

**亡児の遺骨を改葬した父に対して母が祭祀主宰者の指定及び分骨を求めた事例**

【文 献 種 別】 決定／大阪高等裁判所

【裁判年月日】 平成 30 年 1 月 30 日

【事 件 番 号】 平成 29 年（ラ）第 1481 号

【事 件 名】 祭祀承継者指定申立却下審判に対する抗告事件

【裁 判 結 果】 棄却

【参 照 法 令】 民法 897 条

【掲 載 誌】 判タ 1455 号 74 頁、家庭の法と裁判 17 号 47 頁

LEX/DB 文献番号 25562116

**事実の概要**

被相続人 C の母 A（原告人、申立人）と父 B（相手方）は昭和 46 年婚姻し、昭和 48 年に長男 C をもうけたが、C は 10 歳で死亡した（相続人は A と B。A B 間には他に二子がある）。B は喪主として葬儀を執り行い、B を墓地使用者として D 霊園に墓地を借り、墓石を購入して墳墓を設け、C の焼骨を埋蔵した。平成 7 年、A と B は、二子の親権者を A と定めて調停離婚し、財産分与調停において「墓地については B において管理し、A は随時墓参すること」との調停合意が成立した。B は、離婚後も上記墓地の管理料等の支払いを続け、随時墓参りをし、A も随時墓参りをしていた。平成 27 年、B は、自分の死後、本件墳墓が無縁仏となることを懸念し、実家近くの墓所内に設けた新たな墳墓に C の遺骨を改葬した。平成 27 年、A は、本件遺骨が改葬されたことを知り、改葬墳墓は遠方にあり墓参りも難しいとして分骨を求めたが B に拒否されたため、本件遺骨の分骨を求める訴訟を提起したが、請求は棄却された（神戸地裁洲本支部、確定）。

平成 29 年、A は B に対して、C の遺骨の所有権取得者を A と定めることを求めて、民法 897 条 2 項に基づき、主位的に C の祭祀財産の承継者を A と定める処分を、予備的に本件遺骨の分骨手続及び分骨の引渡しを求めて本件を申し立てた。原審（大阪家裁堺支部）は、C の死亡に際して B は喪主として葬儀を行い、墳墓を設け、遺骨を埋葬するなど、C の祭祀を主宰しており、これが A の意向に反していた事情はうかがえないから、A B は、C の祭祀主宰者を B と定めたことができ、本件遺骨の所有権は、祭祀財産に準じて B

が取得したと解するのが相当であり、離婚後の A B は、財産分与調停において、B が墓地を管理する旨合意しており、C の祭祀主宰者を B から A に変更する意思はなかったといえることができるから、祭祀承継者の指定を求める A の主位的申立ては理由がなく、A が 897 条 2 項に基づいて分骨を請求できるとは解釈し難いから予備的申立ても理由がないとして、A の申立てを却下した。A が抗告。

**決定の要旨****主位的申立て：祭祀主宰者について**

「原告人 A と相手方 B は、平成 7 年、離婚後の財産分与調停事件において、『（C の）墓地については B において管理し、A は随時墓参することとする。』との調停条項を含む調停を成立させて」おり、「B は、上記の調停に先立ち、現に C の喪主として葬儀を執り行い、D 霊園の墓地を借り受け、本件遺骨を納骨してその祭祀を主宰することを開始し、上記の調停後も本件遺骨の改葬まで約 20 年の永きにわたって管理料を支払うなどして墓地の管理を継続してきたのである」から、「A と B の間では、遅くとも上記調停の成立時には C の祭祀主宰者を B と定める旨の協議（合意）が成立したと認めるのが相当であ」り、「C の祭祀主宰者については、当事者間の協議によって既に定まっているというべきである。」A は、「B が、その後、本件遺骨を改葬し、A、長女及び二女による墓参に支障を生じさせ、祭祀主宰者としての適格性を喪失するに至ったから、C の祭祀主宰者を B から A に変更すべきであるとも主張する」が、「B が本件遺骨を改葬したのは、B の死後もその

