

第一回研究会 討 論

1 土地の所有権と墓地の使用

森 竹内さんの「墓地使用权」の議論は、通説的な見解ですが、この通説に疑問をもっています。墓地の使用の在り方については、近世と近代に分けなければいけない、特に地租改正の前と後の問題です。

たとえば、われわれは、「部落有墓地」という概念を持っています。ただ、「部落有墓地」を、われわれが思っているような「私的所有」の観念で整理できるかどうかです。つまり、土地をどのような形の中で村の人々が認識していたかという、誰の所有に属さない、あるいは誰もが利用できる土地という感覚であったのではないのでしょうか。

沖縄の話をしたけれども、その部落有地を墓地として分けていたと単純には言えず、所有意識とは関わりなく、空いているところであれば好き勝手なところに勝手に墓地を設けていた、と聞いたことがあります。韓国では「墓地基地権」ということばがありますが、それと同じような慣行があったのかも知れません。

何を言いたいのかというとい、墓地がどのような形の中で形成されてきたかは多様ということです。自分の耕作（占有）する畑（山や庭）の片隅に墓地を設けてきたのか、墓地をお寺の中で形成されてきたものと（竹田聴洲のいう「墓寺」と、もともと墓地として用いられた土地（葬地）にお寺を作ってきたもの（竹田聴洲のいう「墓寺」）、あるいは部落の領域に墓地として利用してきたとか、それぞれの地域によって、多様でかなり異なっているのだと思います。土地一般については地租改正という作業を通じて「土地所有名義」が確定されるのであり、墓地についてもいきなり、近代的な所有概念を当てはめてア priori に「寺院墓地」とか「部落有墓地」に区分するのは問題であるのではないのでしょうか。また、上知令のこともあるので、寺院の管轄していたについては単純に「寺院墓地」と呼べるのかどうか、この段階では墓地に関してはかなり曖昧な部分が残っていたのではないのでしょうか。

また、明治政府が一番苦勞したのは、田畑の中にある「個人有墓地」をどのように耕作地と区別するのかという問題です。特に、墓地を無税地としたことにより、どうしても両者を区別しなければならなかった。

また、もう一つの問題は、「墓地に関しては地券を発行していない」と言っていましたが、現実的には、基本的には墓地であっても地券を発行されますから、墓地の移転が所有権移転の様な外観を取るかも知れませんが、重要なことは、すくなくとも明治の墓地埋葬法ができてからは、所有権の移転によって墓地として利用できる権利を与えたかという、そうではないですよ。要するに、墓地として地券を発行されたとしても、この土地を墓地として利用する権利を与えたわけではありません。

この歴史的な経緯についてはまだ整理されていなくてところがありますが、大蔵省や内務省の規則や指令について、どのような目的で出した指令であるのかをそれぞれ検討しなくてはいけないと思いますが、いずれにして墓地の使用を「所有権」との関係で位置づける

のは無理があると思います。

田山 変わっているから。

竹内 いや、変わったというより、並行だと、僕は思っています。基本的に大蔵省です。

森 大蔵省から内務省に変わっていくわけですが、まだ墓地政策というものは固まっていなかった。やはり、明治17年の墓地埋葬法の段階で、法律上も、初めて墓地としての利用許可を与えることによって墓地として利用できるのものであって(ただし、新墓地の許可は明治6年10月の太政官布告第355号)、これは、今もずっとそうなのですが、墓地として、恐らく地券を発行しただけであって、墓地として利用することを容認したものだと基本的にはいえない、このことは非常に重要なことだと考えています。

もう一つ言うと、神道系の墓所は、歴史的に見れば、神道系の墓所が出来上がることが、公営墓地をつくっていく前提になります。要するに、明治初年の神葬祭が容認とともに、神道系の人間は「墓地が欲しい」と言い始めたのです。それに対して最初、明治政府はこのような共有墓地(特定の宗派の墓地)に許可を与えます。東京の中では七つか八つ、青山墓地、あのようなものは神道系の墓地と言われているわけです。これに対して、3年か4年ぐらい特定の宗派のための墓地(共有墓地ではなく、共葬墓地を作ろうという政策転換があって、これが公営墓地に発展をしていくことになります。

ただ、神道系墓地が公営墓地の端緒であるということは、正しいと思うのですが、上知令によって墓地を上知させ、あとで県や市町村に払い下げをして、公営墓地ができるケースもありますから、公営墓地の起源は一つではない、このあたりをきちんと整理しないと、一つの論理では、うまくいかないと思うのです。

いずれにせよ、地租改正は、あくまでも土地の所有権を確定するものであって、墓地に関する区分をやったわけではないです。

竹内 まさに、そうです。だから、所有権と行政上の取締と、2本立てなのですよ。2本立てだから、今、困るのです。全然違うのですよね。だから、まず所有権を確認しないと。

森 沖縄が一番困ったことは、ここなのです。明治36年に土地整理事業でやって、墓地として認定される土地が、たくさんあるわけでしょう。ところが、その墓地が無縁化している訳ですよ。そうなったときに、その墓地については墓地整理事業の中で所有権が確定されてしていますから、これを売買することになります。この土地を、先ほど「沖縄県が売買する」とありましたが、明治三七年の県令第十七号の「墓地及埋葬取締細則」第六条における売買譲渡は、墓地の所有権の売買ではなく、墓地としての使用権の売買(多くの場合、所有権と一緒にであったとしても)を容認したのであった、と考えるべきであろうと思います。

現在でも、地目として墓地のものを買ったとしても、その土地は墓地として使えないということが、基本的には沖縄県の見解ですね。

竹内 地租改正以降、所有権で墓地を分類して使用権を考えていくと、大変な矛盾が出てくるわけですよ。そこで、僕は、墓地の経営形態で分けないと、これは、もう無理だろうなということですよ。

森 所有権を基準とする意味・理由が分からないです。所有権問題は、墓地使用の在り方とは別の問題であり、墓地の使用は、所轄官庁の許可によって初めて可能になる、というのが私の立場です。

田山 分けて考えることは、もちろん異論はないですが、分けたからといって、プライベートな権利の側面がなくなるわけではないということです。もう1点言うと、公的なものが私的な物を強引に何か変換できるためには、相当な根拠がないとできないので、普通の手段では、それは無理です。

森 それはそうです。そして、墓地というものは家（家督相続）と密接に結びついていた訳ですし、法律成立以前から墓地は存在しているし、現在でも「慣習法上の墓地」も存在してきた訳ですから。また、墓地の使用の在り方は私的なものと結びついています。ただ、それがもともと私的であったものであったとしても公的にもものに変化するというのはれっきとした法律、つまり墓地埋葬法という法律であり、その法律ができてからすでに100年以上の時間が経過しています。

2 無税地としての墓地

田山 地券を発行された頃の国民レベルの意識と、われわれが今考えているような、そのような意識がないと、ここから先は僕の推測ですが、墓地の関係者というか、部落有地そうだったと思うのですが、自分たちの入会山や、入会墓地、入会地、そのようなものについて、所有関係がどうなるか、地券が発行される・されないということは、情報としては、ある程度の人には知っていたと思うが、一番興味があったことは、「税金がどうなるか」ということだと思ふのですね。

「税金がかからないのなら、もう、そこから先は、どうでもいいや」と。本当にどうでもいいと思ったかどうかは別として、権力に逆らってまで自分たちの領地を守るということは、それほどなかったのではないかと。後になって出てくるのでしょ。

