する政策研究」に寄せて

上智大学法科大学院教授・北村 喜宣

1. 墓地問題・墓地行政雑感

(1) 嫌忌施設としての墓地

ある裁判例は、「墓地や火葬場といった施設は、一般に付近に設置されることが歓迎されない施設（いわゆる嫌忌施設）であることは明らか」とまで述べている（福岡高判平成20年5月27日LEX/DB28141382）。そうであるとすれば、新たな墓地の立地が反対運動に遭遇するのは必然といってもよいだろう。

ところで、行政法の役割は、一律的な基準を設けることによって、社会的に問題となるような現象の発生を未然防止することにある。墓地に引きつけていえば、1948年制定の「墓地、埋葬等に関する法律」（墓地埋葬法）は、許可制を通じて、紛争の未然防止を企図している。それにもかかわらず発生する紛争は、同法の機能不全を証明しているようにもみえる。果たしてそうなのだろうか。あるいは、権限を持つ自治体が同法を十分に使いこなしていないがゆえのことなのだろうか。

(2) 保護法益

制定以来、大きな改正を受けずに現在に至っている墓地埋葬法であるが、かつては、法治主義の観点から問題のある法律という批判がされていた。すなわち、許可基準が法律本則にも施行規則にも規定されておらず、許可権者にきわめて大きな裁量を与えていたからである。ところが、現在では、手のひらを返したように、地方自治に配慮した法律という正反対の評価を受けるに至ってい

る。すなわち、自治体が法律の制度趣旨を踏まえて、条例により許可基準を制定することができるようになっているからである。

土葬がまだまだ多くみられた墓理法制定時には、たしかに「公衆衛生」という保護法益は重要であったろう。しかし、現在では、同法が明示的には規定しない「生活環境の保全」が重視され、それが同法1条の「その他公共の福祉」の重要な内実を構成している。同法の権限を持つ自治体の多くは、施行条例を制定しているが、そこに規定される基準は、墓地の立地が良好な生活環境の保全と両立できるような内容となっている。最近制定された条例のなかには、たとえば、「藤枝市墓地等の経営の許可に関する条例」（平成23年3月25日公布）のように、「墓地等の経営の適正化及び墓地等と周辺環境の調和を図り、もって公衆衛生その他の公共の福祉の確保に寄与する」（1条）ことを目的とするものもある。

許可基準は、行政手続法5条にもとづく審査基準として示すことも可能である。しかし、ほとんどの自治体が条例を選択している。法律に何の手がかりもないに等しい状態である以上、行政規則である審査基準ではなく、法規である条例による方が適切という判断をしているからであろう。

(3) 基準としての「住民の意向」

条例に規定される基準には、大別して、①立地基準、②構造設備基準がある。基準として注目されるのは、①に関して、周辺住民の意向を許可判断にどのように反映させているかである。この点

に関する制度設計としては、①積極的不許可要件型、②配慮要請型、③例外許可の条件型、がある。

①積極的不許可要件型は、所定範囲の住民の同意取得を正面から許可要件とするタイプである。墓理法施行条例には例をみないが、ペット葬祭施設設置条例には多くある（例：柏崎市、彦根市）。

②配慮要請型は、許可申請をする事業者が周辺住民の同意を得るよう努めることを求め、その経緯や結果を許可権者に報告させ、それを判断のひとつの要素とするタイプである。「多治見市墓地等の経営の許可等に関する条例」がこの例である。

③例外許可の条件型は、一般的には立地が禁止される区域において、当該区域の土地に関する所有者、占有者、管理者の同意があれば、禁止を個別的に解除するものである。「深谷市墓地、埋葬等に関する法律施行条例」がこの例である。

個々の住民に絶対的な拒否権を与えるような運用がされるかぎりにおいて、そうした制度は財産権の違憲的侵害と考えられている。許可基準は、墓地設置者が合理的努力をすればクリアできるものでなければならない。

（４）土地の適正利用の観点

墓地埋葬法的前提は、どこにどの程度の規模の墓地を設置するかを申請者が決定したうえで許可申請をすることである。「ふさわしい場所」は、申請者がその経済的基準で決定するのである。したがって、そうした基準で物事を考えない予定地周辺住民との摩擦が発生するのは不可避である。

