

研究ノート

遺骨の帰属

——死者と親族関係にない者が関わる事案——

京都先端科学大学 経済経営学部

色川 豪一

1. はじめに

人格の座である人の身体は、死亡によって「物」に転じ、今日の日本社会では多くが宗教的感情と習俗に沿った儀礼のなかで火葬に付され、遺骨となる。遺骨は、一方で遺体の腐敗への対処という公衆衛生的要請の産物であるが、単なる廃棄物として打ち捨てられることはなく、人々はこれに死者の面影を見出し、特別の感情をもって扱ってきた。ときに遺骨をめぐる争いは裁判所に持ち込まれるまでに至り、所有権という、その定義からするとやや場違いにも感じられる法理でその帰属が争われる。

民法は遺骨の帰属について明確な規定をもたないところ、30年余り前、この問題に関する最上級審の判断が現れた。最高裁平成元年7月18日判決（平成元年判決）²である。後に詳しくみるが、これは、死者との間に血縁はないものの死者その人を深く追慕する者たちの中で遺骨が争われた事案であった。平成元年判決の示した枠組みの下で、数は少ないながらも遺骨の帰属に関する裁判例が続いてゆくが、そのなかには死者と親族関係にない者が遺骨を争う事案が散見される。

本稿では、平成元年判決以後に現れた遺骨の帰属に関する裁判例のうち、死者と親族関係にない者が関わる事案を取り上げる。もとより、この種の事件の数が少ないことに加えて公表例が必ずしも裁判例全体を代表しているとはいえないので、若干の裁判例の分析からただちに法理や判断基準を抽出することは困難である。しかし、非典型的な裁判例を追跡してゆくなかで、平成元年判決では曖昧にされていた問題が像を結び、平成元年判決の意義を回顧的に定位できるのではないかという感触を得た。遺骨の帰属という問題のより一般的な研究の準備作業として、特殊で周縁的な事案の考察から始めることにしたい。

¹ 民法第206条 所有者は、法令の制限内において、自由にその所有物の使用、収益及び処分をする権利を有する。

² 家月41巻10号128頁。

2. 平成元年判決

(1) 平成元年判決以前の状況³

明治民法下の判例は、遺骨の所有権客体性を肯定したうえで相続法理での解決を図った。死者が属する家の戸主と死者の遺子との間で遺骨が争われた大審院大正10年7月25日判決⁴は、「系譜、祭具及び墳墓ノ所有権ハ家督相続ノ特権ニ属スル」と定める旧987条は家族の遺骨についても適用されるという戸主側の主張を退け、「家族ノ遺骨ハ其遺産相続人ノ所有ニ帰シ其遺産相続人ニ於テ之カ管理ヲ為ス権利アルモノト解ス」として、遺骨を遺子に帰属させた。続いて、入夫婚姻した死者が実家に戻って自死し、実家の墓地に埋葬されたため、婚家の戸主（死者の継子）が実家の戸主（死者の実父）に遺体の引渡しを求めた事案である大審院昭和2年5月27日判決⁵は、大正10年判決を引用しつつ「前戸主ノ遺骸モ亦其ノ家督相続人ノ所有ニ帰属シ從テ其ノ家督相続人ニ於テ之カ管理ヲ為ス権利ヲ有スル」と判示して、婚家の戸主の引渡請求を認容した。実父の主張によると実家の墓地への埋葬は死者の遺書に基づくものであったが、非相続人との関係では家督相続の論理が優先し、いちどは逃れた婚家の墓へ改葬されることとなった。大正10年判決が戸主権を抑えるために用いた相続構成の限界がはやくも露呈したのである。

学説は、大審院の相続構成を「理論上も実際上も不都合」と批判し、遺骨に対する権利は慣習または条理に基づき喪主に帰属すると説いた⁶が、条文の手がかりがまったくないなかでの説明には限界があった。

戦後の民法改正過程における妥協的立法⁷の結果、旧987条は祭祀に関する権利の承継を定める現行民法897条となる⁸。以下、頻繁に引用するのでここに掲げておく。

（祭祀に関する権利の承継）

第897条 系譜、祭具及び墳墓の所有権は、前条の規定にかかわらず、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いるときは、その者が承継する。

2 前項本文の場合において慣習が明らかでないときは、同項の権利を承継すべき者は、家庭裁判所が定める。

同条は、いわゆる祭祀財産について、相続とは別に、「祖先の祭祀を主宰する者」（祭祀主宰者、祭祀承継者）が被相続人から承継すると規定する。祭祀主宰者は実際には相続人と重複することが多いものの、画一的な基準で定まる相続人とは異なり、その範囲に限定はない。しかも、祭祀主宰者の選定に関

³ 本項の記述は、主に星野茂「遺体・遺骨をめぐる法的諸問題（上）」法律論叢64巻5・6号173-203頁、とくに175-193頁の整理に拠る。

⁴ 民録27輯1408頁。

⁵ 民集6巻307頁。

⁶ 穂積重遠「判批」法学協会雑誌40巻3号153頁（1922年）。

⁷ 二宮周平「葬送の多様化と民法897条の現代的意義～沿革と立法のあり方を問う（1）」戸籍時報698号2-9頁（2013年）。

⁸ 以下、たんに「897条」または「同条」と呼ぶ。

して裁判所に広範な裁量が付与されたため、柔軟な解決を望む裁判所には使いやすい規定であった。遺骨の帰属に関する平成元年判決以前の裁判例の数は多くないが、897条を準用ないし類推適用するものが主流となっていた⁹。学説でも、戦前からの相続説、喪主婦属説¹⁰に加えて、897条の準用ないし類推適用により祭祀主宰者に帰属するとする説が現れ、次第に有力化していった¹¹。

