

論文 | Article

「行政処分」の現代的意義に関する一考察  
— 一日出町土葬用墓地計画許可事案を題材として —

Contemporary Legal Issues Explored by an Administrative  
Measure Called a Permission

御手洗 大輔

MITARAI, Daisuke

尚美学園大学

総合政策学部准教授

Shobi University

2022年12月

Dec.2022

# 「行政処分」の現代的意義に関する一考察<sup>1</sup>

一日出町土葬用墓地計画許可事案を題材として一

御手洗 大輔

## Contemporary Legal Issues Explored by an Administrative Measure Called a Permission

MITARAI, Daisuke

---

### [要旨]

日出町における土葬用墓地建設計画の許可をめぐる推進派と反対派の動きを法的に整理していくと現在の仕組みの限界が明らかになる。現行法の下では基礎的地方公共団体の内部問題として処理することしかできず、隣接する地方公共団体への影響を含めた処理が難しい。この現行法の論理構造は人権ないし自由に関する法的論理も同じであり、自由という概念を革新することが必要である。このような限界を現状に適応させずに多文化共生社会を推進するところに日本社会の課題がある。

### キーワード

行政許可 権利関係 地方自治の本旨 信教の自由 多文化共生社会

### [Abstract]

A legal review of the moves by the proponents and opponents of the approval of the plan to construction of Muslim cemetery in HIJI Town reveals the limitations of the current social system. Under the current law, the issue can only be handled as an internal matter of the basic local government, and it is difficult to include the effects on neighboring basic local governments and the effects of administrative measure called a permission. This logical structure of the current law is the same for the legal logic of human rights and freedoms, and it is necessary to innovate the concept of freedom. Therefore, The challenge for Japanese society lies in promoting a multicultural society without adapting these limitations to the current situation.

### Keywords:

Administrative permission, relation of rights, the principle of local autonomy, Freedom of religion, Multicultural symbiotic society

## 一、問題の所在

### (一) 行政処分と行政法学の関係

いわゆる行政処分とは「行政庁の処分その他公権力の行使に当たる行為」をいう<sup>2</sup>。行政法学はこれを行政行為という学問上の概念で捉えて、例えば行政主体と私人との間の権利・義務関係の具体的場合に直接法効果をもってなす行政の権力的行為であるとする<sup>3</sup>。両者は完全一致する概念ではない。しかし、私たちの日常生活で用いる「処分」から鑑みる限り、同じ意味である。すなわち、処分とは物事の扱い方について取り決めたり、その取り決めに従って取り扱ったり、決まりをつけたりする意味で、「けじめを付ける」ことである。ゆえに行政処分、行政行為という2個の概念の中核部分は一致していると言ってよい。要するに、行政処分ないし行政行為は、問題の時点における行政主体と私人（場合によっては行政主体と行政主体）の間の法律関係（＝権利・義務関係）を規律（＝形成・消滅）する1個の行為の形式である。本稿では特定の行政処分を対象にするため行政処分で統一することにする。

ところで、日常生活における処分も、その時々の問題の時点において「けじめを付ける」行為である。しかし、この行為の形式を日常生活の中で見聞してみると何かの過ちや失敗の責任を取るというふうな否定的な価値を与えることもあれば、自らの行動や態度を明らかにするというふうな肯定的な価値を与えることもある。さらに処分を他者の行動を対象にして観察すると何らかの関係性を観測するまで物事の状態が確定しないと量子力学の考えと同じで、「処分」自体の相反する2個の価値を同時に有する行為であることが分かる。実は、この状態は行政処分でも何ら変わらない。行政法学がこの関係性の一面を、二当事者対立構造として法律関係という法学上の概念で措定するのは行政主体対私人のように2個の主体の対立する構造として捉える方が論理的思考を展開しやすいためである<sup>4</sup>。

概括しておくが、法学または法律学の全般が日常生活の中から法なるものを切り取って合理的に説明しようと企図するのと同じように、「行政法学」も日常生活の一部を構成する法律関係の中から、行政的要素を含むものを切り取ってその法的論理を探究している。このような営みには、例えば行政という用語そのものから出発し明治以降の近代日本の中から切り取って探究したり<sup>5</sup>、近代国家の枠組みの変遷から、すなわち所謂自由国家体制の下の行政より出発して社会国家または福祉国家体制の下の行政までを切り取って行政の観念を探究したりしてきた歴史を確認できる<sup>6</sup>。こうした大小様々な営みを経て、行政法学は所謂行政法について、行政の組織に関わる組織法、行政の作用に関わる作用法、およびその統制ないし救済に関わる救済法より構成して把握し行政法学という1個の体系的知識すな

<sup>1</sup> 本稿を脱稿する時点で日出町土葬墓地計画許可事案は行政処分がおこなわれておらず、進行中のものである。そのため鍵カッコつきで示した。

<sup>2</sup> 行政事件訴訟法3条2項参照。

<sup>3</sup> 塩野宏著『行政法I [第6版] 行政法総論』有斐閣2018年124頁参照。

<sup>4</sup> 二当事者対立構造は第三者の登場を基本的に予定しない。しかし、行為にともなう効果が第三者に及ぶことは多く、理論上の修正が加わっている。このような修正を行政処分について見るとき、その法的効果に着目して二重効果的処分（複効的処分）と評価する場合がそれである。二重効果的処分とは、その行政処分が名宛人に対しては授益的処分であっても第三者には侵害的作用を及ぼすものであることを評価する行政法学上の概念である。

<sup>5</sup> 美濃部達吉は「行政とは法規の下に於いて民事及び刑事を除くの外國家の一切の目的の爲めに行ふ作用を謂ふ。」とする（末弘嚴太郎編『行政法I』日本評論社1936年15頁）。

わち学問を確立した。この学問的知見が私たちの社会すなわち現代日本を支えている。

そもそも学問とは予測する力を持つ体系的知識およびその知識を得るための研究方法である<sup>7</sup>。そのため、私たちに行政法なるものを把握させて、個々の要求に応じて取るべき行動を適応的に選択するための予測可能性＝判断基準を私たちに与える行政法学は1個の学問・研究方法である。しかし、従来の行政法学に基づく知見では、後述するような行政処分に対して適応的に選択するための予測可能性を十分に与えられるかが疑問である。例えば二重効果的処分である行政処分の名宛人に対する授益的処分と第三者に対する侵害的作用の実際の均衡点が理論上の均衡点の許容範囲内か否かを評価する方法の確立を見ていない。そして、評価が困難である状況に対してそれを将来の歴史が評価することであるとして惰性的に服従するのであれば、合理的な行政処分であると政治力学によって強行することを制止できない<sup>8</sup>。この流れが常態化し、すべての行政処分が「数による政治」ないし「利益集団による政治」を反映する状況になるならば、それは予測可能性を与える体系的知識が従来のものから転換した状況すなわち、鶴の一声が人々に予測する力を与える異形の学問の始まりである。したがって、仮に政治力学による行政処分の強行が生じるとしたら、それは行政法学がその歴史のなかで構築してきた整合性を破壊し、既存の体系的知識を歪ませるだけでなく、その学問の有すべき予測する力を喪失させること、法治（社会）の瓦解であると言わざるを得ない。ゆえに、学問の探究は永遠に続ける必要がある。

以上の行政処分と行政法学の関係から明らかなのは、同一の学問を基礎とする学問的知見の、現代日本に対する適応可能性を検証し続ける必要が認められるということである。

## （二）地方自治の本旨と地方行政、適正手続の関係

一方、国際社会の一員として異文化との共存・共生という課題と対峙してきた現代日本は、内なる国際化の内実を精査する時機に差し掛かっている<sup>9</sup>。本稿にいう内なる国際化とは、地方自治の本旨に照らして「住民」による平等主義の実践を推奨することである<sup>10</sup>。ここにいう平等主義とは国籍の壁を取り払って、すべての人を地域の構成員と見て人として認め合い、共存・共生していこうとする考えである。なお、現行の日本法は日本人を中心とする住民に主眼を置くだけで、国レベル・国政におけるその実践は言明していない<sup>11</sup>。つまり、本稿は地方における平等主義の実践について、ある「行政処分」を題材に、その理

---

<sup>6</sup> 田中二郎は「行政の内容は、元来、人民の行政需要に応じ、これを吸い上げて、適切な調整を加えつつ実現すべきものであり、つまりは、行政需要の反映であるべきであるが、行政需要を的確に測定し適切に調整することは、容易な仕事ではない。」とする（田中二郎著『行政法』弘文堂1974年全訂第2版16頁）。

<sup>7</sup> 掛谷英紀著『学問とは何か』大学教育出版2005年4頁参照。

<sup>8</sup> 政治力学については、例えば佐道明広著『沖縄現代政治史：「自立」をめぐる攻防』吉田書店2014年、井上一明著『ジンバブウェの政治力学』慶應義塾大学出版会2001年などを参照されたい。

<sup>9</sup> 本稿では共存と共生を別に扱うことにする。前者は最低限の相互干渉で異質なものと独立生存を志向するが、後者は手を取り合って生存しようとする共同生存、ひいては相互主義・平等主義を志向する。本稿は、多文化「共生」を志向する社会を論じるものである。

<sup>10</sup> 念のために注記しておくが、本稿にいう内なる国際化は、在日アジア人を主たる対象にして、その人権や生活を保障したり、教員や公務員、さらには一般企業への採用を推進したり、他の外国人と比べて優遇したり、留学生、研修生、難民の受け入れ態勢を整えたりすることではないし、異文化と共存することの強制を推奨することでも決していない。

<sup>11</sup> 例えば、日本国憲法第14条の定める平等原則は「国民」を名宛人としており、非国民が当該平等原則の保護を受けると言明するものではないことから自明である。

論および実際から探究し、現在まで様々に提起されている目標の中の1個である多文化共生社会の実現という目標と対峙しながら理論上の均衡点と実際上の均衡点の許容範囲の是非を評価する方法論上の構成要素の解明を試みるものである。したがって、以下では地方自治の本旨に照らして住民自治および団体自治の実践を求める日本国憲法（現行憲法）の精神が平等主義と親和するもので、行政処分に対する従前の法的評価について多文化共生社会の実現の要請に対応する脱主観的な構成要素を帰納的に論証することになる。

ところで直前に述べた課題について演繹的に論証するならば、すなわち平等主義を徹底するならば、地方自治の空間に他所の者とか他国者という言葉の入り込む余地はなく、人と人の真の付き合いを可能にする土壌が涵養されていく筈である。しかし、現代日本の行政、特に地方行政について見ると逆行しているのが実際ではないか。例えばある地域では行政の施策が異なる思想・信条の利益集団間の対立の激化を招来している。また、別の地域では日本人と外国人とを分断させるばかりか異質なものに対する排斥の機運を高めさせる結果を招来している<sup>12</sup>。理念としての平等主義と平等主義の実践との乖離は小さくない。

