

【判例研究】熊本技能実習生死体遺棄事件控訴審判決

福岡高裁令和4年1月19日判決

令和3年(う)第237号

死体遺棄被告事件

福 永 俊 輔

西南学院大学法学論集
第55巻 第2号 抜刷
2022年 9月 発行

【判例研究】熊本技能実習生死体遺棄事件控訴審判決

福岡高裁令和4年1月19日判決¹

令和3年(う)第237号

死体遺棄被告事件

福 永 俊 輔

【事案の概要】

被告人は、2018年8月に来日し、熊本県の農園で技能実習生として働いていた外国籍（ベトナム国籍）の女性である。被告人は、収入の多くをベトナムの家族に送金していた。被告人は、交際していた相手との間で妊娠をし、また、被告人自身も、2020年7月頃、自ら購入した妊娠検査薬で検査をするなどして、交際相手の子を妊娠したという事実について認識していた。しかし、インターネット等の情報から、妊娠が勤務先や監理団体に発覚すればベトナムに帰国させられると思い込んだ被告人は、帰国させられることを恐れて、周囲に自らの妊娠を告げることも相談することもできなかった。被告人を受け入れている農園の代表取締役も、被告人の様子から妊娠を疑い被告人に妊娠の有無を尋ねたが、妊娠が発覚して帰国させられることを恐れた被告人は妊娠を否定する回答をし、また、妊娠検査薬を使って調べられたこともあったが、何故か結果は陰性であった。

被告人は、同年11月14日午後に出産の兆候が見られ、翌15日の午前中に、被告人方において一人でえい児2名（双子）を出産したが、死産であった。出産により疲労し、また、出血も続いていた被告人は、しばらく休息をとったのち、大量の血が付着した布団の上に転がっている状態のえい児の死体を、

1 裁判所ウェブサイト（LEX/DB：25591642）。

被告人宅にあった以前宅配で使用した段ボール箱にタオルを一枚敷いてその上に入れ、さらにその上にもう一枚タオルをかぶせた。その後も休息を取りながらおかゆを食べたり痛み止めや止血剤を飲むなどし、血の付いた自身の身体を洗い流すなどした。また、iPadのメモ機能を使って、死産した二人のえい児の名前を考えるなどした。被告人は、名付けた二人のえい児の名前と生年月日を、「ごめんね」、「南無阿弥陀仏」、「天国で安らかに眠ってください」という言葉とともに紙に書き、上記段ボール箱の中に入れて封をし、その段ボール箱を別の段ボールに入れた上で封をした。それから、被告人は、えい児2名の死体を入れた段ボール箱を、室内にあった腰の高さほどの棚の上に置いた。なお、被告人の出産は、妊娠8か月から9か月の早産であった。また、被告人は、出産のダメージから回復した後に、二人のえい児を埋葬するつもりであった。

同日午後、被告人を受け入れている農園の代表取締役が被告人宅を訪ねたが、被告人は翌日の仕事を休むことを伝えた一方で、病院へ連れていくとの申し出を断った。しかし、被告人を案じた同人が監理団体の職員に被告人を病院に連れていくよう依頼し、翌16日に、監理団体の職員に連れられ病院に向かった。最初に連れていかれた病院で妊娠の可能性があるとの診断を受け、より大きな病院に回されたのちに検査を受け、出産した形跡があるとの検査結果を示されて説得された被告人は、妊娠・出産したことを認め、事実が発覚した。

以上の事実につき、検察官は、被告人を死体遺棄罪（刑法190条）で起訴した。

原判決²（熊本地判令和3年7月20日裁判所ウェブサイト（LEX/DB：25571735））は、死体遺棄罪の成否に関する争点を、①被告人の行為が刑法190条の遺棄に当たるか、②被告人に死体遺棄の故意はあったか、③被告人に葬祭義務を果たす期待可能性はあったかの三点に求め、それぞれにつき次のように判断した。

2 原判決を検討するものとして、福永俊輔「判批」西南学院大学法学論集54巻2号（2022年）143頁以下。

争点①につき、「刑法190条は、国民の一般的な宗教的感情を、社会秩序として保護する。したがって、同条の遺棄とは、一般的な宗教的感情を害するような態様で、死体を隠したり、放置したりすることをいう。被告人は、死産を隠すために、えい児を段ボール箱に二重に入れ、外から分からないようにした。そして、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、それを自室に置きつづけた。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から、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。したがって、被告人がえい児を段ボール箱に入れて保管し、自室に置きつづけた行為は、刑法190条の遺棄にあたる」。

争点②につき、「被告人は、死産した際の手続について、明確な知識は持っていなかったかもしれないが、分別のある青年であり、2年以上、日本で生活している。そのような被告人なら、死産を隠し、私的に埋葬するためにえい児を段ボール箱に入れて保管し、自室に置きつづけることが、正常な埋葬のための準備とはいえ、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。したがって、被告人には死体遺棄の故意が認められる」。

争点③につき、被告人は一人で出産し、肉体的に疲れ、死産で精神的にもショックを受けているという厳しい状態にあったといえるが、「少なくとも、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期待可能性があったといえる」。

このように原判決は争点とされた三つの点についていずれも肯定し、被告人に死体遺棄罪の成立を認め、懲役8月・執行猶予3年（求刑：懲役1年）を言い渡した。なお、原判決が認定した罪となるべき事実（原判決では「犯罪事実」と表示）は、「被告人は、令和2年11月15日頃、熊本県葦北郡芦北町……の当時の被告人方で、被告人がその頃出産したえい児2名の死体を段ボール箱に入れた上、自室に置きつづけ、もって死体を遺棄した」というものである。これに対して、被告人側から控訴がなされた。

【判旨】 破棄自判

控訴審である福岡高裁は、被告人がえい児2名の死体を段ボール箱に入れた上、1日以上にわたり自室内に置き続けた行為が死体遺棄罪にいう「遺棄」に当たるとした原判決の認定につき、「被告人が、本件各えい児の死体を、段ボール箱に入れた上、自室内に置いた行為」と「被告人が段ボール箱に入った状態の本件各えい児の死体を自室内に置き続けた行為」に分け、前者の行為につき作為による遺棄に当たると認めたものであり、後者の行為につき不作為による遺棄に当たると判断したものであるとして理解し、作為による遺棄と不作為による遺棄に分けて、それぞれの成否について次の通り検討を行っている。

● 作為による遺棄について

「死体遺棄罪は、被告人が死体を『遺棄』したと評価される行為をした場合に成立するのであるから、遺棄該当性は、被告人が現にした行為が『遺棄』に当たるといえるかどうかにより判断すべきである。現にした行為だけを見れば『遺棄』に当たるとはいえない場合に、その行為について、被告人が、事後に本件各えい児の死産を他者に隠したまま自身でそれらの死体を埋葬する意思であったことを考慮し、それが私的に埋葬するための準備であることを理由として『遺棄』に当たると認めることは、実質的には予備に当たる行為を死体遺棄罪で処罰することに等しく、そのような解釈は採り得ない。

もっとも、死体について一定のこん包行為をした場合において、その行為が死体遺棄罪にいう『遺棄』に当たるかどうかを判断するに際しては、その行為が死体遺棄罪の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害するものであるかどうかを検討する必要がある。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（以下、単に『葬祭』という。）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』に当たらないから、被告人が現にした行為がそれらを害するものであるかどうかを判断するに当たって事後の死体の取扱いについての

意図を考慮することは、誤りではない。……

そして、被告人が現にした本件作為は、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く、本件各えい児の死体を隠匿する行為であって、他者がそれらの死体を発見することが困難な状況を作成するものといえるから、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、正当として是認することができる。以下、敷衍する。』

「被告人は、本件各えい児の死体を段ボール箱に入れて4片の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た上で9片の接着テープで封をし、その状態の同段ボール箱（以下『本件段ボール箱』ということがある。）を自室にあった棚の上に置いた。本件段ボール箱自体は隠されておらず、他者がその箱を発見することは難しくなかったといえる。しかし、本件段ボール箱は中に死体が入っていることがうかがわれる外観のものではなく、被告人は、本件各えい児へのおわびの言葉等を書いたという手紙も段ボール箱の中に入れており、本件段ボール箱の周りには、その中に死体が入っていることをうかがわせる物を一切置いていなかった。そのため、本件段ボール箱は、外観上、棚の上に置かれたこん包済みの荷物にしか見えず、その中に死体が入っていることは推測できない状態で置かれていた。このような態様で死体をこん包することは、火葬や埋葬を行ったり、その過程で死者を弔う儀式を行ったりする上で通常必要なことではない。被告人自身も、原審において、本件各えい児の死体について、布団の上に転がっている状態ではかわいそうだと思います、段ボール箱に入れることで寒い思いをしなくて済むと思った旨を述べ、また、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ものの、段ボール箱に二重に入れ、それら段ボール箱に接着テープで封をするなどすることが、葬祭の準備として意味のあることであったとか、本件各えい児を弔う上で意味のあることであったなどとは述べていない。そのほかに、被告人が、葬祭を行う準備、あるいは葬祭の一過程として上記の行為をしたことをうかがわせる事情はなく、その行為は葬祭を行う準備等として行ったものではないと認められる。被告人がした上記のような行為の内容及びその前後の被告人の言動……からすれば、被告人は、本件各えい児

