

テーマ

死者を^{とむら}わなければいけないの？！

——^{とむら}吊いと法律について考える——

愛知学院大学法務支援センター・教授 原田 保
愛知学院大学法務支援センター長・教授 田中 淳子

[本テーマの趣旨]

亡くなった家族を^{とむら}うことは、当然のことに思われるが、最近では、「供養されない遺骨」、「捨てられる遺骨」という言葉を目にする。そもそも、^{とむら}吊う、ということ放棄できるか。

法律は、「生」あるものの問題だけではない。昨今、「終活」、「散骨」、「樹木葬」ひいては、「宇宙葬」等々、人の^{とむら}吊い方にはいろいろな方法がある。どのような方法も自己決定の範囲として法律問題は生じないのか。あるいは、遺族はその意思を必ず実現しなければならないのだろうか。かりに、そのような意思に反し、遺骨、遺灰を相続財産（物や権利）と同じように分割したり、放棄したりできるのだろうか。

「人間の尊厳と自由」を考える大きな問題について、「^{とむら}吊い」を素材に考えてみたい。

《パート I》 （原田：15分）

葬送の方法と法令の規定について

1. 葬送に関する法令の規定（葬送法規）

墓地、埋葬等に関する法律	埋葬（土葬）および火葬に関する各種規制
行旅病人及行旅死亡人取扱法	天涯孤独または身元不明の死体を埋葬または火葬する行政機関の義務
船員法	水葬に関する船長の権限

墓理法に、葬送に関する権利・義務の規定は不存在

墓理法は、誰かが埋葬・火葬を行う筈だ、という前提で条件・手続等を規定

2. 死体等に関する刑法の罪

190条 死体・遺骨・遺髪・棺に納めてある物、に対する、損壊・遺棄・領得
→3年～1月の懲役

葬送法規に規定された埋葬・火葬・水葬は、刑法190条の罪にならない筈
損壊等に該当しないから？ 損壊等に該当するが法令の規定で許容・要求されているから？

3. 新たな葬法に関する刑法 190 条の罪の成否

合同墓、樹木葬、送骨、のように、墓埋法の範囲内に留まる方法もあるが、撒骨（散骨）、手元供養、に関して、葬送法規の規定は不存在
葬送法規に規定されていないから、現行法上は葬送ではなく刑法 190 条の罪に該当？
禁止する規定がないから、適法であって刑法 190 条の罪には不該当？

* 注意点（撒骨業者等のHPや書面には誤謬が存在）

法務省や厚生労働省が撒骨を許容した、という事実は不存在（資料参照）
禁止規定不存在を根拠とする許容説は、論理的誤謬
粉末化した「遺灰」も「遺骨」であることが、刑法学上の通説

4. 刑法に関する議論の視点

現行法上の前提：社会的要請として、人の死体は葬送を要する。
社会的要請に適う葬送であるか否かは、社会通念に基づく判断
葬送法規規定外でも、葬送と認めて刑法 190 条の罪の成立を否定する論理は可能

社会通念に適合する筈の伝統的葬法との相違点を分析
伝統的葬法に内在する要素のうち、どれが必須事項か、という議論
追慕および拒絶 追慕の公然性

* 原田保の論題関係著作

愛知学院大学論叢法学研究 46 巻 2 号（平 17）
曾根威彦先生・田口守一先生古稀祝賀論文集 [下巻]（成文堂、平 26）
月刊住職平成 29 年正月号、2 月号、6 月号
愛知学院大学法務支援センターHPブログ（平 29）
愛知学院大学宗教法制研究所紀要 58 号（平 30）

《パートⅡ》（田中：15分）

人の死と相続法制について

1. 仏壇、仏具、墳墓、遺骨 は相続財産か

民法 870 条において、上記のような祭祀財産は、一般の財産とは異なる特別の承継ルールによって定められている。戦前の民法では、「家督相続制度」があり、家長がすべてを単独相続したが、その制度は敗戦後に廃止。しかし、我が国の習俗、慣習において祖先の祭祀については一体的に承継されると解されるとし、現行法を規定。

