

【第二回宗教学会シンポジウム・報告】

一、寺院墓地使用権の法的性格

— 明治以降の達・指令を手がかりとして —

竹 内 康 博

(東邦学園短期大学)

一 問題の所在

寺院墓地は、現在我が国における墓地供給の一翼をになっているが、これらの大半は近世寺院の成立と共に発生し、江戸幕府の寺請制度(寺檀制度)により一般民衆に浸透して行ったものであり、これと共に墓地使用権も発生し、今日に至っている。

そこで、このような寺院墓地の権利関係を見るに、一般にその所有権は寺院にあり、寺院と墓地使用者との間の檀信徒加入契約ともいうべき契約によって墓地使用権が発生し、墓地使用権者(檀信徒)は、祖先崇拜および墳墓の所有を目的として、墓地の区画された部分(墓所を半永久的(祭祀承継者が絶えない限り)に使用できる関係にある。

しかし、戦後の憲法および民法の改正、その後の日本経済の飛躍的な発展に伴う人口の都市集中や核家族世帯の増加、更には民主主義教育の普及等により墓地に対する国民の意識にも変化が見られて来た。^①特に近年、寺院墓地にお

いては、墓地の無縁化や墓地使用権者の離檀改宗または本山からの寺院の宗派離脱および寺院墓地整備の際の区画変更（改葬）等、寺院墓地使用権の法的性格を巡る問題が発生して来ている。

ところが、墓地に関する唯一の法律である「墓地・埋葬等に関する法律（昭和二十三年五月三十一日号外法律第四八号）」（以下「墓理法」と略称）は、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行政的規律を目的としたもので、墓地に関する権利関係に何ら解決を与えるものではない。さらに、寺院墓地においてはこの関係に各寺院の宗教感情もかわり、その法律関係はより複雑なものとなっている。また、従来⁽³⁾の判例も寺院墓地使用権に対し種々の見解を示しており、かかる権利は依然として曖昧なままである。

そこで、本稿は寺院墓地使用権の法的性格を明治以降の達・指令を一つの手がかりとして明らかにしようとしたものである。

二 寺院墓地の分類

寺院墓地をその管理運営面から分類すれば、次の二種類になる。

一方は、もっぱら当該寺院の慣習に従って管理運営されている墓地であり、他方は、当該寺院が「墓地使用規則」を作成し、この規則に基づいて管理運営されている墓地である。後者は、昭和三十年以降全国で種々の墓地紛争が発生した結果、寺院側の自衛策として行なわれて来たものと思われる。

日蓮宗の場合を例にとれば、墓地使用の際に墓地使用規則または何らかの契約書を交している寺院が、全体の三五パーセントを占め、残りは相変らず当該寺院の慣習に従って管理運営されている（昭和五五年八月、日蓮宗宗務院総務部調べ）。

また、昭和三十年代以降大都市周辺には大規模な公園墓地が造成され、最近では墓地供給の大半をにっているが、この中には寺院(宗教法人)が経営する公園墓地も多数見受けられる。しかし、これらの墓地は「墓地使用規則」によって管理運営され、使用者の資格についても宗旨宗派の如何を問わないいわゆる共葬墓地であり、旧来からの寺院墓地とはその形態を異にするものである。従って、本稿でいう寺院墓地にはこれらの墓地は含まないものとする。

三 寺院墓地使用権の特色

寺院墓地使用権の特色について述べると、まず第一にかかる権利は、寺院と墓地使用者との間の契約によって成立する権利である。これは前述したように、一般には檀信徒加入契約という形で結ばれる。その際、実態的には「冥加料」「供養料」等の名目で金銭が支払われるのが一般的であるが、これが果して対価にあたるかどうかは問題である。

第二に、墓地使用権は本来処分されないことを前提とした権利である。前述した公園墓地の中には、第三者への譲渡、転貸を認める規程を設けている所もあるが、寺院墓地の場合には、墓地使用権は祭祀主宰者以外には譲渡されない権利であり、当然に転貸も認められないものと考えられる。ただし、慣習的には改葬(墓地移転)の際に、寺院の承諾のもとに親戚、知人等への譲渡が認められている寺院墓地も存しているようである。⁽⁴⁾

