

片桐報告

はじめに

大阪大学で憲法を担当しております、片桐と申します。森先生のこの研究会でお話しさせていただくことは初めてだとは思いますが、もうかれこれ10年近く前、場合によっては10年以上前に、焼骨の埋葬は、墓地埋葬法の解釈とあまり実態を伴っていないというご指摘や、ダイヤモンド葬のようなものがあるという報告を宗教法学会で伺いまして、それ以来ずっと、この墓地の問題は今後面白いのではないかと考えて、幾つか勉強させていただいてきているところでございます。

今日お話しすることは、ドイツの学説を中心としたお話でございます。後でも少しお話ししますが、ドイツは連邦制の国家ですから、墓地埋葬法制が州ごとに、それぞれ別建てにあるのです。それを一つ一つ分析することも非常に興味深いのですが、他方で、ドイツはやはり体系化の国でもありまして、このような、こうかんハンドブックがあります。ドイツのハンドブックとは、基本的に大系書と思っていただけるといいと思うのですが、墓地埋葬法に関する大系書があって、これが今、最新版です。2015年版が最新の第11版で、これだけ版を重ねているものでございます。これが実はドイツ法圏のドイツ、オーストリア等では割とよく参照されている、唯一無二の本で、多分大石先生のご論文の中でも引用されておられますし、いろいろとご参照になられているのだらうと思いますけれども、このようなものがあります。

この叙述を踏まえながら、少しドイツにおいて、理念的にどのように墓地法制が発展してきたのかを押さえたうえで、埋葬義務という考え方、あるいは墓地強制という概念について、実は一つに集約できない諸相、いろいろな場面で議論がなされているのではないのかという指摘をし、できれば、そのような多様な文脈における埋葬義務、あるいは墓地強制のような考え方が、日本法の中でどのように昇華されていくか、あるいは、日本法上のどのような論点と結びつくのであろうかについて、若干の指摘をさせていただきたいと思っております。その中で、森先生がかねてからお持ちになっている、『埋葬義務・墓地強制とはどういう概念なのか』という議論が欠落しているのではないのか、あるいは、昨日メールでいただきましたような、ドイツ型の政府公認宗教制と、お寺や宗教団体による墓地経営の問題について若干のコメントができればと考えております。

2 ドイツの墓地埋葬法制

(1) ゲトケと墓地埋葬法の枠組み

ジュメに沿ってお話をさせていただきますが、もう今のことで、1の「はじめに」は終わってしまっていて、次に、2について少しお話をさせていただきたいと思っております。

私もこうかんに、いろいろな民俗学的な、あるいは人類学的な、歴史的な文献を当たったわ

けではなくて、あくまでもこの『ゲトケ (der Gaedke)』が解説する限りでということですが、ドイツ法の文脈では、近世、特に古代・中世くらいまでのドイツにおける墓地埋葬のあり方については、次のように捉えられていたと解説されています。それは結局のところ、まずキリスト教が国教化していく前の段階では、ローマ法伝統の下でも、ゲルマン法伝統の下でも、墓地は私事、私、プライベート、プライベートな領域の問題なのであって、基本的には家族の問題です。だから、人々が自分たちの所有している土地にそのなきがらを埋めることができるのか、できないのか、どこまで許されるのかという形の問題構成として取り扱われてきたのだということが、『ゲトケ』の基本的な出発点になります。

他方で、ヨーロッパ圏にキリスト教が展開して、広まっていくにつれて、キリスト教の信者集団が、ある種の疑似家族として理解されるようになり、それがローマ法・ゲルマン法伝統における、「墓地＝私事」という考え方と重なっていくようになります。要するに、われらの問題として、お墓の問題を、埋葬の問題を捉えましょうという理解が発展していくのだといわれます。だから、教会の中に埋葬されることが、われらの問題として議論されていくようになっていくのだということが、『ゲトケ』のキリスト教の見解という文脈における墓地・埋葬の考え方の変化の一つ目のポイントになるわけです。