(2) 平成元年判決

平成元年判決は遺骨の帰属に関する唯一の最高裁判例である。しかし、その事案は、祭祀財産承継事件でよくみられるような死者の子や配偶者の間での争いではなく、死者とやや特異な関係にあった者同士の争いであった。

〔事実の概要〕

死者Aは、若い頃から仏教系宗派の教義に帰依し、1956年頃、妻Bとともに本件建物に転居した。本件建物を拠点として布教活動を始めたところ、Aの人柄に惹かれて多くの信者が集まるようになり、信者らによりAの支援と信者間の親睦を目的として在家宗教団体が作られた。XはAの下に集まる信者の一人であったが、1963年に子のいないA・B夫婦と養子縁組をし、本件建物で同居し始めた。

Yら夫婦も熱心な信者であり、A・Bとの間に血縁関係はないものの、1963年頃から本件建物の増築部分に住み込んでA・Bの身の世話をし、同人らが晩年に病気がちになってからは手厚い看護をするかたわら前記団体の諸行事に携わるなどA・Bに献身的に尽くしてきた。Xは、Yらとの折り合いが悪かったことなどからAの勧めで1974年に本件建物から転居したが、XとA・Bの交流は晩年まで続いた。

1982年にBが死亡するとAはその遺骨を埋葬せず本件建物内の仏壇に安置していたが、1984年にAが死亡した後は、YらがAの遺命によるものとしてA・Bの遺骨（本件遺骨）を本件建物内の仏壇に安置している。Xは、A家の菩提寺の墓に埋葬するため引渡しを求めたが、Yらが拒絶したため、本件遺骨は相続によりXに帰属したと主張して、所有権に基づき本件遺骨の引渡しを求めた。Yらは、Aが897条1項ただし書にいう祖先の祭祀を主宰すべき者としてYらを指定したと主張。

第一審¹²は、自分と妻とのどちらが先に死んでも一緒に菩提寺の墓に埋葬してほしいとXが菩提寺の住職に述べていたこと、本件建物において遺骨を守ってほしいとの申し出はなされなかったこと、籍だけ菩提寺に置き遺骨は別の宗教団体に祭るという発想はXの宗教理解ではあり得ないこと、極め

⁹ 福岡家柳川支審昭50年7月30日家月28巻9号72頁、大阪家審昭52年8月29日家月30巻6号102頁、東京高判昭59年12月21日東高民時報35巻10＝12号208頁。東京地判昭62年4月22日家月40巻3号51頁は「被相続人との身分関係が最も近い者の中で、その喪主となった者に当然に帰属する」と判示したが、喪主である妻は同時に亡夫個人の祭祀主宰者と認定されていた。その控訴審である東京高判昭62年10月8日家月40巻3号45頁は、より明確に婚家の祖先祭祀と亡夫個人の祭祀とを区別しつつ「配偶者の遺体ないし遺骨の所有権は、通常の遺産相続によることなく、その祭祀を主宰する生存配偶者に原始的に帰属」とした。東京地八王子支判昭48年9月27日判時726号74頁は、遺骨の所有権客体性を否定するとともに、897条は「人が死亡したときその者の葬儀を執行しその遺体又は遺骨を管理してその祭祀を主宰する者についての規定ではない」と明言する点で特異な裁判例であるが、傍論として、死者個人の祭祀主宰者について897条を準用して家庭裁判所が審判で定めることもできるという。

¹⁰ 我妻栄『新訂民法総論』(岩波書店、1965年)144頁など。

¹¹ 中川善之助『相続法(法律学全集24)』(有斐閣、1964年)147頁など。星野・前掲注(3)199頁以下は、897条は祭祀財産の原始取得をも前提としているとの理解から、遺骨の所有権帰属の問題への同条の準用ないし類推適用を肯定する。

¹² 千葉地判昭62年5月27日家月41巻10号131頁。

て謙虚な人柄であるXがその遺骨を特別に祭ってほしいと考えるのは到底考えられないことなどから、Yらの前記主張を退け、「亡Aの死亡した時以降、亡Aおよび亡Bの遺産はXにおいて全て承継取得したものであり、Yらの占有している本件遺骨もまた同様と解される¹³⁾」として、Xの請求を認容した。

控訴審¹⁴⁾は、下線部を「本件遺骨の所有権については、特段の事情あるいは被相続人である亡B、亡Aの指定がない限り慣習に従って祭祀を主宰すべき者とみられる相続人たるXに帰属したものとすべきである。」と変更して、Yらの各控訴をいずれも棄却した。Yらが上告。

〔判旨〕

「原審の適法に確定した事実関係のもとにおいて、本件遺骨は慣習に従って祭祀を主宰すべき者であるXに帰属したものとした原審の判断は、正当として是認することができる。」る。

第一審は、Xが親交のあった菩提寺の住職に話した内容や逆に話しなかったという事実、Xの思考、さらには人柄からXの生前の意向を再構成し、Yらの主張に添う証言等は信用できないと結論づけ、これを控訴審と上告審はそのまま是認する。

しかし、Xに遺骨の所有権を帰属させるための法的構成はそれぞれ異なる。第一審は、A・Bの遺骨はその遺産と同様に相続人Xが承継取得したとしたが、控訴審は当該判示部分（前出の下線部）を「指定がない限り慣習に従って祭祀を主宰すべき者とみられる相続人たるXに帰属した」と変更し、帰属の根拠は相続ではなく祭祀財産の承継にあることを示唆した。そして最高裁は、控訴審の当該判示から「相続人たる」という文言を除去し、大審院の相続構成を採らないことをより明確にした。

もともと、「慣習に従って祭祀を主宰すべき者」との文言は897条のそれを思わせるが、根拠法条として同条を明示してはならず、Xが承継取得したのか原始取得したのかも明らかにしていない。また、同時期の東京高等裁判所昭和62年10月8日判決¹⁵⁾が「夫の死亡後その生存配偶者が原始的にその祭祀を主宰すること」をもって近時のわが国の「慣習」であると説いたのに対し、平成元年判決は「慣習」の具体的内容についてなんら言及しない。理論構成に曖昧さを残しながら平成元年判決は先例として機能してゆくことになる。

