

琉球大学学術リポジトリ

沖縄における旧来の墓地使用権： 諸用地造成事業との対抗関係において

メタデータ	言語: Japanese 出版者: 琉球大学法文学部 公開日: 2007-10-30 キーワード (Ja): キーワード (En): 作成者: 新垣, 進, Arakaki, Susumu メールアドレス: 所属:
URL	http://hdl.handle.net/20.500.12000/2270

沖縄における旧来の墓地使用権

—— 諸用地造成事業との対抗関係において ——

新

垣

進

目 次

- 一 問題の所在
- 二 沖縄における墳墓の形態
 - (一) 民衆の宗教
 - (二) 墓地の形と帰属関係
- 三 墓地使用権の法的性質
 - (一) 墓地使用権の設定形態とその内容
 - 1 設定形態と権利帰属主体
 - 2 権利の内容
 - (二) 墓地使用権の法的性質
 - 1 地上権と認められる可能性
 - 2 僧侶法上の準物権だとする考え方
- 四 墓地使用権の効力
 - (一) 墓地敷地の貸借関係
 - (二) 明認方法による対抗力の成否
 - (三) 墳墓が存在しない場合等の問題
- 五 土地の公用徵収等における墳墓の取り扱い

一、問題の所在

沖縄においては、寺社に納骨堂があつても墓地がないし、村落が一つの墳墓を共用することはあつても、整然と区画指定された共同墓地がない。したがつて、本稿でいう「墓地使用权」の意味は、共同墓地について用いている本土の場合と異なり、林野の適当な場所に墳墓を築造するために、個々の土地所有者との間の契約によつて、散発的に設定されるところの「墳墓敷地使用权」のことである。

本土のような共同墓地においては、墓地を公用徵収するにも、寺の住職のみならず多数の氏子や墳墓所有者を相手にせねばならないという壁があるから、民間業者がその土地を買い受けて他の用途に再開発しようとすることはほとんどないであろう。沖縄では墳墓が丘陵地に散在しており、かような墓地を含む丘陵地が諸用地造成事業の対象となることが多く、標準的規模で約一〇坪の敷地を占める墳墓について、その移転や補償が問題になることも少くない。

墓地使用权設定契約の当事者またはその相続人の間においては、その権利が無登記であつても、後に述べるとおり結んだ契約に拘束され、墳墓の築造を許した土地所有者やその相続人がその林野を諸用地に造成しようとする場合には、墳墓所有者から墳墓移転についての了解をとりつけるか、あるいは墳墓の部分をそのまま残しておくしかないことが明白である。ところが、現在の林野相続人のなかには、墓地使用权が無登記である事実だけから、墳墓が土地所有者に無断で建造されたものであるかのように早がつてんして、墳墓をその所有者の意思を問わずに撤去させうるものと考えている者もある。

比較的新しく造成された工場敷地・ゴルフ場あるいは宅地分譲地のなかにも、墳墓をそのまま残している例が

相当数ある。それは沖縄県民の間に墳墓に対する信仰心が残っていることの表われであろう。それらの例のなかでも、ゴルフ場内の亀甲形の墳墓などは芝生の縁とよく調和しているように見えるし、工場構内の墳墓も緑地地帯として、墳墓と工場とが相互に支障なく共存している。ところが、とくに宅地造成の場合に墳墓をそのまま残していくことは、その周辺の地価が安くなる要因であるから、宅地造成業者やその造成用地の譲受人に嫌われる事になる。墳墓に隣接することへの嫌悪感が地価を下げる要因となる問題のほかに、丘陵を削り取って平たんな諸用地を造成する場合、墳墓への通路部分も含めて土砂崩れ予防工事をして残すことが不経済だということもある。諸用地造成のために墳墓の散在する林野を譲り受けた者のなかには、その譲渡人が「これらの墓地は無登記だから、無補償で墳墓を撤去させられる」と言ったことを安易に信じて、墳墓移転交渉をする責任を売主に負わせる約束もせず、また、墳墓所有者と事前に折衝することもなく、墳墓移転補償費を見込みづに、安い買物をしたと思い込んでいる例もある。

諸用地造成事業者にとって、墳墓の移転補償をすることは大した負担ではないから、その事業促進のために十分な補償をしている例も多いが、墓地使用権が登記されていないことを弱点としてつけ込んで、比較的小額の補償金しか出していないことが少くない。これらの墳墓移転交渉において踏まえるべき法的問題点は、無記登の墓地使用権には土地の譲受人に対する対抗力がないかどうかであり、その結論の如何によって、土地の譲受人が補償金を出さずに墳墓の撤去を要求する権利を持つのか、それとも、墳墓所有者が納得しないかぎりどれだけの金額を積んでも墳墓を撤去させられないのか、という死命を制するほど決定的な交渉条件の差が生ずる。そこで本稿は、無登記の墓地使用権の対抗力の有無を検討するために、まず、墓地使用権設定契約の趣旨、次にその権利の種類が何であるか、それからその権利の公示方法と対抗力、について、考察してゆく。

実際の墳墓移転交渉においては、墳墓の収去義務の有無を十分検討しないままに、墓地使用権者の方も登記がないから墳墓を撤去するしかないものと思い込み、また、その撤去を求める事業者の側も、これだけの堅固（後述）な墳墓を移転させるのに補償金をまったく出さないわけにいくまいといった程度の認識で、何んとか示談が成立しているようである。

