

第3回研究会 「埋葬義務」について

平成27年8月20日 新潟市

1 趣旨 と 整理

(1) 戦後の墓地埋葬法と祖先崇拜

このテーマは、今回の研究会においてもっとも採り上げたい課題であった。それは、戦後の墓地埋葬法の揺らぎが見られ、墓地埋葬法によってどのような社会的法益を守ろうとしているのか、不確かになってきているからである。

戦後の墓地埋葬法に関する衆参両院の立法過程での議論で、政府委員であった三木行治が墓地埋葬法第1条の「宗教感情」について、その具体的な内容として祖先崇拜の思想を繰り返し取り上げていたからである。『逐条解説 墓地、埋葬等に関する法律』の旧版では第1条の解説に「祖先崇拜」「刑法」「墓地埋葬法」のトライアングルで墓地埋葬秩序を維持するとしていたが、昭和63年の改訂版では「祖先祭祀」ということばが消え、「国民の宗教感情に適合すること」を目的とするのは、墓地の設置や埋葬等の行為がそもそも国民の宗教感情に根ざすものであり、それらが宗教的平穏の中で行われることを必要とされるからである」として、昭和23年9月13日厚生省発第9号の通知を引用し、参考文献として憲法第13条・19条・刑法の第188条から第191条までを引用している。

戦後、周知のように、新民法にも祭祀条項(第897条)が温存され、戸主権は喪失したが事実上の〈家〉の承継性が維持され、祖先崇拜の思想は国民道徳として長く維持されてきた。その意味では、「宗教感情」を祖先崇拜に読み替えたとしても誰も違和感をもたなかったし、民法の祭祀条項の規定も当然のように「埋葬」を含んだ概念として、葬儀・埋葬そして祭祀に至るまで〈家〉の祭祀承継者＝アトツギの役割であるとして、墓地埋葬法と民法の祭祀条項が一体になって、葬儀・埋葬に関する裁判規範として機能してきた。民法では「家」制度と現実の間に齟齬が生まれたときには、法解釈を通じてその矛盾を是正することで(家父長制的「家」を骨抜きにして)、その矛盾の顕在化を覆い隠した。

(2) 祖先崇拜の変貌と死者の尊厳性

この戦後の流れを大きく変えたのは、少子化現象であろう。少子化は1975年から進行しているが、1990年代になったのは深刻化し、事実上〈家〉の承継、アトツギの確保が事実上困難になり、「家」制度の下で確立してきた死者(先祖)の遺体・遺骨を「保存」・「承継」することも事実上不可能になってきたのである。この時、日本では遺体・遺骨を保存・承継する葬法とは異なった新しい葬法が主張されるようになった。散骨・合葬式共同墓・樹木葬という新しい葬法(具体的な内容は問わない)が展開するようになった。これらの葬法が、民法の祭祀条項や墓地埋葬法が想定していた事実とは異なるために、国や国民もが法律の枠組みの外で起こっていると捉えられ、この領域にNPO法人や営利を目的とした企業が参入するようになり、新しい葬法の商品化と意識の変革が一気に進むようになった。

た。

このような現象とともに大きな変貌をとげるのは「祖先崇拜の思想」である。もともと、祖先崇拜の思想はもともと親子関係の内在的な矛盾によって支えられていた。祖先崇拜の枠組みは、子孫(子)が祖先(父)を敬うためには、祖先(父)の死によってはじめて成立するものであり、この祭祀の循環の中に自ら(子孫)がはいるためには祖先(父)の死を待たなければならないということである。また、その父(祖先)への恭順は、もともとの祖先(父)の死により新たな学習するのではなく、祖先への恭順は生前の親子間の家父長制的な支配・服従関係によって基礎づけられていたものである。したがって、生前に親子間の支配服従関係が解消されていると、祖先を崇拜するという社会的基盤そのものが失われることにもなる。そして、親子の支配服従関係が解消されると、子孫(子)が祖先(父)に功德を捧げるよりも、子孫(生者)自身の安泰・幸福を求めて、先祖(父)について逆に犠牲を求めようようになってくる。死者への功德よりも、子孫(生者)の都合が優先されるようになると、祭祀の永続＝祖先崇拜の枠組みが成り立たないばかりではなく、目の前で起こっている「埋葬」(葬ること)からも死者を保護すること、より普遍的には「死者の尊厳性」を守るという思想も欠落するようになり、子孫の安寧や幸福が優先されることが正当化されるようになる。

