

田近報告

田近 ディスカッションは多分、内容的に、森先生のお話しになった話と共通していますので、まとめてディスカッションしたらいいのかと思うのですが。私のほうは、「イタリアにおける埋葬義務について」という3枚のレジュメです。

最初に言い訳をいたしますと、昨年の宗教学学会以来、このお墓の話というのは研究が正直あまり進んでおりませんで、この間、イタリアの婚姻制度という、もう少しめでたいほうの話に熱中していたものですから、かつ、このお盆の前までは、ずっと司法試験の採点に追われておりまして、あまり進まなかったのが報告というよりも単に話題提供ということになってしまうわけですが、おそらく、私に「この話をしろ」というように森先生がおっしゃった趣旨というのは、森先生が本でお書きになっているように、人は埋葬されなければならないというごく当たり前の常識があるのだと。それは、ドイツ法では、埋葬強制あるいは墓地強制という形で現れているのだという認識があり、この埋葬の義務づけ、つまり、埋葬強制ないしは墓地強制というのは、これは単にドイツ法でそうだというだけではなくて、諸外国の墓地埋葬法に共通した考え方なのではないか。従って、イタリアでどうなのかをお前、説明しろということが多分、ご趣旨だったのだらうと思います。が、これでお題に十分答えることができたかどうかというのは少し心もとないところがありますが、以下、説明をしていきたいと思います。

まず、イタリアの墓地埋葬法制についてです。これはもう昨年の宗教学学会でお話したところの繰り返しになるので、ごく簡潔にということになりますが、まず墓地制度に関しては、国家による墓地の独占、公的独占が取られている、原則的には。墓地というのは、もう基本的には市町村。イタリアの場合、市と町と村の区別はありません。全部、コムネという言い方をしますけれども。コムネの経営だと。例外は、もちろんいくつかあります。一つは、特別墓地というのは、現在のイタリアの公衆衛生法典というものが1934年に制定されたものなのですが、その1934年の公衆衛生法典の施行以前に存在していた墓地で、そうすると、以前に、例えば、教会が設置していた墓地のようなものも、現この「特別墓地」という形で存続しているということになります。ですから、これはもう公営墓地ではない。それから、「墓地外の私的礼拝堂」というものが、これはいわゆる氏族墓地という、一族のお墓というものがある。それから、「特権的な収蔵」と書いたのですが、これは何かと言いますと、多分、一番分かりやすいものはローマのパンテオンという。ウエダと一緒に行ったよな、何か。あのローマのパンテオンという、昔のローマ時代の神殿か何かのところ、あるいは、ヴィットーリオ・エマヌエーレ2世とヴェルディのお墓にあそこは使われているのですけれども、何らかの功労者のような人について特別にお墓の外に施設に収蔵するということが認められている。

この墓地の公営原則に対応する形になるのだらうと思うのですが、市町村には一定の義務が課されている。市町村、コムネには墓地の設置義務というものが課されていて、少なくとも各コムネは一つの公営墓地というものを設置しなければならない。かつ、コムネの住民

であった者、あるいはそのコムネの領域内で死亡した者については必ず、そのコムネの、市町村の墓地に受け入れなければならないという死体の受入義務というものが課されているのだということになります。当然、そのような墓地があるわけですから、墓地以外の場所への埋葬というのは原則として禁止をされるということになります。

これがお墓の話なのですが、これに関連して火葬の話も少し触れておく必要があろうかと思えます。イタリアの場合、イタリアは何セバチカン市国がありますので、圧倒的にカトリックが強いわけですが、カトリックでは伝統的には土葬ないしは収蔵というように訳しているのですが、死体を金属製の棺に入れて、コインロッカー式に積み重ねていくというやり方が取られることがあるのですが、そのような伝統的なやり方とは別に、火葬というものが最近では増えている。2014年の数字では、イタリア全体では19.7%だという、これが例のイギリスの火葬協会の統計ではそうなのですが。これは多分、イタリアの北部と南部で違いがあるのだらうと思うのですよ。ロンバルディア州というのはミラノの周辺なのですが、ロンバルディア州では火葬率は25%を超えていると言われてますし、そのロンバルディア州の中でもミラノ市という、さらに限定を掛けると、半分近くがもう火葬だと言われてます。なぜこれほど火葬が増えているのかと言うと、それはもう端的に安いからでして、火葬が安いというのは二つの意味があるのであって、一つは、遺族にとって安いということ、もう一つは、自治体にとって安いという。つまり、お墓、公営墓地を設置して維持するコストというのは、やはり自治体にとっても負担なわけです、イタリアの自治体はどれもお金がありませんから。自治体もできれば火葬にしてほしいなという方向に、何となく誘導していると言っていいのだらうと思えます。これがイタリアの墓地埋葬法制のおさらいということになります。