森 無税地の問題も、考えなければいけないことは、明治政府が地租改正の段階の中で、「墓地であれば無税地です」という原則を宣言します。でも、江戸時代に「伝統」に従ってそれ

を踏襲することになったのですが、現実には現」にはズレが生じます。つまり、今まで有税地だった所が、この段階で無税地になるわけです。

そのときに明治政府が苦勞することになるのは、墓地が無税地にすることによって（明治があったと思うのです）畑の真ん中にある墓地、あるいは屋敷の中にある墓地を、どのような特定するか、その区画を無税地として特定することだったと思います。

そこで、「墓地の一面を囲え。土地の一角を囲ったら、囲った分だけが無税地にする」という原則を打ち立てるのです。墓地が無税地であるという議論は、地租改正の中で展開された問題です。

今は墓地が無税地なのは誰もが当然だと思っていますが、いまでも埋葬行為も無税で、墓地使用权も無税で、墓地や埋葬に関わる行為は全て無税になっています。税務署に電話をしたその基準を聞いたことがあるのですが、税務署では「墓埋法上に書いてある火葬・埋蔵と収蔵、埋葬、これらに該当する部分に関しては、これは無税にする」というのがいう答えでした。「じゃあ、散骨はどうなのか」という問いについては、「これは無税ではない」と答えでした。

ただ、なぜ墓地を無税地として考えるのか、明治政府の文書にも出てきますが、墓地は不毛の地で生産性が上がらないから、無税であるというのは、説得力がなくなってきています。墓地で大もうけをしている人がいるのであるから、江戸時代の伝統を引き継いでいるだけでは納得がいかなくなっているのではないかと思います。

横田 ですが、今、森先生のお話の中で、「沖縄は墓地の所有関係があり、無縁になったお墓について売買されているのだ」というご説明がありましたよね。そこで、私が少し疑問に思うことは、売買する以上は、その土地の権利者がいないと売買関係が成立しない、もしくは売る人がいないわけなので、沖縄において、お墓の所有権が成立していて、それを前提に無縁化になった時点で、売買の話は、成立しないのではないですか。

森 私が沖縄で墓地の売買があるとは言いましたが、それが所有権の売買であったとは言いません。特に、前近代においては、必ずしも所有権がはっきりしている墓地を作るわけではないです。

愛媛県などでも、昔は、「土地の神様に頼んで土地を譲ってもらおう」という慣行があります多分、中国古代から伝わってきた「墓地権」と言ったかな、そのような形の中で、に言うと、誰のものでもない土地に、「私に、この土地を墓地として使わせてください」という形でお土地の神様をお願いをして墓地として土地を分けてもらう、その土地が他人の土地であるのか、あるいは部落有地であるのか、恐らく関係なくもっと自由な形の中で墓地をつくっていた。だから、そこで墓地を作るときは、村の共同作業で作っているケースが多いから、その共同作業の中で作っていて、それが次第にある一族、ある集落（ムラ）の墓地が出来上がってきたということになります。

沖縄の中で、墓地を事実上売買するようにあるのは、仕分け地のような私的所有の観念が一般的になってから、王府時代は士族に限定され、明治になって土地整理事業が終わってからのことではないでしょうか。沖縄の明治期の墓地埋葬規則では売買を容認する規定がありました。その売買が所有権の移転だけであったのか難しいところがある。登記としてはその土地の地目は墓地なのでしょうが……

竹内 沖縄で、「あそこは、本当に売買していいのですか」と聞いたら、彼らは、「だって、全部分筆するのです。1区画1区が分筆して、それで売るので。

森 沖縄の墓地の売買を所有権の売買といえるかどうかは難しいですね。なぜかという、その土地は個人有地の場合と部落有地の場合があって、部落有地の所有権を売買というのは難しく、事実上の使用権を売買するのです。日本でも桂浜の国有地の墓地について売買していますが、所有権は国にあるから、売買は事実上だけれど、実質的に土地所有権を売買しているのではなく、「事実上の墓地使用権」です。もちろん、使用権を売買していたとしても、法律上墓地の使用が認められるかものではないということ。

横田 竹内先生に、ご質問なのですが、すみません。話が飛んでしまうのですが。お伺いしたかったことは、7ページ目に「墓地所有権」とあって、2段落目の5行目ですか、「官有地と民営地に区分して」ということで、要するに、明治初期における墓地、この場合だと、土地台帳ないし地目上の墓地ですよね。これは、官有地と民有地に区分して、何かメリットあった……。 「租税徴収の目的から」とあるのですが、前段で書かれているものをずっと読んでいても、「墓地は、そもそも課税対象から外しますよ」というスタイルというか、行政上の指針は何か揺らいでいないので、ここで公有墓地と民有墓地を分けるということの意味は、どのようになるのですかね。

竹内 私が考えていたことは、そもそも不明のものは全部、官有にするのです。本来は村のものであっても、不明ということで、全部官有地にできてしまった、という意味なのです。

横田 それで、あともう一つ、地券の問題で、これは森先生に、ぜひ、お話していただきたいのですが。森先生、以前、厚生労働省の墓地のあり方検討会……名称を忘れてしまいましたが、あのとき、委員をなされていて、藤井正雄先生と、かなり議論になったプロセスの中で、「青山霊園の墓地の地券を見付けた」と、実際、たしか、会議の席上でも地券を見せたと思うのですが。そうすると、民営墓地に地券を発行されるだけではなくて、公営墓地、まさしく青山霊園だったら神葬祭を当時やっている完璧な官有地ですよね。そこで地券が発行されていたという意外性は、森先生は、どうですか。

森 いや、あのとき、藤井先生が地券を見せたときに、地券をじっくり眺めたわけではないので、所有権を証明する地券であったかどうか。つまり、「墓地券」というものは、所有権、地租改正に基づいた形での地券の発行と同じレベルのものだったかどうかは、確認が取れていないのです。私が野田山で調査を行ったときには「墓地券」を発行していました。私の野田山調査の報告書の中に書いてあると思います。この墓地券の性格は、よく分からないところがあるので、よく読んでみると、所有権の移転とは必ずしも言えないものです。今で言うならば、恐らく使用权の権利書のようなものとして理解したほうが、いいのかなと。限りなく所有権に近いかも知れませんが、譲渡の自由を保障しているものではなかったと思うので。

竹内 やはり使用の権利ですよ。権利書ですね。どう考えても、あれは1区画なのですよ。1区画に「墓地券」と書いてあって、所有者が書いてあって、なおかつ、使用料か管理料か何かが書いてあるのです。青山の話です。東京都の公文書館か何かで見つけたのです。

横山 分権化されたからというわけではないですが、いまだに行政の担当者が、墓地の許可はしていないのだけれども、彼らからは、「地目が墓地だからということで、それは認めざるを得ないですよ」という電話がかかってくるので……。ただ、それが不動産登記上の概念にすぎないから、墓地埋葬等に関する墓地の経営許可とは、それは違いますよ」ということが、いまだに現場では混乱していますね。

森 これからに期待していることは、「みなし墓地」という概念も含めて、事実上の無許可墓地として法的に有効な墓地にするにはどうすれば良いかという問題は別に考えなければならぬと思っています。制度的にすっきりさせないと、ずっとこの問題で、墓地関係者は苦労しなければいけないと。