確かにすべての原因が行政にあるわけではないが、現代日本の行政主体の一部には対立する個人ないし集団のどちらか一方に肩入れをして強引に事を進めても地方自治の本旨に適合すると見るという自己診断の意識を欠く傾向があることも事実である。そうであるからこそ先例への盲従や短期的な実利の獲得を優先させる過ちが散見されるし、その処分に対する反発が方々から起きようとも事務の処理を粛々と進行させて住民との溝を深めるといふ対立の激化を助長する制度的および理論的問題が見えてくる。

前者は「けじめを付ける」性質をもつ行政のプロセスが適正手続ないし法による支配の名の下で単なる「妥協のプロセス」に成り下がっているからである（本来は対話的合理性を支える決断のプロセスに資する制度及び理論の筈である<sup>13</sup>）。事前に公知の手続きに則りさえすれば、中立公正な振る舞いをしたと一応評価される点に誘発されるものである。後者は、社会で唯一の正解を確定すること自体が困難であること、それでも期日に迫られること、形式的な公聴会や説明会の催行を「けじめを付ける」一種の儀式として理解し、他人事のように片付けてしまえる適正手続ないし手続的正義の観念が通用しているからである（公務に就いた住民も「住民」である以上は1個の住民としての責務を本来有する筈である）<sup>14</sup>。ここでも事前の公知の手続きがその中立公正を担保していると評価される。要するに「みんなで決めた決まりだから（従いなさい）」ということである。

以上より行政による上記の乖離を増長させる共通の観念が「中立公正な公僕たれ」といふ職業倫理であり、この倫理を支えるのが適正手続を導く手続的正義の観念にあることは明らかである<sup>15</sup>。そもそも適正手続とは無謬性の原則を前提とし、既定の手続を適正に行

---

<sup>12</sup> 前者について直近の例には2021年10月に発生した武蔵野市住民投票条例案（同月末に否決された）をめぐる同条例反対デモ妨害事件（東京都武蔵野市）がある。後者については、例えば2021年8月に発生したウトロ放火事件（京都府宇治市）がある。

<sup>13</sup> 対話的合理性については、さしあたり田中成明著『現代法理学』有斐閣2011年を参照されたい。

<sup>14</sup> 手続的正義については、さしあたりハンス・プリュッティング（安達栄司訳）「手続的正義：民事訴訟における実体的正義と手続的正義に関する一考察」『成城法学』71号2004年248-234頁を参照されたい。

<sup>15</sup> 公務員に関する職業倫理については、例えば井寺美穂「行政責任・行政統制の変容と「行政倫理」」『アドミニストレーション』第22巻2号2016年47-62頁、鶴飼幸雄「「公務員」という言葉」『立命館法学』327・328号2009年122-191頁等を参照されたい。

なればその結果（内容）も適正であることが推定されるという制度・仕組みのことであり、かつ、誰であれ法令の適正な手続によらなければ生命、自由または財産を侵害されないことを意味する法律学上の概念である。言い換えれば、法令の適正な手続によれば、それは実体的正義には及ばないが手続的正義は十分に満たすと言えるため他者の生命、自由または財産を侵害できるということでもある。要するに、適正手続なる概念が両者の楔（くさび）となっている。

適正手続は確かにその時点における行政処分の正当性を保証するし、法による支配は民主的に制定された筈の法令の規定に基づき行なうという順法精神の実践を保障するから、結果として中立公正な公僕である様（さま）を内外に示すことができる。しかし、歴史の一貫性という視点から見ると、外来語に政治的機能が隠蔽されていることがあることを忘れてはならないように<sup>16</sup>、適正手続の一人歩きは目の前の課題にだけ取り組ませ、他人事のように処理させることがある<sup>17</sup>。これは結果として歴史の一貫性を欠如させる。そのため既存の法体系に対して無自覚な人間が適正手続の要請に応えることは、既存の法体系を破壊し侵攻する勢力に対する支援＝破壊工作と化す。実はこの現実直面しているのではないか。

念のために申し添えておくと、今、法治社会の中で他所の者、他国者といった言葉が増長し、排外的意識を先住民の中に植え付ける場合が生じる原因は既存の体制の転覆を企図する一部の住民を含む人々の言動だけにあるのではない。私を含むすべての人々のすべての言動にある。法治社会の下の適正手続が、考え抜くことを私達から忘れさせるからである<sup>18</sup>。一人ひとりが考え抜くことを不要にする現状は、歴史の一貫性ないし論理整合性を維持する意識を軽視させる。そのため今、私達の耳目に地方から住民自治や団体自治の動揺する音が聞こえるのである。仮にこの音を行政の一挙手一投足が奏でていたらどうか。文明の衝突どころの話ではない<sup>19</sup>。それは国と地方の関係、主権者と住民の関係など近代（法）の観念が静かに鶏肋となる話である<sup>20</sup>。この事態の放置は、住民自治や団体自治の瓦解につながるし、それは地方自治の本旨を混沌とさせる事態を招くだろう。蓋し、適正手続の下で喧伝される「新日本人」や「ニッポン」といった言葉が従前の日本（人）を排斥する突破口となることを制止する知性が、私達自身の惰性的服従によって喪失するからである。

要するに、地方自治の本旨の下の適正手続に係わる制度的問題は、法治社会を構成する私達一人一人に対して要求される法的素養の水準の問題である。ゆえに、その理論的問題

---

<sup>16</sup> この点については例えばグレン・D・フック「外来語の政治学」『内なる国際化』三嶺書房 1988 年増補改訂版 65 頁参照。

<sup>17</sup> 誤解なきように追補しておく、地方公務員の一人一人も業務を離れば一人の住民である。そのため、一人の住民としてその意思が行政事務の遂行に入り込まないとは言えないし、逆に中立公正の要請によって業務を遂行する過程で住民としての意思ないし一人の人としての感情を押し殺して処理することがあることも承知している。

<sup>18</sup> 例えば自販機に示された金額を投入すればジュースが手に入り、店頭で示された金額を支払えば商品を持っていくことができ、会社に任せておけば会社が特別徴収の義務を履行して納税を済ませてくれる。なぜ平和裏にそんなことができるのかを考え抜く機会が自然と生じにくい便利な文明社会の中に私たちは置かれているとも言える。

<sup>19</sup> 文明の衝突については、サミュエル・ハンチントン著（鈴木主税訳）『文明の衝突』集英社 1998 年を参照されたい。

<sup>20</sup> 法学は観念的に法概念を分析する理論に特化し、一方法律学は条文解釈を起点に実務に特化する学問である。この点については、さしあたり E. エールリッヒ著（河上倫逸＝ M. フーブリヒト共訳）『法律的論理』みすず書房 1987 年を参照されたい。

と向き合い、行政処分に対して現代的意義を与えることが、結果として要求される法的素養の水準を疎明することになるし、この水準が行政処分の名宛人に対する授益的処分と第三者に対する侵害的作用の実際の均衡点が理論上の均衡点の許容範囲内か否かを評価する方法の確立に資することになると私は考える。

### (三) 本稿の位置づけと事案の選定

私たちにとって必要なことは、同一の学問を基礎とする学問的知見を現代日本に適応させつつニッポンが日本を排斥させないかについて見極める、あるいは、排斥させないための体系的知識を確立すべき時機を迎えており、その理論的問題の解決にある。そこで、本稿では多文化共生社会の実現という目標を取り上げ、この目標の実現に向けた地方行政のあり方について、それを実際の、ある「行政処分」の事例の考察を通して明らかにする。前述したところから明らかなように鶏肋となる地方自治の本旨の名の下で、二重効果的処分を有する行政処分によって行政法学の予測可能性が低下させられる一方で、適正手続に基づく(政治的)妥協によって社会の分断を促進させる流れが、加速度的又は戦略的に強まっていると考えられるからである。

事例を選定するにあたり、次の2点を考慮した。第1に「人(間)が生活するための衣食住の中で不可欠な要素は何になるか」である。この点について、都市と対比されるところの空間としての地方において観察すると、その地方の慣習や礼儀といった特有の礼節であったり、入会権的な考え方に基づく集団生活としての衣食であったりが不可欠な要素となる。そこでは所謂村社会の原理例えば村は村人たちの連綿たる努力の上に築き上げられてきたものか。それとも国によって分割され、囲い込まれ、再定義されたものに村という名前を与えないと考えるかという出発点から取り組む必要があるかもしれない<sup>21</sup>。前述したところの問題意識に照らせば、本稿は後者を出発点として取り組むことになる。しかしながら、この考察の延長線上には地方が直面する諸課題への対処だけでなく、村の先住民の積み重ねてきた歴史に寄り添いつつニッポンが日本を排斥させないかを見極めるための1個の体系的知識の確立(理論の構築)をも射程に置くものとなる。そのため空間としての地方の特性を可能な限り希薄化させ、都市と地方の両者に共通する要素について取り上げる必要があると考える。そこで「住(処)」を取り上げることにする。

住(処)については都市であろうと地方であろうと広かろうと狭かろうと、況や古今東西においても人(間)が生活する上で不可欠な要素である。そもそも人間である前に1個の人は大地に足を付けなければ生活できない生き物である。この事実から、土地は、住(処)にとって不可欠である。そして人(間)は土地の上(場合によっては下)に家屋を建てたり、作物を植え付けて生存に必要なエネルギーを取得したりしている。そのため、何世代にもわたり住み続ける土地の上で生活する人(間)からすれば、例えば隣接する土地に未知の人(間)が移り住んで来る現象の変化に遭遇する時には他所の者や他国者という言葉が自然と入り込むことになる。なぜならば、隣接せずともその地域に入って来る未知の人(間)

---

<sup>21</sup> この点については、荒木田岳著『村の日本近代史』筑摩書房2020年を参照されたい。また地域から多文化共生社会を考える視点も示唆に富むものがある。この点については、さしあたり藤村泰夫＝岩下哲典編『地域から考える世界史：日本と世界を結ぶ』勉誠出版2017年を参照されたい。

が「平和な」地域(=ココ)で何をしているのかが気になることは人(間)として自然の所作・生理反応だからである。そして、現在では、この土地をめぐる定年後の地方移住や二拠点生活のブームであったり、高齢者の「終(つい)の住処」の確保問題であったりとして認知されるようになってきている<sup>22</sup>。

第2に「どの行政処分に注目するか」である。そもそも行政処分は一定の法的効果を私人に付与する意思をもって行なわれる法律行為的行政行為および一定の法的事実を私人に与える準法律行為的行政行為に分類される<sup>23</sup>。これらの行政処分の中で本稿が課題とするのは二重効果的処分を有するものであり、かつ、行政処分の名宛人に対する授益的処分と第三者に対する侵害的作用のその実際の均衡点が理論上の均衡点の許容範囲内か否かを評価する方法論の構築である。したがって、行政主体および名宛人である私人ならびに第三者である私人の三者がいずれも十分な法的根拠を有しやすい行政処分を選定することが合理的である。そうすると、準法律行為的行政行為は一定の法的事実を私人に与えるにすぎず、実際と理論上の均衡点を明確にし難いため除外する。形成的行為(法律行為的行政行為の一分類)についても同様の理由と三者関係を広範ないし曖昧にさせやすい点から除外する。こうして命令的行為が分析の対象として残ることになる。そして、本稿では、命令的行為の中で三者関係が発生しやすく、かつ、適当な範囲で確定しやすい「許可」を取り上げることにする。

