

特集 1



祭祀継承制度の限界と 墓地埋葬法の現代的課題

森 謙二 Mori Kenji 茨城キリスト教大学 名誉教授

法社会学専攻。厚生省「これからの墓地等の在り方を考える懇談会」委員(1997~1998)、比較家族史学会会長(2014~2017)。主な著書:『墓と葬送の社会史』(講談社、1993年)『読み直す日本史 墓と葬送の社会史』(吉川弘文館、2014年)『墓と葬送の現在:祖先祭祀から葬送の自由へ』(東京堂出版、2000年)『墓と葬送のゆくえ』(吉川弘文館、2014年)



死者は自らを墓地まで運ぶ「他者」を必要とする

死者は自らの力で墓地まで歩いて行くことができません。いつの時代でもどんな地域でもこれは当たり前のことです。つまり、人間は自らを埋葬することができず、埋葬には常に他者の力を必要とします。

西欧=キリスト教社会では、家族は死者を教会まで運ぶことを要求され、教区共同体の協力の下で葬儀を行い、死者は墓地まで運ばれました。ここまでが家族の仕事です。日本でも、村落共同体の相互扶助の下で葬列を組み、死者が墓地まで運ばれることは同じです。ただ西欧と異なるのは、日本の家族=死者の子孫には埋葬だけではなく、死者(祖先)^{さいし}の祭祀を求められたことでした。

前近代社会の下では、西欧では死者は教会の支配下におかれてい、「神」とともに死者がいるとされました。しかし、日本では死者を「家」の支配下におき、家によって祭祀されました。それが祖先祭祀の思想です。

ただ、近代国家の成立とともに、西欧では「信教の自由」が制度的に確立して、19世紀末から20世紀の初めには教会の支配力が低下していく傾向にあります。特に、19世紀末になると火葬の要求等、教会と対立する動きが表面化し、国家もその動きを容認します。それに対して、日本では、幕藩体制の下での士族を中心とした伝統的家制度を明治国家は再構築し、その「家」を国家体制の基礎に位置づけました。明治民法

(1898[明治31]年)では祭祀承継を家督相続の特権と位置づけ、それを庶民階層にまで強制しました。

明治民法では「家」の戸主が祖先祭祀の主宰者であり、戦後の現行民法でも「家」制度を廃止したもの、均分相続とは矛盾する「祭祀主宰者」の規定をおきました。現行民法897条1項では「系譜、祭具及び墳墓の所有権は、前条の規定(=相続人が被相続人の財産に属した一切の権利義務を承継するとする規定)にかかわらず、慣習に従って祖先の祭祀を主宰すべき者が承継する。ただし、被相続人の指定に従って祖先の祭祀を主宰すべき者があるときは、その者が承継する」と規定しています。

現在ではこの祭祀条項は家の伝統を払拭するためにリベラルに解釈されますが、いくつかの問題を残したままです。1つは、「祭祀財産」とは何かという問題です。民法では祭祀財産として「系譜、祭具及び墳墓の所有権」を例示していますが、死者の遺体や遺骨が祭祀財産として所有権の対象になるのかということです。この問題はお墓の問題のときにもう一度述べることにします。

もう1つは、祖先を祭祀するということが法律上の義務なのかということです。祖先を祭祀するというのは個人の倫理的な判断によるものであり、法律上の義務ではない、と私は考えています。例えば、大阪高裁は1953(昭和28)年9月8日に祭祀条項が祭祀の義務を定めたものではないという決定をしています。ただ、そのように祭祀承継を義務でないと解釈すると、死者を墓

特集1 祭祀継承制度の限界と墓地埋葬法の現代的課題

地まで運ぶ(=埋葬する)義務が誰にあるかということが法律で定められていないことになります。

この死者を埋葬する義務をもつ人を、私は「埋葬義務者」と呼ぶことにします。この埋葬義務者を定めるのは、民法ではありません。「墓地、埋葬等に関する法律」(1948[昭和23]年制定。以下、墓地埋葬法)の問題であり、埋葬義務者は国民のすべてが埋葬されるために必要不可欠な制度です。