他方で、キリスト教は、同時にヨーロッパ社会の中では国教化していくわけで、このようなものに公的な問題としての側面も出てくることになります。その結果として、教会を中心として、元々の教会の中に、聖者とともに埋葬されるというところから、教会の周辺のKirchhof、要するに、教会の周りの土地に埋葬されるというところまで、墓地は拡大していくわけです。そのような状態での墓地は、基本的には、信者であるからこそ墓地が利用できるし、逆に、信者に対して教区教会は墓地の設置あるいは提供をする義務があると捉えられ、そして、それが公的な問題なのだという理解が重なってくるにつれて、だんだん慣習法、あるいは、法律上の墓地利用権と教区教会の墓地設置・提供義務が公的なものとして理解されるという文脈と重なっていくのだということが、『ゲトケ』の基本的な説明になります。

ただ、これは非常に興味深いことで、要するに、通常、墓地利用権と墓地設置・提供義務のようなものは、このように説明されると、墓地利用権の裏側に提供義務がある、あるいは、利用させる義務のようなものが対応している」と理解されがちなわけですが、決してそうではありません。信者だから利用権がある、他方で、墓地は一般の、あるいは教会法上、慣習法上の義務として、そのような提供をしなければならない義務があると考えられていて、必ずしもこの利用権と提供義務が、一対一の対応で重なっているわけではないという趣旨のことを説明しています。本当かどうかは知りませんが、一応、『ゲトケ』の説明としては、そうだとということになります。

このような状態が成立していくと、だんだん、だんだん、家族の下で埋葬をする、家の問題として埋葬をするという習慣が、少しずつ減っていくわけです。他方で、教会で葬られることは、魂にも配慮してもらえるという意味で、非常にいいことなのだという理解も、成立していくことになっていきます。そのような形で、埋葬に対する理解も変わっていったとい

うことが、『ゲトケ』の説明になるわけです。このような墓地事項、墓地の中でどのようなことができるかは、基本的には、教会法上の規律に委ねられることになっていったようです。このようなものが、近世以前の墓地埋葬のあり方と、墓地利用権・提供義務等々の基本的な考え方になります。

このような中では当然、墓地の管理権は教会法上に根拠づけられて、それが教会に結局、委ねられるという構造を持っているわけですから、誰を埋葬するか、どこに埋葬をするか、どう埋葬をするかといった問題について、教会にある程度、一定の裁量を残すことになっていきます。このような状況が大体あったのだろうということが、『ゲトケ』の基本的な考え方になるわけです。

(2) 宗教改革から近代へ

次に、(2)に参ります。平和に、いつまでもこのような考え方のまま行ければよかったわけですが、必ずしもいけませんでした。当然、プロテスタントなど宗教戦争が行われ、宗教改革が行われたことをきっかけに、そのような考え方がずっと続くわけにはいかないという、ヨーロッパ史を振り返れば、いつでもそのような問題が出てくることでもあります。とりわけ宗教改革の中で問題になってくることは、要するに、プロテスタントの墓地利用要求なのです。つまり、従来からキリスト教は教会を持っていて、従来からあるという意味では、それはカトリックなわけです。だから、従来からある墓地は基本カトリックなわけで、「このカトリックの墓地に、プロテスタントを入れてくれ」というという問題が、ここで発生します。

これには、事実上もいろいろな問題があったようではありますが、今日持ってきたものは、オスナブリュック条約5章第34条、35条です。35条、2ページのセクション35というところを見ていただくと分かると思います。結局、ウェストファリア条約において、基本的に、追加の費用やいろいろなものを要求することなしに、教区教会は、プロテスタントの信徒に対しても埋葬を引き受けなければならないのだという規定が置かれて、これを各ウェストファリア条約締結国の中で守っていきましょうという話になっていきます。その結果として、墓地は、カトリックならカトリックだけのものというよりは、カトリックもプロテスタントも平等に埋葬されるという意味で、宗派がミックスして埋葬されているという、「宗派平等墓地」が誕生し、墓地とはそのようなものだという理解も誕生していくようです。

その後、今度は18世紀以降に、都市が発展し、展開していくことになります。都市が発展していくと、幾つか問題が出てくるわけですが、都市にはカトリックやプロテスタント以外にも、さまざまな宗教・宗派の人たちが住むようになるということが一つです。それから、どんどん人口が拡大していくので、従来の墓地だけでは足りないという問題が一つです。もう一つは、人々が近密接に暮らすので、衛生上の問題もあるということなのです。要するに、墓地と住居が近くなってくるということです。そのような観点から、墓地が公のものとして理解されるようになっていくということが、18世紀以降の展開です。