許可とは、本来誰もが享受できる個人の自由について公共の福祉の観点から予め一般的に禁止しておき、所定の要件を満たした個別の申請に基づきその申請に対してのみ禁止を解除するという法律学上の概念である<sup>24</sup>。名宛人である私人にしてみれば、この許可は本来自分の享受できる自由を回復するものであるから、法定の要件を満たせば当然に許可が与えられるものと期待する。行政主体にしてみれば、この許可は害悪の発生を防止するという警察目的に照らして違法な行動が事実上行なわれることを抑止さえできれば十分であり、かつ、適正手続の下で行なう許可であれば中立公正な公僕としての責務を果たしたことになることを証明できる。

一方、第三者である私人にしてみれば、期待される警察目的が達成されるとしても名宛人である私人が禁止解除を受けた権利すなわち享受する自由を行使することによって自らの自由が事実上侵害される蓋然性があるとき、その侵害の予防ないし排除を請求できなければ形式上従前の「平和な」空間が脅威にさらされていると認識する。そして第三者は、行政主体が与えた許可によるお墨付きによって、名宛人である私人の行動は実質上従前の秩序を破壊するものであるにもかかわらずその制止が困難、不可能なものと認識し、これは「衣から鎧が見える(振る舞い)」、他国者による侵略である、売国奴、外患誘致であるとの反発を招くことも少なくない。つまり、根拠が有ろうが無かろうが、第三者である私人にとって従前の秩序が破壊される認識には変わらない。そのため行政主体が適正手続に

---

<sup>22</sup> 例えば、サービス付き高齢者向け住宅の意義と課題について整理したものとして吉田修平「サービス付き高齢者向け住宅制度の意義・内容と今後の課題について」『都市住宅学』93号2016年15頁以下がある。

<sup>23</sup> 前者はさらに命令的行為と形成的行為に分類され、命令的行為には下命・禁止、許可および免除が、形成的行為には特許・剥奪、認可および代理がある。後者には確認、公証、通知および受理がある。

<sup>24</sup> 許可という概念については法学上の概念として整理する場合もある。筆者は、技術的な意義が大きい概念であると考えられるため法律学上のそれとして整理する。法学、法律学の別については前掲20を、さしあたり参照されたい。



則って与えた「許可」が中立公正な公僕としての責務を果たした結果であると評価できなくなるのである。ここでの要点は、法律関係の上で「合法か違法か」が問題なのではなく、公共の福祉に反するとの實際上・感情上の認識如何が問題である（公共の福祉については後述する）。

以上のように、許可という行政処分は三者関係が発生しやすく、三者がいずれも十分な法的根拠を有するために適当な範囲で確定しやすい。適当な範囲で確定しやすいということは、その妥協点を見出す必要のある場合に、実際上の均衡点と理論上の均衡点の許容範囲との比較検証を脱主観的に行ないやすいことが期待される<sup>25</sup>。そして、この点は本稿の問題意識と一致する。そのためこの検証を通して実際の均衡点が理論上の均衡点の許容範囲内か否かの評価方法を示しつつ、多文化共生社会における地方行政のあり方も探求したい。

以上の次第で、土地の使用許可をめぐる事案を事例として取り上げることにした。従前の傾向を把握するため各種の新聞記事データベースを通して検索したところ、80年代中葉以降土地利用と墓地の問題（墓地の存続を含む）が日本各地で発生していること、かつ、諸課題に対して行政が適宜関与してきた実際を把握できる<sup>26</sup>。粗雑な概括で恐縮だが、この問題の中では土地の利活用を望む側の意識とお墓・墓地に対する意識の濃淡、けじめのつけ方の多様さを連関させる媒体として行政が存在している。そのためこれらの問題の延長線上に置くことのできる日出町土葬用墓地計画許可事案（以下、本事案）を選定した。なお本事案を検討するためには日常における生とは別の要素が加わる。そのため項を変えて人（間）が催す葬制の意義を確認した上で、現行法の枠組みと事案の検討に入っていくことにしたい。

## 二、期待される平和裏の関係、現行法の枠組み及び事案の概要

### （一）人（間）の交わりと土地の営み

死は単なる個人の出来事ではない。死は社会的な存在としての人（間）が死ぬことであり、その社会の秩序に影響を与えないわけがない。そのため死に関する様々な慣習の総称である葬制は、多様な制度の実在を示し各々の意に沿う葬制を執り行うことがその社会の秩序を維持する楔であり、かつ、人（間）の交わりを不断のものにする<sup>27</sup>。このように1個人の死は、それが孤独死であろうと、自爆テロであろうと、社会秩序に対して大なり小なり必ず影響を与える。その死が回避できない寿命による自然死であっても涙を流す人がいるのは、その死後に遺される人が存在するからである。同時に総称としての葬制は1個人の死に対して遺される人々の間で統一された葬制が存在しないことも示し、個人と個体の記憶保存が事実上不可能である事実に対する態度も様々であるからこそ感情上の対立を惹起しやすい原因となる。そして、現行憲法による信教の自由の保障が多様な葬制の維持

<sup>25</sup> なお、本文で述べた法律関係については実際に隣接する相隣関係の場合もあれば、相隣関係にはないがその地方・地域という空間では隣接する場合もある。前者は民法が改正されたことにともなって、現行民法（旧民法）の時点と2023年4月実施予定の新民法からの時点でも比較検証することが必要であると私は考える。

<sup>26</sup> 検索に利用したデータベースは、日経テレコン21、ヨミダス歴史観および朝日新聞クロスサーチである。また、墓地の維持すなわちその経営を社会問題として報道するものもあったことを申し添えておきたい。

<sup>27</sup> 葬制の歴史については、さしあたり大林太良著『葬制の起源』角川学芸出版2008年を参照されたい。

の要求と葬制の統一化の要求という矛盾する要求の共存を可能にしている事実は特段の例を要しない。したがって、以上の事実を支えるための法的論理を法治社会は必要とするのである。

実は、1 個の人の生についても同じことが言える。その誕生は、社会秩序に対して大なり小なり必ず影響を与えるし、その影響は私たちが生き続ける最中は継続する。他者に対して影響を与えるということは、他者からも影響を受けるということである。そして、私たちは自らの拠り所ないし信念を必要とし、この必要に応えるものの一部も信教である。

要するに、生死に共通する「信教」は生死の楔である。これが現行憲法の保障する信教の自由の保護法益である（同 20 条）。右の保護法益は多文化共生社会において、人種や性別、いわんや民族による差別を原則承認できるものでもない。そのため日本国民を含む日本社会で生活する何人に対しても信教の自由が保障され、何人も宗教上の行為、祝典、儀式・行事に参加することを強制されない。人間の交わりの中で個々の人にとって信教という形式が必要不可欠であるという法的論理を、現行憲法は言明するにすぎないと私は考える<sup>28</sup>。

ところで、生から死に至るまでの人間の交わりの中で、その前提となる土地についても私たちは無頓着かもしれない。なぜならば、私たちの非常に多くは土地の売買や相続あるいは被災したとき等の一生に一度の場面に遭遇し初めて土地取引の仕組みや手続の実際に触れるぐらいであり、まして学校教育の場で現在の土地問題や制度の課題について学習することは皆無だからである<sup>29</sup>。そもそも土地自体が「歴史のもつれあい」を内包するものであるにもかかわらず、平和裏において私たちはそういうものとして土地の営みに接している<sup>30</sup>。そのため本来「自分の土地」は私のもの（所有）だが私だけのものではない。言い換えれば、その土地から見ると、私はその土地の歴史の上に存在するものにすぎないのである。

そうであるからこそ、地方行政（登記簿、戸籍謄本等の関連制度を含む<sup>31</sup>）は、先住民が知り（あるいは、知らなかった事柄を折に触れて伝え<sup>32</sup>）、一方で移住者が知らないといった格差を解消する役割を果たしている<sup>33</sup>。ところが、実際の目線で見ると、自分の土地は私のもの、すなわち私有の財産でしかない。現行憲法は日本社会に存在する財産権について厳に侵してはならないことを言明し、仮に公共の用のために侵す必要が不可欠な場合は正当な補償の下にそれを承認するという制度の枠組みを用意する（同 29 条）。もちろん、財産権

<sup>28</sup> このことは平等原則（現行憲法 14 条）より導くことも、また、地方自治の本旨に照らして「住民」による平等主義の実践より導くことも論理上可能である。

<sup>29</sup> 吉原祥子著『人口減少時代の土地問題：「所有者不明化」と相続、空き家、制度のゆくえ』中央公論新社 2017 年 175 頁参照。

<sup>30</sup> 土地の「歴史のもつれあい」については、さしあたり杉島敬志編『土地所有の政治史：人類学的視点』風響社 1999 年、特に杉島敬志「序論 土地・身体・文化の所有」を参照されたい。

<sup>31</sup> 土地登記（簿）については法務局が所管するので厳密に言えば地方行政の所管でない。但し、例えば土地の境界トラブルについて地方行政が無料法律相談所を定期的に開設したり、住民の苦情に応える態で関係者を訪れて相談に乗ったりという形で関係者間の認識の格差を修正する役割を果たしていることが実際上行なわれていることは事実である。

<sup>32</sup> 逆の場合も当然に存在する。すなわち数世代にわたり先住者は記録を引き継ぐ一方で、行政がその業務の引継ぎを怠ったために住民から引き継がれなかった事柄を補充してもらいその格差を解消する場合がそれである。この場合は本来行政上の不作為につながる問題の原因となるので検討すべき場合であるが、紙幅の都合上本稿では割愛する。

<sup>33</sup> 聞き取り調査を続けていくと逆の事例に遭遇する場合もある。例えば、行政庁（土木課）内の配置換えや引継ぎが不徹底であったことから事の詳細を含む情報が共有されず、先住民との間で不要な土地の境界トラブルを後任者が引き起こしてしまったり、業界内の慣例を承知していない行政庁（総務課）による派遣社員の雇止めによって、新規受注業者から追加発生した業務分の追加支払いを事後に求められたりといった事例がある。

の内容は主権者である国民の代表で組織される立法機関（国会）が公共の福祉に適合するよう制定する法律により定めることになっている。財産権という形式をその前提として人間の交わりを規律する法的論理によらしめることを、現行憲法は言明するのである<sup>34</sup>。

論を進めるために、以上の人（間）の交わりと土地の営みの関係が鼎立するとき、その空間は平和であると措定しておくことにする。平和裏の理想的な動向は次のとおりである。

実社会において、私たちが新しく土地を取得するという行為はその土地を含む地域と新しく交際を始めることである。通常、新たな住処を求める場合は、その地域の売家・売地の情報を収集する<sup>35</sup>。この情報収集の中で発見する適当な土地に対して不動産仲介業者による仲介を通じて買付証明書を提出し、その土地を自分が排他的に支配し、使用・収益することを目指してその土地の現在の所有者である売主との交渉に臨む。売主との間の交渉が成立した後は売買契約書を手交し、買主としてその代金を支払う。同時に、売主の側は所有権の移転手続や必要に応じて（隣地との境界の）確定測量を実施するほか、更地で引き渡すのであれば建物を解体したり、その土地に残置された廃棄物を処分したりといった責任を果たし、その土地を買主・自分に譲渡するまでの手続を処理する。そして、この譲渡が完了したときをもってその土地の取得が完了し「自分の土地」となる。

