

# わが国における新しい葬法と その法的問題点

石川 美明 (大東文化大学大学院)

## 目 次

- 1 はじめに
- 2 葬法の変遷
  - (1) 従来 of 葬法
  - (2) 新しい葬法
- 3 墓地埋葬法
  - (1) 成立過程
  - (2) 内 容
  - (3) 墓地埋葬法と新しい葬法
- 4 刑法190条
  - (1) 保護法益
  - (2) 行為態様
  - (3) 刑法190条と新しい葬法
- 5 新しい葬法と残された問題
- 6 むすび

## 1 はじめに

わが国では、これまで、家単位の合葬墓である家墓が最も一般的な形式の墓であった。しかし、近年、「家墓を持たない者」が増加する一方、「家墓に入ることを望まない者」や「家墓に限らず、いかなる形式の墓に入ることも望まない者」が出現し、墳墓の形態や葬法が多様化している<sup>1)</sup>。

「家墓を持たない者」の増加の要因として、都市部での墓地不足と地価高騰による墓地価格の高額化があげられる。都市部では、急激な人口の増加によっ

て墓地の需要が増大しているが、新たな墓地用地の確保は困難な状況となっており、今や都市部で墓地を持つことは極めて困難となっている。また、少子化・非婚化の進行<sup>2)</sup>とともに、墓地承継者を欠く者（独身者、子のない夫婦、子はあるが女子だけで将来墓地を承継してもらえそうにない夫婦など）が増加していることも要因の一つとなっている。

「家墓に入ることを望まない者」や「家墓に限らず、いかなる形式の墓に入ることも望まない者」の出現の背景には、葬送に関する国民意識の変化がある。すなわち、家意識の希薄化、祖先崇拜的な意識の後退（「遠い先祖」を崇拜する意識が後退し、「近い先祖」を追憶する意識に変化してきている<sup>3)</sup>）、女性の自立意識の高まりなどにより、すでに予定されている家墓に入ること（あるいは家墓を建立すること）を望まず、承継者を必要としない墓（形態には、個人墓・夫婦墓・集合墓などがある）を志向する動きが出てきている。また、自己の死後を自らの意思によって決定したいと願う「葬送の自己決定権」の目覚めや、墓地用地の乱開発が環境破壊を促進していることに対する反省などから、墓へのこだわりを捨て、墓は一切造らず、火葬した骨灰を海や山に撒く葬法（散骨）を選択する者も出現している。

「家墓を持たない者」「家墓に入ることを望まない者」「家墓に限らず、いかなる形式の墓に入ることも望まない者」の出現により、従来見られなかった新しい墳墓の形態や葬法が近年見られるようになった。ただ、新しい墳墓の形態に対して、新しい葬法にはいろいろ問題があるようである。そこで、本稿では、新しい葬法を中心にその法的問題点を検討する。

## 2 葬法の変遷

現存經典のうち最古の經典である法句經（Dhammapada）に、「およそ世界のどこにいても、死の脅威のない場所はない」と説かれているように、すべての者は必ず「死（marana）」<sup>4)</sup>に至るという事実は厳然として存在し、例外はない。ただ、人類は、他の動物と異なり、死者を葬る一連の儀礼（遺体処理とそれに伴う儀礼）<sup>5)</sup>を古くから行ってきた。

現在、世界各国で行われている葬法は、人種、気候、風土、宗教、社会・経済的状况、政治体制などによってそれぞれ異なっている。そこで、わが国の葬法をみてみよう。

### (1) 従来の葬法

わが国では、埋葬自体は旧石器時代から認められるが、集落の中の一定の場所に複数の墓坑からなる墓域が形成されるようになるのは、縄文前期である。縄文時代の一般的な埋葬方法は、地面に穴（土壙）を掘り、棺などは用いずに遺体の手足を折り曲げて横たえる屈葬と呼ばれるものである。縄文人が住居のそばに墓地をつくったのとは対照的に、弥生人は集落の近くの共同墓地に遺体を埋葬した。遺体の姿勢から、身体を伸ばした伸展葬が多くなる傾向が読みとれる。北部九州では甕棺墓が発達し、中国地方では箱式石棺墓がみられる。近畿地方や伊勢湾地方などでは木棺墓が主流をなし、木棺を埋めた周りに四角く溝をめぐらし、掘り上げた土で塚を築いた墳丘墓（方形周溝墓）——これは、はっきりと区画された墓地の出現であり、弥生時代の埋葬法の最も画期的な変革といえよう——が前期に出現し、中期には中部・関東地方にまで広がった。このように、弥生時代の墓は、地方によりさまざまな形態をとることに特色がある<sup>6)</sup>。

3世紀後半から7世紀後半にかけて——考古学では古墳時代と呼ぶ——各地の有力な首長たちが大規模な古墳を造営した。弥生時代にも墳丘墓がつくられたが、この時代の古墳は規模、副葬品の多彩さなどの点で桁違いである。代表的な墳形は、前方後円墳・前方後方墳であり、最も大きいものは、全長486メートル、高さは34メートルにも及ぶ。しかし、奢侈に流れた墳墓造営の弊害を改めようとする薄葬令（大化2年（646年））が定められるとともに、古墳造営の風は衰えた<sup>7)</sup>。

このような状況のなか、葬制・墓制の変化に大きな役割を果たしたのは火葬の導入であった。文武天皇4年（700年）、法相宗の祖・道昭が遺言によりその遺体を火葬せしめたのが、文献（『続日本紀』）上の火葬の始まり——ただ、考古学的にはそれ以前から火葬が行われていた痕跡がある——とされている。そ

の後、持統天皇・文武天皇などの火葬が行われたが、これは仏教葬としての意味よりも薄葬を推進するためのものであった。火葬後の遺骨は主に骨蔵器に納めて埋葬されたが、この時期にすでに散骨も行われていたようである（「今宜碎骨為粉。散之山中」という淳和天皇の遺詔（承和7年（840年））や、『万葉集』にも、「秋津野を人の懸くれば朝蒔きし君が思ほえて嘆きはやまず」「玉梓の妹は珠かも足引の清き山辺に蒔けば散りぬる」など、明らかに散骨の風習を示す挽歌が残されている。また、奈良時代から平安時代にかけて、火葬が広く行われていたにもかかわらず、骨蔵器の発見が少ないのは、散骨がかなり広がっていたためではないか、との指摘もある）。平安時代になると、一般に火葬を行うものが多くなり、各地に火葬場が設けられた。ただ、庶民の間では、鎌倉時代ころまでは、風葬も広く行われ、遺体を野外に放置していた。戦国期には、庶民の間にも葬式互助組織（念仏講や無常講など）が普及を始めたと考えられ、風葬は徐々に減少し、土葬や火葬が行われるようになった<sup>8)</sup>。

江戸時代になると、皇室も再び土葬になり、諸大名や、地方の農民から身を起こした武家達の多くも、土葬になった。また、江戸幕府はキリスト教禁圧のため寺請制度を採用し——この結果、寺院は全国民を仏教徒としてその配下に組織化した——、宗門人別改帳を一種の戸籍簿として用いることとなったため、寺院と檀家との結びつきが密接になり、一般民衆の墓は寺院の境内墓地に設けられるようになった<sup>9)</sup>。