森先生がご研究いただいていた、プロイセン一般ラント法典2篇11章188条も、基本的には、この文脈で位置づけられる規定になります。つまり教会は、埋葬自体を拒絶できず、国家の承認なくして、公的な異教会への神聖な埋葬を拒絶することができないという規定が置かれているわけです。少しこれは、『ゲトケ』の解説もよく分からないのですが、これが何を意味しているかという、埋葬すること自体は拒絶ができません。教会は元々、何ができたかという、この人は埋葬をしない、この人は埋葬をするという決定権を持つわけです。それはなぜかという、「こいつは ehrlich (エーリッヒ)、要するに、神聖な、きちんと死んでいるといえますか、この人は埋葬をすべき人だ、そうではない人だ」と判断することによって、埋葬を引き受けるか、引き受けないかの判断ができたわけだけでも、プロイセン一般ラント法典が定められたことによって、そのような権限がなくなったのです。ここから先は、ニュアンスが少しよく分からなかったのですが、教会ができることは、埋葬はするのだけれども、埋葬のしかたとして、正しい埋葬のしかたをするか、そうではない埋葬をするかだけが残っているという説明にも読めますし、先ほど言ったような、誰を埋葬するかどうかを決定することが否定されたのだという文脈にも読めるのですが、そのようなことを説明しています。

他方で、このようなプロイセン一般ラント法典の規定と併せて、世俗の公権力自体が墓地提供や設置をするという見解も見られていきます。それは何かというと、まず一つは、公衆衛生確保の必要性です。要するに、教会に埋葬されないということになれば、どこかに埋めないといけないわけで、どこかに埋めることになると、誰が埋める場所を提供し、誰がそこを管理するのかという問題が出てくるわけで、それはもう世俗の権力でやるしかないということです。そうすると今度は、そこは宗派によらず、絶対的に性質上、地域住民に利用が開かれているわけです。そうするとますます、「みんな、そっちの方がいいよね」と言う人たちも出てきます。そう考えていくと、「いや、別にもう教会で埋葬されなくてもいいじゃないか」という考え方も育ってきます。このようなものが育ってくれば、ますます、地域住民に開かれた墓地が用意されるべきだし、そのような墓地の方が衛生上もいいし、それをやるのが世俗の公権力の役目だという形で議論が展開していき、少しずつ、少しずつ、公権力が墓地を提供するのだという考え方が受け入れられるようになっていったということのようです。

その結果として、いろいろなタイプがあるわけですが、教会墓地から市町村の墓地への移管をするところもあったし、それから、市町村による新設がどんどん行われていくところもあったし、さらにいえば、市町村によって独占されることも行われるようになってきます。ただ、現在のドイツやオーストリアにおける墓地の残り方を見てみると、これが徹底されたわけでは必ずしもないわけです。今でも教会墓地はありますし、教会墓地への埋葬は実際に行われていて、新設されるところも場所によってはあるようです。そう考えると、これが徹底されたというわけではなくて、大きなトレンドとして、このようなトレンドがあるということのようです。

(3) 世俗法としての墓地埋葬法

結果として、墓地埋葬が世俗化していく時代が訪れましたということで、(3)に行きます。ここから先はドイツ特有のお話で、細かいお話をすることが非常に大変なのですが、(3)の「世俗法としての墓地埋葬法制」ということです。そうすると、このような墓地埋葬法制は、どのような法体系として構想されるようになるのかですが、ドイツの場合は、冒頭に若干申し上げましたように、基本的には、今も各州のやり方に委ねられることになっています。

