

森 報告

1 「埋葬義務」の倫理的基礎

大石先生の「フランスの墓地埋葬法の、宗教法規」の論文があります。この論文は私にとって、ヨーロッパ、先生はフランスを対象にしていますが、そこでどのように墓地埋葬法の近代化が展開しているか、その流れを示してくれたことであり、日本の墓地埋葬法において、政教分離の問題が議論されないのかという問題とも関わってきます。

ところで、墓地埋葬法において「埋葬義務」をどのように位置づけるか、ということですが、これからの日本の墓地埋葬法を再構築する場合、きわめて重要な概念になってくると考えています。ヨーロッパの「埋葬強制」「埋葬義務」の概念とキリスト教の伝統は表裏一体のものではないかと勝手に思っていたのですが、「そうではない」のではないかと思うようになりました。の

「埋葬義務」にはじめて知ったのは、だいぶ前の話ですが、ヘーゲルの『法哲学』を呼んでいるとき、死者を埋葬しないと言うことは「死者への凌辱」と位置づけ、そこでヘーゲルギリシャ神話のアンティゴネの挿話を引用していました。その後、ヘーゲルは『法哲学』のだけではなく、『精神現象学』の中にもこの議論していますが、アンティゴネの話はおおよそ次のような内容です。

ギリシャ神話の挿話では、アンティゴネはギリシア伝説のテーバイ王オイディプスの娘です。父は叔父に王座を奪われ、盲目の父王を世話しつつ諸国を放浪していましたが、父の死後、兄ポリュネイケスが王クレオンに反旗を翻して、その兄は殺されます。王のクレオンは、兄ポリュネイケスを殺した上、その死体がさらしものにしました。王クレオンは兄の遺体を埋葬することを禁じ、そのまま放置して動物の餌食にするようにを命令します。妹のアンティゴネは、王クレオンのその命に反して兄の埋葬したため、結局アンティゴネは投獄され、自殺をします。その時のアンティゴネの言葉が、「王の命令は人間の掟であるが、埋葬するのは神の掟である」と述べ、自分がやった行動を倫理的に正しいことであると主張します。

ヘーゲルは、ここでは「神の掟」と「人間の掟」に区分し、埋葬することは「神の掟」であると位置づけ、王とアンティゴネの対立を男性原理の女性原理の対立として位置づけています。私の理解としては、ヘーゲルは自分の兄の死骸を求めて戦うアンティゴネの姿に、家族と、公的に通用している権威の衝突を見て取った。彼には兄弟と姉妹の関係は、家族の中でもっとも純粋な関係と写ったのかも知れません。私は関心を持ったのは「神の掟」としての埋葬ということでした。埋葬するというのは死者を動物からの凌辱を避けるためということであり、死の凌辱から死者を救うことがあり、それが死者の尊厳性の問題、これは死者のサイドから見たら、死者の人格性を守るということで、保護というのは、残された者

(生者)が死者に対する義務として、このような死者への敬意を表すものであるというように理解した訳です。

ギリシャ神話には共通するのは「神の掟」、すなわち葬るということは神の掟であると。人間の掟に優先するのだという、この議論は、ギリシャ神話の中であちこちに出てくるものであって、アンティゴネに固有のものではありません。

この問題を、マックス・ホルクハイマーの『批判的社会理論』という中で取り上げて、このように整理しています。「家族は血縁者を大地の体内に委ねることによって、かの不正から免罪する」。「かの不正」というのは多分、死者を自然状態における「死の凌辱」から死者を守るということであったと思います。それはとにかくホルクハイマーはこの義務を家族に与えられる「最後の義務」と述べています。この「家族の義務」というのは、死者を墓地まで運ぶことだ。墓地にまで基本的に運ぶことだというようなことです。このような考え方が、ヨーロッパ全体の中で流れている、「埋葬義務」の思想的な根拠がここになるのではないかと考えたわけです。

2 近代墓地埋葬法の展開。

「埋葬義務」という概念が法制度としてヨーロッパで定着するかは明らかになっているわけではない。ヨーロッパの全ての国々では「埋葬義務」は墓地埋葬法の当然の前提になっていると参考書などに一般的に記述されているが、どの段階で「埋葬義務」が法制度として明示的に規定されるようになったかはわかりません。