第三に、墓地使用権は墓地所有者に変更があった場合にも、新たな所有者に対してその権利を主張し得る権利である。このことは、不動産登記法が登記し得べき権利として墓地使用権を認めていないため、この権利を登記することはできないが、かかる権利は、墳墓等の施設物によって公に明らかにされている関係上、新たな所有者に対し不測の損害を被らせる虞れがないからである。つまり、墓地所有権は墓地使用権という負担付きの権利であると考えられる。最後に、墓地使用権は民法第八九七条にいう祭祀財産の一部であり、これは祭祀主宰者のみ承継される権利であ

る。しかし、我が国の宗教的慣行からすれば、墓地使用権は依然として「家」に属する権利として意識されており、このことが墓地問題をより複雑なものとしている一因でもある。

四 明治以降の達・指令

以下に掲げる(1)ないし(6)の達および指令は「例規類纂」から引用したものである。これは、その編纂計画や経過などは明らかにされていないが、明治十七年七月、内務省地理局の尾台良作、渥美正功両名により編輯されたもので、前加巻の例言に「此編ハ明治元年ヨリ同十五年ニ至ルマテ土地ニ関スル一切ノ法例ヲ類纂シ局員日常処務ノ参拠ニ備フルモノナリ」とあり、もっぱら内務省当局者が執務の便宜に使用するためになされた、土地関係の法令・指令集である⁽⁵⁾（ただし、旧字体は新字体に改めた）。

(1)〔達〕 教部省 五年九月十四日
第十七号

神宮葬儀ニ関係之儀先般第九十三号公布相成候テハ神葬地之儀神官ヨリ願出候ヘ、適宜相応ノ地所相撰伺出ヘシ

但寺院内へ神葬致度者ハ示談ノ上聊無差支様管内寺院へ兼テ相達スヘシ

明治政府は、明治五年六月二八日太政官第一九二号布告により自葬祭を禁止し、葬儀はすべて神官・僧侶によるべきこととした。さらに、同日太政官第一九三号布告により、神葬祭葬儀は神官が取扱うこととなった。また、明治初期の廃仏毀釈運動による神葬祭觀念が離禮思想を押し進め、神葬祭地として東京市営墓地が敷設されることになり、明治五年七月に青山墓地が、同年一月には谷中、雑司ヶ谷、染井の各墓地が開設された。これらの墓地は、頭初神葬

墓地として出発したのであるが、明治六年七月一八日太政官第二五三号布告により火葬が禁止された(ただし、この布告は明治八年五月二三日太政官第八九号布告により廢止された) ことや、都市開発問題とも絡みあつて、明治七年六月二二日東京墓地取扱規則により、共葬墓地として宗旨宗派の如何を問はずすべての人々の埋葬場所となつた。

そして、この教部省達は、寺院側の承認があれば寺院墓地へ神葬することも可能であるということを、管内の各寺院に達するようにとのことであり、このことは、当時埋葬に関する権限が寺院側に委ねられていたことを物語っている。

(2) (ハ指令) 内務省 十一年十月一日
神奈川県伺

第二条 官有ニアラサル寺院ノ旧境内墓地ヲ境外ニ區別相立タル分又ハ地形ニヨリ引分ケ難ク境内ニ据置タルモノ及ヒ元來境外ノ墓地等都テ其寺院ノ所有地ニテ該寺ノ檀越ニ限り埋葬行ヒ来リシ分地種ハ民有地第一種ト雖トモ共有ノ地ニ無之正シク一寺院ノ所有地ナレハ他宗他檀ノ遺骸ヲ埋葬スルヲ其寺院檀家等ニテ拒ムノ權アル者ト心得可然哉

指令十二年七月七日

第一条 一町村ニテ埋葬シ来ルモノハ一町村ノ所有トシ数家数族ニテ埋葬シ来ルモノハ数家数族ノ共有トシ總テ慣行ニ從フヘシ其新設ニ係ルモノハ一町村又ハ数町村ノ所有共葬スルモノトス

但布達スルニ及ハス

第二条 第一条ニ準ス

この指令は、従来より当該寺院の檀越に限って埋葬を行つて来た寺院墓地に、他宗他檀の者を埋葬することをその寺院および檀家が拒否する権利を有するかどうかという伺に対して出されたものである。これによれば、従来からの