本来、こうして取得した自分の土地は、財産権の典型とされる所有権の考えに照らして、排他的に支配し、使用・収益し、処分（＝その排他的支配を放棄）するまでにわたり自由である。しかし、その土地の従来からの区画・形質の変更を伴う一定規模以上の大規模な土地の利用に対しては、公共の福祉の考えに照らして事前に行政庁（行政主体）の指導・審査を受け、許可を得ることが求められている。蓋し、所有権に基づく絶対的な自由の行使を認めることによって隣地・隣人の所有権を害する恐れがないとは言えず、同時に鼎立できない自由の対立の発生が予見される状態をわざわざ放置しておく必要はない（＝有害である）からである。

以上のプロセスを経て自分の土地として許可されれば、許可された区画・形質に即して、自由に使用・収益の営みを行なうことができる。とはいえ、時間の経過とともに当初は予見できなかった事態が発生することは有り得ることである。第一義的責任は所有権を有する所有権者すなわち自分にあるから、自分の資力を尽くしてその危険を除去する必要がある。仮にその危険の除去を単独で処理しきれない場合は、隣地・隣人の協力を仰いで処理して、それでも困難な場合は地域包みで、あるいは行政が協力して処理してゆくことになる。

そして最終的に、いかなる土地も処分の段階を予定している。処分の段階とは、所有権者がその土地に対する排他的支配権を放棄するときである。現行法が用意する制度として

<sup>34</sup> この点について、商品の交換プロセスを（私的）所有権と商品の交換として解釈し、締結・成立する契約・合意がこの交換を反映するという枠組みから分析したものとして川島武宜著『新版所有権法の理論』岩波書店 2009 年がある。川島は、この枠組みを用いて明治時代の労働契約およびその労使関係の内実を分析し、労働契約が低賃金労働力の非等価交換契約であることを帰納的に証明する。一方でこの労使関係が紡績製紙業における極貧農出身者の女性労働者の前借金、寄宿舎制度による直接的拘置および間接的拘置の使い分け、価値法則の不徹底に基づくものであることを演繹的に証明する。この理論に照らせば近代法・近代憲法の論理が現在まで通用していると言える。

<sup>35</sup> 従来その地域の売家や売地情報は地域の不動産屋が仲介する形で取り扱われていた。その後業界が成熟するにつれ専門の不動産仲介事業や不動産販売代理（業）に特化する形で私たちは情報を収集できるようになった。なお、公的不動産については「全国版空き家・空き地バンク」がある。これは、各自治体が個別に運用してきた空き家バンク等を集約し、同時に空き家バンクを構築困難な自治体を支援するため、国土交通省が公募を通じて選定した（株）LIFULL とアットホーム（株）の 2 社を通じて構築したものであり、2018（平成 30）年より運用している。

はその土地に対する排他的支配権を留保しつつ他人に使用させる土地信託制度の利活用も有り得るが、通常は子孫に相続したり（子孫がその相続を放棄することもある）、他人に売却または寄付したりすることによって処分の段階を通過する。このように見てくると、その土地が将来的に無主の土地になる可能性は論理上全くない。そしてその土地の営みを不断に継続させる楔として財産権と財産権体系を保障する国家体制が存在していると言える。本稿では以上の人（間）の交わりと土地の営みの関係すなわち国家体制の維持存続に寄与する状態を「平和裏に鼎立している」と評価することにする。

要するに、以上の人間の交わりと土地の営みの間を平和裏の関係で維持することが、同一の学問を基礎とする学問的知見の探究すべきことである。それゆえに、対立の中で平和裏の関係を構築、維持、持続させるべく二当事者対立構造を法律関係として措定するのである。

## （二）本事案における 2 個の分析視点

この理想的な平和裏の関係の維持を目的にして現行法の論理に照らして整理すると、次項（三）で紹介する本事案において分析すべき視点は、次の 2 個である<sup>36</sup>。

第 1 に、＜イスラム教徒＞が購入した土地を土葬用の墓地として使用する営みについて、＜日出町＞が適正手続の観念の下でその使用を認める方向へ推進する一方で、行政区域を異にする杵築市および＜杵築市住民＞がその使用による風評被害や周辺の土地ないし空間に与える影響を問題視し、認めない方向で日出町に翻意を促す方向へ推進する点である。すなわち、許可権限を所掌する日出町およびその許可を求めるイスラム教徒ならびに杵築市住民の代弁を担う杵築市における多文化共生社会の実現に対して、土地の営み特に墓地および埋葬に関する現行法の規律する論理が住民および団体による平等主義の実践を期待できる適正手続の運用として適用可能か否か、である<sup>37</sup>。

第 2 に、イスラム教徒が世界各地に住み、その各地で土葬による埋葬が実現しているからといって許可する根拠となり得るか否かという点である。この延長線上には、例えば日本社会において土葬による埋葬に対して従来どのように取り扱ってきたのか。そもそも日本で土葬の歴史は存在するのか。さらには埋葬の自由を認め合うため各都道府県に「多文化共生公営墓地」の整備が政策として推進可能か否か、必要不可欠な行政サービスか否かといった政策課題など多岐にわたって検証すべき論点が存在する。これらの論点のうち本稿の問題意識に照らせば、従来の政策を支える現行憲法の精神との論理的整合性に注目する必要がある。すなわち、信教の形式の 1 個であるイスラム教の論理が日本を排斥する適正手続の運用すなわち「妥協のプロセス」になっていないか否か、である。

まず、墓地および埋葬に関する現行法の規律する制度の枠組みは次のとおりである<sup>38</sup>。

法はその前提として国民の宗教的感情に適合し、公衆衛生を含む公共の福祉の見地から墓地等の管理および埋葬等が支障なくおこなわれることを目的とする（1 条）。埋葬とは死

<sup>36</sup> 山型括弧（＜＞）で表記する法主体の選定については、後述の（三）本事案の概要を参照されたい。

<sup>37</sup> 日出町と隣接する杵築市という行政主体に注目すると、この延長線上に国又は都道府県との関与の問題、特に自治紛争処理の問題も存在する。この点については後述の三、（二）法学理論と実際を参照されたい。

<sup>38</sup> 以下の法令根拠は「墓地、埋葬等に関する法律」（以下、単に法とする）による。なお、同法は「墓地、埋葬等に関する法律施行規則」を有するものの、同規則は火葬に関する規則であって土葬に関する法令ではないため割愛する。

体を土中に葬ることであり（2条1項）、墳墓を設けるために墓地として都道府県知事の許可を受けた区域を墓地という（同5項）。この前提に立って人々の実際の振る舞いに対して次のとおり規律する。すなわち、埋葬や死体の埋蔵は墓地以外の区域でおこなってはならず（4条1項）、埋葬をおこなおうとする者は厚生労働省令で定めるところに基づき市町村長の許可を得なければならない（5条1項）。その許可を市町村長がするときには、埋葬許可証等を交付する（8条1項）。一方、墓地等の管理者は、埋葬許可証等の書類を受理した後でなければ埋葬等をおこなってはならない（14条1項）。

以上が日本社会における墓地および埋葬に関する基本的な枠組みである。ちなみに公共の福祉の見地から必要ありと都道府県知事が認めるときは墓地等の施設の整備改善や使用の制限ないし禁止を命じたり、墓地等の経営許可を取り消せたりできる（19条）。つまり、基礎的地方公共団体すなわち市町村が日々の行政サービスを誠心誠意提供するなかで、近視眼的な視点あるいは機械的な視点から行政処分（＝判断）をしてしまい、その結果が公共の福祉の見地からは是正する必要があるものと都道府県の長（知事）が判断する場合に、行政組織内の自浄作用を発揮する余地を残しているのである<sup>39</sup>。したがって、基本的な枠組みに基づく運用の結果が社会で直面する実際の問題の処理として適当でない場合すなわち公共の福祉に反する場合について適当な調整を行なうことも法は承認していると言える。

墓地および埋葬に関する以上の現行法の枠組みは、都道府県知事および市町村長の許可を中心にして行政主体が日本社会における墓地および埋葬に係る人々の土地の営みに対して規制する姿勢を言明するものである。前者が墓地としての土地利用の許可を行ない、後者がその区域における埋葬の許可を行なうという関係である。しかし、この枠組みと関係から特定住民および団体を優遇・排除するものであると文言上解釈できるとは必ずしも断言できない<sup>40</sup>。したがって、この要点は繰り返し明記される「公共の福祉（の見地）」による適当な調整を行なえる行政主体の判断根拠の内容如何にかかっていると言える。この点をどう評価するか。公共の福祉に反する・反しないを判断する根拠が特定の住民および団体を優遇・排除する内容であると言えるか否かが、平等主義の実践が可能か否かの分岐点となる<sup>41</sup>。

そもそも公共の福祉に関する見解には互いに競合するものが存在する。すなわち前述したように大局的な視点から権利利益を制約するもの、個（人）の利益より集団ないし全体の利益を優越させる観念、または一意の価値観・秩序を絶対とする観念であるという見解だけでなく、自由を自足の意味で把握するような、他者を害さない限りにおいて享受する自由・自律を促す観念であるという見解が実は共存している。そして、前者の見解に依拠するのか、

---

<sup>39</sup> 行政処分に「公定力」があると言われる所以である。判例（最判昭30年12月26日民集9巻14号2070頁）も、行政処分はそれがたとえ違法であっても、その違法が重大かつ明白で、それを当然無効ならしめるものと認めるべき場合を除いては適法に取り消されない限り完全にその効力を有することを承認する。そして、違法な行政処分が取り消される場合としては、私人が不服申立てや取消訴訟を提起してその主張が認められる場合あるいは行政庁による職権取消の場合しか、法システムとしては用意がない。

<sup>40</sup> 都道府県知事および市町村長は、いずれも住民の選挙を通じて選出される（現行憲法93条2項参照、詳細は公職選挙法による）。そのため論理上選挙権者が扇動等によって一意の価値観を体現する人間を選出することがないとは言えない（からである）。

<sup>41</sup> 公共の福祉については、さしあたりアルノ・バルツィ著（河上倫逸＝嶺秀樹監訳）『法哲学の根本問題』以文社1998年を参照されたい。

それとも後者の見解に依拠するのかを明らかにしないままに、例えば現行憲法が定める「公共の福祉」について権利利益の制約原理であると憲法学、特に護憲派の言動で述べられることがある<sup>42</sup>。

公共の福祉を時に社会秩序の維持であると読み替えたり、時に個人による権利・自由の濫用抑止であると読み替えたりするのはその証左である。仮に「公共の福祉」のような曖昧な表現を用いず、詳細具体的な表現を用いて解釈を固定させるならば、将来の社会の変化に適應する立法の必要性が主張された場合の対応に、多くの費用や時間を要する手間暇が発生するだろうから、その意味で曖昧な表現に留め置いたことは、立法技術的に言えば合理的な判断であった。なぜならば、曖昧な表現である方が、そのような場合において対応が比較的容易であることは明らかだからである<sup>43</sup>。そのため、例えば公共の福祉の名の下に特定の宗教・信教を優先させる運用は違憲の疑いが生じ得るし、同じく公共の福祉の名の下に他者の自由を余計に制約させる運用も違憲の疑いが生じ得ることになる。