3 官有地と民有地の墓地

重本 確認させていただきたい点があるのですが、2ページ目の④の「明治6年10月23日の太政官布告第355号によれば、民有地でも許可が必要になった」ということなのですが、このときに、従前の墓地として扱われていた土地については、どのような法的な取り扱いがなされたのですか。一切それについては何も考えずに、新設及び拡張についてのみ許可をするということですか。

竹内 はい。これは、今まであるものを撤去するわけにはいかないですから、多分、何も書いてありませんが、「今後、新設、拡張については禁止する」ということを、これで出すのですね。実際、そのようなわけにはいかないと思うのですね。

重本 では、既存の墓地についての法的規制は、この時点では何も生じていないということですか。だからこそ、現在、無許可墓地が多い。

森 ただ、このときは上知令が進んでいる段階なのですね。その後、上知された墓地が東京市から市町村に下付され、東京市は、明治24年に「共葬墓地使用規則」を作るのです。この共葬墓地は、元寺院境内の墓地であっても「共有墓地」ではなく・宗派を問わない「共葬墓地」担っていくのであり、このときに上知された土地は、寺院墓地であったとしても共葬墓地になっていく、つまり、寺院境内にある墓地といえども、他宗派の墓地が入ってこざる状況になってきます。

重本 今おっしゃったものは、官有地ですか、民有地ですか。

森 そのときは官有地になっているのでしょうか。

重本 だったら、まだ、その時点では、民有地の墓地は何の規制のない状態が続いていると……。

では、結局、今お伺いした話ですと、少なくとも寺院墓地についての法的規制については、何らかのものがあることは分かったのですが、結局、従来許可を受けてない集落墓地、同族墓地、個人墓地についての規定というものは、結局、その後も、許可らしきものが与えられた、もしくは、そのようなみなし既定が存在したということはない、という理解でいいですか。

森 民有地にあった墓地について、どのような手続きで一括して「許可」を与えいったかに明治政府の指令のようなものがあつたのかどうか、それはわからないのですが、明治期に墓地の管轄が内務省に移ってから、警察がやってきて東北地方ではこれまでの同族墓地について部落有墓地に移転させられたという話は良く聞いています。それは個人の屋敷墓地も同じであつて、墓地が部落単位にまとめられていくということがあつたのだと思います。この時に、許可は与えられたのかも知れませんが・・

ただ、「個人墓地」と行政でも法律家も使いますが、実質的には「屋敷墓地」で、屋敷墓地、あるいは屋敷付属の墓地（田畑の中にあるけれども、屋敷付属した菜園に墓地があるケース）屋敷墓地に関しては、そのときに、きちんとした認可を受けている所と、認可を受けてない所があります。屋敷や耕作地の中にあつても墓地の一角に「囲いを作れ」と、「囲いを作る」ことによって、その一角を墓地としてみなしことが行われていました。

このような伝統的な「屋敷墓地」を「個人墓」と呼ぶことには抵抗を感じていて、屋敷墓地の中にも明治政府の方針にしたがつて、墓地として許可されたものと、許可されなかったものがあるし、またそのような「屋敷墓地」と異なり、法制定以降に住民が勝手に作った墓地があつて、この二つの墓地を一括して「個人墓」と呼ぶことには抵抗を感じています。

田山 ここでいう「屋敷」とは。どのようなレベルの概念ですか。「屋敷」とは。

森 伝統的に屋敷地とは、村の中に認められた一軒前の屋敷地として容認された土地のことで、必ず屋敷地という家屋の中にあるだけではなく、屋敷付属の墓地、家庭菜園か何かで使っている墓地もあります、元々離れている所に屋敷付属の墓地を持つケースもあるし、多分屋敷地の概念は多様に展開しています。

ただ、このような屋敷墓地であっても、警察から部落有地に「移れ」と言われたところもあれば、特に山間部にはそのまま温存されたところも多くあります。民俗学では、墓地として、埋めてはいいです。これは、多分、全国的に共通しているのではないですか。「屋敷地」の研究は行われていて、伝統的な形態の墓地の一つだろうと思います。

田山 それを「個人」と言い換えることは、まずいいのですか。

森 いや、まずくはないですが、「屋敷墓」も伝統的な墓地の形態ですから。

田山 農業の方で「農家相続」という言い方をしていたでしょう。「農家」という言葉が少し曖昧ではないかということ随分議論したことがあって、今、たまたま「屋敷」という言い方をされたので、少し似ているなと思いましたね。

森 法的概念としては、それはそうかもしれないですが、伝統的な「個人墓地」は、個人有地にある墓地は一般に「屋敷墓地」を指してケースが多いです。ただ、屋敷に人がいなくなることによって、屋敷地の売買も行われるようになり、その時その墓地がどうなるかが問題になってきます・

田山 そのような意味では「屋敷」と言ったほうが、社会的には分かりやすいですね。

森 墓地台帳に載っている屋敷地にある墓地を無縁改葬するとき、屋敷地の新しい所有者が前に墓地として使用していたのだからその墓地としての使用を認めるように、市町村に請求した事例がありました、

重本 では、先ほどの確認の続きになってしまうのですが、結局、今お伺いした話ですと、少なくとも寺院墓地についての法的規制については、何らかのものがあることは分かったのですが、結局、従来許可を受けてない集落墓地、同族墓地、個人墓地についての規定というものは、結局、その後も、許可らしきものが与えられた、もしくは、そのようなみなし規定が存在したということはない、という理解でいいですか。

森　　そういうことですね。明治時代に墓地が内務省の管轄時代に、東北地方を中心にして同族墓地を移していったのです。部落有墓地を移転させたのです。これは、かなりの部分、そのような形になっていって、恐らく同族墓地として残っているものは、多分、あるのでしょうか。あれは同族墓地ではなくて、部落有墓地でしょう。

また、いわゆる個人墓地、いわゆる屋敷墓地、屋敷付属の墓地。田畑の中にあるものは、屋敷付属の墓地なのです。恐らく、この屋敷墓地に関しては、そのときに、きちんとした認可を受けている所と、認可を受けてない所があります。許可を与えるときには、屋敷地や畑の中にその墓地の一角を「囲む」ことが求められたと思いますが、これが墓地としての許可の問題であったか、それが「無税地」として取り扱うためのものであったかはわかりません。

田山　ここで「屋敷」とは。どのようなレベルの概念ですか。「屋敷」とは。

森　伝統的に屋敷地とは、村の中に認められた土地ですから、必ず家の中に屋敷付属の墓地、家庭菜園か何かで使っている墓地がありますね。あるいは、元々離れている所に屋敷付属の墓地を持つケースもあるのですが、恐らく、概念的には、多分、そのような形の中で展開しているかもしれないです。うちも、そうなのです。元々が、家からすごく離れている所にあるのです。ところが、屋敷付属の墓地を持っていたのですが、多分、警察から「移れ」と言われたのだと思います。でも、その土地は、いまだに屋敷地墓地として、埋めてはいたのです。これは、多分、全国的に共通しているのではないですか。直江広治先生の「屋敷神の研究」の本もありますし。

竹内　「屋敷墓」という言い方をしているのです、民俗学で。

田山　それを「個人」と言い換えることは、まずいのですか。

森　いや、まずくはないですが、個人ですからね。ただ、屋敷墓は伝統的な墓地の形態であるのに対し、法制定以降に勝手に作った墓地がありますから、それを「個人墓」ということばで一括するのはどうかと思っているのですが・・・

田山　農業の方で「農家相続」という言い方をしていたでしょう。「農家」という言葉が少し曖昧ではないかということ随分議論したことがあって、今、たまたま「屋敷」という言い方をされたので、少し似ているなと思いましたね。

