

【判例研究】

熊本技能実習生死体遺棄事件最高裁判決

最高裁第二小法廷令和5年3月24日判決¹

令和4年（あ）第196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おそれて、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おそ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、いずれも遅くとも出産後間もなく死亡した。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

1 裁判所ウェブサイト（LEX/DB：25572744）。

ている状態のえい児の死体を、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セロハンテープで封をし、その段ボール箱を別の段ボールに入れたうえでセロハンテープで封をした。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、出産したのと同じ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。

第一審判決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

2 第一審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。

つき次のように判断した。

①につき、被告人の行為は、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く、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から、刑法190条の規定する「遺棄」に該当する。②につき、分別のある青年であり2年以上日本で生活している被告人において、自らの行為が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から、被告人には死体遺棄の故意が認められる。③につき、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から、被告人には適切な葬祭義務を果たす期待可能性があったといえる。

こうして被告人に死体遺棄罪の成立を認め、懲役8月・執行猶予3年を言い渡した(求刑1年)。なお、第一審判決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A郡A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。

控訴審判決³(福岡高判令和4年1月19日判時2528号123頁(LEX/DB:25591642))は、第一審判決の認定につき、「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理解し、作為による遺棄と不作為による遺棄に分けて、次の通り検討を行った。

3 控訴審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55巻2号(2022年)109頁以下、同「判批」新・判例解説 Watch32号(2023年)175頁以下、大庭沙織「判批」法学セミナー815号(2022年)124~125頁、十河太朗「判批」法学教室508号(2022年)132頁、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年)1頁以下など。

作為による遺棄について、「遺棄」該当性は、行為者が現にした行為が「遺棄」に当たるといえるかどうかにより判断すべきであって、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、実質的に死体遺棄罪の予備罪を肯定することになるから許されない。しかし、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、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、葬祭準備・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、事後の死体の取扱いについての意図を考慮することは許される。被告人は、本件各えい児の死体を段ボール箱に二重に入れ合計13片の粘着テープで封をしてこん包したうえで棚の上に置いたことにより、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あった。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うえで通常必要なことではない。被告人自身も、このような態様でこん包することが、葬祭準備や本件各えい児を弔ううえで意味のあることであったなどは述べていないうえに、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。したがって、被告人の本件作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 α 町の長がこれを行うことになるから、被告人の本件作為は、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。したがって、本件作為は死体

遺棄罪にいう「遺棄」に当たる。

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死体遺棄罪の保護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。本件では、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時間にとどまり、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、本件不作為は死体の「遺棄」に当たらない。

このように、控訴審判決は、第一審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」として第一審判決を破棄・自判して、あらためて被告人に懲役3月・執行猶予2年を言い渡した。なお、控訴審判決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A郡α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。これに対して、被告人側から上告がなされたのが、本件である。

【判旨】破棄・自判、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。

・・・・・・・・事実関係によれば、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、同段ボール箱を柵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、死体のこの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。原判決は、『遺棄』についての解釈を誤り、本件作為が『遺棄』に当たるか否かの判断をするに当たり必要な、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の検討を欠いたため、重大な事実誤認をしたものというべきである。

本件作為について死体遺棄罪の成立を認めた原判決及び第1審判決は、いずれも判決に影響を及ぼすべき法令違反及び重大な事実誤認があり、これを破棄しなければ著しく正義に反すると認められる。そして、既に検察官による立証は尽くされているので、当審において自判するのが相当であるところ、・・・・・・・・本件作為は刑法190条にいう『遺棄』に当たらないから、被告人に対し無罪の言渡しをすべきである」。

【評釈】

はじめに

本件は、2020年11月15日の朝に、妊娠8～9か月の早産で自宅において

双子を孤立出産したものの死産であった外国籍（ベトナム国籍）技能実習生の被告人が、布団に裸で転がっている状態の二人のえい児の死体をタオルでいねいに包んで段ボール箱に入れ、その上に出産後名付けた二人の名前と生年月日、「ごめんね」、「南無阿弥陀仏」、「天国で安らかに眠ってください」という言葉を書いた紙を置いたうえで、その段ボール箱を別の段ボール箱に入れて封をし、同じ室内にあった腰の高さほどの棚の上に置き、一日以上にわたり置き続けたことが、死体遺棄罪（刑法190条）に問われたものである。

【事案の概要】で示したように、第一審は、被告人に死体遺棄罪の成立を認め、懲役8月・執行猶予3年を言い渡した。これに対して被告人側から控訴がなされたところ、控訴審は、第一審判決の認定を、作為による遺棄と不作為による遺棄に分けて判断したものであると理解し、不作為による遺棄についてはその成立を否定したものの、作為による遺棄については、なおその成立を肯定し、破棄・自判のうえ、あらためて被告人に懲役3月・執行猶予2年を言い渡した。