の死体を隠匿する意思をもってその行為をしたと認められる。

そうすると、被告人の上記行為は、本件各えい児の死体を隠匿する行為であって、他者がそれらの死体を発見することが困難な状況を作成するものといえる。そして、被告人が本件各えい児の死体について葬祭を行わない場合、それらの死体があることを他の者が知れば、被告人宅の家主や被告人以外の本件各えい児の親族等の者が本件各えい児の葬祭を行う可能性があり、それらの葬祭を行う者がいない場合は、それらの死亡地である芦北町の長がこれを行うことになる(墓理法9条1項参照)。被告人の上記行為は、本件各えい児の死体について、他者により適切な時期に葬祭が行われる可能性を著しく減少させたという点において、死者に対する一般的な宗教的感情や敬けん感情を害するものといえる。

以上の検討によれば、本件作為、すなわち、被告人が、本件各えい児の死体を、段ボール箱に入れて4片の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て9片の接着テープで封をした上、自室にあった棚の上に置いた行為は、死体遺棄罪にいう『遺棄』に当たると認められる。

● 不作為による遺棄について

「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『遺棄』に当たるかどうかを判断するに際しては、その不作為が、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ものであって、作為による遺棄と構成要件的に同価値のものといえるかどうかを検討する必要がある。

この点、墓理法3条により、死体の埋葬又は火葬は、死亡又は死産後24時間を経過した後でなければ原則として行ってはならないとされている。また、死体の存在を認識した葬祭義務者が、死亡又は死産の届出(戸籍法86条参照)、火葬等の許可の申請(墓理法5条参照)といった手続をした上で葬祭を行う場合(以下『通常の葬祭を行う場合』という。)であっても、葬祭を行うまでに一定期間を要することもあり得る。そうすると、葬祭義務者が死体の存在を認識した後直ちに葬祭を行わなかったとしても、それだけで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とはいえない。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作為による遺棄と構成要件的に同価値のものとなったと評価するには、適切な時期に死体の葬祭を行わなかったという点で上記の法益を害するといえることが前提になると考えられる。したがって、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。

これを本件についてみると、……被告人は、11月15日午前9時頃に本件各えい児を自室内で出産し、本件各えい児は遅くともその一、二分後には死亡した。被告人は、その頃にそれらの死体の存在を認識したから、それらの死体の葬祭義務を負う。その後、被告人は、本件各えい児の死体を、段ボール箱に入れて封をした上、自室にあった棚の上に置くなどして葬祭を行わずに自室内に置いたままにしていたが、……同月16日午後6時頃に病院において医師に対しえい児の出産、死亡の事実を話している。その医師は、警察に通報し、被告人はそのまま入院しており、被告人が本件各えい児の死体に作為を加えることは事実上できない状態になったから、被告人に葬祭義務の不履行があったと評価できるのはその頃までである。そうすると、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は、1日と約9時間にとどまる。通常の葬祭を行う場合であってもその着手までにその程度の期間を要することもあり得ると考えられるから、その期間の経過をもって葬祭義務を履行すべき相当の期間が経過したとはいえない。

したがって、本件各えい児を出産し、それらの死体の葬祭義務を負う被告人が、1日と約9時間にわたり、それらの死体の葬祭を行わずに自室内に置いたままにした行為は、不作為による死体の『遺棄』に当たらない。」

以上のように、福岡高裁は、原判決の認定のうち作為による遺棄を認めた点については是認することができるとする一方で不作為による遺棄の成立を否定し、「本件不作為が死体の遺棄に当たると認めた上、この行為に本件作

為と併せて刑法190条を適用した原判決には法令適用の誤りがあり、この誤りが判決に影響を及ぼすことは明らかである」として原判決を破棄し、自判して、被告人にあらためて懲役3月・執行猶予2年を言い渡した。なお、福岡高裁が認定した罪となるべき事実は、「被告人は、令和2年11月15日頃、熊本県葦北郡芦北町……の当時の被告人方において、被告人がその頃に出産したえい児2名の死体を、段ボール箱に入れて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て接着テープで封をした上、自室内にあった棚の上に置き、もって死体を遺棄した」というものである。

【評釈】

1. はじめに

本件で問題とされた被告人の行為には、厳密には複数の行為が一連の行為の中に含まれている。すなわち、「えい児を段ボール箱に入れて保管した」という作為態様の行為と、「自室に置き続けた」という不作為態様の行為である。この点、原判決は、罪となるべき事実として「被告人がその頃出産したえい児2名の死体を段ボール箱に入れた上、自室に置きつづけ、もって死体を遺棄した」と認定し、これら一連の行為が死体遺棄罪にいう遺棄に該当するとした。しかし、これら一連の行為のうちのどの行為が具体的に死体遺棄罪の実行行為である遺棄として特定されたのか、すなわち「えい児を段ボール箱に入れて保管した」という作為態様の行為なのか、それとも「自室に置き続けた」という不作為態様の行為なのか、あるいはその両方なのか判然としない部分があったうえに、「自室に置き続けた」という不作為態様の行為を本件実行行為であるとするのであれば、死体遺棄罪の不真正不作為犯の認定に当たって当然に言及される必要がある要件論、例えば被告人の「自室に置き続けた」という不作為について、なぜこの不作為が作為犯との同価値性を有するののかについての具体的言及がなされていないという点があった³。

福岡高裁は、こうした原判決の認定につき、「被告人が、本件各えい児の

3 この点につき、福永・前掲註2) 161～162頁。

死体を、段ボール箱に入れた上、自室内に置いた行為」と「被告人が段ボール箱に入った状態の本件各えい児の死体を自室内に置き続けた行為」に分け、前者の行為について、原判決が「作為による遺棄」を認めたものと解される旨、述べる。他方、後者の行為について、これがそれ以前の作為と一体の「作為による遺棄行為」と評価されるという趣旨なのか、2名のえい児を出産しそれらの死体の葬祭義務を負う被告人がそれらの死体の葬祭を行わずに自室内に置いたままにした行為が「不作為による遺棄」に当たるといふ趣旨なのか、罪となるべき事実の記載からは明確ではないと指摘する。もっとも、原審において、検察官が、本件の実行行為は「えい児2名の死体を段ボール箱に入れた上、自室内の棚上に放置した」という一連の行為であり、放置における作為義務は葬祭の義務である旨釈明するとともに、論告において、被告人が妊娠・出産の事実を隠そうという意思の下で本件各えい児の死体を段ボール箱にこん包して自室内の棚上に置いて隠匿した上、その後発覚するまで丸1日以上放置して隠匿状態を継続させた行為が作為および不作為による遺棄に該当する旨陳述していたことに照らせば、後者の行為につき、検察官は不作為による遺棄に当たる旨主張していたものと解されること。原判決も、検察官が主張する被告人の行為が不作為による遺棄に当たらない旨の判断を示しておらず、被告人が段ボール箱に入った状態の本件各えい児の死体を1日以上にわたり自室内に置き続けた行為が遺棄に当たる旨判示するとともに、被告人に葬祭義務を果たす期待可能性があった旨判示し、罪となるべき事実においても、被告人が本件各えい児を出産したことという被告人がそれらの死体の葬祭義務を負う根拠となる事実を摘示していること。これらを指摘して、福岡高裁は、後者の行為について、原判決が「不作為による遺棄」と判断したものと解される旨、述べる。このように、福岡高裁は、原判決を「作為の遺棄が先行し、それに引き続き不作為の遺棄が同時に行われたと判断したもの」として理解している。その上で、福岡高裁は、作為による遺棄と不作為による遺棄に分けてそれぞれの成否について検討を行っている。

そこで、本評釈も、以下において作為による遺棄と不作為による遺棄に分けて福岡高裁判決の検討を行うことにする。

2. 作為による遺棄

1) 事後の死体取扱いについての意図と死体遺棄罪の成否について

原判決は、「刑法190条は、国民の一般的な宗教的感情を、社会秩序として保護する」として死体遺棄罪の保護法益について言及し、これに照らして「同条の遺棄とは、一般的な宗教的感情を害するような態様で、死体を隠したり、放置したりすることをいう」と述べた。この点、死体遺棄罪の実行行為である「遺棄」は、死体等の「放棄」のみならず「隠匿」をも含むとするのが確立された判例⁴であり、裁判例においても、「死体を現在の場所より他所に移して放棄するのはもちろん、宗教風俗上、死体の処置に関し、道義上首肯しえないような方法で埋葬、冷遇放置、隠匿する場合には、死体遺棄罪が成立するものと解するのが相当である」と述べており、隠匿による死体遺棄罪が成立し得ることが明示されている（東京高判昭和56年3月2日高検速報（昭56）108頁）。また、死体遺棄罪における「遺棄」は「単なる死体等の放棄・隠匿」が問題とされているのではない。死体遺棄罪は社会的法益に対する罪、とりわけ風俗に対する罪と理解されており、洋の東西を問わず、死者をねんごろに葬り追慕と祭祀の対象とすることは、古くから人間の慣わしとして行われてきた宗教風俗に他ならない。ゆえに、死体遺棄罪の保護法益は、公衆の一般的な宗教感情、死者に対する追悼・敬虔の感情であるとするのが学説上の通説であり⁵、裁判例においても同様に理解されている⁶。したがって、社会的に見て「公衆の一般的な宗教感情、死者に対する追悼・敬虔の感情を害する態様の死体等の放棄・隠匿」が死体遺棄罪の実行行為である「遺棄」ということになる⁷。これに照らせば、原判決が述べた死体遺棄

4 例えば、被害者を殺害後その死体を屋内床下に運び入れて隠匿した場合にかかる最判昭和24年11月26日刑集3巻11号1850頁、旅館の客室で被害者を殺害後その死体を客室の床下に投棄・隠匿した場合にかかる最判昭和26年6月7日裁判集刑47号405頁など。

5 例えば、山口厚『刑法各論〔第2版〕』（有斐閣 2010年）522頁、西田典之（橋爪隆補訂）『刑法各論〔第七版〕』（弘文堂 2018年）430頁、井田良『講義刑法学・各論〔第2版〕』（有斐閣 2020年）552頁、松原芳博『刑法各論〔第2版〕』（日本評論社 2021年）529頁以下など。