最近の諸用地造成事業において、墳墓の存続がはかられたものも相当数あるし、また、当事者双方が大体納得できる条件で墳墳移転交渉が成立した例も多いようである。しかし、次にあげるような新聞広告の文章を見るかぎりでは、処理の仕方に問題のある事例も少くないものと思われる。たとえば「どことこ所在のお墓の持ち主は、何月何日までに名乗りり出るよう、もし右の期限までに申し出がなければ、それを当方において撤去させ、遺骨は無縁仏としてお寺に預けることにします」といった。移転交渉のために墳墓所有者を探している姿勢のものは未だいい方で、なかには「どことこ所在の墳墓の所有者は何月何日までにそれを撤去するよう、もしそれまでに収去されていなければ、当方において勝手に処理します」といったもの、すなわち、無登記の墓敷地使用を不法占拠と同視して、土地所有者の要求に応じ無補償で墳墓を収去すべきものと考え、墳墓移転について交渉する余地がないような文面のものである。しかし、そのような高圧的な広告主の実際の勝手な「処理」の仕方も、遺骨を寺社に預けた上で墳墓を撤去することのようであるし、墳墓所有者が出現した場合にも、墳墓撤去にある程度の時間的余裕を与えることのほかに、移転補償金額について話し合う例が多いようである。たとえその程度であっても、諸用地造成業者の方に墳墓に対する畏敬の念が残っているということは、現実の問題がそれほどこじれずに解決されている原因であろう。

訴訟になるほどこじれた紛争がないのだから、この種の問題を法律的にほじくる必要はないという意見もあり

うる。しかし、もともと権利意識の希薄なわが国において、解決の基準を提示する判決例もなく、一般に玄人的である業者と素人である墳墓所有者の間で、法的な問題を十分に検討せずにいたみわけ的解決をすると、妥当な縦に程遠い素人に不利な示談がなされることになりかねない。今後訴訟に持ち込まれる事例もあるかも知れないが、判例が出来るまでのつなぎという意味ででも、あえて問題点を論及せんとするものである。前述のような広告がしばしば新聞に載っているところを見ると、かなりの数の紛争が起っているものと思われる。この問題は公共用地造成を含む土地利用上重要な側面があり、じっくり時間をかけて対立する双方の利害を熟考した研究が必要だと思われるが、本稿は迅速な解決を迫られた問題の緊急性を優先して、多少拙速になることを覚悟のうえで、墓地使用権の保護されるべきことについての論理を開拓する。

二、墳墓の形態

(一) 民衆の宗教

沖縄の墳墓の形態が本土のものと異なることになった原因は、沖縄県が地理的に本土より中国大陸に近く、とくに中国南西部の宗教的風習から強い影響を受けていることがある。そこで沖縄の墳墓形態を理解するための参考までに、一般民衆の宗教的状況についてふれておく。

墳墓に埋葬した死者の靈を仏壇の位はいにまつる点では仏教のしきたりによつていると言えるが、沖縄の「家」や個人にはそれぞれが帰属する宗門や旦那寺がなく、首里王府も村落の祈禱を司る「ノロ」と呼ばれる女性によって民衆の信仰心を掌握していた。

葬儀において読経をしてもらうのも、故人に宗旨がないことがほとんどであるから、たまたま参列者予想人數などの都合で告別式場に選ばれた寺社の僧侶にまかせ、あるいは自宅で告別するときには最寄の寺社の坊さんによってもらっているだけで、慣習的儀式化してしまっている。

たとえば「一二カ所めぐり」と呼ばれる首里城下の寺々を巡拝する行事について見ると、それぞれの寺社には宗派があつても、年頭祈願をする民衆の方に宗門がないから、寺社ごとに首里城からの方位によつて一二支がつけられていて、祈願したい家族のエトによつて祈祷すべき寺や拝所が選ばれることになつてゐる。宗旨の代りにエトによつて参拝する寺社を選ぶしきたりは、宗派の教義によつて民衆の信仰心を掌握していない寺社の經營基盤を補強するために、エトを守護神化した自然宗教觀を仏教に融合させたものと見ていいのではなかろうか。

「むら」の祭りごとや民衆の宗教的行事には、仏教や神道的なものよりも、自然崇拜的なものや祖先崇拜的なもののが多く、とくに神道関係者のなかに冲縄における祖先崇拜思想との融合に努力しているのが見られる。

村落の共同井戸には必ずといつていいほど「水の神」がまつられ、水資源保存に大切な樹木群を神木または拝所にし、水道が普及した今日でも、祖先が恵を受けた神々を拝んで子孫の今日の繁栄を感謝する意味で、祖先が使つた古井戸を拝んだり、ガスレンジに改良されたカマドにまで「火の神」をまつり続けてゐるほどである。

(二) 墓の形と帰属関係

沖縄の墳墓の原初形態は、村落の共同墓として、村里から適度に離れた自然の岩穴をそのまま利用するもの（風葬などもある）であった。遺体を野犬やいのししなどの侵害から守るために、離島のなかには伝統的に犬を飼わないところもあるし、崖の中腹を人工的に掘り込んだ穴を用いていたものがあるが、一般的には岩穴に石垣を

築いて囲込墓に改良するようになった。

丘陵の斜面に横穴を掘った墓穴の入口とその前庭に石垣を積んだ掘込墓は、血族集団である門中や兄弟、または寄合仲間の共同墓として用いられるようになり、さらに時代が進んで、祖先崇拜思想をまつとうする家族墓形式が首里や那覇から地方へ流行していくと共に、掘込墓の墓穴の屋根を切り妻や亀甲形にととのえた墳墓がとくに沖縄本島中南部に多くなってきた（『沖縄県史』一二巻所載の名嘉真宣勝氏の「墓制」参照）。