墓地は総て慣行に従い、新設墓地については、これを一町村または数町村の共葬墓地に限定している。つまり、従来からの寺院墓地において、自宗派の檀信徒に限りこれを埋葬して来たという慣行が存すれば、当該墓地の管理運営はこの慣行に従って行われるというものである。

(3)〔指令〕 内務省 十三年十月廿二日
岐阜県伺

官有地寺院境内埋葬ハ明治八年地祖改正事務局乙第四号達社寺境内外取調規則ニ照シ別廉ニ取調共有埋葬地トシ存置ノ見込ニテ伺ノ上民有地第二種ニ編入ノ処右葬地ハ元來該寺院ノ檀徒ノミ共有埋葬シ來候ニ付専ラ從來ノ慣例ニ随ヒ其檀徒ノ共用トシ其寺院ヘ地券ヲ附与シアレトモ民有第二種タル上ハ從來ノ檀徒ニテ神葬祭トシ又ハ改宗シ或ハ他檀ノ者ニテ該地ヘ埋葬スルモ右寺院ニ於テ拒ムノ權利無之モノニ候哉

指令十四年二月十八日改祭改宗ニ拘ハラズ總テ慣行ニ従ヒ在來埋葬シ來ル檀徒ニテ共葬スヘシ
但共有埋葬地ノ券状ヲ寺院ヘ附与候義ハ不都合ニ候条引直方取計フヘシ

この指令は、従来より当該寺院の檀徒に限って埋葬を行って来た寺院墓地に、離檀改宗者あるいは他檀の者から埋葬の依頼があった場合、寺院がこれを拒否する権利を有するかどうかという伺に対して出されたもので、(2)の指令と類似している。これによれば、離檀改宗にかかわらず総て慣行に従い、従来より埋葬を行って来た檀徒の共葬墓地とするというものである。つまり、(2)の指令同様寺院墓地の管理運営は、各寺院の慣行に従って行われるというものである。

また、但書きの部分は寺院墓地所有權の帰屬を巡る問題であり、誰が所有者であるのか、これだけでは判断できないが、少くとも寺院に地券を渡すことは不都合であるとしている点、土地令との関係で非常に興味深いものである。

(4)〔指令〕 内務省 十四年一月七日
長崎県伺

管下西彼杵郡茂木村円成寺檀徒惣代三浦八十八外二名ヨリ去ル明治十一年官許ヲ得一寺建立以來墓地無之尤浄土宗玉台寺へ所在ノ者モ有之候得共地狭隘ニシテ目下死体ハ埋葬スル場所無之難渋不少趣ヲ以テ同村字辻藪地反別八畝歩之場所へ墓地新設致度段願出候処近傍居住玉台寺檀徒惣代ヨリ同所へ墓地新設相成候テハ日用飲洗ニ供スル所ノ円成寺低下ノ井泉及ヒ河川へ墓地ノ汚水混合シ此水ヲ当吞スル者為ニ健康ヲ害ルハ勿論從來何等ノ障害ヲ醸生候モ難計趣ヲ以テ再応故障申立候へ中 略々 円成寺檀徒者両三年前迄ハ玉台寺之門徒ニ有之候処七十余名ノ者拳テ日蓮宗ニ帰依シ己ニ明治十一年中円成寺ト号シ一字建立致候爾來玉台寺檀徒ノ者之レヲ嫌惡シ動モスレハ互ニ紛紜ヲ生シ彼我不和合ノ景況ニ有之候趣是ヲ以テ見レハ如此無謂故障ヲ申立候ハ畢竟宗派ノ異ナルヨリ起セシ事ト被存候ニ付篤ト及解論候得共頑民等単ニ陋意ヲ張り承服致サス全ク故障者ノ申立ハ到底不足採義ト被存候就テハ墓地新設願者ノ内墓地無之目下難渋之向モ有之候ニ付墓地新設ノ願意御採用円成寺門徒共有墓地ニ御許可相成度

指令三月六日墓地ハ宗旨ノ何タルヲ問ハス一町村又ハ數町村共葬墓地ノ外新設相成ラス

これは、長崎県西彼杵郡茂木村(当時)の住民七十余名が、浄土宗寺院より集団離檀し、明治十一年に官許を得て一寺(日蓮宗)を建立したが、墓地は浄土宗寺院にしかなかった。そこで、日蓮宗寺院檀徒の墓地の新設を願ひ出たものである。これに対する内務省の指令は、墓地の新設は宗旨の如何を問わない一町村または數町村の共葬墓地以外はこれを認めないというものであった。