本件の構図は、形式的には、死者の子（養子）であるXが非親族であるYらに遺骨の引渡しを求めるというものであるが、Xもまた死者Aの人柄に惹かれて集った信者の一人であり、Aから信仰の継承を期待されていた¹⁶⁾。一方、Yらは、法律上の親族関係こそないものの、Xの養子縁組と同じ頃にA・B夫婦と同居を開始し、Aから本件建物の一部を住居用に提供され、Aの死まで側に仕えていた。Yらの「献身奉公」ぶりは、これを見聞してきた他の信者たちが「おしなべてYら夫婦に同情的」になるほど

¹³⁾ 下線は筆者による。以下同じ。

¹⁴⁾ 東京高判昭和63年4月18日家月41巻10号129頁。

¹⁵⁾ 家月40巻3号45頁。

¹⁶⁾ A・Bとの養子縁組がなされたのは、Aが56歳、Xが26歳の時である。菩提寺の住職の証言によると、AはXと養子縁組をした頃に「Xには信仰の面も継承させたいし、A家の養子として一切委せていきたい」と話していた。ただし、Aに主宰する団体を宗教法人とする意向はなかった（第一審の認定事実、家月41巻10号137頁）。

であった¹⁷。つまり、宗教指導者としてのAと関係では、両者は同列で競争関係にたつとみることができ。そして、当事者にとってXから遡る代々の祖先は後景にあり、Xのメモリアルとしての遺骨こそが焦点となっていたのである。平成元年判決のこのような特徴はこれまであまり注目されてこなかったが、次項でみる裁判例の出発点としてここで確認しておく。

3. 平成元年判決以後の裁判例

[1] 高地地方裁判所平成8年10月23日判決判時1624号126頁

〔事実の概要〕

死者Aは、1977年に警察官を定年退職した後、退職金・預金・年金等めぼしい財産のほとんどすべてを妻X₁に渡して家を出て、1979年12月頃からYと内縁関係に入り、Yの住居において同居を始めた。Aは、Yと一緒にの墓に入ることにしてK市内に墓地をを求める準備中の1995年3月に急死した。Yは、喪主としてAの葬儀を行い、位牌・遺骨を管理している。

Aの長男であるX₂が、Yに対し、遺骨等の引渡しを求めた¹⁸。

〔判旨〕

X₂の請求を棄却。

「被相続人が死亡した場合には、その遺体、遺骨も物体となって、所有権の対象となると考えるべきであるが、その遺体、遺骨の所有権といっても、性質上埋葬、管理、祭祀、供養の範囲内で権限を行使できるものであって、通常の所有権の概念から著しく離れており、むしろ、祭具と近似するものであるから、民法897条の準用により承継されるとするのが相当である。

そして…Aは、生前において、自己の遺骨の管理について、Yに委ねているのであるから、Aの遺骨はYにおいて承継すべきものである。

なお、X₂は、予備的にAの長男として慣習上の祭祀承継者であると主張するが、既に判示のとおり、先祖の祭祀に関しては、A（Y）とAの弟が別々に祭っており、仮に、Aが祭っていたものについてはX₂が慣習上の祭祀承継者であるとしても、先祖の祭祀に関するものとAのそれとは同一に考えることはできず、A自身のものはAの意思が優先するというべきであるから、Aの遺骨が祭祀財産であるといっても、X₂において、亡Aの遺骨について所有権を取得するものではない。」

死者の法律婚の妻子（相続人）と重婚的内縁関係にあった者との間で遺骨が争われた事案である。高知地裁は、遺骨は897条の準用により帰属先が定まるとしたうえで、内縁の妻と一緒にの墓に入ることにして墓地を求める準備中に死亡したという事実により死者による祭祀承継者の指定を見出して、内縁配偶者

¹⁷ 第一審の認定事実。家月41巻10号137-138頁。

¹⁸ このほかにもA名義で登記されている不動産と死後に授与された勲章等をめぐり争いもあるが省略する。

に遺骨を取得させた。

本判決で注目すべきは、「なお」以下の説示、すなわち、同条が本来想定する系譜的な祖先祭祀と死者個人の祭祀を区別し、前者の祭祀財産については死者の子（長男）が慣習上の承継者になる可能性を認めながらも、後者は死者の意思を優先させた部分である。ここで早くも、生前の行動から推測された死者の意思を梃に、遺骨を中核として新たに開始した祭祀が系譜的祖先祭祀から分離独立し、「慣習上の祭祀承継者」とは別の者に委ねられるという、平成元年判決の示した枠組みから踏み出す論理が展開されたのであった。

【2】東京地方裁判所平 25 年 9 月 13 日判決 LEX_DB 文献番号 25514959

〔事実の概要〕

死者Aに婚姻歴および子はなく、その相続人は姉X、妹および甥（亡姉の子）である。

Aは、職場の先輩である亡Bより死後にその妻Y₁とY₂ほか子らの面倒をみることを託され、1969年にY₂らの居住家屋に転居した。Aは、Y₁とその家族の生活費等の援助をしていたが、Y₁が上記家屋でAと生活を共にすることはなかった。Aは、亡BとY₁の次女の結婚式にY₁とともに新婦側の親類縁者として参列した。

他方、Aは、姉Xとその家族とは自宅を訪問したり食事や旅行を共にしたりするなどの交流があった。Xの子らの結婚式にいずれもY₁を伴うことなく出席した。Aの晩年、日用品等の購入や入院した際の身の回りの世話などはXの夫が行った。在宅介護における緊急時の連絡先にはX夫婦と友人が指定されていた。

