

令和元年6月28日現在

機関番号：32101

研究種目：基盤研究(C) (一般)

研究期間：2016～2018

課題番号：16K03266

研究課題名(和文) 墓地埋葬法の再構築 - 家なき時代の葬送秩序の確立に向けて

研究課題名(英文) For Reconstruction of Burial- Cemetery Law -Reestablishment of the funereal system after le- age.

研究代表者

森 謙二 (MORI, KENJI)

茨城キリスト教大学・その他部局等・研究員

研究者番号：90113282

交付決定額(研究期間全体)：(直接経費) 3,300,000円

研究成果の概要(和文)：全ての死者は「埋葬」される権利をもつ。たとえ、死者にアトツギ(子孫)がいなくても、「埋葬」される権利を平等に保障するべきであるし、死者は、「社会の子」として、家族によって閉じ込められるのではなく、尊厳性をもって「埋葬」されなければならない。

日本の伝統的な葬送とは、「家」制度を前提にし、子孫によって遺体や遺骨を保存・承継していくシステムであった。しかし、「家」の存続が困難になり、少子化により子孫の確保が困難になったとき、新しい葬送のシステムを構築する必要がある。それが「埋葬義務」の観念を踏まえた新しい墓地埋葬法の再構築であり、全ての人が安心して死ぬことができる社会装置の構築である。

研究成果の学術的意義や社会的意義

少子社会の中でアトツギの確保が困難な家族が増加し、その中でアトツギを必要としない葬法が提案され、近年では先祖の墓を掘り返して「墓じまい」をすることが美徳であるかのような風潮も生まれている。

現行墓地埋葬法は、死者は家=家族によって保護されるべきだとしたが、現在その家の存続が困難になり、死者を保護する装置がなくなった。しかし、人間は社会の中で生きているのであり、その死者は社会の中に位置づけられなければならない。新しい墓地埋葬法は、全ての人を死後の不安から解放されるように、近親の家族・地方公共団体・国家の協働の中で、死者の保護=「埋葬義務」の原則を踏まえた新しい葬送の枠組みを構築する必要がある。

研究成果の概要(英文)：All the dead have the right which is buried. Even if the dead don't have ATOTSUGI (descendant), People have to be buried with the dignity which should secure the right which will be buried equally, not to be shut in the family, as "social child".

Japan's traditional funeral was based on the "IE(house)" system, and was a system that preserves and inherits his or her the bodies or ashes by the descendant. But when the continuation of "IE-system" and the securement of the descendant in the low birthrate became difficulty, we are necessary to build the new funereal (burial- cemetery) system; the reconstruction of the new burial- cemetery law on the basis of an idea of "the burial obligation" and the construction of the society devices which all people can die in peace.

研究分野：法社会学

キーワード：墓地埋葬法 埋葬・火葬 埋蔵・収蔵 新しい葬法 埋葬義務・埋葬強制 祖先祭祀 死者の尊厳性 墓地

## 1. 研究開始当初の背景

(1) 1990 年前後までは、日本の墓地埋葬の秩序は、祖先祭祀 刑法典 「墓地、埋葬等に関する法律」(以下、墓地埋葬法という)のトライアングルによって維持されてきた。しかし、国民の祖先祭祀の意識は変貌し、祖先を敬うことよりも、個人の意思(死者の自己決定)を尊重すべきだとする考えに変化してきた。また、弔意をもっておこなう散骨は違法ではないとする「法務省見解」の影響もあって刑法による規制も機能しなくなった。さらに、新しい葬法、すなわち合葬式共同墓・樹木葬・散骨といった新しい焼骨の処理方法も、墓地埋葬法の想定外の葬法として展開しており、法の空洞化あるいは法の空白が生じるようになった。

(2) 葬送の秩序と深く関わってきたのは民法第 897 条の祭祀条項である。「家」制度の影響を色濃く残してきた祭祀条項は、「家」制度の影響から脱しようとする法解釈の展開によって、結果として「法の空白」領域を作り出してきた。

(3) 跡継ぎの確保が困難になると、「家」制度を前提にした「墓」の永続性も確保できなくなる。当初の「無縁墳墓改葬」制度は、1932(昭和 7) 年に例外的な処置として定められたが、現在の少子化のなかでは誰もが無縁改葬される可能性をもち、墓地経営の健全化のための制度であっても、他方では墓地使用者が安心して「ねむる」こと = 墓地使用の永続性も阻害するようになった。