2. 祭祀財産とは

系譜（家系図、過去帳、祖先伝来の系譜を表すもの）、仏壇・仏具、位牌、神棚等を祭具という。墳墓とは、墓石、墓碑、墓地所有権、利用権を含む。

3. 祭祀の承継者（祭祀の主権者）はだれか

①被相続人が指定したもの。口頭、書面、明示、黙示でもよい

②指定がない場合は、その地方の慣習

③ ①②がない場合は、家庭裁判所の審判で指定

[事例から] 氏が同一でなくてもよい、親族関係でなくともよい、一人に限らない、祭具の承継者と墳墓の承継者が異なってもよい、

[判断基準] 被相続人のとの身分関係、過去の生活関係、生活感情の緊密度、承継者の意思や能力、承継者の祭祀主宰の意思や能力、祭祀との場所的關係（占有・管理状況）、祭具の取得の目的や管理等の経緯、その他利害関係人の意見等の一切の事情を総合して判断

最近では、死者に対する慕情、愛情、感謝の気持ち等も考慮

裁判事例 ① 遺骨の返還請求について 仏壇を置くスペース、祭祀を継続的に実施できる意思・能力、先祖の墓と一体的に供養する意思等により判断。その他、祭祀執行権侵害に基づく損害賠償請求、墓碑氏名削除請求、氏名の使用専用権差止め請求事案等あり

4. 祭祀の承継者の法的地位

祭祀財産には、相続における承認や放棄の制度はない。承継の放棄や辞退はできない。

また、祭祀承継のため、相続分を祭祀料として増額してもらうことも認められない。

祭祀承継者には祭祀財産の所有権がある。

祭祀財産を処分することができる。

5. 遺体・遺骨も処分できるか？

法令の明文規定はない。祭祀承継者に祭祀財産を放棄する制度がない。

遺体・遺骨の所有権は相続人に帰属する（大判大 10.7.25）。

遺骨はあくまで埋葬管理、祭祀供養の目的のために祭祀主宰者に帰属する（最判平元.7.18）。

[学説] 遺体は相続人に帰属すると主張する説と喪主ないし祭祀主宰者に帰属すると主張する説。現在では後者が有力（慣習を理由に）

→人体は生前その人の所有物ではないのであるから、その相続人が相続できる客体ではない。生存中の人間は、物質的には有体性はあるが、権利の対象となる「物」ではない。あくまでも権利の主体。ただし、臓器移植等、特別法で認められた場合は例外として体の一部が客体となる（生きている人間から分離した物、死体については、権利の対象と

なる「物」として取り扱われる場合がある)しかし、民法の売買の対象としての客体にはなれない。したがって、臓器売買契約は無効(民法90条 公序良俗違反)。

6. 近時の問題 火葬場で骨を遺さない完全焼却、遺骨引取りを拒絶する遺族、捨てられる

遺骨、分骨の請求、供養されない遺骨 家族間の押し付け合い
祭祀承継：直系血族の系譜的祖先の祭祀から、夫婦・親子関係、近親の個人への近親追慕祭祀へ

《パート3》 弔い方法は誰がどのように決めることができるのか？！

一緒に事例を解決してみよう(60分・発表を含む)

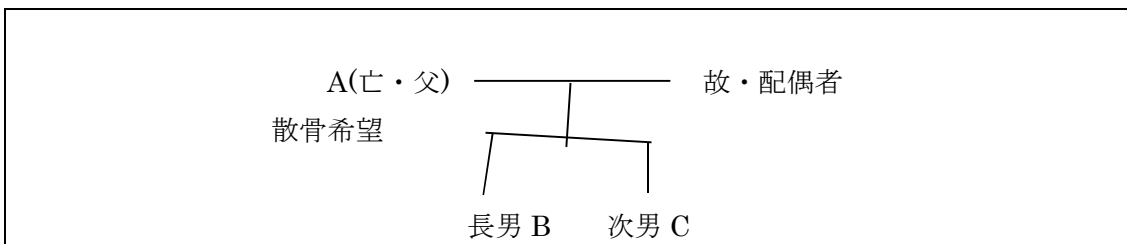
[検討事例]