もう一つ、これも宗教学会の報告でお話したところなのですが、イタリアで、いわゆる死者の尊厳のようなものがどう理解されているか。イタリアの場合には、*pietà dei defunti*、崇敬と訳したらいい、私は「敬愛」というように訳しておいたのですが、*pietà dei defunti* という言い方をするのですが、この *pietà dei defunti* という言葉は、墓地埋葬法の中には出てきません、実定法の中でこの言葉が使われているというのが、刑法典の中で使われているのが実定法上の用例ということになります。刑法典の、最後に資料で付けてありますけれども、第2部の、何か数字が違ってますね。多分、レジュメのほうは正しいので、そちらに訂正を。何章第何節というのは数字が違ってはいるのですが、これはレジュメのほうは正しいので訂正をしていただければと思うのですが。いずれにせよ、この節にタイトルに、この「死者の敬愛に対する罪」という表題が付けられていて、その具体的な内容というのは、そこに、407条から413条までに書かれているとおりののですが、墓所の棄損、それから墳墓の侮辱、死体侮辱等の犯罪が定められているということになります。

刑法ですから、立法目的、ないしはその保護法益が何かということになるわけですが、これは一般には「死体に関する宗教的な種類の公の利益であって、集合的な敬意を表現するもの」である。つまり何を言いたいかと言うと、誰かの主観的な利益ではなくて、客観的な公

の利益である。例えば、亡くなった人の主観的な利益、あるいは遺族の主観的利益を保護しているのではなくて、あくまでも客観的な公の利益であると理解をされている。端的に言えば、これは、要するに、死者の尊厳のことではないですかとすることができるのではないかと思います。

この「死者への敬愛」という言葉そのものは、その刑法上、実定法上は、刑法典でしか使われていないのですけれども、単にこれはその刑法上の保護法益というだけではなくて、レジュメの2ページですが、この死者への敬愛というものを憲法上の権利として理解をする見解もあるのだと。イタリアは憲法の2条ないしは3条、2条というのは日本の憲法13条のようなものでして、包括的な権利を保障しているものだと理解されて、3条というのは平等原則を定めている条文なのですが、ここでそのいわゆる人格主義原理というものが憲法上保障されているのだと。この死者への敬愛、もっと言えば、人間直接的には多分、この人格主義原理から人間の尊厳というものが出てきて、人間の尊厳というものの延長線上に、その死者の尊厳という考え方が出てくるということだろうと思うのですが。少し、ここは来月イタリアに行ったときに確認を取ってこようと思っているのですが。そのような学説があるのだということになります。

いずれにせよ、その死者への敬愛ないしは死者の尊厳というものが憲法上の原理ということになると、単にこれは刑法上の保護法益だということではなくて、墓地埋葬法にも影響を及ぼすはずでして、では、その死者への敬愛ないし人間の尊厳というものが、墓地埋葬法にとってどのような意味を持っているのですかということになるわけですが、現時点で私が調べた限りでは、この話を書いている人格権についての文献の中で、死者を埋火葬するという近親者の権限を制約する原理として出てくる。つまり、死者を埋火葬するという近親者の権限というのは、死者への敬愛に合致した形で、つまり、死者の通常の最終措置、normale destinazione、何と訳していいか「通常の最終措置」と訳したのですが、の方法に従った形でしか行使することができない。それゆえ、この権限をそのような通常の最終措置の範囲内で選択する、すなわち葬儀および埋火葬の方法を決定する権限に過ぎないのだ、というような記述が、この人格権の分野ではなされているということになります。