まだ仮説というか、思いつきの段階ではありますが、近代の墓地埋葬法の展開について、私は次のように考えています。

第一の段階は、(1)私が知るかぎりでは、ドイツでは1789年のプロイセン一般ラント法に墓地の記述があり、これが近代的墓地埋葬法の端緒である、と考えています。この段階の象徴的なことは、墓地埋葬秩序がこれまで教会の支配に属していたものが、墓地埋葬秩序が国家の干渉を受け、墓地埋葬秩序が近代法の枠組みに位置づけられてきます。

しかし、この問題は近代法における「政教分離の問題」問題に絡んでおり、特にフランスではライシテの問題として展開しており、私の手に負える問題ではありません。ただ、ドイツでは宗教革命の仲でプロテスタントが急増しており、「信教の自由」の問題が複雑に絡んできているように思います。ただ、私なりに整理をすると、一つは、教会が支配していた墓地や埋葬という領域に国家が介入するようになること、国家が介入する根拠になるのが、伝染病などに対する公衆衛生の問題があり、それと同時に、政教分離の問題が出てくるのだらうと思います。この問題は、大石先生の論文を読んでいて、もう少し勉強をしなければいけない問題です。

第二は、教会の墓地に国家が介入し、国家が教会に異教徒の埋葬を拒否してはいけないということを規定すること。異教徒を埋葬拒否してはいけないということになると、異教徒がその中に、同じ墓地の中に入ってくるということになるのかも知れませんが、事実として

は宗派別に墓地が作られるようになります。この宗派別に墓地が設けられる過程はそれほどはっきりしている訳ではありません。歴史的な事実として知りたいところではあります。18世紀末のプロイセン一般ラント法に、異教徒の埋葬を拒否してはならないという規定がありますが、現代の墓地を観ていると、墓地の中が宗派ごとに区分されての作られていることが多く、どのような歴史的展開があったのか、興味深いところです。

第三は、墓地の提供についてです。田近さんたちのことばでは、公役務としての墓地の提供の問題です。墓地が公共のものとして認識されるようになると、教会墓地も国家法の枠組みの中にまず組み込まれていくということ、と同時に新しい墓地の提供は、国あるいはゲマインデの基本的には義務である、公役務であるというような形の中で形成されていくということになると思います。

このような墓地政策の方向性は、近代法の形成とともに確立していくのであらうと思います。しかし、キリスト教の伝統と、あるいは政教分離と言っても、中身そのものは今までやってきた伝統的なキリスト教の論理に従った形で葬送の枠組みができ上がっています。つまり、墓地埋葬の秩序、埋葬の仕方・儀礼の内容などに、キリスト教の伝統に従った形で行われており、墓地埋葬秩序が徐々に国家法の管理に置かれるようになったにせよ、埋葬や葬送の儀礼などはまだキリスト教の伝統の中にあつたと言うことになります。

ところが、第二段階、一九世紀末から二〇世紀に初頭にかけてところで墓地埋葬法は新しい段階に入るように思います。私から見れば、象徴的なのは「火葬の導入」です。日本における火葬の導入は「穢れ」意識の超克という性格が強かったと思われるのですが、ヨーロッパでは全く異なった意味を持っていました。

ドイツでは、1934年に火葬法が施行されます。この火葬法の施行により、火葬が行うようになり、キリスト教の伝統に従った埋葬・葬送儀礼とは異なったものになる。フランスでは、大石先生の研究によると、ドイツより早い1887年の「葬儀自由法」に始まっており、ドイツでは50年ほど遅れて「火葬法」が成立する。ただ、ドイツでも、19世紀の末から火葬への関心が現れてきて、反キリスト教というよりも「脱キリスト教」の傾向が強まり、無神論者が現れてきて、この無神論者の中で展開、この火葬へのアプローチができあがってくると。

このときは、19世紀末の段階から議論が始まって、ワイマール憲法時代にこの法案の成立のための議論がなされて、実際に成立するのはヒトラー政権時と言うことになります。墓地法の研究の中で、ドイツの火葬法あるいはこの時代の状況について議論している論文は少なく、上智大学の宗教学の先生が「」という論文を書いています。