(5)〔指令〕 内務省 十四年二月十四日
神奈川県伺

昨明治十三年一月及ヒ十月ノ兩度ニ私有山林へ専有墓地新設許可之儀相伺候処兩度共専有墓地新設ノ儀ハ不相成共葬墓地ハ許可可致旨趣之御指揮有之候付テハ共葬墓地ト相異ニシテ一町村或ハ數町村數人又ハ數十人共有墓地

タルモ其他ノ町村又ハ他国人其墓地へ埋葬ヲ望候者有之候時ハ埋葬為致候墓地ノ儀ニ有之候哉若果シテ然ンハ一町村或ハ数町村又ハ数十人数百人ノ共有墓地ト雖トモ其共有人ノ他ハ惣テ埋葬致サセサル主義ヲ以テ新設スル墓地ハ許可不致儀ニ有之候哉

指令年月日共葬墓地トハ一町村又は数町村ニテ共葬スルモノヲ云フ但其町村外ノ者ト雖トモ其地ニ於テ死去シ該墓地ニ葬ンコトヲ望ム者アルトキハ亦之レヲ拒ムヲ得サル義ト可相心得其差定メタル数人ノ外ハ葬ラシメサル旨趣ヲ以テ新設セントスル墓地ハ伺ノ通

この指令は、共葬墓地と共有墓地の相異を踏まえた上で、共葬墓地を定義づけたものである。これによれば、共葬墓地とは一町村または数町村で共葬する墓地であり、ただし、その町村以外の者であってもその地において死亡し、当該墓地に埋葬することを希望する者がある場合にはこれを拒否することはできないというものである。さらに、墓地の新設に関しては、共葬墓地以外はこれを認めないというものである。

(6) (通知) 地理局 十五年三月廿五日
各府県へ

従来当省ニ於テ取扱来候墓地例規爲御心得及御通牒候条他日御(取扱)ノ節ハ右ニ御準拠相成候様致シ度
(伺出)トアルヲ(取扱)ト更正ノ義
十五年七月十二日各府県へ通知

墓地制限

第一 墓地ハ一町村以上各一ヶ所ニ限ル宗旨若クハ種族ニヨリ之レヲ別段スルヲ許サス但一町村内部落敷所ニ分
レ其距離遠隔等ニテ實際増設ヲ要スルモノハ(審査)ノ上之ヲ許否ス (経伺)トアルヲ(審査)ト更正ノ義
十五年七月十二日各府県へ通知
第二 墓地ハ一町村以上ノ共葬タルヘシト雖トモ其ニ於テ死去シタルモノハ何地ノ人タルヲ問ハス該地ニ埋葬ス

ルヲ傳ヘシ

第三 既設ノ墓地今後尚埋葬スヘキモノハ其慣行ニ由ルヲ得但新ニ区域ヲ広クスルモノハ尚前二項ノ例ニ随フ

第四 墓地ハ埋葬ノ外他用ニ充ルヲ許サス

第五 墓地ノ費用ハ其地ノ慣習ニ随フ慣習ナキモノハ其地ノ所有者ト埋葬者トノ協議ニ任ス

右地理局通知は、以前からの内務省指令を踏襲したものであり、第三において、既設の墓地に今後も埋葬する場合にはその地の慣行に従うことを確認した。ただし、既設の墓地であっても新たに区域を拡張した部分に関しては、これを共葬墓地と同様に取扱うというものである。

また、第五の「墓地費用」は、現在でいう墓地使用料にあたると思われるが、これについてもその地の慣習に従い、慣習のない場合には、地盤所有者と使用者との協議によって決することを確認した。

(7)「達」 内務省 十七年十一月十八日
乙第四十号

墓地及埋葬取締規則施行方法細目標準

第三条 墓地ハ種族宗旨ヲ別タス其町村ニ本籍ヲ有シ若クハ其町村ニ於テ死シタルモノハ何人ニテモ之ニ葬ルコ

トヲ得其従前別段ノ慣習アルモノハ此限りニアラス

右達は、昭和二三年の墓理法以前の墓地法規であり、その後段においても墓地の管理運営にあたっては、従来から存する各墓地の慣習に従って行われることが確認された。

以上が明治以降、現行墓理法に至るまでの寺院墓地使用权に関係のある達、指令および通知である。そして、現行墓理法第十三条は、管理者の応諾義務として

第十三条 墓地、納骨堂又は火葬場の管理者は、埋葬、埋蔵、収蔵又は火葬の求めを受けたときは、正当の理由がなければこれを拒んではならない。

と規定している。

そこで問題となるのが、かかる「正当の理由」の解釈である。この点に關しては立法頭初より問題とされ、昭和二年五月第二回国会參議院厚生委員会において、政府側委員より以下の答弁がなされている。⁶

