

〔論 説〕

火葬場残留骨の法的意義

原 田 保

- I 序言
- II 高山火葬場事件
- III 葬送の地域差
- IV 残留骨取扱の現状および問題点
- V 結語

I 序 言

本稿筆者は、過日に新聞社による調査報道の一環として火葬場残留骨¹に関する取材を受け、その過程で様々な事柄について御教示および考察機会を頂いた。調査報道は本稿筆者の発言を含めて新聞掲載後に単行本として刊行された²が、本稿はこれを契機とする若干の検討を示すものである。

II 高山火葬場事件―大一刑判明43・10・4刑録16輯19巻1608頁

刑法190条に規定された「遺骨」の意義を明示した重要判例である。既に研究が行われて周知されている判例である³が、まず事実関係および審

1 「残骨灰」という表現の例が多いが、本稿では粉末化に至らない骨片を排除しない趣旨で「灰」の文字を避ける。

2 中日新聞社会部編『メメント・モリ 死を想え！ 多死社会ニッポンの現場を歩く』（ヘウレーカ、令2）。本稿筆者の発言は30頁～31頁。

3 大野真義『骨揚げ後の遺骨と刑法一九〇条の遺骨』小野清一郎編『宗教判例百選』

理経緯を略述しておく。

岐阜県大野郡高山町（現在は高山市）の住民は、親族が死亡すると、同地の慣習に従って、火葬場で火葬後に骨の一部だけを骨壺に収拾して残余を火葬場の処分に委ねていた。ところが、高山西ヶ洞火葬場の火夫 2 名が、この残留骨を肥料の原料として売却していた。同火夫は、火葬するべき死体を火葬場以外の場所で黒焼粉末にして売却する⁴ という行為も行っていた。

この事実が明治43年 2 月に発覚し、高山町でかなりの騒動になった。検察官は、2 名の火夫を死体領得罪で、2 名の購入者を遺骨領得罪で、各々起訴した。

第一審・岐阜地方裁判所は、火夫に死体領得罪成立を認めて懲役 5 月を宣告したが、購入者については無罪と判断して公訴不受理を宣告した。

購入者の無罪に対して検察官が控訴し、控訴審・名古屋控訴院は遺骨領得罪成立を肯定した⁵。

これに対して購入者 1 名が上告し、弁護人は行為客体が「遺骨」に該当しないと主張した。上告審は弁護人主張を認容して原判決破毀・自判によ

初版（別冊ジュリスト37号、有斐閣、昭47）168頁、同「遺骨領得罪の行為客体」若原茂編『宗教判例百選』2版（別冊ジュリスト109号、平3）216頁参照。中日新聞社会部編・前掲註2書24頁～25頁でも言及されている。

4 後の同種行為の例として、秋田地大館支判昭31・12・26判時104号27頁。これと同じく、薬としての売却であると推測される。

5 以上の経緯につき、出典判例集および高山新報94号（明43・2・20）5面、同紙98号（明43・4・20）5面、同紙113号（明43・10・5）5面参照。

但し、同紙113号には控訴審判決が購入者に贓物故買罪成立を認定して禁錮30日を宣告した旨の記載がある。出典判例集登載上告審判決は控訴審判決が遺骨領得罪成立を認定したことを前提とする判示を行っており、贓物故買罪に関する判示は存在しない。解釈論として贓物故買罪は肯定可能であるが、如何にも唐突であり、同罪法定刑に禁錮はないし、1月ではなく30日という宣告刑も異様である。同記事は誤報であると判断せざるを得ない。

なお、高山新報は、現地地方紙であり、明治43年5月までは毎月2回、同年6月からは毎月3回、という刊行であった。岐阜県図書館所蔵マイクロフィルムを閲覧させて頂いたが、撮影された原紙にかなりの破損があり、本件関係記事一部滅失の可能性もある。

り無罪を宣告した。それは、同罪の遺骨とは死者の記念のために保存すべき骨であり、当該地域の慣習に従って一部を骨壺に収拾した後に火葬場の処理に委ねた残余の骨は遺骨に該当しないから、その領得は道義的に厭わしいとしても同罪に該当しないという理由による。

爾後これを覆す判例はなく、残留骨を対象外にする適用基準は、刑法だけでなく墓地埋葬法でも使用されている。

Ⅲ 葬送の地域差

この判例について論じる際には、葬送の方法に関する地域差を看過できない。本章では、この点について検討する。

起訴された火夫の行為のうち、火葬すべき死体を勝手に別の場所で黒焼粉末にする行為については、刑法190条の罪を構成することに異論の余地はない。地元住民の驚愕・憤激は当然である⁶が、地域差は考え難い。本件において裁判所間で判断が分かれたのは、通常の火葬に付した焼骨のうち遺族による骨揚が終了した後の残留骨に対する行為である。