亀甲墓と呼ばれる沖縄の代表的な墳墓は、沖縄戦の際に防空壕として利用されたほどの規模である。その形もその名のとおり、数坪の亀甲形のコンクリートまたは石畳葺き屋根を丘の斜面にかぶせ、その下部に横から数畳の広さの墓穴を掘り、墓穴の入口正面中央に遺体の白骨化するとき（戦後火葬が一般化するまでは、遺体が白骨化したときに厨子瓶に移す「洗骨」の行事があった）まで棺を安置できる通路があり、その周囲に遺骨を納めた厨子瓶をならべる石段が数列めぐらされている。死者は母なる大地へ帰るという意味から、その墓穴や亀甲形の屋根が女体を形どっているといわれ、その石ブタのある墓穴入口の前庭（標準的規模で数坪）の囲いとして、女体の両足にみたてられる石垣がめぐらされている。

沖縄においてわずかに見られる個人墓としては、共同墓地にまとまっている外人墓を除けば、不名譽な事故死、逆縁、あるいは妾や非嫡出子であったことなどの理由で、家族墓に入れられない遺骨を納めた墓庭の片すみの簡単なコンクリート箱、あるいは分家などが恒久的な家族墓を築造するまでの間に死んだ子供のための仮墓、などがある程度である。

近年になって個人墓を建てるかわりに、寺社や靈園内の納骨堂が利用されるようになっているが、子孫が断絶してしまった家でもないかぎり、納骨堂の遺骨棚を永久的な墓として利用するつもりの家はほとんどないようである。

ある。住宅より金のかかつたものもあつた旧来の墳墓に抵抗して、納骨堂の利用を積極的に主張する改革派がいてもよさそだが、現実にそういう意見をほとんど聞けない。その理由はおそらく、納骨堂利用者の墓参りの実態が、遺骨箱をお堂の棚から境内の庭の芝生の上に持ち出して、他家の人々の目の前にそれをさらし合うことになるから、みじめだと思つてゐる人が多く、先祖の遺骨を寺社に預ける相続人は親不幸だと非難されることにあるのであろう。

沖縄において比較的大規模で堅固な墳墓を築造する伝統が続いている理由は、昔なら、家族のうちで真先にあの世へ行くであろう家長の意向を押しとおしてゐる面が強く、先祖に対する孝行心や現世を仮住と考えた民衆の来世觀などがそれを支えていたのであるが、これらの理由が薄れてきた現在でもその伝統は支持されている。すなわち、墓庭がとくに清明祭（春分から半月後の墓参りの行事）に家族や親類縁者で重箱に供え物を詰めて集う社交の場であり、墓敷地が広いことも子供達への共同体教育の役割を果してゐる遠足的墓参り行事とともに、家族の一般的支持をえてゐるのである。

戦後は墓造りを村落の青年団が無報酬で徹夜してでも仕上げる習慣もなくなり、その建造を業者に請負わせるようになつたから新しく建てられた墳墓は、手間暇かけて築造する亀甲墓などよりも、比較的平たんな原野に切り妻屋根の小屋形のコンクリート造りのものが多くなつた。小屋形にすることによつて、丘陵傾斜地に大きな墓穴と広い墓庭を掘り込む手間を省いてゐるが、一方だけに傾斜のある屋根または切り妻でも一方の斜面を広くとり、なるべく亀甲墓の形にならつて、その屋根の傾斜を墓穴の前庭側に向け、墓庭にはコンクリートブロックなどを積んだ囲いもある。

また、工場用地などからの集団移転先としてあてがわれた墳墓や、分譲のために建てられたものに、切り妻屋

根のハーモニカ長屋形のものがあるが、その区切られた一つ一つの形式は小屋形と同じである。

三 墓地使用権の法的性質

(一) 墓地使用権の設定形態とその内容

1. 設定形態と権利帰属主体

旧来の沖縄の墓地使用権がどんな種類の権利であったかを考察するために、まずその設定の仕方にについて述べておく。

墳墓のない家に死人が出た場合に、遺族は悲しみにくれるなかで弔問客の対応に忙しく、親類縁者も葬儀の段どりに手いづぱいで、弔問の受けつけや葬儀費の出納を隣近所の家に頼むほどであるから、墳墓築造の手配は村落の幹部が代行する慣習であった。

葬儀の準備を差配するむらの幹部は、遺族の経済力を考慮しつつ段どりを進める一方、遺族に葬儀資金がないときなどは、遺族が受け取れる頼母子講の期日を繰り上げ緊急に開かせるなどの手配もやり、ユタと呼ばれる靈媒が風水のいいと言う住宅からの方位に墳墓敷地を確保しなければならなかつた。

遺族がたまたま墳墓の立地に適する林野を所有しているときはそれでいいが、古くから耕地を墓地に転用することが禁じられていたし、現世と峻別する意味から屋敷内に墳墓を建てる例もなく、また、遺族所有の林野が風水思想上墓地に適しないことも多かつたから、むらの幹部が遺族に代つて林野所有者と墳墓敷地を確保する交渉を担当することも少くなかつた。どこの家でもとどこうりなく葬式が出せるようにすることは、村落共同体内に重要な事業であつたから、林野所有者も好意的に墓地使用権の設定を認許していた。