1934年の火葬法の成立の意義は何だったかということ、第一は、火葬は土葬と同等であるということをも基本的にも明確にしたということ、第二は、今までは墓地法というのはキリスト教の秩序を踏まえたものであつたが、キリスト教の影響下から脱した自由な墓地埋葬法ができあがってきたということ。第三は、いはは死者の意思を優先するというような枠組みが明確にされてきたということ、と整理できるのではないかと思います。

ドイツ(プロイセン)の火葬法については、その社会的背景は異なるかも知れないが、フランス流に言えば「葬儀自由法」、日本ではその 100 年後に登場する一九九〇年代に登場する「葬送の自由」と同じ文脈のなかで位置づけることができると考えているが、このような「葬送の自由」が登場する背景には、近代化のなかで葬送について「伝統」からの解放・自由の運動として位置づけることができるであろう。と同時に、この自由化の流れは、葬送に関する基本的なコンセンサスを明確にする必要性が生まれてきたのではないかと思われ、それが「埋葬義務」という概念であろう。ギリシャ神話の時代から、倫理的な規範として共通の価値を担ってきた規範であるが、キリスト教=宗教の教えの下ではその規範はとりあえずキリスト教(カトリック)の伝統のなかで背後に退いていた。しかし、キリスト教の伝統が背後に退くようになると、改めて法規範として「埋葬義務」を位置づける必要が忌まれてきたというのが私の解釈です。

この火葬法は、土葬と火葬が同等であるとした上で、第 9 条において骨灰についても規定している。

- 第九条 (1) 全ての遺体の骨灰は、定められた密封された容器に入れなければならない、納骨堂・納骨の森・納骨用の墓地、納骨用墳墓に埋葬しなければならない(*beisetzen*)。
- (2) つねに次のことが割るように配慮しなければならない
- ① 誰の骨灰であるか
 - ② 死者の骨灰をどこに保管されているか
- (3) 第一項の規定の例外は、特別の場合において火葬した場所の警察、骨灰を保管する場所の警察によってこれを許可することができる。

この法律の中では、後に述べる「埋葬義務」の原則を前提として、骨灰(火葬骨)も「埋葬義務」の対象であることが明確に示されますが、北ドイツでは、新しいアノニューム墓地が生まれ、その合法性が議論されるようになります。アノニューム墓地のように、火葬した焼骨を処理の多様性が議論されるようになるのは 1960 年代になってからですが、この段階ぐらいいから出てくることになります。1963 年にカトリック教会が火葬の事実上の容認をしたのちに、焼骨の多様性が議論されるようになります。

焼骨の多様性が議論するようになるのが、第三の段階です。もともと散骨は骨灰処理の多様性の一つとして議論され、まずは北部ドイツではアノニューム墓地が増加し全国に広がっていく過程のなかで、散骨の要求は表面化されてきます。

しかし、散骨という行為が遺体も骨灰も「墓地の中に」埋葬するという「埋葬義務」の枠組みから逸脱するようになります。一九七〇年代以降は、この例外をどのように容認するかが問われるようになります。

この問題が、現代の問題に繋がってくることになるのですが、ここでは、「埋葬義務」について述べることにします。

3 「埋葬義務」の定義

この埋葬義務が本格的な形で導入されるのは、1957年頃と言いましたが、重本さんのご教示によると、墓地強制や埋葬義務が判決の確定されるのは1972年だそうです。年です。

要するに、「埋葬義務」の枠組みが出てくるのが50年の末から出てきて、60年代の中でこの遺骨の処理と憲法上のことが議論になって、北部ドイツではアノニウム墓地が増加し全国に広がっていくと。これと同時に、この後に出てくるものが散骨の要求であると。曖昧なところを残しますが、話は先に進めます。

「埋葬義務」と「死者の意思の尊重」というのは、現代の墓地埋葬法の基本的な原則というか、大きな枠組みであると考えているのですが、この「埋葬義務」とは、死者の尊厳性の確保あるいは死者への配慮を踏まえた上で、「死者を埋葬しなければならない」ということである。死者を「埋葬」するためには、次の三つの枠組みについて整備しなければならない。