ただその間も、中央政府によって統一的な法体系を用意しようという動きがなかったわけでもなく、3ページへ行きますが、例えば1919年に制定された、ヴァイマル憲法10条5号には、埋葬制度に関する大綱的立法権限を連邦が持つという規定があって、これに基づいて、埋葬制度の大枠を決めようという形で動き始めていたようです。なぜそうなのかというと、基本的には、やはり衛生的な問題があるのだろうと考えられます。そのような方向で動き始めていたのですが、実際にはそれが包括的に展開されることはなく、わずかに1923年の第一次大戦の戦没者墓地法と、それから、火葬法が制定されることにとどまったわけです。では、戦後の今のドイツ連邦共和国基本法ではどうなっているかということ、結局、連邦の立法管轄として残っているものは戦没者墓地のみで、各州の州法にこれらの規律が委ねられるということになります。

若干のコメントをしておくと、1934年の火葬法は、現在のドイツにおいては、基本的にはこのような連邦法律はないのです。ないのですが、1934年の火葬法が各州に与えた影響は非常に大きくて、各州でこの火葬法をモデルにしながら、州の法律が作られているという側面があるのです。火葬法の話は多分、後で大石先生からも若干のご紹介があると思います。この当時、公衆衛生の観念の高まり、特にナチス的な衛生観念があるわけで、これが非常に近代的なものとして受け入れられた関係で、火葬がどんどん推奨されるということが起こっていきました。これも皆さんご承知のように、他方で、カトリックでは火葬は嫌がられているわけで、許されないと考えられてきたわけです。そうすると、火葬と土葬とどちらかを選ぶか、どのようにするのかという問題があることだけは、指摘しておきたいと思います。

3 埋葬義務と埋葬強制

3です。以上が、20世紀の半ばくらいまでのドイツにおける墓地埋葬法制の背景的な、基本的な展開になるわけです。少しここからは、非常に個別論点に踏み込みますけれども、埋葬義務と墓地強制について、若干このようなドイツ法を見た人間から、幾つかのコメントをしておきたいと思います。

このように見えてみると、埋葬義務は実は、「埋葬義務とは何か」と問いを立てて、「これである」と一義に決まるようなものではないと考えることが筋ではないかということが、私の理解です。すなわち、埋葬をしなければならないということには、一体どのような法律や法分野の、どのような考え方に基づいて導かれるのかが実はさまざまありえて、その文脈それ

それに、どのような義務を埋葬義務と呼んでいるのかということ、個別に議論していくことが筋なのではないかと思っていますところ。

(1) 遺体処理

その点で、まず一つ目に、日本の墓地埋葬法と非常に関係が深いであろう、「埋葬義務」と呼ばれるものについて考えてみたいと思うのです。実は、埋葬をするということの意味が、火葬が誕生してから、よりいろいろな文脈に分かれてきているのではないかと思うのです。何が言いたいかというと、人が死んだら、死体をそのままにしておくことはできないわけです。それは例えば、腐ってしまうから、それが伝染病の原因になるから、あるいは、そのようなことが個人の、人間の尊厳として許されないからという意味で、そのままにする、腐るに任せることは許されないわけです。そうすると、遺体を何らかの形で、汚れなき状態にもっていかなければいけません。

このときに、従来であれば、鳥葬などは別にして、それを土に埋めてそのまま置いておくことが、一択の処理方法としてあったわけです。そのような中に他方で、火葬という方法が考え出されました。ここで人々には、まず遺体処理の方法として、土葬を選ぶのか、火葬を選ぶのかという選択肢が生まれることとなります。ここに、一つ目の埋葬義務があるわけです。つまり、遺体の処理として、必ず土に埋めなければならないのだという意味として埋葬義務を捉えれば、それは火葬も許されないこととなります。火葬は許すのだという話になると、その他の遺体処理の方法は許されないという意味で、遺体の処理方法として、必ず埋葬か火葬、要するに、土中に葬るか、火に入れて骨にする処理をしなければならないという義務があるのか、ないのかが、一つ目の埋葬義務の問題です。

もう一つの問題は、そのように処理された遺体を、墓の中に持っていなければいけないかという問題です。つまり焼骨は、基本的には、公衆衛生上の問題はないはずですが、そうしますと、それを絶対に墓に置いておかなければいけない理由は本来、根拠が薄弱なはずなのです。それにもかかわらず、そこに絶対に入れておかなければならない、墓に絶対に置いておかなければならないと考えるのであれば、それは何なのか、どうしてなのかです。この二つは同じように見えて、実はあまり同じではないのではないかということが、私の理解です。