親族によってCの墳墓を維持・管理させるためであって、祭祀主宰者の判断として相応の必要性や合理性が認められる。他方、BがAに事前に連絡をしなかったことは些か配慮を欠くものであるが、AとBとは離婚後20年以上の永きにわたって没交渉であったのであるから、……やむを得ない面もあり、「Bが本件遺骨を改葬したからといって、祭祀主宰者としての適格性を喪失したということはできない（から）、Cの祭祀主宰者を変更すべき事情がある旨のAの」主張は採用できない。

### 予備的申立て：分骨について

「Bは、Aとの協議によりCの祭祀主宰者と指定された後、約20年の永きにわたって管理料を支払うなどして本件遺骨を埋蔵したCの墳墓の管理を継続して」おり、これに対し、「Aは、この間、Bとは没交渉であったが、法事の機会にはCの墳墓に自由に墓参するとともに、Bによる祭祀には何らの異議も述べずにBに一任してきたという経緯があり」、「本件に先立つ当事者間の民事訴訟においても、（Bは）本件遺骨の分骨に強く反対していることも総合すれば、祭祀の対象となる本件遺骨の一部をAに分属させなければならない特別の事情があるということとはできない。」（抗告棄却）

## 判例の解説

### 一 本決定の意義

本件は、父母の婚姻中に未成熟子が死亡し、その後父母が離婚した場合、亡児の祭祀主宰者は誰か、亡児の遺骨は誰に帰属するか、祭祀主宰者には亡児の遺骨を改葬する権限があるか、他方からの分骨請求は認められるか、が争われた事案である。本決定は、父を祭祀主宰者とし、父を遺骨の管理者とすることに父母間の合意があったと認定して、管理者たる父による改葬を許容し、分骨を認めるべき特別の事情はないとして母からの分骨請求を退けた。民法には、夫婦と未成熟子からなる家族における死亡した子の祭祀供養に関する規定はないが、本決定は、亡児の供養や遺骨の帰属をめぐる紛争に関するおそらく最初の公表事例として注目される。

### 二 遺骨の帰属をめぐる学説・判例

被相続人の遺骨（墓地、埋葬等に関する法律2条にいう「焼骨」）の帰属を検討する前提として、まず、祖先の祭祀（祖先の供養や祖先の祭具・墳墓・遺骨などの帰属）と被相続人の祭祀とは区別される。この方向性は大阪高決昭24・10・29（判タ3号54頁）で示され、東京高決平18・4・19（判タ1239号289頁）によって明確化したとされる<sup>1)</sup>。前者は「家の祭祀」、後者は「人の祭祀」とも称される<sup>2)</sup>。被相続人の遺体や遺骨は後者に属するものであり、祖先の祭祀財産（897条1項）には属さない<sup>3)</sup>。また、腐敗の有無などの点で遺体と遺骨とは問題状況が異なるので<sup>4)</sup>、以下では主として被相続人の遺骨の帰属を検討する。

被相続人の遺骨の帰属に関しては、(a) 遺骨に対する所有権を認めるか、祭祀供養目的的管理処分権のみを認めるか、(b) 帰属の態様は相続承継か、祭祀承継か、原始取得か、(c) 帰属の根拠は民法896条か、同897条か、慣習・条理か、(d) 遺骨の帰属者は相続人か、祭祀主宰者か、喪主か、などの組合せによって区々に分かれる<sup>5)</sup>。

遺骨に対する所有権の成否に関して、大審院判例はこれを肯定したが（後出、大判大10・7・25ほか）、戦後の判例・学説は結論が分かれる。身体（遺体）由来物質や遺伝情報に財産的価値が生じうる今日では、遺体に供養目的的管理権しか認めず所有権の対象となることを全面的に否定することは適切でない<sup>6)</sup>。供養目的としても、遺体や遺骨が奪取された場合に所有権に基づく返還請求を否定する理由はない。東京地判平12・11・24（判時1738号80頁）は、遺族の明示の拒絶に反して医療機関が遺体から背骨（椎体骨）を採取した事案で、相続人からの所有権に基づく標本等の返還請求を認めた。