森　法的概念としては、それはそうかもしれないですが、「個人墓地」は、多くの場合伝統

的な「屋敷墓地」のことを指して言っているケースが多いです。

田山 そのような意味では「屋敷」と言ったほうが、社会的には分かりやすいですね。

森 分かりやすいです。個人墓地の場合、結構いろいろな問題があつて、個人墓地、屋敷地の中に墓地があるでしょう。家を売ったときに、「この墓地、どうするか」と、これが、結構大変な問題で、今、いろいろな所で問題になっています。

竹内 そうですね。民法的に言うと、そうなりますね。

森 その屋敷墓は墓地台帳に掲載されていて、無縁改葬をするので、これからも屋敷墓として使用できるように認めて欲しいと徳島市に要請したのですが、特使はこれは認められないとしたそうです、当然のことですが。

4 墓地の使用と寺院の典礼-墓地埋葬法 13 条との関係で

森 津地裁の昭和三十何年の判決の中に、その判決の中に、「これまで異宗派の儀礼を受け入れたことは、寺院墓地ではこれまでなかった」という意味の記述が出て来るのです。あれは、うそだと思います。東京都が元寺院の境内墓地に「共葬墓地使用規則」に作っているでしょう。これ墓地が現在の寺院墓地になるわけです

竹内 津のお寺の話ですからね。「問題になったお寺は、他宗派の儀礼は一切行っていない」と、そのような話です。ただ、寺院墓地一般論から言ったら、お墓だけの墓檀家があるのですよ。「墓檀家とは、何ですか」と言ったら、「住職が、お金が足らなかったから他宗派に墓地を売った」と、そのような形のものが幾らでもあります。だから、本当に、確実に自宗派だけということは、かなり「？」ですが、対外的には、そう言わざるを得ないですから、寺院墓地は。

森 ここで鈴木さんのコメントをお願いしたいと思います。よろしくお願いします。

鈴木 今出た問題について、僕も、ずっと気になっていましたので、判例などを引いてきたというだけなのですが、コメントさせていただきます。多分、竹内さんの使用原則が出てくるかなと思っています。

墓埋法 13 条と絡んだところで、元々は「寺院墓地で、異宗派の人からの埋葬の求めを拒絶できるか」というところで争われていました、「墓埋法 13 条で正当な理由があるときだけ拒める」となっているのですが、レジュメでは触れていないのですが、35 年通達の前の 24 年でしたか、何かの厚生省の回答のようなものがあって、「異宗派から信徒からの埋葬の求め

は他の教団体信者であることを理由に拒める」となっていたものを、35年の通達で「拒めない」と引っ繰り返しました。

ただし、典礼との関係ではレジメで線を引いている所ですが、結局は、典礼で、お寺側は「お寺の方でやれ」、「それは嫌だ」となったとき、「両者が典礼に関する事項の主張を譲らない場合には、結局、依頼者としては、一旦行った埋葬または埋蔵の求めを撤回すること余儀なくされるよ」ということが、ここに書かれています。

「だから、典礼に応じなければいけない」という趣旨で書かれているのですが、この通達を出した側の1人である山内さんという方が、別の『ジュリスト』に書いてある論文の中では、少し違うことを言っています。「合意が成立しない限り埋葬または焼骨の埋蔵は、宗教的典礼を伴わなく行われることとならざるを得ない」と。こちらは、「典礼なしであれば、いいのではないか」という形でのことを書いています。

それで、津地裁の3の判決、これも有名なものですが、これは「他宗派からのものも拒めない」ということを認めました。やはり、典礼問題については、その下線のところですが、「異宗の典礼の施行を条件とする依頼や無典礼で埋葬蔵を行うことを条件とする依頼は拒むことができる」と、そのように言っています。

その後、この関係の判例を幾つか挙げていますが、飛ばして、一番重要なところに行きます。3ページ目からで、この6番のものです。新潟で、平成11年の判決があり、東京高裁で平成10年5月16日、最後は最高裁まで争って、高裁の判決を引っ繰り返した最高高裁決ものが、平成14年に出ていました。これが、多分、一番重要な判決だと思うのですが。奥田先生も裁判官の担当者として担当しているもので、反対意見ありません。

まず、中身として、ちょっと大事だと思って、かなり長く引用していますが、まずここだけ、読ませていただきます。

「事案としては、日蓮正宗の信徒で創価学会でもあった墓地使用权者が、自己の墓地区画に墓石を設置することを計画し、寺院の代表者に対して石材店から示された題目——これは妙法蓮華經の文字——を、墓石の正面に刻した墓石を設置したいと申し入れたが、本件墓地に設置する墓石には、被告の住職である同人が書写した題目——住職が書いたものでないと、だめということですね——を刻する必要があるとして承諾を得られなかったため、本件墓地区画に本件墓石を設置する権利を有することの確認等を求めて提訴」。

日蓮正宗と創価学会の争いの中の一つとして、これが争われているということなので、かなり感情的な対立も当然ありながらの争いということでしょう。

それで、事実関係として、他にも押さえなければいけないことは、「日蓮正宗が定める典礼の方式によると、墓石に刻する題名は墓地の属する寺院の住職が書写したものであることを要するとされていると認定された。また、他方、被上告人が本件墓石に刻することを希望している前記題目の文字は、日蓮正宗で使用されている過去帳に記載された南無妙法蓮華經の文字から南無の2文字を除いて拡大したものであり、上記南無妙法蓮華經の文字は日蓮正宗宗務院の執事であった、大村さんという人が書写したものであって、その字でいく」

ということを希望したのです。要するに、「住職の字でないと、だめ」かどうかということが争われたと。

なお、原告は、この請求の他に、河野家の墓との家名を刻した墓石を設置する権利を有することの確認を求める請求もしているのですが、お寺側も、「それであれば、いい」と認諾しているということで、最高裁の方まで、それも影響します。

4 ページ目の東京高裁の論理ですが、下線を見ていただくと、「日蓮正宗の信徒であれば、本件墓地においては日蓮正宗の典礼・儀式に従って、墓石を設置することが当然予定されており、被控訴人が本件墓地区画に永代使用権を取得した当時、被控訴人は日蓮正宗の信徒として、これを取得し、本件使用規則に従うことを合意していた」と認定しています。

その下の下線ですが、「信徒側が典礼の細目が合意されていなくても、典礼について当該寺院の住職の指導に従うことが合意されていれば、墓石の設置に関する合意としても十分である」と、そこでの合意を、かなりはっきりと認めているわけです。

ところが、②は、下線を引いてないですが、「被控訴人、使用権者の方が、日蓮正宗の信徒でなくなったときは、それが必ずしも引き継がれるわけではない」とし、③「信徒でない者が宗教的典礼に関し、信徒であった当時と同様の定めに従う義務があるというためには、そのようなことについての合意が必要である。しかし、そのような合意が成立したという証拠はない」と持っていた。

それが④です。「本件墓地内において、信徒でない者も墓石には控訴人の住職の書写した題目を刻印するとの慣習が成立していると認める証拠はない」としています。実際の新潟地裁の判決を見ますと、何百基というお墓の内、数基、違うものも実際に混じっているらしいですね。それをどう認定するかで、地裁も高裁も、このように慣習がないと認定しています。