(3) 墓地埋葬法の新たな段階—伝統に基づく葬法と「死者の意思」

もともと日欧を比較してみても、ヨーロッパにおいては長くキリスト教の伝統が墓地や埋葬～葬送の秩序を支えてきた。近代的な墓地埋葬法が形成され、政教分離の原則が確立したとしてもしばらくはその伝統が維持されたが、その伝統から解放されるきっかけを与えたのは火葬の導入であった。19世紀末から20世紀の初めにかけて、葬法を中心として「死者の意思」＝死者の自己決定権を尊重するという原則が確立されるようになってくる。

日本では、キリスト教ではなく、祖先祭祀の伝統からの解放、いわば「国民道徳としての祖先祭祀」の私事化・空洞化が起こることによって自己決定権が強調されるようになるが、そこで強調されるのは「死者の自己決定権」ではなく、アトツギの自己決定権である。〈家〉的伝統に中でしか「葬ること」を考えなかった人々は、子孫(アトツギ)の立場から自己決定権を考えるのである。このような現象は、現代の「墓じまい」の現象に端的に表現されることになる。

私が「埋葬義務」に関心を持つようになったのは90年代の末頃であるが、ただ大きな迷いもあった。それは、(1)祖先崇拜という日本流の死者を保護する習慣があるところで、死者の尊厳性や死者の保護という観念が人々に受容されるのか、(2)これまで長く遺骨を「保存」と「承継」して行くことをシステムとしてきた社会がどのように変わるとしているのか、(3)個人化が進み、散骨や大きな骨捨て場に遺骨を捨てても良いと考える人が日増しに増えてくるなかで、「埋葬義務」の考えが受け止められるのか、等という問題であった。そのような状況の中で、「埋葬義務」を墓地埋葬法の目的に基礎付けようと次

第に考えるようになってきたが、祖先崇拜の思想の空洞化が不可逆的に展開していることである。祖先崇拜にあるいは〈家〉制度に依存してきた現行の墓地埋葬法がどのように空洞化してきたかを見ておこう。

(4) 〈家〉なき時代と墓地埋葬法の空洞化 1—新しい葬法の発見

〈家〉なき時代でも、〈家〉を前提とした日本の墓地埋葬法は存在している。遺骨を保存・承継していくことを前提とした墓地埋葬法が、遺骨に保存・承継をしない葬法を自らの法体系の中に位置づけることはできないだろう。また、平成16年10月22日厚労省は北海道から問い合わせに対する回答として樹木葬墓地に関する通知を公表した(健衛発1022001号)。この回答は、散骨に関するものであったが、その回答は陳腐なものであり、墓地埋葬法の制定者としての責任を回避する残念なものであった。戦後、1950年代から1960年代においては、法の近代性に対して、現実の後進性からくるギャップとの間で、「法と現実」の乖離が問題となった時代があったが、今日の乖離は「法の後進性」(時代遅れの法)と無秩序に展開する現実の間での「法と現実」の乖離であり、理念なき混乱の状況が問題視されるようになった。

これまでの墓地埋葬法においても、〈家〉に属さない死者(アトツギがいなくなった死者)については無縁墳墓として処理されていたが、〈家〉なき時代の今日では、アトツギがいなければ「墓」を持つことができず、家族によって「承継」を必要としない「新しい葬法」を選択する道しか残されなくなった。集団としての家族の存在も曖昧になっている現代社会で〈家〉の存在を前提とした遺骨の「保存」と「承継」を目的とする墓地埋葬法や民法が存続しているのである。ここに大きな「法と現実」の乖離が表面化し、古い価値観を引きずりながら現実の矛盾からとりあえず逃れようとする人々も増加することになる。

墳墓・遺骨を承継者はいなくなることによって「承継」の不要な葬送のシステムを作ろうとすることは理解できる。しかし、死者達は遺骨の保存をあきらめた訳ではない。そして、新しい葬法の提供者も遺骨の永代供養・施設の永久性を標榜するが、ここには何の法的な根拠はない。この施設の永続性のために経営者がどのような措置をとるのか、永代供養のためにどのようなことを行うのか、曖昧なままであり何に議論もなく、法律上の責任の根拠も明示していない。