筆者は、第一審判決の後より本件に関与し、主任弁護士である石黒大貴弁護士（熊本県弁護士会）の依頼を受け、福岡高裁宛てに、第一審判決の問題点と本件事実関係の下では作為・不作為の死体遺棄罪は成立しない旨の意見書を執筆した⁴。残念ながら控訴審において有罪が維持されたために、再度石黒弁護士の依頼を受け、最高裁宛てに、控訴審判決が不作為の死体遺棄罪を否定した点については首肯し得るが、なお作為の死体遺棄罪の成立を肯定した控訴審判決の問題点についてと控訴審判決が認定した事実関係においても作為の死体遺棄罪は成立しない旨の意見書を執筆した⁵。意見書の執筆にあたり、また執筆した後も、控訴審、上告審に向けて、石黒弁護士と何度も本件に関する検討会を開き、検討を重ねた。

この度、最高裁において破棄・自判という形で逆転無罪判決が出され、筆

4 この意見書をもとにして第一審判決の判例評釈として公表したものが、福永・前掲註2)である。

5 この意見書をもとにして控訴審判決の判例評釈として公表したものが、福永・前掲註3)西南学院大学法学論集である。また、同じく松宮・前掲3)も、最高裁に宛てた意見書である。

者も胸を撫で下ろしたところであるが、本件にわずかながらでも関わった者としての立場から、第一審判決、控訴審判決に引き続き、本判決に対しても、検討を加えることとしたい⁶。

1. 死体遺棄罪における「遺棄」概念

本判決において、最高裁は、死体遺棄罪における「遺棄」の概念を明示した。すなわち、死体遺棄罪における「遺棄」につき、「①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、②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、③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」と述べたのである(なお、丸数字および下線引用者)。これは、死体遺棄罪は、死体等損壊罪、死体等領得罪とともに刑法190条に規定されているところ、刑法190条の保護法益を、「死者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(①の部分)、こうした刑法190条の保護法益に照らし、それを侵害する行為—死体等の損壊、遺棄、領得—を刑法190条が禁じているのであって(②の部分)、したがって、死体遺棄罪における「遺棄」とは、具体的には、刑法190条の保護法益である「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(③の部分)、と理解するものである。

この点、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して理解されているところ、死者をねんごろに葬り追慕と祭祀の対象とすることは、古今東西人間の慣わしとして行われてきた宗教風俗にほかならない。ゆえに、死体遺棄罪はこうした宗教風俗を保護するものであって、具体的には、公衆の一般的な宗教感情、死者に対する追悼・敬けんの感情が保護法益であると学説上理解されてきたところである⁷。また、例えば、東京高判昭

6 なお、本判決に関して、福永俊輔「判批」新・判例解説 Watch 刑法 No.193 (2023年) 1頁以下でも若干の検討を行っているので、併せて参照されたい。

和56年3月2日高検速報（昭56）108頁が、「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であつて、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、死体遺棄罪の保護法益について、裁判例においても、学説と同様の理解が示されてきた。

刑法190条は、死体等の損壊、遺棄、領得をその行為として規定するが、上述した保護法益に照らせば、各行為が、公衆の一般的な宗教感情、死者に対する追悼・敬けんの感情を侵害する態様であることを要することになる。すなわち、遺棄に限定してこれを見れば、死体遺棄罪における「遺棄」とは、「単なる死体等の遺棄」をいうのではなく、本判決で示された言葉を借りれば、「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等の遺棄」がこれに当たるということになる。そして、本判決では、「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」が死体遺棄罪における「遺棄」に当たるとされているが、上述したような本判決で示された理解に照らせば、「習俗上の埋葬等とは認められない態様」とは、つまり、「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」と同義であるということになる。この点、従前においても、死体遺棄罪における「遺棄」とは、「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」⁸とされていたほか、裁判例においても、例えば本件控訴審判決が、「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

7 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）554頁、松原芳博『刑法各論〔第2版〕』（日本評論社 2021年）532頁以下など。

8 大塚仁ほか編『大コンメンタル刑法〔第三版〕第9巻〈第174条～第192条〉』（青林書院 2013年）245頁〔岩村修二〕。

ものであるかどうかを検討する必要がある」と述べていた。また、本判決では、死体遺棄罪における「遺棄」を「死体等の放棄・隠匿」としているが、この点、死体遺棄罪の実行行為である「遺棄」とは、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⁹でもある。

このように眺めると、本判決が明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¹⁰。しかし、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、まずもって本判決の意味があると思われる。

2. 「遺棄」該当性を判断するうえでの考慮事情

最高裁は、上で示した死体遺棄罪における「遺棄」の概念をもとに、「遺棄」該当性を判断するうえでの考慮事情について、本判決の中で具体的に言及した。すなわち、「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」というのである(下線引用者)。

この点、本判決が、行われた隠匿行為の遺棄該当性を判断するうえで、「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」(傍点引用者)という考慮事情を示したことは、大きな意味を持つ。それというのも、上で示した通り、死体の放棄・隠匿であればただ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の死体の放棄・隠匿、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

9 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。

10 なお、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。

が、死体遺棄罪における「遺棄」に該当するからである。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のであるから、問題となっている行為それ自体の意味が問題とされるのが本筋なのであり、本判決は、上記下線部においてこのことを示したといえる。