6 例えば、前掲東京高裁昭和56年3月2日判決は、明示に「刑法一九〇条にいう死体遺棄罪は、死者に対する社会的風俗としての宗教的感情を保護法益とするもの」と述べる。

7 死体遺棄罪における「遺棄」の意義につき、福永・前掲註2）146頁以下。

罪における「遺棄」の定義それ自体は、従前の（裁）判例が依拠するものと
特段異なるところはないといえる。その上で、原判決は、「被告人は、死産
を隠すために、えい児を段ボール箱に二重に入れ、外から分からないように
した。そして、回復したら誰にも伝えずに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」と認定し、「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から、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。したがって、被告人がえい児を
段ボール箱に入れて保管し、自室に置き続けた行為は、刑法190条の遺棄に
当たる」と判示した。すなわち、原判決の認定ロジックは、①被告人が予定
していた私的埋葬は正常な埋葬ではない、そして、②それに先立つ「えい児
を段ボール箱に入れて保管し、自室に置き続けた行為」は、被告人が予定し
ていた「私的埋葬の準備行為」である、ゆえに、③「私的埋葬の準備行為」
は正常な埋葬のための準備ではない、したがって、④「私的埋葬の準備行為」
は国民の一般的な宗教感情を害する行為であり死体遺棄罪における「遺棄」
に該当する、というものである。このように、ここでは事後に予定されてい
たとされる私的埋葬との関係で、「私的埋葬の準備行為」が死体遺棄罪にい
う「遺棄」に当たると述べられているのである。もっとも、本件では、被告
人は、原判決が予定していると認定した私的埋葬には至っておらず、したが
って、被告人が現に行った、原判決が「私的埋葬の準備行為」と認定した行為
である「えい児を段ボール箱に入れて保管し、自室に置き続けた行為」こそ
が問題とされなければならない。つまり、原判決が認定した「私的埋葬の準
備行為」である上記行為が、原判決で示された「遺棄」、すなわち「公衆の
一般的な宗教感情、死者に対する追悼・敬虔の感情を害する態様の死体等の
放棄・隠匿」に該当するものであるか否かが問われなければならないのであ
る。しかし、上で示したように、原判決は肝腎の、被告人の行った「私的埋
葬の準備行為」それ自体が「公衆の一般的な宗教感情、死者に対する追悼・
敬虔の感情を害する態様の死体等の放棄・隠匿」に該当するものであるか否
かの具体的な判断を示しておらず、事後に予定していたとされる私的埋葬と

の関係で被告人の上記行為が死体遺棄罪にいう「遺棄」に当たると述べているのであって、被告人の上記行為それ自体が一般的な宗教的感情を害するものであるか否かを判断したわけではなかった⁸。それゆえ、原判決は、正常な埋葬ではない「私的埋葬の準備行為」を処罰するもの、すなわち、実質的に本来処罰の対象とされていない死体遺棄罪の予備罪を認定したものでないかと見る向きもあり⁹、弁護人の控訴趣意書でもこの点について指摘がなされていた。

福岡高裁は、こうした指摘に対し、「死体遺棄罪は、被告人が死体を『遺棄』したと評価される行為をした場合に成立するのであるから、遺棄該当性は、被告人が現にした行為が『遺棄』に当たるといえるかどうかにより判断すべきである。現にした行為だけを見れば『遺棄』に当たるとはいえない場合に、その行為について、被告人が、事後に本件各えい児の死産を他者に隠したまま自身でそれらの死体を埋葬する意思でしたことを考慮し、それが私的に埋葬するための準備であることを理由として『遺棄』に当たると認めることは、実質的には予備に当たる行為を死体遺棄罪で処罰することに等しく、そのような解釈は採り得ない」と述べる。この点、刑法上まずもって問題となる行為は行為者が現にした行為なのであって、当該行為が違法となる場合は格別、事後の行為如何によって当該行為が適法なものとなったり違法なものとなったりすることは、死体遺棄罪に関しては、およそないと言い得る。確かに、刑法上の犯罪によっては、一見中立的に見える行為もその後どういう行為を予定しているかによって、犯罪となり得ることがあることも事実である。予備罪を規定している犯罪が、それである。金物屋で包丁を購入するという一見すると中立的な行為も、行為者が事後に殺人を予定している中でこれを行えば、殺人予備罪(刑法201条)になる余地はある。しかし、死体遺棄罪については予備罪を処罰する規定はないのである。事後に予定されている行為如何によって、それに先立つ行為を違法とすることは、本来処罰されないはずの死体遺棄罪の予備行為を処罰するものに等しい。したがって、福岡高裁

8 この点につき、福永・前掲註2) 154～155頁。

9 福永・前掲註2) 158～159頁

がこのように述べたことは首肯し得る。

上記判示に引き続き、福岡高裁は、「死体について一定のこん包行為をした場合において、その行為が死体遺棄罪にいう『遺棄』に当たるかどうかを判断するに際しては、その行為が死体遺棄罪の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害するものであるかどうかを検討する必要がある。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（以下、単に『葬祭』という。）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』に当たらないから、被告人が現にした行為がそれらを害するものであるかどうかを判断するに当たって事後の死体の取扱いについての意図を考慮することは、誤りではない。原判決は、そのような趣旨で、被告人が現にした行為が『遺棄』に当たるか否かを判断するに際して事後の処置についての被告人の意図を考慮したものと理解できるのであり、原判決に所論がというような誤りがあるとはいえない」と述べる。この点、上述の通り刑法上はまずもって行為者が現にした行為が問題となるのであるから、死体遺棄罪に関しても、行為者が現にした行為が「公衆の一般的な宗教感情、死者に対する追悼・敬虔の感情を害する態様の死体等の放棄・隠匿」に該当すれば、死体遺棄罪に問われることとなる。したがって、福岡高裁が、「その行為が死体遺棄罪の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害するものであるかどうかを検討する必要がある」と述べたことは正しい。もっとも、福岡高裁は、その検討に際し、事後の死体の取り扱いについての行為者の意図をその資料にすることは誤りではないと述べる。すなわち、福岡高裁は、行為者が現に死体に対してした行為それ自体について、これが死体遺棄罪における「遺棄」に該当しない場合に行為者の事後の意図を考慮してその遺棄該当性を肯定することは実質的に死体遺棄の予備罪を肯定することになるから許されないとしつつ、行為者が現にした死体のこん包行為の遺棄該当性判断に当たっては、行為者の事後の意図を考慮することが許されると述べているのである。一見すると矛盾するようなこうした福岡高裁が述べるところを、どのように理解することがで

きるのであろうか。

この点、刑法上現に行われた行為の意味を判断するに当たって、行為者の犯行計画がその重要な資料となるということが説かれる。例えば、行為者が被害者に向けてけん銃を構えたという場合、その現に行われたけん銃を構えるという行為の意味は、行為者の犯行計画をもとに評価されることになる。すなわち、脅迫目的で構えたというのであれば、絶対に発砲するつもりはないのであり、この行為に被害者の生命侵害に対する現実的危険性は認められない。したがって、当該行為が殺人罪の手段であるとはいえず、殺人罪の実行行為性は否定される。他方、行為者が被害者に向けて発砲しようとする犯行計画を有していた場合であれば、この行為に被害者の生命侵害に対する現実的危険性が認められることとなる。したがって、当該行為は殺人罪の手段であり、殺人罪の実行行為性が認められるということになる。また、窃盗罪で問題となる物色行為についても、商品を凝視し、欲しい商品に狙いをつけたとしても、凝視しているだけであれば財物占有移転の現実的危険性は認められない。他方、行為者に財物窃取の意図があり、そのための物色であるという場合であれば、商品の凝視行為に財物占有移転の現実的危険性が認められるということになる¹⁰。このように、犯行計画上に存在する目的との関係で、現に行われた行為の現実的危険性が判断されてその手段性が決せられ、実行行為性が認められるのである。判例においても、複数の行為が存在する場合に、行為者の犯行計画を重視して、行為の危険性を判断して実行行為の範囲、さらには着手の有無を画する手法が採られている。例えば、いわゆる「クロロホルム事件」にかかる最決平成16年3月22日刑集58巻3号187頁がそれである。「被告人が現にした行為がそれら（死者に対する一般的な宗教的感情や敬けん感情—引用者註）を害するものであるかどうかを判断するに当たって事後の死体の取扱いについての意図を考慮することは、誤りではない」とした福岡高裁判決は、この意味において理解し得ると解することが可能である。