これまで、遺骨の「保存」と「承継」は墓地経営者の責任と言うより、家族=祭祀承継者の役割とされてきた。承継者がいなくなるから「承継」ができないことはわかりが、どのように遺骨を「保存」に関する議論がないまま、合葬式共同墓や樹木葬墓地が提供され続けている。

たしかに、アトツギの確保できない不安を解消することだけを考えるのであれば、新しい葬法の「発見」によって問題の解決が図られたことになる。しかし、現代私達の社会で起こっている問題は、「新しい葬法」の誕生によって問題解決が計られた訳ではない。問題をより深刻化させた。自分の遺骨を散骨したいとか、合葬式共同墓や樹木葬墓地に納骨したいのであればともかくにして、すでに墳墓や納骨堂に納められている遺骨を取り出し

て、それを散骨、合葬式共同墓・樹木葬墓地へ移動(改葬)することが適法であるのだろうか、残された家族のお墓参りが不便になるから、地方で先祖代々続いてきた先祖の墓を故郷から遠く離れた地域に改葬を許すことが「理」に適ったことであるかどうか、近年起きている、いわゆる「墓じまい」の現象が適法であるのだろうか、葬式をしなくても法律には違反しないから、葬式を止めてしまうことが「理」に適ったものであるかどうかである。ただ、これらの人々は伝統的な〈家〉から解放されている訳ではない。多くの人々は、祖先崇拜が事実上崩壊している時代に、死者達を〈家〉の枠組みに閉じ込めたまま、自分だけがこの矛盾の連鎖から解放されたいという、自己撞着に陥った現象が起きていると思えるのである。

このように考えていくと、現代の葬送をめぐる理不尽だと思われる現象が数多く起っており、誰もが墓地に「埋葬」されても安心できず、そしてこれらか誰も安心して死ぬる社会が失われてきていることに気づくことになる。そうしたとき、墓地埋葬法の再構築についての課題が生まれることになる。

(5) 〈家〉なき時代と墓地埋葬法の空洞化 2- 「埋葬」されない死者達

新しい墓地埋葬法の再構築について考えたとき、「埋葬義務」の原則が必要であると考えたのには次のような背景がある。一つは、祖先崇拜の変貌によって、子孫が先祖(死者)を崇拜し、死者を保護することより、自己都合を優先する子孫(生者)が多くなったことであり、「埋葬」されない死者(=葬られることのない死者)が増加したことであり、NHK等が無縁社会として報道し「孤独死」は注目されたときもあったが、他方では死者が「葬られる」ことがなく放置される死者が増加したことであり、かつて、ある法医学者と議論する機会があった。孤独死をした高齢者の甥や姪が金銭は相続財産として引き継ぐが、遺体は献体をすることにし、葬儀を行うことには関心を示さないことに、法医学者は、日本の法律は間違っていると怒りを露わにしたことがあったが、私もその通りだと思う。

さて、「埋葬義務」をどのように具体化していくかとなると、それほど単純な問題ではない。日本の法律の中では、「死者は埋葬しなければならない」という規範さえも道徳に委ねており、遺体を放置しても遺体遺棄罪に問われない限り、罪には問われない。かつて北海道で遺体放置事件が起こったとき適用する法律がなく、戸籍法違反で摘発しがあった。

日本の墓地埋葬法には、遺体の処理方法として、土葬と火葬、焼骨の処理の仕方として埋蔵と収蔵の二つの方法しかない。ここに列挙した葬法以外のことを行っても違法であるかと言えばそうではない。散骨が登場してきたとき、日本の法務省の公式見解ではないにしても必ずしも違法ではないと述べ、厚労省も墓地埋葬法の想定外のこととして、墓地埋葬法に違反するとは明言をしなかった。ここで国民は墓地埋葬法の「埋葬」の概念に疑問を持つようになったのである。つまり、墓地の外で多様な形態で焼骨の処理(「埋葬」)を行っても違法ではないのだと考えるようになり、焼骨処理の多様化が一気に進むことに