Aは2011年3月に死亡し、Aの葬儀は、形式上はY₁を喪主として、X家とY家が合同で執り行い、Xの家族、Y₁の家族等が参列したが、Y₁は参列せず、Xも当時骨折して入院していたため参列せず、Aの妹と亡姉の子（甥）も参列しなかった。相続人らは、遺産分割協議において祖先の祭祀を主宰すべき者をXと定めた。Xを含むAの姉妹はいずれも婚姻により夫の氏を称しており、Aと氏を同じくする者はいない。

Xが、所有権に基づき、Yらに対し、Aの遺骨、Aが生前に墓を建立した本件墓地の権利を証する書類等およびA家の祖先を祀る仏壇等の引渡しを求めた。Xは、AはXを祭祀主宰者として指定し、または、慣習によりXが祭祀主宰者となるべきであると主張。Yらは、XはY₁と長年にわたり内縁関係にあったものであるから、内縁の妻であるY₁がAの祭祀主宰者となるべきであると主張した。

〔判旨〕

Xの請求を認容。

「Xは、Aが生前、X及びその夫に対し、繰り返し、「A家が途絶えてしまうので、X家で墓を守ってほしい」などと述べていた旨供述し、Xの夫も同旨の証言をする。

Aに子はなく…現在〔Aと同じ〕氏を称する者もないという状況下において、Aが本件墓地の一

部を区分してX夫婦のための墓所としたことは、Aが自己亡き後の墓守をX夫婦に託す意思を有していたことの表れであるといえる。さらに、AはX及びその家族とは一定の交流があり、その他の親族とは特段の交流があったとはうかがわれないこと…AとY₁が内縁関係にあったとは認められず、他にAと特別な縁故を有する者があることもうかがわれないことなども併せ考えれば、上記供述及び証言は十分信用することができ、これによれば、Aは、祖先の祭祀を主宰すべき者としてXを指定したものと認めるのが相当である。」

生涯単身者であったAは、詳しい経緯や動機は不明だが「職場の先輩」の遺志に従ってその家族に深く関わり、そこで「親類縁者」のような扱いを受けていた。一方で、姉の家族とも親交を維持し、とくに晩年は入院や日常生活において世話を受けていた。本件は、これら二つの家族の間での争いである。

Aには9人ものきょうだいがいたが、兄弟はいずれも早世し、姉妹はみな死亡するか婚姻して夫の氏を称したため、Aと同じ氏を称する者はいなくなっていた。Aは、X夫婦に対して祖先祭祀の承継を繰り返し依頼するとともに、X夫婦にはすでに墓地があるにもかかわらず自らの墓地の一部を割いてX夫婦の家墓を建立した。東京地裁は、このようなAの生前の言動をもって祭祀主宰者の指定があったと認め、Aの遺骨を含む祭祀財産をXに帰属させた。生前の言動に「被相続人の指定」をみる点で【1】と共通するが、死者に祖先祭祀へのこだわりがあり、死者個人の祭祀と分離されることなく承継された点はいふ異なる。

本判決に対しYらが控訴し、控訴審においてAの遺骨の一部を分骨するとともに、Xらが相続により取得した建物をY₂に贈与する内容の和解が成立した¹⁹。判決中で「入院の頃から、Y₂は、Xやその家族に対し、Y₁とAが内縁関係にあるなどと主張するようになった」との認定がなされており、遺骨をめぐる対立の背後にAの遺産をめぐる争いが存在したようである。

【3】東京地方裁判所平成26年6月19日判決 LEX_DB 文献番号 25519905

〔事実の概要〕

死者Aは1943年にBと婚姻し、同年に長女Cが、翌年に長男Xが出生した。1966年にAとBが離婚してからはC・XとAは別居してきた。離婚後、AはDと同居し、内縁関係になった。Yは、Dと前夫の子であり、AとDが内縁関係になった時点では既に独立していた。1977年10月にAが死亡し、葬儀の席でXは遺骨の引渡しを求めたが、Dは分骨も含めてこれを拒否した。2001年頃、XはDに対し正式に遺骨の返還を請求した。2009年12月にDが死亡し、YはY家の墓地でAとDの遺骨を管理している。

Xは、2013年3月に姉Cとの間でXがAの祭祀の承継者となることを合意した上で、Yに対し、所有権に基づきAの遺骨の引渡しを求めた。

〔判旨〕

Xの請求を棄却。

¹⁹ 和解の事実は判例データベースに収録されていないが、筆者が裁判所で事件記録を閲覧し確認した。

「祖先の祭祀の主宰者について、Aが指定したことを認めるに足りる証拠はない。…Dは、Aの死亡時、Aの内縁の妻であった者、Xは、Aの子であるが、Aの死亡時にはAと別居していた者である。…加えて…Xは、昭和52年10月のAの葬儀の席で、Dに対して本件遺骨の引渡しを求めたが、Dはこれを拒絶し、本件遺骨をY家の墓地に埋葬したこと、XがDに対し、正式に本件遺骨の返還を請求したのは平成13年であることに照らせば、Xが慣習に従って祖先の祭祀を主宰すべき者であると認めることはできない。そして、本件の祭祀財産を承継すべき者について、家庭裁判所が決定した事実はない。」

死者の子と、死者の内縁の妻の連れ子との間で遺骨が争われた事案である。Xは、死者Aの実子であるが、父母の離婚からAの死亡までの10年以上はAと離れて暮らしてきた。Yは、母DとAが内縁関係になった時点では独立しており、Aとの同居期間があったわけではない。AとYの人間関係の機微を短い判決書から読み取ることはできないが、おそらくXから遺骨の返還を求められた際にこれを拒否した母Dの思いを引き継ぎ、同じ墓でDとAが眠る現状を維持することを望んでいる。