墓地使用権の対価的なものは、葬儀終了後に遺族の方からその設定を許した林野所有者へ酒手程度のものが届けられ、定期的な使用料がなかつたから、徳義上の謝礼的性格の強い対価が一括払いされたと言えよう。

旧来の墓地使用権の設定のされ方は、共同体的扶助関係における慣習における慣習規範が序々に変化して墓地使用権を規定する座を国家法に明け渡す時代になつても、その慣習上の権利には法的に正当な位置が与えられなければならない。したがつて、葬儀の幹事役による墓地確保交渉の代行も、厳密な意味での代理の要件は充たしていないが、その慣習の機能を実質的に評価し、墓地使用権は喪主または祭祀主宰者（本稿ではこの承継者を相続人と略する）に帰属すべきものと解する。

2 墓地使用権の内容

墳墓が所有者の都合で放棄され「空き墓」（後述）になつた場合、残された墳墓施設は地盤の所有者に帰属し、地盤所有者がそれを新しく墳墓を築造しようとする者に売却することができたから、墳墓所有者が敷地について取得していた権利は、利用権であつて所有権ではなかつたと言える。

墓地使用権は墳墓使用者が放棄しないかぎり永続する強力な権利であつたが、その設定契約は土地所有者が口頭で墳墓の築造を許すだけの簡易なものであつた。当事者間に権利意識や利用権の種類についての法知識がなかつたこともよるであろうが、登記制度が実施された後も、墓地使用権を登記する例はほとんどなかつたから、それがどんな種類の権利として設定されたのかが明示されることもなかつた。しかし、墳墓所有者がたとえ登記制度や対抗力についての法知識を持つていたにしても、設定契約当事者間の共同体内の規範に対する相互信頼や、

当時の民衆の死者の靈に対する畏敬の念からして、墳墓の撤去を要求させるような事態はおこりえなかつたし、草刈場にしか使えなかつた丘陵が、ブルドーザーによつて諸用地に転用できる時代がやつてくることを想像できなかつたのであるから、墓地使用権を無登記のまま放置しても不安はなかつたのである。

墓敷地を含めた林野の採草権はその土地所有者が保有し、ある人がかやぶき屋根をふくためにそこからかやを刈るには、墓地の分を含めたかやの代金は林野の所有者に払わねばならなかつたし、牛や山羊の飼料をえるための日常的な草刈りもその墓地の地盤所有者がやつていた。

(二) 墓地使用権の法的性質

1 地上権と認められる可能性

沖縄には債権的墓地使用権もありうる。たとえば、将来他所に恒久的墳墓を築造するまでの暫定的な仮墓を建てるために設定した場合がそれで、借賃の有無によつて、賃貸借と使用貸借に分けられる。しかし、墳墓の構造が仮墓的であるからといって、墓地使用権が債権であるとはいえない。なぜなら、妾や非嫡出子のための墳墓のようく永久的なものとして仮墓的なものしか建てないこともあるし、また、暫定的な墓地使用権とする特約ではないのに、墳墓を簡素化すべきだとする思想または当面の経済的都合によつて簡易なものを建てることもありうるからである。したがつて暫定的なものとする旨の特約がないかぎり、永久的墓地使用権の方だと解してよい。

沖縄の墳墓のなかには、その所有者の住宅より金がかかっているものもあるが、建物のみに登記する方法が認められないから、それに「建物保護ニ関スル法律」(明治四二年法律四〇号) 一条による対抗力をつけることができないのである。立木登記の制度もある樹木に比べても、墓地使用権を伴う墳墓所有権として明認方法が認め

られる必要性は大きい。もしそれが認められるなら、無登記の墓地使用権を地上権と扱つても何等不都合はない。

一般的な沖縄の墓地使用権は、建築される墳墓が恒久的工作物だからというだけではなく、墳墓所有者の方がそれを放棄しないかぎり、その地盤所有者から墳墓撤去を求められることがありえなかつたという宗教的環境を前提に、設定されたものであるという契約の趣旨からして、土地所有権取得以外の方法で、このような使用目的を達しめる民法上の権利としては地上権しかないと考える。すなわち判例（大審院明治三六年一月一六日判決、民録九輯一二四四頁）や多数説が永久的制限物権として認めているのは地上権だけであること、「地上権ニ関スル法律」（明治三三年法律七二号）一条の規定から、同法施行前から他人の土地を工作物所有のために使用する者が地上権者と推定されること、また、同規定が同法施行後のものにも類推適用されていることからも、沖縄の旧来の墓地使用権の権利の種類が明らかでない場合には、地上権と認めるべきであると考える。

2 慣習法上の準物権だとする考え方

沖縄の墓地使用権を扱つた文献ではないが、ほとんど研究されていないこの分野についての貴重な労作である吉田久博士の「墓地所有権論と墓地使用権論」（一九六四年新生社刊）は、一般に墓地使用権は地上権ではなく慣習法上の準物権だと言つておられる。本稿の冒頭で述べたとおり、沖縄の墓地使用権は、本土のもののような共同墓地内の区画使用権と異なり、墓地でない土地に墳墓建築敷地としての利用権を設定したものであるから、その利用権としての種類も同じだと言う必要はない。しかし、とくに吉田博士が本土のものを地上権でないと言われる理由は、それが登記されていない点であつて、工作物である墳墓施設を所有するための土地利用である点では地上権だと認めてよいと言つておられる。そうなると無登記の墓敷地使用権を地上権だと言つておられる本稿と