最後に、これも、その筋では有名なところですが、6番めで、「本件墓石は、客観的に見る限り本件墓地内に異形のものを持ち込むとは解されない」、そして、「墓地内の寺院以外の他宗派の墓地による読経その他の典礼が行われる場合と比較すれば、当該墓地が第三者によって他宗派の墓地と誤認されるおそれも少なく、原告にとって実際的な被害が生じるとは考えられない」としています。

下に付け加えてあるのは僕の考え方です。寺院の墓石設置は典礼に従うという合意の成立は緩く認定しているといいますが、「当然のことだ」という形での認定がされていると。「ただし、信徒時代にそのような合意をしても、それが引き継がれるということの合意は特にしっかりしていないと、だめだよ」ということで、「そのような合意は、ない」としています。

あと、高裁判決は、墓石の題目など宗教性のようなものは、あまり気にしていないと思います。

横田 ただ、この逐条解説書は、これで5冊目か6冊目なのですよ。最初に出た逐条解説書の中には、墓埋法の第13条に管理者の応諾義務というものがあるって、要するに、「正当な理

由があれば、それを拒むことができる」と書かれてあります。今は変わっているのですが、一番初めに出したものは、「寺の檀家、やめてしまいました。もう、うちは、おたくの寺と縁を切ります」と言われた場合には、その人から埋葬の受け入れの申請があっても、拒むことは正当な理由であると、一番初めには書いてあったのですよ。

次に、多分、そこで創価学会が巻き返したと思うのですが、がらりと変わって、「いや、それは憲法上の信教の自由にも抵触する話なので、寺の檀家をやめたからといって、既に墓地があるにもかかわらず埋葬を受け入れることを拒むことは、正当な理由にはなりません」ということです。

森 13条に関して、かなり大きな論争があるのですよ。昭和30年ぐらいの段階で、信仰の自由と密接な形で結びついてきているけれども、この13条解釈をどうするかということが、信仰の自由とともに非常に大きな問題になってきているわけです。判決などを見ていると、揺れているところがあります。

竹内 最近、少し変わってきています。

鈴木 最高裁の方の論理なのですが、最高裁も、①では、やはり「合意があった」ということを認めています。

②ですが、そこから変わってくるのです。「その合意がされた場合には、たとえ使用権者がその当該宗派を離脱したとしても、寺院は、当該使用権者からする当該宗派の典礼の方式とは異なる宗教的方式による墓石の設置の求めを上記合意に反するものとして拒むことができる」と。そのゴシックは、理由があって私が付けているゴシックです。

ここでは、結局、「信徒でなくなった後も、その合意を根拠にして拒める」ということを言っているのですね。

④で、「被上告人が設置を求める本件墓石の題目が上告人の典礼の方式と異なる、また、本件墓石は宗教的方式によらないものとはいえないから、題目が外形上は上告人の住職が書いたものと類似したとしても、本件墓石は日蓮正宗の宗教的方式によるものであることが明らか」という形で書かれています。

これには評釈が幾つか出ているのですが、僕は完全に誤解している評釈もあると思うのでゴシックにしたのです。それは、下の米印です。「寺院墓地において離壇した土地使用権者に対して当該寺院と異なる宗派の典礼による埋葬蔵を拒めるか」という問題について、一般的には三つの考え方があると言われていまして、「寺院の宗派の方式の典礼によることを求めることができる」というのは1番目。2番目は、「異なる宗派の方式の典礼は拒絶できるが、寺院の自派の典礼によることを求めることはできない」。そうすると、結局は無典礼でやるのであればいけるということになるのですが。3番目、「異なる宗派の典礼によることも拒めない」。確かに、理論的に三つが成り立つと思っています。

この判決は、③は明確に排除しているのですが、①なのか②なのか、というところで、①と理解している人もいます。それは、上のゴシックのところに関わってきます。この判決をしっかりと読みますと、「当該宗派の典礼の方式とは異なる宗教的方式による墓石の設置は、だめだ」と言っていますし、④を見ますと、「本件墓石は宗教的方式によらないものとは言えない」というようなことも言いながら、この結論になっていますので、「宗教的方式ではないものであれば、いい」と、僕自身は、読むべきなのだろうなと思って、そこをゴシックにしました。

そうすると、この判決によっても、「基本的に無典礼ですと拒めない」ということになるのかなと思います。

それは、具体的な先ほどの事象とも関わるのですが、お寺側も『何々家の墓』ということについては、いい」と認諾しているという事情もあります。墓石の問題と典礼一般の問題を同一視しているかどうかということもありますが、この判決自身は、かなり典礼一般の問題として議論している。特殊墓石というよりは典礼の問題として議論しているということと言えることだと思います。

その下、それこそ感想ですが。合意の認定で、最初の合意が成立しているかということは、やはり、「檀家になって、信徒になると、典礼に従わないといけないという合意は、当然のものだ」という感じで、そこは高裁と一緒に形で合意を緩く認めながら、「その合意が離壇後には継承されない」とする高裁の論理の弱い部分について、合意の拘束力を広げたと言えるのかなという気がします。

ただ、この判決を読んでいて、この最高裁判決の論理として弱いところは、最初に結んだ、「その宗派の典礼に従ってやりますよ」という合意が、離壇後も一応引き継がれるというか、「離壇後も拘束される」と言いながら、なぜ「無典礼であれば、いい」というところに持ったのかという、その論理は、一切書かれてはいないですね。

僕も、立場としては、無典礼であれば認めたらいいと思っているのですが、それを、どのように理論付けるということは、それこそ墓埋法の規定が、もう少し大きな原理なり何らかのものを持ってきて、本来的には説明すべきところなのかなと。

それが関わっていると思うのですね。ただし、ここの最高裁では、そのような議論もあまりされてなくて、当然のごとくに、このような流れで判断しているというところが、最高裁の判決では気になっています。

あと、最近、平成24年に、宇都宮地判で、やはり典礼の問題が議論されています。浄土真宗本願寺派と、片方は創価学会でしたか、そのような争いがあるのです。24年のものについては、基本的には合意の拘束力が及ばないという、先ほどの高裁型の判断によって徹底しています。そして、これも「承継されるという慣習もなかった」という議論をしているのです。先ほどの最高裁は、何百基かのうちの数基は違う方式のものが混ざっている、これは、もっと高い比率で違うものが混じっているので、確かに「慣行としても、なかった」と言いやすいので、これは、そこで切ったという判決かもしれないです。ただ、先ほどの最高裁と

合意の拘束力の認定に違う所があって、興味深い判決です。

竹内 この判決は、どこまで射程距離があるかが本当に問題で、一般の寺院とは少し違うということ、そのまま認めていいのか、考えなければいけないと思います。

鈴木 僕は、最高裁の書かれている論理自体は、「宗教的方式によらない無典礼であれば、お寺側は拒めない」という論理で書かれていると、この最高裁は読むべきだと。東京高裁の方は、「過去の誰かが書いた題目を刻印するものでも、いい」という形で、ある意味では、使用権者側の完全勝利のような判決ですね。

竹内 ぱっと見た感じ、変わらないのですね。見た感じ、どちらがどちらか全然分からないですもの。2文字抜けていますがね。「妙法蓮華経」という「2文字抜けている」とありますが、本当は変わらないのですよ。

鈴木 ただ、そこを気にする人にとったら、「誰が書いたか」ということが宗教性の問題として影響します。最高裁は、「宗教性」とは言っていないです。「宗教性」と使ったのは、最高裁は「宗教性」とは言っていないですが、レジュメ本文は、全部最高裁の引用です。