明治に入ると、明治6年7月18日、「火葬之儀自今禁止候条此旨布告候事」という太政官布告第253号により、火葬が禁止された。これは、警保寮が火葬場の公衆衛生上の問題（死体の焚焼による煙と悪臭）を取り上げ、司法省に伺いを出したことに端を発するが、火葬禁止令は、儒学・国学の思想——火葬を禁止すべきという価値理念は、反仏教的な色彩をもち、わが国では江戸時代以来の国学・儒学の流れのなかで形成されてきた——が反映されたものであった。しかし、この禁止令は、都市の埋葬地の不足などから、わずか1年10ヶ月後には廃止された（太政官布告第89号）。また、明治30年に「伝染病予防法」が制定され、伝染病による死者に対する火葬が義務づけられたことによって、火葬場の設置が促進されることになった<sup>10)</sup>。大正期に火葬は各地で普及し、現

在、わが国の火葬率は99パーセントという高い数字を示している<sup>11)</sup>。

## (2) 新しい葬法<sup>12)</sup>

### (ア) 墓を必要としない葬法<sup>13)</sup>

(a) 散骨<sup>14)</sup> 散骨（撒骨）とは、遺骨を粉にして山野や海に撒く葬法である。すでにみたように、散骨はわが国でも古くから行われていたが、近年注目を集めている散骨は、古代からの伝統を引き継ぐものではなく、墓地用地の乱開発による地球環境の破壊を防止するとともに、自己の死後に関する自己決定権を実現するものとして主張されている<sup>15)</sup>。散骨は、市民団体（平成3年2月に東京で「葬送の自由をすすめる会」が発足し、また、同年12月に京都でも「散骨を考える会」が発足）や業者（公営社（海への散骨）や大野屋（山への散骨）など）が行っている場合もあるが、個人的に実施しているケースも多いという。比較的早い時期の実施例として、①平成3年4月、滋賀大学のヨット部を創設した同大名誉教授の遺灰を、ヨット部OBなどが琵琶湖に撒いて散骨を実施したケース、②同年10月、「葬送の自由をすすめる会」が会として初の散骨を実施した——失恋のため28歳で自殺した看護婦の恩師が、会に散骨を依頼し、相模灘で実施された——ケース、③平成4年10月、「散骨を考える会」が会として初の散骨を舞鶴湾の沖合で執り行ったケースなどがある。

散骨の手続は、まず、遺体を火葬しなければならないが、それには市町村長（東京都など特別区の場合は区長）に火葬許可証交付申請書を提出して、火葬の許可を受けなければならない（墓地、埋葬等に関する法律5条1項）。次に、遺骨の粉碎であるが、——遺骨の形状・粉碎の手続について法律は何ら定めていないが——市民団体や葬祭業者は、第三者に嫌悪感や不快感を与えないよう、言わば自主規制の形で遺骨を粉末状（たとえば、葬儀社・公営社では、2ミリ以下の粉状にすることにしている）に砕いてから撒いているようである。

(b) 宇宙葬<sup>16)</sup> 宇宙葬とは、遺灰（7グラム）を入れた小さなカプセルを衛星ロケットに搭載して宇宙空間に打ち上げ、地球を回る軌道に乗せる

という葬法（散骨の一種）である。地球を回る期間は、短いもので1年ほど、長いものでは100年以上で、その後大気圏に突入して燃え尽きる。打ち上げの失敗に備えて、遺灰は14グラム用意し、打ち上げが1回で成功すれば、残りの遺灰は海に散骨する。

宇宙葬は、平成9年に米国セレスティス社が始め、日本ではウィルライフ株式会社が総代理店となり実施している。日本人もこれまでに10名以上が利用したという。

#### (イ) 墓を必要とする葬法<sup>17)</sup>

(a) 樹木葬<sup>18)</sup> 樹木葬は、平成11年に岩手県一関市の祥雲寺（臨済宗）がこの呼び名の墓地を開設したことから広まった葬法で、墓地として許可された里山の雑木林の中（直接土の中）に遺骨を埋め、その上に植えた樹木を墓標とする——墓所は直径2メートルの円で囲まれる範囲で、外柵・墓石・納骨室など人工的な建築物は一切ない——新しい形態の葬法である。宗教・宗派は問わず、承継者がいない場合でも埋骨することができ、平成15年2月現在、102柱が埋骨されている。「自然に還る葬法」という意味では、樹木葬も前述の散骨と同じであるが、両者は次の点で大きく異なる。すなわち、散骨が墓地埋葬法の対象外とされているのに対し、樹木葬は、墓地埋葬法に則って、墓地として許可を得た区域で行い、しかも、遺骨を「撒く」のではなく、「埋める」点が異なる。樹木葬を発案した祥雲寺・千坂峻峰住職は、その理由について次のように述べている。「地域づくりをしている宗教人として、散骨運動に何かしらの独善的な要素を感じた。既に火葬している遺骨を撒き捨てることだけが、どうして自然にやさしいと言えるのだろうか。その主張は、埋骨風習を無視しているように感じた。……既成の墓地を否定する人に、散骨以外の選択肢を提起することは、現代的な意義もあると考えた」<sup>19)</sup>。

樹木葬希望者の意識調査<sup>20)</sup>によると、「自然に還ることができるから」<sup>21)</sup>という積極的理由のほか、「承継者がいないから」「子どもに墓の承継のことで負担をかけたくないから」という消極的理由も多数あったという。また、散骨との比較については、「樹木葬はいいが、散骨は自分は望まな

い人」が約4割存在し——その理由としては、「墓地として許可を得た場所なので、安心である」「死んだら木（花）になることにロマンを感じる」「墓標が何も無い散骨より、墓標があった方がよい」「散骨は遺骨を捨てるようで抵抗がある」など——、2つの葬法を区別する意識もうかがわれたという。

樹木葬墓地の数はまだあまり多くないが、最近、首都圏（東京都町田市・神奈川県横浜市など）でも、この墓地が造られている。

(b) 庭園葬<sup>22)</sup> 庭園葬は、平成17年、京都市の西寿寺（浄土宗）が少子化による墓の維持管理の不安等に応えようと始めた葬法で、既存の墓地の一画（約230平方メートル）を「庭園墓地」として整備し、本人・遺族が希望する場所に埋骨できる——埋骨場所に墓石を設けたり、植樹をしたりすることはせず、目印として竜の鬚を植える——ようにしたものである。遺骨は茶葉が原料の自然分解性容器に入れて土に埋め、遺骨と容器は数年で土に還るようになっている。また、一部を分骨し、「庭園墓地」近くの石仏の下にある共同スペースにも納め、永代供養する。宗教・宗派は問わず、承継者がいない場合でも利用できる。遺骨を土に還すという点、また、墓地として許可を得た区域で行うという点では、庭園葬も前述の樹木葬と同じである。しかし、庭園葬は、植樹をしない、すなわち樹木を墓標としない——このため、庭園葬は限られたスペースでも可能である——という点で、樹木葬とは異なる。

