

4. 「埋葬」の新しい秩序の再構築—墓地埋葬法の改正に向けて—

森 謙二（茨城キリスト教大学）

1. 人を葬る（「埋葬」する）こと

日本人は、家族の中で生まれ、生前にどのように市民社会で活躍しようとも、死ぬと再び〈家〉＝家族に戻ることになる。これに対して、ヨーロッパでは、人は家族の中で生まれても、社会の子として死ぬ。日本では、家族のなかで生まれても社会人になれば市民社会で働くが、死ぬと〈家〉に戻され、〈家〉の枠組の中で供養・祭祀されることになる。これに対して、ヨーロッパでは、市民が死ぬと市町村（Gemeinde）が提供する墓地に葬られ、その墓地の中で死者達は永遠に眠ることになる。

日本では、〈家〉の永続的な存続が不可能であると多くの人々が理解するようになっていながらもかかわらず、現在でもなお〈家〉の存続を前提とした法制度の下で葬送システムが展開している。遺体や遺骨は保存すべきものであり、「埋葬」した表識である墳墓は子孫による承継を前提とし、〈家〉にアトツギ（法律上は「祭祀承継者」）がいなくなると、その墳墓は「無縁墳墓」として処理されるシステムが現在に至るまで続けている。

このような制度の背景にあるのは、死者は〈家〉によって守られるべきであり、死者（先祖）は子孫によってその尊厳性が守られるべきだという考え方である。先祖は子孫によって記憶され、慰霊＝祭祀供養され、顕彰されるという思想＝祖先祭祀という思想は揺るぎなき道德規範であり、この規範を逸脱する人間はそもそも存在しないという前提の下に、日本の葬送のシステムが構築されていた。死者を葬る方法として、日本人は祖先祭祀という道德規範以外のことは知らなかったのである。したがって、先祖を葬る墓地も〈家〉によって確保すべきものであり、社会（地方自治体や国家）がこれを提供するという思想も生まれてこなかったのである。

これに対して、ヨーロッパでは、「人は〈埋葬〉されなければならない」という規範を道德に委ねるのではなく、法規範として制度化している。それが「埋葬強制」あるいは「埋葬義務」である。

「埋葬強制」「埋葬義務」について、墓地埋葬法の概説書では「西欧諸国の墓地埋葬法は、一般的には「埋葬義務」(Bestattungspflicht)あるいは「埋葬強制」(Bestattungszwang)を前提として構築されている。ドイツでは「全ての諸州の埋葬法では、埋葬強制と同様に原則的な墓地強制(Friedhofszwang = 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」^{*1}と説明している。ここには、(1) 遺体や遺骨は墓地に葬らなければならないこと、(2) 人を葬ること(=「埋葬」すること^{*2})は、社会が強制することであり、義務であること、という原則が規定されている。

「人は〈埋葬〉されなければならない」という規範は、人間社会にとって普遍的な規範、と言っても良いだろう。「埋葬」方法が、文化的な差異や時代とともに変化するにしても、「〈埋葬〉しなければならない」という原則が現在に至るまで変化している訳ではない。日本では、墓地埋葬法のもっとも基本的な原則が、法律の中に明示的に規定されず、祖先祭祀という道德規範に、言い換えるならば国民の道德=良識に委ねてきたのである。しかし、現代においては、葬送の秩序を道德に委ねることができなくなってきており、墓地埋葬法の空洞化が一段と進んでいることを、私達は認識しなくてはならない。

2. ルールなき新しい葬送

伝統的な日本の考え方は、すべての人が〈家〉に属しているから、死者は〈家〉によって「埋葬」されるべきだという考え方である。死者を葬ることは〈家〉に属する私的な問題であり、国家法は〈埋葬〉のあり方にまで積極的に口出しすべきではない、というのがこれまでの考え方である。

ところが、少子化の中で〈家〉の存続が不可能になり、〈墓〉を承継するということが困難になってきた。つまり、アトツギの確保が困難になってきた。従って、アトツギがいなくても支障がないような葬法を一九九〇年代以降になって考えだされるようになった。それが、いわゆる「新しい葬法」として展開することになる。第一は合葬式共同墓であり、第二に樹木葬であり、第三に散骨である^{*3}。

これらの葬法の問題点については、これまで何度も言及してきたので、ここでは繰り返さないが、ここでは次のことを確認しておきたい。人を葬る（＝「埋葬する）」ということは、死体や遺骨を生者の世界から分離すること（＝遺体や遺骨の処理）、その行為を次の三つの観点から行うべきものと考えている。第一は、公衆衛生上支障にならないように行うこと、第二は、死者の尊厳性を確保し国民の宗教感情に適合した行為であること、第三は、「個」として生きてきた死者の記憶と慰霊（追悼・供養・祭祀）を行われる機会を確保することである。

この三つの枠組みが「埋葬」について考えるための基準であり、「埋葬」を主観的な感情の問題に還元するべきではなく、一定の客観的な基準を法律は与えるべきなのであろう。公衆衛生の問題についてはこれまで法律の中に書き込まれていたが、後二者の問題は「宗教感情」「公共の福祉」という抽象的なことばで表現してきたが、実質的には祖先祭祀という道德規範に委ねられてきた。しかし、「死者の尊厳性」については、基本的には死者は葬られるべきであること＝「埋葬」されるべきであることを前提として、死者から見て遺体や遺骨の扱いが社会的に妥当である方法において行われるべきであること（最低限度の基準を満たすこと）、また後者においては死後も記憶され、慰霊・追悼される権利があることである。墓地は、「個」としての死者の記憶や慰霊（＝供養・祭祀・追悼）する装置をもたなければならない。その意味で、墓地は人間の遺体や遺骨の「埋葬」地であるだけでなく、死者に対する敬意を表明し、追憶・記憶の場でなければならないだろう。