しかし、福岡高裁が述べるところについて仮にこのように理解したとして

10 橋爪隆「実行の着手について」『刑法総論の悩みどころ』（有斐閣 2020年）277～278頁

も、本件において、行為者の事後の死体の取扱いについての意図をもとに、被告人が現にした行為について、死体遺棄罪の実行行為性、すなわち「遺棄」該当性を認めることは果たして可能であろうか。この点、上述したように、死体遺棄罪の実行行為である「遺棄」とは、社会的に見て「公衆の一般的な宗教感情、死者に対する追悼・敬虔の感情を害する態様の死体等の放棄・隠匿」をいう。したがって、このような死体遺棄罪における「遺棄」概念に基づけば、たとえ死体等を放棄・隠匿したとしても、それが公衆の一般的な宗教感情、死者に対する追悼・敬虔の感情を害しない態様で、すなわち習俗上の埋葬等とみられる方法で行われたのであれば、死体遺棄罪における「遺棄」に当たらず、当該行為は死体遺棄罪に問われることはないということになる。ゆえに、許可を得て行われる一般的な葬送を行っても死体遺棄罪とはならない。すなわち、人は死亡すると、「墓地、埋葬等に関する法律」（以下、単に「墓理法」とよぶ）に基づき、許可を得て死体は棺に入れられて墓地の土中に埋められるか（いわゆる土葬）、現在の日本の大部分で行われているように許可を得て死体が火葬場で焼かれ（いわゆる火葬）、焼け残った骨の一部が骨壺に収納されて残余は放棄され、骨の入った骨壺が墓や納骨堂の中に納められることになるが、こうした一般的な葬送も客観的な行為として見た場合には「死体等の放棄・隠匿」に当たると言い得るものの¹¹、死体遺棄罪に問われることはない。それは、いうまでもないことであるが、こうした一般的な葬送が習俗上の埋葬等とみられる方法によるものだからである。すなわち、上述したような死者をねんごろに葬り追慕と祭祀の対象とする宗教風俗に照らして、死体を時宜にかなって適切に埋葬することが公衆の一般的な宗教感情、死者に対する追悼・敬虔の感情に沿うものであり、したがって、死体遺棄罪は、広くこうした死者の適時適切な埋葬を妨げる危険のある行為を禁じていると解し得るのである。裁判例においても、例えば死体の隠匿に関して、「隠匿による死体遺棄罪が成立するには、当該行為により、それ以前の状態に比較して単に死体発見が容易でなくなったというだけでは足りず、

11 この点につき、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（2005年）2頁。

死体発見の困難さが、その程度においても、時間的にも、死者を悼み、適時適切な埋葬を妨げるに足りるものであることが必要である」と述べられる(福岡高判令和3年6月25日高刑集73巻1号6頁)。そして、このような理解に基づけば、死体の葬祭義務を負う葬祭義務者についてはその義務を履行し葬送することが求められているし、それ以外の者については死体等の放棄・隠匿により葬祭義務者の葬祭義務を妨害しないことが求められているということになる¹²。そうすると、行為者の事後の死体の取扱いについての意図を考慮したとしても、それに基づき現に行われた行為が死者の適時適切な埋葬を妨げるに足りるものであると認められない限り、公衆の一般的な宗教感情、死者に対する追悼・敬虔の感情を害する態様であると認められず、現に行われた行為に、死体遺棄罪の実行行為性、すなわち「遺棄」該当性が認められないということになるはずである。

ところで、適時適切な埋葬と死体遺棄罪の成否に関連して、「死体の運搬行為」が問題となった裁判例(福岡地判令和3年1月21日裁判所ウェブサイト(前掲福岡高裁令和3年6月25日判決の第一審))に対する評釈において、「死体の運搬は死体を処分するための手段として行われるものであるが、発見を恐れて密かに運搬されたとしても、運搬の段階ですでに隠匿(=遺棄)に当たるとは、一般には理解されていない」との指摘がなされている。そして、このような理解は、「運搬行為が死体の発見を困難にする性質を有していても、それだけでは遺棄を認めるに十分ではないことを示唆している」旨、述べられる。これは、運搬の段階では事態は依然として流動的であり、思い直して葬祭義務者に適時適切な埋葬を行わせる可能性も残されているのであるから、最終的に死体を処分した段階で埋葬されない可能性が格段に高まり公衆の敬虔感情が害されるに至ったと見ればその段階で遺棄該当性が認められるのであって、「このような取り扱いは支持されてよい」とも述べられる¹³。この点、福岡高裁は、わざわざ「死体について一定のこん包行為をした場合において」

12 西田典之ほか編『注釈刑法第2巻各論(1) §§77~198』(有斐閣 2016年) 678頁〔嶋矢貴之〕。

13 高橋直哉「判批」法学教室489号(2021年) 170頁。

と述べて本件を特にこん包にかかる隠匿による死体遺棄罪の場合として判断しており、「死体の運搬行為」に関するこうした指摘がそのまま妥当するわけではないことはいまでもない。しかし、複数行為が存在する死体遺棄罪における実行行為性の認定に関して、この指摘は、きわめて重要な示唆に富むものであると思われる。以下、この点について言及する。

原判決の認定では、被告人は、出産に基づくダメージから回復した後に、えい児の死体を私的に埋葬するつもりであり、その準備として「えい児を段ボール箱に入れて保管し、自室に置き続けた」とした。すなわち、目的である私的埋葬のための手段として、上記行為が行われたとの認定を行っているのである。ところで、死体遺棄罪における「遺棄」に該当するか否かは、あくまでも、公衆の一般的な宗教感情、死者に対する追悼・敬虔の感情を害しない、習俗上の埋葬等とみられる方法での死体等の放棄・隠匿か否かが問題とされているのであるから、必ずしも上述したような墓理法に基づく埋葬に限定されないということになる。すなわち、適時適切な埋葬といっても、ここにいう適切性は、法律により付与されるものではない。したがって、許可を得ずに土葬をしたとしても、故人を偲ぶ何人も人が集まり、ねんごろに土葬をした場合、確かに墓理法には反すると言い得るが、さらに進んで死体遺棄罪が成立するかについては、一（裁）判例に基づけばおそらく成立するということになるのであろうが一死者に対する追悼・敬虔の感情を害したと言い得るかという点で慎重な判断が求められよう。学説においても、死体遺棄罪の成否については「死体の状態だけから直ちに判断することはできず、死体に対して、敬虔感情を満たすに足る行為を行ったか、行っていないかという観点を加え判断するしかない」ということが述べられているのである¹⁴。しかしながら、ここではあくまでも「感情」が問題となっており、具体的な指標でもってこれを表すことはきわめて困難といえようが、公衆の一般的な宗教感情、死者に対する追悼・敬虔の感情を害しない態様か否かの判断においては、上述の通り必ずしも法律に基づく埋葬に限定されないものの、少な

14 西田ほか・前掲註12) 678頁〔嶋矢貴之〕。

くとも当該埋葬が法律に基づく適式なものであるか否かということが大きなウェイトを占めているということも動かしがたい事実であるということも可能であろう。同じ死体を土中に埋葬するという行為でも、無許可で墓地の土中に埋める行為と許可を得て墓地の土中に埋める行為は、宗教的感情に照らせば異なったものとして捉えられることが多いであろうが、それは当該埋葬が法律に基づく適式なものであるかという点に由来するところが大きな事情となっていることは否定できないように思われる¹⁵。そうであれば、たとえ被告人にえい児の死体をねんごろに葬るという意味があったとしても、法律に基づかない私的埋葬はおよそ宗教風俗上の埋葬とは認められない方法によるものであり、したがって葬祭義務者が負う適時適切な葬祭の履行の義務を放棄したのであって、社会的に見て「公衆の一般的な宗教感情、死者に対する追悼・敬虔の感情を害する態様」での放棄であるとする認定は十分に可能であると言い得るであろう。もっとも、本件では、私的埋葬には至っていないのである。それゆえ、その前段階に位置する「えい児を段ボール箱に入れて保管し、自室に置き続けた」という段階では、上述した「死体の運搬行為」と同様に適時適切な埋葬の可能性はなお残されていると言い得る。加えて、上述の通り福岡高裁は、原判決を「作為の遺棄が先行し、それに引き続き不作為の遺棄が同時に行われたと判断したもの」と理解しているものであるが、【判旨】で示したように、これら一連の行為が行われたのはわずか「1日と約9時間」なのであって、一般的な葬送でもそれ以上死体（遺体）の安置がなされることもある。そうすると、行為者が意図する事後の死体の取扱いの前段階に位置する上記行為は、程度としても、期間的にも、死者の適時適切な埋葬を妨げるに足りるとは言い難いではなかろうか。そして、この点、前掲福岡高裁令和3年6月25日判決では、上述したように「隠匿による死体遺棄罪が成立するには、当該行為により、それ以前の状態に比較して単に死体発見が容易でなくなったというだけでは足りず、死体発見の困難さが、その程度においても、時間的にも、死者を悼み、適時適切な埋葬を妨げるに足

15 この点につき、福永・前掲註2) 149～150頁。

りるものであることが必要である」と述べられているのである（傍点引用者）。しかし、他方で、このような主張に対しては、「作為による遺棄」については、死体の状態等を変質し得る期間に満たない短時間でも成立し得るのであって、短時間であるか否かは「作為による遺棄」の成否に必ずしも関係ないという批判が向けられよう。確かに、例えば死体を土中に埋めて放棄したという場合に、埋めてから一時間後に死体が掘り起こされて発見されたからといって、死体遺棄罪の成立が否定されるとは言い難い。しかしながら、この場合に死体遺棄罪が成立するのは、死体を土中に埋めて放棄することにより、行為者が葬祭義務者であれば、確定的に葬祭義務者が負う適時適切な葬祭の履行の義務を放棄したといえるし、行為者がそれ以外の者であれば、確定的に葬祭義務者の葬祭義務を妨害する行為を行ったといえ、いわば程度において公衆の一般的な宗教感情、死者に対する追悼・敬虔の感情を害したと言い得るからである。したがって、事後の死体の取扱いについて死体遺棄罪に該当し得る意思を有していたとしても、本件においては、それを基に、現に行われた「えい児を段ボール箱に入れて保管し、自室に置き続けた行為」が死者の適時適切な埋葬を妨げるに足るものであると必ずしも認められない以上、現に行われたこの行為に「遺棄」該当性は認められないということになるはずである。