帰属の態様に関して、①相続承継説は、遺骨に対する所有権を認め、相続財産として相続人に相続承継されとする。大審院判例の立場で、大判大10・7・25（民録27輯1408頁）は、戸主でない被相続人の遺骨に対する所有権は遺産に属し遺産相続人が相続するものであり、家督相続の特権ではないとした<sup>7)</sup>。②祭祀承継説は、遺骨に対する所有権を認め、慣習ないし祭祀承継に準じて喪主または祭祀主宰者に承継されとする。本決定の原審である大阪家堺支審平29・10・26（判タ1455号77頁）などの立場である<sup>8)</sup>。③原始取得

説は、遺骨は慣習ないし祭祀財産に準じて喪主または祭祀主宰者に原始的に帰属するとする。東京高判昭 62・10・8（判時 1254 号 70 頁）などの立場である<sup>9)</sup>。遺骨の帰属に関する唯一の最高裁判決である最判平元・7・18（家月 41 巻 10 号 128 頁。平成元年最判と略す）は、「本件遺骨は慣習に従って祭祀を主宰すべき者である（相続人である養子）に帰属したものとした原審の判断は」正当であり是認できると判示したが、どの立場を採用したのかは明瞭でない<sup>10)</sup>。

本決定は、被相続人の遺骨は祭祀主宰者に帰属するとしたが、帰属の態様については明示的に述べていない<sup>11)</sup>。しかし、父母が離婚した場合に、亡児の遺骨は父母の合意による祭祀主宰者に帰属するとした重要な裁判例といえよう。

### 三 本件亡児の遺骨の帰属

#### 1 祭祀主宰者の合意はあったか

本決定は、子 C 死亡の際に父 B が喪主を務め、墓地を借り受けて納骨することで祭祀主宰を開始し、その後約 20 年間にわたって墓地管理料を支払うなどしていたことから、遅くとも離婚に伴う財産分与調停の成立時まで、A B 間に B を祭祀主宰者とする合意が成立したと判示する。しかし、B のこれらの行為は、対外的に A B を代表して B が行った日常家事行為と解することもできるのであり（民法 761 条）、これらの事実を根拠として、B を C の祭祀主宰者とする旨の合意が A B 間に成立したとすることは疑問である。

民法 897 条は祭祀の単独承継を想定した規定と解されるが、同条は祭祀財産の共同承継や分割承継を否定するものではないとする学説や裁判例も存在する<sup>12)</sup>。そして、離婚後の父母が亡児の供養や遺骨を争う事案は、共同承継や分割承継による解決がふさわしい典型的な事案といえることができる<sup>13)</sup>。相続承継説に立てば、亡児の遺骨は相続人である父母が共同相続することになり（民法 889 条 1 項 1 号）、非相続承継説に立てば、未成年の子の死亡後は、親権の余後効として父母が共同で亡児の祭祀主宰者になる（民法 818 条 3 項類推）と構成することなどが考えられよう<sup>14)</sup>。本件原審は「母が喪主として葬儀を執り行ったり、墓地使用者となることが困難であったとの事情はうかがえない」と述べ、母が喪主を務めたり墳墓の手配等を行わなければ、父を祭祀主宰者とする黙

示の合意が成立したとするが、共同親権を原則とするのが民法のもとでは、葬儀の喪主や墓地使用の名義などにかかわりなく、父母が共同で亡児を供養することが原則と考えるべきであろう。また、本決定は、本件財産分与調停条項によって、C の祭祀主宰者を B とする合意が最終的に成立したとするが、上記調停は財産分与調停であり、墓地管理の財産的側面に関する合意と解すべきではないか。むしろ、A が「随時墓参する」との合意によって、B と共同して C を供養する A の権利が確認されたと解することもできる。墳墓に墓参することは、墓地管理規則等の範囲内であれば故人を偲ぶ誰にでも可能な行為であって、殊更に調停条項に明記する必要はない。

