

## 【判例研究】

### 死体遺棄罪の成立が否定された事例

(最高裁第二小法廷判決令和5年3月24日【令和4年(あ)第196号】)<sup>1</sup>

上原大祐

#### 1. 事実の概要

被告人はベトナムからの技能実習生として来日し、受入会社が用意した家屋(以下「寮」)で生活していたところ、自分が妊娠したことを知ったものの、そのことを周囲に言わず、医師の診察を受けなかった。被告人は令和2年11月15日午前9時頃、寮の被告人の居室(以下「自室」)内で本件えい児2名を出産したが、いずれも遅くとも出産後間もなく死亡した。被告人は、少し休んだ後、自室において、本件各えい児の死体をタオルで包み、段ボールに入れ、その上に別のタオルをかぶせ、更に被告人が付けた本件各えい児の名前等に加えて、おわびやゆっくり休んでくださいという趣旨の言葉を書いた手紙を置いて、その段ボールに接着テープで封をし、その段ボール箱を別の段ボール箱に入れ、接着テープで封をして棚の上に置いた。被告人は翌16日、妊娠の可能性を聞いた監理団体の職員等に連れられて病院で受診し、同日午後6時頃、赤ちゃんの形をしたものを産んで埋めた旨話したため、同月17日に寮の捜索が行われ、棚の上に置かれた段ボールの中から本件各えい児の死体が発見された。

本件行為につき、被告人が刑法190条死体遺棄罪で起訴されたところ、第一審(熊本地判令和3年7月20日)<sup>2</sup>は、被告人に死体遺棄罪の成立を認め、被告人を懲役8月執行猶予3年に処した。これに対し弁護側が控訴したところ、控訴審(福岡高判令和4年1月19日)<sup>3</sup>は原判決を破棄し、第一審が成立を認めた死体遺棄罪に関し、被告人が死体を段ボールに入れたまま自室に1日以上置いたままにした不作為の部分に関しては死体遺棄罪の成立を否定し、被告人が死体を2つの段ボールに入れて二重に包み、封をした作為に関してのみ、死体遺棄罪の

<sup>1</sup> LEX/DB文献番号25572744

<sup>2</sup> LEX/DB文献番号25571735

<sup>3</sup> LEX/DB文献番号25591642

成立を認め、被告人を懲役3月執行猶予2年に処した。弁護側がこれを不服として上告した。

## 2. 判旨

原判決および第1審判決破棄。被告人は無罪

「刑法190条は、社会的な習俗に従って死体の埋葬等が行われることにより、死者に対する一般的な宗教的感情や敬けん感情が保護されるべきことを前提に、死体等を損壊し、遺棄し又は領得する行為を処罰することとしたものと解される。したがって、習俗上の埋葬等とは認められない態様で死体等を放棄し又は隠匿する行為が死体遺棄罪の「遺棄」に当たると解するのが相当である。そうすると、他者が死体を発見することが困難な状況を作成する隠匿行為が「遺棄」に当たるか否かを判断するに当たっては、それが葬祭の準備又はその一過程として行われたものか否かという観点から検討しただけでは足りず、その態様自体が習俗上の埋葬等と相いれない処置といえるものか否かという観点から検討する必要がある。……被告人は、自室で、出産し、死亡後間もない本件各えい児の死体をタオルに包んで段ボール箱に入れ、同段ボール箱を棚の上に置くなどしている。このような被告人の行為は、死体を隠匿し、他者が死体を発見することが困難な状況を作成したものであるが、それが行われた場所、死体のこん包及び設置の方法等に照らすと、その態様自体がいまだ習俗上の埋葬等と相いれない処置とは認められないから、刑法190条にいう「遺棄」に当たらない。」

## 3. 評釈

### (1) はじめに

本判決は、被告人が出産後まもなく死亡したえい児の死体を、手紙等と共に段ボール箱に二重に入れて接着テープで封をし、1日と約9時間に渡って自室に置き続けた、という行為につき、刑法190条死体遺棄罪に問われた事案に関する最高裁の判断である。本判決についてはこれまでも研究者および実務家に

よる数多くの判例評釈等による詳細な分析が公表されている<sup>4</sup>。本稿では、判例の主要な論点に関しては先行研究で十分に分析されている、ということの前