また、「死体の運搬行為」に関する判断を示した前掲福岡高裁令和3年6月25日判決では、同じく実行行為性に関して、死体を埋めたり捨てたりして遺棄する際に死体が運搬されることは少なくないという点に着目して、「そのような場合には、死体の運搬行為も実行行為に含まれることがある」と述べられる。もっとも、その理由としては、「遺棄を目的として死体の運搬がなされるからであり、最終的な死体の処置方法（遺棄）を確定した上で運搬行為を行った場合に運搬行為が遺棄と評価されるのは、運搬行為が遺棄の手段と評価されるためであって、死体運搬自体が隠匿行為となるというわけではない」と述べられる。その上で、この裁判例の事案では、「最終的な死体の処置は119番通報となり、遺棄されるには至らなかったのであって、その間の運搬行為を遺棄の手段と評価することはできない」との判断が下されて

いる。上述の通り福岡高裁は本件を特にこん包にかかる隠匿による死体遺棄罪の場合として判断しており、「死体の運搬行為」に関するこの裁判例の判断がそのまま妥当するわけではないことはいうまでもない。しかし、私的埋葬という死体遺棄に該当する行為を目的としてなされた、手段としての段ボール箱への2名のえい児の死体のこん包という点で、同じく目的・手段に関するものであるところ、本件においては、原判決は私的埋葬を予定していると認定したものの具体的にどういった様態の私的埋葬なのかが示されておらず不明であり、その意味で最終的な死体の処置方法は確定していないと言え得るし、實際上原判決が予定していると認定した私的埋葬には至っていないのであるから、この裁判例に照らせば、本件においても、その間の段ボール箱への2名のえい児の死体のこん包行為を遺棄の手段と評価することはできないから実行行為に含まれずに、「遺棄」該当性が否定されるということになるはずである。

さらに、上で引用したところによれば、前掲福岡高裁令和3年6月25日判決は、行為者の犯行計画との関係で、最終的な死体の処置方法が確定していれば運搬行為はその手段となるのであって、それゆえ事後予定されている死体の処置(遺棄)とひとまとめにして実行行為に含みうるとの理解を示している。この点、上述した通り、犯行計画上に存在する目的との関係で、現に行われた行為の現実的危険性が判断されてその手段性が決せられ、実行行為性が認められることになるわけであるが、ここで問題とされる犯行計画は概ね具体的に決まっているものであり、そうした具体的な犯行計画をもとに、現に行われた行為の現実的危険性がはかられるということになる。いわゆる「クロロホルム事件」にかかる前掲最高裁平成16年3月22日決定も、「実行犯3名の殺害計画は、クロロホルムを吸引させてVを失神させた上、その失神状態を利用して、Vを港まで運び自動車ごと海中に転落させてでき死させるというものである」と具体的に犯行計画を認定したうえで、これに照らして「第1行為は第2行為を確実に容れ易く行うために必要不可欠なものであったといえること、第1行為に成功した場合、それ以降の殺害計画を遂行する上で障害となるような特段の事情が存しなかったと認められることや、第1行為

と第2行為との間の時間的場所的近接性などに照らすと、第1行為は第2行為に密接な行為であり、実行犯3名が第1行為を開始した時点で既に殺人に至る客観的な危険性が明らかに認められるから、その時点において殺人罪の実行の着手があったものと解するのが相当である。また、実行犯3名は、クロロホルムを吸引させてVを失神させた上自動車ごと海中に転落させるという一連の殺人行為に着手して、その目的を遂げたのであるから、たとえ、実行犯3名の認識と異なり、第2行為の前の時点でVが第1行為により死亡していたとしても、殺人の故意に欠けるところはなく、実行犯3名については殺人既遂の共同正犯が成立するものと認められる」と述べている。この決定が示した判断枠組み等の検討は本評釈の射程外の話ゆえ避けるが、本件とのかかわりにおいて述べれば、ここでも具体的な犯行計画との関係で、現に行われたそれぞれの行為の意味が判断されているのである。ところで、本件に關して、原判決は事後に被告人が私的埋葬を予定していたと認定し、こうした「私的に埋葬するための準備」として本件行為が行われたとした。このような原判決の認定からすれば、上述の通り、その具体的な態様は示されていないものの、「私的に埋葬するための『準備』」なのであるから、被告人が2名のえい児を入れ、柵上に置いた段ボールをそのまま埋葬すると解することも可能であり、このように解すれば「えい児を段ボール箱に入れて保管し、自室に置き続けた」行為が、本件私的埋葬における手段であるということ、また、私的埋葬に必要かつ密接な行為であるということは可能かもしれない。しかし、仮にそうだとしても、本件では私的埋葬には至っていないのであるから確定的に葬祭義務者が負う適時適切な葬祭の履行の義務を放棄したといえず、上述した通り現に行われたこの行為が死者の適時適切な埋葬を妨げるに足りるものであると必ずしも認められないのであるから、この行為自体に対して「遺棄」該当性が認められないことはいうまでもない。他方で、福岡高裁判決では「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」との言及はあるものの、それ以上は事後の埋葬について触れられていないのであり、福岡高裁判決から、事後死体をどのように取り扱おうとしていたのか、具体的な犯行計画を読み取ることはできない。

そうである以上、前掲福岡高裁令和3年6月25日判決に照らしても、本件行為が手段であるとは評価することはできないからやはり実行行為に含まれずに「遺棄」該当性が否定されるということになるし、前掲最高裁平成16年3月22日決定に照らしても、本件行為が事後の犯行計画上必要かつ密接な行為であると確定的にいえないのであるから、埋葬の前段階行為である本件行為を含めて一連の遺棄行為であるとはいえないということになろう。

このように、死体遺棄罪の解釈および従前の判例・裁判例に照らして、行為者の事後の死体の取扱いについての意図を考慮して、本件「えい児を段ボール箱に入れて保管し、自室に置き続けた」という行為に「遺棄」該当性を認めることは困難といわざるを得ない。したがって、一般論としては、従前の判例が示すところにしたがい、福岡高裁が述べるように行為者の犯行計画を資料にして現に行われた行為の意味をはかり、実行行為性を判断する手法を採り得るとしても、行為者の事後の死体の取扱いについての意図を考慮して「遺棄」該当性認めた原判決、そしてそれを是認した福岡高裁判決は失当である。また、それにもかかわらず、行為者が事後に2名のえい児の死体を私的に埋葬する意思であったことを考慮しておよそ遺棄に当たらないはずの上記行為に「遺棄」該当性を認めることは、福岡高裁が示した「現にした行為だけを見れば『遺棄』に当たるとはいえない場合に、その行為について、被告人が、事後に本件各えい児の死産を他者に隠したまま自身でそれらの死体を埋葬する意思でしたことを考慮し、それが私的に埋葬するための準備であることを理由として『遺棄』に当たると認めることは、実質的には予備に当たる行為を死体遺棄罪で処罰することに等しく、そのような解釈は採り得ない」という判示と反するということになろう。福岡高裁判決は、自己矛盾をきたしてしまっているように思われるところである。

2) 本件こん包行為の評価について

【判旨】で示したように、福岡高裁は、2名のえい児の死体を段ボール箱に二重に入れ接着テープで封をしたという本件こん包行為を「隠匿」に該当するものと判断し、作為による遺棄を認めた原判決について、これを是認す

ることができるとした。この点、2名のえい児の死体を段ボール箱に二重に入れ接着テープで封をしたという本件こん包行為それ自体を客観的に見れば、確かにこん包することによってこん包前と比べてえい児の死体が人目に触れなくなる可能性が高まるということは言い得るように思われる。その意味において、被告人の上記行為が隠匿であるということは必ずしも不可能ではないとも言い得る。もっとも、上述したように、死体遺棄罪における「遺棄」は、「単なる死体等の放棄・隠匿」をいうのではなく、社会的に見て「公衆の一般的な宗教感情、死者に対する追悼・敬虔の感情を害する態様の死体等の放棄・隠匿」をいうのであるから、被告人のこん包行為が公衆の一般的な宗教感情、死者に対する追悼・敬虔の感情を害する態様であるか否かが問題とされなければならない。この点、原判決は、被告人が事後に私的埋葬を予定していたことを認定し、そうした事後予定された行為を資料にして本件こん包行為が死体遺棄罪にいう「遺棄」に当たると述べた。福岡高裁も、「遺棄」該当性判断において、「本件各えい児の死体を段ボール箱に入れたこと自体が『遺棄』に当たるのではな(い)」としつつも、葬祭を行う準備、葬祭の一過程として本件こん包行為を行ったものではなく、死体を隠匿する行為であり、他者による死体の発見を困難にするものであって、他者による適時適切な埋葬を妨げることで死者に対する一般的宗教感情・敬虔感情を害したから、本件こん包行為が死体遺棄罪にいう「遺棄」に当たると述べている。もっとも、本件に限ってみれば、行為者の事後の死体の取扱いについての意図を考慮して「遺棄」該当性を認めることは妥当ではないということは上述した通りであるが、以下では、福岡高裁がなした具体的な本件こん包行為の評価について検討を加えることにしたい。

福岡高裁は、2名のえい児の死体を段ボール箱に二重に入れ接着テープで封をしたという本件こん包行為につき、習俗上の葬祭を行う準備、一過程として行ったものではないということに言及している。確かに、客観的には死体のこん包とみられる行為であっても、それが習俗上の葬祭の準備、一過程として行われたのであれば、公衆の一般的な宗教感情、死者に対する追悼・敬虔の感情を害するものではないから、死体遺棄罪には該当しない。一般的