ところで、この点について、本件第一審判決は、えい児を段ボール箱に入れたうえ、自室に置きつづけるという行為は、「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」と述べた。この第一審判決の認定ロジックは、被告人は、出産のダメージから回復した後に、二人のえい児を私的に埋葬するつもりであったという認定をもとに、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。すなわち、ここでは、事後に予定されていたと認定された私的埋葬との関係で、被告人の行為は正常な埋葬のための準備とはいえない「私的埋葬の準備行為」であるから死体遺棄罪という「遺棄」に当たると述べられているのであって、被告人がなした行為それ自体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を判断したわけではなかった。ゆえに、筆者意見書¹¹や弁護人の控訴趣意書¹²でも、この点について指摘がなされていた。また、こうした第一審判決の認定は、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

11 この点につき、福永・前掲註2) 153頁以下。

12 本件「控訴趣意書」11～12頁。なお、本件「控訴趣意書」は、http://www.kumustaka.org/TITP/2021.10_2.pdfより閲覧可能である。

たものではないかと見ることもでき、この点についても、筆者意見書¹³や弁護人の控訴趣意書¹⁴で指摘がなされていた。

他方、控訴審判決は、上述した弁護人の控訴趣意書の指摘に対して、「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をしたことを考慮し、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。【原文改行】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』に当たると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」と述べた。そのうえで、「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」と述べ、被告人のなした作為は、なお「遺棄」に当たるとの判断が示された。これは、死体を隠匿したとしても、習俗上の葬祭を

13 この点につき、福永・前掲註2) 158~159頁

14 前掲註12)「控訴趣意書」18頁。

行う準備・一過程として行ったのであれば、その作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、死体遺棄罪における「遺棄」ではないということ述べたものである。確かに、控訴審判決が述べるように、客観的には死体のこん包（隠匿）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ものであれば、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ものではないから死体遺棄罪には該当しないといえる。例えば、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（隠匿）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（隠匿）が習俗上の葬祭の一過程として行われたものであり、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いからである。もっとも、こうした控訴審判決のロジックは、これを逆から照らすと、習俗上の葬祭の準備・一過程として行われたものでなければ、死体のこん包行為（隠匿）は「遺棄」に当たるといえるものである。しかしながら、死体のこん包行為（隠匿）が「習俗上の葬祭の準備・一過程」であるか否かと、「遺棄（＝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こん包（隠匿）」であるか否かは、問題を異にする。習俗上の葬祭の準備・一過程としてのこん包（隠匿）が死体遺棄罪に該当しないといえても、習俗上の葬祭の準備・一過程ではないこん包（隠匿）が常に死体遺棄罪に該当するとはいえないのではなからうか。すなわち、行為者がなした隠匿が習俗上の葬祭の準備・一過程とはいえなくとも、死者に対する一般的な宗教的感情や敬けん感情を害しない態様もあるのであり、あくまでも、死体遺棄罪の成否は、当該隠匿が習俗上の葬祭の準備・一過程であるか否かではなく、当該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で評価されるべきである。したがって、控訴審判決は、「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」と述べつつも、この判断に際して「習俗上の葬祭の準備・一過程」であるか否かという観点を入れ、それに当たらないから死体遺棄罪にいう「遺棄」に当たると述べているのであって、結局、控訴審判決も、被告人がなした作為それ自体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るか否かを判断したわけではなかった。ゆえに、筆者意見書¹⁵や弁護人の上告趣意書¹⁶でも、この点について指摘がなされていた。

本判決において、「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」ないと述べられ、さらには「原判決は、『遺棄』についての解釈を誤り、本件作為が『遺棄』に当たるか否かの判断をするに当たり必要な、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の検討を欠いたため、重大な事実誤認をした」と述べられていることから、最高裁は、こうした認定手法、特に控訴審判決の認定手法を否定したと言い得る。そして、本判決が示した「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」という考慮事情は、死体遺棄罪の「遺棄」該当性判断に当たっては、なされた行為それ自体の意味を判断すべきということを示しているものであり、首肯し得る。上で述べたように、行為者がなした隠匿が習俗上の葬祭の準備・一過程とはいえなくとも、当該隠匿それ自体を眺め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しない態様もあるからである。なお、本判決では、「習俗上の埋葬等とは認められない態様」という表現とは別に、「習俗上の埋葬等と相いれない処置」という表現も用いられているが、「相いれない」の辞書的な意味、および上述した死

15 この点につき、福永・前掲註3) 西南学院大学法学論集130頁以下。

16 本件「上告趣意書」50頁以下。なお、本件「上告趣意書」は、http://www.kumustaka.org/TITP/2022.5_1_TITP.pdfより閲覧可能である。

体遺棄罪における「遺棄」の理解に基づけば、これは結局、「死者に対する一般的な宗教的感情や敬けん感情に照らして許容されない処置」ということになる。

したがって、こうした本判決のロジックによれば、死体の隠匿について、それが「習俗上の葬祭の準備・一過程」として行われたものとは言い難いとしても、「その態様自体が習俗上の埋葬等と相いれない処置ともいえないもの」、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に照らして許容され得る処置」であれば、死体遺棄罪における「遺棄」には該当しないということになる。