これまで「埋葬」を祖先祭祀という道德に委ねてきたが、この社会規範の形骸化により、先ほど述べたこれが「埋葬」と呼べるのかと、疑われるような葬法が一九九〇年代以降に登場するようになった。より具体的に言うならば、新しい葬法のすべての葬法が該当するわけではないが、時として遺骨がゴミのように捨てられ、遺棄されている葬法が存在しているにもかかわらず、現実には何の規制も行われてこなかった。したがって、現状においては新しい葬法のあり方が死者の尊厳性を脅かし、現行法から見ても非合法か合法かのグレーゾーンの中にあるものも多い。

近年では、葬送の自己決定論や葬送の多様化がもて囃されている。たしかに、自己決定の重要性や多様化の流れについてはこれを肯定しなければならない。しかし、それは死者の尊厳性の確保ができていることが前提となる、本来、死者の葬送は単純に個人的・私的な問題に解消することはできない*4。人間は現実を生きるという営みの中では

つねに社会関係を構築してきたように、個々人の「死」もまたその社会の中で記憶され、その死は追悼されるべきであろう。その意味では、「死者の意思」は尊重されるべきだとしても、死を個人的な問題に解消するのではなく、その社会規範から逸脱した行為には規制が必要になる。

もちろん、新しい葬法のすべてに問題があるといっているのではない。ただ、合葬式共同墓・樹木葬・散骨のそれぞれの定義が曖昧であることを含めて、ただ遺骨の「保存」と「承継」を必要としないということだけが強調され、これらの「墓」（納骨堂を含む）の運営の中でその運営者の責任が明示されていないこと、遺骨がどのように扱われるのか、「墓」に納骨した死者達の「権利」もまた脅かされていることである。

つまり、これまでは遺体や遺骨は、祖先祭祀の観念を前提として〈家〉によって遺体や遺骨を保存・承継することを原則としてきた。これに対して、新しい葬法ではアトツギの確保ができないことから遺骨の「保存」も「承継」も必要ないことを強調することは良いとしても、そのために「葬ること」（＝埋葬）の意味や内容が揺らいできているのである。現行の墓地埋葬法で、遺体や遺骨に対して公衆衛生上の規制があるにせよ、あるいはその処理が「宗教感情に沿う」という抽象的な規制があるにしても、具体的な規制が法律によって決まっているわけではない。

新しい葬法では、遺骨の保存や承継を必要としない方法が採用されたにもかかわらず、死者をどのように追悼・慰霊するか、また顕彰するかについては度外視しながら、展開されている。さらに、現在では、先祖の遺骨を遺族の意思によって自由に処分できると考える人（＝子孫）も増えてきているようにも思う。しかし、強調されるべきは「死者の意思」であり、アトツギの意思ではない。つまり、遺骨の処理は私法的にも公法的にも無秩序な状況にある。

3. 軽視される遺骨そして死者の尊厳性

意識の変化とともに、先祖の遺骨についても軽視されるようになってきている。その一つの事例は「送骨」と呼ばれる事例である。送骨とは、遺骨を寺院などに郵便で送り、一般的には墓参りを前提とせず、遺骨を寺院に預け放しにするような現象である。これには二つの論点がある。一つは、遺骨を郵便（ゆうパック）で「送る」という行為が公序良俗に反しないかということであり、もう一つは死者のことが忘れ去られ、死者への慰

霊・供養を前提としない遺骨の埋蔵・収蔵が果たして「埋葬」にあたるかどうかである。前者に関しては、現状においては送骨を取り扱うのは日本郵便株式会社だけであり、これを無制限に容認している。日本郵便株式会社は、遺骨の遺棄にもつながりかねない送骨を公序良俗に反するとは考えていないのであろうか。

また、「墓じまい」でも同じことがいえる。「墓じまい」は法律上「改葬」にあたる。この「改葬」は墓地使用権者であれば実質的には届け出だけでできることになっているが、改葬を墓地使用権者＝祭祀承継者の意思に委ねることが果たして妥当であるかどうか、という事例が起こるようになってきた。長崎市では、墓地=墳墓から墓地=墳墓あるいは納骨堂に遺骨を改葬する場合には改葬届が必要だが、墳墓から遺骨を取り出し散骨をする場合には届け出は必要ないという見解を示している。おかしな話である。

もともと人口減少が著しいところで、故郷から出ていくと、故郷の墓地=墳墓にお参りに来ることができないので、遺骨を自分が住む場所に移そうとするのは止むを得ない



現象のようにも思えるかもしれない。問題はその遺骨の移し方である。第一は、故郷にある墳墓を自分が入る都会の墓に改葬する方法。人間の移動とともにお墓も移動するのである。第二の方法は、遺骨を故郷の納骨堂に移し、その無縁になるであろう遺骨の処分を寺院などに委ねる方法である。長崎県の西海市西彼町の大徳寺では納骨堂観音廟を建立した

(写真)。新設の納骨堂であるので、宗派を問わない納骨堂であるが、これを利用するのは離村していくこれまでの檀家である。かつて四〇〇軒の檀家をもつ寺院であるが、伝統的な墓地が将来にわたって無縁になる可能性があり、各檀家が家墓地を廃止して、納骨堂に遺骨を移すようになってきた^{＊5}。

第三の方法は、「墓じまい」をして、遺骨を家の墓から取り出して、これを散骨する方法である。このような改葬を見ていると、墓地の中で眠る死者の遺骨を、子孫とはいえ、勝手に改葬する権利があるのかと言いたくなる。墓地・墳墓の中で眠っていた死者達が子孫の都合によって突然に墳墓から出され、改葬・散骨されるのである。

長崎市は、別の墳墓あるいは納骨堂への改葬は許可が必要だが、墳墓・納骨堂から遺骨を取り出し散骨することに対しては許可を必要としないという見解を示している。しかし、その場合、許可を与える・許可を必要としないといういずれの場合も、事実上、そのような改葬・散骨を容認したことになる。このような「改葬」が子孫の自由に委ねるべきであるのかどうか、何らかの規制が必要になってきているように思う。