御質疑の宗旨などが異なるの故を以て管理人はこれを拒むことができるかどうかという御意見でございますが、これは正当なる理由というものの解釈になると存ずるのでございます。現行の内務省令におきましては、細目標準の第三条に「墓地ハ種族宗旨ヲ別タス其町村ニ本籍ヲ有シ若クハ其町村ニ於テ死シタルモノハ何人ニテモ之ニ葬ルコトヲ得其従前別段ノ習慣アルモノハ此限ニアラス」ということに相成っておりまして、今日と雖も宗教習慣のございまするところにおきましては、さような場合に拒み断わることが正当なる理由というように相成っておるのでございます。この法律におきまして、省令にこれらの点を明らかに規定いたしたい、かように考えておる次第であります。

しかし、各寺院の宗教習慣が墓埋法第十三条の「正当の理由」にあたるという規定は、厚生省令「墓地、埋葬等に關する法律施行規則」には明記されなかつた。

そこで、昭和二四年六月三十日に東京都衛生局長より、厚生省公衆衛生局長宛に墓埋法第十三条の「正当の理由」についての照会がなされ、同年八月二二日に厚生省環境衛生課長より左記の回答がなされた。

一、その墓地又は納骨堂において、従来から異教徒の埋收蔵を取扱っていない場合で、その仏教宗派の宗教的感情を著しく害うおそれある場合には、法律第十三条の「正当の理由」があるとして拒んでも差し支えない。

二、前項と同様である。

三、但し、総ての墓地、総ての納骨堂に対して、前二項の解釈を画一的に当てはめることは妥当でなく、例えば

従来異教徒についても取扱っていた場合には、今後正当な理由があるとして拒むことはできないと思料せられる。

要するに、宗教上の感情を重んじた従来からの、慣習を著しく無視するようなことは適当でない。

この回答は、前述した明治以降の内務省達、指令を踏襲したもので、従来より異教徒からの埋取蔵を取扱わないという寺院の慣行は、墓埋法第十三条の「正当の理由」に当たり、これを拒んでも差し支えないものである。

ところが、その後全国各地で寺院と離檀改宗者との間の墓地紛争が頻発し、昭和三四年一月二日厚生省公衆衛生局長より内閣法制局第一部長宛に墓埋法第十三条の「正当の理由」の解釈に関して照会がなされ、翌三五年二月二十五日に左記の回答がなされた。

墓地、埋葬等に関する法律（昭和三年法律第四八号、以下単に「法」という。）第十三条は、「墓地、納骨堂又は火葬場の管理者は、埋葬、取蔵又は火葬の求めを受けたときは、正当の理由がなければ拒んではならない。」旨を規定するとともに、本条の規定に違反した者は、法第二一条第一号の規定により刑に処するものとされている。墓地、納骨堂又は火葬場の管理者に対してこのような制限が課されているのは、管理者がこのような求めをみだりに拒否することが許されるとすれば、埋葬（法第二条第一項）、埋蔵、取蔵又は火葬（法第二条第二項）の施行が困難に落ちいる結果、死体の処理について遺族その他の関係者の死者に対する感情を著しくそこなうとともに、公衆衛生上の支障をきたし、ひいては公共の福祉に反する事態を招くおそれのあることにかんがみ（法第一条参照）、このような事態の発生を未然に防止しようとする趣旨に基づくものであろう。このような立法趣旨に照らせば、お示しのように宗教団体がその経営者である場合に、その経営する墓地に他の宗教団体の信者が埋葬又は埋蔵を求めたときに、依頼者が他の宗教団体の信者であることのみを理由としてこの求めを拒むことは、「正当の理由」によるものとはとうてい認められないであら