理想的な平和裏の関係に照らせば、取得した自分の土地は排他的に支配し、使用・収益し、処分するまでにわたり自由である。しかし、記述したとおり鼎立できない自由の対立の発生が予見される状態の放置は有害であるため、その所有権の行使に当たってこの有害な要素を除去し平等主義下の他者を害さない自由の行使でなければならないことも都道府県知事、市町村長に付与された取消権限から明らかである。ゆえに、墓地および埋葬に関する現行法の定める公共の福祉は、その自由を自足の意味で把握するものと解釈すべきである<sup>44</sup>。

したがって、墓地および埋葬に関する現行法の理論上の均衡点は、現代日本の楔となる財産権の典型である所有権の考えを前提とし、公衆衛生を含む国民の感情に適合するもので、かつ、他者を害さない限りにおける葬制を実施する自由・信教の保障を通じて人（間）の交わりと土地の営みの統合を維持するところにあると言える。この法的論理を反映する適正手続の運用が要求される中で許可という行政処分を行なう実際上のプロセスにおいて不可欠な要素は何か。これが本事案で注目すべき第一の点に関する分析視点（＝実際上の均衡点）となる。

次に、イスラム教の基本的な枠組みは次のとおりである<sup>45</sup>。

そもそも啓典『コーラン』の一字一句を神の言葉そのものと信じることが、イスラム教の根幹をなす教義である。言い換えれば、『コーラン』の一字一句を否定する者はイスラム教徒とはみなされない。そして、この教義下のイスラム教における平和とは「全世界がイスラム法によって統治された時」であり、戦争・騒乱のない状態という意味ではない。そうすると、例えば『コーラン』第8章39節には「騒乱がなくなるまで、そして宗教のすべてが神のものとなるまで戦え」とあることから、この論理に基づけば戦い続けてイスラム法によっ

<sup>42</sup> なお、貴族院議員として現行憲法の制定に携わった宮沢俊儀のように、現行憲法12条や同13条の権利制約上の法的効果について基本的人権の「条項に、公共の福祉のもととしたことは、立法技術的にいって無用であったと見るべきであり、また、それは、賢明でなかったとも評される」として否定する見解もある（宮沢俊儀『憲法Ⅱ（新版）』有斐閣1971年参照）

<sup>43</sup> 以上の枠組みに照らして公共の福祉の公共選択的基盤を分析する論考として、伊藤泰「公共の福祉」の公共選択的基盤』『北海道教育大学紀要 人文科学・社会科学編』70巻1号2019年27頁～42頁がある。

<sup>44</sup> なお、論理的に演繹すれば、墓地および埋葬に関する現行法の定める公共の福祉を大局的な視点から解釈すると、その下での自由は1個の無制約の自由を前提とした展開が行なわれやすく、結果として一方の自由を完全保障する結論を導くものにもなり得る。

<sup>45</sup> 以下のイスラム教の論理は、飯山陽著『イスラム教再考』扶桑社2021年による。

て統治される空間においては宗教の全てが『コーラン』のいう神のものになる。そのためイスラム教以外の異教徒が残存する可能性はないことになる。なお飯山によれば、この状況下の異教徒に残された選択肢は、最も多い場合でも改宗、服従、死の3個の選択肢しかなく、異教徒が服従して人頭税を差し出すことによってイスラム支配下に生きることがイスラム的共存であり、それを受け入れない限り異教徒はジハードの対象になるという。

同時に、イスラム教徒にとって、冒涇者を死刑に処することはイスラム教における宗教的義務であり、信者に対して異教徒を侮辱し、差別し、敵とみなし、異教徒も異教の象徴も攻撃するように命じている。誤読を防ぐために申し添えておくと、飯山が言うようにイスラム教という宗教の教義と個人としてのイスラム教徒を一体的に考えるのは誤りである<sup>46</sup>。また、全てのイスラム教徒が私たちの考える過激派であるわけでもなく、異文化との共生の中で生きていくことを模索する穏健派も存在しよう。つまり、実際に行動するか否かは個々の判断による。とはいえ、穏健派の人が冒涇者を死刑に処さないで良いとか、異教徒を侮辱し、差別し、敵とみなさなくとも良いとかという『コーラン』を否定する言説を公言し難いだろうことも推察される。なぜならば『コーラン』を否定することはイスラム教徒でなくなり、そのような物証を残すことが、即自らの信教の自由を喪失することにつながるからである。

一方で、死について。飯山によれば、イスラム教徒は、現世は必ず終末を迎えるが、その後やってくる来世は永遠であり、そこでは現世には存在しない快樂が約束されていると信じているという。そうすると、イスラム教徒にとって現世を終えようとする際に後悔しない「けじめを付ける」上で必要なことは、来世で蘇るための肉体を遺すことに他ならない。

以上のイスラム教の枠組みに照らして検討すべき事項はイスラム教の論理が日本を排斥する適正手続の運用すなわち性善説に立ったかのような「妥協のプロセス」に成り下がっていないか否かであろう。そして、1個の人の死に注目するならば、統計上明らかなことは、日本社会の葬制の圧倒的多数が火葬とされるようになったが、そんな現在においても埋葬されることのある事実である（表1）。したがって、日本社会で葬制が統一されているわけではないし、土葬による埋葬の歴史は断絶していないことが前提となるから、イスラム教徒に限らず来世で蘇るための肉体を遺すべきとする信教が存在しないとは言えない。

とはいえ、1個の人の生に着目するならば、イスラム教の論理の中で、特に異教徒に対する論理ないし教義が何人に対しても信教の自由を保障する現行憲法の論理と相容れないこと

	2014年度	2015年度	2016年度	2017年度	2018年度	2019年度	2020年度
全国							
埋葬・件	403	403	319	389	472	824	393
火葬・件	1339714	1345873	1376486	1400282	1404737	1421102	1429840
総数・件	1340117	1346276	1376805	1400671	1405209	1421926	1430233
大分県							
埋葬・件	—	2	—	12	1	—	—
火葬・件	14769	13959	14790	13274	14952	14270	15500
総数・件	14769	13961	14790	13286	14953	14270	15500

表1：最近の埋火葬件数の推移（2014-2020）<sup>47</sup>

<sup>46</sup> 飯山陽著『イスラム教再考』扶桑社2021年256頁参照。

<sup>47</sup> 厚生労働省が作成する衛生行政報告例（e-Stat）各年版より筆者が作成した。ちなみに、大分県のみで見ると数年間隔で埋葬の事例を確認できる。

も明らかである。同時に1個の人の死に着目するならば、来世で蘇るための肉体を遺すための墓地は遺される人にとっても信仰の対象ないし支えとなる場合があるし、死者にとってその信教の自由を行使する場合になることも前述した通りである。死者の人権についてはその認否を含めて議論の余地が大いにあるところであるが<sup>48</sup>、特定の信教を何人にも強制するものでなく、1個の人の生が他者の自由を余計に制約しないもので、かつ、1個の人の死も同様に他者の自由を余計に制約しないものであれば信教の自由を保障する現行憲法の論理に沿うものである。要するに、土葬用墓地建設の許可をめぐることは、イスラム教の論理を承認しないと同時に信教の自由を承認するという、相反する2個の価値を同時に有する行政処分が日本社会の崩壊を推進することになりかねないか否かを見極める必要がある<sup>49</sup>。これが本件において注目すべき第2の点に関する分析視点（＝実際上の均衡点）である。

### （三）本事案の概要

後述するように、本事案の第三者については日出町住民の反対によって本事案の建設予定地へ移転した経緯があり変遷している。

土葬用墓地建設予定地に関する法律関係を前提にすると、本事案における行政主体は日出町（町長、町議会および同常任委員会を含む）である。一方、行政主体が下す授益的処分すなわち建設の許可を受ける私人は予定地の購入者であり、かつ、申請者でもあるイスラム教徒（別府ムスリム教会<sup>50</sup>を含む）である。そして、第三者としてその侵害的作用を受ける危険を事実上懸念するのは、建設予定地の下流にあるダムを飲料水の水源地として利用する杵築市住民（市長、市議会および山香町住民を含む）である。整理の都合上其々について「イスラム教徒」、「日出町」、「杵築市住民」とする。

本事案の概要は凡そ次のとおりである<sup>51</sup>。

当初、土葬用墓地の建設を推進するイスラム教徒は日出町南端地区の土地を購入し、その土地に100人分の遺体を埋葬する土葬墓地の計画を策定し、また、当時の区長はその建設に対して賛成の立場で複数回にわたって住民説明会を開催して理解を求めていた。ところが、これらの事前協議を重ねる中で、土葬墓地の約1200メートル先に水源地があり、この水源地について土葬墓地が原因で農業用水や生活用水の水質の影響が出ることが懸念した南畑高平地区（日出町）の住民が建設反対の陳情書を町へ提出し、2020年12月に町議会はこの陳情を採択した。一方、この間、町による仲介協議が同時に行なわれ、町議会議員を通じてイスラム教徒に日出町南畑の町有地が代替案として提示された。また、敷地内からの排水については、町道沿いに配管を新たに設置して300メートルほど下った所にある下切地区の水源地とは別の方向へ流す側溝を設け、その側溝の水は集落や水源地から離れた700メートル先の土地へ排出する計画に変更している。ちなみに、この町有地は日出町南端地区の土地より約700メートル北にある土地で、町道を挟んで隣接する大分トラピスト修道院の敷地内では30余年前の開設時から自治体の許可を経て修道士の土葬が行なわれている。そし

48 古典的な論点としては、死者名義訴訟がある。さしあたり朝日訴訟最高裁判決（最高裁昭和42年5月24日大法廷判決、民衆21巻5号1043頁）を参照されたい。

49 なお、この点については政教分離原則の運用を含め広く日本における宗教政策の課題である。当該原則（の運用）にかかわる諸論点については紙幅の都合上本稿では割愛する。

50 別府ムスリム協会（宗教法人別府ムスリム協会）は別府市に拠点を置く組織である（同協会のホームページ <https://japanese-religions.com/jr2320005003179/> を参照）

51 以下、断りをおかない限りすべて大分合同新聞の報道による。



て、新たな計画では、この町有地の雑木林を伐採して土地を造成し、76人分の遺体を埋葬するスペースと駐車場等を用意すると同時に、墓地内からの排水については前述したとおり町道沿いに配水管を新たに設置して約300メートル先の土地へ排出することで水質懸念に配慮したものにすることを言明している。第三者としてその侵害的作用を受ける危険を法律上懸念する日出町の先住民の意向を反映していると言える。