東京地裁は、平成元年判決を引用したうえで、①Aによる指定はない、②Xが慣習に従って祖先の祭祀を主宰すべき者であると認めることはできない、③祭祀承継者について家庭裁判所が決定した事実はない、と簡潔に述べ、Xによる遺骨の所有権の取得を否定した。実子であっても慣習に従って祭祀を主宰すべき者とはいえないとされた事例であるが、その理由として長期間にわたり正式に返還請求をしなかったことが挙げられている。

[4] 東京地方裁判所平成26年9月5日判決 LEX_DB 文献番号 25521666

〔事実の概要〕

死者Aは1978年にBと婚姻し、婚氏として夫Bの氏を称した。Bには前妻との間に長男Yを含む3人の子がいた。2003年11月にBが死亡し、その遺骨はB家の墓に埋葬された。Aは、生前、Bの眠るB家の墓に埋葬されることを希望し、Aの妹CやCの子(甥)であるXにその旨伝えていた。2011年8月にAが死亡し、YがAの喪主となって、通夜、葬儀、火葬、四十九日の法要を行い、Aの遺骨をB家の墓に埋葬した。他方、Aの相続人であるCを含むきょうだいと姪らは、Aの祭祀承継者としてXを指定する旨の祭祀承継に関する合意書を作成した。

Xが、Yに対し、遺骨の引渡し等を求め(本訴請求)、Yは、Xが建立した墓碑に彫刻されたBの氏名の削除を求めた(反訴請求)。Xが、Aから生前に祭祀主宰者として指定されたと主張したのに対し、Yは、AがXとCに「亡くなったらBと同じB家のお墓に入りたい」と語っていたことはXが自認しているところ、B家の墓はYが管理しているのであるからAが自分の死後の祭祀をYにゆだねる意思であったことは疑いようがないと主張した。

〔判旨〕

本訴請求および反訴請求をいずれも棄却。

「〔平成元年判決を引用した上で〕AがXに対して前記発言をした事実があったとしても、そもそもBが埋葬されているB家の墓は、Bの祭祀主宰者であるYが墓地使用权を有しているのであるから、Aが、B家の墓と何の関わりもなく、B家の墓の墓地使用权を有していないXを、自分の祭祀主宰者として指定したとみることはできない。かえって、Aが、YがB家の墓を管理使用していることを認識した上で、Bの眠るB家の墓に埋葬されることを希望していたことに照らせば、Aは、B家の墓を管理使用しているYを、自らの祭祀主宰者として指定したとみるのが自然である」。

死者の亡夫の子（連れ子）と死者のきょうだい側との争いである。死者と連れ子とは1親等の姻族関係にあり、法律上の親族関係が存在するが、本訴提起前の交渉過程でYがXに対していったんはAの遺骨の引き取りを求めたが後に撤回したという経緯があり、AとYとの人間関係は希薄であった様子が窺われるのでここで取り上げる。

通常、死者が女性で婚家の氏を称している場合、生家側が婚家側に埋葬について容喙することはあまりないように思われる。認定事実によると、YはAから遺産である建物の死因贈与を受けた旨主張して相続人側と対立し、CとYは互いに弁護士を立てて交渉を重ねていた。**【2】**と同じく、本件の背景には遺産をめぐる争いが存在したことが強く推認される。

東京地裁は、Yの主張どおり、死者が亡夫の家墓と一緒に埋葬されることを希望していた以上、同墓を管理使用している亡夫の子を自らの祭祀主宰者として指定したとみるのが自然であるとした。この結論自体に異論はないが、みるべきは本判決が躊躇なく用いる「自らの祭祀主宰者として指定した」という表現である。本来、897条のいう「被相続人の指定」とは、「祖先の祭祀を主宰すべき者」についての指定であり、系譜的な祖先祭祀に用いられる財産の承継者の指定であったはずが、ここでは「自らの」祭祀に転化している。死者はいわば新たに開始する祭祀の初代となるわけだが、それは直ちに婚家の祭祀に吸収されてしまう。遺骨の帰属の問題に897条を準用ないし類推適用するという解釈が確立するなかで、同条の「守備範囲²⁰」に明らかな変化が起きているのである。

【5】大阪家庭裁判所平成28年1月22日審判家庭の裁判と法8号87頁

〔事実の概要〕

Aに婚姻歴および子はなく、自ら料理店を経営して生活していた。相続人は姉Bを含むきょうだいである。A・B姉妹の間には継続的な親交があり、Bの子（Aの甥）であるX₁はガンに罹患したAを見舞ったり医師の説明に立ちあったりし、A所有・居住のマンションの区分所有者として必要な措置を講じたりした。また、同じくBの子（Aの姪）であるX₂は年に2、3回Aのマンションを訪問したりした。2014年にAが死亡し（同年にBも死亡）、相続人らはAの祭祀財産の承継者をXらとする旨合意した。XらはAの遺骨をBの家墓に埋葬することを希望している。

他方、Yは、約45年前にAと知り合い、少なくとも月に数日はAのマンションで生活を共にしたり、かなりの回数一緒に旅行に出かけたりしていたほか、Aとの間で数百万円の金銭の授受をしてい

²⁰ 潮見佳男編『新注民法（19）』176頁〔川淳一〕。

た。Aはすべての財産を死後にYに贈与する旨の贈与契約書を作成した（Xらはその効力を争っている）。Yは、Aの葬儀を主宰し、葬儀費用等を負担した。YはAの遺骨を所持し、P寺で合祀することを希望している。

Xらが、Aの祭祀財産の承継者をXらと指定することを求めて申し立てた。

〔判旨〕

Aの祭祀財産（Aの遺骨）の取得者をYと定める。

「…遺骨についての権利は、通常の所有権とは異なり、埋葬や供養のために支配・管理する権利しか行使できない特殊なものであること、既に墳墓に埋葬された祖先の遺骨については、祭祀財産として扱われていること、被相続人の遺骨についても、本件の関係者の意識としては、祭祀財産と同様に祭祀の対象として扱っていることなどからすると、被相続人の遺骨について、その性質上、祭祀財産に準じて扱うのが相当である。したがって、被相続人の指定又は慣習がない場合には、家庭裁判所は、被相続人の遺骨についても、民法897条2項を準用して、被相続人の祭祀を主宰すべき者、すなわち遺骨の取得者を指定することができるものというべきである。」