<sup>4</sup> 本件裁判の主任弁護士であった石黒大貴弁護士によるものとして、石黒大貴「(続)ベトナム人技能実習生死産児「死体遺棄」事件(最高裁無罪判決が実務に与える影響):死体遺棄被告事件(刑事弁護レポート)」および福永俊輔「コメント 死体遺棄罪の運用に与える影響—本判決の意義」季刊刑事弁護115号(2023)121頁以下、石黒大貴「司法をめぐる動き(84)ベトナム人元技能実習生孤立死産「死体遺棄」事件」法と民主主義579号(2023)38頁以下、石黒大貴「技能実習生孤立死産「死体遺棄」事件—孤立出産に対する懲罰的態度から福祉への転換に向けて」法学セミナー820号(2023)31頁以下がある。また、本件裁判の控訴審および上告審において刑法学者の立場から意見書を提出された福永俊輔教授による、福永俊輔「熊本技能実習生死体遺棄事件上告審判決」TKCローライブラリー新・判例解説Watch刑法No.193(文獻番号z18817009-00-071932324(2023)1頁以下、同「判例研究 熊本技能実習生死体遺棄事件最高裁判決」西南学院大学法学論集第56巻・2合併号(2023)115頁以下もある。その他のものとして、白井美果「死体遺棄罪に関し、被告人が出産したえい児2名の死体を段ボール箱に入れて自室の棚の上に置いた行為について、同罪にいう「遺棄」に当たらない旨判示した事例〈判例研究〉」研修900号(2023)55頁以下、山本高子「死亡後まもないえい児の死体を隠匿した行為が死体遺棄罪の「遺棄」にあたるか〈最新裁判例研究/刑法〉」法学セミナー823号(2023)116頁以下、十河太朗「死体遺棄罪の成立が否定された事例〈判例セレクトMonthly/刑法〉」法学教室516号(2023)114頁、三代川邦夫「死亡後間もなくえい児の死体を隠匿した行為が刑法190条にいう「遺棄」に当たらないとされた事例」刑事法ジャーナル78号(2023)184頁以下、栗木傑「刑事判例研究(542)自室で出産し、死亡後間もない双子のえい児の死体をタオルに包んで段ボール箱に入れて接着テープで封をするなどし、同段ボール箱を棚の上に置くなどした事案において、死体遺棄罪の成立を否定した事例」警察学論集76巻9号(2023)174頁以下、安達敏男=吉川樹士「身近な家族法知識(第123回)いわゆる内密出産と孤立出産並びに内密出産についての国のガイドラインの概要(戸籍の作成等)について」戸籍時報840号(2023)33頁以下、濱田新「隠匿による死体遺棄について」信州大学経法論集15号(2023)131頁以下、菅沼真也子「刑事判例研究—いわゆるベトナム人技能実習生孤立出産死体遺棄事件」法学新報(中央大学)130巻5・6号(2023)335頁以下、矢田陽一「判例研究 自身が出産したえい児2名の死体を段ボール箱に入れた上、自室に置き続け、もって死体を遺棄した被告人の行為につき、死体遺棄罪の成立を否定した事例」比較法制研究(国土館大学)46号(2023)181頁以下、嶋矢貴之「死体遺棄罪」法学教室514号(2023)36頁以下、杉本一敏「刑法190条にいう「遺棄」の意義と死亡後間もないえい児の死体を隠匿する行為」ジュリスト1597号(臨増・令5重判解)(2024)140頁以下、前田雅英「最新刑事判例研究 第69回 死体隠匿の可罰性」捜査研究886号(2024)72頁以下、佐々木くみ「技能実習生嬰児死体遺棄無罪判決と個人の窮境」法学セミナー832号(2024)27頁以下、松宮孝明「「葬祭妨害」としての死体遺棄と「葬祭懈怠」としての死体遺棄—最判令和5年3月24日刑集77巻3号41頁の意義について—」判例時報2593号(2024)91頁以下、等がある。また、関連するものとして、本件裁判において最高裁に提出された意見書が公表されたものとして、松宮孝明「「他者による葬祭可能性の減少」と死体遺棄—福岡高判令和4・1・19の問題点について—」立命館法学404号(2023)1頁以下、木下昌彦「孤立出産と死体遺棄罪の憲法問題:技能実習生孤立出産事件意見書」神戸法学雑誌73巻1号(2023)1頁以下、石黒大貴弁護士を始めとする複数の論者が行った講演の講演録につき、岡田行雄他「シンポジウム 死体遺棄事件最高裁判決をめぐって」熊本大学法学論集160号(2024)83頁以下、等がある。

提としつつ、新たな視点を加えるという意味で、これまで提示されてきた視点とは異なる視点から、本判決について分析してみたい。すなわち、「遺棄」行為と「葬祭」および「埋葬」との関係について、である。従来、死体遺棄罪の「遺棄」行為該当性に関して、「葬祭」と「埋葬」の区別は意識的に論じられてこなかったと考えられる。しかし、本件最高裁判決を分析するにあたっては、この区別が重要な意味を持つのではないか、というのが本稿の問題意識である。そして、執筆者の問題意識は結局のところ、最高裁が本件無罪判決を出すにあたって、本件事案における時間的要素を考慮に入れたか否か、という点に集約される。以下、この点に着目しつつ、第一審から最高裁の判断を概観する。なお、これまでに公表されてきた評釈には、刑法学的観点からのもの他に、憲法学的観点や実務家的観点からのものも複数存在する。特に、技能実習制度との関係でも本件事件及び最高裁判決は議論の対象となり得るものであるが、執筆者は刑法学徒であり、あくまで刑法学的観点に絞って論を展開したい。

## (2) 各裁判所の判断と、その中での遺棄行為と「葬祭」および「埋葬」

### ① 第一審（熊本地判令和3年7月20日）

第一審において裁判所は死体遺棄罪の成立に関し、㉠被告人の行為が刑法190条の遺棄に当たるか、㉡被告人に死体遺棄の故意があったか、㉢被告人に葬祭義務を果たす期待可能性があったか、の3点について検討し、㉠については、被告人がえい児の死体を段ボールに入れて外から分からないようにした行為、および回復したら誰にも伝えず自分で埋葬しようなどと考え、1日以上にわたり、それを自室に置き続けた行為につき、「これらの行為は、被告人に埋葬の意思があっても、死産をまわりに隠したまま、私的に埋葬するための準備であり、正常な埋葬のための準備ではないなら、国民の一般的な宗教的感情を害することが明らかである」として、刑法190条死体遺棄罪の行為に当たる、とした。続いて㉡に関しては被告人の年齢や日本で2年以上生活していることを考慮して、被告人の行為が「正常な埋葬のための準備とはいえず、一般的な宗教的感情を害することは、容易に分かったはずである」として、死体遺棄の故意があった、とした。最後に㉢に関して、裁判所は被告人が㉠の行為の当日、「まわりの人に、出産や死産を告白し、助力を求めることはできたはずである。

したがって、被告人には、それらを告白し、まわりの助力を得ながら、適切な葬祭義務を果たす可能性があったといえる」として、葬祭義務の履行可能性を認めている。

第一審は、控訴審裁判所が後述の様に分析するように、㉞被告人の遺棄につき、作為と不作為の2つの形態の実行行為について検討し、それぞれ実行行為の相当性を認めている。ここで着目すべきは、第一審裁判所は㉞㉟の段階では「埋葬」という言葉を用い、被告人の行為が私的な「埋葬」のための準備行為であり、正常な埋葬のための行為ではない、ということに基づいて判断しているのに対し、㉟の段階では「葬祭義務」という言葉を用いていることである。この葬祭義務は、㉞の中でも不作為形態における死体遺棄罪の成立に関して検討されるべき要素である。それゆえ、第一審において裁判所は、「埋葬」と「葬祭」の用語を、特に意識的に区別せず用いている、と考えられる。