5 檀家契約と墓地使用—消費者保護の観点から

森 知りたいことは、檀家契約と墓地契約を一体化しているところで、これに関しては、最高裁も否定的で、「檀家契約が終わったから墓地契約が当然終了するものではない」としていてもかかわらず、寺院側は、檀家契約と寺院契約を一体のものとしておることが多い、その実態を調べたい、テーマがある。

鈴木 もう1つ気になることは、最初に合意の成立を認定する過程も緩いと思ったけれども、約款は最初に向こうが作ったものが、そのまま完全に有効になるわけでもないですよ。そこで墓埋法的な基礎を置いた上で、その約款を解釈し直して、変なものは排除したりしてもいいわけですが、そうした議論は、今のところ全然されていない。

田山 約款のお話が出たので、約款を媒介といいますか、切り口にして、消費者法的観点がもう少し入ってくると、別な根拠で切り込めるかなという、合理的な方向へ向けて、という感じはしていたのですよ。最高裁も、そのようなことを、はっきり言っていないですが。消費者法的な観点や何かを多分考えながら、あまりはっきりさせないで、「おまえたち議論なさい」というような問題を投げ返してきたかなという感じも、しないではないですよ。

鈴木 先ほどの「つながっていない」と言った辺りは、確かに、そのような配慮をもって、

わざと、空けてあるのかもしれないですね。

横田 墓園協会にいと、大体消費者問題と行政問題と、お墓を造りたいという問題の大体この3パターンです。消費者からは、「今度、お寺の境内墓地がいいと思っていた」けど、そこのお寺の境内墓地は、墓地の規則を作っていないので、「おかしいことをするのではないか」、「決めてないのは、おかしいのではないか」と問い合わせが来るのです。「それは、決めていないからといって、そこのお寺がおかしいと……。それは、おたくの檀家になることでの宗教活動の一部だから、作っているところもあれば、作っていないところも、ありますよ」と答えることが多いものですから、それで、どの程度の割合が寺院規則を作っているのかは分かりません。

森 ネットに出ているお寺が、最近、ホームページを持っているところが多いから、ホームページから全部ダウンロードしたら、約款の内容はひどいものあって、この通りに一考されたら、墓地使用者の権利はほとんど守られていない。

竹内 護持会が約款(規則)をつくっているのです。寺院はお守りするほうです。お寺が逃げたいから護持会に作らせるというものが、結構あります。

森 檀家契約が終わったら、檀家の護持費ですか、これを納めなかったら墓地契約を解除すると、内容としては「ふざけるな」と思うのです。裁判になると、それはそれなりにこのような契約の有効性は問われることになると思うのですが……

竹内 解除だけではなく、「取り消す」と書いてあるものが、あります。

田山 そうすると、消費者契約といえますか、消費者法的観点から、もう少し検討しないといけないですね。

6 私法からみた墓地問題

田山 竹内さんの報告については、森先生の方から、いろいろ問題提起があったりして、僕も話させてもらったので、あまり付け加えることはないのです。要するに、昨日からとも関係するかもしれませんが、墓埋法の改正というか、改定を考える場合に、私的な面、そのようなプライベートな私法的な観点からの問題、それから、今後いろいろ形態が広がってしまった広い意味での墓地について、墓埋法が、どう対応していくのかという問題を分けると、それは、結局、プライベート私法的な問題点と、公法的な問題点の切り分けに、ある程度対応するのかもしれない。完全にパラレルということではないですが、そのような意味では、われわれも、「こういうことについては、公法の方から少しきちんと規制してもらわなければ

ば困る」と。

それは、新しい問題というか、今日、特に古いところから、ずっと説明してもらった問題、集落の部落墓地のようなものや屋敷墓的なもの、そのような側面について、それは衛生の観点がありますが、あまり公の問題と考えませんが、宗教的な問題については、特に宗教法人がやっているようなものについては、きちんとした対応を考えて、その場合に、僕はプライベート法をやっているものですから、最近の法改正を見ると、借地借家法の改正が、ありましたよね。あのときに、借地借家法は、今、一つしかないと思っている人が多いと思うのですが、実は、二つあるわけですよね。昔からの借地借家法と、つい最近改正された借地借家法と、実は、二つあります。

それは、附則で、そうしているわけですね。つまり、「古い関係については、昔の借地法と借家法を適用しますよ。だから、借地権については借地法で従来のものを保護します」と。「ですが、今後の新しいものについては借地借家法ですよ」ということで、非常に新しい法規制していますよね。あれが一つモデルになるかな、という感じがしているのですよ。全く法規制対応のテクニックの問題ということを、私は、墓理法は本当に素人なので、少し無責任なことを言っていると自分でも思っていますが、そのような感じが多少しております。これが1点です。

最後にしますが、もう一つ付け加えておきたいことは、今年の4月13日付で官報に載っているのですが、民法が改正になって、特に今日のテーマに関係しているものにつきましては、873条の後に枝番の2というものができました。これは成年後見の改正なのですね。「成年後見人は、成年被後見人が死亡した場合において、必要があるときは、成年被後見人の相続人に意思に反することが明らかなきを除き、相続人が相続財産を管理することができるに至るまで、次に掲げる行為をすることができる。ただし、3号に掲げる行為をするには、家庭裁判所の許可を得なければならない」。1号が、「相続財産に属する特定の財産の保存に必要な行為」。2号として、「相続財産に属する債務」。これは、弁済期の到来しているものに限る弁済。3号なのですが、「被相続人のその死体の火葬または埋葬に関する契約の締結その他相続財産の保存に必要な行為。前2号に掲げる行為を除く」となっていますが、この第3号が、今回の研究会のテーマにも関係しています。

これは、まだ施行されていないのですが、もうすぐ施行されます。4月から6か月以内でしたか、ちょうど6か月ぐらいたったところで、今年の秋には施行になるわけです。この規定は、法定後見人の話ですよ。もちろん、任意後見人についても同じような契約は、今までも問題になってきておりましたが。例えば、法人後見人、東京の多摩南部5市をまとめて成年後見法人を作って、そこの理事長をやっているのです。そこでも、依頼があれば、お葬式等々について契約を結んだりはしているのです。これは、任意後見なのですね。

今紹介させていただいた873条の2については、法定後見人です。従来は、私もそうでしたが、開設するときに、「事務管理で説明しましょう」とします。事務管理ですと少し弱いということで、この規定を設けてきたわけなのですが、事務管理でも、このままでもよかつ

たのではないかという気がしないのでもないですが、これができてしまったので、結構やると思うのですよ。

だから、そのときに、後見人になる人の墓埋法などに関する知識がどの程度かということにもよりますが、ちょっと、新しい課題を抱えてしまったかなということで、私は、民法の観点から、この新しい条文について墓埋法的観点も入れたのですね。今回もペーパーも何も作らないで、無責任な紹介だけに終わらせていただきますが、そのようなことも情報として申し上げておきたいと思います。
以上です。

森 時々、個人的相談を受ける依頼があるのですが、いわゆる老人ホームに入っている人がいますよね。相続人がいても、あまり仲が良くないというケースがあって、その場合に、老人ホームの誰かを成年後見人にするケースが結構あるようですね。