### 3 墓地埋葬法

現在、墓地・埋葬等について定めている主な法律として、「墓地、埋葬等に関する法律」（以下「墓地埋葬法」という）がある（他に、刑法（188条ないし192条）、民法（897条）、生活保護法（18条）、老人福祉法（11条2項）、行旅病人及行旅死亡人取扱法（7条）なども、墓地・埋葬に関する規定を置いている）。

## (1) 成立過程

まず、墓地埋葬法の成立過程をみてみよう。

明治政府の埋葬・墓地に関する行政は、当初、宗教色の極めて濃いものであった。明治元年（1868年）、倒幕王制復古が成り、新政府は、成立早々に、政治の基本理念として祭政一致をかかげ、神仏分離令を發布した。これは、神社と寺院を分離し、神社から仏教色を払拭して、神社の主体性を確立するためのものであった。神道の国教化を推し進める明治政府は、江戸時代の国教ともいえた仏教に打撃を加えて、その力を弱め、新しい国教（＝神道）をつくろうとしたのである。これが廃仏毀釈運動につながり、各地で寺院・仏像の破壊が繰り返されるようになり、多くの寺院が廃寺に追い込まれた。明治5年には2つの太政官布告が出されている（太政官布告第192号（近来自葬取行候者モ有之哉ニ相聞候処向後不相成候條葬儀ハ神官僧侶ノ内ヘ可相頼候事）、太政官布告第193号（従来神官葬儀ニ関係不致候処自今氏子等ヨリ神葬祭相頼候節ハ喪主ヲ助ケ諸事可取扱候事））。太政官布告第192号は、自葬を禁じ、葬儀は神官あるいは僧侶に頼むべしとするものである。すなわち、神道・仏教以外の自分の信じる宗教に基づく葬儀（自葬祭）の禁止を定めたものであるが、この布告は、——仏教勢力との一定の妥協のなかで——、もっぱらキリスト教徒に向けられたものであった。また、太政官布告第193号は、神葬祭——江戸時代には、仏教界からの反対もあり、基本的には認められなかった——を公式に認め、全国的に普及させるためのものである（この布告の直後、青山百人町・渋谷羽根沢村・青山元郡上邸跡などに神葬祭墓地が設けられた）。明治6年には火葬禁止令が出されている。これは、すでに述べたように、反仏教的な色彩をもつものであった。しかし、この禁止令は、土葬による墓地不足などから、わずか1年10ヶ月後には廃止された。これ以降、明治政府の埋葬・墓地行政は宗教色を薄めていった。そして、明治15年に「自今神官ハ教導職ノ兼補ヲ廃シ葬儀ニ関係セサルモノトス」とする達し（内務省達丁第1号）が出され、明治17年に自葬の禁が解除されて、喪主の信仰するところに任せられ、明治政府の埋葬・墓地行政は脱宗教化した<sup>23)</sup>。

明治17年11月8日、その後長く埋葬・墓地行政の基本となった「墓地及埋葬



取締規則」(明治17, 10, 4太政官布告第25号)が制定された。明治政府は、埋葬・墓地行政を宗教から分離したため、この規則は、墓地・埋葬に関する公衆衛生と治安維持という二つの側面に限定して制定されている。ただ、この規則は、民間の墓地・埋葬に関する習俗に基づいて制定されたものではないため、各地の葬送の習俗・慣習のなかには、姿を消していったものもある<sup>24)</sup>。

戦後、新たに「墓地、埋葬等に関する法律」(昭和23, 5, 31法律第48号)が制定され、これに基づいて「墓地、埋葬等に関する法律施行規則」(昭和23, 7, 13厚生省令第24号)が定められた。墓地埋葬法は、明治17年に制定された「墓地及埋葬取締規則」の内容をおおむね承継して制定されているが、墓地及埋葬取締規則が治安維持を内容とする規定も含んでいたのに対し、墓地埋葬法は「国民の宗教的感情に適合」した公衆衛生法規として純化されている<sup>25)</sup>。その目的規定には、「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」と定められている(墓地埋葬法1条)。

## (2) 内 容

(a) 葬法 墓地埋葬法は、葬法として、死体を土中に葬る「埋葬」と、死体を葬るためにこれを焼く「火葬」の2つを認めている(同法2条1項2項・3条・4条・5条参照)。「埋葬」とは、死体を土中に葬ることと定義されており、いわゆる「土葬」がこれに当たる。土葬は、墓地埋葬法では禁止されていないが、自治体によっては、公衆衛生上の理由や墓地の狭隘化などのため、条例で土葬禁止地域を指定しているところもある(例、「東京都墓地等の構造・設備及び管理の基準に関する条例」など)。土葬は、昭和20年代ころまで一般的な葬法であったが、今日では大幅に減少し、平成15年度のわが国の土葬率は0.3%(厚生労働省の統計<sup>26)</sup>による)という低い数字を示している。

(b) 時間的制限 「埋葬又は火葬は、他の法令に別段の定があるものを除く外、死亡又は死産後24時間を経過した後でなければ、これを行ってはならない。」とされている(墓地埋葬法3条)。これは、死の判定を受けた

者の蘇生の可能性が全くないことを確認するためである<sup>27)</sup>。これに違反した場合には、1,000円以下の罰金または拘留もしくは科料に処せられる(墓地埋葬法21条)。

なお、一類感染症(エボラ出血熱・クリミアなど)、二類感染症(急性灰白骨髄炎・コレラなど)または三類感染症(腸管出血性大腸菌感染症)の病原体に汚染され、または汚染された疑いがある死体については、感染防止の観点から、「24時間以内に火葬し、又は埋葬することができる」とされている(感染症の予防及び感染症の患者に対する医療に関する法律30条3項)。

(c) 場所的制限 埋葬または焼骨の埋蔵は、墓地以外の区域に、これを行ってはならず、また、火葬は火葬場以外の施設で行ってはならない、とされている(墓地埋葬法4条)。これは、公衆衛生の確保と国民の宗教的感情の尊重を図るためである<sup>28)</sup>。これに違反した場合には、時間的制限の場合と同様の罰則が設けられている(墓地埋葬法21条)。したがって、墓地ではない自分の土地に、遺体を埋葬したり、焼骨を埋蔵することは、墓地埋葬法4条に違反することになる。ただ、自分の身内の遺骨を自宅で保管することは、「焼骨の埋蔵」や「他人の委託をうけて焼骨を収蔵する」に該当せず、墓地埋葬法(2条6項・4条1項・10条1項)に抵触しない。

(d) 埋葬等の手続 埋葬、火葬または改葬を行おうとする者は、市町村長の許可を受けなければならない(墓地埋葬法5条1項)。そして、許可を受けたことを明確にするため、市町村長は、埋葬・改葬・火葬の許可を与えるときは、埋葬・改葬・火葬許可証を交付する(墓地埋葬法8条)。