なったのである。

この焼骨処理の多様化こそが 1990 年代以降の流動化する葬送の流れをつくりあげ、「自由」を標榜する葬送秩序の混乱を招くことになる。しかし、この混乱は、他方では、家族の流動化（私はこれを「日本的近代家族」の崩壊と呼んでいる）のなかで芽生えてきた新しい葬送＝「埋葬」の在り方の萌芽でもあった。

1990 年以降の葬送秩序の混乱は、旧来墓地埋葬法が想定しない新しい葬法が展開すると同時に、少子化を含めた家族の流動化や国民道徳として君臨してきた祖先崇拜の弛緩・解体の中で、伝統的な葬送の秩序の崩壊と理念なき葬送の展開、さらにはだにも「埋葬」されない死者の存在が同時並行的な現象として展開するようになった。

(6) 新しい理念としての「埋葬義務」と墓地埋葬法、

公衆衛生政策が墓地埋葬行政にとって重要な役割を果たした時代は、葬法としての土葬が中心であった時代である。墓地埋葬行政が遺体の処理を問題にする以上、公衆衛生を切り離すことができないが、葬法として火葬が支配的になってくるとその焼骨の処理には公衆衛生はそれほど重要性を持たなくなってくる。

公衆衛生政策が墓地行政全体を規制する原理として有効ではない領域が生じてきたとき、新しい墓地埋葬法の理念として、かつては祖先崇拜の思想によって保持されてきた「死者の尊厳性」「死者の保護」と理念があった。もともと墓地埋葬法は死者の処理の仕方・死者の住処を基礎付ける法体系であり、生者と死者をつなぐ「埋葬」と「墓地」について定めた法体系である。このことを踏まえて位置づけたのが新しい「埋葬義務」の概念である。

「埋葬義務」の理念は、まずは全ての死者について、生前には人間の尊厳性が保持されたように、死後も尊厳性を持って「埋葬」されることである。このことは、子ども(アトツギがない)がないとか、お金がないとかにかにかかわらず、全ての死者に平等に保障されるということである。

第二に、この義務は、現行の日本のように祭祀承継者(アトツギ)に負わせるようなものではなく、まずは「近親の親族」＝死者と親密な関係にある人々に対してこの「義務者」であることが求められるが、地方自治体や国家もこの「義務者」としてそれぞれの役割を担うべきであることである。地方自治体の役割は墓地の提供と墓地の管理である。国は「埋葬」される権利を保障するような法の体系を用意することである。この国と地方自治体に役割は別に論じなければいけないが、埋葬義務者は「近親の親族」「地方自治体」「国」がそれぞれの役割を分担しなくてはならない。

第三は、「埋葬」の概念である。現行の墓地埋葬法を整理すれば、第一次葬としては「土葬」(埋葬)と「火葬」、第二次葬(焼骨の処理)については埋蔵と収蔵、納骨する施設の態様としては「墳墓」と「納骨堂」を規定しており、このなかで「納骨堂」は他人の委託をうけて焼骨を預かる施設として、「墳墓」については遺体を埋葬あるいは焼骨を埋蔵する施設と規定されている。納骨堂との対比で言えば、「墳墓」は、他人の委託を受けて

いない遺骨、すなわち自己あるいは自己の家族・親族の遺骨を納骨施設である。その意味では、現行の墓地埋葬法は、自己や自己の家族・親族を納骨施設としての「墳墓」、他人の委託をうけた焼骨の納骨施設としての「納骨堂」、この両者を遺骨保存するための施設として位置づけた。現行法で規定されている「埋葬」の枠組みはこれだけである。そして、現行法を前提にする限り、合葬式共同墓や樹木葬墓地も明らかに他人の焼骨について委託をうけて(言い換えれば一定の金銭を受託して)預かる施設であるのであり、この枠組みの中で現行の施設の性格を解釈すべきであろう。この解釈さえ、現行では曖昧なままにして、現実だけが進んでおり、法の空洞化が進んでいる。