この点について、弁護士が上告趣意中で高山の一般の人心を論じていることが注目⁷に値する。それは「民人一般ニ温良敬虔ニシテ質樸ノ美風ニ富ミ宗教感念熾盛ナル良俗アリ」というものである。これに続けて火葬の際に骨の一部だけを骨壺に収拾する慣習を指摘しているのであるから、これは当該慣習を非難するべきではないとの趣旨によるものと理解できる。弁護士がこのような主張を行ったという事実は、検察官が骨の収拾を一部

6 前掲註5 高山新報94号4面に、火葬場管理人の任務懈怠を非難する読者投書が掲載されている。抽象的な記述であって如何なる具体的事実に基づくものかを断定することはできないが、本件火夫に対する監督の懈怠を非難している可能性も推測可能である。

7 前掲註5 高山新報113号5面によれば、本件上告審弁護士は東京在住であるが飛騨出身である。

に留める慣習に対して否定的評価を示していたことを推測させる。有罪との法解釈を行った裁判官も、同様の評価を行ったと理解できる。

人骨の放棄を許容しない規範の表明として注目に値するのは、泉二説⁸である。本判決の無罪という結論に対する強い反対説であるところ、その理由は、人骨全部が刑法190条の遺骨に該当すると解するのが社会通念である、というものである。

ここに所謂社会通念を主張者独自の見解と評するのが一般的理解であると認められる⁹が、主張者の出身地が奄美大島であることに鑑みれば、当地人にとっては必然的な解釈であったと理解することができる。当時の奄美大島には洗骨の慣習があり、人骨是一片たりとも放棄せず全部保存して追悼対象としていた¹⁰。生育環境がこのようなものであれば、たとえ一部でも人骨の放棄は絶対に許容できないという評価基準を社会通念として確信することは、些かも不合理ではない。このような規範意識を持つ論者にとって、人骨の放棄や売買が罪にならないという法解釈は、凡そあり得る筈もなかったと考えられる。

火葬後の焼骨收拾が骨の全部か一部かは、現在でも地域により異なり、東日本では全部收拾・西日本では一部收拾、という一般的傾向が指摘されている。当然に、骨壺の大きさも異なる。全部收拾を常とする地域で生育した人が一部收拾に留める行為を見れば、残留骨の放棄が遺骨遺棄罪に該当すると判断しても不思議ではない。ましてや、肥料の原料としての利用や売買は、論外の極悪非道であって遺骨領得罪成立に異論の余地は考え難い。本件での起訴・有罪判決は、このような判断に基づくものと理解できる。しかし、焼骨の一部收拾を非とする法適用は、慣習に従って疑念もな

8 泉二新熊『日本刑法論下巻各論』26版（有斐閣、大8）286頁～288頁参照。

9 大野・前掲註3論文各169頁、217頁参照。

10 本稿筆者は、平成19年に奄美大島を訪れた際に、展示施設「奄美パーク」において、昭和44年に名瀬市で撮影された洗骨の写真を、人々の様々な営みを撮影した写真展示場で見ることができた。また、同施設職員から、いったん土葬して7年忌の際に骨を掘り出して海水で洗った後に墓に納める慣習が昭和40年代まであった旨を御教示頂いた。

く一部收拾を常としていた地域の人々にとって、青天の霹靂である。

刑法190条・191条に規定された死体等に対する罪の構成要件に該当する行為は、葬送以外の死体取扱である¹¹。どのような死体取扱が葬送であるかは、社会通念に基づいて判断する他ない。これは、同罪の法益が死体等に対する公衆の敬虔感情、死者の平穩・尊厳、国民の宗教感情、といった表現で提示される社会法益であることから導かれる基準である¹²。

社会通念とは、語義としては「大多数の人々の思考」である。しかし、その内容は何処にも明記されておらず、社会に実在する大多数の人々の思考を確認する方法も存在しない。誰かが「社会通念によれば〇〇である」と述べる場合、その「〇〇である」という命題自体は判断者自身の思考でしかない。その主観的思考と共に、それが大多数の人々の思考と同一であるという推測を経て、「社会通念」の名称を以て提示される、というのが実態である。それが本当に大多数の人々の思考と同一であるか否か、そのような社会通念が実在するか否かは、誰にも確認できないのである。