このよう分解してみると、実は葬法の多様化と呼ばれているものについても、それが遺体処理の問題なのか、処理された遺体の処理の問題なのかについて、議論を分けて考える必要があるのではないのかということが、私の理解です。ここでは、実際の問題との関係でいろいろなことが議論できますけれども、分かりやすい例として、海洋散骨と鳥葬を取り出してきました。もうここにいらっしゃる先生方には、釈迦に説法としか思えませんけれども、海洋散骨は、遺体の処理方法として火葬を選択したうえで、処理後の遺体の処置のあり方として、海洋散骨を選択していることとなります。その意味で、「ここに埋葬義務がありますか」と問われると、処理後の遺体のあり方として、墓地以外のところにそれをまく、あるいは、そこに置いておくことが許されるかという問題だと理解ができるわけです。それに対して鳥葬は、遺体処理の方法として、鳥に食わせるという選択をしているわけで、その意味で、

土葬でも火葬でもない、別の方法の選択になります。

では、このようなものが我が国の法制上、どのように表れているのかです。ここはあまり詰められませんでしたが、「埋葬とは、死体を土中に葬ることをいう」というものが、墓地埋葬法2条1号の規定で、「埋葬又は焼骨の埋蔵は、墓地以外の区域に、これを行ってはならない」というものが4条1項の今の規定で、これは有名なわけです。そうすると、この二つとの関係では、遺体の処理方法としての埋葬と、処理後の遺体の埋葬の問題に、どのように墓地埋葬法が関与しているのか、規律しているのかが、実はあまりよく分からないことが、解釈上の混乱の原因なのだろうということになります。

恐らく、我が国の墓地埋葬法との関係では、正当な遺体処理の方法としては、土葬か火葬かという二択を前提としているのではなかろうか、基本はこれで、それ以外のものは、何かよほどの正当化がなければ、認められないということを行っているのではないか、それは、実は死体損壊罪と裏表の問題になっているのだろうと思うのです。ただ、火葬でもなく、土葬でもない形で遺体を処理したと、それを死体損壊罪として刑事罰を与えるほどの違法性があると非難することの間には、なお間があるのであって、この間をどのように埋めるべきなのかは、今後考えなければいけない問題なのだろうと思います。この点は、古くから日本でもエンバーミングのようなものは議論されてきましたけれども、実は諸外国では近年、薬物処理をする遺体処理や、フリーズドライをするしかたが意外とはやっているようで、このようなやり方を日本の業者が持ち込んだときに、本当にこれでいいのかということは、議論になるだろうと思います。

(2) 遺骨の処理

次に、イの方ですけれども、処理された遺体は、墓地に埋蔵されなければならないのかという問題は、二つの文脈で議論をすることができるはずですが、まず、墓地に「埋蔵」する必要があるのか、つまり、埋めなければいけないのかという問題です。墓地の区画の中であれば、別に埋めなくてもいいのではないのかという問題と、それから、「墓地」という場所に埋蔵しなければいけないのかという問題との二つに分けて、議論をするべきなのではないかと思うのです。そう考えてみると、いわゆる墓地の中における散骨は、iの論点として、海洋散骨はiiの論点として、議論をするべき問題ではなかろうかという気がしています。結局、例えば墓地ではない場所で、業として処理後の遺体を預かることを態様ごとに別途規制することは、やはり考えてしかるべき問題なのだろうとは思いますが。対処の方針としては今と同じになるかと思えますけれども、論点としては、このように分かれてくるのではないかと思えます。

(3) 墓地を提供する義務

4ページです。もう一つの義務の問題として、墓地提供者が墓地を提供する義務も考えられます。基本、ドイツにおいても、日本においても、主体としての墓地提供者は、公的な主体や、寺院等の準公的と言った方がいいのか分かりませんが、そのようなものが想定さ