3. 本件被告人の行為に対する最高裁の判断について

本判決において、最高裁は、本件「事実関係によれば、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出したものであるが、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」と認定した。見られるように、本判決では、これまでの第一審判決や控訴審判決と異なり、例えば被告人が事後に私的に埋葬するつもりであったことなどに一切言及しておらず、被告人が実際に行った作為のみを事実として見て、認定を行っているものである。この認定は、以上見てきたような死体遺棄罪における「遺棄」の概念と、それに照らした「遺棄」該当性の考慮事情をもとにしたものであり、その認定方法それ自体に異論はない。

結論として、本判決は、被告人の行った作為は死体の隠匿行為であるものの、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して遺棄該当性を否定した。この点、本判決では、これまでの第一審判決や控訴審判決と異なり、本件被告人の行為の時間的な経過についても言及されていないことに照らせば、ここで示された「いまだ」の意味を、時間的

な経過を表したものと解することは妥当ではないであろう。本判決は事例判断にとどまるものの、「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」として、場所、こん包方法、設置の方法に言及していることから、これら場所、こん包方法、設置の方法が、行われた隠匿行為が習俗上の埋葬等と認められる態様か否かを判断するうえで考慮されるべき要素に含まれるということが示されたということになる。すなわち、これら場所、こん包方法、設置の方法に照らして、被告人の行った作為は、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判断されたと解される。しかしながら、このように述べながらも、本判決の中で最高裁はその具体的理由を示しておらず、場所のどのような事情、こん包方法のどのような事情、設置の方法のどのような事情が影響して「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」と判断されたのか、ここからでは読み取ることができない点に憾みがあるところである。

もっとも、この点、本判決で言及された考慮要素であるこん包方法について具体的に眺めると、被告人はえい児の死体を単に段ボール箱に入れて封をしたというのではなく、えい児の死体をタオルでていねいに包んで入れ、しかも、孤立出産直後にもかかわらず休憩を取りつつ名前を考え、名付けた名前と生年月日、おわびやゆっくり休んでくださいという趣旨のメッセージを書いた紙をその上に置いてセロハンテープで封をし、その段ボール箱を別の段ボール箱に入れてセロハンテープで封をしたというものである。そうであれば、被告人の本件こん包行為は、えい児の死体を冷遇するものとは言い難い。えい児を段ボール箱に入れて封をする以前は、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のであり、むしろこうした状態にあるえい児をそのまま放置することの方がえい児の死体を冷遇したといえよう。また、本件こん包行為が行われた場所も、被告人が一人で居住する家の中の、出産したのと同じ部屋であり、かつ、えい児の死体を納めた段ボール箱についても、室外や屋外に持ち出したわけでもなく、被告人が一人で居住する家の中の、出産したのと同じ部屋の中でわずかな場所的な移動をしたにすぎない。しかも、

えい児の死体を納めた段ボール箱を隠すことなく、柵の上という、足もとではない一段高く、かつ一層目立つ場所に置いているのであって、その設置の方法もおよそ雑なものとも言い難い。このような本件事実関係に照らせば¹⁷、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」を危殆化するものではないと言い得る。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。そして、このことは、すでに第一審判決に対する判例評釈の中でも言及していたところである¹⁸。最高裁も、このような事実に照らして、本件被告人の作為が「死者に対する一般的な宗教的感情や敬けん感情に照らして許容され得る処置」であると認め、「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」と判断したと思われる。したがって、本判決が、「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、同段ボール箱を柵の上に置くなど」という被告人の作為につき死体遺棄罪の成立を否定したことは妥当であり、賛同し得る。

ところで、「死体遺棄罪は、社会的習俗に従った埋葬がなされた状態の確保を保護するもので、埋葬しないという不作為に本質がある犯罪類型であって、作為はその現象形態の1つにすぎない」という見解¹⁹に代表されるように、死体を埋葬させることを本罪の目的として一元的に理解する見解がある。しかし、こうした一元的理解に対しては、例えば、殺害後の死体を直ちに遺族宅の前に投棄した場合においては、たとえ遺族による死体の発見が容易になっていたとしても死体遺棄罪の成立を認めるべきであるから、死体遺棄罪の処罰根拠は埋葬義務の履行阻害以外にあるという批判が向けられており²⁰、①

17 なお、本件では事実関係につき一切争いはなかった。

18 福永・前掲註2) 155頁以下。その他、本件被告人の作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いとするものとして、大庭・前掲註3) 125頁、松原芳博「死体遺棄罪における作為と不作為—隠匿類型と不埋葬類型を中心として—」東洋法学66巻3号(2023年)207頁。