すなわち、①「誰が埋葬義務者であるか」(埋葬義務者)②「誰が葬儀費用の負担者であるか」(葬儀費用負担者)③「誰が葬送方法の決定者であるか」(葬法の決定者)という、この三つのカテゴリーというか、三つの論点登場することになります。繰り返しますが、死者を保護する、死者の尊厳性を維持するという、そのような思想を前提にしながら、この三つのカテゴリーがドイツの中ではできあがってきたのではないかと考えています。

まず「埋葬義務」について話をしていくと、つぎことばはユルゲン・ゲーツケという、『墓地埋葬法ハンドブック』のものを要約したものですけれども、「埋葬強制や埋葬義務とは、ドイツの墓地埋葬法の概説書では、ヨーロッパ諸国の墓地埋葬法は一般的に、埋葬義務あるいは埋葬強制を前提として構築されている。全ての諸州の埋葬法では、埋葬強制と同様に、原則的に墓地強制、墓地に埋葬することが規定されている。埋葬強制は、死者の遺体の土葬、あるいは火葬を行うという埋葬義務があることを前提とする。墓地強制は、常に墓地に埋葬あるいは焼骨の埋蔵・収蔵しなければならない—明白で法律上の例外を除けば—ことを意味する」と。

この「焼骨の埋蔵・収蔵」というのは、この訳はあまり良くないと思うのですけれども、他の人がこのような訳をしていたので、そのまま使ったのですけれども、バイゼッツングの訳語です。「焼骨の処理方法」と訳した方がわかりやすいのですけれども、日本の法律にはないことばです。日本では、「埋蔵」・「収蔵」の二つの方法が焼骨の処理の仕方として規定されておらず、厳格な法解釈をすればこの二つの方法しか焼骨の処理方法を規定していないので、これ以外の方法は違法といわれても仕方がないことになります。

また、ゲーツケは、「墓地強制」の例外として「明白な法律上の例外を除けば」、つまり法律によって例外を認めれば、その例外もあり得るとする。この例外が、散骨である。散骨は、「墓地強制」の例外として認めるけれども、その合法化のためには立法(それぞれの州の立法)が必要であるとするのが、ドイツの墓地埋葬法の立場であろう。

4 「埋葬義務」の内容

つぎに、「埋葬義務」の内容に関わる問題です。ギーツケは、「埋葬義務は、人間の遺体についての尊厳性と保護（Fürsorge）について、死の瞬間から埋葬の儀礼に至るまで、遺体の安全な保護と処理、埋葬の準備、埋葬のそれ自身（「死者の尊厳性（Fürsorge）」）を包括するものである」と*2。

定義があるわけですがけれども、「埋葬義務は、人間の遺体についての尊厳性と保護」、この「尊厳性と保護」というのは、このFürsorgeの訳語です。こんな訳語でいいのかと迷いながら、保護にしても少し弱いような、死者の尊厳性を前提とした遺体へ配慮という意味で、とりあえず括弧して、このような訳を使った。

もう一つは、「埋葬義務」の概念の中で、死者が保護されるのは「死の瞬間から埋葬の儀礼に至るまで」ということになります。「埋葬の儀礼に至るまで」ということばが入ってくると、埋葬の儀礼（葬儀から埋葬儀礼）まで保護の対象なのかと考える人がいるかも知れませんが、死者は社会通念上の常識としての「儀礼」を施される（権利）を要求してもおかしくはありません。

これだけの概念としての広がりや踏まえた上で、法律上の枠組みとして明確にしなければ名いけないうのは、既に述べた①誰に埋葬義務があるかということ、②誰の費用で埋葬するかということ、③どこに埋葬するかということ、どのような方法で埋葬するかということ。

既に触れたように、「埋葬義務者」「埋葬費用負担者」「埋葬方法の決定者」と、これはそれぞれ違った論理で構築されている、日本のように「祭祀主宰者」がこの権利義務を一括して負担することはありません。