社会通念は、このような不確実性と共に、地域差や時代変遷を免れ得ない。このような偏差も、認識困難であることが多い。或る地域で大多数の人々に共有されている思考があっても、それが他の地域でも共有されているという保証はなく、他の地域の人々と意見交換を行わなければ地域差の存在を認識することはない。或る時代に大多数の人々に共有されている思考があっても、それが永続するという保証はなく、暫く後には別内容の思考が主流になるかもしれない。しかし、この場合にも、相互の意見交換がなければ時代変遷を認識することはない。

そして、自分の信じる社会通念と異なる思考や行動の存在を知った人の対応が時として紛争を生じる。それは、自分の信じる社会通念と異なるこ

11 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（平17）1頁参照。

12 法文に明記されていない犯罪成否基準は、当然に罪刑法定主義の問題を伴う。片桐直人「新しい葬法の登場と「弔う秩序」」法律時報92巻9号（令2）110頁、115頁参照。

とから直ちに「悪」「誤」「愚」「劣」と評価して排斥する行動によって生じる。社会通念が適法・違法の区別や犯罪成否の基準とされる場合には、このような偏差が法的結論の相違を導く。高山火葬場事件で一部拾骨の慣習を違法視した検察官・裁判官は、まさにそのような行動を執ったと評価できる。大審院が犯罪成立を否定したことは、当該地域の社会通念に対する是認であり、葬送に関する社会通念が全国一律のものではないと認めたことを意味する。かようにして、同事件は葬送に関する社会通念の地域差が犯罪成否判断の相違を導いた事例であると評価できる¹³。

IV 残留骨取扱の現状および問題点

近年に開発された高温の火葬窯で骨を残すことなく完全焼却することのできる火葬場もあるが、多くの火葬場では、完全焼却の性能があっても、骨を残す程度に留めて遺族の骨揚に供する。その際に、全部拾骨の地域でも収拾困難な骨灰は遺族もその場に残し、一部拾骨の地域では焼骨の大部分が火葬場に委ねられる。これらの残留骨は、遺族が放棄すれば火葬場管理者の所有物になり¹⁴、前述の通り「遺骨」ではないことに基づいて墓地埋葬法の対象たる「焼骨」としての扱いはなく、更に、廃棄物処理法の対象にもされない¹⁵。故に、単に「物」「所有物」であり、財産的価値を論じるなら「財物」である¹⁶。

問題は、かかる物に対する火葬場の措置である。大多数の火葬場では専

13 原田保「葬送を怠る者や新たな葬法に法律は機能し得るか」月刊住職19巻1号(平29)100頁、104頁～106頁参照。

14 大三刑判昭14・3・7刑集18巻3号93頁参照。本判例は、中日新聞社会部編・前掲註2書25頁、27頁でも言及されている。

15 中日新聞社会部編・前掲註2書25頁参照。

16 故に、不法な領得については、遺骨領得罪ではなく、専ら財産犯罪が論じられることになる。前掲註14大三刑判昭14参照。

用の場所で保管する¹⁷が、保管容量には限界がある。そこで、火葬場を管理する市町村は、業者に処理を委託することになる。その際に、公金から処理料を支払う市町村と売却して収入を得るする市町村とがあり¹⁸、方法は様々である¹⁹。

然るに、残留骨には歯科治療で使用された貴金属が混ざっており、貴金属として高額の金銭的価値を有している。処理業者は、当該貴金属を取り出して売却することにより、利益を得ることができる。そのため、売却に係る入札の際には、1円とか0円とかいった金額を提示する業者が少なくない。議員が介入する例もある²⁰。高額の収益が期待できる故であるが、人骨の売買には批判もある²¹。そして、貴金属を取り出した後の人骨残滓は、墓地でも廃棄物処理場でもない場所に放置される²²。刑法の遺骨、墓地埋葬法の焼骨、廃棄物処理法の汚物・不要物、のどれにも該当しないという解釈によれば適法であるが、様々な問題を有していることは明白である。

17 前掲註14大三刑判昭14は、この措置について、骨揚後の残留骨は「遺骨ト同一視スルヲ得スト雖之ヲ塵埃ト等シク直ニ遺棄シテルカ如キハ吾人ノ道義上ノ見解ニ於テ厭フヘキモノアルヲ以テ」と説明している。