次のような事例もある。東北地方の地方都市の話である。もともと旧家の家筋であるが、他家から嫁いできた母がキリスト教徒になり、父も死の直前にキリスト教に改宗した。父の死後、母は仏教寺院（禅宗）である先祖伝来の寺院内の墓地＝家墓に入りたくないの、教会内の納骨堂を購入した。そのことを旦那寺に伝え、旦那寺住職は怒り、先祖の遺骨を全て取りだし、墓地を更地にして返却してほしいといわれた。そこで、母は寺院墓地の全ての遺骨を取り出さざるをえず、先祖の遺骨をキリスト教会の納骨堂に改葬した。その夫婦の子ども達は、全員が都会に住み、これで旦那寺との縁も切れたと言って、母の行動には誰も反対しなかった。

このような事例は全国あちこちでこれからも散見されるだろう。同じような話をあちこちで聞いたことがある。まず、母の行為である。この母の行為は合法的なのだろうか。つまり、この母に先祖の遺骨を勝手に改葬する権利があるかどうかである。仏教徒として死んだのであり、子孫によってキリスト教の納骨堂に改葬されたのである。死者の尊厳を著しく損ねた行為ではなかったのか。

また、仏教寺院の要求である。先祖代々の檀家であったにもかかわらず、その遺骨の改葬を要求していることである。檀家制度が崩れようとしている現代において、仏教寺院に「埋葬」されている檀家であった死者を追放するというのが、果たして説得力があるのだろうか。これからのお寺のあり方を含めて、どのような解決方法があるのか、検討すべきであろう。ここでは、一度「埋葬」した遺骨をその墓地から追放する権利が寺院にあるかどうか問われることになる。

現在、子孫から見放された先祖の遺骨は「この世」を彷徨うことになる。跡継ぎのない死者も、子孫から見放された死者も、寺院がこの「彷徨う先祖」を救済しないとすれば、死者達は落ち着く場所＝終の棲家を失うことになる。

また、これらの事例の中でもっとも大きな問題は、このような改葬に対して行政（市町村）が無条件に許可を出していることである。墓地埋葬法第五条は「埋葬・火葬ま

たは改葬を行おうとする者は、厚生労働省令の定めるところにより、市町村長（特別区の区長を含む）の許可を得なければならない」とある。改葬許可を与えるのは墓地経営者ではなく、市町村長という行政の責任である。したがって、行政＝国は「改葬」の許可の結果についても責任を負わなければならない。また、許可が必要であると言うことは、その改葬が好ましくない（公序良俗に反する）と行政が判断した場合には、許可を出さないことができるはずである。この点についても、多くの議論をする必要がある。

4. 新しい葬法の展開と墓地埋葬法の空洞化

現行の墓地埋葬法は、〈家〉制度（あるいは家の祖先祭祀）を前提として〈遺骨〉を保存・承継することを前提として制度化されたものである。この制度の下では、遺骨を承継・保存しないような、一九九〇年以降に表面化した「新しい葬法」は想定外のことである。遺体や遺骨を承継しないとすれば、遺体や遺骨をどうすべきかについては議論がなされない。葬法が土葬から火葬へと大きく展開された後も、残された遺骨を保存する方向で火葬後の遺骨の処理が行われてきた。しかし、遺骨の処理については墳墓に埋蔵するか、納骨堂に収蔵するか、この二つの方法を現行の墓地埋葬法は予定していたが、その枠組みそのものも壊れ始めてきた。

この想定外の葬法が登場するようになると、法改正を行わずに新しい葬送に対応するために墓地経営者（それが寺院であれ、地方自治体であれ同じである）は自分勝手に法解釈を変更して現実への対応を計ってきた。

たとえば、もともと墳墓は遺体や遺骨を埋めた表識であり（一八七四〔明治七〕年内務省地理局発議「墓地処分内規則」）、この墳墓の下に死者が埋葬あるいは埋蔵されることを想定した概念である。一つの墳墓に死者は一人であれ、複数の死者を合葬したとしても、そこで合葬されるのは家族や親族が合葬されるのであり、親族関係がない他人同士がそこに合葬されることを前提にしたものではない。したがって、明治民法はこの墳墓の承継を家督相続の特権として私的な祭祀財産と位置づけ、現行民法も墳墓が家族によって承継されることを前提として理論構成されてきた。この墳墓が親族によって共同で利用（埋葬・埋蔵）されたとしても、この利用の費用を徴収する訳ではなく、無償でこれを行うことを当然の前提としてきた。もっとも、大正時代になると、他人の焼骨（遺骨）を預かる新しい納骨の制度が導入された。これが「納骨堂」である。この納骨

堂の制度は、もともとは一時的に遺骨を預かる制度として導入されたものであるが、この納骨堂の制度は、いわば納骨堂自体を一つの墓地と見なして、納骨堂経営者には墓地経営者に対する義務と同じような義務を課している。そして、墓地埋葬法は、墳墓への納骨を「埋蔵」と呼び、納骨堂への納骨を「収蔵」と呼んだ。

一九九〇年以降この二つの定義、墳墓や納骨堂の概念が揺らぎ始めている。「合葬式共同墓」の登場がその揺らぎの原因である。合葬式共同墓は、他人の焼骨（遺骨）を有償で預かることを前提としたものにもかかわらず、これを「墳墓」と規定した。アトツギがいなくとも、遺骨を永代供養できる納骨施設として、寺院のなかに建設された合葬式共同墓を「墳墓」としたのである。

なぜ、合葬式共同墓を「墳墓」と規定したのか。それは、その共同墓が墳墓と同様に墓地の中に建立されたからである。ここでは、「他人の焼骨」を預かるという納骨堂の重要な要件を無視して、「墳墓」として定義したことである。

一九八九年に新潟県で最初に合葬式共同墓を建設したとき、新潟県はこれを「墳墓」



と見なし、納骨堂とは考えなかった。また、東京都でも、小平霊園に合葬式共同墓（写真）を建設した時も、これを「墳墓」と位置づけた。それ以降は、若干の例外はあるにしても、大阪市の市営霊園に建設した合葬式共同墓も墳墓としており、多くの自治体はこのような解釈を無批判に継承している。