#### 2 分骨請求は認められないか

亡児の供養や遺骨をめぐる父母間の紛争は分割承継や共同承継になじむ場合が少なくないところ、被相続人の遺骨は物理的に分割可能であるから、分割承継（分骨）による解決が適切なこともありうる。従来は分骨に否定的な見解も少なくなかったが、最近では遺骨をめぐる紛争の解決策として分骨の可能性を指摘する学説や<sup>15)</sup>、分骨による解決例も見受けられる<sup>16)</sup>。平成 11 年改正で新設された墓地埋葬法施行規則 5 条 3 項は、新たに火葬場において焼骨を分骨することを認めたことも指摘しておきたい<sup>17)</sup>。

本件調停における A は「随時墓参する」との条項は、時間的に「随時」の墓参を認めるとともに、「D 霊園にある C の墳墓」への墓参を A に認めるという場所的限定を前提にしていると解される。したがって、B は、無縁仏化を懸念して改葬を計画した時点で A と協議する必要があった。A 及び同胞二子による承継の可能性もあっただろう。B による無断改葬は、上記調停条項に違反して A の供養する権利を侵害するものであり、C を供養する権利を実現するために、A が祭祀主宰者の指定（変更）を求めたことには理由があると考えられる。本決定は「特別の事情」がある場合には遺骨の分属（分骨）が認められるとするが、B が無断で C の遺骨を遠方に改葬することによって、C を供養する A の権利行使を妨げた行為は、（たとえ三 1 において A を共同祭祀主宰者でないとした場合でも）A が分骨を求める「特段の事情」に当たるといえるのではないか。

## 四 結語

被相続人の内縁の妻を祭祀承継者に指定した大阪高決昭 24・10・29（前出）以来の裁判例は、被相続人との実質的な生活関係を重視して祭祀承継者を決定し、妥当な結論を導いてきたと評価されるが<sup>18)</sup>、本決定は、父母による亡児の供養、遺骨の帰属というまさに被相続人との実質的な生活関係を重視すべき問題に対して、葬儀の喪主、墓所の使用名義、墓所の管理料支払いなどといった祖先祭祀的な指標及び祭祀供養の財産的側面を重視して、父を祭祀主宰者とする父母間の合意を認定し、また、祭祀の共同承継や分割承継、分骨を必要とする家族形態の変化、分骨を許容する人々の意識や法制の変化などを十分に考慮することなく、分骨に反対する父の意向を偏重する一方で、母及び同胞の追慕感情に基づいた供養の権利を軽視したとの印象を拭えない<sup>19)</sup>。

## ●—注

- 1) 二宮周平「葬送の多様化と民法 897 条の現代的意義」(1) 戸時 698 号 (2013 年) 7 頁。ただし、梶村太市『裁判例からみた祭祀承継の審判・訴訟の実務』(日本加除出版、2015 年) 299 頁はこの区別を否定する。
- 2) 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) 219 頁、225 頁は、東京地八王子支判昭 48・9・27 判時 726 号 74 頁を援用して、このように区別する。
- 3) 星野茂「判批」法時 60 巻 10 号 (1988 年) 115 頁、宮崎幹朗「判批」民商 143 巻 1 号 (2010 年) 141 頁、高知地判平 8・10・23 判時 1624 号 126 頁など。
- 4) 小脇一海＝二宮周平「897 条注釈」谷口知平＝久貴忠彦編『新版・注釈民法 (27) [補訂版]』(有斐閣、2013 年) 88 頁など。
- 5) 池田・前掲注 2) 213 頁は「一種の混迷状態にある」という。なお、平成元年最判までの学説・判例については、泉久雄＝家永登「897 条注釈」島津一郎＝久貴忠彦編『新・判例コンメンタール民法 (14)』(三省堂、1992 年) 90 頁以下を、その後の裁判例については、色川豪一「遺骨の帰属について——近年の裁判例を中心に」第 304 回家族と法研究会報告レジュメ (2016 年 6 月 25 日) を参照。
- 6) 泉久雄『相続財産』(有斐閣、1965 年) 125～126 頁、我妻栄＝梶孝一「判例コンメンタール (8) 相続法」(日本評論社、1966 年) 58 頁、77 頁、東京地八王子支判昭 48・9・27 判時 726 号 74 頁などは、遺体・遺骨を所有権の対象とすることに消極的である。
- 7) 舟橋諒一『民法総則 (完)』(弘文堂、1953 年) 87 頁などが同旨。家永登「民事法における『死亡』概念・覚え書」湯沢彦彦＝宇都木伸編『人の法と医の倫理』(信