しては、吉田説の論理の検討を回避するわけにいかない。同書の五六・五七頁の墓地使用権の性質論の部分を引用して論評する。

「墓地使（用——引用者追補）権の本質よりして、墓地使用権は物権であるかまたは債権であるかということが問題になる。必ず物権論について考えてみると、物権としては地上権でないかである。けだし墳墓の施設物は工作物の一種に相違ないから、その設定当事者が墳墓の所有を目的として、地上権設定の意思をもって墓地使用契約をすれば、その契約によつて設定された墓地使用権は物権たる地上権だといつてよい。しかし地上権である場合には対抗要件たる登記を受けないと使用権者はその権利を第三者に主張し得ないのであるが、全国的に観察して墓地使用権が登記されていることを聞かない。すると設定当事者は地上権設定の意思をもつて墓地使用契約を結んでいないのが普通だといつてよい。これはまた墓地使用権が慣習法的に生成した権利でもある関係から慣習法的には登記といった公示方法を講ずることが要求されなかつたがためだともいは得よう。もつとも墓地使用権の設定については使用料といったような対価を支払うことがあるけれども、その支払いによつて直ちに地上権が設定されたとはいは不得ない。何となれば対価の支払いは地上権設定の要件ではなくて、無償の地上権も設定され得るからである。

しかば地上権でない墓地使用権は債権であるか。わたくしは然らずと答える。債権は特定人に対しその行為もしくは不行為を要求し得る請求権であるから、ある物件所有のため他人の土地を使用し得る債権においては、その使用する土地を使用後は債務者に返還する関係にあることを要する。かかるに墓地使用権においては、使用者は墓地の経営者に対し墳墓所有のため墓地を使用すべく請求し得る関係において墓地を使用しておるのではなく、使用者は当該墓地に墳墓を設置して該墓地を支配する関係においてその使用を続けておる者であり、なおその使用についても他日その使用を終つたならば返還する関係において使用しているのではないから、債権につき要求される特性は墓地使用権には具わつていいといつて得るのである。

そこでわたくしが思うに、墓地使用権は後にその効力について論ずるよう、その固定性及び永久性よりして対世的な支配権

の本質を有する物権に準ずる権利だと考えるのである。」

墓地使用权が普通は地上権でないことを論証しようとする部分で、登記だけが地上権の唯一の公示方法であるという見解を前提に、全国的に登記された例を聞かないから対抗力のない権利になつては不都合だと考えて、登記のないものを「地上権とする意思をもつて契約を結んでいないのが普通だ」と言い切り、設定契約当事者双方の意思を推定しているのである。本土の墓地使用权は共同墓地内にあるだけに、無登記であることからくる不安がなおさら少なかつたのであろうが、登記が未だなされていないものだけを地上権でないと言うと、それがやがて登記された場合（事後的登記手続で）に、登記の時点から地上権に変化するという奇妙な結果になつてしまふ。墓地は他日その使用を終えて返還されることを予定しない永久の使用関係にあるから、墓地使用权が債権でないとする見解には賛成だし、その点は原則的に沖縄の場合にもあてはまるものである。その永久性が地上権と認めるに結びつかないのは、やはり登記のみを地上権の对抗要件とする考え方からきて、慣習法的に生成した墓地使用权は慣習法上登記の不要なものであるという理由で、それを慣習法上の準物権と宣言することになつたと思われる。

民法は慣習法上生成された旧来の物権的権利を成文法上のものに整理統合したはずである（民法施行法三五条）から、水利権や温泉利用権のように、民法その他の制定法の認める物権の類型にあてはまらず、だからといって債権扱いをしてはそれをめぐる社会秩序が正当に維持できないもの、または、譲渡担保のように民法制定後新たな誕生を認知せざるをえなかつた権利、以外には一般に慣習法上の物権を認めないことになつてゐるようである。慣習法上の墓地使用权の内容が地上権の類型にあてはめられないのならともかく、沖縄の墓地使用权の場合には、その認識できる性質や内容は地上権の範ちゆうのものであるし、本土の場合のような寺社と壇家あるいは村落の

共同墓地に関する慣習法体系に規律されるものでもないから、地上権と認めた方がいいであろう。

墓地使用権が慣習法上登記を要しない権利であるという主張においては、民法施行法三七条の「民法又ハ不動産登記法ノ規定ニ依リ登記スヘキ権利ハ從来登記ナクシテ第三者ニ対抗スルコトヲ得ヘカリシモノト雖モ民法施行ノ日ヨリ一年内ニ之ヲ登記スルニ非サレハ之ヲ以テ第三者ニ対抗スルコトヲ得ス」という規定の適用を免れるために、不動産登記法一条二号に登記すべき権利として列挙されている地上権にあたらないということであろうが、土地の使用収益の態様からして地上権に含まれるはずの墓地使用権を、慣習法上の登記を要しない準物権だと宣言することによって、同規定の適用を回避していくかどうかは疑問である。

墓地使用権の性質を、地上権と認めるか、それとも慣習法上の準物権と見るかの問題は、それを民法体系の中でより整合的なものを探究しようとする論法の差異であって、その慣習法上形成された効力を認めようとする究極的目標に差違はない。

四 墓地使用権の効力

(一) 墓地敷地の貸借関係

墓地使用権の効力内容は、その設定の仕方が土地所有者から口頭で墳墓築造を認許されるだけの簡易なものであり、権利の具体的な内容が明示される例はほとんどなかつたから、慣習と異なる特約がないかぎり、旧来の慣行どおりの内容で契約されたことになる（民法九一条）。