主として公衆衛生の観点から設けられた墓地埋葬法の許可制度には、立地調整という機能はない。そこで、許可申請前に、まちづくり計画などに照らして、土地利用としての妥当性を議論する過程が必要になる。そうした事前手続を設けている自治体はあるが、住民と申請予定者の水平調整に終始し、まちづくりの観点からの行政の関与を規定する仕組みは少ない。これは、墓地担当部署のみ

の問題ではなく、企画調整的発想で取り込まれるべきものである。

問題は、手続の結果に対してどのような法的効果をあたえるかである。議論は平行線ということもありうるが、非合意のコストを申請者に負わせるのは不合理である。状況次第では、事前手続を行政が終了させることも必要であり、その基準も明確にすべきであろう。この点で、「鳥取県廃棄物処理施設の設置に係る手続の適正化及び紛争の予防、調整等に関する条例」は参考になる。

かりに経営許可を得た墓地に対して周辺住民が生活環境の悪化を理由に建設・使用差止訴訟を提起したとすれば、おそらくは、受忍限度を超える被害が発生する蓋然性がないことを理由に、請求は棄却されるように思われる。周辺住民の法的立場は、そもそも弱いのである。

そうであるとすれば、住民が被害と感ずることを基準化するのが適切である。それにあたって認識されるべきキーワードは、1948年立法時の公衆衛生ではなくて、前記藤枝市条例に明らかなように、生活環境である。それなりの緑地率の確保であれば、比例原則にも反しない。外からの透視性を低くするための植栽も必要である。どの程度の緑が必要かは、具体的事業計画が予定される地域の環境条件によって異なる。墓地埋葬法の許可審査手続は、そうした「調整作用」を持っていないがゆえに、事前手続を設ける合理性はある。紛争調整手続が前置されることが多いが、まちづくり関係の計画を背景に、行政がこのプロセスにより積極的に関与していくことが必要であろう。

2. 「墓地に関する政策研究」へのコメント

（１）墓地行政における「市」の役割

本報告書の特徴は、いわゆる第2次一括法の制定を受けて、墓地埋葬法の許可権限がすべての

市に与えられたことを前提にしている点にある。このため、「地域の状況にあったよりきめ細やかな墓地行政が期待されている」というのである。

行政単位が都道府県から市に移ることによって、何がもたらされるだろうか。ひとつ考えられるのは、「自区域内埋蔵の原則」である。嫌忌施設であるがゆえに、他の自治体の住民の利用に供される施設は受け入れがたいとされるのではないだろうか。公営でない新設の墓地に対して、一定割合を市民に優先的に留保するような条件を許可に附することはできない。都道府県事務であれば、受益者と受苦者は同じ県民といえたが、狭域の市となるとこれらが分離され、納得する理由が見つかりにくいのである。

(2) 公衆衛生法規としての墓地埋葬法

報告書は、状況の変化に鑑みて、「墓地行政を公衆衛生の観点から運営することについて、考え直す時期に来ている」とする。興味深い認識である。公衆衛生の観点から運営をしてきたことによってどのような不都合が現実には発生しているのかを知りたいところである。この点は、今後の墓地行政を考えるにあたって重要な知見を示すものといえるが、残念ながら分析はされていない。

(3) 墓地と裁判

報告書は、東京地判平成 22 年 4 月 6 日を分析し、「嫌悪感、精神的苦痛」を「国民の宗教的感情」に含めて解釈しない判決、正確には、そのような東京都の解釈に違法はないとしたことを批判している。報告書の立場は、判決とは逆である。

行政法学的にみれば、墓地埋葬法 10 条の実施にあたって、行政庁がどのような基準を設定するかに関心が持たれる。同法上の手掛かりは、わずかに目的規定(1条)の「国民の宗教的感情」「公衆衛生その他公共の福祉」のみである。2000年厚生労働省通知を引用しつつ、「周辺的生活環境との調和」も目的に含めているようであるが、そ

れはどのような解釈によるのだろうか。そして、それを踏まえて許可判断をするには、どのような具体的基準が設けられるべきだろうか。

(4) 墓地経営の「公益性」

報告書は、近隣墓地に空き区画があるにもかかわらず、別の新規許可申請がされることを指摘する。この認識は興味深い。仮想的需要にもとづいた許可をすべきではないという思いがあるかのようである。果たして、墓地は、「総量規制」になりむのだろうか。

需給バランス論は、墓地行政においてよく語られる。報告書でも議論はされているが、これをもとに許可裁量を行使するのは、現在の墓地埋葬法を前提にするかぎりには、法的には困難である。