### (3) 墓地埋葬法と新しい葬法

(ア) 墓を必要とする新しい葬法については、墓地埋葬法の適用があり、この葬法における火葬・埋骨は、上記の時間的規制・場所的規制等の対象となる。

(イ) これに対して、墓を必要としない散骨については、墓地埋葬法との関

係——墓地以外の場所での散骨は違法か、また、市町村長の許可を受けずに遺骨を撒くことは違法かなど——が問題となる。

かつては、散骨は、墓地埋葬法に違反するとの見解もあった<sup>29)</sup>が、今日では、墓地埋葬法に抵触しないと一般に解されている<sup>30)</sup>。墓地埋葬法の所管官庁である厚生省（生活衛生局企画課）の立場も、「墓地埋葬法は散骨のような葬送の方法については想定しておらず、法の対象外で禁じているわけではない」とするものである<sup>31)</sup>。

思うに、散骨という葬法は、①遺体の火葬（土葬の後、骨だけになってから取り出すという方法もありうる）、②遺骨の粉碎、③山や海などに遺骨（骨灰）を撒く、という手順で行われる。①の「遺体の火葬」は、墓地埋葬法による規制の対象となり、市町村長の許可を受けなければならないし、また、火葬場以外で火葬することはできない（墓地埋葬法4条2項・5条1項）。これに対し、③の「遺骨を撒く」行為は、墓地埋葬法4条1項の「焼骨の埋蔵」に該当せず、したがって、市町村長の許可を受けずに、しかも墓地以外の区域で行っても、墓地埋葬法に抵触しない、と解される。なお、②の「遺骨の粉碎」は、——次に述べる刑法上の問題が生ずるが、——墓地埋葬法上は何ら問題ない。

## 4 刑法190条

### (1) 保護法益

刑法典は、墓地・埋葬に関する諸規定（同法188条ないし192条）を設けているが、散骨との関連では、死体損壊等の罪（同法190条）の成否が問題となる。刑法190条は、「死体、遺骨、遺髪又は棺に納めてある物を損壊し、遺棄し、又は領得した者は、3年以下の懲役に処する。」と規定している。これは、死者に対する社会的風俗としての宗教的感情を保護しようとするものである（通説・判例）<sup>32)</sup>。

## (2) 行為態様

刑法190条の行為は、損壊・遺棄・領得である。「損壊」とは、物理的な損傷・破壊を意味し、死体を侮辱するにとどまる行為は損壊にあたらない、と解されている<sup>33)</sup>。また、「遺棄」とは、習俗上の埋葬等とは認められない方法によって死体等を放棄することをいう、と解されている<sup>34)</sup>。さらに、「領得」とは、死体等の占有の取得をいう、と解されている<sup>35)</sup>。

## (3) 刑法190条と新しい葬法

(ア) 墓を必要とする樹木葬等において、焼骨を埋骨する行為は、上述のように刑法190条の「遺棄」に該当せず、死体等遺棄罪は成立しない（ただ、たとえ死体を土中に葬る行為であっても、それが宗教風俗上の埋葬とは認められない方法によるものであれば「遺棄」に該当する。判例には、殺人の犯跡隠蔽のために死体を共同墓地に埋めた行為も「遺棄」に該当するとしたものがある（大判昭和20年5月1日刑集24巻1頁）<sup>36)</sup>。

(イ) 次に、墓を必要としない葬法である散骨の場合、死体損壊等の罪（刑法190条）の成否いかん。

かつて、散骨は遺骨遺棄罪にあたるとの見解もあった<sup>37)</sup>が、今日では、散骨が節度をもって行われる限り遺骨遺棄罪にあたらないと一般に解されている<sup>38)</sup>。ただ、散骨と刑法190条との関係について、学説は、これまで主に「遺骨（骨灰）を撒く」行為についての遺骨遺棄罪の成否を論じてきたが、「遺骨の粉碎」行為についての遺骨損壊罪の成否はあまり論じてこなかったようである。散骨を実施する際の「遺骨の粉碎」行為につき、何故、遺骨損壊罪の成立が否定されるのか、その理由については必ずしも明らかでない。

思うに、前述のように、散骨という葬法は、①遺体の火葬、②遺骨の粉碎、③遺骨（骨灰）を撒く、という手順で行われる。これら3つの行為のうち、これまで、主に③の行為についての遺骨遺棄罪の成否が議論されてきたようであるが、①②の行為も刑法上問題がないわけではない（すなわち、①の行為については死体損壊罪の成否<sup>39)</sup>、②の行為については遺骨損壊罪の成否）。特に、②の行為は問題であろう。散骨という葬法が法律上認められる

ためには、これらの問題も解決されなければならない。順次、検討してみよう。①の「遺体の火葬」は、刑法190条の「死体の損壊」に該当する。しかし、法令（墓地埋葬法）に基づくものであるため、違法性が阻却され、死体損壊罪は成立しない。③の「遺骨を撒く」行為については、刑法190条の「遺棄」とは習俗上の埋葬等とは認められない方法で放棄することであると一般に解されているのであるから、葬送のための祭祀として節度をもって遺骨を撒く行為は、「遺棄」にはあたらず、遺骨遺棄罪は成立しない、と解される。②の「遺骨の粉碎」は、「損壊」の刑法学上の定義からすると、形式的には刑法190条の「遺骨の損壊」に該当する。しかし、③の「遺骨を撒く」行為を刑法に抵触しないよう実行するには、一般社会常識上許容し得る節度をもってなされなければならない、そのためには、明らかに人の骨と分かるような状態でないものを撒く必要がある<sup>40)</sup>。②の「遺骨の粉碎」は、散骨という葬法の一環として、③の「遺骨を撒く」行為が法律に抵触しないように、焼骨を粉碎するのであるから、この行為は遺骨損壊罪にはならない、と解すべきであろう。

## 5 新しい葬法と残された問題

以上、新しい葬法の墓地埋葬法・刑法上の問題について見てきたが、新しい葬法にはまだ検討されなければならない問題が残されているようである。

### (ア) 散骨

第1に、散骨——特に陸地での散骨——が増加するにつれ、各地で、「散骨を実施した者」と「人骨を撒かれた者」との間でトラブルが起きるようになってきた。

たとえば、散骨推進の市民団体が、平成6年5月27日、山梨県小菅村にある東京都の水源地（都有林）で散骨を実施した問題で、——地域住民は、大菩薩峠への登山道下の斜面に、部位が推定できる程の大きさの人骨を発見して、「人骨を捨てられた」「故人を悼む気持ちがあるのか」と一斉に反発し、小菅村議会は全員一致で散骨反対決議をした——小菅村と近隣の丹波山村、

塩山市、東京都奥多摩の四市町村は、平成6年6月15日、散骨を黙認した都水道局に対し、今後、水源地への散骨を認めないよう求める要請書を提出した。これに対して、都側は、今後は地元の理解が得られない場合は散骨を認めない方針を示した<sup>41)</sup>。

また、平成16年秋、札幌市のNPO法人が経営する会社が、北海道長沼町の私有林で散骨を実施した。地元住民は「農作物への風評被害が出る」と散骨に反対し、長沼町はNPO法人に撤退を求めた。しかし、法人側が散骨を継続する方針を示したため、町は散骨の規制を検討していたが、平成17年3月16日、墓地以外の場所での散骨を規制する条例（「長沼町さわやか環境づくり条例」）が、長沼町議会で可決された<sup>42)</sup>。