18 前掲註14大三刑判昭14には、競売により火葬場管理者たる市町村の雑収入になる旨の指摘があり、残留骨の売却は新たな現象ではない。

19 中日新聞社会部編・前掲註2書27頁～29頁参照。なお、昭和3年に建立されて平成元年に解体撤去された別府大仏は素材たるコンクリートに人骨等を混入した「遺骨仏」であったところ、建立者からの火葬場残留骨使用許可申請に対して別府市参事会は満場一致で許可を決定した。渡邊友一『大仏山縁起録』（和田成美堂・和田周蔵、昭3）20頁～21頁参照。同書にも他の文献にも金銭授受に関する記述はないので、無償であったと推測される。使用許可が贈与の意思表示であったか否かは定かでないが、当該人骨は付合により主材料たるコンクリートの所有者に帰属することになり、その旨を認識した上での使用許可であったと解されるので、結果的に無償譲渡と同一に帰し、所有権帰属は適法有効であったと認められる。

20 中日新聞社会部編・前掲註2書22頁～24頁参照。

21 中日新聞社会部編・前掲註2書29頁参照

22 中日新聞社会部編・前掲註2書19頁参照。

V 結 語

以上の検討に基づき、火葬場残留骨の法的意義に関する若干の私見を提示して、本稿の結語とする。

問題は、火葬場残留骨に固有の法的概念が存在しないため、「遺骨」概念から外されると同時に直ちに「財物」概念に包含され得る点にある²³。人体由来物が現に財産的価値を担わされている現状において、「財物」概念の全面的拒絶は困難であるが、それでも前述の通り人骨の売買に対して強い批判があるという事実は、人体の残骸を「商品」として扱うことに対する多くの人々の嫌悪感を示している。食用に供した魚の残骸と等しく即物的に「生ゴミ」扱いすることには、更に大きな嫌悪感が推測できる。これが現在の日本の社会通念であるなら、火葬場残留骨は「財物」でも「廃棄物」でもない固有の法的概念を以て現在の日本の社会通念に適合する法的取扱を要する筈である。それが、火葬場残留骨の取扱が墓地埋葬法でも廃棄物処理法でも規制できない「法のはざま」にあるという不合理な現状を改善する唯一の方法である。そこで、本稿筆者は、私見として、「葬送対象近似物」あるいは「準葬送対象物」という概念を提唱したい²⁵。

一部拾骨の地域で遺骨でなくなる火葬場残留骨も、全部拾骨の地域では遺骨である²⁶。葬送は、若干の例外を除いて、基本的に遺族による遂行が予定されているところ、骨揚は「遺族による」葬送の対象を取り分ける作業であり、一部拾骨の地域で「遺族による」葬送の対象から外されても、人骨であるという事実が変わりはなく、「社会による」取扱の問題が消滅

23 この論理は前掲註14大三刑判昭14でも提示されているが、人骨に対する不法な取得が、遺族が収拾した骨なら懲役3年以下の遺骨領得罪になり、遺族が放棄した骨なら懲役10年以下の窃盗罪になる、という合理性薄弱な差異が回避できない。

24 中日新聞社会部編・前掲註2書24頁～26頁参照。

25 中日新聞社会部編・前掲註2書31頁参照。

26 墓地埋葬法9条および行旅病人及行旅死亡人取扱法7条に基づく市町村(長)による埋葬・火葬、刑事収容施設及び被収容者等の処遇に関する法律177条等に基づく施設長による埋葬・火葬、船員法15条に基づく船長による水葬。

する訳ではない。粗末な取扱を許容しない社会通念が存在する限り、それは、火葬場残留骨も遺骨に「近似する」から遺骨に「準じる」取扱が要求されることを意味し、だからこそ火葬場残留骨専用の収蔵場所が設けられるのである。これは、同じ人骨が葬送慣習の如何により「遺骨」になるか否かの地域差に基づく取扱の差異を最小限にする方法であり、これによって各地域の社会通念が尊重されることになる。現にこのような措置が執られているのであるから、これを前提とする法制度の構築は必須である。人骨が「遺族による」葬送の対象から外されたなら、その取扱に係る責務は国・自治体が果たす他ない。

その方法としては、「〇〇県民墓」「〇〇市民墓」といった合同墓の設置が最も合理的である²⁷。このような人骨収蔵施設が設置されて個人墓との選択が可能になれば、火葬場残留骨以外の「遺骨」も収蔵可能になり、所謂「墓じまい」の苦吟も解消される。

本稿で提示した概念の名称については、様々な見解があり得る。いずれにしても、遺族による葬送から外された人骨に固有の法的概念を創設し、各法分野毎に適切な取扱方法を制度化する立法を要するが、本稿には、具体的に提案する余裕がない。優れた研究者・実務家による検討を期待するところである。

（令2・10・14稿）

27 原田保「刑法における葬送秩序」法律時報92巻10号（令2）118頁、121頁、同「撒骨（散骨）および葬送の論点」愛知学院大学法務支援センター編『リーガル・カフェ法律ブログ集 Vol.3』（令2）22頁、23頁参照。