

## はじめに

墓地とは、その機能からみると、死体を埋葬または焼骨を埋蔵する場所、死穢に充ちた不浄の地で、宗教的・民俗的感情からは、死者の復活を待機する場所、祖霊化の場所、仏教における十億土への中継所、すなわち、他界としての場所<sup>1)</sup>で、遺族にとっては、亡き人を偲び、追憶し、追善供養する場所<sup>2)</sup>で、その意味で地縁、血縁の結びつきの場所、魂の故郷<sup>3)</sup>である。

「墓」という字は、「没」と同義で、地下に埋めてなくなるとの意で、音「莫」(ボ)が音を表し、幽暗<sup>5)</sup>あるいは窪(凹地)<sup>6)</sup>で、布を上から垂れて覆い隠すの「幕」の「巾」の部分<sup>7)</sup>を「土」に置き換え、「土で覆う」「棺を置いて土で蒙覆する」の意となる。すなわち、「墓」は、「遺骸や遺骨を葬つてある所、また、そこにしるしとして立てた石、木など、塚、墳所<sup>8)</sup>」をいい、墓地、墓所ともいう。墓域を設け、盛土し、植木をうえたところを冢、塚、壟または墳<sup>9)</sup>という。墓を囲った部分を塋、全体を冢墓または墳墓<sup>9)</sup>という。特に、皇室の墳墓を陵という。

埋葬地の盛土の上に木製の卒塔婆を建立したのが墓碑の始まりといわれ、やがて朽ち易い木製に代えて恒久的な石材の仏像や仏の種子のレリーフまたは名号や題目を刻んだ和型の墓碑(仏塔、層塔、多宝塔、板塔婆、五輪塔、宝篋印塔、板碑など時代とともに変化)が建立され、被葬者の追善供養がなされた。明治以降、昭和初期の一時期、戦死者に国から弔慰金が支給されたこともあって、その榮譽を称えるため立派な個人墓碑が建立されたが、火葬の普及によって小規模な墓所に家族の焼骨を1ヵ所に埋蔵する堅固な施設の設置が可能となり、頭部に家紋を付け「先祖代々〇〇家之墓」などと称する家族墓碑が建立されるようになった。

高度経済成長に伴い、都市部への人口集中による墓地不足、墓地価格の高騰、核家族化、死生観の多様化、宗教心の希薄化による寺院への帰属意識が薄れ、陰鬱な墓地から開放的な公園墓地が好まれ、芝生墓地、壁墓地、樹木墓地など多様な形式の墓地が誕生し、従来と異なる様式の墓碑、個性的な洋風墓碑が建

立されるようになった。さらに、少子高齢化による家族関係の変化が墓地の承継の障害となり、無縁墓地が増加し、永代供養墓、納骨堂の利用、散骨、手元供養など多様な慰霊形式が現れてきている。また、かつての地域や団体ぐるみでの盛大な葬儀は影を潜め、近年、近親者だけ、時には誰にも見送られることなく、または無宗教あるいは無典礼での葬儀へと様変わりしてきている。こうした伝統的慣習に囚われることなく、個人の自由な意思にもとづく葬送・墓地に関する行動に現行法をもってして対処することが難しくなっている。

現行法をどうするかはさておいて、今後の葬送・墓地政策・立法を検討するうえで、現在に至る法律<sup>\*</sup>の制定およびその後の経緯を総括することによってその手がかりを得ることができよう。

黒船の来航を契機に、国際社会で先進欧米列強に伍してゆくため、明治政府が推進した政策は、すみやかに資本制社会を構築し、軍事力を強化するとともに近代的統一国家を形成することであった。それには、近代的法体制を確立することが急務であった。

本書では、葬送・墓地に関する慣習と法について法律、条例の変遷と墓地の所有と使用の視点から検証する。

#### ▶ 第1部 近現代の葬送・墓地法制

明治以降、身分的秩序のもとで慣習や掟によって執り行われていた葬送・墓地が政府の墓地政策、法律によってどのように変わり、現在に至ってきたか、そして、それが現行法のもとでどこまで許容されるか検証する。