## 2. 研究目的

(1) 現行の墓地埋葬法が、土葬を前提とした制度であり、「家」制度を前提として祖先祭祀の観念を踏まえ、公衆衛生政策や曖昧な宗教感情を指導原理とした法の体系であるのに対し、新しい墓地埋葬法は、理念として、死者の保護を目的とした「埋葬義務」「埋葬強制」を位置づけることにより、全ての国民が安心して死ぬことができる 枠組みを位置づける必要がある。

(2) 現行の墓地埋葬法は行政法規として行政手続きを定めた法の体系と説明されるが、現実には国民の墓地の自由な新設が制限されており、無縁墳墓改葬制度にみられるように墓地の使用の永続性が事実上制限される等、国民の権利を制限する法律になっている。加えて、墓地経営者と使用者の関係も平等ではないので、墓地経営者の責務を明確にして、墓地使用者を保護する枠組みも構築しなくてはならない。

(3) 寺院の経営する墓地が、いわゆる「寺院墓地」と戦後の「事業型墓地」に区分されるようになった。特に、家を基盤にした檀家制度に基づく「寺院墓地」について、使用者(個人)の「信教の自由」と家を前提とした寺院の「信教の自由」の間で対立が起こるようになり、墓地埋葬法第 13 条の「正当の事由」をめぐる議論が行われるようになった。

## 3 研究の方法

(1) 本研究は、墓地埋葬法の再構築(改正)を踏まえて、現行の墓地埋葬法の問題を明確化するために私法(民法)・公法(憲法・行政法)の研究者を招き、研究会を開催した。その研究会は、次のようなものである。この報告・討論の内容は HP で公開する。

第 1 回研究会(金沢勤労者プラザ)平成 28(2016)年 8 月 6~7 日

・テーマ 墓地使用権について

第 2 回研究会(熊本県人吉市華の荘リゾートホテル)平成 29(2017)年 2 月 9~10 日

・テーマ「見なし墓地」

第 3 回研究会(新潟市新潟駅前オフィス)平成 29(2017)年 8 月 19~20 日

・テーマ 「埋葬義務」について

第 4 回研究会(京都大学法学部本部)平成 30(2018)年 2 月 10~11 日

・テーマ 政教分離と信教の自由

第 5 回研究会(岩手県一関市知勝院)平成 30(2018)年 8 月 30~31 日

・テーマ 刑法と墓地埋葬法

第6回研究会（東京都功德院）平成31（2019）年3月2日

・テーマ これまでのまとめと今後について

(2)墓地経営の現状について、その問題点を把握するために、アンケート調査を行った。この報告・データについては、HPで公開する。

市町村アンケートについて

寺院アンケート

## 4. 研究成果

### (1) 墓地使用権の法的性格

墓地として使用する許可は土地に対して与えられるものではなく、法律上は人＝墓地経営者に与えられるものである(墓地埋葬法第5条)。すなわち、墓地新設の許可権限をもつ所轄官庁(現在は市町村)が墓地経営者に与える許可であり、墓地経営者は当該の土地を墓地として申請・許可を受けて、はじめて墓地として使用することが可能である。所轄官庁から墓地経営者に与える許可は、いわば墓地使用者に対して墓地使用権を付与する権限を与えられたものと考えられるので(換言すれば、その許可によって墓地経営者は住民(＝市民)に墓地使用権を設定することができるので)墓地新設の許可の法的性格について「特許」あるいは「特許に類する許可」と位置づけることができる(第2回研究会・重本達哉報告を参照)。墓地経営者は、その与えられた「許可」に基づいて、第三者(他者)＝墓地使用者に墓地使用の権利を付与するのであり、その権利のことを「墓地使用権」と呼ぶ。

墓地(墓地区画)使用の契約は、一般には墓地経営者と墓地使用者によって結ばれる。しかし、この墓地の使用契約は、墓地の特殊性に基づき、民法上の契約自由の原則は大幅に制限され、墓地利用に内在する特殊な制約を受けることになる。