山社、2004 年) 1 頁以下は、被相続人の遺体の相続承継が論理的に可能であることを論ずる。

- 8) この説をとる東京高判昭 63・4・18 家月 41 巻 10 号 129 頁 (最判平元・7・18 の原審) は、「特段の事情」がある場合には、慣習に従った祭祀主宰者ではない者に遺骨の所有権が帰属する旨を判示する点で興味深い。
- 9) 同判決は、「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は、婚姻夫婦 (及びその間の子) をもつて家族関係形成の一つの原初形態 (いわゆる核家族) としているわが民法の法意……及び近時のわが国の慣習……に徴し、法的にも承認され」と判示する点で興味深い。
- 10) 平成元年最判は原始取得説とも祭祀承継説とも、結論的には相続承継説と解することもできる。同判決の先例性への疑問は、金野俊男「判解」判タ臨時増刊 762 号 171 頁や、池田・前掲注 2) 228 頁を参照。
- 11) 本件原審の大阪家堺支審平 29・10・26 (前出) は、「祭祀財産 (民法 897 条) に準じて考察すべき本件遺骨の所有権は」祭祀主宰者である父が「当然本件遺骨の所有権を取得する……(民法 897 条 1 項参照)」と判示していた。
- 12) 石川利夫「祭祀承継と相続」川井健ほか編『講座・現代家族法 (5)』(日本評論社、1992 年) 103～105 頁が紹介する習俗や、学説、裁判例を参照。
- 13) 池田・前掲注 2) 174 頁、186 頁などを参照。
- 14) 泉久雄「子の専門教育と親の扶養義務」同著『家族法論集』(有斐閣、1989 年、初出 1981 年) 121 頁は、子の成人後も親は、身上監護権の余後効として子の独立に必要な範囲内で専門教育を受けさせる権利と義務があるとする。
- 15) 山口純夫「判批」判タ 667 号 (1988 年) 72 頁、池田・前掲注 2) 225～226 頁、宮崎・前掲注 3) 141 頁、梅澤彩「判批」金商増刊 1463 号 (2014 年) 71 頁など。
- 16) 色川・前掲注 5) によれば、東京地判平 25・9・13LEX/DB25514959、東京地判平 26・9・5LEX/DB25521666 では、判決後にいずれも和解による分骨が認められたようである。
- 17) 生活衛生法規研究会『逐条解説・墓地、埋葬等に関する法律 [新訂]』(第一法規、2017 年) 31 頁。同規定は行政法規なので、分骨請求権者は民法によって決することになる。
- 18) 池田・前掲注 2) 195 頁は、祭祀承継の裁判例をこのように総括して評価する。
- 19) A の C に対する追慕感情という人格的利益の侵害による損害賠償の可能性も考えられよう。大阪地堺支判平 7・12・1 判時 1581 号 110 頁参照。

\* 脱稿後に、佐々木健教授の本件評釈に接した (月報司法書士 565 号 (2019 年 3 月) 40 頁以下)。学説、裁判例の詳しい分歧については同稿を参照いただきたい。

専修大学教授 家永 登