さらに、平成17年秋、山梨県の宗教法人が、観光名所の「立石公園」（長野県諏訪市）の隣に散骨場の建設を計画した。これに対し、地元で反対運動が起き、周辺住民は「付近には民家や飲食店もある。公園の下の人家に遺灰が飛び、近くの飲食店などに風評被害も出る恐れがある」として、諏訪市に散骨を規制するよう要望した。これを受け、諏訪市議会は、平成18年3月20日、散骨場の経営を規制するための条例改正案——散骨場経営には市長の許可を要し、①市側との事前協議から60日以内に住民説明会を開く、②地元の同意書を申請書に添付する——を可決した<sup>43)</sup>。

以上の他に、最近、長野県真田町<sup>44)</sup>や北海道岩見沢市<sup>45)</sup>でも、地域住民とのあいだで散骨をめぐるトラブルが起きている。

遺骨の粉碎や散骨場所等について法律は何ら定めていないが、散骨推進の市民団体や葬祭業者は、遺骨の形状や撒く場所等についてなんらかの形で制限しており、散骨は、現在、言わば自主規制の形で実施されている<sup>46)</sup>。しかし、一口に散骨といっても、そのやり方はかなりさまざまであり、また、散骨は、市民団体や葬祭業者に頼まなければ実施できないというのではなく、個人的に実施することも可能である（最近では、個人による散骨もかなり増えているようである）。

かつて、「散骨は、これまで主に公海上で実施してきたこともあって反発はなかったが、陸地で行うケースでは、今後、反発が増えることも予想される」

との指摘があった<sup>47)</sup>が、散骨については、現在、規制する法律がなく<sup>48)</sup>、撒く人のモラルに任せているため、陸地での散骨が増えるにつれ、「撒かれた側」との間で多数の紛争が起きていることを考えると、散骨の方法（散骨する場所の所有権者はもちろん、その近隣の者の利益を害しない方法）に関する法律等の制定が必要な時期にきているように思われる<sup>49)</sup>。

第2に、散骨について、本人（死者）の生前の意思と遺族の意思とが対立した場合、どう考えるべきか。すなわち、本人（死者）が生前散骨を希望していた場合に、遺族の独自の判断で遺骨を墓に納めることができるか、また、その逆の場合はどうか、という問題である。現代の散骨は、自己の死後を自らの意思によって決定するという自己決定権を実現するものとして主張されており、したがって、上記の問題については、本人の生前の意思が遺族の意思に優先すると解することになる。ただ、そのように解した場合、①本人（死者）の生前の意思を誰がどのように確認するのか（また、確認してきたのか）——その際、本人の意思表示は書面によることを要するのか（臓器の移植に関する法律6条1項参照）——、また、②本人が葬法について意思を表明しておらず、かつ、「推測される本人の意思」が考えられない場合（意思無能力者など）に、遺族の独自の判断で散骨という特別な葬法を行うことができるのか<sup>50)</sup>、さらに、③本人の生前の意思は散骨であったが、遺族の判断で遺骨を墓に納めてしまった場合、本人の意思をどう尊重（実現）するのかなど、散骨にはまだ詰めなければならない問題が残されているようである。

#### （イ）樹木葬

樹木葬は、散骨に比べて問題点が少なく、合理的な葬法といえよう。ただ、樹木葬については、都市部で誰でもが利用できるような価格の樹木葬墓地在がどれくらい確保できるか、という問題があろう。この点では、庭園葬の方が勝っているといえよう。

## 6 むすび

最近見られる新しい葬法についての法律上の問題点は以上のとおりであるが、これからの葬法・墳墓の形態はどうあるべきであろうか。

墓に関する最近の意識調査の結果をみると、散骨等の新しい葬法を希望している者のすべてが、これらの葬法を積極的に支持しているわけではなさそうである。できることなら「家墓」や「(家墓以外の) 墓石のある墓」に入りたいが、「墓の承継者がいない」「子どもに墓の承継(維持・管理)のことで負担をかけたくない」「墓の購入・墓石の建立ができない(経済的理由)」などの理由により、仕方なく散骨等の新しい葬法を選択している者もかなりいるようである。また、新しい葬法のなかでも、墓を全く造らない散骨よりも、たとえ樹木であっても墓標のある樹木葬を志向する、つまり、何らかの「墓の標」を望む傾向も見られるようである。

墓無用とする散骨推進の運動団体は、「墓は心の中に建てよ」と主張する。しかし、自から消えるものは心からも消えるものである。故人のことをいつまでも忘れないでいることが最大の供養である——日本人の生活の中に儒教的仏教が根を下ろしている——から、今なお「墓」にこだわっている多くの人達の気持も十分理解できるものである。

そこで、まず考えられなければならないのは、墓地は、地方公共団体が地域住民のために責任をもって提供すべきではないか、すなわち、地方自治体が、墓地の経営主体となり、希望者の宗教・宗派のいかんを問わず、期限付き(ただし、更新可能。註12)参照)で——しかも、場合によっては無償で——墓地を提供すべきではないか、ということである(地方自治体が運営管理していれば、新聞<sup>51)</sup>で報じられたような事態——霊園を運営する財団法人が、乱脈経営を理由に法人認可を取り消され、債権債務を整理して霊園を引き継いでくれる運営母体を探しているが、もし債務超過で返済不可能となれば破産して墓地が競売にかけられる可能性もあるという——も、避けられたであろう)。期限付墓地は、すでに一部の自治体で採用されているが、今後、全国の自治体でこの方式の導入を検討すべきであろう。



また、新しい葬法のうち、樹木葬・庭園葬も比較的問題点の少ない合理的な葬法といえよう。ただ、散骨については、すでに指摘したように、まだ詰めなければならない多くの問題が残されているようである。

いずれにせよ、墓に関しては、できることなら「家墓」や「(家墓以外の)墓石のある墓」に入りたいが、「承継者がいない」「墓の値段が高い」などの理由により希望する墓に入れない<sup>52)</sup>ので、仕方なく新しい葬法を選択する者も存在しているという現状を踏まえ、新しい墓地システムを早急に確立していくべきであろう。

## 註

1) なお、(ア)近年、葬送儀礼の担い手(死者の家族や親族など血縁の関係者、葬式組や講中などと呼ばれる近隣の地縁の関係者、僧侶など無縁の関係者。新谷尚紀『両墓制と他界観』(吉川弘文館、平成10年)178-181頁参照)の役割分担においても変化がみられる。従来、①死者の血縁の関係者には最も濃い死穢がかかるとみなされ、「通夜の添い寝」や「湯灌」など死者に直接触れる仕事が行担され、②地縁の関係者は、その周辺に位置して葬送儀礼の執行の上で実務的な部分(「装具作り」など)を担当してきた。しかし、最近の調査によれば、①「湯灌」や「入棺」が血縁の関係者から病院関係者もしくは葬儀社職員へ、②「装具作り」が地縁の関係者から葬儀社へ、という急激な変化がおこっているという。関沢まゆみ「葬送儀礼の変化」国立歴史民俗博物館編『葬儀と墓の現在』(吉川弘文館、平成14年)201-206頁参照。