19 安田拓人「判批」法学教室443号(2017年)140頁。

20 松尾誠紀「死体遺棄罪と不作為犯」法と政治(関西学院大学)68巻1号(2017年)85頁。

死者を丁重に扱うべきとする慣習と②死者が忌み嫌われることのないように扱われるべき慣習の二面性から、具体的に、死体が埋葬されずに腐敗していくがままになる可能性を高める行為、死体を不敬に扱う行為(以上が①の慣習より導かれる)、死醜が視認される状況に死体を置く行為(②の慣習より導かれる)のいずれかの侵害事実があれば、死者に対する敬けん感情侵害が肯定されて死体遺棄罪が成立するとする、二元的理解も有力に主張されているところである²¹。

この点、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せば、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・敬けん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。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。筆者は、こうした考えを、控訴審判決に対する評釈の中で述べた²²。そのためであろうが、論者によれば、筆者は上述した一元的理解に立つ者と評価がなされているようである²³。しかし、こうした評価は、おそらく誤解に基づくものである。

控訴審判決は、被告人が行った、えい児の死体を段ボール箱に二重に入れて接着テープで封をし、自室にあった棚の上に置いた作為は、「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

21 松尾誠紀「死体遺棄罪における保護法益の実質とその成否判断—死体の新たな遺棄の有無を題材に—」北大法学論集72巻5号58頁(2022年)59頁以下。その他、松原・前掲註18)195頁も、「死体遺棄罪は直接公衆の死者に対する敬虔感情を危殆化する行為類型と不埋葬を通じて公衆の死者に対する敬虔感情を危殆化する行為類型とを含むものと解される」として、二元的理解を示す。

22 福永・前掲註3)西南学院大学法学論集123~124頁。

23 松尾誠紀「死体に対する罪をめぐる諸課題」刑事法ジャーナル75号(2023年)33頁註46、山中友理「死体遺棄罪における『遺棄』の一態様としての『隠匿』について」山口厚ほか編『実務と理論の架橋—刑事法学の实践的課題に向けて—』(成文堂 2023年)428頁。

難な状況を作出するものといえ]、「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」として、被告人の行った作為が死体遺棄罪にいう「遺棄」にあたるとした。このように、控訴審判決は、埋葬阻害という観点を持ち出して、被告人の作為は、他者によるえい児の適時適切な埋葬を妨げたとしたものである。ところで、「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りるものであることが必要である」として、適時適切な埋葬という観点から死体遺棄罪の成否を判断し、その成立を否定した、福岡高判令和3年6月25日高刑集73巻1号6頁が先例として存在する。そして、控訴審判決は、福岡高判令和3年6月25日が示した基準と酷似しており、それゆえ筆者と本件弁護団では、控訴審判決が福岡高判令和3年6月25日を強く意識しているという認識を共有していた。この点、控訴審判決は、福岡高判令和3年6月25日と同様、死体遺棄罪の本質を社会的習俗に従った埋葬をしないという不作為にあるとする見解と親和的であるとする指摘がなされているところでもある²⁴。筆者および本件弁護団は被告人の無罪を主張していたところ、周知のように上告申立ての理由は限定されている。そこで、被告人の作為は、福岡高判令和3年6月25日に照らしても控訴審判決が述べるように適時適切な埋葬を妨げるものではなく、高裁判例違反であるということを主張するために、筆者は最高裁宛意見書において死者の適時適切な埋葬という観点を持ち出し、控訴審判決を批判した。そして、控訴審判決に対する評釈の中でも、控訴審判決に対する批判的評釈という観点から、筆者は上記のような考えを述べたのである²⁵。しかしながら、上述したように、第一審判決に対する判例評釈の中で、適時適切な埋葬という観点ではなく、本件被告人の作為は、

24 大庭・前掲註3) 125頁。

25 なお、上告趣意書でも同様に、高裁判例違反であるということが主張されている。前掲註16)「上告趣意書」65頁以下。

その態様に照らして、そもそも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」を危殆化するものではないと解している²⁶。このように、筆者は必ずしも一元的理解に立つ者ではなく、当該死体の放棄・隠匿が公衆の一般的な宗教感情、死者に対する追悼・敬けんの感情を侵害する態様であるか否かという上位規範に照らして死体遺棄罪の成否を判断すべきと解しているのであり、その態様のひとつとして適時適切な埋葬を妨げる行為があると理解している。ゆえに、上記主張に基づき一元的理解か二元的理解かと問われれば、筆者の拠って立つところは二元的理解に親和的であると思うところであるが—それゆえ、殺害後の死体を直ちに遺族宅の前に投棄した場合においては、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あるという点に照らして²⁷、死体を不適切な態様で人目にさらしたということから公衆の一般的な宗教感情、死者に対する追悼・敬けんの感情を侵害する態様の投棄であるため、適時適切な埋葬を妨げるものではないとしても、死体遺棄罪が成立すると解する一、これまで本件判例評釈との関係で言及してきたに過ぎないので、筆者の死体遺棄罪に関する見解については、—死体遺棄罪に関して一元的理解・二元的理解に区別して考えるべきかという点も含めて—あらためて別稿で論じることとしたい²⁸。