以上が前置きでして、ここから、その埋葬強制、墓地強制の話に入ってくるのですが、そもそもその墓地強制や埋葬強制は何なのか、という問題があります。一つは、森先生が『墓と葬送のゆくえ』というご著書の中に書いておられるところで、西欧諸国では、死者の尊厳性を確保するためには、埋葬強制、埋葬義務を規定している。埋葬に関する義務は一般には次のように理解をされている。①として、遺体を墓地に運ぶこと。それから、②として、この①が、やや、私はこれは少し森先生にお聞きしようと思っていたのですけれども、「近親者の道義的義務」と書いておられるのですね。「法的な義務」ではなく。そこが何か、どうなんだろうということは少し気にはなったところで、また後で伺いたいと思います。

それから、二つ目に、「埋葬場所は原則として地方自治体が提供する義務がある」。それから、「埋葬の費用は相続財産から差し引かれるが、相続財産でまかなうことができない場合

には社会保障の費用で行われる」。このドイツ法における墓地強制ないしは埋葬強制の問題というのは、昨年の宗教法学会で片桐君が報告しておられるわけですが、これ以下は片桐君のレジュメからの引用なのですから、片桐君によると、墓地強制、埋葬強制というのは、死亡時から埋葬の終了まで遺体に配慮し保護する義務である。これは先ほど森先生もちらっとおっしゃいましたが、公法的な性質を有するとされていて、国家法により埋葬義務の内容、人の範囲や順位などが定められる。基本は近親者に課されるのが普通だと。「国家が介入するのは、遺体に対する配慮の不足が、人々の大部分にとって道徳上の危険が発生すると思われる場合や、死者に対する崇敬の念や公衆衛生の危険が発生すると思われる場合の他、埋葬義務を果たす者がいなかったり、義務が果たされなかったりする場合である」。墓地への埋葬を義務づける憲法上の根拠というのは、基本法上も州憲法上も存在しない。しかしながら、その州法上の根拠というのはあって、その場合に、その埋葬強制と墓地強制とは区別されていないだとして書いておられる。昨年の片桐君が報告されたわけです。

分からなかったことが、森先生は、遺体を墓地に運ぶことが道義的義務と書いておられるのですけれども、片桐君の書き方だと、これは明らかに法的義務という書き方だと思うのです。どちらなのだろうということが少し気にはなったのですが。

森 これは、法律上の義務と言えるのかどうか。埋葬義務というのは特定の個人に与えられているわけではなくて、近親の家族という、非常に、人間の集団に対して与えられている。

重本 いえいえ、特定の人ですよ。

森 特定の人ですか。

重本 順位づけがあって、それが相対的には1人でよろしいのですけれども。

森 特定の人。そのときに、それは違反に対して罰則規定はありますか。

重本 あります、あります。科料ですけれども。

森 科料ですか。

重本 ただ、厳密に言うと、実際にその義務者自身が行う義務はないです。指示をする義務はあるという。

田近 だから、責任はそこにあるという話なのでしょう、要するに。

重本 それは、法的責任は明らかにあります。

田近 いずれにせよですね、少し話を進めますと、そのイタリアでは、じゃあどうなんだという話になるのですけれども、①の遺体を墓地に運ぶという意味での墓地強制あるいは埋葬強制というのは、法令上は定まっていらないのですね、実は。これは、国レベルの公衆衛生法典や死体取扱規則を見ても出てこないし、それから、州法律や、州の規則を見てもその話は出てこないし、それから、市条例、各コムネが定めている条例にも、これは出てこない。

森 墓地まで運ぶということは。

田近 運ぶということは、「ただし」ということなのですが、墓地以外の場所への埋葬というのは原則的に禁止されているのだという話は先ほど申し上げました。これがよく分からない点の二つ目でして、つまり、これは墓地以外の場所に埋葬するということは禁止されているだけで、では、要するに、墓地に運ばずに自宅に放置している場合というのは、少なくともこの禁止には引っ掛からないはずですよ。多分、森先生がご関心があるのは、自宅に放置している場合どうなるんですか、という、そちらにご関心があるのだらうと思ったのですが、少なくとも、その問題に対処する実定法上の規定というのはないと見るべきだらうと思います。ただ、イタリアでも、死者は適切に埋葬されなければならないという感覚がないわけではないわけですし、ただ、それは倫理的には近親者に一定の義務があると考えられている。ただ、それを法定するかどうかということは別の問題ということなのではないかと思われま。