もともと、現在では墓地の中に「埋葬」するという枠組みに揺らぎも生まれてきている。「埋葬義務」という概念は、遺体や遺骨を墓地の中に埋葬すること(墓地強制)、言い換えれば「埋葬」する場所が墓地(日本では納骨堂も含まれるが)であるというのが原則であった。その正当性の根拠は公衆衛生政策であり、墓地の中に「埋葬」することによって「葬る」ことの合法性が証明されることになる。しかしながら、墓地外への散骨(焼骨の散布)の登場によって、墓地に埋葬することを強制する正統性の根拠—すなわち散骨によって公衆衛生に悪影響を及ぼすかどうか—が問われるようになってきた。

この問題は、墓地の外でも焼骨の処理ができるかという問題であり、また墓地の外でそれを行うとすれば、それを「埋葬」として認めることができるかということである。墓地の外で焼骨が処理される場合、それが死者の尊厳性をそこなわないかということである。遺骨を撒くことと、遺骨を遺棄する違いはどこにあり、つまり焼骨の「遺棄」と「埋葬」の違いどこになり、この両者をどのように区別するかと言うことである。また、その行為が死者の尊厳性を損なうものでないのかどうか、その行為が「死者の意思」にそったものであるのかどうかある。前者については、それを国民の宗教感情に委ねることになるにしても、その行為に国民の一定の支持が必要であるという意味ではやはり新しい立法を必要であると考えられる。また、後者については日本にとっては新しい枠組みであるし、この「死者の意思」をどのように確認するのか、についてはほとんど議論されていない。

また、墓地内における焼骨の処理については、これまでの日本の葬法を考えたとき、自己や自己の家族・親族の遺骨を納骨する墳墓と、他人の委託をうけて焼骨を納骨する施設(現行の納骨堂とは同じではない)という区分は、これからも有効であると思われる。伝統的な墳墓の形態はこれからも一定程度存続するであろう。他人の委託をうけて焼骨を納骨する形態は、これからも多様な形態で展開する可能性がある。そして、現在の合葬式共同墓や樹木葬墓地はこの範疇にはいることになる。ただ、他人の焼骨を預かった場合、その受託者の遺骨に対する法的責任は明確に規定すべきであろう。

(7)「埋葬義務」とは何か

死者は自分の足まで墓地まで歩いて行けない。したがって、葬儀の含めた一連の「埋葬」＝葬ることは他者の行為である。ここで広義の「埋葬」は死の瞬間から遺骨の納骨に至る過程であり、この範囲において「埋葬義務」が適用される。墓地埋葬法は「埋葬」の

領域に限定された法律ではないが、死者に対しての尊厳性の枠組みは「埋葬」以後にも適用されることはもちろんである。

「埋葬義務」は、全ての人間はその尊厳性の故に平等に葬られる＝「埋葬」されるということであり、その義務を第一義的には「近親の親族」に、そして「地方自治体」「国」がそれぞれ分担して背負うことである。

また、「埋葬」の概念は、「葬る」という行為の概念としての明確化であり、その概念は法律によって規定する必要がある。現代は、個人の自由の拡大とともに、多様な葬法に対する希望が展開する時代でもある。今は、焼骨処理の多様性の拡大であるが、この多様性は焼骨の処理だけではなく、次第に第一次葬の多様化に展開していこう。この時、おそらく多くの価値が葬送をめぐる錯綜することになる。それは伝統的な「公衆衛生」に関わることでもあり、また「死者の尊厳性」や「死者の意思」の尊重、さらに社会的法益としての「公共の福祉」が問われることになる。今後の墓地行政あるいは墓地埋葬をめぐる法制度は、これらの利害の調整が重要な任務になってくるだろう。

最後に、「埋葬」に関しては次の三つのことが問題になる。誰が「埋葬義務者」であるかである。この点はすでに述べた、第二に、誰が「埋葬」費用の負担をするかである。私は相続財産から支出するのが原則であると考えている。相続財産がない場合には、扶養義務に従って支出し、扶養義務者がいない場合には社会保障費から支出すべきだと思う。第三は、葬法の決定者である。葬法は原則的には「死者の意思」が尊重されるが、死者の社会的地位(財産など)により実現できない葬法があり、死者の尊厳性を損ない、公共の福祉に反するような意思も当然に制限されることになる。

以下工事中

田近報告

森報告

大石報告

討論