26 なお、本件段ボール箱を自室に置き続けたという不作為については、福永・前掲註2) 159頁以下。

27 福永・前掲註3) 西南学院大学法学論集135頁。

28 なお、松尾・前掲註23) 36～37頁では、筆者や石黒弁護士の控訴審判決に対する評釈に対し、「埋葬可能性を著しく減少させたか否かということ自体が判断の基準とはならないし、不敬に扱う点では発見困難性の程度は判断に影響すら与えない。その意味では互いに本質から外れたところで議論をしている」との批判がなされているが、例えば死体遺棄罪一般に関する論稿であればそうした批判が当たると思われるものの、上述の通りこうした主張は無罪主張との関係で本件控訴審判決に対する批判において述べられているものであり(同箇所引用されている筆者の控訴審判決に対する評釈はもとより、石黒弁護士の論稿(石黒大貴「ベトナム人技能実習生死産児『死体遺棄』事件(孤立死産事例における死体遺棄罪の適用範囲)」季刊刑事弁護113号(2023年)109頁以下)も、本件刑事弁護レポートである)、本件上告との関係では決して無関係ではないものであって、その意味で必ずしも正鵠を射た批判とは思われない。

4. 「習俗上の埋葬等」とは何かについての不言及

「3. 本件被告人の行為に対する最高裁の判断について」で述べたように、本判決が示した結論には賛同し得るものの、なお問題がないわけではない。上述した「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」と判断した具体的理由を本判決が示していない点もそのひとつであるが、その他にも、なお本判決で明らかにされていない点も残されている。

上述の通り、本判決において、最高裁は、「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」と述べた。したがって、死体を放棄・隠匿したとしても、それが「習俗上の埋葬等」であれば死体遺棄罪に該当しないということになるのであるから、死体遺棄罪の成否に関して、当該死体の放棄・隠匿が「習俗上の埋葬等」であるか否かが極めて大きな意味を持つということが明らかにされたことになる。事実、本判決においても、被告人の行った作為は死体の隠匿行為であるものの、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して遺棄該当性が否定されている。しかしながら、このように本判決が死体遺棄罪の成否に関してきわめて重要な意味を持たせた「習俗上の埋葬等」について、そもそも「習俗上の埋葬等」とは何かということが、本判決の中で明らかにされていないのである。もっとも、本判決で示された最高裁の死体遺棄罪の保護法益の理解に照らせば、「習俗上の埋葬等とは認められない態様」とは「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態様」と同義であるから、「死者に対する一般的な宗教的感情や敬けん感情を害しない態様」の死体の放棄・隠匿であったり、「死者に対する一般的な宗教的感情や敬けん感情に照らして許容され得る処置」とみることのできる死体の放棄・隠匿が、「習俗上の埋葬等」ないし「習俗上の埋葬等と相いれる処置」ということになろう。しかし、このように言い換えたところでも、具体的にどのような死体の放棄・隠匿であれば「死者に対する一般的な宗教的感情や敬けん感情を害しない態様」なのかが、なお問題となる。

この点、現在の日本社会では、特に国際社会化がますます強まっているという事情がある。そして、風俗は地域によって異なるものであり、さらには

時代的な変遷が見られることも、また事実である。葬送風俗についても同様で、現代社会においても多様な葬送態様が見られるのであり、国や宗教が異なれば主たる葬送方法も異なるのである。さらに、現代社会では、いわゆる散骨に代表されるように、葬送に関する価値観の多様化も見られる。したがって、問題とされた死体の放棄・隠匿が「習俗上の埋葬等」と認められるか否か、「死者に対する一般的な宗教的感情や敬けん感情を害しない態様」であるか否かの判断に当たっては、葬送態様の多様化や葬送に関する価値観の多様化をも踏まえてこれを行う必要がある。ところで、死体遺棄罪の保護法益において「宗教感情」や「敬けん感情」が持ち出されているが、ここにいう「感情」の主体は、遺族や死者個人といった特定人ではなく、国民や一般通常人といった抽象的な集団である。したがって、遺族が自己の信仰に照らして適切と信じて行った葬祭儀式であっても、あるいは死者自身の生前の意思に照らして遺族が行った葬祭儀式であっても、一般通常人の世界観・価値観に照らして風俗上の埋葬と認めがたく、その宗教的感情を害したと判断されたものについては、死体遺棄罪が成立し、刑事罰をもって処罰されることになる可能性がある²⁹。すなわち死体遺棄罪は、多様であるはずの葬祭儀式を、一般通常人たるマジョリティの感情によって形成された宗教風俗を基準として、刑事罰を受けるべきものとそうでないものと二分するものである。このように、死体遺棄罪という罰条の存在は、場合によってはマイノリティの、日本国憲法上保障されていると解される「葬祭の自由」を制約するものであり、かつ、その制約は刑事罰でもって強制されるものであるから非常に重い³⁰。