な葬送でも、末期の水を取らせ、湯灌をし、死に化粧を施したうえで死体を棺に納め(いわゆる納棺)、通夜式・告別式を経て、火葬場において棺ごと死体を火葬し、焼け残った骨の一部が骨壺に収納されて残余は放棄され、骨の入った骨壺が墓や納骨堂の中に納められるということになるが、この場合の納棺もいわば死体のこん包行為と言い得るものの、死体遺棄罪に問われることはない。それは、この場合の納棺という死体のこん包行為が習俗上の葬祭の一過程として行われたものであり、公衆の一般的な宗教感情、死者に対する追悼・敬虔の感情を害しないものだからである。しかし、このような葬祭準備、一過程としてのこん包が死体遺棄罪に該当しないといえても、葬祭準備、一過程ではないこん包が常に死体遺棄罪に該当するとはいえないのではなかろうか。とりわけ本件のように行為者に葬祭義務がある場合、現に行為者がした行為の意味を問うことに、どれだけの意義があるのであろうか。以下、この点について言及する。

従来、死体遺棄罪が問題となる典型事例としては、殺害行為に及んだ行為者が、その犯行の発覚をおそれて死体を遺棄したというものであろう。葬祭義務を負う者についても、望んでいない子供を出産した場合に、その子供の処置に困り殺害をしたうえで、その死体を遺棄したというものが典型事例であろう。このように、殺人と死体遺棄がワンセットとして行われる場合が多くあるのである。しかし、本件はそのような典型事例のような場合ではない。すなわち、葬祭義務者である被告人が、双子を出産したが死産であったというものであって、被告人が双子のえい児の死を直接もたらしたわけではない。しかも、本件被告人の出産は妊娠8か月から9か月の早産であり、およそ原判決や福岡高裁判決が認定した令和2年11月15日に出産するとは予想していないであろうし、ましてや死産であることは予想すらしていないはずである。このような状況下において、葬祭義務を負う被告人にどのような行為を期待できるであろうか。また、同様のことは、例えば、家族が朝になっても起きて来なかったので、寝室をのぞいたところ、心不全で死亡していたという様な場合にも言い得る。すなわち、葬祭義務を負う場合は、自ら殺害する場合のように葬祭義務を負うことを自ら予見・認識できる場合もあれば、本

件のように予想だにせず突如として葬祭義務を負う場合もあるのである。しかし、従前の刑法学上の議論では、葬祭義務を負う者と負わない者があり、葬祭義務を負う者には不作為による死体遺棄罪が成立するというのみで、どのようにして葬祭義務を負ったのか、その経緯に着目した死体遺棄罪の解釈論は必ずしも詰められてこなかったように思われる。自然死や病死により、突如として葬祭義務を負った者に、果たしてどのような行為を期待できるのか。こうした観点からの死体遺棄罪の解釈論も、従前において展開されるべきであったのではなからうか。

そうすると、突如として葬祭義務を負った場合、即座に完璧な対応を取る者もいるであろうが、すべての者がそういうわけでもないであろう。気が動転して、何をしたいかわからないということは十分にあり得る。そこでは、事後の処置をよく考えることなく、「取り敢えず」何らかの行動を起こすことだってあるであろう。床で倒れて亡くなっていたので、取り敢えず死体を布団に入れるといったことがその好例とならうか。流産や死産の場合でも、自宅で流産したもののかかりつけの病院が休診であったために再開したら受診するつもりで死胎の腐敗を防ぐために取り敢えず冷蔵庫で保管したケース¹⁶や知人宅で死産したものなどのような対応を取っていいかわからず取り敢えず死体を袋に入れて病院に相談したケース¹⁷などが実際に起きているのである。そうである以上、このような突如として葬祭義務を負った者が取り敢えず現に起こした行動まで、すべて葬祭との関係で捉えられるべきではない。勿論、上述したように、当該埋葬が法律に基づく適式なものであるか否かということが、公衆の一般的な宗教感情、死者に対する追悼・敬虔の感情を害するか否かの判断において大きなウェイトを占めているということも動かしがたい事実であるから、現に行われたある行為が習俗上の葬祭においてどのような意味を持っているのかをはかることは、死体遺棄罪の成否を考えるに当たっ

16 「死産、行政に相談したのに逮捕は早計 弁護士が香川県警に抗議」朝日新聞デジタル 2021年10月25日 (<https://www.asahi.com/articles/ASPBH6VPNPBGPTLC00W.html>)。

17 「東京・赤ちゃん遺棄容疑の女性 『事前相談受けた』 院長『保護せず逮捕は遺憾』慈恵病院」毎日新聞（地方版／熊本）2020年12月11日21頁。

て重要な要素の一つである。しかし、とりわけ突如として葬祭義務を負った者が、事後の死体の処置を逐一考えて、即座に行動を起こせないこともあるのである。そうである以上、葬祭にとって意味のない行為であっても、現に行われたその行為にどれだけ適時適切な埋葬を妨げる危険があったのか、それ自体が公衆の一般的な宗教感情、死者に対する追悼・敬虔の感情を害するものであるか否かをはかる必要があるのではなかろうか¹⁸。そして、葬祭にとって意味のない行為であっても、その行為に適時適切な埋葬を妨げる危険がなければ、当該行為は「遺棄」には該当しないということになる。すなわち、ある行為が「葬祭準備や葬祭の一過程」であることと、「遺棄」に該当することは問題を異にするのである。現に行われた行為が葬祭の準備、葬祭の一過程ではないから「遺棄」に該当する、という福岡高裁判決のロジックは、突如として葬祭義務を負った場合である本件においては、特に受け入れ難いもののように思われる。さらに、仮にこの判断を一般化させた場合、突如として葬祭義務を負った者でも、事後の死体の処置を、死体遺棄罪該当性の余地が全くないほど完璧に行わなければ死体遺棄罪に問われかねないということになってしまい、妥当ではない。そして、この点、本件こん包行為が適時適切な埋葬を妨げるものでなく、この行為に「遺棄」該当性が認められないことは、上述の通りである。

また、本件においては被告人の特殊な事情も十分に考慮に入れられる必要がある。本件被告人は、上述のように予想だにせず突如として葬祭義務を負うことになったわけであるが、被告人は外国籍（ベトナム国籍）であり、2018年に来日して以来「わずか2年強しか」日本で生活していないという事情もある。このような被告人に、死産児を出産した際の処置の方法が十分に理解できていたといえるであろうか。そうすると、本件において、外国籍である被告人が死産児を出産した際の処置の方法が十分に理解できていたかということも、突如として葬祭義務を負った被告人にどのような行為を期待できたかを考えるに当たって、重要な要素であったと言い得る。ゆえに、外

18 なお、突如として葬祭義務を負った者が取り敢えず現に起こした行動に、適時適切な埋葬を妨げる危険があったと判断されても、故意の問題が別に残るであろう。

国人在留者を所掌する機関が、法情報を含む、外国人が日本での適法な生活を営むに当たっての必要な情報を適切に提供しているか否かがまずもって問題とされなければならないはずであるところ、原判決でも福岡高裁判決でも、この点については触れられていないのである。

さらに、福岡高裁は、本件こん包行為が葬祭準備、一過程ではないということ論じるに当たり、こん包の態様についても言及している。すなわち、被告人は、2名のえい児の死体を段ボール箱に入れて4片の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て9片の接着テープで封をし、二重に包まれ合計13片の接着テープで封をした状態にある段ボール箱を、その中に死体が入っていることをうかがわせることなく自宅棚の上に置いたために、外観上棚の上に置かれたこん包済みの荷物にしか見えず、このような態様で死体をこん包することは、葬祭をするうえで通常必要なことではない、というのである。この点、現に行われたある行為が「葬祭準備や葬祭の一過程」であることと、「遺棄」に該当することは問題を異にするということは上述したところであるが、福岡高裁のこうした判断についても言及しておきたい。

すでに述べたように、2名のえい児の死体を段ボール箱に二重に入れ接着テープで封をしたという本件こん包行為それ自体を客観的に見れば、確かにこん包することによってこん包前と比べてえい児の死体が目に見えなくなる可能性が高まるということは言い得るように思われる。その意味で、客観的側面において、被告人の上記行為が隠匿であると言うことは必ずしも不可能ではないとも言い得る。しかし、そもそも論として死体（遺体）は、出来るだけ目目にさらすべきではない。われわれが死体というものを考えたとき、こうした感覚は十分に理解できるであろう。その意味で、「死体（遺体）を隠す」ということは、ある意味で宗教風俗といえる。しかも、上述の通り、本件は、殺害に及んだ行為者がその犯行の発覚をおそれて死体を遺棄したという場合や、葬祭義務を負う行為者が望んでいない子供を出産したので、その子供の処置に困り殺害をしたうえでその死体を遺棄したという場合ではない。本件えい児は死産であったのであるから、被告人が行った犯跡を隠そうというような意図で本件こん包行為が行われたものでないことは明らかなの

である。そうすると、被告人としても積極的に死体を隠匿する理由はないはずである。もっとも、福岡高裁は、技能実習生という立場で妊娠をしたことが周囲に発覚すれば帰国させられるのではないかと考え周囲に妊娠したことを隠してきたこと、妊娠をしたことを周囲に話さないままに出産したことを隠そうとしたという点から、「被告人は、本件各えい児の死体を隠匿する意思をもってその行為をしたと認められる」旨、認定する。しかし、こうした福岡高裁の判断に基づけば、本件においては、2名のえい児の死体を隠匿する目的で隠匿がなされたものではなく、妊娠・出産という事実を秘匿する目的でその手段として2名のえい児の死体の隠匿が行われているということになる。しかし、客観的な行為態様は同じでも、死体を隠匿する目的でなされたものと妊娠・出産という事実を秘匿する手段としてなされたものは、その意味合いが全く異なる。この点、前掲福岡高裁令和3年6月25日判決が、走行中の自動車内で被害者が死亡したが、生前被害者に対して暴行を加えていたことから、被害者の死亡に関する事件性が発覚する前に口裏を合わせる時間を稼ぐためにそのまま死体を運搬したという場合に、「死体に関する事件性についての発覚防止を動機目的とした点については、道義的非難が免れないが、隠匿に該当するか否かの判断に影響はない」との判断を示している。すなわち、犯跡隠蔽の防止といった刑事司法上の要請が死体遺棄罪の成否を根拠づけるのではなく、「死者を悼み、適時適切な埋葬を妨げるに足りるものである」か否かが、死体遺棄罪の成否を根拠づけるとされているのである。この裁判例に照らせば、本件においても、妊娠・出産の発覚防止を動機・目的としてこん包行為に及んだ点については道義的非難が免れないと判断され得たとしても¹⁹、隠匿に該当するか否かの判断に影響はないということになるはずである。そして、本件こん包行為が適時適切な埋葬を妨げるものではないことは、上述の通りである。