墓地使用権についての最も重要な公知の慣習がその永久性であった。もし土地所有者の側に永久的権利を設定しては困るという事情があつたなら、それを事前に相手方に告知して、一定の期間に限つた使用権としてでも契

約する意思があるかどうかを確認し、永久的権利を欲する者には他の林野を探させるようすべきであった。したがつて、墳墓築造後にそのような事情を持ち出して墳墓の撤去を求めるることは、信義則に反し認められない。墓地使用権設定契約の効力は、契約当事者の地位を承継する相続人の間においても、対抗要件の有無を問わず、また、墳墓がなくとも権利設定の事実が証明されそれが時効消滅していないかぎり、法的拘束力を維持しているのである。その設定契約の事情を知らない地盤所有権の相続人にとっては、無登記の墓地使用権が土地所有権を何世代にもわたって制限することを否認したいところであろうが、相続人は被相続人の権利義務をそのまま承継するだけであり、また、墳墓の存在自体が墓地使用権の行使にあたるから、墳墓が築造されないまま墳墓建設用地が放置されているとき、あるいは何等かの原因で墳墓が崩壊し、跡地にその再築のない状態が続いている場合でなければ、墓地使用権の時効消滅はありえないである。

後述する問題であるが、墓地使用権に対抗力が認められることになれば、墓地使用権者は地盤所有権の譲受人に対しても、墓地使用権は設定した旧所有者に対すると同様に、墳墓敷地の貸借関係が承継されていることになり、墳墓の撤去要求に応ずる義務もない。

諸用地造成用地として林野にも需要が生じたことをもって、墓地使用権設定契約の解約事由として事情変更の原則を主張するものがあるかも知れない。たしかに都市計画指定地域内の墳墓が移転整理される理由は、事情変更的発想によるものであろうが、もともと墓地使用権が永久性あることについて疑問の余地のなかつたその貸借当事者の関係において、林野を他の用途に転用する需要が生じたというだけで、一般的に事情変更の原則を適用することはできないはずである。

それなら墓地使用権の永久性は絶対的であると言えば、公用徵収に対する関係を引き合に出すまでもなく、

民間の土地開発との関係においても、絶対不可侵ではない。たとえば、道路に接する部分に墳墓があるため背後の広大な林野の開発に支障をきたしている場合は、墳墓の所有者がどれだけ多額の補償金を積まれても、誠意をもって墳墓移転交渉に対応しないなら、墓地使用権の濫用として、墳墓撤去を命ずる判決もありうる。なぜなら、このような事例においては、墳墓が移転しないために土地の有利な転用が阻害される損失は莫大であるに比べ、墳墓には建物のように場所的利害を保護する必要がなく、その移転のために墳墓所有者が損失を被らなければそれでいいと言えるからである。また、墳墓の移転を求める方も、それによって数十倍も有利な土地利用ができることがあるぐらいであるから、墳墓をゆえなく移転させられる者が満足できる補償をしてもいいはずである。このような事例においてその移転交渉がこじれ訴訟に持ち込まれることになった場合には、墓地使用権設定者自身が再開発しようとしているときも含めて、提示し合った補償金額が相当であるかどうか、事業企画と交渉時期の前後関係、相互に信義誠実の原則にそつた交渉態度であつたかどうかを考慮して、移転を拒絶したりごねたりするということで墳墓所有者の方が墓地使用権の濫用にあたるのか、安い補償額で移転させようとする方が不当なのかを判定し、もし前者であれば、墳墓は撤去させられるであろう。

本稿が墓地使用権の公示方法と解しているところの墳墓自体が存在しないとか、あるいは所有権以外の権利に明認方法を認めない理論によって、沖縄の墓地使用権に対抗力が否認されることになった場合に、開発のために地盤を譲り受けた業者に墳墓を撤去させられることによる損失はどのように補償されるべきであろうか。この場合の損害は、本来なら永久的であつたはずの墓地使用権を地盤の無条件の譲渡によって存続できないものに陥れたことが原因であるから、墓地使用権を設定した旧地盤所有者またはその相続人に対し、設定契約上の義務違反を理由に、賠償責任を追求できる。

なお、敷地の所有者に無断で建築された墳墓については、その墳墓の所有者が墓地使用権を時効取得したのでないかぎり、地盤所有者は、その墳墓の撤去と土地の不法占拠による損害賠償を要求できることはもちろんのことと、墳墓の無断建築者には地盤に対する権原がないから、墳墓も地盤所有権に吸収されてしまい（民法二四二条）地盤所有者が墳墓所有権を主張して、遺骨だけの収去を要求してもいい。

（二）明認方法による対抗力の成否

墓地使用権の永久性を現実に脅かしているのは、その地盤の譲受人による墳墓撤去要求であるし、また、理論的にも、無登記の墓地使用権はその墳墓撤去を要求する地盤譲受人に対抗できないのかどうかが、この問題の死命を制するポイントであるから、墓地使用権の対抗要件として明認方法が認められないかということについて検討する。

慣習法上の対抗要件としての明認方法は、土地や果樹から分離しないまままで独立の帰属関係を認めるべき物について適用され、それによって対抗力を取得するのは未分離状態の物に対する権利であるから、立木や未収穫の果物などの所有権については認められるが、所有権以外の物件には認められないと言われている。そうだとすれば、墳墓所有権自体についての明認方法は認められても、本稿が主張している墓地使用権には適用できないことになりそうである。