幕藩時代、多くの死者は、村や集落の周辺部の山間、荒蕪地など見捨地に設けられた共同墓地、名請人である本百姓の屋敷地<sup>11)</sup>、田畑の畔際、河川堤防敷または原野に埋葬、貧困家庭や身元不明の死者は、人目の付かない辺鄙な場所に遺棄された。また、町場や一部の地域では、死者は茶毘に付され、その焼骨がそのまま埋蔵あるいは放置または寺に納骨された。

政府は、当初、地方の葬送・墓地の事情を確認しつつ、地方からの伺い、指令を通じて試行錯誤を繰り返し、明治17(1884)年にその集大成として墓地及埋葬取締規則(太政官布達第25号)を制定した。

墓地行政を内務省の所管として、仮死者の早期埋葬の禁止および犯罪の隠蔽

を防止し、公衆衛生その他公共の安寧秩序の維持を目的に、墓地以外の区域への死体の埋葬および火葬場以外での火葬を禁じ、新規墓地の開設および拡張を市町村に限った。伝染病を予防し、公衆衛生を確保するための火葬および公海を航海中の船舶からの水葬を除き、土葬を主とする政策を展開した。

昭和23(1948)年、国民の宗教的感情に適合し、か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に墓地、埋葬等に関する法律(昭和23年号外法律第48号、以下「墓理法」という)が制定された。墓地行政は、厚生労働省の所管とされ、従来の取締を主とする警察行政から福祉を担う厚生行政の一環として執行されることになったが、土葬を主とする政策はそのまま踏襲された。

火葬率からも分かるように火葬が急速に普及し、現在、ほぼ100%近く火葬が執り行われている。それには、下記の事由を挙げることができる。

- ① 都市部における埋葬用地の不足という現実的な問題
- ② 衛生上の対策
- ③ 科学的合理主義思想にもとづく死生観
- ④ 宗教心の希薄化
- ⑤ 国家の行政的指導にもとづく火葬化政策——火葬場の整備・充実

●全国、神奈川県周辺都県および横浜市の火葬率<sup>13)</sup>

年号/都県	全 国	東 京	千 葉	山 梨	静 岡	神奈川	横 浜
明治33年	29.1	59.7	4.5	5.5	30.1	15.2	
大正4年	36.1	62.4	6.1	3.5	31.9	27.8	
大正14年	43.2	78.5	10.1	8.6	43.4	42.6	
昭和10年	51.3	86.7	15.9	11.7	54.5	52.0	
昭和20年							
昭和30年	57.4	83.3	30.6	13.7	66.2	66.5	(昭和35年)82.1
昭和40年	71.8	96.7	49.5	21.9	81.0	74.3	84.3
昭和50年	85.7	98.9	70.6	46.2	95.8	91.9	96.2
昭和60年	94.5	99.8	90.4	71.4	99.3	97.3	97.7
平成7年	98.5	99.9	99.1	89.0	97.6	99.2	98.9
平成17年	99.8	99.9	99.9	99.5	99.9	99.5	99.6

●横浜市の埋葬死体・死胎数

埋葬／年号	昭 和				平 成						
	35年	40年	50年	60年	7年	17年	18年	19年	20年	21年	
死 胎	1528	1824	405	308	193	99	85	89	45	38	
死 体	247	25	68	10	3	1	1	2	2	0	
合 計	1775	1849	473	318	196	100	86	91	47	38	

ちなみに、最近の横浜市の埋葬死体数からは、埋葬死体がほぼ0人となり、土葬を主とする葬送・墓地政策の実施当時の状況と大きく変わってきている。

近年、火葬の普及に伴い、災害の場合とはにかく、地域によっては死後4、5日待たないと火葬に付すことができなという火葬場施設の不足の事態が生じ、一方、都市部では、墓地価格の高騰、墓地不足が深刻な問題となってきた。それは、墓地、納骨堂または火葬場が社会に必要な施設であるにもかかわらず、周辺住民から迷惑施設として排除され、それら施設の設置が難しくなったことによる。こうした施設の設置を住民の理解を得るための政策、さらには多様な死生観にもとづく葬法など現行法の枠組みでは予測されない、いろいろな問題が生じてきている。

▶ 第2部 墓地の所有と使用

地租改正に伴う墓地所有権の帰属の経緯と墓地使用権の法的性質および共同墓地と個人墓地について検討する。

世間では、墓地を取得する場合に「墓地を買う」という。実際に墓地の所有権を取得する例がないとはいえない<sup>14)</sup>が、一般には、墓地使用権を取得することを意味している<sup>15)</sup>。