## ② 控訴審（福岡高判令和4年1月19日）

これに対し、控訴審では、第一審判決における裁判所の判断につき、原判決が被告人の行為につき、本件各えい児の死体を、段ボールの中に入れた上、自室内に置いた作為と、本件各えい児の死体の葬祭義務を負う被告人が、それらの死体を1日以上にわたり葬祭を行わずに自室内に置いたままにした不作為の双方が遺棄に当たると判断した、と分析した。その上で、まず、本件作為に関して検討するに際して、一般論として、死体を隠す行為が「その行為が外観からは死体を隠すものに見え得るとしても、習俗上の葬祭…を行う準備、あるいは葬祭の一過程として行ったものであれば、その行為は、死者に対する一般的な宗教的感情や敬けん感情を害するものではなく、「遺棄」に当たらない」としたうえで、本件作為は葬祭を行う準備、あるいは葬祭の一過程として行ったものではないから、本件作為が死体遺棄罪にいう「遺棄」に当たるとした原判決の判断は正当である、とした。これに対し、本件不作為に関しては、「死体の葬祭義務を負う者が葬祭を行わないという不作為が死体遺棄罪にいう死体の「遺棄」に該当するのは、その者が死体の存在を認識してから同義務を履行すべき相当の期間内に葬祭を行わなかった場合に限られると解するのが相当である」と述べた上で、本件事案の場合、被告人が本件各えい児の死体の存在を認識してから葬祭義務を履行しないまま経過した期間が1日と約9時間に留まることを

指摘し、通常の葬祭を行う場合でもその着手までにその程度の期間を要することはあり得ると考えられるから、本件不作為行為は「遺棄」には当たらない、とした。

このように控訴審は、第一審判決で裁判所が死体遺棄罪成立を認めた行為の中で、不作為に当たる部分につき、遺棄罪の成立を否定し、作為の部分についてのみ死体遺棄罪の成立を認めたのであるが、控訴審判決においては、裁判所がその判断を示す部分において、一貫して「葬祭」という文言を用いている。

### ③ 上告審における「葬祭」と「埋葬」

これに対し、上告審にあたる最高裁は、作為の部分に関しても死体遺棄罪の成立を否定したのであるが、その前提として「習俗上の埋葬等とは認められない態様で死体等を放棄し又は隠匿する行為が死体遺棄罪の「遺棄」に当たる」としたうえで、他者が死体を発見することが困難な状況を作成する隠匿行為が「遺棄」にあたるか否かを判断するに当たっては、それが「葬祭の準備又はその一過程として行われたものか否か」という観点から検討しただけでは足りず、その態様自体が習俗上の埋葬等と相いれない処置といえるものか否かという観点から検討する必要がある」とし、被告人の行為につき、「死体を隠匿し、他者が死体を発見することが困難な状況を作成したものであるが、それが行われた場所、死体のこん包及び設置の方法等に照らすと、その態様自体がいまだ習俗上の埋葬等と相いれない処置とは認められないから、刑法190条にいう「遺棄」に当たらない」と結論づけた。

ここで着目すべきは、最高裁はその判断の中で、遺棄該当性を「葬祭」との関連性という観点から検討するだけでは足りず、むしろ「埋葬」との関連性という観点から検討すべき、とした点である。これに関し、これまでに公表された評釈では、高裁の判断と最高裁の判断を分けた点として「葬祭の一過程として行われたものか否か」という観点と「習俗上の埋葬と相いれない処置といえるものか否か」という観点的違い、いわば「原則と例外の逆転」として理解するものがある<sup>5</sup>。この理解自体は、最高裁が用いた文言の観点からして、執筆

<sup>5</sup> たとえば三代川・前掲注4。189頁は「原判決は、葬送の一過程といえる行為のみが許容され、そこから逸脱する行為にはあまねく遺棄該当性を認めようとするのに対し、本判決は、葬送の一過程といえない行為であっても、それだけでは遺棄

者としても首肯し得るものである。しかし、最高裁の判断の意義はそれだけに留まるのか、というのが執筆者の問題意識である。すなわち、この「原則と例外の逆転」に関してのみ最高裁判決の主眼があるのであれば、最高裁としては「習俗上の葬祭と相いれない処置といえるものか否か」という表現を用いれば良かったはずである。しかし、最高裁は「葬祭」ではなく「埋葬」という言葉を用いている。したがって、最高裁は「埋葬」という言葉を敢えて用い、「葬祭」と「埋葬」という概念を区別している、と見ることができよう<sup>6</sup>。その場合、「葬祭」と「埋葬」の区別は何か、という点が問題となってくる。

### (3) 最高裁判決の分析—「葬祭」と「埋葬」の区別という観点から

前掲注4. で挙げた先行研究を見る限りにおいて、本件判決の結論の妥当性に関しては、これを肯定する点で刑法学の世界において概ね一致を見ていると言えるだろう。また、「隠匿」行為も「遺棄」に含まれ得る、という事自体は従来の刑法学の議論においても認められてきたが<sup>7</sup>、「隠匿」と「遺棄」の関係に関して、「他者が死体を発見することが困難な状況を作成する隠匿」であっても、刑法190条死体遺棄罪の処罰の対象とされる「遺棄」に該当する場合と該当しない場合がある、という事に関して、意見の一致があると見て良い。さらに、最高裁の判断に基づいて、高裁が示した「葬祭の準備又はその一過程として行われた場合には、「隠匿」であっても「遺棄」には該当しない」とい

---

該当性は認めず、葬送とはもはや相いれない段階に至った例外的な行為にのみ遺棄該当性を認めるのであり、いわば原則と例外が逆転しているのである」と述べる。同様の指摘が白井・前掲注4. 62頁。

<sup>6</sup> これに関しては、遺棄による刑法190条の罪の成立に関するリーディングケースとして挙げられる大判大正8・5・31刑録25輯727頁が「法令又ハ習慣ニ依リ埋葬ヲ行フニ非シテ死體ヲ放置シタルトキハ・・・死體遺棄罪ヲ構成シ」と述べ、遺棄を「埋葬」との関係で定義しているため、本判決もこの言葉遣いに合わせたに過ぎない、という批判が考えられる。しかし同じく大審院の判決である大判昭和20・5・1大刑集24巻1頁は「死體遺棄ノ罪ハ葬祭ニ關スル良俗ヲ保持スルコトヲ法益トスルニ在ルヲ以テ・・・埋葬ニ關スル善良ナル風俗ヲ破壊スルノ甚シキモノト云フヘク」と述べ、同一の文章の中で「葬祭」と「埋葬」を特に区別することなく用いている。したがって裁判所も、本件判決が出るまでは「葬祭」と「埋葬」の区別を特に意識していなかったと考えられる。しかし本件判決では、高裁が用いた「葬祭」ではなく、敢えて「埋葬」という言葉が用いられている。であればこそ、今回最高裁があえて言葉を使い分けた、その意義が問われる、と考えられるのである。