「第二の近代」の葬送

1. 日本型近代家族の崩壊

1884(明治17)年に近代的な最初の墓地埋葬法(墓地及埋葬取締規則)が制定され、明治民法によって「家」制度が強化され、戦後慣習的に家の伝統が生き延びる1990(平成2)年までの時期を「第一の近代」と呼びます。戦後民法改正によって「家」制度が廃止されますが、ここまでを「第一の近代・前期」と呼び、戦後になっても家の伝統が続き、墓地に「○○家之墓」と刻んだ墳墓を建立し続けた戦後から1990年までの時期を「第一の近代・後期」と呼び、この時期までの家族を「日本型近代家族」と呼びます。

この時期以降、1990年前後を境に多くの人々が「家」の存続を危ぶみ、アトツギのいないことに多くの人々が危機感を持ち始めました。「家」を承継する意識が希薄化しているだけではなく、承継すべき社会的地位や見るべき家族財産が少なくなったという社会的背景のなかで、少子化がそれに輪をかけることになりました。墓制としては、祭祀承継者=アトツギを必要としない集合墓が登場するのもこの時期です。つまり、家の伝統が影を潜め、祖先祭祀の機能を組み込んだ日本型近代家族が崩壊する時期に「第二の近代」が始まることになります。

「第二の近代」の時代は、アトツギを確保できない時代から、自分を墓地まで運んでくれる他者がいない、いわゆる「引き取り手のない遺体」が増える時代へと展開していきます。NHKスペシャル「無縁社会～“無縁死”3万2千人の衝撃～」が放映されたのは2010年1月です。た

だ、「無縁」ということばは多義的で、中世における「無縁」をどのような権力からも拘束されない「自由」として評価する人もいましたし、近世になると、家の構成員から排除され誰も頼る人がいない状況を「無縁」と多くの人々が呼んでいました。現代の「無縁」は、少子高齢化や出生率の低下・生涯未婚率の増加という人口学的要因に規定され、家族の個人化という家族構造の変化を背景にしたものではありますが、それでも個々人の自由な生き方を前提にして、個々人の選択の結果として「おひとり様」を選択する人もいます。その意味では、「無縁」ということばの否定的側面ばかりを強調して、社会の危機感を煽るだけでは問題を見失うことになります。

「第二の近代」の特徴は、日本型近代家族が崩壊しただけではありません。これまでの常識や規範が弛緩し、個々人の自己決定や自由度が拡大するようになります。これまでの儀礼や慣行の強制力が低下し、結婚や葬式の儀礼が個々人の選択の問題になりました。結婚式を挙げないこと(コロナ禍で促進したにせよ)、「直葬」と呼ばれる埋葬形式が増えたこともその影響です。伝統儀礼が強制力を失ってきたのです。このような状況下では、祭祀承継を維持することはますます難しくなります。

2. 埋葬義務者の役割

もともと、死者を埋葬するとき重要な論点となるのは、(1)誰が死者を墓地まで運ぶか(埋葬義務者)、(2)誰が埋葬の方法=葬法を決定するか、(3)誰が埋葬の費用を負担するか、です。現行民法ではこれらを祭祀主宰者1人に委ねていますが、これらは区別して論じる必要があります。(1)(2)は墓地埋葬法上の問題ですが、(3)埋葬費用の問題は民法上の問題です。

埋葬とは、ここでは死の瞬間から死者を墓地に葬る一連の行為を指します。葬式を行うべきとする法律は存在しないという言説がありますが、死から埋葬までの過程でどのような儀礼を行なうかは死者あるいは埋葬義務者が決めており、法律で決めることではありません。一般論としては埋葬義務者になる人は「近親の親

特集1 祭祀継承制度の限界と墓地埋葬法の現代的課題

族」、あるいは生前に生活を共にした「親密な他人」に該当する人です。ですから、埋葬義務者は1人ではなく、複数人いてもよいと考えています。死者の配偶者(パートナー)や子どもが「近親の親族」であるとすれば、法律で1人と定めることに無理があるように思います。ただ、埋葬義務者はこれを権利というより、義務として考える必要があります。