墓地経営者と墓地使用者の契約は、墓地経営者が使用権を設定することができるという特殊な権限を持っているので、対等な地位に基づく当事者間の契約とは言えない。このために墓地経営者はその契約において一定の制限を受け、弱者としての墓地使用者はその権利擁護のために一定の保護を受ける必要がある。

墓地の使用者という場合、旧使用者は時の経過とともに彼は死者となり、新しい使用者にその地位(承継者)を譲ることになる。旧使用者と新使用者の関係は一般には親子関係(父と祭祀承継者)として登場するが、両者をつなぐ思想が先祖と子孫に基づく「祖先崇拜」の思想であった。両者が祖先崇拜で結ばれるかぎり、子孫が死者(先祖)を保護するという関係は当たり前のこととして維持されてきた。しかし、祖先崇拜の思想が後退してくると、両者の良好な関係が崩れ、死者の尊厳性を脅かすような事態が起こってくる。それを端的に表現するのが、「改葬」という名目で行われるいわゆる「墓じまい」である。旧使用者(先祖)と新使用者(子孫)の関係が崩れてくると、死者の保護を目的とした新しいルールが必要となる。つまり、墓地の使用権者は、当該の墓地区画の使用権を持つと同時に、伝統的に墓地に納骨された死者達(祖先)を保護する役割も担ってきたが、その新使用者が死者の保護の役割を果たさなくなっている。法的な強制がなければ、死者達を保護することが困難な時代になってきた。ここに、墓地の使用契約の特殊性があり、死者の保護あるいは死者の尊厳性を強調する理由がある。

現行の墓地埋葬法には、墓地経営者の利益を擁護する規定がある。その一つが「無縁墳墓改葬制度」(墓地埋葬法施行規則第3条)である。もともと墓地使用は永代使用を前提としてきたが、墓地の荒廃化を防止するために無縁改葬が容認された。そのことが結果的には墓地経営者の利益と結びついた。他方、この制度によって、墓地使用者に何らかの利益がもたらされた訳ではなく、かえって使用者の不安を煽り、墓地利用の永代としての権利を阻害した。このような墓地使用者の権利の制限を、法律ではなく、施行規則によって規定するのは問題だと言わざるを得ないが、それを別にしても、現行の墓地埋葬法が墓地経営者保護の規定を置いているにもかかわらず、

墓地経営者の法的責任について何も規定されていないことは、片手落ちのように思える。無縁墳墓改葬のときに、残された無縁の遺骨をどのように処理すべきなのか、そのことさえも墓地埋葬法は規定していない。家族等による遺骨の保存・承継が困難になり、多くの人々が遺骨の行方に不安を持つようになっている現在、少なくとも墓地経営者により無縁になった遺骨の管理義務を明確にすべきであろう。このことは、墓地経営者は一定の手続きを経なければ、たとえ無縁になった墳墓についても墓地使用契約を自由に解除できないことに繋がっていくだろう。

現行の墓地埋葬法において、墓地使用に関する規制が全くない訳ではない。墓地埋葬法第13条における埋葬・埋蔵・収蔵・火葬の求めに対しての墓地管理者(経営者)の「応諾義務」を定めた条文である。この規定が問題になるのは、多くの場合「寺院墓地」においてであるが、墓地埋葬法において唯一の使用側の側に立った規定と考えるべきだろう。この問題は、信教の自由との関連でも議論されることになる。

## (2) 「無許可墓地」について

ここで「無許可墓地」とは、新旧の墓地埋葬法等の許可を受けていない墓地をさしているが、ここでは、法制定以前から存続している墓地にもかかわらず、法の許可を受けていない墓地であり、今日まで使用され続けている墓地を「慣習法上の墓地」と呼ぶ。法制定以降、法の「許可」を無視して設けられた墓地＝「違法墓地」とは区別したい。現在、多くの「無許可墓地」が存在しているが、その実態は明らかではない。私達の市営墓地アンケートでも、72%の市町村がその実態を把握していない。多くの「慣習法上の墓地」が現在に至るまで放置されていることは、当該墓地の利用者に責任があると言うより(責任がない訳ではない)、都道府県や国に責任があると言わなければならない。