しかし、この合葬式共同墓の形態がはたして「墳墓」と呼べるのであろうか。もともと墳墓は死者を埋葬・埋蔵した表識であり、その墳墓を一九七八（昭和二三）年の法改正により埋葬・埋蔵するための「施設」（墓地埋葬法第二条）として位置づけた。この改正は墳墓のもつ性格を曖昧なものとした。結果として、墳墓も納骨堂も同じ納骨施設として位置づけたことにより、両者を区別する意義・意味を不明確にした（当時の参議院厚生委員会の議論〔昭和二十三年五月二七日〕でも「焼骨を預かる」施設として納骨堂を位置づけている）。

しかしながら、家族を合葬することを前提とする墳墓と、他人の焼骨を合葬する合葬

式共同墓をも「墳墓」と位置づけることは困難である。その意味では、合葬式共同墓を「墳墓」として規定することは、現行法の趣旨から言っても、違法である可能性が高い。現在もなお、この違法の可能性が高い合葬式の納骨施設が「墳墓」として建設され続けているのである。

「墳墓」としての納骨施設の管理者（経営者）については、現行法の下では何の規制もない。この納骨施設を納骨堂と規定すれば墓地埋葬法第一〇条の許可を必要とするが、これを「墳墓」とすれば「他人の焼骨」を預かるにもかかわらず、その許可は必要としない。現在の行政は外見的な形状から判断をしてこれを「墳墓」と判断するのは、法解釈の誤りであるばかりではなく、納骨堂としての必要な手続きをとっていないという意味で違法なものと考えることができる。

「他人の焼骨」を共同で合葬することは、もともと法の想定外のことではあるが、この納骨施設の利用者（=国民）の立場に立った行政判断が行われているかどうかである。合葬式共同墓の違法性を強調するのは、①「他人の焼骨」を有料で預かるにもかかわらず、②納骨施設に対する施設管理者の責任が不明確であることである。「家墓」のように親族関係を前提とした「墳墓」であれば、死者への責任は祭祀承継者（墓地使用权者）の義務であり、それを家族・親族内の私的な問題として墓地経営者は「逃げ道」を用意することができた。しかし、合葬式共同墓の場合は「他人」の共同利用の納骨施設の利用である。一度納骨をすれば死者達から不満を言うことができないから、死者の尊厳性を保つために納骨施設の管理のための最低限度のルール（法律）が必要となる。

「他人の焼骨」を預かる納骨堂については、その責任者＝納骨堂経営者に（１）その設置に関して所轄官庁の許可を必要とすること（墓地埋葬法第一〇条）、（２）管理者をおくこと（同第一二条）、（３）収蔵の応諾義務（同第一三条）、（４）許可証のない収蔵の禁止（同第一四条）（５）図面・帳簿・書類などの設置義務と閲覧義務（同第一五条）、（５）収蔵などの許可証の保管義務（同第一六条）を規定し、現行法でも納骨堂に収蔵された死者達が最低限度の「死後の平穩」を保つことができる配慮がなされている。

私が、合葬式共同墓のような納骨施設をまるで「骨捨て場」のように遺骨を納めるだけである、と批判するのは以上のような理由である。寺院の住職達＝墓地経営者は、後ろめたさの贖罪のためにこの施設を「永代供養墓」と名付け、寺院による永代の供養を

標榜しているし、地方自治体も安価な納骨施設を大量に供給できることを前面に出し、この納骨施設を正当化している。しかし、合葬式共同墓は、「他人の焼骨」を預かることがその眼目としてあるのであり、自己や親族の遺骨を合葬する墳墓と同じではないことを知るべきであり、納骨堂としての許可を得ていない（＝要件を満たしていない）合葬式共同墓＝納骨施設のあり方は、現行の墓地埋葬法から見ても違法性の疑いが強いこと、その管理方法によっては死者の尊厳性を脅かす可能性がある納骨施設であるといえるだろう。

ただ、合葬式共同墓の形態が「墳墓」であるか「納骨堂」であるかという概念上のレベルの問題だけに解消するべきではない。合葬式共同墓は、もともとアトツギを必要としない納骨施設として提案されたものであり、問題の根源は<家>の永続性を前提とした現在の墓地埋葬法にある。つまり、現在のシステムの下では、納骨施設の遺骨を親族関係にある祭祀承継者が管理することを前提としており、墓地や納骨堂の経営者は承継者がいない遺骨についてどのような責任を負うかは明確ではない。したがって、祭祀承継者がなくなった遺骨について、無縁墳墓改葬の手続きを経ることによって遺骨を廃棄しても良いという慣行を作り上げてきたのである。

遺骨はこれまでその家族や親族が責任を持つということを前提として、墓地・納骨堂の経営者は個々の遺骨に対して何ら責任を持つことがなかった。実際、墓地の整備と称して承継者の遺骨の整備をこれまでも繰り返し行ってきた。しかし、終の棲家として葬られた墓地から承継者のいなくなった死者達を追い出そうとしているこの制度が妥当なのであろうか。このような制度が、妥当であるはずがない。ここでは無縁墳墓改葬制度そのものの妥当性が問われることになる。

第二は、「埋蔵」と「収蔵」、「墳墓」と「納骨堂」という納骨施設の種類が、現状の中で妥当であるかどうかを検討すべきである。墳墓が埋葬・埋蔵の表識であると考えた意義は、墓石(墓碑)が供養・慰霊・追悼・祭祀・顕彰など対象そのものであることを明確にしてきたが、現行の墓地埋葬法ではこれを「施設」として定義することにより、納骨堂との違いを不明確にした。もともと墳墓は表識としての機能を持つのに対し、「他人の焼骨」を預かる納骨堂には、そもそも「個」としての死体や遺骨を「埋葬」した表識としての意味はないのである。

第三に、分類すべき基準は、自己や自己の親族を納骨する施設か、それとも「他人の

焼骨」を納骨する施設であるかの分類が重要であり、既存の納骨堂と合葬式共同墓の違いは、墓地以外の場所に建立するか、墓地の内部に建立するかという点である。焼骨の処理方法はさほど重要なことではない。