まず「埋葬義務」については、第一義的には、死者を墓地にまで運ぶことです。死者は墓地まで自ら歩いてはいけないうので、墓地に運ぶ人が必要です。ホルクハイマーは、これが家族に与えられた最後の義務として位置づけていますが、一般には「近親の親族」等、死者と親密な関係にあった人がその役割を担うこととなります。この「近親者」「死者と親密にあった人々」というカテゴリーは、相続法が定める相続人の範囲と一致する訳で張りません。また、「埋葬義務」はこのような諸個人に向けられるものではなく、国家や地方自治体に対しても向けられます。墓地の提供は地方自治体の義務があるし、国は国民が死亡したときには埋葬されるように法制度を整え、配慮する義務があります。このしたがって、「埋葬義務」とは、個人・地方自治体・国家がそれぞれ分担して、それぞれの義務をはたさなければならないということになります。

「埋葬費用の負担」に関しては、死者の相続財産から出すということです。結果的には、相続原理で決めることになり、私法上の問題として議論されることとなりますが、相続財産によって支出できないときには社会保障により支出が求められることとなります。

これに対して、埋葬方法の決定者は原則として死者の意思に従う。死者の意思が決められなかった場合にどうするかということは、あるいは意思を明示することなく死んだ場合はどうするかは、火葬法第2条の2項、3項の中に規定があります。つまり、第二項では「死

者の意思が示されていない場合、行為能力ある親族がこれを決定する。この決定において親族とみなされるのは、配偶者、血族および姻族である直系卑属と直系尊属、兄弟姉妹およびその子、並びに婚約者である」とし、第三項では「埋葬の方法について親族間で意見がまとまらない場合、配偶者の意思が血族の意思に、子またはその配偶者の意思がそれ以外の血族の意思に、より近い血族の意思がより遠い血族や婚約者の意思に優先する」と規定しています。つまり、埋葬法の決定も、誰は一人の決定に依るのではなく「近親の親族」の相談すること、判例では「誰か一人が勝手にやってしまった場合は、差し止めの請求ができる」という判例もあったと思います。

まとめると次のようになると思います。「埋葬義務はあくまでも公法上の義務であり、この義務を第一次的に近親の家族に課する」。「この埋葬義務が特定の個人に集約されるのではなくて、責任のある人々の集団である、つまり、近親の家族である」。「この近親の家族は、一つは夫婦であり、もう一つは子供たちであり、さらに両親であるとされるが、その範囲は、現実には死者との関係性の中で決定されていく」。この「決定されていく」、その前か。優先順位が決められて、埋葬義務であるが、その範囲は特定の個人に決定されているわけではない。

5 「埋葬義務」と日本

私が「埋葬義務」のについてまとめたことは以上のようなものです。少し日本との関係について述べておきます。

日本では、祖先崇拜という道徳・倫理的規範を前提として墓地埋葬法が成り立っていました。墓地埋葬法が公衆衛生に純化したものであっても、死者への配慮は当たり前のこととして遵守されてきました。だから、子孫(生者)が祖先(死者)を蔑ろにすることは考えられず、生者(子孫)は自己の生活を犠牲にしても死者(祖先)のために供物を捧げることが、祖先崇拜の伝統的でした。そこには、祖先崇拜に基づいた遺体や遺骨の保護という伝統的葬法が存在していたからです。しかし、このような考え方が衰退をしてきたとき、現象としては焼骨処理の多様化が展開しはじめてくると、遺体や遺骨の「保護」と「遺棄」の区別が相対化されてくるようになります。この段階では、死者の保護(配慮)を前提とした墓地埋葬法は新しい枠組みで支えられる必要がでてきます。死者の「埋葬」を祖先祭祀に伝統に委ねることができるのかという問題です。

ヨーロッパでもキリスト教の伝統に基づいて葬送儀礼が行われていたときには、神の下で死者の儀礼が行われました。復活のために遺体は保存され、神のいる身近な場所に埋葬されることが、これまでの伝統でした。その伝統に墓地埋葬法の正統性の根拠を見いだせなくなってくると、墓地埋葬法を必要とする新しい正当性の根拠を確立する必要がありました。それが「埋葬義務」という原則であったと思います。