「指定にあたっては、被相続人との身分関係や生活関係、被相続人の意思、祭祀承継の意思及び能力、祭具等の取得の目的や管理の経緯、その他一切の事情を総合して判断するのが相当である。」

「Yは、Aとは親族関係にないものの…Aとの生活関係は緊密であり、Aとしても、近年、生活の一部分をYと共にし、Yとの間で多額の金銭の授受があったことなどからすると、Yを信頼しており、遺骨についてもYに委ねる意思を有していたと考えることができる。」

他方、Xらは…Yと比較すると、Aとの関係は希薄であるといえること、Aの葬儀を相手方が主宰することに異議を述べたり、自ら費用の負担を申し出たりしたことをうかがわせる資料はなく、それを是認していたと考えられることなどからすると、Yとの比較において、Yの遺骨の取得者とするのは相当でない。…なお、〔Yの合祀の意向は〕遺骨の取得者の指定に当たった判断に影響を与える事情とはいえない。」

死者の遺骨の取得が長年の友人に認められた事例である。大阪家庭裁判所は、死者Aの指定も慣習もないとして897条2項を準用したうえで、祭祀財産の承継に関する先行裁判例で定式化されてきた判断基準²¹に従ってXとYを比較検討し、死者Aと親族関係のないYを遺骨の取得者に指定した。晩年に生活を共にしていたあたりは平成元年判決の信者夫婦を想起させるが、同人らの「献身奉公」のような行為はYにはなく、通常の友人関係の範囲内に収まっている印象を受ける。かえってAとYの間では「多額の金銭の授受があった」のだが、本審判はそれをYへの信頼の表れと積極的に評価する。XらはAとまったく疎遠であったわけではないものの、相対比較では劣るとされた。

なお、Aのすべての財産を死後にYに贈与する旨の死因贈与の効力が争われており、本件でも遺産をめぐる争いがXらの申立ての背後にある可能性に留意する必要がある。

²¹ 東京高決平18年4月19日判タ1239号289頁。

4. 分析

(1) 事件の構図

死者との関係という観点で平成元年判決と後続の裁判例の対立構造を整理すると、【1】は法律婚の子対重婚的内縁配偶者、【2】はきょうだい対非親族、【3】は前婚の子対内縁配偶者の連れ子、【4】はきょうだい対死亡配偶者の連れ子、【5】はきょうだい対非親族となる。平成元年判決は、形式的には養子対非親族であっても、宗教指導者を追慕する信者同士の争いという性格をもつことは前述した。【1】と【3】は死者の内縁形成または再婚によって生じた対立構造であるところ、いずれも死亡時に同居していた者またはその立場を引き継ぐ者による遺骨の取得が認められた。【4】は婚家の墓に埋葬された遺骨の引渡しを死者の生家が求めるというもので、そもそも無理筋の事件であったといえる。

純然たる非親族が現れるのは平成元年判決、【2】、【5】である。平成元年判決では宗教指導者であった死者を敬愛する者たちが、【2】では死者の「職場の先輩」の家族という関係にある者が、【5】では生活の一定部分を死者と共にしてきた長年の友人が、自らへの遺骨の帰属を求め、その希望は【2】では和解により部分的に、【5】では全面的に実現することになった。

すべての事件で相続人が当事者となっているが、相続人が遺骨も取得したのは平成元年判決と【2】である。897条に対する厳しい立法論的批判²²を踏まえて祭祀財産についても遺産分割のなかで処理すべきとの指摘があるが、遺骨の帰属に関しては、相続人以外の者も当事者となることのできる²³祭祀承継の枠組みが紛争解決に一定の役割を果たしているといえる。

(2) 死者の意向

897条の建前によると、祭祀主宰者の決定にあたって「被相続人の指定」が最優先する。これが遺骨に準用ないし類推適用されると、死者は自らの遺骨の取得者を指定できることになる。平成元年判決は、遺骨は「慣習に従って祭祀を主宰すべき者」に帰属するとした原審の判断を是認したが、下級審が実際に行っていたのは、「慣習」の探究ではなく、死者の生前の言動からその意向を復元する作業であった。

後続の裁判例はこのずれを死者の意向を重視する方向で解消した。平成元年判決が先例として位置づけられているにもかかわらず、「慣習」の具体的内容が認定されたり、これにより遺骨の取得者が決定されることはなくなっている。【1】、【2】、【4】は、いずれも遺言のような明確な形式での指定はなされていないなかで、死者の生前の言動を指定があったものと評価し、それぞれ結論を導く。反対に【3】は死者の指定はなく慣習もないことを請求棄却の理由とする。留意すべきは、ここでいう「指定」が「祖先の祭祀」とは区別された、指定したその人自身の祭祀を主宰する者についての指定でありうることである。【1】は両者の区別に注意を促していたし、【4】は「自らの祭祀主宰者として指定した」と端的に

²² 石川利夫「民法上の祭祀財産承継条項批判」染野古希『法と現代司法』（勁草書房、1989年119-138頁。）

²³ 相続の場合における祭祀承継者指定審判事件（家事事件手続法別表第二の十一）の当事者は「相続人その他の利害関係人」である。

表現する。

【5】は死者による指定も慣習もないとしたうえで、同条2項により祭祀主宰者を選定するにあたり、死者との緊密な交際関係から推測される「遺骨についてもYに委ねる意思」に大きなウェイトを置いている。そして、死者から委ねられた以上、合祀を含め死者をどのように祀るかは考慮対象とはならないと付言する。翻って平成元年判決（第一審の説示）をみると、もっぱら菩提寺の住職の証言に依拠して死者の意向が語られ、晩年の死者の周囲に集っていた信者らの証言は「たやすく措信し得ない」と片付けられており、【5】との隔たりを感じさせる。