Aは、平成11年5月1日、長男Bにあてた「遺言状」に、Bを遺言執行者に指定した上、自己の財産(金融資産)をすべて葬儀費用等の諸経費に充てるべきこと、残余が生じた場合にはこれをBの裁量にゆだねること、そして、自己の遺骨を太平洋に散骨すべきことを指示するとともに、生前にBの世話になったことに対する感謝の念を述べるというものであった。ちなみに、上記散骨に関する文言は、「多数の他人が眠っている墓地に入るのは絶対に嫌です。唯一私のお願いは、私の遺骨は太平洋にでも散骨にして頂く様これだけは必ず履行して下さい。」というものであった。Bは、一人暮らしをして子もいないため、仏壇、墓の維持が将来に渡り困難と考えたこともあり、Aの遺言に従い散骨をしようと考えていた。

ところが、Aと生前一緒に暮らしていた次男Cは、「Aは生前、私の葬儀費用は心配するな、私の葬儀や法要等はすべてお前に任せる。頼む！」と言っていたと主張。仏壇、仏具、墓を購入して埋葬したいと考えている。C曰く「父Aを思い出し、追悼、追慕をする権利が私たち遺族にはあるはず。その対象となる遺骨が散骨されるなんて許されない。私は、実家の裏にあるA所有の山に埋めて墓地を建てたい。あそこは墓地ではないし、太平洋もよく見える」と主張しBの主張を認めない。

Q このような場合ABCいずれの意思が実現されるべきか。考えてみよう。

[法律関係図]



[資料]

●刑法

第 190 条（死体損壊等）

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。

●墓地、埋葬等に関する法律（墓理法）

第 4 条（墓地以外、火葬場以外火葬の禁止）

埋葬又は焼骨の埋蔵は、墓地以外の区域に、これを行つてはならない。

2 火葬は、火葬場以外の施設でこれを行つてはならない。

第 21 条（罰則）

左の各号の一に該当する者は、これを千円以下の罰金又は拘留若しくは科料に処する。

一 第 3 条、第 4 条、第 5 条第 1 項又は第 1 2 条から第 1 7 条までの規定に違反した者

二 第 1 8 条の規定による当該職員の立入検査を拒み、妨げ、若しくは忌避した者、又は同条の規定による報告をせず、若しくは虚偽の報告をした者

●民法

第 3 条（私権の享有）

1 私権の享有は、出生に始まる。

「享」天から生まれながらに享（う）け取って有している（権利）能力や権利

権利能力の終期の規定はないが、3 条の趣旨から「死亡」と同時に消滅

第 85 条（物の定義）

この法律において「物」とは、有体物をいう。

「有体物」＝液体・気体・個体という物理学上の概念だけでなく、法律上排他的支配可能なもの（熱、光、冷氣等の自然力、集合物等）

★ 生きている人の身体 有体物であるが権利の客体（売買等の目的物）ではない。

ただし、切り離された身体の一部（歯、毛髪）、死体は物と考えられるが、通常のものと同様の所有権（使用・収益・処分）の行使はできない。公序良俗（90 条）、葬儀、供養等に関する慣習（897 条）に従うこと、遺骸の所有権は放棄できない。

火葬後の遺骨、金歯屑は骨揚げを終わらない間は相続人の所有。なお、市町村の火葬場では、所有権の留保をしない限り、骨揚げ後の残留物は市町村に所有権が帰属するのが慣習と解する（判例）。

第 896 条（相続の一般的効力）

相続人は、相続開始の時から、被相続人の財産に属した一切の権利義務を承継する。ただし、被相続人の一身に専属したものは、この限りでない。

第 897 条（祭祀に関する権利の承継）

- 1.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。