このように、現行の墓地埋葬法は一九九〇年以來の新しい葬法の展開とともに現実と乖離を広げてきており、その基本的な概念でさえ、妥当性を失ってきているのである。「墳墓」「納骨堂」、「埋蔵」「収蔵」という概念だけではなく、「墓地」の概念、法律が前提とした「葬ること」（これを広く「埋葬」と呼んでいる）の枠組みそのものが揺らいできているのである。

5. 「埋葬強制」と「埋葬義務」 — 埋葬義務者と葬儀費用の負担

これまで日本では、「人は〈埋葬〉されなければならない」という規範を、祖先祭祀という道徳規範に委ねてきた。墓地埋葬法の根底にある「人を〈埋葬〉しなければならない」という根本的な枠組みを支えてきたその道徳規範の揺らぎ、それとともに葬法の多様化の展開（法的には「埋蔵」「収蔵」の概念におさまらない葬法の展開）によって墓地埋葬法そのものの揺らぎが始まった。「埋葬強制」「埋葬義務」の概念の導入は、この道徳規範の揺らぎに対して、墓地埋葬法の基本的な枠組みを法規範として制度化することを意味する。

「埋葬強制」というのは、死体は処理されるべきであるという公衆衛生上の政策だけではなく、すべての死者は人間らしく葬られるべきだとする宗教感情あるいは「死者の尊厳性」の確保という観点から制度化されるものである。また、「埋葬義務」は「埋葬強制」を踏まえて制度化されたものである*6。

この「埋葬義務」の問題は、いくつかの論点を含む。基本的には①誰が埋葬義務を負うかということ（「埋葬義務者」）、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、④どのような方法で「葬る」（＝「埋葬」するか）か（＝葬法）という問題である。①の誰に埋葬義務（＝埋葬義務者）があるかという議論も、また②の「誰が費用を支払うか」（＝埋葬費用負担者）についても、それほど単純な問題ではないだろう。常識的には、①の義務者は同居する近親の家族にあるのであろうが、この義務者と②の費用負担の義務者は同一である必要はなく、原則としてそれぞれが異なる論理でその義務者を決定すべきであろう。つまり、「埋葬」費用は、原則として死

者（＝被相続人）の財産から支出すべきであり、相続人以外の者が「埋葬」を行った人にも相続財産からの先取特権を認めるべきであろう（日本民法第三〇九条、石堂典秀「先取特権と葬儀費用」〔CHUKYO LAWYER 一六号、二〇一二〕）。そして、埋葬義務者がいない場合および「埋葬」費用を相続財産から支出できなく、また負担する者がいない時には、社会保障制度を通じて「埋葬」とその費用の担保する制度を整えるべきであろう。

ここで、この問題について考えるために、ドイツにおける葬儀費用の負担に関するドイツ民法（一九〇〇年）と「火葬法」（一九三四年）＝Gesetz über die Feuerbestattung vom 15.5.1934*7を紹介しておこう。この火葬法は、ヨーロッパで火葬がまだ一般的葬法として定着していなかった時代の法律であり、古い法律であるがそれでも現代でもここで述べられた原則は有効である。また、火葬という新しい葬法を選択する場合には「死者の意思」が優先されることを定めた法律である。

ドイツ民法第一九六八条

相続人は、被相続人の身分相応の埋葬費用を負担することとする。

火葬法第二条

（１）埋葬の方法は死者の意思に従う。

（２）埋葬の方法について、死者の意思が示されていない場合、行為能力の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。

（３）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。

（４）同じ位置づけの親族間で意見がまとまらない場合には、火葬の許可を出すべき所轄官庁がその事案の諸事情を考慮して、火葬の決定をしなくてはならない。

（５）死者の親族が誰もいないときには、死者が火葬を望んでいた時、火葬を願い出ることができる。

この二つの条文から見えてくることは次のことである。第一は、葬儀費用の負担者と「埋葬」方法の負担者が必ずしも同じではないことである。第二は、葬儀費用を相続財産から支出すること（事実上、相続人の負担とすること）である。第三は、葬法の決定は、相続人とは関わりなく、まずは「死者の意思」が優先され、つぎに親族のうち配偶

者の意思、次に子またはその配偶者の意思が優先されるとしたことである。

より具体的に述べれば、「埋葬義務者」「葬儀費用負担者」「埋葬方法の決定者」の三つのカテゴリーであり、それぞれのカテゴリーが異なった論理で構築されていることである。「埋葬義務者」は相続人とは一致せず、相続人が「埋葬方法の決定者」とも一致しない。つまり、埋葬費用の負担については、相続原理で決めるのに対し、「埋葬方法の決定者」については原則として「死者の意思」に従うとする。死者の意思が示されていない時には「近親の家族」の相談によって決定され、そして「近親の家族」の中でまとまらないときに決定の優先順位が定められている。「埋葬義務者」の範囲はこの「近親の家族」に該当することになるが、特に「近親の親族」の特定の個人に限定されている訳ではないことに注意を向けるべきである。

従来、ドイツでも民法において葬儀費用の負担については定められていたが、埋葬義務者の範囲は必ずしも明確ではなかった。しかし、火葬法の制定によって埋葬義務者の範囲が明確になっていった。埋葬方法は原則として「死者の意思」に基づいて決められるが、「死者の意思」がわからない時には「近親の家族」によって決められる。これが火葬法第二条の（２）～（５）に示されることになる。

「埋葬義務」は公法上の義務であり、国家はこの義務を第一次的に「近親の家族」（nächste Familienangehörigen）に課することになる。この埋葬義務者が特定の個人に集約されるのではなく、「責任のある人々の集団」（verantwortliche Personenkreis）^{*8}としての「近親の家族」である。この「近親の家族」の範囲とは、一つは「夫婦」であり、もう一つは「子ども達」であり、さらに「両親」であるが、その範囲は死者との関係性の中で決定されていくことになる。