<sup>7</sup> たとえば大塚仁他編『大コンメンタール刑法第三版第9巻』（2013・青林書院）246頁

う基準自体は肯定した上で、「葬祭の準備又はその一過程」と見なし得ない場合であっても「いまだ習俗上の埋葬等と相いれない処置と認められない」場合には、「遺棄」に該当しない、という事に関しても、異論はないと考えられる。問題は、「習俗上の埋葬等と相いれない処置」と認められる場合と認められない場合を、いかなる基準で区別するか、である。

これに関係して、本件判決において最高裁はその判断の中で、高裁が用いた「葬祭」を敢えて「埋葬」に置き換えることによって1つの判断を示した、というのが執筆者の理解であるが、これについて論じる前に、「葬祭」と「埋葬」という言葉を巡るこれまでの刑法学における現状について確認しておこう。

端的に言えば、死体遺棄罪との関連において「葬祭」と「埋葬」は意識的に区別して論じられてこなかった、と思われる<sup>8</sup>。たとえば、死体を積極的に遺棄する等の死体遺棄罪が成立する典型的な事例では、「葬祭」を妨害することは、すなわち「埋葬」をも妨害することである。それゆえ、この2つの概念を区別することの意義は特に着目されてこなかった、と考えられよう。しかし、本件裁判において最高裁がこの2つの概念を区別し、それが結論に影響を及ぼしているとするならば、その違いは何か。

この点について検討するためには、「葬祭」「埋葬」という日本語のそもそもの意味について確認しておく必要があるだろう。『広辞苑』<sup>9</sup>は、まず「葬祭」につき、「葬式と祭祀」と定義するが、この「祭祀」については「神や祖先を

---

<sup>8</sup> たとえば大塚編・前掲注7. 245頁は、死体遺棄につき「習俗上の埋葬等とみられる方法によらないで死体等を放棄することをいう」と定義するが、遺棄の中でも不作為形態の遺棄に関して「法令、慣習、契約等により葬祭の義務を有する者が葬祭の意思なく死体を放置して死体のある場所から離去する場合は…いわゆる不真正不作為犯の一種として、本条の遺棄に含まれるとするのが通説・判例である」(246頁)とする。ここでは「埋葬」と「葬祭」の区別については特に言及されていない。また、注4. で列举した本判決について評釈した論考の中でも、「葬祭」と「埋葬」を明示的に区別して論じたものは見受けられず、むしろたとえば「そして、たとい被告人の本件隠匿ないし放置行為が「正常な埋葬・葬祭の準備あるいは一過程」にはなく、いわゆる「隠匿」に当たりうるとしても…」と述べることにより、「葬祭」と「埋葬」を同一線上で論じるものも存在する(矢田・前掲注4. 191頁)。また、松宮・前掲注4. も「被告人は「自分が元気になったら土中に埋葬しようと思っていた旨述べている」ので、ベトナムの風習に従った葬祭の意思があったことは、現判決でも認められている」(松宮・前掲注4. 93頁)と述べるが、これも「葬祭」と「埋葬」を同一線上で論じるものであろう。

<sup>9</sup> 新村出編『広辞苑 第七版』(2018・岩波書店)

まつること。まつり。祭典」と定義されている。「葬式」と「祭祀」を合わせた概念を「葬祭」とするのであれば、この言葉は、ある程度の期間に渡るものとしての意味を有する言葉、という事ができるのではないか。これに対し、「埋葬」について『広辞苑』は「死体を土中に埋め葬ること。遺骨などを埋め葬ること」と定義している<sup>10</sup>。これに関しては、先の「葬祭」に比して、ある程度の日時を特定することができる概念、という事ができよう。少なくとも、このように定義された「埋葬」が、複数日に渡って行われることは観念し得ないであろう。そして、「葬祭」の中の特定の時点で「埋葬」が行われる、と整理することができよう。であれば、この2つを比較すると、控訴審で裁判所が「葬祭」という言葉を使っていたのに対し、上告審で最高裁が「遺棄」該当性を「葬祭」ではなく「埋葬」との関係で定義したことには、このような時間的見地からの言葉の使い分け、という意味もあったのではないか、とも考えられるのである<sup>11</sup>。

#### (4) 最高裁の用いた文言における「いまだ」の意義—先行研究との関係において

執筆者としては、上述のように、本判決において最高裁は「葬祭」ではなく敢えて「埋葬」という言葉を用いることにより、時間的観点も含めて考慮し、原判決破棄の結論を導いたと考える。したがって、最高裁が事案の評価において用いた「このような被告人の行為は…それが行われた場所、死体のこん包及び設置の方法等に照らすと、その態様自体がいまだ習俗上の埋葬等と相いれな

<sup>10</sup> なお、『墓地、埋葬等に関する法律（以下、墓埋法）』2条1項では「この法律で「埋葬」とは、死体（妊娠四箇月以上の死胎を含む。以下同じ。）を土中に葬ることをいう」と定義されているが、火葬とは別に規定されていることに基づき、「埋葬」は火葬とは区別される、いわゆる「土葬」を指す、とする見解も存在するが（たとえば、萩野貴司「不作為による死体遺棄—作為義務の検討を中心に—」名城法学71巻3・4号（2022）2頁の注2）従来の判例や刑法学の議論においては、「埋葬」という言葉は「土葬」に限定して用いられてきたとは思われない。『広辞苑』の定義による「埋葬」であれば、火葬等をして遺骨にした後に、遺骨等を埋める、もしくは墓に納めることも含み得ると考えられ、従来の判例・刑法学の議論も、こちらの意味で「埋葬」という言葉を用いてきた、と考えられる。本稿でも、こちらの意味で「埋葬」を用いる。

<sup>11</sup> この点について、シンポジウムの際に石黒大貴弁護士に執筆者が直接お尋ねしたところ、憲法学者の立場から最高裁に意見書を提出された木下昌彦教授の、葬祭過程の段階（第一次葬と第二次葬）に関する指摘（木下・前掲注4. 6～7頁）が最高裁の判断に影響を与えた可能性はある、との評価であった（岡田他・前掲注4. 121頁）。

い処置とは認められない(傍点執筆者)」との文言の「・・・方法等」には、被告人が死体を発見してから経過した期間という時間的考慮も含まれており、「いまだ」という表現もこの文脈でも把握され得る、と考えるのである。これに対し、先行研究として公表されている評釈を見ると、この時間的考慮に関しては、これを否定する見解も存在する<sup>12</sup>。そこで、執筆者の上述の見解が刑法学の世界においていかなる意味を持つのか、を確認するためにも、先行研究が本件判例をどのように分析しているか、概観することは有益である。以下、見てゆこう。