都道府県の責任は、近年に至るまで墓地新設との認可権をもちながら、「慣習法上の墓地」を放置したことである。

国の責任は、墓地埋葬法の中に墓地台帳を位置づけていないことである。墓地を「許可」を受けた区域と定義しながら、国民の権利義務に関わる問題でありながら、墓地として許可を受けた場所がどこにあるかを公示する手段を持たなかったことである。つまり、墓地台帳の位置づけが曖昧なまま今日に至っている。

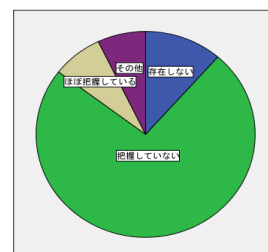
以上のことから、「慣習法上の墓地」については、国・都道府県・市町村の協働作業の中で法律上の許可を与えていく必要があり、それが墓地全体の整備に繋がっていくものと思われる。その許可を与えていく規準は墓地新設と同じものである必要はなく、「慣習法上の墓地」であったことを踏まえ、その許可基準を条例によってそれぞれの都道府県及び市町村が作成すべきではないだろうか。

## (3) 「埋葬義務」について

「埋葬義務」は、これまでの墓地埋葬法において前提になっていた「祖先祭祀」に代わる新しい理念・原則である。西欧でもキリスト教の伝統にかわって、より普遍的な原則が墓地埋葬法の理念として定着したように、日本の墓地埋葬法でも祖先祭祀の伝統の変質を踏まえて新しい理念として再構築されるべき原則である。

「埋葬義務」は、死者の保護を目的とし、「死者は埋葬しなければならない」という理念をもった原則である。全ての死者は「葬られる」権利を持つ。ここで「埋葬」とは、死の瞬間から納骨までの一連の行為や儀礼であり、したがって民法第897条でいう「祭祀」と「埋葬」を概念上区別すべきである。また、この「埋葬義務」は埋葬義務者に課せられるものであるが、現行日本のようにその義務を祭祀承継者一人に負担させる必要はなく、その義務を第一義的には「近親の

図1 無許可墓地の状況



親族」が負担することになるにせよ、「地方公共団体」「国」はそれぞれの役割を分担し、協働して死者の尊厳性を保持しなければならない、と考えている。

「埋葬義務」の問題として、三つのことが議論されなければならない。一つは「埋葬義務者」としての「近親の親族」とは誰かという議論である。一般的には、配偶関係や親子関係がここに含まれるが、死者と親密な関係にある人々を中心に構成される。第二は、「埋葬」費用の負担者である。「埋葬」費用は、原則的として相続財産から負担することが望ましく、相続財産がない場合には死者の扶養義務者、義務者が負担できない時には社会保障制度を活用すべきであると考える。第三に、「埋葬」特に葬法についての決定者である。原則としては、死者の社会的地位にふさわしく、公共の福祉に反しない限り、死者の意思を尊重することが基本になるだろう。

死者は墓地に 埋葬 されることを原則とする。死者が墓地以外の場所に 埋葬 される場合は、法律及び条例によって規定されなければならない。

#### **(4)墓地埋葬法と「信教の自由」**

日本では伝統的な墓地の一形態として「寺院墓地」が大きな役割を果たしてきた。これまで「寺院墓地」は檀家制度のもとで維持され、檀家制度と墓地の維持が多かれ少なかれ寺院の財政的な基盤を支えてきた。しかし、家 制度が事実上崩壊する中で、寺壇関係の維持も困難になってきており、そのなかでますます寺院経営が墓地の存在 = 収入源としての墓地に依存するような構造ができてきている。

明治4年の上知令の後、明治7年10月改正の「地所名称区別」では「境内墓地」が官有地第四種に整理された。明治期における上知令に始まる墓地に関する法の展開は、「墓地はむしろ第三者が使用する土地であり、且つその施設は衛生上の必要に基づくものであって、当該寺院の宗教活動において必ずしも必要なものでないという」考え方によるものであり（大蔵省管財局『社寺境内地処分誌』）したがって「境内墓地」も官有地第四種に編入され、墓地の「公共性」が維持されてきたが、寺院勢力の元境内墓地の払い下げ運動を通じ、さらに戦後の「第一次境内地処分法」により、「墓地は、寺院として定期的(彼岸盆等)に同地において供養を執行するのみならず、常時本堂における読経その他の行事をも対象とする間接的な行事と解釈することによって、「儀礼又は行事用地」として取り扱うことを原則として」（『社寺境内地処分誌』前掲）と大蔵省の解釈の変更により、墓地の位置づけが大きく変わるようになった。