墓地使用権とは、死体または焼骨を埋葬蔵し、墳墓（墓埋法2条4項）を建立・所有するため都道府県知事<sup>\*</sup>の許可を受けた区域、墓地（墓埋法2条5項）の特定の区画（墓所（墓地計画標準第3—1、2））を独占的、排他的に永代にわたり使用し、その使用に供するため社会通念上一体と見られる墓地（墓域内）の施設を利用する権利をいい、墓地経営者が土地（地盤）所有者から借り、墓地として使用する、いわゆる広義の墓地使用権とは区別する。

幕藩時代、公許されていた墓地は、共同墓地だけであり<sup>16)</sup>、その共同墓地は、村、

集落といった地縁、同族、本家・分家といった血縁または講、寺といった信仰の縁に結ばれた集団によって差配されていた。その集団は、地縁、血縁または信仰を縁とする組織が複合的に結びつき構成され、当該構成員が制度としての村（集落）の住民と必ずしも一致しているとは限らなかった。

集団は、身分的序列のもとで慣行にもとづき運営され、構成員には、構成員の葬事、墓地の整備、清掃などの共同作業に参加する義務が課せられていた。

墓地を使用できる集団の構成員の資格は、共同墓地に埋葬を受け入れる余裕がある場合に限り、それぞれの所定の縁に結びつく資格を有し、かつ、家に死者があるときで、集団の慣行にもとづく取り決めに従い、家を単位に加入が認められた。構成員としての資格が認められることによって共同墓地内の埋葬場所およびその使用に要する墓域の利用が認められた。各家の埋葬場所の広さは、死者が続いた場合に埋葬できるようにとの配慮から多少余裕をもって定められた。

埋葬場所の指定および埋葬方法などについては、従前からの慣行に従い、村八分の家であっても葬事は例外とされ、死者が出るとあらかじめ定められた当番の者が葬儀をはじめ、棺から墓穴掘りその他一切の行事をとり仕切り、構成員が共同して行った。

埋葬後、埋葬場所の陥没が収まった頃を見計らって墓碑を建立した。墓碑を建立することによって長期にわたり埋葬場所が固定し、埋葬場所を独占的に使用することができた。

埋葬場所は、家を承継する者が継ぎ、他家に譲渡することは認められなかった。構成員の埋葬場所を使用する資格は、離村するなどの事情があっても、埋葬場所から墓碑などを撤去し、改葬しない限り、課せられた共同作業の義務を果たしている場合には喪失することはなかった。また、家系が途絶えた場合であっても埋葬場所に建立してある墓碑などが朽ち果て、消滅しない限り、共同組織の構成員によって供養された。

共同墓地は、集団が墓地の地盤を所持・差配し、各家の持分は存在せず、分割請求および持分の処分のできない、いわゆる総有形態であり、各家は、重疊的に一族、一家毎に区画された埋葬場所の地盤を現実の支配にもとづく

ヴェーレ Gewere 的権利をもっているにすぎなかった。また、共同墓地内での揉め事は、集団内部で処理された。

近代化の過程で土地は、領土主権と私的所有権に分離され、地租改正を通じて地盤所有権者の帰属を決定し、従来の複雑な重畳の土地の使用関係が整理され、土地所有権と土地使用権を俊別した。この過程で墓地がどのように処理されてきたか検証する。

官民有区分過程で官有地に組み込まれた墓地は、従来から使用してきた墓地使用者への墓地（地盤）の売却、譲与または無償貸し付けを、政府の中央集権国家政策の下部組織である市町村や財産区の財産に転化した墓地は、旧慣墓地使用权に、民有地に組み込まれた墓地は、登記を通じて寺院有、共同組織の一員を代表者名としてあるいは共有名義に登記することによって墓地所有と墓地使用权者を区分けした。その後、市町村営墓地や寺院墓地、近年には民営墓地に新たに墓地使用权が設定されてきている。

墓地は、墓地所有権を基準に国および地方自治体の所有する公有墓地とそれ以外の所有者による私有墓地、また、墓地使用者の範囲を基準に共葬墓地と非共葬墓地などに区分することができるが、墓地を経営するには、都道府県知事の許可を受けなければならない（墓理法10条）とする墓地経営形態を基準にすると、個人墓地、共同墓地、寺院墓地、民営墓地、公営墓地に区分することができる。これら経営主体は、墓地を借用して墓地経営を行っている場合もあり、墓地経営者が必ず墓地所有権者であるとはいえないが、墓地を経営するためには、最低限広義の墓地使用权を取得していなければならない。