29 そのようなものとして、「鳥葬」を挙げることができよう。チベットでは死体を解体してハゲタカ、ハゲワシといった猛禽類に食べさせる鳥葬が行われていることは広く知られるところであり、日本でこのような鳥葬が行われた場合にこれが許容されるか否かにつき争いがあるところであるが、これを否定する見解は、鳥葬が日本人の「宗教的感情」に適合しない葬法であることをその理由としている（奥平康弘『『葬法』管見』法学セミナー388号（1987頁）12頁。なお、その他、鳥葬を許容しないものとして原田保「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）28頁註33）、高山佳奈子「自己決定とその限界（下）」法学教室285号（2004年）45頁。鳥葬を許容するものとして、伊藤涉ほか『アクチュアル刑法各論』（弘文堂2007年）429頁註7）、島田聡一郎、萩野貴司「死体損壊罪における『遺棄』概念に関する覚書」名古屋学院大学論集〈社会科学編〉53巻4号（2017年）199頁（ただし、いずれの論者とも、死者が生前に鳥葬を希望したことを必要とする）。

こうした背景に鑑みれば、最高裁が、本判決において「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」として死体遺棄罪における「遺棄」の概念を明らかにした以上、「習俗上の埋葬等」とは何か、具体的にどのような死体の放棄・隠匿であれば「死者に対する一般的な宗教的感情や敬けん感情を害しない態様」なのかを最高裁として示すべきであったと思われ、その点に関する言及がない点に憾みがあるところである。

5. 本判決の認定の対象と不作為による死体遺棄

起訴状記載の本件公訴事實は、「被告人は、令和2年11月15日頃、熊本県A郡α町・・・被告人方において、被告人が同日頃に出産したえい児2名の死体を段ボール箱に入れた上、自室内の棚上に放置し、もって死体を遺棄したものである」というものであった。すなわち、本件で問題とされた被告人の行為は、厳密には複数の行為が一連の行為の中に含まれている。「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、第一審判決は、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

30 前掲註16)「上告趣意書」17頁以下。また、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年)35～36頁。

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につき、指摘がなされていた³¹。

他方、控訴審判決は、「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、前者の行為について、第一審判決は作為による遺棄を認めたものと解されると述べる。その一方で、後者の行為については、それ以前の作為と一体の、作為による遺棄行為と評価す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、第一審判決の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のの、控訴審判決は、第一審判決はこれを不作為による遺棄に当たると判断したものであると理解し、作為の遺棄については引き続きその成立を肯定したものの、不作為の遺棄についてはその成立を否定した。

本判決の中で、「原判決は、『遺棄』についての解釈を誤り、本件作為が『遺棄』に当たるか否かの判断をするに当たり必要な、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の検討を欠いたため、重大な事実誤認をしたものといふべきである」、「本件作為について死体遺棄罪の成立を認めた原判決及び第1審判決は、いずれも判決に影響を及ぼすべき法令違反及び重大な事実誤認があり、これを破棄しなければ著しく正義に反すると認められる。そして、既に検察官による立証は尽くされているので、当審において自判するのが相当であるところ、……本件作為は刑法190条にいう『遺棄』に当たらないから、被告人に対し無罪の言渡しをすべきである」（いずれも下線引用者）とされているように、本判決は、こうした被告人の一連の行為のうち、作為についてのみ判断したものである。そこで、本件不作為について、どのように最高裁が判断したのかが問われる

31 この点につき、福永・前掲註2) 161～162頁。また、前掲註12)「控訴趣意書」18頁。

ことになろう。

この点、本件上告は被告人側が行ったということもあり、不作為の遺棄の成否については、すでに控訴審段階で決着がついていると最高裁が判断したと解される。本判決でも、「本件公訴事実および本件の経過」という箇所において、括弧書きであるが、「なお、原判決は、第1審判決が認定した被告人の行為のうち、段ボール箱に入った状態の本件各えい児の死体を自室に置き続けた行為は不作為による『遺棄』に当たらない旨判示した」と記されている。したがって、本判決はあくまでも作為の死体遺棄についての最高裁としての判断を示したものとして理解されるべきであろう。

ところで、上述の通り控訴審判決は不作為の遺棄の成立を否定したが、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構成要件的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、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おける「遺棄」に該当するのは、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、その期間が1日と約9時間にとどまる本件では相当の期間の経過とはいえないから、本件不作為に「遺棄」該当性は認められなかったとした。この控訴審判決の示した基準は、下級審裁判例ではあるものの、作為の遺棄行為との構成要件的同価値性の判断に関する重要な指標を示したものと評価し得る³²。本判決は結論として控訴審判決を破棄したが、上述のように、本判決は、不作為の遺棄の成否についてはすでに控訴審段階で決着がついているとの前提に立ち、あくまでも作為の死体遺棄についての最高裁としての判断を示したものであるという理解に基づけば、控訴審判決が示した不作為による死体遺棄罪の認定に関する指標は、本判決後も、なお維持してよいと思われる。

32 控訴審判決が示した不作為による遺棄についての判断につき、福永・前掲註3) 西南学院大学法学論集139頁以下。

むすびにかえて—本判決が今後の実務に与える影響—

以上、本判決に対して検討を加えてきたが、最後に、本判決自体の検討から離れて、本判決が今後の実務にどのように影響していくかについて、筆者の思うところを述べて稿を閉じることにしたい³³。