3. 葬送の自由

日本では1991年に散骨が話題になったとき「葬送の自由」が主張されました。「葬送の自由」は埋葬義務者の自由という意味ではなく、葬儀・埋葬の段階では既に存在しない死者の意思の実現、つまり死者が生前に示した希望を実現するものです。つまり、埋葬義務者は原則として死者の生前の意思を実現することが求められることになります。2011(平成23)年に私たちが実施した意識調査^{*1}でも、「お葬式について、死者の意思を尊重すべきですか」という質問に「そう思う」(66.1%)「まあそう思う」(30.6%)と全体では9割以上が肯定的にとらえています。

葬送領域で「死者の意思」を積極的にとらえるようになったのは、19世紀末から20世紀にかけて西欧で火葬の導入に際してリベラルな自由主義者たちが主張して制度化されました。しかし、日本では「死者の意思」の尊重は今なお制度化されていません。「散骨」を行うためには「死者の意思」を確認する必要があると思います。

変化する埋葬

1. 集合墓の問題点

1990年前後に「集合墓」(納骨施設)や散骨が流行していきます。集合墓(墓地経営者等が自らの責任で設けた納骨施設)というのは、合葬式共同墓・永代供養墓・樹木葬等と様々な名称で呼ばれる納骨施設あるいは墓地区画の総称で、地縁・血縁関係にない人が大勢で集合して葬られる施設のことです。現在では多くの寺院墓地・民営墓地・公営墓地に設置されています。このような納骨

施設が多くアツギがいない人々にとっては朗報であっても、多くの問題を抱えた埋葬のあり方です。

まず、このような集合墓は現行墓地埋葬法では想定外で規定がないことです。納骨施設として法律に規定しているのは「墳墓」と「納骨堂」です。墳墓は一般には利用者が自分の費用で建立した納骨施設で、納骨堂はその経営者自らが建立した納骨施設のことです。墓地埋葬法はその納骨について前者を「埋蔵」、後者を「収蔵」と呼んで区別しています。また、「墓地」の定義として墳墓を建立する場所と規定しています。「収蔵」は他人の委託を受けて焼骨を預かることですから、集合墓は収蔵施設として類推できるかもしれません。厳密には集合墓は墓地埋葬法の納骨堂の範疇には入りません。

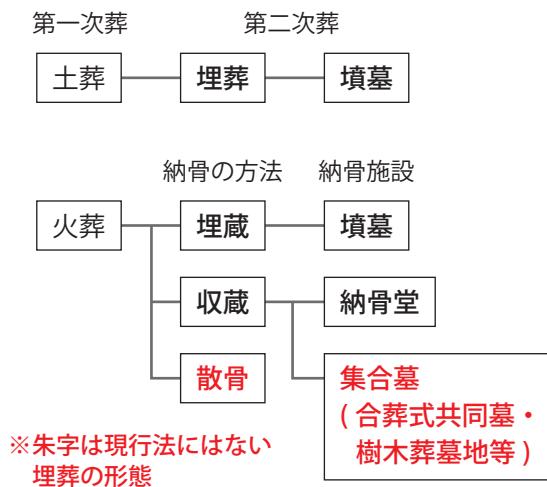
第二に、集合墓の形態は多種多様で玉石混交の感があります。素晴らしいアイデアで考え出された納骨施設もあります。しかし、法の隙間に設置された施設ということもあります。合法性にいくつかの疑問があります。例えば、祭祀承継者を集合墓の管理者に指定する例です。これ自体が利益相反行為で違法性が高いことになると同時に、この行為は死者の遺骨の所有権を無理矢理放棄させているともいえます。さらに、集合墓の管理者は預かった遺骨の管理義務(管理の委任)がありますが、どのように管理するか明示的になっているかどうか不明確です。この管理契約は私法上の契約ですが、それだけでは不十分です。一般論としては、契約当事者である委任者の死亡によって契約は終了します(民法653条1項)。1992(平成4)年の最高裁判所の判決によって死後事務委任契約は有効であると判断されましたが、その履行の保証は約束されていません。集合墓の使用契約・規定を私法上の契約と同じように位置づけることに問題があると考えていますが、それ以前に、集合墓の管理契約あるいは規約そのものが存在しないか、あるいはその内容が曖昧なケースがあります。私は、次の3