田山 入居しているホームを後見人にするのは、よくないですね。

森 いや、それで問題になることは、僕が相談を受けた事例は、2,000万ぐらいのお金を残したのです。そのときに、ホームとの間では「残った財産を寄贈する」と書いてあって、片方では、自分が生きている段階で、もやいの会に入会し、死んだら300万のお金を寄付する。死んだら相続財産が、この二つの遺言証書があって、裁判で、どのように判断するのだろうかと思います。これが、一つの問題です。

あと一つは、あるお寺さんからの相談で、「1,000万近いお金が残ったので、葬式代で300万、お墓代で300万、あともう一つ何かで300万使ってね」と。「これで相続財産全部、事務管理で使ってやったらどうだろう」と言うから、「そんなことをしたら手が後ろに回るかもしれないよ」と言って、それは終わったのですが。

田山 どこかに相続人がいるわけですね。

森 いや、これは、相続人がいないのです。「国庫に入るのであれば、3人で分けた方がいいだろう。お寺と葬儀屋さんとお墓。この三つで分けたほうが、いいだろう」と。これから、どうするのでしょうか。

田山 国庫金の手続きは、とても煩雑で金がかかるわけですね。だから、普通は、それを0にして、そうしないために、今おっしゃったようなことをやることはあるのですが、ちょっと金額が大きいですね。

森 大きいでしょう。でも、結構あるようですね。恐らく、このようなことは、民法学者は、

どう考えているのだろうと。先生が、成年後見を勉強していて、書いてないなと思いながら。

田山 それは、後見人が業務上横領になってしまう可能性も、ないわけではないですよ。プライベートに使える。

森 逆に、この辺りについての新しい法制度は、必要ではないですかね。

B 「この辺り」とは……。

森 死んだ場合、相続人がいない場合に、国庫に帰属する前に、やっていますよね、武蔵野市など。

田山 特別支援ですね。

森 あのような形の中でやっている例が幾つかあるのですが、もっと分かりやすい法制度が必要だと思うのですが。われわれの世代で、いわゆる独身率、未婚率は十何%いるわけです。実際上13%では、独身者は、多分30%を超えているのです。30%を超えている中の恐らく半分以上が、結構裕福なのです。僕の友達でもある上野千鶴子さん、すごい資産を持っているのです。恐らく、死んでいくわけですね。

このときに、これを、どのような形の中でやっていくのかということ、高い地位にある人は生前に考えているのですが、普通のサラリーマンが、恐らく、例えば2,000万ぐらいお金残して死ぬというケースは、これから増えていくのです。これに、どう対応しようとしているのかなど。

片一方で、このような問題もあります。彼らは、ほとんどが、「もう、お墓なんか要らない。散骨でも何でもしてくれ」と、片一方で言っているわけですね。では、そのお金をどうするかというと、誰かが相続する。

いや、もっと前に何があったかということ、大阪の事例の中で、大阪の尼崎近辺は孤独死が結構多かったのです。そうすると、女性が孤独死する場合は、葬式代を300万よこすのです。150万から300万ぐらい残して死ぬ人が多い。ところが、監察医が孤独死ということを確認したら、今度どうするかというと、一応、相続人、甥や姪を呼んでくるわけですね。甥や姪は、遺体をどうするかというと「献体します」と。恐らく、相続財産だけもらう。このようなことが許されるのでしょうか。

竹内 今は、献体は、ほとんど断っていますよ。愛媛は、今、献体が余っていますから。

森 献体の後は遺骨になって返ってきますので、病院などに「あとは、どうにかしてくれ」

ということになり、最近は、病院の中に納骨堂を造っています。

竹内 持っています。医学部は、そうやっていますね。

森 ある監察医の方と会う機会があって、このような状況を見ていて、日本の法理は大丈夫なのか、と

竹内 最近の法律相談で一番多いものは、甥や姪が突然相続人になるのですよ。そうすると、血みどろの争いになるのです。必ず言うこと、「いや、私は決して遺産が欲しいわけじゃありません。あいつに行くのが、いかん」という、すごい話になります。

田山 そのような人に限って、「成年後見人になってくれ」、「申し立てしてくれ」と言うと、「私は縁がない」、「付き合いがないから」と断るわけですよ。

森 「成年後見制度とは一体何だろう」と思って、第三者の力を借りたほうがいいですね。

田山 ですが、もう親族3割を切っているのですよ。九十何%から始まっていたのが、10年前に半分になり、もう3割を切っているのですよ。

竹内 修士論文でやっている人がいて、それを、社会福祉協議会、社協が、法人後見でやるのです。しかし、結局、亡くなった後、一応、契約上切れるではないですか、亡くなった段階で。その葬儀をどうするか、本当に苦労しているようです。

横田 その苦労があったからこそ、先生の今のお話で言った改正が行われて、「成年後見人も死んだ後のアテンドはできるよ」という話に……。

竹内 だと思います。実際、やっているというよりも、やらざるを得ないですよ、自分たちが。かわいそうですけれども。

田山 この規定ができたから、ある程度対応できるのですが、一番いいことは、成年後見制度というのは、「本人意思の尊重」が最も重要な理念とされているでしょう。だから、一番いいことは、被後見人ご本人の判断能力がまだ大丈夫なときに、リビングウィルの形で、葬式についてまで言及しておくということをしてもらえれば、大体、医療の領域だけで発達してきた制度かもしれないが、もう少し広がっていいと思うのですね。だから、医療同意、「延命措置をやめてくれ」、そのようなことだけではなくて、葬式についての同意も必要かと。

竹内 エンディングノートというものがありますが、あれは効力があるのですか。

田山 成年後見人等が何か新しいことをやる時に、「本人のそのようなものが、あります」ということは、決定的な法的効力はないです。

20年ぐらい前に、葬儀の生前契約が、全国葬儀社連合会、全国冠婚葬祭互助会協会が旗を振って、信託ですかね、保険会社とつるんで、わっさわっさでやったけれども、結局、信託会社は何ができるかという、「こういうお葬式を、やってほしい」、「ああいうお葬式を、やってほしい」と言っても、「そのお葬式は、やるのですね」というところまで、くちばしは挟めないと。要するに、そのための費用を渡すだけで、あとは、それは、もう、ご家族が実際にそのお金を使って、言い残した通りにやるかどうかまでは、できないのです。

森 「葬儀とは何か」という問題と、ぶつかってくるのです。日本が貧しいときもそうだし、今、台湾もそうなのですが、葬式を出せない人が、たくさんいるわけですね。そのときに、日本の中では助葬制度というものがあって、社会全体で助けるという制度があったのです。台湾などでは、合葬制度があって、葬式を出せない人間は合葬、まとめて葬儀をするという制度があるのです。恐らく、そのような制度を、もう1度見直すべきであって、そこで自己決定の意思を中心にした自己決定も必要だと思いますよ。必要だと思いますが、多分、そのことが、どのような形につながっていくかという、大概、私が死んだことに、私は、あまり関心ないですから、「私が離れた後、どうにでもしてくれ」と、そのような論理につながっていく。

田山 ですが、墓埋法にも、第9条で、きちんと「市長村長の埋葬または火葬の義務として、それほどお金がなくて困っている方であれば、行旅病人、行旅死亡を使うか、生活保護法の葬祭扶助を使って、それは行政の責任においてやりなさい」と明確に書いてあるわけだから、それは、きちんと手当はされているのではないですか。

片桐 今、言われたことは、葬儀も含まれていますよね。だから、「葬儀を、どうするか」という問題が別途あって、その費用を誰が分担するのか、その分担者が故人の遺志をどの程度尊重しなければいけないのか、という問題ですよ。それは、今言ったように複合的な論点があって、それを1個1個ほどかかないと、多分、一気に「こういうふうにしよう」とは、なかなかできないと思いますけれどもね。だから、今の葬祭扶助の制度にしても、そうなのだろうと思うのです。