この点に関し、白井美果検事は、本件判決の「相いれない」との文言に着目し、分析される。執筆者が考察の対象とする最高裁の判断における「いまだ」は当然に「相いれない処置とは認められない」にかかる副詞であるから、この分析を参照することには意義があろう。白井検事の分析によれば、本件判決が習俗上の「埋葬等と相いれないか否か」を検討する必要性を指摘した意義は、①葬祭の準備等そのものではないとして、葬祭、埋葬等を行うことと客観的、物理的に両立し得ないものか、②葬祭の準備等そのものではないとして、(たとえば死体の取扱いなどの点で)死者に対する弔いの気持ちを表す葬祭、埋葬等を行うことと、主観的に両立しないものか、という観点があり得る、と分析される<sup>13</sup>。

白井検事が分析された最高裁の指摘の意義に関する理解のうち、②の立場を採るのが、「遺棄」該当性の基準を保護法益の観点から導く立場であると言えよう。たとえば、福永俊輔教授は、本件判決において示された「遺棄」概念について分析するにおいて、「本件判決では・・・刑法190条の保護法益を「死者

---

<sup>12</sup> 白井・前掲注4. 64頁。白井検事が時間的考慮の存在を否定されるのは、裁判所が考慮要素として時間的要素を挙げていないから、と考えられる。

<sup>13</sup> 白井・前掲注4. 63頁。この2つの観点からの、最高裁の基準の本件事案への当てはめに関しては、①の観点からの本件事案への当てはめとしては、「埋葬等の可能性を失わせるか」という観点からすると、「場所」は自室であり、移転を伴った放棄等ではなく、「こん包及び設置の方法」は、死亡後間もなく死体をタオルで包んだ上で二重に箱の上に入れて棚の上に置いたというものであるから、これらの行為そのものによって埋葬する機会を失わせるものではなく、習俗上の埋葬等と両立しない、相いれないとまではいえない」とされ、これに対し②の観点からの本件事案への当てはめとしては、「死者に対する敬けん感情を損なうか」という観点からすると、「場所」は自室で、他者の目に死体をさらしたのではなく、「こん包及び設置の方法としては、死体を丁寧に扱い、手紙を添えるなど、死者に対する哀惜の念を示しており、不敬な方法ではないことから、必ずしも態様として敬けん感情を害するものではなく、習俗上の埋葬等と相いれないとまではいえない」とされる(白井・前掲注4. 64頁)。

に対する一般的な宗教的感情や敬けん感情」であると捉え、それを侵害する行為を刑法190条が禁じているのであって、したがって、死体遺棄罪における「遺棄」とは、具体的には、死者に対する一般的な宗教的感情や敬けん感情を害し得る、「習俗上の埋葬等とは認められない態様」で死体等を放棄または隠匿する行為である、との理解が示された」と述べられ、「本判決が示した死体遺棄罪の保護法益や「遺棄」の概念は、従前の学説や（裁）判例にも見られるものであって、特に目新しいものではない。それでも、最高裁として保護法益に照らして死体遺棄罪における「遺棄」の概念を明示したという点に意味がある」と評され、これに基づき「本判決が示した保護法益に照らせば、死体の放棄・隠匿であれば直ちに死体遺棄罪における「遺棄」に当たるというわけではなく、死体の放棄・隠匿のうち、特に習俗上の埋葬等とは認められない態様、換言すれば、死者に対する一般的な宗教的感情や敬けん感情を害する態様の死体の放棄・隠匿が、それ（死体遺棄罪における「遺棄」：括弧内筆者）に当たることになる。したがって、行われた死体の放棄・隠匿が死者に対する一般的な宗教的感情や敬けん感情を害する態様であるか否かが本罪の成否を決める」と評される<sup>14</sup>。

この立場からすれば、本件最高裁判決が示した基準は、問題となっている行

<sup>14</sup> 福永・前掲注4.「熊本技能実習生死体遺棄事件上告審判決」2～3頁。その他の福永論文・前掲注4.も同旨。同様に、最高裁が保護法益の観点に照らして「遺棄」概念を定めた、と評価するものとして、山本・前掲注4. 117頁、菅沼・前掲注4. 345～346頁、矢田・前掲注4. 191頁～192頁、嶋矢・前掲注4. 39頁、等がある。なお、この立場において、行為者の主観を考慮するかに関し、矢田教授は「遺棄」の認定に際しては、行為者個人が内心において死体に対する敬けん感情を抱いていたかではなく、あくまで当該行為が客観的に習俗上の埋葬等と認められる方法に基づいていたかが重要となる」とされる（矢田・前掲注4. 188～189頁）。これに対し菅沼准教授は「死体の取扱いに関しては、「自分が死んだ後、このような取扱いを受けたくない」という人々の願望ないし期待が基本的には共有されており、死体遺棄罪は、死後の取り扱いに対する生きている人々の一般化された願望・期待を害する行為を処罰対象としていると考えられる。適時適切な葬祭は死者を悼む気持ちから執り行われるものであり、一般的な願望・期待に沿っているがゆえに本罪には当たらないのである・・・敬虔感情をこのように理解すると、「習俗上の埋葬等と相いれない処置」の判断に際しては、その「隠す行為」が客観的に見て死体を悼む気持ちのないものといえるかが検討されるべきことになる。そして最高裁のいうように「それが行われた場所、死体の梱包及び設置方法等」を考慮すると・・・このような取扱いは、死体を尊重し丁寧に扱っているものであって、死者を悼む気持ちの表れということができる。そうだとすると、本件行為が発見困難化ないし葬祭妨害に当たるとしても、敬虔感情を害する行為には当たらないため、本罪における「遺棄」には該当しないことになる」として、客観的な状況に行為者の死者を悼む気持ちが表れている場合には、「遺棄」該当性を否定される。