(イ)また、最近では、葬式をせずに火葬だけの「略式葬」——葬祭業者の間では「直葬(ちよくそう)」と呼ばれているようであるが、「直葬(じきそう)」(小野=下出=眉山他編『日本宗教事典』(弘文堂、昭和60年)20頁参照)と紛らわしいので、本稿では、「略式葬」と呼ぶ——が急増し、病院から自宅に帰ることも、葬儀場に安置されることもない遺体を、火葬するまで預かるサービスも広がっているという(朝日新聞平成17年3月18日朝刊25面参照。現行法では、死者を葬るのに必要な手続として、①死亡診断書(または検案書)を添えて死亡届を提出し(戸籍法86条)、②火葬許可証を交付してもらい、火葬して納骨する(墓地、埋葬等に関する法律5条・8条・14条)ことが定められているだけであり、「略式葬」も法的には可能である)。現代社会は——行動原理として、「真・善・美」よりも「優劣・勝敗・損得」が重んじられ——他の生者に対して「冷たい社会」になっている。この社会の波が、ついに死者にまで押し寄せてきたのである

うか。

2) 少子化・非婚化の進行は、「無縁墳墓」増加の一因にもなっている（無縁墳墓の増加は墓地の管理・経営を圧迫する要因となり、特に、過疎化した地域では深刻な問題となっていたが、平成11年、「墓地、埋葬等に関する法律施行規則」が改正され、無縁墳墓の改葬手続が簡略化された（墓地、埋葬等に関する法律施行規則3条参照）。

3) 藤井正雄「現代の墓地問題とその背景」藤井＝義江＝孝本編『家族と墓』（早大出版部、平成15年）15頁は、「フリードマンは、祖先崇拝の概念規定に関して、祖先崇拝を家庭祭祀に主眼をおく追憶主義（memorialism）と区別している。彼は、その分析モデルとしてdomestic level とlineage level とをたてた。domestic level とは情緒的ないし感情的なレベルでの先祖で、いうならば、「近い先祖」であり、その属性は崇る存在であって、追憶主義である。一方、lineage level は系譜的・相統的レベルをいうのであって、いいかえれば「遠い先祖」を指すとみることができ、その属性は守護神的存在であって、祖先崇拝をさす。フリードマン流に言えば、今日の日本のいわゆる祖先崇拝の甚しい特性は、「近い先祖」の強調であり、同時に「遠い先祖」の後退であるということができる」としている。ロバート・J・スミス（前山隆訳）『現代日本の祖先崇拝（下）——文化人類学からのアプローチ——』（御茶の水書房、昭和58年）354頁も同旨。

なお、最近、「手元供養」する——遺骨や遺灰の一部を、置物やペンダントの中に納めたり、プレートに加工したりして、身近に置いておく——者も少数ながら見られるようであるが、これも近い先祖を追憶するという意識の表れといえよう。

4) 生ける者にとって死は避けられず、「死（marana）」は、原始經典以来、生・老・病とともに「四苦」の一つとされてきた（『摩訶般若波羅蜜經（小品般若經）』の注釈書であるナーガールジュナNāgārjuna『大智度論』21の所説では、人の屍が土灰に帰するまでの変相を、脹相・壞相・血塗相・膿爛相・青相・噉相・散相・骨相・焼相の9段階に分けて説明されている。なお、伝蘇東坡作の「九相詩」、空海『性靈集補闕抄』10所収の「九想詩」参照）。

5) 生者が死者に対して抱く情緒反応には、死者に対する愛惜の念と腐敗していく屍体に対する恐怖・嫌悪感という、相矛盾した情緒の併存がある。このような相矛盾した愛惜の念と屍体への恐怖・嫌悪感の均衡関係——愛惜の念が強い場合には、「息つき竹」などが置かれ、恐怖・嫌悪感が昂ずると、死体に石を抱かせたり、土饅頭を石を積むといったことが行われる——が、葬送を一面でさまざまなものとしている。藤井正雄『死と骨の習俗』（双葉社、平成11年）122頁、大林太良『葬制の起源』（中央公論社、平成9年）39頁以下、松濤弘道『世界の葬式』

(新潮社、平成3年) 19頁以下参照。

- 6) 以上、白石太一郎「考古学より見た日本の墓地」森編『墓地』(社会思想社、昭和50年) 18-37頁、設楽博己「縄文・弥生の葬制」新谷=関沢編『死と葬送』(吉川弘文館、平成17年) 41-43頁、五味=高埜=鳥海『詳説日本史研究』(山川出版社、平成14年) 12、19頁。
- 7) 以上、斎藤忠『東アジア葬・墓制の研究』(第一書房、昭和62年) 134-193頁、新谷尚紀『お葬式の日本史』(青春出版社、平成15年) 25-34頁、小野=下出=梶山・前掲註1) 20頁。
- 8) 以上、斎藤・前掲註7) 217-232頁、浅香勝輔=八木澤壯一『火葬場』(大明堂、昭和58年) 44-45頁、蒲池勢至「火葬」新谷=関沢編『死と葬送』(吉川弘文館、平成17年) 124頁、水藤真『中世の葬送・墓制』(吉川弘文館、平成3年) 31頁以下、勝田至「中世の葬送」新谷=関沢編『死と葬送』(吉川弘文館、平成17年) 170-172頁、同『死者たちの中世』(吉川弘文館、平成16年) 21-62頁。
- 9) 以上、圭室文雄『葬式と檀家』(吉川弘文館、平成11年) 162-198頁、厚生省生活衛生局企画課監修『逐条解説・墓地、埋葬等に関する法律〔改訂版〕』(第一法規、平成2年) 2-3頁、圭室諦成『葬式仏教』(大法輪閣、昭和38年) 262-274頁。
- 10) 以上、森謙二『墓と葬送の社会史』(講談社、平成5年) 145-150頁、浅香=八木澤・前掲註8) 58-59頁、鯖田豊之『火葬の文化』(新潮社、平成2年) 11-14頁。
- 11) 厚生労働省大臣官房統計情報部『平成15年度保健・衛生行政業務報告』(平成17年) 296頁参照。なお、国立歴史民俗博物館民俗研究部編『死・葬送・墓制資料集成〔東日本編1〕』(平成11年)、同『死・葬送・墓制資料集成〔東日本編2〕』(平成11年)、同『死・葬送・墓制資料集成〔西日本編1〕』(平成12年)、同『死・葬送・墓制資料集成〔西日本編2〕』(平成12年) 参照。
- 12) なお、近年、承継者の存在を前提としない新しい墳墓の形態もみられる。その一つは、「永代供養墓」である。これは、墓の承継者がいない人などのために、寺院や霊園側で永代にわたって管理・供養してくれる墓のことである。ただ、一口に永代供養墓と言っても、その形態やシステムは様々なものがある。永代供養墓の形態には、親族関係にない複数の者が入るもの他、少数ながら「個人墓」や「夫婦墓」もある。永代供養墓の経営主体には、仏教系寺院が多い(比叡山延暦寺「久遠墓」など)が、宗教・宗派を問わないところも多い。もう一つは、「共同墓」である。これは、墓の承継者がいない人などのために、会を作ってその会で合祀墓をつくり、会員たち(全くの他人同士)が一緒に納骨され、残った会員が供養していく墓のことである。共同墓も、会員たちが相互に永代供養していくことを前提としており、永代供養墓の一種といえるが、共同墓は、血縁・地