日本でも、祖先祭祀・祖先崇拜の伝統が形骸化してきたときにはそれに代わる原則、すなわち、死者の尊厳性を守るというより普遍的な価値に立ち返った原則の確立が必要されま

す。また、その時には祖先祭祀が前提とした〈家〉的伝統もまた払拭しなくてはならなりません。

現行民法第八九七条は、埋葬ではなく、祭祀の承継について規定しています。しかし、新しい墓地埋葬法が対象とするのは、〈個〉としての死者の「埋葬」であり、〈家〉制度を枠の中の死者です。その意味では、「埋葬義務者」「費用負担者」「葬法の決定者」を嗣子(祭祀主宰者)に集約するような枠組みからも解放されなくてはならないと考えています。「埋葬」の問題と「祭祀」の枠組みは迎年として明確に区別すべきである、と考えています。

もう一つは、葬送の自由、葬送の自己決定権の問題です。日本でも一九九〇年以来「死者の意思」や自己決定が議論されるようになってきましたが、その議論が、日本では、死者の意思や自己決定を尊重する制度の創設ではなく、跡継ぎの葬送の自由や自己決定であるかのような議論が展開しています。葬送の自由や自己決定が無制限に容認されるものではないにしても、死者と跡継ぎの利益というのは対立することも想定しながらも、死者の意思や自己決定をどのように確認するのか、その方法についてもきちんと理論的に整理しなければいけない。現在ではエンディングノートが浸透してきているが、おそらくはそれでは不十分で、公的な機関がこの問題に関わらなければ、死者の意思を確認することが難しいのではないかと、思われます。

最後に、家族が死者に対してどのような権利・義務を持つかということが、家族が死者に対して権利を持つということは、これはヨーロッパではないのではないですかね。先生の中でも、議論の中で出てくるのですけれども、遺骨に対しての処分権がある。親族は優先して処分をすることができるということがある。そこのところに関してはあるけれども、それ以外に関しては義務を規定しているだけであって、権利を規定しているわけではない。日本の場合は、跡継ぎが全部権利を持つわけである。やはり、そこの考え方の違いのようなものが、おそらく日本とヨーロッパの墓地法制の中にはあるのかなというように感じて思いました。非常に雑ばくな話ですけれども、一応このような枠組みの中で考えることができるのではないかなと思いました。

最後に「埋葬」の意味についてです。「埋葬」という行為は、第一次葬＝身体についての直接的な処理と第二次葬＝第一次葬の後に残る遺骨の処理、一般には火葬した後に残る焼骨の処理方法に区分できます。「埋葬義務」はこの第一次葬と第二次葬を含むものと考えますが。日本では、第一次葬の九九%が火葬で、残りは土葬であるから、他の方法は考える必要はないと思うかも知れません。しかし、「自分の遺体をペットに食べさせたい」等の意見もありますから、規制が必要ないという訳ではありません。

問題は「焼骨処理の多様性」です。日本では「埋蔵」と「収蔵」の二種類を規定していますが、このような規定だけでは多様な焼骨の処理方法を規制することはできないだろうと思えます。ドイツの火葬法九条では「全ての遺体の骨灰は定められた密封された容器に入れなければならない、納骨堂・納骨の森・納骨用の墓地・納骨用の墳墓に埋葬されなければならない」と規定していますが、この規定に揺らぎが生じています。その揺らぎは、遺骨を密封された

容器に入れること、そして散骨の登場による揺らぎです。

私は、葬法＝焼骨の処理方法の決定は死者の意思を尊重すべきであると考えていますが、その自由は無制限のものではなく「公共の福祉」「公共の秩序」が許容する範囲内において認められるものだと考えています。ただ、遺骨の最終的な処分権がどこにあるのか、遺骨の処理方法を含めて「埋葬義務」の問題として考える必要があると思います。

現在、厚労省は、散骨について墓地埋葬法の想定外という解釈をしめており、散骨という焼骨の処理方法についての明確な判断を示していません。その間に、現実だけが展開しています。散骨が現行の墓地埋葬法の枠外であり、法の空白であるとするのは、それ自体して間違いではないのだけれど、「埋葬」を管轄する厚労省が長期間にわたってその法の空白を容認することは、厚労省自らが法治主義を放棄することになります。私の、国家も埋葬義務者の一機関であるという考え方を前提にすれば、国家はその役割を放棄していることになります。