為が刑法190条に言う「遺棄」に当たるか否かは、行為態様が「死者に対する一般的な宗教的感情や敬けん感情を害するか否か」によって決められる、という理解になろう。すなわち、「遺棄」該当性の判断基準が保護法益から直截的に導かれるのである。その場合、基準の行為への当てはめにおいて、「死者に対する一般的な宗教的感情や敬けん感情を害し得るものであったか否か」は、一般国民の視点から評価・判断されることになる。このように考えると、本件最高裁判決で用いられた「その態様自体がいまだ習俗上の埋葬等と相いれない処置とは認められない」との文言の「いまだ」という表現は、「一般国民の視点から見て、被告人の行為態様は死者に対する一般的な宗教的感情や敬けん感情を害するようなものとは、いまだ評価されない」という意味である、と理解されよう<sup>15</sup>。この、隠匿方法に関して、本件作為行為の遺棄該当性が否定された、という評価自体は執筆者も首肯するものである。

しかし、保護法益から「遺棄」該当性の基準を導く立場が、行為態様のみに着目し、時間的要素を考慮しないかという点、必ずしもそうではない。たとえば三代川邦夫講師は、刑法190条の保護法益が一般に、死者に対する敬けん感情であることを指摘し、「死体の隠匿行為等を行ったら直ちに「遺棄」に当たるのではなく、その行為が死者に対する一般の敬けん感情を害するか否かという観点を容れた評価をする必要がある」と述べた後、「遺棄」該当性の判断方法について、「死体の隠匿行為における中核的な問題は、死体の適時な葬送がなされないことであって・・・葬送義務者が本人の場合は、適時の葬送の不履行を徴表している点に問題があることになる」とする<sup>16</sup>。その上で三代川講師は、本件判決が、本件行為態様が習俗上の埋葬等と相いれないとはいえないと評価した根拠について、「えい児の死亡の事実を誰にも知られずにやりすごそうとしているとか、適切な葬送をせずに秘密裡に死体を処分しようとしている

---

<sup>15</sup> これに関して、福永教授は本件被告人の行為につき「このような事実関係に照らせば、被告人の作為は、むしろえい児の死体を丁重に扱うものであって、死体遺棄罪に保護法益である「死者に対する一般的な宗教的感情や敬けん感情」を危殆化するものではない。したがって、被告人の作為は死体遺棄罪における「遺棄」に該当せず、実行行為性が認められない」と評される（福永・前掲注4.「熊本法能実習生死体遺棄事件上告審判決」4頁）。

<sup>16</sup> 三代川・前掲注4. 186～188頁

といったものではなく、適時の葬送の機会を失わせるものとは未だいえないということであろう」と評価したのち、本件判決が考慮要素として明示していない要素として時間的要素があったことについても指摘され、「本判決は、本件行為の時点においては、未だ適時葬送の機会が排除されていないという判断にすぎないから、本判決においても時間的経過は実質的な考慮要素であったといえる」と評される<sup>17</sup>。

これに対し、最高裁が「遺棄」概念およびその判断基準と刑法190条の保護法益の議論を必ずしもリンクさせてはいない、とする立場もある<sup>18</sup>。なるほど確かに、最高裁は、まず刑法190条の保護法益について言及したのちに、「したがって」と述べ「遺棄」の定義について明らかにした上で、その該当性判断基準について論を進めている。しかし、第一審と控訴審において裁判所は被告人の行為についてそれぞれ、「国民の一般的な宗教的感情を害することが明らかである」「死者に対する一般的な宗教的感情や敬けん感情を害するものといえる」と評して遺棄該当性を認め、「遺棄」該当性判断基準と保護法益をリンクさせることを明らかにしているのに対し、最高裁は、被告人の行為に関して「保護法益を侵害している/していない」という評価自体はしていない。したがって、まず保護法益について述べ、続いて「遺棄」の定義とその該当性判断基準について述べる、というこの論の順序は、保護法益の議論と「遺棄」該当性判断基準がリンクしており、該当性判断基準が保護法益の侵害の有無から直截的に導かれる、ということ必ずしも示すものではなく、保護法益の話と「遺棄」該当性判断基準は、それぞれ独立して論じ得る、とする解釈も成り立ちうる<sup>19</sup>。

<sup>17</sup> 三代川・前掲注4. 189～190頁

<sup>18</sup> たとえば、「(最高裁の：括弧内筆者)『相いれない処置』という限定は、最高裁の採用する「190条の保護法益論」から導かれるものではない。そして、先例の規範から導かれるものでもない」とする評価もある(前田・前掲注4. 81頁)。

<sup>19</sup> 先述の白井検事による分析のほか、杉本一敏教授は「隠匿の態様自体が習俗上の埋葬等と相いれない」という最高裁の文言の意味につき、①その後の葬祭を物理的に困難・不可能にするとか、その後の葬祭を確定的に放棄するという心情を体現しているような態様の隠匿を意味する、という理解と、②隠匿後の葬祭可能性とは別に、隠匿行為の方法・態様それ自体が死者に対する敬虔感情を害する印象を与えるものか否かを問題とする、という理解の両方あり得、本件への当てはめに関しても、どちらの立場からも、遺棄該当性の否定という最高裁の結論を説明し得る、と評される(杉本・前掲注4. 141頁)。②の立場が法益論と遺棄該当性の判断基準をリンクさせる考え方、①が遺棄該当性の判断基準を法益論とは独立して考察する考え方、と評価することができよう。

この考え方からすれば、死体遺棄行為が死者に対する宗教的感情や敬けん感情を害することは一般論として認めたと、**「遺棄」**該当性自体は別途判断する、ということになる。先行研究の中でも、判断基準に焦点を当て、保護法益と必ずしもリンクさせていないものも存在する。

たとえば、濱田新准教授は、隠匿事例における遺棄該当性の判断に関し、死体の終局的処分事例と終局的処分とはいえない事例に分類して検討されるが、その両方に共通して、死体の隠匿が遺棄に含まれる理由として「死体の発見を困難にする状況を作成した場合、適時適切な埋葬の時期を逸する可能性があり、宗教感情を害するからである」と一般論的に述べられた上で、遺棄該当性判断の基準としては、発見困難化状態の作出によって「**「適時適切な埋葬時期を徒過するおそれを生じさせる行為に出た」**といえるかどうか」とされる<sup>20</sup>。濱田准教授の見解は、隠匿行為の「遺棄」該当性を客観的要素に基づいて検討すべき、とする点にその特徴があり<sup>21</sup>、最高裁が遺棄該当性の判断要素として「行われた場所、死体のこん包及び設置の方法等」に言及し、被告人の意図という主観的要素に言及していないことを、自説の立場から「支持に値する」と評される<sup>22</sup>。そして、最高裁が時間的経過について判断したか否かについて濱田准教授は「短期間のうちに死体が発見されたという事実が考慮されたのかどうかは判然とはしない。隠した時期の短さが、遺棄該当性を否定する要素になり得るのか、という点は、今後明らかにされるべき問題と言える」とされる<sup>23,24</sup>。この考え方からすれば、「**「適時適切な埋葬」**を行わないことが、死者に対する一般的な宗教的感情や敬けん感情という保護法益を損なうことになる、と一般