6. 「埋葬強制」と「埋葬義務」－埋葬方法と埋葬義務者

埋葬の場所や方法は、原則として「死者の意思」によって決められることはこれまでに述べた通りである。火葬法制定当時においては、ドイツにおいて埋葬方法は土葬か火葬かという選択であり、この選択を死者の意思に求めたのである。実際、火葬法第一条では「火葬は土葬と同等のものとする」と規定され、まだ少数ではあったにもかかわらず（一九五〇年では死者の 7.5%が火葬）、火葬が市民権を得た^{*9}。ただ、この時から議論されたことは、この埋葬義務は遺体の処理に関してだけでなく、遺骨の処理に関

してもそれが及ぶかどうかという議論である。つまり、公衆衛生の問題に大きく関与しない焼骨の処理方法は、土葬を前提とした「埋葬義務」という枠組みに組み込むことができるのか、という問題である。

墓地埋葬法の目的はどこの国でもその出発点において「公衆衛生政策のため」という性格を色濃く持っている。日本の墓地埋葬法第一条でも「この法律は、墓地、納骨堂又は火葬場の管理及び埋葬等が、国民の宗教的感情に適合し、且つ公衆衛生その他公共の福祉の見地から、支障なく行われることを目的とする」と規定している。ここでは「国民の宗教感情」「公衆衛生」「その他公共の福祉」が並べられている。ただこの立法過程において政府委員は「国民の宗教感情」とは祖先崇拜の趣旨だと主張していた。祖先崇拜が機能していた時代、つまり遺骨を保存し承継することを前提とした時代では、死者はその子孫=祭祀承継者によって供養・追悼・祭祀されてきた（保護されてきた）ので、行政当局が行うべき業務は、公衆衛生だけに配慮してその政策を展開すれば良かったし、実際に墓地埋葬行政の担当者として保健所や環境衛生課などに公衆衛生を担当する部局がこれを担ってきたのである。

しかし、家族構造の変化の中で遺骨の「保存」や「承継」が困難になってきたとき、何が「国民の宗教感情」にあたるかについては明確にしてこなかった。国の墓埋法を管轄する官庁によって編纂された「逐条解説・墓地、埋葬に関する法律」でも、この法律は「宗教的平穩」を刑法（第二四章）とともに保護し、裁判などでも「国民の宗教感情」が問われるのは墓地の許認可の時に過ぎず、「埋葬」に関してはこの「宗教感情」が議論されることはほとんどなかった。つまり、遺骨の処理は刑法に違反しなければ何をしても良いという状況が続いたのである。

もともと、遺骨の処理については、死者（先祖）と子孫の信頼関係で成り立ち、慣習法的に遺骨を保存し承継していれば、この宗教感情=宗教的平穩が保たれていたのである。しかし、この信頼関係にすきま風が吹くようになると、「埋葬」という行為が宗教的平穩の中で行われなくなる。このことは、「3 軽視される遺骨」、の中で述べた通りである。ここでは、死者への尊厳の確保、死者の保護は、事実上刑法に違反しない限り、等閑視されることになった。

ドイツ、おそらく西ヨーロッパ全体でも同じことだと思うが、墓地埋葬法上の「埋葬義務」、それは死者の保護とケアという公法上の義務を踏まえて、死者との一定の関

係性によって決められる埋葬義務者には「埋葬」という行為について「死者への崇敬の念と保護」(Pietät und Pflege)を要求している。つまり、埋葬義務者に対して、遺体や遺骨の処分に対して彼らの自由を保障しているのではなく、一定の道義的責任を求めているのである。また、ある埋葬義務者がこの「責任」を果たさない場合は別の埋葬義務者がこれを訴えることができ、また葬法の決定については「死者の意思」が埋葬義務者の行為の足かせにもなることがある。死者の立場に立った保護規定は「埋葬義務」に内在し、埋葬義務者にも、そして国家(あるいは地方自治体)行政に対しても求められることである。つまり、「埋葬義務」という枠組みには、公衆衛生の観点だけではなく、「死者への崇敬の念と保護」(Pietät und Pflege)つまり「死者の尊厳性」を守るという枠組みが内在しているのである。

「埋葬義務」の概念は、死者の尊厳の確保と保護を要求する公法上の義務である。この義務は、埋葬義務者に求められることであり、また墓地経営者や墓地埋葬行政に関わる全ての人々に求められることになる。日本では、祭祀承継者でこのような「義務」を意識している人は少ないと思われるし(漠然と思う人があっても)、墓地経営者を含めて墓地行政に携わる人々はこのような「義務」をほとんど認識していないだろう。既に述べたように、法律に公衆衛生と宗教感情に配慮すべきとあっても、ほとんどが火葬であることから公衆衛生にそれほど注意を向けなくなり、宗教感情といっても何に配慮すべきなのか、よく理解していない行政担当者も多いと思われる。ここに、現在の墓地埋葬法の問題がある。

7. 焼骨の「埋葬」の仕方 ー日本とヨーロッパ

「埋葬義務」の考え方は、私達に「埋葬」とは何かを明確にするように問いかけている。「埋葬」の概念が明確でなければ、「埋葬義務」の方法が明確にはならないからである。ただ、日本とヨーロッパでは焼骨に対する考え方は、葬送の歴史が異なり、その歴史的展開も異なっており、単純な比較ができないことを踏まえて議論しなければならない*10。

ヨーロッパでは、本稿の冒頭でも引用しているように、もともと(火葬が流行する以前)埋葬は墓地で行うことであり、これが原則あった。そして、火葬が登場すると、火葬は土葬と同等のものとして見なされ、火葬それ自体としては完結した葬法と見なされ

てきた*11。しかし、火葬をすると焼骨が残ることになる。このことについて、ヨーロッパでは論争が起こることになる。

一九三四年のドイツの火葬法第九条では、焼骨の処理についての規定があり、納骨堂等の納骨施設*12に、それぞれの骨灰について誰がどこに「埋葬」(Beisetzung)されたかについて明確にするように求めていた。しかし、これに対しては焼骨を墓地に「埋葬」することを強制するのは一般的な「行動の自由」を制限しており、憲法違反である



ということから、これまでの伝統的な「埋葬」方法を変更するべきだという議論が展開された。このことは、火葬法第二条で葬法の決定を第一次的には「死者の意思」によって決定することを認めた以上、必然的に登場するものであった。一九六〇年代に北ドイツにおいては、いわゆるア