*1 森謙二『お墓についての意識調査』日本学術振興会科学研究費補助金研究(研究代表 鈴木 岩弓)「わが国の埋葬墓制の現代的变化に関する実証的研究」調査報告書

特集1 祭祀継承制度の限界と墓地埋葬法の現代的課題

図表 「埋葬」の概念図

(筆者作成)



つことを規定した契約書・規約が必要だと考えています。すなわち、①遺骨をどこで管理するか(場所)、②遺骨を管理する方法、③遺骨を管理する期間について、その管理者は集合墓の管理契約を明確化し、管理規則を定める必要があります。

第三に、集合墓を永代供養の納骨施設として
標榜することです。

永代供養は「永代」と「供養」という2つの異なる内容を持つ用語から成り立っています。永代については後述しますが、「永代」と「供養」という2つの用語は墓地使用者の関心を引くためのイメージ戦略であり、私は景品表示法の不当表示の可能性があるとさえ考えています。

2. 自然葬の広がり

もう1つ、指摘しておきたいことがあります。「第二の近代」の時代は、日本も西欧も埋葬について自然志向が顕著になってきます。日本では、20世紀末に散骨を自然葬と称した市民運動として展開し、その後も樹木葬と称した多種多様の集合墓が展開するようになりました。ほぼ同時期にイギリスでも自然志向の葬法が提案されるようになります。武田史朗の研究によると、イギリスではDIY(Do-It-Yourself)埋葬(=大雑把にいうと私有地への埋葬)という法の隙間をねらった埋葬方式から始まりますが、次第に環境

保全や景観に配慮した公共性・公益性と結びつきながら、その埋葬地を「自然葬地」として墓地埋葬の法制度として展開するようになりました^{*2}。ドイツにおいても、森林墓地と称する新しい形態の墓地が登場してきます。里山・森林の保護・管理育成という公共性・公益性と繋げることによって複数の州では自然志向の埋葬法を制度化しています。

これに対して、日本の自然志向の樹木葬の諸形態が公共性や公益性を体現しているとは言えません(唯一の例外は岩手県の里山型樹木葬の理念)。NPO法人等が経営している樹木葬ではその名称を商標登録しているものもあり、そもそもこの埋葬方法から生じた収益をどのように分配するかも明らかにしていません。日本の自然志向は墓地経営の効率性・利益追求と結びていたものであり、「第一の近代・後期」の時代に石材・不動産業者等が宗教法人の名義を借りて利益追求型の墓地経営を行ったことと、どこが違うのかと思います。もう一度、墓地経営の公共性・公益性について考え方直す必要があるようです。

もっとも、これは民間だけに問題がある訳ではありません。墓地埋葬事業が公益事業であることを国はこれまで何度も確認してきました。ただ、国のいう公益性とは「持続可能な墓地経営」であったように思います。確かに、墓地経営の破綻は避けなければなりませんが、国民全体の立場に立った公益事業として墓地埋葬事業を見直す必要がありそうです。誤解のないように断っておきますと、自然志向だけの墓地経営には問題もあると思いますが、このような埋葬のあり方に反対しているわけではありません。

墳墓制度の改革について

1. 無縁墓地改葬制度

無縁墳墓改葬制度の成立に積極的に尽力したのは伝統的寺院です。しかし、今やその寺院が承継者のいない人々のために永代供養墓を主張するようになりました。

*2 武田史朗『イギリス自然葬地とランドスケープー場所性の創出とデザイン』昭和堂(2008年)