まず、墓地所有権の帰属の経緯について検証し、次いで、墓地使用权の法的性質については、墓地経営者と墓地使用者の関係から検討する。

それぞれの経営主体と墓地使用权の法的性質について、判例、学説を紹介し、平成7（1995）年から10（1998）年当時横浜周辺その他の地域で聞き取り調査を行い、既に報告した資料を整理して参考に供する。

墓地使用权の法的性質は共同墓地では、公権、慣習法上の物権、入会権、入会権類似的の権利、寺院墓地では、永代借地権、地上権、慣習上の物権、使用貸借権、物権・債権いずれにも該当しない特殊な権利、宗教的身分関係を前提と

する宗教上の行為、民営墓地では、有償・双務契約、債権的性格をもつ権利（賃貸借または使用貸借）、賃貸借類似的の権利、借地権類似的の物権化した債権、慣習的の受益物権、公営墓地では、公権、私権（慣習法上の物権、賃貸借類似的の債権）、個人墓地では、永久性を有する賃貸借類似的の権利など多様な見解がある。

それは、民法（明治29年法律第89号）が土地の利用権能を整理する際に、登記による公示の原則を重視し、権利の類型化（物権法定主義、民法175条）の結果、複雑な墓地使用慣行をそこに組み込むことが困難であったことによるのであり、祭具等の承継（民法（明治31年法律第9号）987条）の法案審議<sup>18)</sup>の過程で墓地の使用については将来特別法に規定することが予定されたことから権利として否定する趣旨ではなかったことを窺い知ることができる。

墓地には、幕藩時代から民法制定前に慣行的に使用されてきたものと民法制定後に設定されたものがある。

民法制定前から慣行的に使用されてきたものは、法例（明治31年法律第10号）2条にいう「法令ニ規定ナキ事項ニ関スルモノ」で「公ノ秩序又ハ善良ノ風俗ニ反セサル慣習」であって、「法律ト同一ノ効力ヲ有ス」と解することができる。

民法は、財産権について直接物を支配する物権と特定人の行為（不作為）を請求する債権に区別し、いずれの権利とするかは立法政策の問題で、その枠組みに組み込むことができない場合には民法の規定に準じ解釈・運用が求められる。

墓地の使用は、祭祀財産である墳墓を墓地に設置、その存在を公示し、使用することによって墓地と一体化して固定性を具え、祭祀主宰者が代々墳墓を承継することによって永久的に使用される物権または債権のいずれの枠にも該当しない特殊な財産権である。

したがって、民法制定後に設定された墓地使用权の法的性質は、墓地経営形態にもとづくそれぞれの制約（宗教、民営、公営など）を考慮し、墓地使用权設定の経緯を検討したうえで墓地使用权者が不利益を受ける事態にならないよう配慮されなければならない。従来、墓地の固定的・永久的性質にその特殊性があったことから、物権的性質が強く配慮されてきたが、近年、墓地使用权設定にあたって墓地使用料および墓地の共同部分の維持・管理のため管理費の支払

い義務が課せられ、更新が可能または改葬して永代供養とする有期限付の契約が登場するに至り、債権的要素をもつ権利に変わりつつある。墓地使用権を強いて既存の物権、債権という枠組みにとらわれる必要はなく、こうした時代の変化にも対処して処理する必要がある。

### ▶ 第3部 横浜の葬送・墓地

国の葬送・墓地に関する法制が地方自治体にどのように反映し、施行されてきたか横浜市を例に検証し、横浜市の市営墓地の実態について条例を紹介する。なお、巻末に参考資料として横浜市の葬送・墓地に関する条例および施行規則を掲載する。