ノニューム埋葬(anonym Bestattung)(注:アノニューム=無名の・匿名の)が多く
の賛同を得るようになり(写真・ブレーメン)、全ドイツに広がった*13。これが墓地への「埋葬」の多様性を表現するとすれば、もう一つは焼骨を墓地以外に「埋葬」することの是非について議論があった。これが、冒頭で述べた墓地強制の「明白で法律上の例外を除けば」という表現の言外にあった散骨(Ausstreuen von Aschen)の問題である。

骨灰(Aschenreste)は個別的に骨壺に入れること、また表識がなく名前の明示がない「アノニューム埋葬」に関しては、墓地の行政担当者が、誰をどこに「埋葬」したかその詳細な位置を書き留めておくことによって、諸州の法律によって「埋葬」の最低限度の基準を示すようになった。また、散骨については、法律によって明示的に墓地外の「埋葬」=散骨が許されることが規定されるようになり、所轄行政官庁の許可によって散骨も可能になった(ただし、全ドイツにおいて認められている訳ではない)。これによって、時代の変化の中で「埋葬」の概念に変化はあったとしても、「埋葬強制」および「埋葬義務」の原則は維持されている。

これに対して、日本では古くから火葬の伝統があり*14、一二世紀には貴族階層で火葬後の焼骨を「保存」と「承継」という枠組みが形成されていた。明治時代になってから、この慣習は庶民階層に受容され、明治民法も「墓地埋葬取締規則」(明治一七(一

八八四)年)も遺体や遺骨を「保存」「承継」することを当然のこととして法制度が構築された。したがって、ヨーロッパのように火葬によって「埋葬」が完結すると考えるのではなく、火葬の後に何らかの形態の「埋葬」(葬ること)が行われることを前提とした。現行の墓地埋葬では火葬を定義して「死体を葬るために、人を焼くことをいう」(第二条第二項)と述べており、「葬る」行為を前提とした火葬なのである。その焼骨の処理方法としては「墳墓」への埋蔵と「納骨堂」への収蔵の二つの方法を明示しているだけである。また、「墳墓」を設けるための区域であり、「納骨堂」は他人の委託を受けて遺骨を収蔵する施設と規定している。つまり、日本の火葬は、火葬によって「埋葬」が終わるのではなく、遺骨を何らかの形で「葬る」ことが義務づけられているのである。

また、遺骨の「保存」と「承継」は〈家〉の存続を前提としたものであったため、〈家〉の存続が不可能になってくると遺骨の「保存」と「承継」が困難になり、葬送の秩序が根底から崩れることになった。新しい合葬式共同墓(地)・里山型樹木葬墓地・散骨も「保存」と「承継」が困難になった対処法として展開されたものであるが、前に述べたように現行の墓地埋葬法を前提とする限り、この事態に現行法は対応することができおらず、葬ること=「埋葬」をめぐる混迷を深めているのである。したがって、墓地埋葬の秩序は、新しい理念のもとで再構築される必要があり、「埋葬強制」「埋葬義務」の考え方は、新しい墓地埋葬の秩序を構築するためにきわめて重要な指標になると考えている。

8. 小括

日本において「埋葬」の枠組みが大きく変化し、遺骨の「保存」や「継承」を行わなくても良いと考える人が増えることによって、死者の尊厳性を著しく損ない、死者に対する保護が行われていない現状が多く見られるようになり、それに伴って起こってきた法制度の不備について述べてきた。つまり、「保存」や「継承」が困難になると、その対処法として商業主義と結びつきながら新しい葬法が展開してきたのが現実であり、それは結果的には新しい矛盾を深めるものであった。墓地供給の役割を果たすべき地方自治体も、民間で生まれてきた対処法が安価でしかも大量の墓地や施設を提供できるため

に、まるで何かにとりつかれたようにそれを受容し、死者への尊厳性や保護の政策から目を逸らして政策の展開を行うようになってきた。国もまたこの現状に対して沈黙を守っている。「これで良いのか、日本の墓地行政」と言いたいところであるが、ではどのように新しい葬送の秩序を構築するかと言うことになると、それほど簡単な問題でないことがわかる。これまで何百年もの間続いてきた〈家〉を前提とした葬送の秩序がそう簡単に変更できるようなものではないからである。

墓地の使用権は当該の墓地について永代に渡ってその使用を請求できるものと考えてきたが、アトツギ（祭祀承継者）がいなくなると、先祖の遺骨はその墓地から追い出される（＝無縁墳墓として改葬される）のである。この危機感が煽られ、商業主義と結びついた「終活」が跋扈するようになった。このように、安心して死ぬことができる社会の仕組みが日本から消えようとしているのである。

本稿では「埋葬」を中心と展開したが、「埋葬強制」「埋葬義務」は「埋葬」だけに関わるのでは「墓地」のあり方そのものにも関わることになる。たとえば、無縁墳墓の改葬制度である。

現行のシステムの下では祭祀承継がいなくなると、その墳墓は無縁改葬されることになる。この墳墓に埋蔵されていた遺骨はどうなるのであろうか。この遺骨を占有（あるいは所有）していた子孫（祭祀承継者がいない）がいないので、ゴミとして処理されることになる。このような枠組みがはたして妥当であるのだろうか。

墓地の使用権は、一般的には永代使用権として付与される。たとえば、墓地使用権について理論的礎をつくった吉田久は、無縁墳墓を改葬した後に残された遺骨は、墓地経営者とその遺骨の管理責任があることについて議論している。つまり、墓地経営者が無縁墳墓を改葬した後に、その遺骨を墓地内の納骨施設に収骨する義務があるのであり、永代使用権として墓地使用権を付与した者の責任であると。しかし、このような運用は若干の例外を除いて行われていないし、死者を保護するような法理論も展開されていない。

また、無許可墓地についても考えてみよう。日本で一八八四（明治一七）年に墓地埋葬法が施行されてから一三〇年以上の年月が過ぎている。にもかかわらず、数多くの無許可墓地があり、改善の兆しはない。また、この無許可墓地に遺骨を「埋蔵」することは違法ではあるが、これまで摘発されたことはない。このような無許可墓地が許容され