もともと明認方法は土地や果樹から分離しないままの物を取引の対象にするための便法として生まれたから、その未分離の物の所有権だけを念頭におき、未分離のまま在立させ続けるための権原は視野に入っていなかった。ところが、分離するには早過ぎる物、たとえば、未だ伐採期にない生育中の立木などについて、旧判例（大審院大

正五年三月一一日判決民録二二輯七三九頁) は、消失するような明認方法ではその生育が保護できないことを心配して、生育目的で所有する立木の明認方法は地上権または賃借権の設定登記によるべきものと判示していたほどであり、大審院の大正一〇年四月一四日判決(民録二七輯二七二頁)によつて変更されたその旧判例を支持する学説もある。明認方法はその名のとおり明認できる状態が維持されているかぎりにおいて対抗力を認めればよいはずなのに、立木の伐採期までの生育を保障することに執心のあまり、地盤所有者がすんなり登記に協力しない問題点を忘れ、利用権の設定登記が実現するまで他の明認方法を消失させないよう反復する手段を否定してしまふほどだったのである。

未分離の物の所有権についての明認方法として、地上権や賃借権の設定登記が認められていることは、分離に適する時期までそのままの状態で生育させる権原を伴うものがあると認めたことになる。このような生育をはかる権原がない場合でも、明認方法は分離適状にある物の所有権についてのみ対抗力があるからという理由で、直ちに伐採や収穫をすべき義務があると解するより、市価の下落時を避ける余裕を含めた相当の期間を猶予するのが妥当であろう。

分離させずに存立させ続ける必要のある物についての明認方法があるというだけで、直ちに存立させ続ける権原を伴つた明認方法であると言うことはできない。しかし、明認方法ある未分離物がそこに存立したまま取引されている根源について争いがなかったのであれば、その未分離物が存立している地盤や果樹の譲受人は未分離物に存立権原がなかつたと主張できないから、もともとその存在に争いのなかつた地盤の利用権についても間接的に明認方法の対抗力が生ずると言えよう。

明認方法の制度趣旨から考えて、樹木や果物の場合のように、未分離のままでは通常なら土地や果樹の構成部

分とされる物についてであれば、分離してなくとも独立の権利の客体であることを公示する意味で、その物の所有者名を表記することを重視してよいであろう。しかし、沖縄の墳墓のように、その規模や現実の取り扱いからして、当然に地盤所有権から独立した物として扱われるべき性質を有するときは、土地所有者に帰属しない墳墓が存在するだけで、その墳墓所有者名の表示がなくとも、墳墓所有権についての明認方法になると言つてよいであろう。また、当初から地盤所有者の方が墓地使用権の存在を争つたことがないなら、墳墓についての明認方法に墓地使用権の対抗力が付随しているといえることになる。このように解釈しないと、分離せずに存続させてはじめてその所有権の存在意義がある物自体に明認方法を認めた意味がなくなつてしまふ。

炭焼き小屋をもうけて製炭事業を営むことは、薪炭用の立木についての明認方法となり、後に同一山林の製炭用の立木を取得した者に対抗できるとする判例（大審院大正四年一二月八日判決民録二一輯二〇二八頁）がある。この事例の明認方法は、本稿が問題にしている墓地使用権と同様に、取引を目的とする本来の明認方法と言うより、地盤などの取引によって権利が否定されることなく存続するようにするための受身的なものである。ただ、その判例は立木が地盤に生立する権原についての対抗力にふれていなが、実際には、製炭事業を同所で続けるかぎり、薪炭用立木を必要な分だけづつ伐採し、残余を生立させ続けることが認められたであろう。

前述した民法施行法三七条の解釈として、本稿が墓地使用権が地上権だといつたら、それは登記すべき権利にあたるものだといわれるなら、その点は明認方法が公認されている所有権も同じだと言いたい。

林野を譲り受ける場合には、登記なしで対抗力のある入会権もありうるから、登記のほかに現地も調査する。現地調査の際に入会権については地元住民から聴取をしなければ分らないが、墳墓が散在することは一見して認識できる。これだけ堅固な墳墓が買収予定地にあることを見ていながら、それについて売主に問い合わせない買

主はないであろう。そこで買主が売主の「それらの墓地には登記がないから、無補償で容易に撤去させられる」という言葉を安易に信じ、墳墓所有者と事前に折衝することなく林野を買い受けた場合、その譲受人の方に法的調査義務違反にあたるような落度はないと言つてよいだろうか。売買の対象地内に売主所有の墳墓があるときでさえ、その移転に関する事項は重要な契約条件になるはずであるから、そこに第三者所有の墳墓があるなら、それについて一層注意深く配慮して契約する程度のことを期待してもいいのではなかろうか。

下級裁判所の判決ではあるが、墳墓施設の存在自体が墓地使用権の公示になるとする判例（山形地裁昭和三九年二月二六日判決下民集一五巻二号三八四頁、岡山地裁津山支部昭和四四年二月一三日判決判例時報五六七号七二頁）がある。しかし、それらの事件は墓地使用権設定契約当事者の相続人の間のものであり、また、寺社境内などの共同墓地の使用関係に関する事例であるから、沖縄の場合のような墳墓の散在する林野の譲受人に対する公示方法としても先例になるものだとは断言できないが、公示制度は第三者に対する対抗要件として意味があるのであるから、それらの判例の論理は本稿の論旨に通ずるものがあると言えるだろう。