そこで2021年6月中旬に、ムスリム墓地計画の可否判断を近々行なうことを、日出町長が町議会常任委員会で表明する。実は、町長が表明した翌日にイスラム教徒は日本ムスリム協会や世界宗教者平和会議の関係者、野党議員を伴って厚生労働省に対して土葬墓地の建設に対する理解を求めて陳情書を提出し、国の責任によって信仰に基づく埋葬を実施できる公営墓地を全国を作るか、既存の公営墓地の一区画を土葬区画として整備することを求める等の活動を行なっている。ところが、同年12月になって杵築市山香町下切地区の住民が、本件土地の2000メートル下流にある飲料水の水源地である久木野尾ダムへの影響を懸念して反対の声を上げ始める。そのため、日出町は翌年1月に地元住民に対して本件土地の場所を示すとともに、町議会総務産業常任委員会に対して現地視察を実施し、敷地からの排水方法などの説明を行ない、理解を求めた。さらに同年2月には山香町住民に対して説明会を実施したが、そこでは下切地区区長が地区で作る生産物に対する風評被害を懸念するなど協議は平行線をたどった。

2022年3月中旬になって、杵築市住民は杵築市議会へ陳情書を提出し、提出された土葬用墓地計画の反対陳情を議会は全会一致で採択する。日出町の計画推進の意向と杵築市の計画撤回の意向という矛盾する団体自治の共生（問題）が顕在化した時機であると言える。これを受けて同年4月に杵築市長が日出町長と会談し「真摯な対応」を要請し、直接住民の不安や心配ごとをきちんと聞く「場を作ってもらえるのであれば話に行きたいと思っている」と応じた。その一方で、同時進行的に、日出町は同年5月に、土葬用墓地計画が条例で定める基準に適合するとしてイスラム教徒へ通知し、正式に申請されれば開設を許可することを表明する。この動きに対して杵築市住民は反発し、また同年6月には杵築市として質問状を日出町へ提出したり、日出町へ杵築市住民が陳情を提出するも、その陳情を日出町として継続審議としたりする<sup>52</sup>など日出町と杵築市住民の間に目立った進展は見られない。なお、矛盾する住民自治の共生（問題）へと進展した時機を迎えたとは言える。

このように地方自治の本旨を構成する2個の概念が動揺する音を響かせる中で、同年7月になるとイスラム教徒の窓口である別府ムスリム協会と日出町の住民との間で土葬用墓地の建設・利用に向けた合意書の作成にむけた協議が開始される。この動きに対して杵築市住民は約1300人の反対署名を日出町へ提出し、反発を強める。そこで日出町は、別府ムスリム協会の関係者も同席する中で杵築市住民に対してこれまでの経緯と概要を説明する機会を設けるものの、住民側からは「将来の子供たちのために遺恨を残すような決定をしてほしくない」「元の位置（当初の候補地）でやってもらいたい」などと現在の予定地での建設に反対する意見が相次ぎ、杵築市住民が本件土地を土葬墓地として使用することによる不安を解消できていないこと、依然として平行線をたどっていることを示して現在に至る。

以上、現時点までの経緯を時系列で整理すると次のようになる（表2）。

<sup>52</sup> この町議会定例会における議員による質問に対して住民生活課から「誠心誠意説明する」との回答や当初の候補地についてWHOの基準による判断をしていなかったとの回答、さらに本件土地の所有権移転について測量が行なわれておらず移転未完了であるとの回答などをふまえると、採否の判断ができる状況にないとの判断があったと思料される。

年	月	事実	評価	主に期待される効果
2018	12月	日出町南端地区の土地を購入	土地の売買取引	イスラム教徒 所有権の取得
2020	8月	日出町南畑高平住民が日出町に建設反対の陳情書を提出	従前の秩序が破壊される認識（懸念）の表明	日出町先住民 妨害予防請求権行使の根拠獲得
	12月	町議会が上記建設反対の陳情書を採用	住民自治・団体自治の確認	日出町、イスラム教徒 土葬用墓地建設計画案の修正・再考提案等
2021	6月	日出町町長が議会で土葬用墓地計画の可否を近々行なうと表明	行政処分の見通しの表明	日出町 許可又は不許可の判断
		「多文化共生公営墓地」創設の陳情書を厚労省に提出	陳情の提出 国の関与の促し	イスラム教徒 問題の提起、世論の喚起
	11月	日出町が議員を通じて代替案（町有地との交換）を提示	政治交渉・附帯条件の提示 「下切地区は対象でない」（町）	日出町 問題解決に向けた協議（行政裁量の行使）
		町有地（本件土地）との交換を承認	土地の交換 「両者の意思を尊重」（町）	イスラム教徒 所有権の獲得（未測量、移転登記未了）
12月	杵築市山香町下切区住民が反対を表明	第三者に侵害的作用を及ぼす可能性の示唆及び住民自治の反映	杵築市住民 妨害予防請求権行使の根拠獲得	
		他の地方公共団体に対する関与の促し	杵築市 団体自治に基づく関与の根拠獲得	
2022	1月	本件土地の場所を日出町先住民に提示	共通認識の獲得	日出町先住民 懸念の払しょく
		総務産業常任委員会委員が現地視察を実施	団体自治の反映	日出町議会総務産業常任委員会 日出町としての合意形成に向けた準備
	2月	説明会で杵築市山香町下切区住民に説明	共通認識の獲得	杵築市住民 懸念の払しょく
	3月	杵築市議会が建設反対の陳情書を採用	住民自治・団体自治の確認	杵築市 団体自治に基づく関与の根拠獲得
				杵築市住民 妨害予防請求権行使の根拠獲得
	4月	杵築市長が日出町長と会談	他の地方公共団体に対する関与	団体自治に基づく関与の根拠獲得 土葬用墓地建設計画案の撤回・再考提案等
	5月	建設計画は町の条例に適合すると表明	行政処分の見通しの表明	日出町 適正手続による合法性の獲得
	6月	議会議員が現地視察を実施	団体自治の反映	日出町 日出町としての合意形成に向けた準備
				杵築市山香町下切区住民提出の建設反対の陳情書を継続審議に
		議会定例会で水質影響はWHOの規準を参考にしたと説明	許認可等の基準の開示 「WHO規準に沿っていると見える」（議員）	日出町住民生活課 解釈基準ないし行政規則の合法性の獲得
		議会定例会で合意書の提出がなければ許可しないことを回答		日出町住民生活課 解釈基準ないし行政規則の合法性の獲得
	日出町高平区の住民と合意書に向けた協議を実施	行政指導に基づく附帯事項「地元住民との合意書の作成」の履行	イスラム教徒 附帯事項の充足	
従前の秩序が破壊される認識（懸念）の消滅		日出町先住民 妨害予防請求権行使の根拠喪失		
7月	杵築市上地区住民が約1300筆の反対署名を提出	第三者に侵害的作用を及ぼす可能性の示唆及び住民自治の反映	杵築市住民 妨害予防請求権行使の根拠獲得	
			杵築市 団体自治に基づく関与の根拠獲得	
	杵築市山香町住民にこれまでの経緯と概要を説明	共通認識の獲得	杵築市住民 懸念の払しょく	

表2：現時点までの経緯<sup>53</sup>

<sup>53</sup> 大分合同新聞の報道等から筆者が作成した。

### 三、検討

#### (一) 現行法との整合性

本事案の概要から明らかなように、許可申請書を日出町へ提出して獲得する行政処分＝土葬用墓地計画の許可の名宛人はイスラム教徒であるから、日出町土葬用墓地計画許可事案において授益的処分を受ける法主体はイスラム教徒である。一方、現時点における日出町の判断に照らせば、この行政処分によって侵害的作用を及ぼされる住民すなわち法主体は日出町先住民（高平区住民）である。但し、前述の経緯から推察されるように、杵築市住民にも侵害的作用が及ぶ可能性があると感じるからこそ彼らは建設反対の陳情書を提出したり 1300 筆余の反対署名を提出したり等の反対の声を上げている。したがって、第三者が誰なのかの問題が、本事案の根本にあることは明らかである。

理論上から言えば、本事案における基礎的地方公共団体は日出町と杵築市である。両者は独立しているため 2 個の法主体となる。そして、本件土地は日出町の区域内に存在するのだから、日出町先住民を第三者であると判断することについて理論上の誤りはない。この判断に立てば、本事案における法律関係はイスラム教徒－日出町－日出町先住民ということになる。そのため、イスラム教徒が土地の売買取引によって日出町南端地区の土地所有権を取得した後、私のものである土地を土葬用墓地として使用したいとして許可申請を日出町に行なうことは法令に基づく当然の振る舞いであるから、違法な行為では決してない。ゆえに、これを無かったかのように否定する言動は感情の問題にすぎない。その一方で、日出町先住民の建設反対の陳情が採択されて住民自治および団体自治による意思の確認としてこの使用申請を拒否したことは感情の問題でなく、法令に基づく当然の振る舞いであり、法的根拠を有する合法的な行為である。そして、この矛盾する中での現時点での落としどころが、本件土地であったと言える。したがって、「元の位置」すなわち日出町南端地区の土地について WHO の水質規準に照らして調査すべきであるという主張は感情の問題としては理解できるが、理論上の推移から言えば日出町先住民の建設反対の陳情の採択という事実を無下に覆すだけでなく、適正手続の無謬性を損なうことになるから採用できない。

ところが、實際上、本事案における法律関係には事実上の第三者というべき杵築市住民・杵築市が存在する。地理的に隣接し影響を受けるのであれば、問題の土地がいかにか自らの所属する基礎的地方公共団体の区域内になかったとしても、その危険を予防できないと制止され、かつ、鼎立できない自由の対立の発生が予見される状態であろうと放置せざるを得ないことを受忍させられるべき合理的理由は、当該区域外の問題のためという点に求めるしかない。そのため土地所有権に関する法的論理に照らしこの行政処分によって侵害的作用を及ぼされる住民として杵築市住民を第三者であると判断することは、理論上の誤りがないだけでなく、より正しい合理的理由に基づき法的根拠を有する合法的な行為であるように思料される。この判断に立てば、本事案における法律関係はイスラム教徒－日出町・日出町先住民－杵築市・杵築市住民ということになる。

以上のように法律関係から整理すると、理論上の対立が日出町内部で存在する段階と、日出町外部で存在する段階とに分離できることが分かる。そして上記 2 個の法律関係は共生しており、1 個の基礎的地方公共団体内の問題として処理することは「けじめを付ける」性質をもつ行政のプロセスの負の部分の部分が前面に出てくる可能性が大きくなると思料される。事

実として、本事案の概要から明らかなように、このように行政処分の名宛人の得る許可という授益的処分と2個の「第三者」に対して、その許可によってもたらされるかもしれない侵害的作用が共生する状況下において、日出町議会における質疑応答の中に政治的機能を組み込む質疑応答が点在しており<sup>54</sup>、基礎的地方自治体に関する行政法上の理論に基づき日出町内部の法律関係として処理する事実を積み重ねようとしている節がないとは言えない。