(3) 時の経過

墳墓に収蔵された遺骨は、物理的には移動・改葬可能な状態にあったとしても、時の経過によって墳墓と一体化したものと扱われるようになる。裁判例は、墳墓に収蔵されてから長年月が経過した遺骨について現状を変更することには消極的である。裁判例の多くで争われているのは直近の死者の遺骨であって、遠い祖先のそれではない²⁴。

平成元年判決では、死亡から一審判決時までの約2年半、遺骨は死者の生活と信仰の場であった建物内の仏壇に安置されていた。裁判所にとって、これは「慣習に従って」菩提寺の墓に埋葬されるまでの一時的状態であり、現状変更が許されるものであった。【1】では死亡から判決時までの期間が約1年7か月と短い、前述のとおり死者の意向にかなう現状が維持され、約2年半の【2】、約3年の【4】、死亡から審判まで長くとも2年²⁵の【5】では、時の経過が結論に影響を及ぼした形跡はない。一方、死亡から判決まで37年もの時間が経過していた【3】では、1977年の葬儀の際に遺骨の引渡しを拒否されてから2011年になってようやく正式に遺骨の返還を請求した実子は「慣習に従って祖先の祭祀を主宰すべき者」とは認められないとされた。ここでいう「慣習」についてまったく説明はされていないのだが、時の経過で固定した現状を変更することへの消極的な姿勢を便宜的に表現したものと解釈することができよう。

(4) 伝来の祭祀財産との関係

897条が想定する祭祀財産とは、同条が冒頭で「系譜」を掲げていることが示唆するように、祖先の祭祀に用いるために代々承継される財産である。当代の祭祀主宰者が先代から承継したものを、多少の増減、変化はあるかもしれないが、次代に承継させることを繰り返して形成されるのが本来の祭祀財産（仮に「伝来の祭祀財産」と呼ぶ。）である。祭祀主宰者の遺骨も、祭祀の対象として墳墓に収蔵されることで伝来の祭祀財産に組み込まれると通常は考えられる。このことが、「遺骨について、その性質上、祭祀財産に準じて扱う」（【5】）というアナロジーの支えとなってきた。

ところが、遺骨の帰属が争われる事案では、遺骨はしばしば伝来の祭祀財産から離れたところに存在する。【1】の死者は系譜的な祖先祭祀を承継した者であるが、同人に属していた伝来の祭祀財産に関し

²⁴ 前掲注(20)181-182頁。

²⁵ 公表されている審判書には死亡年しか記載されていないため、1月に死亡したと仮定した場合。

ては子が「慣習上の祭祀承継者」になる可能性があるかたわらで、その人自身の遺骨はそこから離脱して新たに開始した祭祀を主宰する内縁配偶者に帰属することとなった。【3】では伝来の祭祀財産の財産についての言及がない。死者の長男は長女との間で祭祀承継についての合意をしたと主張した²⁶が、それは父である死者個人の祭祀の承継者となることについての合意であった。【4】の死者は伝来の祭祀財産をもたない妻であり、夫とともに埋葬されていることで婚家の祭祀財産に組み込まれた。【5】の死者に自営業で蓄積された財産は存在したが、897条のいう祭祀財産は存在しなかった。その事実認定のうえでなされた審判の主文は「祭祀財産（被相続人の遺骨）の取得者を相手方と定める」というものであった。

結局、伝来の祭祀財産が明確に現れるのは【2】のみである。死者の「墓を守ってほしい」との希望に沿って、死者が有した伝来の祭祀財産と遺骨は一体のものとして姉に引き取られ、姉の婚家の祭祀に併合されるかたちで死者を含む祖先の祭祀は承継された。

これら後続の裁判例と比較すると、平成元年判決における遺骨と伝来の祭祀財産との距離の近さが際立つ。死者が30年近く過ごした生活と信仰の地に安置されていた遺骨は、「慣習に従って」菩提寺にある家墓に収蔵され、伝来の祭祀財産の一部となって子孫（養子）によって維持される。死者と親族関係にないYらが897条2項を援用したのとは裏腹に、実現したのは同条の「オーソドックスなそれゆえ伝統的な理解²⁷」による守旧的な姿であり、【2】の死者も望んだであろう結末であった。

(5) 分骨

897条の立法理由の一つは共同相続に伴う祭祀財産の分割を避けることにあるから、一人の祭祀主宰者による単独承継が原則である²⁸。祭祀財産の分割・分属を認めた裁判例も存在するが、従前の管理状況の追認であったり²⁹、当事者間の対立が激しいなかでの妥協策であったり³⁰と、どちらかといえば消極的な理由による。系譜的祖先祭祀に供される墳墓と遺骨の一体性を重視するのであれば、その分割、いわゆる分骨にも否定的となろう。大正10年判決に対する学説の批判も共同相続がもたらす「不都合」に力点を置いていた³¹。

しかし、遺骨を死者個人のメモリアルとして捉え、併せてその物質的特性を考えると、分骨が積極的な選択肢となる余地が出てくる。裁判所は、和解・調停の段階では実際の解決策として分骨を提案してきたようである。古いところでは東京家庭裁判所昭和46年3月8日審判³²が調停手続のなかで分骨を提案して両当事者が受け入れた経緯³³に触れている。平成元年判決の第一審は、結論としては死者の養子Xに遺骨の所有権を独占させながらも、判決書の末尾で分骨という形で和解を試みたが失敗に帰