れているわけです。究極的には、墓地が公的なものである以上は、やはり市町村等の公的主体には、区域内において、全ての住民が墓地を利用できるように配慮する義務があるということは、少なくとも言えます。その意味で埋葬義務を理解すれば、そのような意味での埋葬義務が、市町村等にはあるだろうと思うのです。ただ問題は、これが直ちに、自ら事業主体となって、墓地を提供しなければならないことを意味するのかということ、多分必ずしもそうではなくて、現に提供されている墓地で十分だと判断すれば、それに適切な指導監督を加えていくだけにとどまるという選択も、できるだろうと思います。従って、結局、市町村等の墓地埋葬義務、要するに、住民に墓地を提供する義務を考えると、それは、適切な提供に努めるということに尽きるだろうと考えられるわけです。

他方で、寺院等については、もちろん寺院等の信教の自由に配慮する必要があるとは思いますが、区域内に十分な墓地がないような場合には、やはりそれは、宗派問わず受け容れる義務を負わざるをえないのではないかと考えます。逆に、区域内に十分な墓地があるときには、受け容れを拒むこともできると考えることが筋ではないのかと思うわけです。

これが埋蔵拒絶における「正当の理由」の判断の一つの要素になっているのではないのかということ。実は「正当の理由」が問題になるところは、墓地埋葬法 13 条だけではなくて、例えば、使用権に基づく使用を拒んだというものなどでも、「正当の理由」があるかどうか問題になるわけです。それが全部、同じかどうかには議論があるところですが、このような要素が一つ入っていてもいいのではないのかということで、これは結局、積極的な判断をしていませんけれども、宇都宮地判平成 24 年 2 月 15 日判決の中で、このような指摘がなされていることは、非常に示唆的なのではないかということ。ただ、これも一要素にとどまるはずなので、常にこれだけで何か物事がばたばたと進んでいくとは捉えられないのですけれども、このようなことなのです。

永代使用契約や無縁墳墓という問題は、少しよく分からなかったのですけれども、最終的には、これは、そのように誰が維持していくのかを少しずつ詰めていったあげく、誰に費用負担をさせることが最適なのかという関係で、要するに、全部を公費でやるのか、やはり公益を担う主体としてお寺にも少し費用負担をお願いするのか、それとも、何かいろいろなことを考えるのかという費用負担の最適配分の問題として理解する方が、もしかしたらいいかもしれないという感触を持っています。

(4) 埋葬の権利

3 番目ですけれども、埋葬の権利の問題です。以上の文脈とはまた少し違う問題として、埋葬の権利の問題があります。先ほども若干言及しましたが、人々は、土葬以外の葬法があることに気づいたときに、それを選択することが可能になっています。この選択をする者は誰なのかということが、まず一つ目の問題としてあるわけです。近代法の諸原則に照らして考えれば、普通は、埋葬を選択することは、やはり基本的には、故人の遺志によるのが筋だろうと思います。その意味では、故人の遺志に沿った形で埋葬をする義務が、

遺族を中心とした、遺されたわれわれ社会全体にあると考えることもできます。その意味での埋葬義務が、もしかしたらあるかもしれません。

その意味では、故人の遺志が推測できるときには、やはりできる限りそれにかなう形で、例えば、身寄りのないお年寄りが亡くなったときに、明らかにこの人はキリスト教徒であるときに見えるときに、仏教のお坊さんと呼んできて、お経をあげて、「それでいいですね」とは、やはりいかないのではないかと思うのです。そのような意味では、故人の遺志を尊重することが、われわれの中では、まず一つ大事な原則としてあるだろうと思います。ただし、それも追求していけば済むという話ではなくて、やはり社会通念や遺産、費用等の関係から見ても、不可能な場合はあるわけです。その場合には、その分だけを無理だとして修正することも可能だと考えるべきだと思いますけれども、それにしても、遺された人々には故人の遺志を尊重する義務があるのではないかと考えて、問題は今度、この故人を尊重する人は誰かということです。これは、遺言執行者の問題として考えれば、もしかしたら足りるかもしれないと考えているところであります。

このように整理をしていった結果、最終的に埋葬費用の負担の問題として処理するというのであれば、相続実務に照らす形で、遺産で充当するということにして、そのうえで、ないときには、誰が費用負担をすることが最適なのかを考えていけばいいのではなかろうかということが、極めてざっぱくですが、私が今のところ思っていることでございます。森先生のご感想に十分お答えができたかどうかは分かりませんが、以上です。