るのであれば、どのような「埋葬」の形態であっても許されると考えても不思議ではない。

さらに、近年では、人口減少のために限界集落として、寺院が消滅し、寺院墓地を廃止、村墓地が消えていくこともめずらしいことではない。村が消え、墓地が消えていくと言うことは、地域の歴史が消えていくことでもある。墓地が消えていくと言うことは、それぞれの時代と地域を生きてきた人々の歴史が消えていくことになる。

〈家〉を前提とした墓地埋葬政策が限界に達したとき、墓地のあり方そのものも新たに再構築していかなければならない。今回、無縁墳墓制度がどのように展開しているか、そのなかで墓地が¹⁵文化財としてどのように保存されている等に言及する予定であったが、それを果たすことができなかった。次回の報告書にまわしたい。

***1 Jürgen Gaedke ·Torsten Barthel, Handbuch des Friedhofes und**

Bestattungsrechts, 11 Auflage, Köln 2016 (C.Heymanns Verlag) . この書物は、ドイツでは墓地埋葬法の定評のある学術書であり、第 11 版は、T. バーテルとの共同執筆という形をとっている。もともとはゲーツケの単著であり、彼の引退後新しい内容が付け加えられている。私は、5 版・9 版・11 版をもっているが、11 版は 9 版に比べても二〇〇頁以上増加している。引用は、この 11 版から行うが、必要に応じて旧版からも引用する。

***2** ここで「埋葬」ということばは、死者を葬ることを包括的に指すことばとしても用いている。日本では、墓地埋葬法第二条において埋葬を土葬と同じ意味で・火葬・埋蔵（墳墓に納骨すること）・収蔵（納骨堂に納骨すること）を並列して規定している。法律上はこれが日本の「葬る」形式であり、この全体を「埋葬」として捉えることにした。ただ、現行の墓地埋葬法のこのような定義はいくつかの問題を包含している。第一に、人間の身体に対して直接に処理をする第一次葬と骨化した遺骨を処理する第二次葬は異なった性格をもつにもかかわらず、並列して規定していること、第二に墓地を墳墓を建立する場所と定義していることは、現状に合致せず、第三に、後に述べるように「埋蔵」と「収蔵」の定義およびその解釈にも大きな疑問を持っている。

***3** これらの新しい葬法の概念の曖昧さは、拙稿「新しい葬法とその問題点——〈家〉

なき時代の墓地埋葬のあり方に向けて」『都市問題』百七卷八号（二〇一六）を参照。

*4 人間の葬送を〈家〉が担ってきた時代が数百年以上続いてきた日本では、葬送の社会的性格を訴えてもなかなか理解してもらえない。このことについては、拙稿『墓と葬送のゆくえ』（二〇一四・吉川弘文堂）を参照して欲しい。また、葬送を私的問題に過ぎないと考える人が多いことも墓地埋葬の制度改革の大きな足枷になっている。

*5 「家墓」を廃止して、寺院など納骨堂に遺骨を移す等の傾向は、同じような別の現象の中で表面化している。一つは、公営墓地・寺院墓地・その他の民営墓地の使用権を返上して、合葬式共同墓（墓地）に改葬しようとする傾向である。墓地の使用権は永代使用権であり、永代に渡る使用権を手に入れたにも拘わらず、その返上によって無縁墳墓への改葬の恐れから解放されたいという、きわめて道理に合わない現実が横行している。ここで例示としてあげている「納骨堂」への移転も同じである。故郷を遠く離れた人々が、故郷に残した家墓を廃止し、毎年お墓参りにも行けないので納骨堂か合葬式共同墓に遺骨を改葬する現象である。私の知る限り、長崎県でいくつかの事例を確認した。確かに一時的な気休めにはなるであろうが、これもその場限りの解決方法であり、問題の根本解決には至っていない。「終活」と呼ばれる活動が、無縁墳墓への不安を煽りながらまたそれが商業主義と結びついて、このような矛盾に満ちた現象を生み出した可能性がある。

*6 「埋葬義務」は一般に次のように定義される。「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（「死者の尊厳と保護（Fürsorge）」）を包括するものである」と（Gaedke、S.103）。

*7 火葬法の引用は前述の Gaedke の著作によるが、第 11 版には火葬法の原文が所収されていないので、第 9 版によった。

*8 Gaedke、a.a.O. , S.175

*9 一九九七年の統計では、火葬率は西ドイツ：30.2%，東ドイツ；74.2%，ドイツ全体では 38.8%、となっており、火葬率が上昇したとしてもまだ土葬率の方が高い。した

がって、「死者の意思」によって葬法の選択がなされるとしても、まず土葬か火葬かの選択が重要になる。日本の場合は火葬率が百パーセント近くになっており、土葬か・火葬かという選択肢はほとんどないと言って良い。日本では、遺骨の保存と承継が困難になった段階での葬法の選択であり、その選択肢を国民に明確に示さなければならないが、国民に対しての選択肢の提示がまだできていない。

*10 『墓と葬送のゆくえ』（前掲）、六一頁以下。

*11 私の知るところでは、ニュージーランドでは火葬によって「埋葬」は完結しており、残された焼骨は海への散骨が一般的であったが、この焼骨の墓地への「埋葬」が求められるようになり、一九七〇～八〇年代以降に多様な「埋葬」方法が展開するようになってきた。

*12 火葬法九条には、骨灰は、公式に認められた、密封された容器に入れて、納骨堂（Aschenhalle）、納骨の聖なる森（Aschenhain）、納骨用の墓地（Aschengrabstelle）あるいは墳墓（Grabe）に「埋葬」（beisetzen）されなければならないと規定されている。また、骨灰は、誰の骨灰であるか、どこにその骨灰が保管されているかについていつでも確認できるようにしなければならない、としている。

*13 Gaedke, a.a.O. , S.367

*14 『墓と葬送のゆくえ』（前掲） 八十二頁以下