たとえば、前出の一般廃棄物処理においては、市町村に処理責任があるがゆえに、どれだけの処分を許可業者にさせるかは、一般廃棄物処理計画に書き込まれる一般廃棄物の発生量予測をにらみながら決定される。したがって、供給が十分にある状態であれば、新規許可はされない。このような運用ができるのも、一般廃棄物の処理それ自体が市町村の事務とされているからである。一般廃棄物処理業については、民間事業者にもそもそもそうしたビジネスをする自由はないというところから出発している。それと同じ意味において、民間事業者に墓地経営をする自由はないといえるだろうか。

現在の墓地埋葬法 10 条は、許可基準について何も語っていない。事務責任を有する自治体は、同法施行条例を制定しているが、そこで、墓地供給計画の策定を義務づけ、許可基準のひとつとして、廃棄物処理法 7 条 5 項 2 号にならって、「その申請の内容が墓地供給計画に適合するものであること」と規定することは可能だろうか。

名義貸しが問題となっているようで、それをチェックするための条例による工夫例が紹介されている。墓地経営を行政独占とすることは無理だ

ろうから、こうした措置が次善の策だろうか。

(5) 散骨規制条例

報告書は、自治体で広がっている散骨条例について整理する。墓地埋葬法との関係をはじめ多くの政策法務的論点を含むテーマである。

たとえば、長沼町さわやか環境づくり条例が紹介されるが、同条例は、墓地以外での散骨を直罰のもとに禁止し、散骨目的の土地を業として提供することを同じく直罰のもとに禁止する。これは適法な権利規制なのだろうか。ほかの条文も、構成要件の明確性の観点からは問題が多くある。たとえ、規制をすとしても、あるべき規制方法についての議論があつてよかった。報告書がこうした条例の法政策を支持しているかのような印象を与えてしまう。

3. 研究成果の具現化可能性

報告書は、「セーフティーネットとしての墓地」を提案するようである。ただ、それが何を意味するのか、十分理解できない。合葬墓という方向性が示されるが、報告書で議論されてきた多様な論点が、いかなる意味でこの結論につながるのかについても同様である。セーフティーネットとしての墓地という結論の政策的射程距離は、「墓地に関する政策研究」という大きなタイトルに鑑みれば、随分と狭いのではないかという印象を持つ。

そのほか、「おわりに」における多くの提案が舌足らずとなっている。「正確な需要予測・実態調査」は、その成果を許可基準に反映させるのか、させるとすれば、どのような条文の書きぶりにするか。「墓地や葬送の地域性を反映」は、具体的に条文化すればどのような規定になるのか。「地域住民の理解を得る」とはどういうことか。住民には拒否権が与えられるのか。だとすれば、そのような規制をいかに合憲というか。

関連する参考文献をうまく整序して現状認識を示す点では優れているといえるが、それを踏まえての説得力ある提案にはなっていない点が惜しまれる。今後、同種の「研究」が実施される場合には、方法論や構成、表現方法などについて、大学院学生の指導経験が豊富な大学教授の指導を適宜仰ぐような予算措置を講じて、研究が進められるようになることを期待したい。

4. 墓地問題解決に向けた行政の取組み、方向性

墓地埋葬法の許可権限を持つ自治体においては、以下の諸点に留意した法政策の採用を検討することが期待される。

- ①単純に「墓地はいらない」という政策には合理性はない。それなら、「当該自治体住民でない住民に関する焼骨の埋蔵は受け付けない」とほかの自治体からいわれかねない。
- ②墓地問題は土地問題。公衆衛生行政ではなくまちづくり行政の観点から「緑地としての墓地」を捉える。墓地とみれば不適地域もあろうが、緑地あるいは災害時避難地としてであれば、郊外ではなくむしろ都心部にこそ必要になる。
- ③土地利用として考えるなら、景観に配慮しない高層マンションよりも景観に配慮した墓地の方が都市資産としては高い。問題は墓地ではなく、墓地の作り方である。
- ④許可手続を、立地適合性審査と基準合致性審査の2段階に分ける。後者は、現在の手続であるが、前者は、自治体の土地利用計画の観点から、墓地の立地適格性を審査する。前者が終了して初めて後者に進めるようにする。
- ⑤申請者が宗教法人の場合には、名義貸しのおそれがあるという前提で財務関係の審査を厳格にする。