また、福岡高裁は、2名のえい児の死体を二つの段ボール箱で二重に包み、

19 なお、福岡高裁は、「被告人は、自身の妊娠を周囲の者に相談する機会が十分にあった。それにもかかわらず、被告人は、周囲の者に妊娠したことを話さないまま本件各えい児を出産し、そのことを隠そうと考えて本件犯行に及んだものであって、相応の非難が免れない」と述べている。

合計で13片の接着テープで封をして、内部に死体が入っていることをうかがわせることなく自宅棚に置いたために外観上棚の上に置かれたこん包済みの荷物にしか見えなかったという点に言及をしているが、他者に分かるように死体を置くことと死者を悼む気持ちがあることは別であるし、上述の通り、死体は出来るだけ人目にさらすべきではないというのが宗教風俗でもあるのである。

加えて、福岡高裁は、このような態様で2名のえい児の死体をこん包することによって、他者をしてそれら死体を発見することが困難な状況を作出したのであり、それゆえ、被告人宅の家主、被告人以外の本件各えい児の親族等の者、さらにはそれらの葬祭を行う者がいない場合は死亡地である芦北町の長といった、他者により適切な時期に葬祭が行われる可能性を著しく減少させたという点において、死者に対する一般的な宗教的感情や敬けん感情を害するものといえると述べる。この点は、福岡高裁判決の極めて大きな特徴であると評し得るように思われる。それというのも、本件は葬祭義務を負う被告人のなした行為が問題となっているところ、すでに見たように、死体の葬祭義務を負う葬祭義務者についてはその義務を履行し葬送することが求められているのであるから、福岡高裁が「遺棄」に該当すると認定した行為によって、葬祭義務者である被告人自身が負う適時適切な葬祭の履行の義務を放棄したとして、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とする方が素直だからである。しかし、福岡高裁は、そうはせずに、福岡高裁が「遺棄」に該当すると認定した行為によって、他者による適時適切な葬祭の履行を妨害したから、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としているのである。確かに、これまで見てきたように、福岡高裁が「遺棄」に該当すると認定した行為は、被告人の適時適切な埋葬を妨げるものではない。しかし、このように、被告人の本件こん包行為と他者の葬祭妨害を結びつけるという構成をとることによって、本件作為が、他者の葬祭妨害という関係で意味を持つことになる。だからこそ、福岡高裁は、被告人がなした具体的なこん包行為の態様や意味を問題視したと解し得るのである。すなわち、本件こん包行為は、被告人との関係ではなお適時適切な葬祭の履行を

妨げるとはいえないとしても、他者をして死体を発見することが困難な状況を作成するものであるから他者の適時適切な葬祭の履行を妨害するものであり、「隠匿」に当たるといっているのである。しかし、福岡高裁判決がいうように、他者の適時適切な埋葬を妨げるものといえるのであろうか。

この点、本件当時、被告人は技能実習生として勤めていた会社が用意した一軒家に一人で住んでいたものであり、本件出産も被告人が一人で行った孤立出産であった。出産後、死産であったこともあってえい児は布団上に胎盤を介してへその緒でつながっている状態で裸のまま転がった状態であったものを、被告人がえい児をタオルでいねいにつつんで段ボール箱に入れ、産後直後にもかかわらず休憩を取りつつ名前を考え、名付けた名前と「天国で安らかに眠ってください」というメッセージ等を書いた紙をその上に置き、封をして、さらに段ボール箱に入れて封をし、出産したのと同じ部屋の棚の上に、隠すことなく置いたというものである。そうであれば、実質的にこん包前と比して劇的に死体の発見が困難になったとはいえないのではなかろうか。上述の通り、本件こん包行為それ自体を客観的に見れば、確かにこん包することによってこん包前と比べてえい児の死体が人目に触れなくなる可能性が高まるということは言い得るように思われる。しかし、例えば、布団の上に転がっている死体に掛け布団をかけて人目に触れなくする行為と、差異はあるのであろうか。そして、葬祭義務者が自ら殺害したというような場合でなく突如として死体に遭遇した場合に、その死体に掛け布団をかけても、隠匿に当たるとは、一般的には理解されていないであろう。さらに、封をしたとされる粘着テープも、ガムテープや布テープといった類のものではなく、ゼロハンテープである。本件段ボール箱も、室外や屋外に持ち出したわけでもなく、同じ部屋の中で場所的な移動をしたにすぎない。しかも、死体を入れた段ボール箱を隠すこともなく、棚の上という一層目立つ場所に置いているのである。加えて、上述の通り被告人が一人で居住する家の中での出来事なのである。そうであれば、本件こん包行為が、それ以前と比して他者をしてそれら死体を発見することが困難な状況を作成したとはいえず、他者により適切な時期に葬祭が行われる可能性を著しく減少させたとはいえないのでは

なかろうか。また、この点、前掲福岡高裁令和3年6月25日判決では、死体遺棄罪の成立に関して、「当該行為により、それ以前の状態に比較して単に死体発見が容易でなくなったというだけでは足りず、死体発見の困難さが、その程度においても、時間的にも、死者を悼み、適時適切な埋葬を妨げるに足りるものであることが必要である」と述べられており（傍点引用者）、客観的に死体発見の困難さを作り出す状況が死体遺棄罪の成立に必要と解されていると理解できるのである。しかし、本件では、上述の通りこうした裁判例が示すような前提条件を満たしていない。このように見れば、他者により適切な時期に葬祭が行われる可能性を著しく減少させたということを理由に、死者に対する一般的な宗教的感情や敬けん感情を害したとはいえない。また、福岡高裁判決でも、原判決と比べて具体的な認定はされていないものの、「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」とされており、被告人自身葬祭義務を放棄したという認定も行っていないといえるのである。その意味で、これも上述したところでもあるが、被告人が本件こん包行為に及んだことでも、被告人自身による適時適切な埋葬の可能性はなお残されているのであって、福岡高裁が、他者による適時適切な葬祭の前提とした、「被告人が本件各えい児の死体について葬祭を行わない場合」という状況にもないと言い得る。

以上、縷々述べてきたように、被告人が行った本件こん包行為は死者の適時適切な埋葬を妨げるに足りるものではなく、死者に対する追悼・敬虔の感情を害する態様の死体の隠匿とはいえず、死体遺棄罪という「遺棄」に当たらない。それにもかかわらず、結論として、2名のえい児の死体を段ボール箱に二重に入れ接着テープで封をしたという本件こん包行為を「隠匿」に該当するものと判断して作為による遺棄に該当すると認め、原判決を是認した福岡高裁の判断は妥当ではなく、賛同し得ない。

3. 不作為による遺棄

死体遺棄罪にいう「遺棄」には、作為形態のもののみならず、作為義務としての死体の葬祭義務を負う者による不作為形態のものもあるとするのが判

例の確立した見解であり²⁰、学説上も不作為による遺棄を認める見解が通説である²¹。この点、公衆の一般的な宗教感情、死者に対する追悼・敬虔の感情という死体遺棄罪の保護法益に照らせば、葬祭義務者が死体を吊うことなく放置し、その結果腐敗等により死体の状態が悪化したのであれば、死者の適時適切な埋葬を妨げたと認めることができるのであるから、公衆の一般的な宗教感情、死者に対する追悼・敬虔の感情を害する態様での死体の放置であるといえ、作為の遺棄行為との同価値性を認めることができると言い得る²²。

福岡高裁は、原判決を「作為の遺棄が先行し、それに引き続き不作為の遺棄が同時に行われたと判断したもの」として理解したが、すでに述べた通り、原判決は、不作為による遺棄の認定に当たり、被告人の「段ボール箱に入った状態の各えい児の死体を自室内に置き続けた行為」という不作為について、なぜこの不作為が作為犯との同価値性を有するのかなどについて言及しておらず、原判決には死体遺棄罪の不真正不作為犯が成立する理由について具体的言及がない憾みがあった。これに対し、福岡高裁は、「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『遺棄』に当たるかどうかを判断するに際しては、その不作為が、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ものであって、作為による遺棄と構成要件的に同価値のものといえるかどうかを検討する必要がある」と述べており、福岡高裁が、不作為による遺棄の認定に当たってこのように判示したことは、きわめて正当である。その上で、福岡高裁は、墓理法3条が、埋葬または火葬は、他の法令に別段の定めがあるものを除き、死亡または死産（妊娠7箇月に満たない死産の時を除く）後24時間経過した後でなければ行ってはならないと規定していること、死体の存在を認識した葬祭義務者が、死亡または死産の届出（戸籍法86条）や火葬等の許可の申請（墓理法5条）といった

20 例えば、大判大正6年11月24日刑録23輯1302頁、仙台高判昭和27年4月26日高刑特報22号123頁、東京高判昭和40年7月19日高刑集18巻5号506頁、福岡高宮崎支判平成14年12月19日判タ1185号338頁など。