この話というのは、イタリアでその近親者の義務というものが論じられてこなかったというのは、もうイタリアの社会的条件の下ではその必要はそもそもなかったのではないかと思われるからです。これは、イタリアの場合、国民のほとんど全てがカトリックの信徒である。憲法裁判所がそのようなことを言うというのはどうかなと個人的には思うのですけれども、何か、他の宗教の人にしてみると立場がないなという感じがあるのですが。死者本人も近親者もカトリックの教えに従って葬送がされるように望むということが通例で、イタリアの社会的な文脈では。そのカトリックの教えに従った葬送というのは、墓地に土葬する、あるいは収蔵することなので、これは問題になってこなかったのだらうと思われま。

行政法規による義務づけ以外に、では、日本で言う遺体遺棄罪のようなものに当たるか当たらないかという話が出てくると思うのですが、これについても、日本の遺体遺棄罪に直接に対応する規定というのは刑法典にはどうもよく出てこない。関係があるとすると、411条、412条の、死体の隠滅、死体の隠匿辺りが関係してきそうなのですが、ただ、これは隠匿とやはり域は違いますよね、概念としては。なので、このいわゆる日本で言う遺体遺棄の場合はどうなるんですかというのは、これも少し、来月イタリアに行ったときに、ジャン・フレ

一ダさんに確認を取ってこようと考えているところです。

「他方で」ということになりますが、森先生が書いておられる地方自治体の義務に関しては、これは実定法上、一定の義務、一定の規定というのは存在している。先ほども少し触れましたが、各自治体というのは墓地の設置義務があり、それから、死体の受入義務というものを課されていると。さらに、火葬場の設置義務というものがあるのですね、各自治体。これは州かな。州に少なくとも一つはなければいけない。さらに、生活困窮者の場合どうかと言うと、これはミラノ市の条例の場合ということになりますが、葬送役務という、セルビーツ・フェネラーレか、という言い方をするのですけれども、棺桶の提供や、あるいは、死体をお墓まで運ぶという霊柩搬送というのは、全部、いわば無償というか、市の負担で行う。さらには、共同墓地区域、一番シンプルな、単に地面に穴を掘って埋めるという土葬なのですが、あるいは火葬の費用というのは無償にすることが条例上定まっていますから、森先生のおっしゃる、その③の義務については、実定法上、規定があるということになります。

ここから先は、ややイタリア固有の問題になってくるのかも分かりませんが、死者の尊厳との関連で、イタリアで議論がなされたことは、むしろ、やはり火葬の問題です。この火葬の、特に火葬後のその遺灰の取り扱いについての転換点となったものが、2001年の、比較的最近の法律で、これによってうんと方向が変わったというように見るべきだろうと思われれます。要するに、何が問題かと言うと、火葬した後の遺灰を墓地の外に持ち出すことができるか、できないか、それは法的に許されるか許されないかということが問題になっていたわけです。この点について、土葬や収蔵の場合というのは、その問題がそもそも起きにくいのですね。なぜなら、死体を掘り起こすというのは、やはり物理的に大変ですし、それに対して、遺灰の場合というのは、やはり基本的に遺灰壺に入っているわけですから、物理的にも簡単に外に持ち出せるというところがあって、それでどうなのだという話になってくるわけですが。

この遺灰の取り扱いに関しては、その2001年の法律が制定される以前、1990年の死体取扱規則の時点では、墓地の外に持ち出すということが認められていなかったわけです。これは、要するに、遺灰壺に納めて、家族墳墓に納めるか、それとも、共同遺灰庫に散布するかのいずれかである、いずれにせよ墓地から持ち出すことはできないというように理解をされていた。これは、なぜかと言うと、Paolo Cavana という人が書いておられることは、遺灰の尊重ないしは死者の尊厳の確保のためであると。だから、墓地の外に持ち出すなどというのはけしからんというようにされていたものが、2001年の法律によって、死者本人の意思表示というものを要件にして、墓地外への遺灰の持ち出しが認められるようになった。これは、お墓の外に遺灰を持ち出してどうするんですかという話になるわけですが、一つは日本風に言うと散骨。この散骨というのは、全く自然の中とか、普通、山や川などでやる場合もあるでしょうし、私有地であってもいいと。それから、もう一つは、「家族への寄託」と書いておいたのですけれども、家族がそのまま家に持ち帰ってもいい。というよ