- 1) 井之口章次「墓所と霊」藤井正雄編『仏教民族学大系4』（名著出版、1988年）283 - 292頁。
- 2) 井之口・前掲注1）書293頁。
- 3) 東京都霊園問題調査会報告書（昭和63年3月）4 - 5頁。
- 4) 佐藤昌「中国墓地史」（日本公園緑地協会、1987年）183頁。
- 5) 白川静『字通』（平凡社、1996年）1438頁。
- 6) 藤堂明保『漢字語源辞典』（学燈社、1979年）447頁。
- 7) 加藤常賢『漢字の起原』（角川書店、1970年）775頁。
- 8) 村松明編『大辞林』（三省堂、1988年）1922頁。
- 9) 藤井正雄『墓のすべてがわかる本』（プレジデント社、1991年）16頁。
- 10) 藤井正雄・八木澤社一監修『日本葬送文化大事典』（四季社、2007年）163頁。
- 11) 長谷川善計「近世農民の家と屋敷」比較家族史研究4、22 - 37頁。
- 12) 林英一『近代火葬の民俗学』（法蔵館、2010年）354頁参照。
- 13) 地方行政区別火葬及死亡数比較統計（山根正次『日本火葬論』（1904年）、衛生局年報（内務省）、衛生報告（厚生省）、衛生行政業務報告（厚生省）、保健・衛生行政業務報告（厚生労働省）より作成。昭和20年の資料は欠ける。
- 14) 横田睦『実例に学ぶ墓園の計画・運営等の法律実務』（ぎょうせい、2007年）8頁。
- 15) 茨城県弁護士会編『墓地の法律と実務』（ぎょうせい、1997年）14頁。
- 16) 中田薫『公有地の沿革 法制史論集第3巻』（有斐閣、1943年）522頁。
- 17) 森茂「墓地使用権（1）」明治薬科大学研究紀要（人文科学・社会科学）第26号141 - 173頁。「墓地使用権（2）」同紀要第28号69 - 90頁。
- 18) 祭具等の継承について家督相続の特権に属するとし、「系譜、祭具及ヒ墓地ノ所有権ヲ継承スルハ……」とあった点について起草委員である穂積陳重委員の発議により、「墓地」を「墳墓」と改めた。

「『墓地』トアリマス之ニ付テハ餘程考ヘテ見マシタガ此墓地ノ所有権ヲ継承スルトハドウモ書ケマセヌ何ゼナラバ墓地ハ其戸主ガ所有シテ居リマスル場合モアリマス或

ハ戸主ガ地上権ヲ持ッテ居ル場合モアリマス借地権ノヤウナモノヲ持ッテ居ル場合モアリマス而シテ其所有権ノ無イ——所有権ハ寺トカ或ハ公共ニ属スルトカサウ云フ風ノ場合ガ極ハメテ多ウゴザイマス夫故ニ「墓地ノ所有権」ト云フコトハドウシテモ書ケマセヌ而シテ其墓地ト云フモノハ或ハ改葬シタリ何かシテ必ズシモ其墓地ガ家ニ属スト云フモノデハナイノデアッテ要スルニ此「墳墓」即チ墓標トカ棺槨トカ其他墓標ニシテアル物ニ付テ所有権ガアルモノト言ハナケレバナルマイト思ヒマス……兎ニ角此「墳墓」ト言フツノ物之ハ家ニ属スルモノデアリマスカラ夫故ニ此處ニ「墳墓」ト書キマシタ尤モ墓地ノコトニ付テハ或ハ特別法ヲ要スルカモ分ラヌモノデアラウト思ヒマス地上権ニモ期限ガアリマス借地権ニモ既ニ発布ニ為リマシタ法律ニ期限ガアリマス然ニ墓地ノ地上権トカ墓地ノ借地権杯ニ期限ガアッテハ甚ダ不都合デアリマスカラ之ハ何カ或ハ特別法ガ別ニ出来ルカモ知レマセヌ其處ラニ依ッテ「墓地」ト云フコトニハ障ラヌデ「墳墓」ト云フコトデ大丈夫ト思ッテ「墓地」ヲ「墳墓」ト改メタノデアリマス。」（法務大臣官房司法法制調査部監修『法典調査会民法議事速記録（7）』（商事法務研究会、1984年）237 - 238頁）。

- \* 引用する法律の条文および縦書き論文にあって「右」、「左」とあるのは「上」、「下」と読み替える。
- \* \* 現行墓理法における「都道府県知事」とあるのは、自主性及び自立性を高めるための改革の増進を図るための関係法律の整備に関する法律（平成22年法律第105号）24条にもとづき平成24年4月1日より「都道府県知事（市又は特別区にあっては、市長又は区長、以下同じ）」に改正する。