²⁶ この主張に対し東京地裁は「結論を左右しない」と応答した。

²⁷ 池田恒男「葬送・死者祭祀及び祭祀財産の承継と相続法体系」鈴木龍也編『宗教法と民事法の交錯』（晃洋書房、2008年）133-274頁、230頁。

²⁸ そのことを明言する裁判例として大阪高決昭59・10・15判タ541号235頁。

²⁹ 東京高決平18・4・19判タ1239号289頁。

³⁰ 奈良家審平13・6・14家月53巻12号82頁。

³¹ 「子が数人ある場合に遺産相続の理論で行くと変な結果になりはしまいか」。穂積・前掲注⑥154頁。

³² 家月24巻1号55頁。

³³ 分骨自体には異議がなかったものの墓地の使用権について合意に至らず、調停不成立となって審判に移行した。

した経緯をあえて付言して、判決が最善ではない意を滲ませていた³⁴。【2】では、控訴審で和解が成立し、非親族に分骨がなされた。

正面から分骨を認めた裁判例はいまのところ見当たらない³⁵が、平成元年判決、【1】、【5】のような事案では、一人の追慕者に排他的な支配権を独占させる必要はさほどないと思われる。所有権とはいえ「埋葬や供養のために支配・管理する権利しか行使できない特殊なもの」(【5】)だからである。

5. むすびに代えて

以上、死者と親族関係にない者が関わる事案である平成元年判決とこれに続く裁判例を事案の細部に立ち入りながら検討してきた。冒頭で述べたように、相当に特殊な、限られた数の裁判例を素材とする本稿において性急に一般的な結論を導き出すことは慎まなければならないが、平成元年判決と後続の裁判例を照らし合わせ、平成元年判決の曖昧さの意味を指摘することでむすびに代えたい。

平成元年判決は、大審院の相続構成から決別することを最上級審として明らかにした点では確かに画期をなすものである。最高裁は、簡潔な判決理由ながらも控訴審の判示から「相続人たる」という文言を注意深く取り除くことでこれを表現した。その一方で、後続の裁判例のように897条に基礎をおく祭祀承継構成を明言するところまでは踏み込まなかった。上告理由で「民法第897条の解釈適用の誤り」が主張されていたにもかかわらず、同条の準用ないし類推適用によるものなのかは明確にせず、相続構成との峻別が不完全な原判決を是認するにとどめている。この最高裁の曖昧な態度には、系譜的祖先祭祀を前提とする同条の適用範囲を死者個人の祭祀の対象である遺骨にまで広げる無理を冒すことへの躊躇が窺われる。この点、死者の妹と死者の亡夫の連れ子との間で遺骨が争われた東京地方裁判所八王子支部昭和48年9月27日判決³⁶は、「民法第897条は系譜、祭具、墳墓等を所有し祖先の祭祀を主宰する者が死亡したとき、系譜、祭具、墳墓の所有権、祭祀主宰者たるの地位を承継する者についての規定であって、人が死亡したときその者の葬儀を執行しその遺体又は遺骨を管理してその祭祀を主宰する者についての規定ではない」と断じていた。最高裁としては、昭和48年判決のように遺骨の帰属について「民法は格別の規定を設けず専ら風俗習慣に委ねている」という立場もとれず、かといつて相続構成も維持できないなかで、菩提寺の家墓への遺骨の収蔵という897条のアナロジーがなじみやすい事案の結論部分のみを、良く言えば慎重に、悪く言えばごまかして、是認したのではないだろうか。なるほど、評者がその先例的価値に疑問を呈した³⁷のは道理であった。

³⁴ 家月41巻10号138-139頁。

³⁵ 10歳で死亡した長男の遺骨を父母が争った事案である大阪高決平30・1・30判タ1455号74頁は、「特別の事情がある」場合の分骨の可能性を示唆しながらも結論としては分骨請求を退けた。学説では分骨を肯定する見解が有力である。山口純夫「祭祀財産の承継について」右近健夫＝小田八重子＝辻朗編『家事事件の現況と課題』(判例タイムズ社、2006年)296-307頁、307頁。谷口知平＝久貴忠彦編『新版注釈民法(27)〔補訂版〕』(有斐閣、2013年)90頁〔小脇一海＝二宮周平〕は、平成元年判決について分骨により「それぞれが故人を偲ぶことが実情に沿うのではないだろうか」と評する。

³⁶ 事案の大概は【4】に似る。注⑨で既出。

³⁷ 金野俊夫「判批」判タ762号(平成2年度主要民事判例解説)170頁(1991年)は「なお理論的詰めが残されており、判例集登載が見送られたことを併せ考えると、本件をこの事件かぎりのものとして捉えているように窺われ、最高裁判所の法律見解は、まだ公式のものとしての位置づけはなされていないというべきであろうか」と評価する。岡島芳伸「遺骨に関する権利の帰属について」

ところが、その後の裁判例は、平成元年判決を先例と仰ぎながらも 897 の解釈運用を大きく変える方向に展開してゆく。【1】は 897 条の準用を明言したうえで系譜的祖先祭祀と死者個人の祭祀を同一に考えることはできないと述べ、後者の祭祀主宰者を分離独立させた。【3】、【4】は平成元年判決を先例として引用しつつ、伝来の祭祀財産が存在しないなかで「祖先の祭祀を主宰すべき者」が誰であるのかを検討し、「自らの祭祀主宰者として指定した」などと認定する。そして【5】に至っては、「慣習」は一顧だにされず、親族関係にある者とない者とが同一平面上で死者との距離を測定され、より近い者が「被相続人の祭祀を主宰すべき者、すなわち遺骨の取得者」に選定された。つまり、後続の裁判例は大胆に先例を追い越して行ったのである。

戸籍時報 588 号 2-11 頁、6 頁 (2005 年) は「いわゆる事例判決」と位置づける。池田・前掲注(27)228 頁も「必ずしも先例規範性が確固としているとはいえない」とする。