うに、扱いが変わってきている。つまり、従来、やはり、死者の尊厳というものが強調されていた、むしろ、そちらのほうに重きが置かれていたものが、その2001年以降は、死者の意思の尊重というものに重きが置かれるように変わってきているということが言えるのではないかと思います。

最後の部分ですけれども、この埋葬強制と墓地強制の区別、これはいいのではないかと思いますので、近親者の義務としての埋葬義務についてどうなのか。森先生が書いておられる①の分ですね。この墓地強制の話、あるいは埋葬強制の話、あるいは埋葬義務の話を見ていて、最初、何の話をしているんだろうねと思ったのは、イタリアではこの議論はないからということもあるのですけれども、誰の、どのような義務の話をしているのかがよく分からないので、そこは多分、整理しないと混乱するのではないかと思います。

まず、その近親者が遺体を墓地まで運ぶという点に関して言うと、これは、4ページの上のほうですけれども、森先生が書いておられるところから従えば、従来、祖先祭祀の観念によって倫理的に義務づける。他方では、刑法で実効性を持たせて、結局、近親者の義務というのは法的には定まっていなくても、事実上それによって確保されていたということなのだろうと思います。ところが、今日では、「埋葬に関する習俗の変化」と書いていますけれども、死体遺棄罪にいう「遺棄」というのは、習俗上の埋葬と認められる方法によらないで放棄することだと。そうすると、埋葬に関する習俗が変わってくると、そもそも何が遺棄に当たるかという、何が■■当たるかということが違ってくるはずで、結局それがよく分からなくなってしまった結果、近親者の埋葬義務というものがどこかに行ってしまったというのが現状なのだろうと思います。

では、イタリアの場合どうなんですかと言うと、イタリアの場合には、おそらくこれは日本と同じような感じだったのだろうと思います。つまり、日本では祖先祭祀の観念というものが倫理的に義務づけていたのが、イタリアの場合は多分、カトリックの教えがそれを倫理的には義務づけていて、場合によっては、刑法典によってそれが事実上確保されている。ただ、日本とイタリアの違いというのは、葬法の多様化と世俗化、あるいは、それが、他方では死者の尊厳の確保の要請との調整というのは、立法を通じて解決されている。これも宗教学会のとときに少しお話ししたのですけれども、イタリアの場合には、ただ、散骨についても、どのような手続きで許可がなされるか、あるいは、どこでまいていいのか、あるいは、どこでまいてはいけないのかなどということが、全部、事細かに決まっているわけですし、そこは、やはり日本とは随分違うのではないかと思います。

他方で、ということになりますけれども、国家ないしは市町村の義務に着目して埋葬義務というものを考える場合には、イタリア法というのは明確に規定をしていて、墓地の提供義務、死体の受入義務というものも定めている。これはおそらくわれわれも、科研で、この3月までテーマにしていた公役務としての墓地提供に関連する部分だと思われる。

この③の、つまり費用の問題ですね、について、生活困窮者の場合という話になるのですけれども、これは日本でも実定法上の規定がないわけではない。ところが、②の部分、つま

り、地方公共団体が墓地を提供するという点に関しては、もう日本の場合は近親者の埋葬義務以上に不明確だというのが多分、実際に、墓地の公営原則という意識は極めて薄いし、結局、実際、もう民間墓地に完全に依存している。日本の場合には、結局、寺院墓地を認めてしまったわけで、そうすると、いわゆる墓地の公営原則の確立にも明らかに失敗しているわけで、他方でということなのですが、いわゆる事業型寺院墓地の墓地経営というものが、宗教学法人なのか石材屋なのか知りませんが、既得権化している今となつては、これを今さら日本で言ったところでせんない感じがするなというところが率直な印象です。

結局、その埋葬義務の話をするときに近親者のほうに着目して埋葬義務の話をするのか、あるいは自治体のほうに着目して議論するのかというのは、やはり、少しそこは。特に、ただ、後者の点に関しては日本の場合は難しいかなという感じが。私は、難しいのではないかという印象を持っております。ということが、非常に雑ばくな感想といたしますか、議論のとっかかりの話題提供です。以上です。