う。

ただ、ここで注意しなければならないのは、ここにいう埋葬又は埋蔵とは、その語義に徴しても明らかないように（法第二条第一項参照）、死体又は焼骨を土中に埋める行為—この行為が社会の常識上要求される程度の丁重さをもってなされることは、当然であるが—を指す趣旨であって、埋葬又は埋蔵の施行に際し行われることの多い宗派的典礼をもここにいう埋葬又は埋蔵の觀念に含まれるものと解すべきではない。すなわち、法第一三条はあくまでも埋葬又は埋蔵行為自体について依頼者の求めを一般に拒んではならない旨を規定したにとどまり、埋葬又は埋蔵の施行に関する典礼の方式についてまでも、依頼者の一方的要求に応ずべき旨を定めたものと解すべきではない。いいかえれば、このような典礼の方式は、本条の直接関知しないところであつても、もっぱら当該土地について権限を有する者としての資格における墓地の経営者と依頼者との間の同意によつて決定すべきことがらである。したがつて、宗教団体が墓地を経営する場合に、当該宗教団体がその経営者である墓地の管理者が埋葬又は埋蔵の方式について当該宗派の典礼によるべき旨を定めることはもちろん許されようから、他の宗教団体の信者たる依頼者が自己の属する宗派の典礼によるべきことを固執しても、こういう場合の墓地の管理者は、典礼方式に関する限り、依頼者の要求に応ずる義務はないといわなければならない。そして、両者が典礼方式に関する自己の主張を譲らない場合には、結局依頼者としては、いったん行った埋葬又は埋蔵の求めを撤回することを余儀なくされようが、このような事態は、さきに述べたように法第一三条とは別段のかかわりがないとみるべきである。

そして、厚生省は墓埋法第一三条の解釈について、今後はこの回答の趣旨に沿つて解釈運用することおよび前述した昭和二四年八月二二日厚生省環境衛生課長回答の廃止を通達した（昭和三五年三月八日衛環発第八号、各都道府県、各指定都市衛生主管部（局）長宛、厚生省環境衛生部長通知）。

これに対し、東京都下の某寺院は厚生省を相手取って、右の通達中宗教団体の経営する墓地の管理者は、埋葬または埋蔵を請求する者が他の宗教団体の信者であることを理由にその請求を拒むことができないという趣旨は違法であるとし、その取消しを求める訴えを東京地方裁判所に提起した(昭和三五年(行)第五九号法令解釈指定方通達変更請求事件、行政事件判例集一三卷一二号二二七頁)。

この訴訟は、昭和三七年一月二日第一審却下、昭和三九年七月三十一日第二審控訴棄却に引きついで昭和四三年二月二四日最高裁で上告審却下となった(最高裁三小判、昭和三九(行ツ)第八七号法律解釈指定通達取消請求事件、民集二二卷一三号三二四七頁)。この判旨とするところは、本件通達は従来とられていた法律の解釈や取扱いを変更するものではあるが、それはもっぱら知事以下の行政機関を拘束するにとどまり、右通達が直接に上告人の墓地経営権、管理権を侵害したり、新たに埋葬の受忍義務を課したりするものとはいえず、本件は現行法上行政訴訟において取消の訴の対象とならぬというものであった。

五 私 見

そこで、寺院墓地使用権の法的性格を考察するに、まずかかる権利を定義するならば、墳墓の所有者がその所有目的を達成するために、区域を限定した他人(寺院)の所有に属する土地(墓所)を使用する権利であるということができ。従って、墳墓の所有者でなければ墓地使用権を有しないのであって、墳墓所有権と墓地使用権は一体不可分の関係にある。また、ここで言う目的とは、家族の遺体を埋葬しまたはその焼骨を埋蔵し、死者(祖先)の霊を安置、供養するという極めて宗教的なものである。さらに、墳墓は官庁によって許可された墓地内においてのみ設置されるものであり(墓理法第二条第五項)、その結果、墳墓それ自体は容易に他に移動できない性質をもつ施設である。しかも、