討論

重本 遺骨を最終的にその墓地に納めなければいけない、それも適切な方法で納めなければいけないという、その一連の流れの中で、元々、棺についても、どのような材質で、どのような大きさのものを利用して、そこに入れなければいけないかということ自体が、法制度上、義務づけられて、それと同じように、骨壺も適切なものを用意して、そこに入れるというというのは、処分権の問題よりは家族の義務の問題だと思います。最大の根底にあるものは、森先生のおっしゃるとおり、その公衆衛生的な観点だとは思いますが。

森 なるほど、そうですね、その辺りが頭の中では整理できてないのですけれども。遺骨に関して、祭祀財産だから所有権・処分権があるという日本の仕組みとは全然違う考え方もあり、日本のような考え方で良いのかという問題提示と考えてください、雑ぱくですけれども、私の報告は。田山先生に補充していただいてから。

田山 補充などということではできないのですけれども。一つは、この火葬法はいくつかの州では有効でない、というものがありますね。ここにヒトラーによって制定されたドイツの火葬法の原本がありますが……。

重本 火葬法が適用されない、火葬法を廃止する代わりに各州が墓地法を作っていたのですけれども。州によって制定時期が違うので、最終的には、ヘッセン州が2008年に新しい墓地法を作るまで、一応この火葬法はヘッセン州では有効だったのです。ただ、2008年にヘッセン州の墓地法が制定されて、その付則で、この火葬法の効力は廃止されることによって、この火葬法が適用される領域というのはもう全てなくなりました。この34年の火

葬法については2007年の段階で効力はなくなったと。

大石 「この法律は有効ではない」というのは、この11条の中なのですか、外なのですか。

重本 だから、ラント法の墓地法ができる際には、最終、末尾の雑則規定の中で、この火葬法を廃止するというような明文規定はあるので、それを■■■している形だと思いますけれども。

田山 第二次大戦後にね、ヒトラーの関連の法律を原則的に廃止するでしょう。そのときにこれは生き残ったという前提ですね。

重本 そうです、そうです。

田山 これはね、考えてみると、このタイミングで火葬の法律を初めて作って、彼が何をやったかと言うと、じゃんじゃん火葬したわけですよ。これは、そのような意味では、ものすごい法律だなと思うのですね。

森 いや、火葬に関する基本的な議論はワイマール期からありますから。

田山 ヒトラーの時代の思想の影響がないと見たのですかね、これは、そのような意味で言うかね。だから生き残ったのかもしれませんが。農業関係の法律でも大分生き残りはあるのですけれどもね。ただ、部分的に、この条項はだめというようにしてしまったから、生き残ったけれども使えないような法律がいくつかあって、そのようなときにバイエルン州などは自分たちできちんと対応していたというようなことがあって、今、この最後の注を見ましたら、バイエルンというものはあるので。これはバイエルン州のものですけれどもね。バイエルン州というのは常にわが道を行くという、バイエリーシャベルクというものはあるから。

重本 そのような傾向もありますけれども、バイエルン州の場合は、墓地法はかなり、50年代の半ばぐらいにはできているので、その段階でここの火葬法の適用は外したのでしょうか。

田山 はい。それから、今日のお話の中で、義務者とその費用負担者の話が出てきましたが、1888年にドイツ民法を作るときの、第一草案の、モティーフェという理由書に相当するものはありますが、あれを見ますと、義務者については規制をしないぞと。だけれども、費用負担者については民法で、相続法の中で規定するぞというような記述が出てきて、もう本当にそのとおりになっていますね。先生が引用されている本の中でも、条文も引用されていますけれども、負担は、相続財産との関連でいろいろ考えて、費用負担はそうなのだけ

ども、その埋葬義務うんぬんをなぜ民法、親族編でやらなかったかということは、今でも少しよく分からないところはあるのですね。

森 いや、元々、公法上の義務だということを明確にしているから、埋葬義務というのは。親族に対して与えることではなく、これは公法上の義務だと。これは単なる私法上の義務ではなくて公法上の義務であると。したがって、民法に書くべき問題ではないと思うのですね。