寺壇制度の下で寺院墓地が安定的に運営されていた時期には問題は顕在化してこなかったが、寺院の廃止や寺壇関係の不安定化の中で寺院墓地の存続が問われる中、寺院と墓地との関係も改めて問い直す必要がある。

#### **(5)刑法と墓地埋葬法**

刑法は、墓地埋葬秩序の最後の砦として、その刑罰に抑止効果を期待してきた。しかし、今日ではその役割を果たさなくなっている。必要であるのは、行政の役割遂行を担保する罰則である。墓地埋葬法違反に刑事訴訟法上の直ちに刑事罰の実施を求める以前に、たとえば地方自治法第14条第3項に基づく「秩序罰」の導入が必要ではないだろうか。

刑法には、遺体や遺骨そして墳墓をめぐるの罪（第188-192条・第24章 礼拝所・墳墓に関する罪）があり、第190条には遺体の損壊・遺棄について罪が規定されている。墓地埋葬法には遺体については土葬と火葬、焼骨(遺骨)の処理については「埋蔵」「収蔵」の二種類が規定されておらず、遺骨に限定して語れば、散骨や手元供養のように、刑法と墓地埋葬法との間には、これまでの法が想定をしなかった、多くの空白領域が生まれてくるようになった。第5回研究会で原田保教授が論じたように、この空白領域を埋めるために刑法や墓地埋葬法の法解釈として緻密な論理、理論構成が必要になってくる。私は、この空白領域を埋めるものが死者の保護 = 死者の尊厳性をめぐる理論 = 「埋葬義務」の原則であると考えている。

## 5. 主な発表論文等

〔雑誌論文〕(計 5件)

- 竹内康博、宗教法人と墓地(霊園)に関する法律問題、宗教事情、査読無、122、2018、1-15  
森 謙二、墓地埋葬法の再構築、宗教法、査読有、36、2017、143-169  
竹内康博、日本の墓地法制、宗教法、査読有、36、2017、239-261  
森 謙二、新しい葬法と問題点、都市問題、査読無、107-8、2016、23-34  
竹内康博、送骨と納骨堂不許可処分、宗教法、査読有、35、2016、47-64

〔学会発表〕(計 4件)

- 森 謙二、墓地埋葬法の課題と墓地行政、地域科学研究会、2018  
森 謙二、無縁墳墓改葬制度と墓地埋葬法の再構築、国立歴史民俗博物館、2018  
森 謙二、墓と埋葬をめぐる法的諸問題、宗教法学会、2016  
竹内康博、日本の墓地埋葬法制、宗教法学会、2016

〔図書〕(計 1件)

- 鈴木岩弓・森謙二編、吉川弘文館、現代日本の葬送と墓制 - イエ亡き時代の死者のゆくえ、2018、224p

〔産業財産権〕

- 出願状況(計 0件)  
取得状況(計 0件)

〔その他〕

ホームページ等

<http://kmori.org/>

## 6. 研究組織

(1)研究分担者

研究分担者氏名：竹内 康博  
ローマ字名：TAKEUCHI Yasuhiro  
所属研究機関：愛媛大学  
部局名：法文学部  
職名：教授  
研究者番号 40281456

(2)研究協力者

研究協力者氏名：大石 眞 ローマ字名：OISHI Makoto  
研究協力者氏名：田山 輝明 ローマ字名：TAYAMA Teruaki  
研究協力者氏名：鈴木 龍也 ローマ字名：SUZUKI Tatsuya  
研究協力者氏名：田近 肇 ローマ字名：TAJIKI Hajime  
研究協力者氏名：片桐 直人 ローマ字名：KATAGIRI Naoto  
研究協力者氏名：重本 達哉 ローマ字名：SHIGEMOTO Tatsuya  
研究協力者氏名：上田 健介 ローマ字名：UEDA Kensuke  
研究協力者氏名：原田 保 ローマ字名：HARADA Tamotsu  
研究協力者氏名：村上 興匡 ローマ字名：MURAKAMI Kyokyo