とはいえ、1個の基礎的地方公共団体内の問題として処理する行政プロセスの正の部分の前面に出そうと、日出町として努力している事実も確認できる。本事案の概要でも確認したように、日出町は行政処分を行なうための目安となる基準として「地元住民との合意書の作成」等の附帯事項をイスラム教徒に提示している。この事実を含む直接、間接に及ぶ日出町による指導は、本件土地における許可が二重効果的処分のあることを理解し、かつ、土地所有権に関する法的論理に照らして理想的な平和裏の関係を維持する本来の行政サービスの提供である。言い換えればこの授益的処分が無制約の自由を前提としたものではなく、自足の自由を前提とした附帯事項の提示であると言えること。そして、「住民」による平等主義の実践とも同調するものであると示唆される点は、現行法の下理論上の均衡点を探求する限りにおいて、合法的行政裁量の範囲内にある。なお、イスラム教徒が附帯事項を充足し、かつ土地の移転手続きにかかわる所定の手続きを完了すれば、許可を与える事に対して適正手続上の誤りもない<sup>55</sup>。そのため結果として行政のプロセスの負の部分の前面に出やすいことは否めないから、附帯事項の内容に日出町外部で存在する理論上の対立を組み入れて、2個の法律関係を事実上統合して処理しようとする一連の動向につながっていると言える。

では、もう1個の「第三者」に対する侵害的作用について、すなわち日出町外部の法律関係についてはどうか。対象住民でないとの立場を採るならば、この行政処分によって侵害的作用を及ぼされるとしても、杵築市住民は住民ではないため行政法ないし地方自治法上の理論からすれば、将来日出町と杵築市との自治紛争処理として対処する可能性がないわけではないが、それを除くと現時点で日出町が対処する責任はない。しかし、土地所有権ないし民法の法的論理からすれば、例えば下切地区の生産物に対する風評被害を懸念したり飲料水の汚染を懸念したりといった声を本稿でも確認するところであるから、日出町が「誠意のある対応」をする責任がないとも言えない。なぜならば、この危険を予防ないし除去すべき責任は第一義的には所有権を有するイスラム教徒に、その後隣人、日出町へと及ぶことになるからである。

事実として、本件土地の隣地における土葬の歴史から杵築市住民に対して説明を尽くすという現時点で採り得るべき方法を日出町が行使中であることは、杵築市住民から日出町議会へ提出された建設反対の陳情書を継続審議としていることと連動している。確かにあくまでイスラム教徒と杵築市住民との協議を通じた合意すなわち杵築市住民の「平和な」空間の脅威にならないことを共通認識として獲得することが「自分の土地」の所有者の責任であるから、日出町が積極的に関与すべきか否かは意見の分かれるところではある。しかしながら、

---

<sup>54</sup> なお、日出町議会における質疑応答の前提には日出町として町有地であった本件土地を代替案として提示し2021年11月に両者すなわちイスラム教徒および日出町先住民の合意を得ている事実がある。この前提事実立つからこそ、対立する法主体のどちらか一方に肩入れをし、強引に事を進めているふうに対外的に映ってしまう可能性も大いにある。

<sup>55</sup> 許可を獲得した後に発生する可能性のある危険および法的問題等については後述する。

日出町が積極的に関与するとしても、それは「自分の土地」を処分する段階においてその土地の営みを不断に継続させる楔の一助を成すものであると言えるし、日出町が積極的に関与すべきでないとしても、事実上の第三者だからといって事実上の関係を放置して良い道義的責任がないわけではないし、許可を与えた後は当該受益者であるイスラム教徒は日出町の「住民」になるわけであるから、地方自治の本旨に照らして明らかな違反行為に及ばない限り日出町が関与することに対して理論上の誤りとはならない。

一方、杵築市との法律関係で見ると、本件土地で将来発生する危険を除去する責任が広域に及ぶことを想定して検討する必要がある。現時点では、町有地の測量等の所定の手続きが停滞しており所有権の移転が未了であるためその全てに言及することは困難である。しかし、前述したように普通地方公共団体相互間の紛争の場合は自治紛争処理委員による処理を現行法の制度は予定している<sup>56</sup>。また、都道府県知事には公共の福祉の見地から必要がある場合に墓地等の施設の使用の制限ないし禁止を命じる権限および墓地等の経営許可を取り消す権限が付与されていることから、自治紛争のリスクと都道府県知事の関与のリスクがあることは間違いない。なお、国の関与を指摘する言動もあるが、国と普通地方公共団体の関係が対等・協力の関係に立つ形へと変化した歴史（後述する）を鑑みると、自治紛争のリスクに集約しなければその論理整合性を損なうことになるため首肯できない<sup>57</sup>。

## （二）法学理論と実際

では、理論上の均衡点と実際上の均衡点の許容範囲について、どう評価できるだろうか。

第1に、適正手続上の検討は不可欠であるが、この要素が是非の判断となる場合は違法な事実が証明される場合に限られる。それは論理整合性が欠如する場合である。そうすると、日出町が町議会における質疑応答を通じて言明しているように、杵築市住民は「住民」の対象でないとの判断に立って地方行政を遂行するならば、前述したとおりの理論上の均衡点の範囲内で粛々と処理してゆくことは中立公正な公僕である様子を内外に示し、適正手続上の問題は生じない。また、既存の法体系の破壊であるとも評価されないように、本件土地に隣接する大分トラピスト修道院の敷地内で30余年前から土葬が行なわれ、これまで水質問題が発生したことはないという（歴史的）事実や、報告書が作成された条件は異なるもののWHO規準に沿った土地の選定であるとも言える間接事実が無謬性の原則を補強している。要するに、本件土地の法律関係について適正手続上の問題と評価できる余地はない。

第2に、地方自治の本旨からの検討も必要であるが、住民自治における住民の再定義の問題や団体自治における団体の関係性、さらには広域連携の問題を指摘できる。前者については、日出町先住民と杵築市住民は、それぞれ異なる基礎的地方公共団体を構成する住民である。そのため異なる基礎的地方公共団体を構成する住民の、住民自治を体現する建設反対の陳情書や質問状の提出は団体自治を体現する一部ということになる。つまり、本件土地をめぐる示された2個の団体自治の体現は地方自治体間の対立であり、近年近視眼的に注目

<sup>56</sup> 地方自治法 251 条参照。

<sup>57</sup> 後述するように、多文化共生公営墓地の建設政策として推進することは「国の関与」というよりも国政上の政策判断であるから、ここに言う一連の言動とは前提が異なる。

されてきた国と地方自治体間の対立とは次元を異にするものである。ここにいう団体自治における団体の関係性の問題は、歴史を無視した政治の暴走から生じた地方分権改革の傷跡であり、国と地方自治体間の対立という今後の修復的課題とは別の課題を示唆している。

そもそも地方分権改革は国と地方公共団体の関係性を上下ないし主従の関係から対等ないし協力の関係を基本とする構造に転換させることを目指したものであり、その流れから制定施行された地方分権一括法（1999年）による機関委任事務制度の廃止はその象徴である。対等ないし協力関係に立つため普通地方公共団体に対する国・都道府県の関与は「その目的を達成するために必要な最小限度のものとする」とともに、普通地方公共団体の自主性及び自立性に配慮しなければならない」とし、比例原則の適用を明確にしている<sup>58</sup>。しかしながら、本件における団体自治の団体の関係性は国と地方ではなく、地方と地方であって、比例原則の適用に親和しない問題が提起されていると見るべきである。

第3に、行政法学自体の検討も必要である。例えば行政処分と行政サービスの連動性からの検討は従来の理論には見られず、「法と経済学」的な視点からの検討が不可欠である。墓地経営（行政サービス）という観点から見ると、1個の基礎的地方公共団体における墓地経営の持続性に懸念がある。この原因として無縁墓地ないし無縁化の問題は従来から指摘されているが、近年では「墓仕舞い」による空き墓地の増加であったり、葬制の多様化や荒れ墓などによる墓地内トラブルの回避であったりという指摘も見られるようになった。

これら顕在化した諸現象の原因を一覧してみると、その根本の原因として埋葬許可申請の条件が厳しいことを挙げる事が出来る。有限の行政サービスを効率よく提供するために申請条件を設定することは道理である。墓地経営について言えば、例えば死亡時において当該地方自治体内に在住していることや日本国籍所持者に限定することも道理であるし、敷地面積の制約から火葬に限定する等の条件設定もやむを得ない合理的な理由である。そうすると、仮に遺族が遠方に在住している場合、墓参りをするために数百キロ移動したり、宿泊を伴う墓参りになったりという負担から「墓仕舞い」を選ばざるを得なくなるかもしれない。これは数百メートル先へ排出するといった事案よりも遥かに大きな負担を強いるものであることに異論はないのではなかろうか。そして、この物理的負担によって自らの信教の自由の不行使を選ばざるを得なくなるかもしれないことも想像に難くない。なお、一般にイスラム教徒用の土葬可能な主な墓地として知られているものとしては、下表3の10余件しかない。この点について言えば、本件土地をめぐるイスラム教徒が主張することは、自らの信教の自由の不行使を選びたくないという法的意思の表明であり、かつ、（個人の）信教の自由に限定して言えば、現行憲法の趣旨を遵守する合法的な振る舞いである。

以上から明らかなように、適正手続からの要求も、地方自治の本旨からの要求も、そして行政法学からの要求も実際の要求に対する答えを用意していない。一方、現行法との整合性を辛うじて維持していると言える原因は、行政の現場が、この間隙を、能力主義の下職員の知識や技術を動員して埋め合わせている実態が存在するからである。言い換えれば、現行の理論が実際上の均衡点の範囲の是非を評価できるものに適応していない事態を放置しつつ、その穴埋めを現場で従事する個々の公務員の能力に無理強いしている。

---

<sup>58</sup> 地方自治法 245 条の 3 第 1 項参照。

	墓地名	場所
1	よいち霊園	北海道余市町
2	谷和原御廟	茨城県常総市
3	本庄児玉聖地霊園	埼玉県本庄市
4	多摩霊園	東京都府中市
5	八王子霊園	東京都八王子市
6	横浜外国人墓地	神奈川県横浜市
7	文殊院・イスラム霊園	山梨県甲州市
8	清水霊園イスラーム墓地	静岡県静岡市
9	外国人墓地	長野県軽井沢町
10	大阪イスラミックセンター橋本墓地	和歌山県橋本市
11	神戸市外国人墓地	兵庫県神戸市

表3：イスラム教徒用の土葬可能な主な墓地<sup>59</sup>

### (三) 行政処分の現代的意義

とはいえ理論が実際に適応しないことは常々指摘されることであるから、それを具体的に反映させてみることで、その現代的意義を明らかにしたい。本事案における「行政処分」についてみると、その理論上の均衡点は現代日本の楔となる（土地）所有権の考えを前提とし、公衆衛生を含む国民の感情に適合するもので、かつ、他者を害さない限りにおける葬制を実施する自由・信教の保障を通じて、人（間）の交わりと土地の営みの統合を維持するところの探求の結果である。そして、その平和裏の関係を維持するために行政（権）、特に基礎的  
地方公共団体による行政処分なり行政サービスなりが存在し、その探求の結果を支えることが予定されている。では、理論を実際に適応させるために必要な要素は何なのか。