<sup>20</sup> 濱田・前掲注4. 133頁, 137頁

<sup>21</sup> 濱田准教授は、隠匿による「遺棄」該当性の判断基準に関し、「1. 発見困難化状況の作出の有無、2. 葬祭の準備又はその一過程の行為といえるか、3. 適時適切な埋葬時期を徒過するおそれを生じさせる行為に出たか」の3段階の判断を提言される（濱田・前掲注4. 147～148頁）

<sup>22</sup> 濱田・前掲注4. 137頁

<sup>23</sup> 濱田・前掲注4. 145頁

<sup>24</sup> なお、執筆者は先述のように、高裁と最高裁における「葬祭」と「埋葬」の使い分けに関し、最高裁には時間的経過の観点から「埋葬」という言葉を用いた、とも解釈できるのではないか、と考えるのであるが、濱田准教授はこの点に関し「多種多様な葬祭のあり方のもとでは、「葬祭の準備又はその一過程」という基準は曖昧であるという批判があるが・・・最高裁は、「習俗上の埋葬等と相いれない処置といえるものか否か」という観点を示すことで、葬法の多様性ととの衝突を避けたといえる」と評される（濱田・前掲注4. 144頁）。

論的に論じた上で、「遺棄」該当性の判断基準自体は「適時適切な埋葬時期を徒過するおそれを生じさせる」行為に出たか否か、ということになり、保護法益の観点からの直接的な評価とは別に考えることができよう。

ここまで見てきたように、隠匿による「遺棄」該当性の判断基準につき、保護法益から判断基準を導く立場においても判断基準を保護法益とは別に論じる立場においても、考慮要素として時間的観点を含める立場があることが理解できた。両方の論に共通してキーワードとなっているのは「適時（および適切）な埋葬（三代川説によれば「葬送」）」である。

しかしここで、「遺棄」該当性が認められるためには、「適時の（適切な）埋葬を妨げるおそれを生じさせる行為」があれば良いのか、それとも、「適時の（適切な）埋葬が実際に妨げられたという事実」まで必要なのか、が問題となる<sup>25</sup>。

これについて考察するためには、松宮孝明博士による「非葬祭義務者による遺棄」と「葬祭義務者による遺棄」の区別に着目することは有益であろう。松宮博士は、最高裁に提出された意見書の中で、死体の隠匿が遺棄に当たる場合として①殺人犯人などの非葬祭義務者が犯跡の隠べいのために行う「隠匿」と、②葬祭義務者による葬祭の懈怠としての「隠匿」の2つがある、と分類される。そして①の場合には、遺体の「隠匿」によって「適時・適切な葬祭が妨げられることが「死者に対する宗教的感情や敬けん感情」を害する」とされるのに対し、②の場合には、「死体の長期放置によって「死者に対する宗教的感情や敬けん感情を害する」ことが、死体「遺棄」罪を根拠づける（「葬祭懈怠としての死体遺棄」）。この場合には、通常、「死者に対する宗教的感情や敬けん感情

<sup>25</sup> 濱田准教授は隠匿による遺棄に関し、「危険犯としての性格上、埋葬時期を逸する可能性があればよく、実際に埋葬時期を逸するほどの期間が経過することは必要ないとされる。死体の発見が困難な状況を作ることによって、「適時適切な埋葬時期を徒過するおそれを生じさせる行為に出た」といえるならば、隠匿による遺棄に当たると解される」とされ、「遺棄」に該当するためには「適時の（適切な）埋葬を妨げるおそれを生じさせる行為」で足り、「適時の（適切な）埋葬が実際に妨げられたという事実」までは不要、との前提に立って論を展開される（濱田・前掲注4. 133頁）。これに対し、三代川講師は本件判決に関して「本件行為の時点においては、未だ適時葬祭の機会が排除されていないという判断に過ぎないから、本判決においても時間的経過は実質的な考慮要素であったといえる」と述べられ、「遺棄」に該当するためには、「適時の（適切な）埋葬を妨げるおそれを生じさせる行為」に加えて「適時の（適切な）埋葬が実際に妨げられたという事実」まで必要、との前提に立って議論を展開されている、と理解できる（三代川・前掲注4. 190頁）。

を害する」と評価される死体の長期放置が必要であるから、例外的にその行動の脈絡から明らかに適時の埋葬がなされないと判断できる場合を除き、本罪の成立には葬祭に必要な時間が実際に経過したことが必要である」と述べ、保護法益論と「遺棄」該当性基準の結びつきを指摘した上で、時間的考慮の必要性についても言及される<sup>26</sup><sup>27</sup>。本件事案の場合、②に分類することができよう。

執筆者としても、松宮博士の分類およびそこから導かれる結論に賛成である。何故、「葬祭義務者による遺棄」と「非葬祭義務者による遺棄」に区別して考察する必要があるかと言えば、そもそも何故、「隠匿」が「遺棄」含まれるのか、という点に遡って考える必要があるだろう。この点に関しては「死体の発見が困難になることにより、葬祭義務者による埋葬が妨げられ、死者に対する宗教的感情が害される」ということが挙げられる<sup>28</sup>。であれば、「隠匿」による「遺棄」の場合、そもそも葬祭義務者は誰か、という点がまず確認される必要がある。そしてそこから「葬祭義務者による埋葬」の阻害が始まる（始まった）時点はいつか、ということも確認される必要も導き出される。そして、被告人が行った「隠匿」行為が「適時・適切な埋葬」を阻害し得るものであったか否かは、松宮博士が言われる「例外的にその行動の脈絡から明らかに適時の埋葬がなされないと判断できる場合」を除き、「隠匿行為後に、どの程度の時間が経過したか」という事実を考慮に入れない限り、事後的に、すなわち裁判の時点において評価し得ないであろう。