(三) 墳墓が存在しない場合等の問題

墓地使用権が設定された土地に墳墓がないときは、それが未だ築造されたこともないものはもちろんのこと、かつて建造された墳墓が何等かの原因で跡形もなくなつてしまつたときも、明認方法もない墓地使用権だから、土地の譲受人には対抗できないことになる。しかし、このような一般論をそのまま適用しにくい特殊な事例がある。たとえば、沖縄戦や戦後の米軍基地建設のために墳墓が跡形も残らないほど破壊されたものがあり、しかも、沖縄本島においては登記簿や公図類が戦火で焼失し、地形も戦争によつて変容してしまい、地籍を未だ確定でき

ない土地がとくに軍事基地内に多数残っている。このような原因によって墳墓がなくなつた墓地使用権は、今後の地籍確定事業においてどのように処理されるのか、たとえその対抗力が認められないにしても、他の土地利用権と同様に何等の補償もなされていない墓地使用権（墳墓は講和前補償の対象になつた）に対する補償も戦後処理の一つとして、公権力によって救済されなければならないであろう。

沖縄には「空き墓」と呼ばれるもののが多数ある。最近では本人が生存中に自分の墳墓を用意することもあるが、戦後新しく建築された墳墓においては、共同体的相互扶助関係の崩壊と権利意識の伸長に伴つて、墳墓を建造しようとする者がその敷地の所有権を買い受け、その移転登記をしておくようになつたから、そのような未使用の墳墓を空き墓に含めて問題にする必要はほとんどない。

遺骨や靈をまつてある施設が墳墓であると定義すれば、空き墓は墳墓でないことになる。しかし、民法上は墳墓施設の財産的価値も重要であるし、とくに沖縄の空き墓は所有者が放棄したものばかりとはかぎらない。たとえば、戦時に防空壕として利用するために厨子瓶が持ち出されたままになつているもの、厨子瓶泥棒に荒されたために空き墓の状態になつているものがある。空き墓を原状にもどす所有者もいないのなら、放棄されたものとみなしてよいという考え方もあるだろうが、墳墓を承継すべき家族が戦火で全滅してしまつたのか、それとも墳墓承継者が海外移民から帰還していないために管理されてないのか、判別がつかないこともある。

そのような点に、外形上空き墓であつても、それを安易に所有者が放棄したものと扱えない理由がある。まして使用中の墳墓の所有者を探すことが面倒だからということで、墳墓の中の遺骨を無縁仏とみなす権限を認めるることはできない。どうしても墳墓所有者を探せない場合に、後述する例のように「法務局に依頼して、墳墓の管財人を選任してもらい、その管財人（墳墓の管理権しかないはずであるが）との間で墳墓の処置（処分行為）を

決める」ことは不當であるから、沖縄の所有者不明土地と同様に、市町村に管理させる特別立法で解決（処分権の法定も必要であろう）するしかない。

五、土地の公用徵収等における墳墓の取り扱い

本稿の主題である民間の諸用地造成事業における墓地使用権の取扱の問題と比較する意味で、公用徵収などにおける墓地の取扱の実態について二・三ふれておく。

墓地が公用徵収の対象となる場合に、いかに沖縄県民の祖先崇拜の信仰心が根強く残っているといつても、その信仰を公用徵収の必要に優先させるわけにいかないであろうから、せいぜいその信仰心を墳墓の移転補償において尊重するしかないだろう。したがって、公用のための墳墓の撤去を承諾しない所有者に対しては、強制収用をすることもありうるであろう。

都市計画指定地域内の墳墓は、土地区画整理事業の必要上、墓地埋葬等に関する法律（昭和二三年法律四八号）によって、移転させることができる。とくに市街地においてそうであるが、墳墓が散在することは土地の再開発の妨げとなっているから、比較的改革的思考をする都市の住民達なら、将来建築される墳墓の用地についてはもちろんのこと、旧来の墳墓も含めて、一定の指定された区域内に墓地を整理統合していくことに賛成するであろう。

国家事業のために墳墓を撤去させている例としては、琉球大学の移転予定地内にあるものと、沖縄開発庁の開発建設部が国道建設を予定している土地にある墳墓がある。その両方の例とも、官公庁の公簿による調査や新聞公告をもって墳墓の所有者探しを終りとせず、地元市村の役所・村落の区長や長老あるいは林野所有者などから

の聴き取り調査をして、探し出した墳墓所有者と墳墓の移転とその補償について交渉している。また、琉球大学においては、現在使用されていない空き墓や無縁仏と思われるものに対しても、さらに所有者探しを続けるほど慎重さである。開発庁の方では、さまざまな手段を尽しても墳墓所有者が見つからず、所有者不明の墳墓のために事業の遂行が中断されて困る事態になつたら、法務局に選任してもらう墳墓の管財人を相手にその処理を決めることにしているようである。

地方自治体の事業における例としては、那覇市の市街地内の墳墓の多い丘陵地を公園化する事業が行われているが、そこにある墳墓を移転させるための補償として、墳墓移転費用のほかに市有地を墓地用に提供し、その墓地使用権として「永久賃借権」を設定しているということである。賃借権の存続期間は新規・更新とも二〇年を超えてはならないものと規定されている（民法六〇四条）が、それが墳墓築造のためのものであるから、永久使用を認めざるをえないという契約の趣旨を生かして解釈すれば、「賃借権」という用語を使用権というぐらいの意味に解するか、あるいは、市当局がその賃借権を二〇年ごとに更新していくことについて行政的な永久保障をしているものと解釈した方がよいであろう。