その施設は一般に墓碑などの特殊な標示物によって表象され、墓地と一体的構造をもつ。そこで、墓地使用権には固定性があり、墓地所有権とも密接な関係にある。

次に、墳墓の所有権は明治民法（第九八七条）においては家督相続人に相続され、現行民法（第八九七条）においては祭祀主宰者によって承継されるのであり、承継者が絶えて無縁とならない限り永久的に受け継がれる。その結果、墳墓所有権と一体不可分の関係にある墓地使用権は永久性を持つことになる。さらに、墳墓は不融通性のものであり、総括的にはその所有権に譲渡性はないが、子孫にとつては貴重な財産であり、かつ祭祀財産とされているところから、墳墓所有権と一体不可分の関係にある墓地使用権も財産性を持つ。つまり、墓地使用権は財産権であるからその移転性を認めざるを得ないが、民法第八九七条との関連において祭祀主宰者以外の者への移転性は認められないと考えられる。

以上述べた固定性・永久性・財産性の三つが、墓地使用権の一般的性質であることは学説の認めるところである。^⑦ それでは、このような性質を有しかつ歴史的にも古くから存在する寺院墓地使用権とは、現行法上いかなる権利と言うべきであろうか。すなわち、民法所定の債権であるか、または物権であるか、それとも慣習法上の権利かということである。

そこで、寺院墓地使用権について考えると、この権利は明治民法施行前にすでに存在し、現在まで祭祀主宰者によって承継されて来た権利であり、その永久性および固定性からして、他人の所有に属する土地の限定した区域を墳墓所有のため永久的・排他的に支配し得る権利である。また、前述したように少くとも昭和三五年の厚生省通達が出されるまでは、行政庁としては各宗派、各寺院の慣習を明治以来永きにわたって尊重して来たし、実態的にも寺院墓地の管理運営は、当該寺院の慣習に委ねられて来たのである。さらに、この権利は墓碑石等墳墓の施設物によってその

存在を一般に公示している。

ところで、民法第一七五条は「物権ハ本法其他ノ法律ニ定ムルモノノ外之ヲ創設スルコトヲ得ス」とし、物権法定主義を規定しているが、ここに言う「其他ノ法律」に慣習法が含まれるか否かは学説、判例共に争いがある⁽⁸⁾。しかし、民法施行法第三五条は「慣習上物権ト認メタル權利ニシテ民法施行前ニ発生シタルモノト雖トモ其施行後ハ民法其他ノ法律ニ定ムルモノニ非サレハ物権タル効力ヲ有セス」と規定し、民法施行前に慣習上の物権と認められる権利が存在していたことを肯定しており、これは一応民法の施行によって従来の慣習上の物権を整理したまでであって、将来新たな物権が慣習法によって成立することも否定するものではない⁽⁹⁾。そして、法例第二条は「公ノ秩序又ハ善良ノ風俗ニ反セサル慣習ハ法令ノ規定に依リテ認メタルモノ及ヒ法令ニ規定ナキ事項ニ関スルモノニ限り法律ト同一ノ効力ヲ有ス」と規定しているので、公序良俗に反しない慣習法で、法令に規定のない事項に関するものは法律と同一の効力を有する。従って、かかる慣習法は民法第一七五条の「其他ノ法律」に含まれると解すべきである。ただし、物権の性質から慣習法によって新たな公示方法が生成されるか、または公示を要しない程周知のものであることが必要であるが、前述したように、寺院墓地使用権については、墓碑石等墳墓の施設物によってその存在が一般に公示されている。

以上の点を考え合わせれば、寺院墓地使用権は慣習法上の物権と考えられる。そして、ここに言う慣習とは、各宗派あるいは各寺院の慣習であり、これにより墓地使用権の内容は決定される。

ところが、ここで問題となるのが、自宗派の檀徒に限り墓地の使用を認めるといふ慣習と墓地使用権との関係、つまりは、墓地使用権者の離檀改宗によって墓地使用権が消滅するかどうかという問題である。

墓埋法第一条に「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、…」と

あるように、寺院墓地の埋葬蔵には、墓地使用権者の宗教的感情を尊重しなければならないが、これは寺院の宗教感情を無視しても良いというものではない。⁽¹⁹⁾ここにこの問題の難しさがあ

けだし、日本国憲法第二〇条は、何人に対しても信教の自由を保障しており、離檀改宗によって墓地使用権が消滅するという慣習に法的効力を認めるならば、墓地使用権は離檀改宗がその意に反してできなくなり、信教の自由にそわない結果を生ずる。従って、かかる慣習は憲法の保障する信教の自由に抵触し、かつ墓地使用権の永久性および固定性にも反するのでこれを認めることはできない。