適応できない要素を整理すると、主に以下3個の要素の革新が必要であることが分かる。第1に、所有権の要素に属するものである。本事案の検討から、土地の所有権が基礎的  
地方公共団体の区域を前提とするものであって、隣接区域となる別の基礎的  
地方公共団体の区域の土地に対する影響が、行政区分（という境界）によって断絶していることは明らかである。また、住民自治における「住民」も同様で、この断絶の影響を受けている。土地の営みも人の交わりも法・国家が定める行政区分により分断されているわけであるが、いずれも共存＝単独独立できる要素ではなく、共生＝相互依存する要素である。

要するに、法・国家により定義された行政区分や住民の概念を前提とした理論が適応できない原因である。したがって、従来の行政区分や住民を革新する必要がある。人の交わりに基点を置いて住民自治（概念）を再定義し、また、土地の営みに基点を置いて団体自治（概念）も再定義することを通じて地方自治の本旨（概念）を革新しなければならない<sup>60</sup>。

<sup>59</sup> 関連資料および聞き取り調査などから筆者が作成した。

<sup>60</sup> 最終的には行政文書にその記録を十分に留められるものが望ましい。この点については理論上の課題というより実践上の蓄積経験から帰納する手法を採るのが合理的であろう。

第2に、公衆衛生を含む国民感情に属するものである。たとえ信教の自由が日本社会で生活する全ての人に保障されるとしても、『コーラン』に照らして異教徒に残される選択肢が改宗、服従および死しかないのだとすれば、イスラム教の教義を日本社会で肯定することは即他者の信教の自由を侵害することになるから理論上当然に肯定できない。しかし行政処分が下される過程の中で生じる関係者各位の葛藤等の精神的負担を軽減し、その後の効果的なケアを通して共生へ導く心理学上の課題や遺体衛生保全（エンバーミング）の導入等の衛生学上の課題に取り組むことによって1個人（間）単位の信教の自由を共生させる可能性が全くないわけでもない。集団・組織体と個人の明確な区分を個々の人（間）が共通する常識として修得することが必要である。一方、この常識が十分に修得されていない状況において行政（機関）が取り得る態度・姿勢を公務員の個人的能力に依存すべきでもない。

ここでは、文面に依拠することなく分業という形で関係する他の学問の知見を適宜組み込みつつ先住民との間の格差の解消を導こうとする現在の地方行政のあり方（行政裁量も含む）をベースに、関連する専門的知見を行政基準にどう落とし込んでゆくか。あるいは専門家・専門委員会へ諮問して得た応答をどう可及的速やかに行政指導に反映させていくかが問われている。ここでの適応できない原因は、行政処分は「受理した行政文書を直接的に取り扱う行政主体の単独行為」として原則処理する従来の理論にある。そのため間接的に関与する非行政主体との合同行為として処理する例外を例外としない行政（概念）が必要である。現代社会における行政の果たす役割をふまえた行政権（概念）の革新が課題である。

第3に、他者を害さない葬制の実施に属するものである。埋葬による感染を予防するため前述したエンバーミングの義務化や多文化共生公営墓地の建設、墓地経営の広域連携といった具体的な内容を総合的に検討する必要がある<sup>61</sup>。これらの問題は、行政から見た場合個人レベルから集団・組織体レベル、国家レベルまで多岐にわたる。例えば、エンバーミングの実施を附帯事項として要求することは個人レベルの問題に基本的にとどまるが、これを（エンバーミングの）義務とするならば集団・組織レベルの問題となるから、法的根拠が必要となるだろう。しかし同時に、エンバーミングを施した遺体については土葬を許可することが国家として、本稿で確認したところのイスラム教の論理を承認することにならないとも言えない<sup>62</sup>。また、基礎的地方公共団体単位での墓地経営が困難になりつつあることや遺族の墓参りの負担などから墓仕舞いの傾向が生まれており、この点から言えば、墓地経営の広域連携や墓地経営の民営化を推進することは合理的な選択肢である。

とはいえ、そもそもの行政の責務に立ち返ってみると、対立・格差の最大限の解消すなわち、対立の処理を担うことが行政の責務であったはずである。そうすると、例えば排水による水質汚染の懸念について、どんな科学的根拠が示されようとも地理学の知見からの説明を受けようとも人（間）の感情として納得できる時を迎えることはないと認識する時に、行政の責務をどう果たすのかが問われることになる。そして、これは政治（の判断）であり、熟議民主主義の今日的課題であろう<sup>63</sup>。第一義的には理論上の問題でないが、そうであるから

<sup>61</sup> エンバーミングを施すことが宗教的に受忍できるか否かは個々の信仰する教えによる。この点については（比較）宗教学の知見を待ちたい。なお、『コーラン』に照らして受忍できるか否かの回答は脱稿時点で得られなかった。

<sup>62</sup> 多文化共生公営墓地の建設はこの意味で、本稿で確認したところのイスラム教の論理を国家として承認することにはならないから推進すべきであるとの主張がある。

<sup>63</sup> 熟議民主主義については、さしあたりユルゲン・ハーバーマース著（河上倫逸＝耳野健二訳）『事実性と妥当性（上）』未来社2002年を参照されたい。



とって、中立公正であれという職業倫理や適正手続の順守だけでは適応できないことも確認したとおりである。要するに、行政の責務に照らして目の前に現れる行政処分の許否判断において、その判断を導くための対立の処理に対して主体的に関与できるかどうかを対外的に告示できる線引きは必要である。公務員（概念）の革新は理論上の課題である。

#### 四、今後の課題

本稿を脱稿する時点で本事案の行政処分は下っていないが、近い将来日出町はその判断を迫られるのは間違いない。イスラム教徒が日出町の示した附帯事項を充足すれば、現行の制度に照らせば適正手続の要請の下許可するほかないからである。また、杵築市や杵築市住民が提出した質問状に対する回答や陳情の採否についても近い将来日出町はその判断を迫られよう。これらの回答や採否の保留は行政不作為の問題を新たに引き起こし、仮に拗れる事態となれば、裁判所による行政不作為の認否が本事案の行政処分の取り消しを求める抗告訴訟に発展し得る余地が残るからである。この意味で、行政処分を行なうべき期日は刻一刻と迫っていると言える。同時に聞き取りおよび文献調査を通じて異口同音に確認できることは「複雑で、どんな結末になろうとも遺恨を残すことになる」であり、人を惰性的服従に追いやるには十分な言葉が行き交っていることも事実である。

紛争は処理できるだけであり解決できるものでないと理解する立場に立つ私としては、どんな結論も妥協の産物にすぎないから1個の真理であると考えているところであるが、本事案に係わる人々が見せる交わりと土地の営みは法的交渉を手控えながら熟議を重ねる姿でもあり、現場では最善を尽くそうと個々の努力が日々注がれていると推察される。（推進、撤回を問わず）関係者の全員に対して敬意を表すると同時に、この真理を否定する結果が生まれる期待も残しているように思う。言い換えれば、本事案が日本社会において多文化共生社会を実現できるかどうかの一里塚である。適応できない理論上の課題の一部を浮き彫りにすることは、本稿における若干の考察からも確認されたし、それが行政処分の現代的意義の考察を通じて行政法学上の概念の革新にあることも明らかとなった。

残された課題ではなく、「今後の課題」とした理由は、脱稿時点で本事案の行政処分がおこなわれていないことも考慮しなかったわけではないが、これは微々たる理由にすぎない。現在進行形だからこそ行政処分がおこなわれた後について未検証であることが、今後の課題を選んだ比較的大きな理由である。しかし最も大きな理由は、次の理由である。

検討を通じて痛感することは、法学および法律学とは異なる別の学問上の知見と連鎖させる必要である。現代日本に適応しない既存の体系的知識の革新は、専門分野の垣根を越えて関連して取り組まなければ達成できそうにない。同時に、行政法学上の概念の革新が異形の学問への変容でないことを常に警戒するためには、その学問を基盤とする社会・法の考察が無ければ検証の術がないだけでなく、解（ほど）けそうな楔を強化することにもならない。

以上を俯瞰してみると、行政処分をめぐる問題は、法学・法律学にとどまらず、政治学、経済・経営学、人文・地理学、福祉・心理学、教育学など多岐にわたる領域を動員して取り組む問題である。そして、これを「総合政策」研究として取り組むことは、これまでの学術の体系や方向を変革させることを先導することになるだろうし、実際に適応する学術水準を満たす理論の獲得につながる研究領域の創成へと展開してゆくことも期待される。一方この課題に

取り組むとすれば、もはや個人の力量で対処できるものでなく、多様な研究者の共創と協働によって対処するほかない。このように日出町土葬用墓地計画許可事案は、極めて重要な現代的意義をもつ事案であると痛感したから、今後の課題なのである。(了)

## 参考文献

### 書籍

- 荒木田岳著『村の日本近代史』筑摩書房 2020 年  
飯山陽著『イスラム教再考』扶桑社 2021 年  
井上一明著『ジンバブウェの政治力学』慶應義塾大学出版会 2001 年  
大林太良著『葬制の起源』角川学芸出版 2008 年  
掛谷英紀著『学問とは何か』大学教育出版 2005 年  
川島武宜著『新版所有権法の理論』岩波書店 2009 年  
佐道明広著『沖繩現代政治史：「自立」をめぐる攻防』吉田書店 2014 年  
塩野宏著『行政法 I [第 6 版] 行政法総論』有斐閣 2018 年  
末弘巖太郎編『行政法 I』日本評論社 1936 年  
杉島敬志編『土地所有の政治史：人類学的視点』風響社 1999 年  
田中成明著『現代法理学』有斐閣 2011 年  
田中二郎著『行政法』弘文堂 1974 年全訂第 2 版  
藤村泰夫＝岩下哲典編『地域から考える世界史：日本と世界を結ぶ』勉誠出版 2017 年  
吉原祥子著『人口減少時代の土地問題：「所有者不明化」と相続、空き家、制度のゆくえ』中央公論新社 2017 年  
アルノ・バルツィ著（河上倫逸＝嶺秀樹監訳）『法哲学の根本問題』以文社 1998 年  
E. エールリッヒ著（河上倫逸＝M. フーブリヒト共訳）『法律的論理』みすず書房 1987 年  
グレン・D・フック「外来語の政治学」『内なる国際化』三嶺書房 1988 年増補改訂版  
サミュエル・ハンチントン著（鈴木主税訳）『文明の衝突』集英社 1998 年  
ユルゲン・ハーバーマス著（河上倫逸＝耳野健二訳）『事実性と妥当性（上）』未来社 2002 年

### 論文

- 井寺美穂「行政責任・行政統制の変容と「行政倫理」」『アドミニストレーション』第 22 巻 2 号 2016 年  
伊藤泰「「公共の福祉」の公共選択的基盤」『北海道教育大学紀要 人文科学・社会科学編』70 巻 1 号 2019 年  
鵜飼幸雄「「公務員」という言葉」『立命館法学』327・328 号 2009 年  
吉田修平「サービス付き高齢者向け住宅制度の意義・内容と今後の課題について」『都市住宅学』93 号 2016 年  
ハンス・プリュッティング（安達栄司訳）「手続的正義：民事訴訟における実体的正義と手続的正義に関する一考察」『成城法学』71 号 2004 年