縁を超えたネットワークとして、会員同士の相互扶助的な性格を持っている点に特色がある。共同墓の例としては、東京・もやいの会による「もやいの碑」（血縁に頼るのではなく、他人同士が現世から「もやい」あい、有縁となって、共同墓地を互いに守り、共同供養を続けよう、という趣旨）や、京都・女の碑の会による「志縁廟」（当初、独身女性が、死後を生前に準備し、安心して熟年期を送ろうという趣旨で始められたが、現在は、独身男性・子のない夫婦・墓を造っても無縁墓となる人たちも受け入れている）などがある。横田＝島崎＝喜多村＝鈴木『霊園・斎場運営の実務』（新日本法規、平成16年）152－156頁、井上治代『墓と家族の変容』（岩波書店、平成15年）224－229頁、平田厚「お墓」平田＝前田『死にぎわの法律』（有斐閣、平成11年）95－98頁、藤井正雄『墓と埋葬の手帳』（小学館、平成14年）168－175頁、小川英爾『ひとりひとりの墓―生者の墓「安穩廟」―』（大東出版社、平成12年）4頁以下参照。

また、最近、公営の霊園で、墓地の期限付使用契約（墓は従来と変わらないが、期限を定め、承継者の存在が確認されれば、更新していく方式）を行っているところもある。千葉県浦安市営の「浦安市墓地公園」では、使用期間は「永代」ではなく、「30年」とし、30年後、更新の手続きを取る人がいれば、さらに30年の使用が認められ、もし、30年経って、承継者が誰もいなくなれば、遺骨は集合廟に納骨される。「期限付墓地使用权」という観念は、ヨーロッパでは、すでに19世紀末の段階において登場している。わが国でも、最近、期限付使用契約が見られるようになったが、これは、「墓地不足」「無縁墳墓増加」対策として注目される。井上・前掲註12) 251頁、森・前掲註10) 248－254頁、長江曜子『欧米メモリアル事情』（石文社、平成3年）32頁、259頁参照。

- 13) なお、最近出現した新しい葬法ではないが、船員法で定めている水葬も、墓を必要としない葬法の一つである。船員法15条は、「船長は、船舶の航行中船内にある者が死亡したときは、国土交通省令の定めるところにより、これを水葬に付することができる。」と定めている。これは、公海上を航行中の船舶においては、陸上と異なり、遺体の火葬や墓地への埋葬が困難であるため、例外的に認められたものである。
- 14) 齊藤・前掲註7) 231－232頁、森・前掲註10) 243－245頁、平田・前掲註12) 99－100頁、藤井・前掲註12) 183－186頁、葬送の自由をすすめる会編『墓からの自由（増補改訂版）』（社会評論社、平成6年）5頁以下、読売新聞平成3年10月16日朝刊31面参照。
- 15) 厚生省生活衛生局『これからの墓地等の在り方を考える懇談会報告書』（平成10年6月）、葬送の自由をすすめる会・前掲註14) 5頁以下、森謙二『墓と葬送の現在』（東京堂出版、平成12年）11－16頁、194－213頁、同・前掲註10) 220頁、244－245頁参照。

- 16) 井上・前掲註12) 262頁、藤井・前掲註12) 182頁参照。
- 17) 散骨は、墓地の一面の散骨場に骨灰を撒く場合もある（ヨーロッパで多くみられる）が、これに限られるわけではなく、海や山野に骨灰を撒く場合もある（わが国では、むしろ後者の方が一般的である）。つまり、散骨は必ずしも墓を必要としない葬法である。なお、生活衛生局企画課「これからの墓地の在り方―墓地経営・管理指針等作成検討会報告書について―」厚生1月号26頁参照。
- 18) 朝日新聞平成15年2月25日朝刊23面、井上・前掲註12) 243頁、同「樹木葬」新谷＝関沢編『死と葬送』（吉川弘文館、平成17年）135―136頁、千坂＝井上編『花の下で眠りたい』（三省堂、平成15年）1頁以下参照。
- 19) 祥雲寺／樹木葬墓地委員会『樹木葬ガイド・花の下でねむりたい』（エンディングセンター、平成13年）9―10頁。
- 20) 井上・前掲註12) 244―250頁参照。
- 21) 昭和46年6月から東京都営八王子霊園が芝生墓地の公募を開始したが、地下にカロートを埋め込んだ形態の墓地であった。墓（石塔下部）の内部構造としてのカロートの出現によって、大都市では、墓は遺骨を保管する場と化し、遺骨は永久に土に還ることができなくなった。藤井正雄『骨のフォークロア』（弘文堂、昭和63年）207―210頁参照。
- 22) 京都新聞平成17年6月17日夕刊10面参照。なお、庭園葬類似の葬法として、他に山野葬があるが、これについては四国新聞平成14年10月2日1面参照。
- 23) 以上、村上重良『日本宗教事典』（講談社、昭和63年）326―337頁、同『日本の宗教』（岩波書店、昭和56年）178―181頁、森謙二「明治初年の墓地及び埋葬に関する法制の展開」藤井＝義江＝孝本編『家族と墓』（早大出版部、平成15年）199―204頁、文化庁文化庁宗務課編『明治以降宗教制度百年史』（日本永信、昭和45年）9―30頁。なお、明治政府のキリスト教政策の背景については、三上昭美「明治新政府のキリスト教政策」『近代日本の形成と宗教問題』（中大出版部、平成4年）165頁以下に詳しい。
- 24) 以上、森・前掲註23) 215―218頁。
- 25) 森・前掲註10) 219頁。なお、中野毅「占領と日本宗教制度の改革」東洋学術研究26巻1号174頁以下参照。
- 26) 厚生労働省大臣官房統計情報部・前掲註11) 296頁参照。
- 27) 厚生省生活衛生局企画課・前掲註9) 15頁。なお、安西温『特別刑法3（薬事・医事・公衆衛生・畜産）』（警察時報社、昭和58年）271頁参照。
- 28) 厚生省生活衛生局企画課・前掲註9) 17頁。
- 29) 石原豊昭『墓と霊園の法律相談』（自由国民社、昭和62年）53―54頁など。
- 30) 篠宮晃＝小松初男『お墓の法律』（有斐閣、平成12年）175―176頁、平田・前掲註12) 99―100頁など。