ところが、寺院墓地への埋葬蔵には、慣習上自宗派による儀式・典礼が結びついている関係において、寺院の宗教感情が強くまつわりついているのが実情である。前述した墓埋法第一条の趣旨からも、この寺院の宗教感情を無視することはできない。

また最近では、地方公共団体および民間霊園による大規模な公園墓地が各地に造成され、これらが墓地供給の大半を占めている。つまり、共葬墓地がその大半を占めており、その取得も以前に比較すれば容易なものとなっている。これに対し、寺院墓地の新設は、周辺住民の反対および地価等の問題からほとんど行われず、わずかに既存の墓地を拡張することによって墓地を供給しているにすぎない。

さらに近年では、寺院と檀徒を結ぶきずなとして墓地が重要な役割を果たしており、これから派生する供養料、御布施等の収入が寺院経済の大部分を担っている場合も多い。

以上の点から、寺院墓地使用権は離檀改宗によってただちに消滅する権利ではないが、当該寺院の承認のない限り、埋葬蔵に際し当該寺院の行う儀式・典礼に従わねばならないという負担付の権利であると考えられる。

〔註〕

① 実態的には、明治四年の「社寺領上知令」や同六年の「地祖改正条例」等に基づく土地の官民有区分の際に、これを逃れるために、住職または檀家総代名で地券を受けたり、誤って官有とされ現在におよんでいる墓地等があり、登記簿上は必ずしも寺院の所有にはなっていない墓地も多数存在している。明治前期の墓地処分に関する論文として、村山広甫「墓地法の基礎(1)・(2)―上知処分、地祖改正処分と寺院墓地」民商法雜誌六八巻一号・三号がある。

② 鈴木敏和「墓地承継の法社会学的考察序論」立正法学三巻三・四号、「墓地承継に関する実態調査報告―農村と東京近郊団地の場合」立正法学五巻一・二号は、墓地に対する意識調査として極めて貴重な資料である。

③ 寺院墓地使用権に関する判例を年代順に並べると以下のごとくである。

① 大審院昭和五年七月一日判決(昭和五年(第)第二四三三号、墓地使用権確認及石垣撤去事件)民集九巻一〇号七三〇頁。② 津地裁昭和三八年六月二一日判決(昭和三三年(第)第一六二二号、墳墓地妨害排除請求事件)下民集一四巻六号一一八三頁。③ 山形地裁昭和三九年二月二六日判決(昭和三七年(第)第五二二号、墓石収去土地明渡事件)下民集一五巻二二号三八四頁。④ 仙台高裁昭和三九年一月一六日判決(昭和三九(第)第九三三三号、③の事件の控訴審)下民集一五巻一一号二七二五頁。⑤ 仙台地裁昭和四三年三月四日判決(昭和四〇(第)第三九九号、墳墓移転等請求事件)下民集一九巻三四号一一九頁。⑥ 東京高裁昭和四六年九月二一日判決(昭和四四(第)五一〇号、墳墓地明渡請求事件)高民集二四巻三三四四頁。

④ 吉田久「墓地所有権論と墓地使用権論」新生社、五四頁。

⑤ 福島正夫、丹羽邦男編「明治初年地租正基礎資料補巻」有斐閣、二二―二三頁。

⑥ 荒川元暉「寺院ハンドブック墓地編」三成書房、八三―八四頁。

⑦ 吉田前掲書、五三一―五四頁、浜田源次郎「裁判宗教法」酒井書店、三〇六頁、浪川正乙「墓地使用権の性質(1)」別冊ジュリスト宗教判例百選」有斐閣、一五三頁、等。

⑧ 学説は、古くは慣習法上の物権を認めない傾向であったが、近時の通説はこれを積極的に是認する。末弘敏太郎「物権法上巻」有斐閣四二頁、我妻栄「民法講義Ⅱ物権法」岩波書店、二四頁、末川博「物権法」日本評論社、二七頁、舟橋諄一「法律学全集一八物権法」有斐閣、一八頁、等。また、判例は流氷利用権、温泉権等に一種の物権的關係を認めているが、上土権(耕作者が地表のみにて有する

所有権)は否定された。

⑨ 我妻前掲書、二四頁。

⑩ 吉田前掲書、六六頁。

尚本稿は、第二回宗教学会学術大会における発表を加筆訂正したものである。