田山 いやいや、そうではないと思うけれどもね。つまり、親族が埋葬をするかどうかという問題は、公法的な枠組みで縛ってしまうと、おっしゃるとおりになってしまうのだけれどもね。でも、いずれ費用負担になるのだから、親族編である程度の配慮をして、費用負担を相続編でやるという考え方はありえたので。

森 埋葬義務ということは、「近親の親族」という一応の大きな枠がありますが、1人ではないですね。おそらく、子供も含めて、人的な集団と書いてあって、複数形になっていますこの複数形の人間が埋葬義務を持っています。それに対して、費用の負担に関しては、基本的には相続財産から出すということになっている。相続財産から出せない場合には、相続権者がこれに対して負担をするということを言うけれども、これが負担することができない場合は社会保障費用で出すという。そのような順番で行くから、日本とはこの論理の構造が違っているようにおもいます。また、最近では、同性愛者など、パートナーシップ法ができあがってくることによって、この近親の「親族の範囲」が多少変わってきている。パートナーシップの中に入ってくる人間は、この埋葬義務者として位置づけられますから…

田山 私もオーストリアのニーダライスタライヒの2007年の法律ですが、内容的には2017年現在でチェックされている、それはどこがどう変わったか私は調べていません。それで、「死体の埋葬」というところの第11条第3項を見ますと、「死者の近親者は以下の順番に従って埋葬につき配慮しなければいけない」ということで、配偶者、登録された、これは登録制度があるのですね、登録されたパートナー、それから、人生の伴侶という同棲している人だと思えますが、それと、子供、両親、その他の人と、このようにずっと具体化してきているのですね。これはもう特別法ですから、民法ではないわけですがけれども。ここまではっきりしてきているということで、少しこの関連のところを訳してみたのですが、12条のところに埋葬の方法、土葬、火葬というようになっております。あとは、さっと見ていただければと思うのですが、最後のほうに、オーストリアではなくて、スイスの埋葬に関する命令という、これはスイスのほうは、まだ非常に古典的というか、公法的な枠組みだけ持っているようなのですが、それで29条だけね、これは、ハラダタモツ(原田保)さんの問題意識が少し頭にあったので、これはおもしろい条文だと思って出したのですが、29条に、死体の灰、これは死体の灰という言い方がいいかどうか分かりませんが、一つの骨壺に納めら

れる、集められると。それから、それに関する処分権というものが出てくるのですね。良識の範囲内において親族に帰属すると。つまり、親族が■■、権利的なね、権利とははっきり言ってないのですけれども、■■ですから、でも、しばしば権利的な意味で用いられるので、これは、一定の範囲内なら親族はシンボリックなものは持って帰っていいよということなのだろうと思うので、オーストリアと……。

重本 ああ。シンボリックなものを持ち帰ってもいい。それはちょっと、オーストリアではそうなのかもしれませんけれども。

田山 これはスイスでも。

重本 だからこそ、スイスは人造ダイヤモンドの会社法もありますし、ドイツ人がそこに持ち込むという例も多々あるということは■■。

森 一部の骨を取り出して、持って行って、加工してもいいと。

重本 いや、「そういうことか」というのはなく、ドイツの場合は、一応、遺骨は焼骨も含めて全て墓地に納めなければいけないということが原則ですよ。ただ、問題は、その納めるべき焼骨の範囲について現在争いがあるので、一部の学説は、全ての焼骨・遺骨を墓地に納める必要はないと。従って、アミュレットにしてもダイヤモンド■■も許容されると言っている人はいるのですが、一応、判例は、全ての焼骨、広い意味で言うと、ご遺体が生きているときに外科的な手術を受けて、その手術の際に使われた金属片なども遺骨として扱うべきだという判例があるのです。だから、それを踏まえて、やはり火葬したときに燃やしたものの全てが遺骨だというような理解もありうるわけで、それは現在もその考えを支持すべきだと言っている学説もあります。ここはもうドイツでは争いがあるので、明確にはなっていないということです。だから、判例を素直に解釈すると、否定的に解さざるを得ないと言っている人が多いとは思いますが……。けれども。

森 そうですか。その他の問題は、後でやりましょう。