では、この考え方を本件事案に当てはめて考えてみるとどうなるか。「葬祭義務者が誰かをまず確定する」という先述の思考方法に基づいて考察してみると、葬祭義務者は第一義的には被告人である。高裁が作為による死体遺棄を認めた根拠である墓埋法9条1項に基づく「他者による適時の葬祭」は、葬祭義務者が埋葬（葬祭）を行わないことが確定して初めて問題となる。ではまずは、

---

<sup>26</sup> 松宮・前掲注4。「他者による葬祭可能性の減少」と死体遺棄」8～9頁

<sup>27</sup> なお、本件判決が出された後に公表された松宮・前掲注4。「葬祭妨害」としての死体遺棄と「葬祭懈怠」としての死体遺棄」において松宮博士は、本件事案の場合、被告人が予定していた葬祭方法がそもそも、日本の一部の地方での葬送の風習と反するものではない、ということ指摘される。松宮博士の見解としては、本件事案に関してはそもそも、「葬祭の準備又はその一過程」の判断の段階で「遺棄」該当性を否定される趣旨と理解されよう。

<sup>28</sup> 山本・前掲注4. 117頁

被告人が被告人自身の適時・適切な埋葬を阻害したと言えるかどうか、が問われることになるが、この場合、「そもそも葬祭義務者が埋葬を行うことができるのはいつなのか」という点が問題となってくる。ここで、墓理法による埋葬に関する時間的制約を考慮に入れるべきであろう。すなわち、墓理法3条に「埋葬又は火葬は・・・死亡又は死産後二十四時間を経過した後でなければ、これを行ってはならない」と定められている。この点を考慮すると、時間的要素に関して、問題とされるべき経過時間は、被告人が死体の存在を認識してから医師らに出産を告白するまでの「1日と9時間」ではなく、墓理法によって埋葬が禁じられている24時間（＝1日）を除いた、「9時間」ということになる。そして、埋葬は24時間を経過したら直ちに行わなければならないものではない。「24時間」はあくまで、最低でもこの期間の経過を待たねば埋葬を行うことができない、という期間であり、諸事情により埋葬までに24時間に加えて一定期間が経過することは十分にあり得ることである。このように考えるならば、本件において問題となる経過時間「9時間」に照らして、被告人の本件行為が「適時の（適切な）埋葬を妨害した」と評価され得る段階にまだ達していないことが理解できるだろう。本件最高裁判決が「いまだ習俗上の埋葬等と相いれない処置とは認められない」という文言を使用することによって、時間的観点も考慮要素とした、と理解することも十分に可能である。

#### 4. おわりに

本稿ではこれまで、死体遺棄罪の成立が否定された最判令和5・3・24につき、高裁と最高裁における「葬祭」と「埋葬」という言葉の使い分けという観点から分析し、最高裁の判断には、被告人が死体を発見してから1日と9時間（執筆者の見解によれば、問題となるのは埋葬禁止期間1日（24時間）を除いた9時間）という短時間しか経過していなかった、という時間的要素も含まれていた、ということ論証してきた。この結論自体は、先行研究に比して特に目新しいものではなく、既に先行研究の中で指摘されていたものである。しかし、この結論を「葬祭」と「埋葬」の使い分け、という観点から、最高裁が用いた文言から直接導き出し得る、とする点に、本稿の、先行研究に加える判例評釈としての意義がある。

本稿が示した結論は、無論、他の立場が主張するような、「一般国民の視点からの死者に対する宗教的感情・敬けん感情が害されたか否か」という観点等を排除するものではない。当然、「遺棄」該当性を判断する上では、保護法益を侵害したか否か、という観点も含まれて然るべきであろう。しかし、その保護法益が「死者に対する宗教的感情・敬けん感情」という非物質的・抽象的なものである以上、それが害されたか否かの判断も、それだけでは抽象的かつ不安定なものとなりかねず、処罰範囲が不明確・恣意的なものとなりかねない。できる限り具体的な基準を明らかにしておくことが必要であろうし、「適時適切な埋葬と相いれないか否か」という基準は、それに資することができると思えられる。

無論、「適時適切な埋葬」という基準も、法益論から「遺棄」該当性の判断基準を直截的に導く場合に比して比較的具体的、と言い得るに留まるのであり、それだけで明確な基準が示し得た、という事はできない。先行研究で多くの論者が指摘されているように、本件判決が「習俗上の埋葬」とは何かについて明言していない以上、その「習俗上の埋葬」が適時適切に行われたか否か、という判断も、少なくとも現時点で明確な基準とはなり得ない<sup>29</sup>。特に、「埋葬」という言葉からは、死体を最終的に埋める（もしくはお墓に納める）ことが中核的な意味が導き出されようが、多くの論者が指摘しているように、現在のように価値観が多様化している社会においては、「埋葬」も必ずしも「埋める・墓に納める」ことを指すとは限らず、「適時適切な埋葬」とは何か、については今後の議論および判例の蓄積を待つしかない<sup>30</sup>。実際には、「適時適切な埋葬」

---

<sup>29</sup> 石黒・前掲注4。「(続)ベトナム人技能実習生死産児「死体遺棄」事件」124頁、福永・前掲注4。「熊本技能実習生死体遺棄事件上告審判決」4頁、山本・前掲注4。117頁、三代川・前掲注4。190～191頁、松宮・前掲注4。「葬祭妨害」としての死体遺棄と「葬祭懈怠」としての死体遺棄」94頁、等。

<sup>30</sup> 「葬祭／埋葬」に共通した指摘として、福永・前掲注4。「熊本技能実習生死体遺棄事件上告審判決」4頁、白井・前掲注4。68頁、三代川・前掲注4。190～191頁、前田・前掲注4。81頁、松宮・前掲注4。「葬祭妨害」としての死体遺棄と「葬祭懈怠」としての死体遺棄」94頁、等。なお、埋葬方法・場所に関しては『墓地、埋葬等に関する法律』によって定められているが、仮にこの法律に反する行為を行ったとしても、それは同法違反の罪になるだけであり、死体遺棄とは質を異にするものと考えべき、との指摘が、松宮・前掲注4。「葬祭妨害」としての死体遺棄と「葬祭懈怠」としての死体遺棄」93頁。

の内容について定めるよりも、「適時適切な埋葬でないものは何か」という方向から議論を行い、「適時適切な埋葬」の外延を描き出す方が、最高裁が示した「相いれない」とも整合し、意味があると考えられよう。