21 例えば、山口・前掲註5）524頁、井田・前掲註5）555頁、松原・前掲註5）533頁など。

22 なお、不作為による死体遺棄につき、福永・前掲註2）150頁以下

手続をした上で行う通常の葬祭の場合であっても、葬祭を行うまでに一定期間を要することもあり得ることに言及し、「葬祭義務者が死体の存在を認識した後直ちに葬祭を行わなかったとしても、それだけで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とはいえ」ず、「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作為による遺棄と構成要件的に同価値のものとなったと評価するには、適切な時期に死体の葬祭を行わなかったという点で上記の法益を害するといえることが前提になると考えられ」、したがって「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という死体の『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」と述べる。そして、本件に関してみれば、「被告人は、11月15日午前9時頃に本件各えい児を自室内で出産し、本件各えい児は遅くともその一、二分後には死亡した。被告人は、その頃にそれらの死体の存在を認識したから、それらの死体の葬祭義務を負う。その後、被告人は、本件各えい児の死体を、段ボール箱に入れて封をした上、自室にあった棚の上に置くなどして葬祭を行わずに自室内に置いたままにしていたが、……同月16日午後6時頃に病院において医師に対しえい児の出産、死亡の事実を話している。その医師は、警察に通報し、被告人はそのまま入院しており、被告人が本件各えい児の死体に作為を加えることは事実上できない状態になったから、被告人に葬祭義務の不履行があったと評価できるのはその頃までである。そうすると、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は、1日と約9時間にとどまる。通常の葬祭を行う場合であってもその着手までにその程度の期間を要することもあり得ると考えられるから、その期間の経過をもって葬祭義務を履行すべき相当の期間が経過したとはいえない」と述べ、「本件各えい児を出産し、それらの死体の葬祭義務を負う被告人が、1日と約9時間にわたり、それらの死体の葬祭を行わずに自室内に置いたままにした行為は、不作為による死体の『遺棄』に当たらない」と結論付けた。

この点、原判決では段ボール箱に入った状態の各えい児の死体を自室内に

置き続けた期間につき「1日以上」であると認定され、福岡高裁判決ではより具体的に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は「1日と約9時間」と認定されているが、一般的な葬送でも、例えば死亡の翌日に通夜を行い、その翌日に告別式を行った後に火葬を行うとなれば死亡から2日間安置されることになるし、火葬場の都合等でさらにそれ以上の期間安置されることもしばしばあるのであり、こうした事情に照らしても、本件の段ボール箱に入った状態の各えい児の死体を自室に置き続けた期間が、特に長いというわけではない。さらに、福岡高裁判決が言及するように、埋葬法3条が、埋葬または火葬は、他の法令に別段の定めがあるものを除き、死亡または死産（妊娠7箇月に満たない死産の時を除く）後24時間経過した後でなければ行ってはならないと規定していることから、一般的な葬送においても、少なくとも1日以上は安置されるということになる。また、学説上不作為の死体遺棄罪をめぐっては、その成立時期について、死亡直後の段階においては、仮に行為者が死体をそのまま放置させる意図があったとしても、死体遺棄罪の成立を認めることが困難であるとする見解が主張されている²³。これは、上で述べたように一般的な葬祭を執り行う場合であっても義務の履行までには数日を要する場合がある以上、数日間死体を自宅内に放置しただけでは、客観的に死者の尊厳を害するような遺棄行為と評価できないということを理由とする。この見解からは、不作為による死体遺棄罪は、通常の葬祭に必要な期間を経過した段階で初めて成立することになる²⁴。この点、死産届の提出は死産後7日以内に提出することになっており（死産の届出に関する規程4条）、その届出により死胎火葬許可証の交付を受け火葬が可能となる。ということは、現行法の範囲においても死産から少なくとも7日は死胎はそのまま置かれる可能性があるということになる。すなわち、葬祭義務者は葬祭義務を果たさなければならないと

23 橋爪隆「不作為の死体遺棄罪をめぐらる問題」井田良ほか編『新時代の刑事法学 橋爪隆先生古稀記念』（信山社 2016年）255頁。

24 橋爪・前掲註23）255頁。その他、西田ほか・前掲註12）676頁〔嶋矢貴之〕も「(死体遺棄行為の) 開始時期は、特に不作為の場合は、合理的な葬送期間の経過と死体の状態変化を勘案して決められるべきであろう」と述べられる（なお、括弧内引用者）。

しても、即座にこれを果たさなければならぬわけではなく、このように一定の期間的猶予が設けられているのである。そうすると、この見解が述べるように、不作為による死体遺棄罪が問題になる場合は、届出の期間を徒過した場合など一定の期間が経過し、およそ死者の適時適切な埋葬を妨げ、公衆の一般的な宗教感情、死者に対する追悼・敬虔の感情を害したと言い得るに至った段階で死体遺棄罪が成立すると解するべきであろう。したがって、福岡高裁が、本件不作為につき死体遺棄罪に該当しないと判断し、原判決が認定した不作為による遺棄の成立を否定した点は妥当であり、首肯し得る。

ところで、福岡高裁判決は、死体の葬祭義務を負う者の不作為に作為の遺棄行為との同価値性が認められるのは、適切な時期に死体の葬祭を行わなかったことにより死体遺棄罪の保護法益を侵害する場合であるから、不作為による遺棄該当性判断は、死体の葬祭義務を負う者が死体の存在を認識してから葬祭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の判断を示しており、下級審裁判例ではあるものの、福岡高裁判決は、死体遺棄罪の不真正不作為犯の成立にかかわるきわめて重要な指標を示したものと評価し得る。

なお、福岡高裁判決は、原判決を、「作為の遺棄が先行し、それに引き続き不作為の遺棄が同時に行われたと判断したもの」として理解しているところからすると、作為の遺棄と不作為の遺棄の関係が問題となる。すなわち、死体遺棄罪が問題となった近時の裁判例には、本件で問題とされたのと同様に、作為によって死体を隠匿する行為と葬祭義務者である行為者が隠匿した死体を放置し続ける不作為が同時に存在し、両者の関係が問われた事案が目々を惹く²⁵。そのうち、大阪地裁平成25年3月22日判決（判タ1413号386頁）では、両者の関係につき「作為による形態と不作為による形態の死体遺棄行為が、いずれも証拠上認められる場合には、作為犯を端的に認定すればよいのであり、例外的・補充的な不作為犯を検討するのは、作為による形態の行為により当該事象の違法性が評価し尽くされていない場合に限り行うことに

25 例えば、大阪地判平成25年3月22日判タ1413号386頁、大阪地判平成28年11月8日公刊物未搭載、大阪地判平成30年7月2日公刊物未搭載。

なると解される」と述べられる。他方、大阪地裁平成28年11月8日判決（公刊物未搭載）や大阪地裁平成30年7月2日判決（公刊物未搭載）では、作為の遺棄が先行し、それに引き続き不作為の遺棄が同時に行われた場合に、不作為による継続的な死体遺棄が認められている。学説においても、この問題は、とりわけ公訴時効の完成の問題と絡めて、近時比較的活発に議論がなされているところでもある²⁶。本評釈は、上述の通り作為による遺棄の成立は認められないとするものであり、それゆえ作為による遺棄を否定したうえで別途不作為による遺棄の成立について検討をする必要があるということになろうが、福岡高裁判決では作為による遺棄を認めたとうえで不作為による遺棄の成否の検討を行っており、本件が作為の遺棄が先行し、それに引き続き不作為の遺棄が同時に行われた場合であることからすると、作為の遺棄と不作為の遺棄の関係性の解釈に関して何らかの言及がなされて然るべきであったと思われ、それゆえ、これについて言及のない点に憾みのあるところである²⁷。

4. むすびにかえて

【事案の概要】で示したように、原判決では、①被告人の行為が刑法190条の遺棄に当たるか、②被告人に死体遺棄の故意はあったか、③被告人に葬祭義務を果たす期待可能性はあったか、という三つの点が争点とされ、原判決はこれらをいずれも肯定して、被告人に死体遺棄罪の成立を認めた。これに対し、福岡高裁判決では、原判決で争点とされたこれら三つの点のうち、①にかかる被告人の行った行為の客観面に関する判断が示されている。もっ

26 例えば、橋爪・前掲註23) 251頁以下、松尾誠紀「死体遺棄罪と不作為犯」法と政治68巻1号(2017年)75頁以下、山中友理「死体遺棄罪における遺棄行為の終了について」高橋則夫ほか編『日高義博先生古稀祝賀論文集 下巻』(成文堂 2018年)275頁以下など。

27 なお、2021年の日本刑法学会第99回大会でも、ワークショップにおいて「死体遺棄罪」が取り上げられ、この点を含めて議論が交わされており、学説においても、作為によって死体を隠匿する行為と葬祭義務者である行為者が隠匿した死体を放置し続ける不作為が同時に存在する場合における両者の関係は、喫緊の課題の一つであると言えられると思われる。

とも、原判決において、②および③として争点とされているところからも理解できるように、本件においては、争点①にかかる被告人の行った行為の客観面のみならず、被告人の主観面にかかる争点②、③も、被告人に死体遺棄罪が成立するか否かを決する、きわめて重要な論点にほかならない²⁸。そうであるからこそ、争点②、③を肯定した原判決の判断に対する反論が、弁護人の控訴趣意書においてなされていた。しかし、被告人の主観面に関して、福岡高裁判決では一切言及がなされていない。そうすると、福岡高裁判決は、およそ審理を十分に尽くしたものとは言い難いのではないか。このようにも思われるところである。

28 原判決の争点②、③に関する判断について、福永・前掲註2) 162頁以下。