森 恐らく、財産の問題と関わると。日本の民法は、「祭祀承継者が」という規定があるでしょう。この規定が、いろいろなネックになって、祭祀承継者が全部決めてしまう形になっていると。ところが、ドイツもそうですし、多分、フランスもそうだと思うのですが、「葬

儀費用を相続財産から出す」という規程があるのですね。あのような1条が出来上がって行くことによって、大分話が変わってくるのではないかと。

片桐 たしか、私、うろ覚えですが、戦後、民法を改正するときに、そのような既定を入れようとしたら、「なかったら、どうしようか」という話になったのではなかったですかね。「相続すべき財産がないのに、費用負担を祭祀継承者に負担させると、結局、出し損になる」というような話が、あったのではないですか。

竹内 埋葬税か何かでやればいいですね。

片桐 教会税ね。 国によっても違いますが、教会税は埋葬が中心なのですが、教会を支えていくための資金ですから。でも、ドイツで、「教会を脱退したら埋葬しないのか」ということは、そのようなわけではないらしいのですね。

森 スウェーデンで聞いた話ですが、スウェーデンで元々教会税だったものが、埋葬税、葬式税に変わった。それがなぜ変わったのかというと、異教徒が入ってきたからやったのだという話を聞いて、それ以降調べてないけれども、多分その問題は、先ほどの成年後見の問題と一緒に含めて議論していくような……。

片桐 そうですね。だから、そのような葬祭埋葬に関わるインフラを公的なものとして支えていくという観点からすれば、そこは、当然、何らかの財源が必要になってくるわけで、この財源の負担を、例えば税でやるのか、それとも利用者でやるのか、利用者でやるにしても、遺族でやるのか、個人でやるのか、という問題があるということですよ。

横田 いや、先ほど来から、諸外国とわが国の事例の比較が出てくるのですが、私の理解で言うと、民法は大陸法の方から持ってきたのでしたか。わが国においては、基本的には、死んだ人は、あまり大切にしないといいですか。要するに、一つの例で言えば、アメリカ辺りは、大富豪がいてペットに全部遺産を相続させるという遺言を残せば、それが履行されるわけですよ。

しかし、わが国においては、「憎たらしい女房だから、女房には1銭も金を渡さないぞ」という遺言を残したとしても、法定遺留分で2分の1は持ってかれてしまうという。だから、わが国においては、昨日もお話が出ましたが、「死者の尊厳なり権利がどうだ」となったときには、そもそも死んでしまった時点で、権利もへったくれもないから、「後は残った人間で、うまくやるのだ」ということが大前提になっている中の一つのフレーミングとして葬祭の話も出ている話だから。

森 それも一方的で、基本的には、家制度というものが、基本的に、死者の尊厳性を守るということをやっていたのです。それをやらなくなってきたときに、今、受け皿がなくなってきました。これをどう作るか、という議論があるわけです。これが、財産に関わる問題も一つだと思うし、墓地埋葬法の範囲の中でできることはないか、ということも考えなければいけないです。

横田 やらなくなってきたということについて、「やれなくなったのか、やらなくなったのか」という議論が一つあって、もし、「やらなくなった」ということであれば、それは、もう、国民意識において、「そのようなのは、もう、いいのでは」ということでは。

片桐 やはり、戦後、民法を作ったときには、そのような家制度が作れない、戦後、使えないということを前提にして、事実上根幹となる葬送の部分の部分をどうするかという問題が、ずっと引きずられてきているわけですね。

それが、今、家制度というか、事実上、家意識が残っている中では、何とかうまく機能していたのですが、それがなくなりつつあるので、そこが怖いという話ですね。そのときに、一つ「こうなのだ」という一つのやり方をやるのか、それともメニュー化していくのかということも、いろいろあり得ると思うのですよね。ですので、いろいろ考え方は、あるかなと思います。その意味では、どのようなことをしているのだろうということを考えていって、メニュー化していくことが、一つの方法なのではないかと思います。

森 今から10年以上前に、厚労省で世論調査をやった時、自由意見を聞いて、「こんな反応が出ているのか」と思って驚いたことがあります。要するに、「葬式に、何で国が関与してくるのか。墓や葬式は私的な問題であって、国には関係ないではないか」ということが、意見としてあったのです。

この論理は、穂積八束です。穂積八束は、家制度の在り方として民法の中に家督相続の特権ということを入れたことに対して、家は私的な問題だから法律で規定することにとっても反発したのです。「そうか、まだ、こういう意識が残っているのだ」と思うのですが、片一方で、ヨーロッパの中で見ていくと、葬式自体がプライベートな制度であるかという、多分、必ずしも、そうでもないでしょう。恐らく、この辺りの調整を、これから、どう取っていけるのかなという問題意識として……。

片桐 それは共有します。

森 そこが問題意識としてあると。成年後見の問題に関して言うと、単に私的なレベルにそれを押し込めてしまうということについては、ちょっと危険かなと。一つのメニューなのですが、それだけでは解決しないかなと。ただ、あまり実態調査もないのですね。人が死んだ

ときに、お金がどれだけ老人ホームに寄贈されているのか、データ、ありますよね。

田山 後見人が被後見人の財産を正確に把握して目録化するということが、大変なことなのです。「銀行を調べればいい」と言っただけで、銀行には、ないかもしれないですしね。押し入れの中に現金がある場合もあるし。

片桐 だって、皆さん、あれでしょう、今日の帰り道に交通事故に遭って、脳が重篤な障害を負って、成年後見を頼らざるを得なくなってくることもありうるわけですが、「じゃあ、皆さん、財産目録、持っておられますか」という話ですよ。

田山 後見法人で一つ問題になって、もう時間がたったからいいと思うのですが、押し入れの中を探したら古い小切手が出てきたのです。それを、きちんと処理しないと。だから、素人ばかりが最初やっていたわけですね。今は弁護士がやっていますが、「こんな古い小切手、大した金額ではなかったし、紙くず同然」としてしまっただけなんです。

期限が切れていようが何しようが、しかるべき処理をしなければいけないのです。「現金が、こんなに出てきた」という話ではなかったで、よかったです。

それから、土地の境目か何かで大変なトラブルを抱えている人が被後見人になったりするようなこともあるんですよ。だから、難しいですね。

竹内 ぜひ、村落共同体が残っている所もあります。その辺りでは、「うちは、葬儀をしないと村から何言われるか分からない」という所なので、大変なのですよ。

田山 反対するかもしれないが、「成年後見なんて要らないよ」という山村があるわけです。そこは、いい意味で伝統的なコミュニティが、まだ存続しているわけです。そうすると、見守りなどは、皆さんで、やっているわけですね。そのような意味で言うと、難しいと思うのです。街中には、そのようないいコミュニティはないから、もう駄目ですが。

森 沖縄の小浜島、あそこで、すごい介護保険が盛んなのです。ところが、70 軒ぐらいの部落の中で、介護は全部隣近所のおばさんたちです。「介護保険は、田舎では、このような役割を果たすのか」と思うような、恐らく地域共同体を維持する役割を果たしているのです。

この問題は、墓地埋葬法の問題とは別問題とされていて、これは、また、どこかで、別の形で議論をしなければいけないと思います。