- 31) 朝日新聞平成3年10月16日朝刊31面、毎日新聞平成3年10月22日朝刊19面。  
 なお、読売新聞平成3年10月16日朝刊31面は、「厚生省生活衛生局も『墓地埋葬等に関する法律は遺骨を海に葬ることを想定していないため、同法に抵触することはない』という。ただ、厚生省としての見解を示すかどうかについては『国民のコンセンサスを得ているかどうかを判断基準になるが、現時点では、必ずしもコンセンサスを得ているとは言えない状態であり、慎重に見守っている』と話している。」(傍点は引用者)と報じている。
- 32) 刑法犯は、保護法益の性質によって、国家的法益に対する罪、社会的法益に対する罪、個人的法益に対する罪の3つに分類されているが、刑法190条は社会的法益に対する罪の範疇に属する、と一般に解されている(板倉宏『注釈刑法(4)』(有斐閣、昭和40年)358頁、前田雅英『刑法各論講義〔第4版〕』(東大出版会、平成19年)496頁、大谷實『刑法講義各論〔新版第2版〕』(成文堂、平成19年)512頁など)。なお、斎藤誠二『刑法における生命の保護〔3訂版〕』(多賀出版、平成4年)276頁は、「わたくしは、死体損壊罪は、死者のなおつづいている人格権という個人的な利益を中心的な保護法益としながらも、同時に、死者に対する近親者の敬虔感情という個人的な利益と、わたくしたち生きている者のわたくしたちが死んだあとでその「死体」を侵されることはない、という信頼といういわば一種の社会的な利益とを保護法益とするものである、と理解しているので、……死体損壊罪は社会的な法益に対する罪という性格をもっている」とする。
- 33) 板倉・前掲註32) 360頁、大谷・前掲註32) 515頁、川端博『刑法各論概要〔第3版〕』(成文堂、平成17年)316頁、奈良俊夫『基本法コンメンタール・改正刑法』(日本評論社、平成7年)224-225頁、名和鐵郎『新・判例コンメンタール刑法5』(三省堂、平成16年)182頁など。なお、改正刑法草案では、死体の「陵辱」を「損壊」と同様処罰することとしている。
- 34) 板倉・前掲註32) 360頁、前田・前掲註32) 499頁、大谷・前掲註32) 515頁、川端・前掲註33) 316頁、奈良・前掲註33) 225頁、名和・前掲註33) 182頁など。
- 35) 板倉・前掲註32) 362頁、大谷・前掲註32) 516頁、川端・前掲註33) 316頁、名和・前掲註33) 182頁など。なお、前田・前掲註32) 499頁は、領得には領得の意思を要するとする。
- 36) 前田・前掲註32) 499頁、板倉・前掲註32) 360頁、名和・前掲註33) 182-183頁など参照。
- 37) 石原・前掲註29) 54-55頁など。
- 38) 篠宮=小松・前掲註30) 176頁、岩村修二『大コンメンタール刑法〔第2版〕第9巻』(青林書院、平成12年)234頁など。なお、法務省刑事局も、散骨と刑法

190条との関係について、「刑法190条の規定は社会的習俗としての宗教的感情などを保護するのが目的だから、葬送のための祭祀で節度をもって行われる限り問題ない」とする（ただ、「節度を逸脱すれば、やはり違法行為と判断することもありえる」（傍点は引用者）としている）。朝日新聞平成3年10月16日朝刊31面、毎日新聞平成3年10月22日朝刊19面参照。

- 39) なお、原田保「死体損壊・遺棄罪の成立範囲」愛知学院大学論叢法学研究46巻2号1頁以下参照。
- 40) 岩村・前掲註38) 234頁は、死体あるいは遺骨をそのまま海中等に投棄する行為は、たとえそれが死者の意思に沿ったものであったとしても、死体・遺骨遺棄罪になる、とする。同旨、前田＝松本＝池田＝渡辺＝大谷＝河村『条解刑法〔第2版〕』（弘文堂、平成19年）501頁、板倉・前掲註32) 361－362頁など。
- 41) 以上、読売新聞平成6年6月11日夕刊11面、毎日新聞平成6年6月16日朝刊26面、朝日新聞平成6年7月2日朝刊19面。なお、この件につき、藤井・前掲註5) 47頁は、「遺骨を粉状にせずそのままの形で散骨したのは、……撒く側の自由の強調であって、撒かれる側の土地およびその地に住む住民の自由を無視したものであった。……遺骨に対する日本人一般のメンタリティを無視した振舞であった」と評している。
- 42) 以上、読売新聞（読売新聞北海道支社）平成17年3月17日朝刊1面、朝日新聞平成17年3月17日朝刊39面。なお、スウェーデン埋葬法第5章第5条、同埋葬規則30条参照。
- 43) 以上、信濃毎日新聞平成18年1月27日朝刊31面、読売新聞平成18年2月25日朝刊35面、長野日報平成18年3月21日14面。
- 44) 信濃毎日新聞平成18年1月27日朝刊31面参照。
- 45) 北海道新聞平成19年8月7日朝刊31面、同平成19年9月15日朝刊33面参照。
- 46) なお、厚生省生活衛生局『これからの墓地等の在り方を考える懇談会報告書』（平成10年6月）は、散骨とその規制について、「公衆衛生上又は国民の宗教的感情上の問題を生じるような方法で散骨が行われる場合には、……他の権利行使と同様に、「散骨の自由」も公共の福祉による制約を受ける……散骨については、街中や水源地など人々の日常生活に密接な関係のある場所において行うことは妥当ではないという人々が圧倒的に多数である。散骨を希望する者が適切な方法により散骨を行う自由を前提にした上で必要な規制を行うことが適当であると考えられる。規制の方法については、国民の習俗に関する重要な事項に関わるものであるので、議会が制定する法規である法律又は条例によることが必要であろう。」とする。
- 47) 朝日新聞平成6年7月2日朝刊19面。
- 48) 散骨に関連する法律としては、「廃棄物の処理及び清掃に関する法律」5条3

項・16条、「海洋汚染等及び海上災害の防止に関する法律」10条1項がある。

- 49) 現代の散骨の要求は自己の死後に対しても一定の自己決定権を主張するものであることは、既に述べたとおりである（2（2）（ア）参照）。なお、大多数の憲法学説が、自己決定権について、わが憲法は明文で定めていないが、憲法の解釈によって認められるとしている（ただし、自己決定権の性格、保障範囲、さらに定義自体についても争いがある）。巻美矢紀「自己決定権の論点——アメリカにおける議論を手がかりとして——」レファレンス56巻5号77頁以下参照。ただ、自己決定権を、憲法上の権利として位置づけるからといって、まったく制約のない権利とするわけではない、とされている（山田卓生『私事と自己決定』（日本評論社、昭和62年）344頁など）。自己決定権につき、竹中勲「自己決定権の意義」公法研究58巻28頁以下、稲葉実香「生命の不可侵と自己決定権の狭間（一）」法学論叢158巻1号47頁以下参照。
- 50) 読売新聞平成3年11月12日朝刊13面は、『墓より費用がかからない』という理由で、死者の意思に関係なく遺族が散骨を実施するケースもあり得よう。この場合、かえって死者の人権が侵されることにもなりかねない」と指摘する。
- 51) 朝日新聞平成12年3月15日朝刊。
- 52) 永代使用料や管理費が比較的安い公営墓地——特に、市街地に近い公営墓地——は、購入希望者が多く、競争倍率が非常に高い。