特集1 祭祀継承制度の限界と墓地埋葬法の現代的課題

これまで寺檀関係を通じて寺院を支えてきた檀家の所有する墳墓(＝墓地使用者が所有する納骨施設)が無縁になると改葬されるのに対し、第三者のしかも宗派を問わずに募集した人々には永代供養を約束するのはモラルハザードではないか、と思います。

もともと、墓地の利用も永代使用権でした。明治時代になって墓地所有権と使用権を区別し、無縁墳墓になると改葬する制度が東京市で1918(大正7)年に導入されました。全国的に無縁改葬が導入されるのは戦後になってからであり、しかも墓地埋葬法の施行規則によって可能になりました。法律上の議論は色々ありますが、国民の重大な権利の制限を施行規則によって行うのは憲法上の疑義があると思います。

また、現行の墓地埋葬法には無縁改葬された後の遺骨の行方については規定がありません。遺骨の管理は墓地経営者ではなく墳墓所有者(墓地使用者)に委ねられ、経営者は遺骨をゴミとして処理しても違法ではありません。既に述べたように、墳墓の承継は民法上の問題であり、承継者がいなければ無縁墳墓として改葬されることは墓地埋葬法の問題です。しかも、その墓地埋葬法に遺骨の行方についての規定がないのです。法的に多くの問題を抱えたこの制度は、私は廃止すべきであると考えます。

将来的にはほとんどの国民の墳墓が無縁改葬されるかもしれません。とすれば、承継されない遺骨は墓地経営者の責任で「土に還す=自然に還す」ことを義務付けるべきだろうと思います。永久に遺骨を保存・承継することも現実的ではありませんが、墓地経営者の責任を明確にすべきでしょう。

2. 墓じまいについて

そして、このことを踏まえた上で、いわゆる「墓じまい」についても考える必要があります。子孫が祖先の「墓じまい」をする権限を何を根拠として持つのか、なぜ祭祀主宰者がその決断をする権限を持つのか、これは大きな疑問です。「墓じまい」は法律上は「改葬」を装うことになりますが、祭祀承継・主宰者という前近代の遺物の

ために、祖先=死者の尊厳性を損ねているとも言えます。

もう1つ、墳墓承継者の緩和の必要性です。現行の無縁改葬が存続すると、すべての墳墓が改葬され、墳墓制度が危機に陥るかもしれません。ただ、現実には民間靈園、特に寺院墓地の墳墓の承継は「お墓の承継は使用者の親族に限る」とする墓地使用規約が定められていることが多いと思います。寺院墓地の承継は寺檀関係の承継に基づき墓地使用権を認めているのが一般的です。家と結びついた墓地使用権と檀家・菩提寺の関係をどのように整理するか議論の余地はあります。私は墓地使用権の承継と寺檀関係とは切り離すべきだと思います。現実には難しい問題も多いですが、墳墓承継の規約緩和が墳墓制度の存続の鍵になると思います。

改革すべきこと

最後に、新しい時代の墓地埋葬のためにも改革すべき問題に触れておきます。

まず、埋葬(葬式)費用の問題です。私は、原則として、相続財産から支出すべきであると考えています。埋葬費用は、死者=私のための費用です。承継者がいない人が増えていることを考えると相続財産から支出することは必要な制度です。

第二は、承継者=「親密な他者」がいない人の墓地埋葬の問題です。私はすべての人間は埋葬されることが権利として保障されるべきだと思います。そのためにも、承継者がいなくても埋葬等を可能にする死後事務委任制度をもっと利用すべきと考えています。

第三は、公的機関としての「埋葬センター(仮称)」の新設です。墓地埋葬に関わる行政は多様で複雑であり、専門的な知識を必要とします。墓地の新設・変更・経営、墳墓の改葬(墓じまいも含めて)等の諸手続の日常的な業務においても、公衆衛生・宗教関係・倫理学上・法律学の知識を必要とします。

まさに変動する現在こそが墓地埋葬法の改正の時代です。