最高裁は、本判決において、本件被告人の作為の遺棄該当性を否定し、無罪を言い渡したが、本件被告人の作為は隠匿に当たらないとして無罪を言い渡したのではなく、「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、同段ボール箱を柵の上に置くなど」という被告人の作為につき、被告人のこの行為そのものは、「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出したもの」であると認定している。この点、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こん包するという本件作為を客観的に見れば、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、その意味で、客観的側面において、被告人の作為それ自体が隠匿であると評価することは必ずしも不可能ではないと思われる³⁴。しかしながら、上述したように、死体の放棄・隠匿であればただ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の死体の放棄・隠匿がそれにあたるとして、最高裁は、死体遺棄罪における「遺棄」概念を限定的に縮小して解釈しているのであって、なされた死体の放棄・隠匿それ自体の意味が判断されなければならない。そして、本件事実関係の下では、被告人のなした行為態様が「習俗上の埋葬等と相いれない処置とは認められない」として、「遺棄」該当性を否定した。このように、本判決は、被告人の作為は「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出したもの」であるが、「習俗

33 なお、以下述べる点については、福永俊輔「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年)125~126頁も併せて参照されたい。

34 もっとも、筆者は、本件当時の被告人の居住状況、本件出産が孤立出産であったこと、死体のこん包状況と場所的移動の範囲に照らし、本件こん包行為が、実質的に、本件こん包行為以前と比して、他者をして本件各えい児の死体を発見することが困難な状況を作出したとはいえないと解している。この点につき、福永・前掲註3)西南学院大学法学論集137頁以下。

上の埋葬等と相いれない処置とは認められない」から、死体の「遺棄」に当たらないとしたのである。この点、死体遺棄罪の成否が問題となる場合であるから、死体の隠匿とみられる行為がそもそも存在しなければならないことは、いうまでもないことである。しかし、なされた死体の隠匿の態様が習俗上の埋葬等と相いれない処置であることが死体遺棄罪の成立には必要とされていることから、とりわけ隠匿事案において、死体の隠匿状態を作出することが問題なのではないということを本判決は示したといえる。そして、まさにこのことが、今後の死体遺棄罪の実務上の運用に影響を及ぼすように思われる。

本件で問題とされた死体遺棄罪は、最近でこそ、葬祭義務を負う行為者による、作為によって死体を隠匿する行為と隠匿した死体を放置し続ける不作为が同時に存在する事例（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日公刊物未搭載など）を契機に、両者の関係性や性質（状態犯か継続犯か）等をめぐって議論が活発化しているように見受けられるが³⁵、学説上、死体遺棄罪における「遺棄」概念をめぐる包括的な研究は、従前活発になされてきたとは言いがたい状況にあったように思われる。また、大学等での刑法各論の講義の中でも、死体遺棄罪は、お世辞にも時間を割いて説明がなされる犯罪とは言いがたく、各種試験との関係でも重点的におさえられる内容とは言いがたい。しかし、遺棄された死体の発見を端緒として捜査が開始され、死体遺棄の疑いで逮捕がなされ、それが被疑者・被告人にとって最初の身体拘束となることがあるなど、死体遺棄罪は実務的に重要な犯罪といえる。また、本件の最高裁での検察官の弁論において「死体遺棄罪の検挙が殺人等重大犯罪の解明につながっている実情に鑑みると、重大犯罪の初動捜査にも支障が生じかねず」と述べられていることに照らせば³⁶、穿った見方をすれば、死体遺棄罪は、現行犯逮捕はもとよりその法定刑に照らして緊急逮捕も可能であるところ、

35 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いる。

36 検察官「弁論要旨」5頁。

死体遺棄罪そのものではなく、その背後に控える殺人罪や傷害致死罪などの捜査のための安易な身体拘束手段として用いられている実情もあるように思われる。実際にも、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³⁷や知人宅で死産したもののような対応を取っていかかわ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³⁸で身体拘束されたことが起きている。

確かに、冷蔵庫で保管すること、死体を袋に入れることは、客観的には他者が死体を発見することが困難な状況を生じたものであり、隠匿といえよう。しかし、本判決は、たとえ被告人の行った行為が隠匿に当たるものでも、上述のように死体の隠匿状態を生ずることを問題としているのではなく、その態様が習俗上の埋葬等と認められないものといえるか否かを検討していることから、客観的に隠匿と見られる行為であっても遺棄該当性が認められない場合があるということになる。すなわち、これも上述したように、死体の隠匿について、それが「習俗上の葬祭の準備・一過程」として行われたものとは言い難いとしても、「その態様自体が習俗上の埋葬等と相いれない処置ともいえないもの」、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に照らして許容され得る処置」であれば、死体遺棄罪における「遺棄」には該当しないということになるのである。そのために、客観的には隠匿に当たるといえる場合であっても、検察官が起訴しないことも考えられるのであって、実務上の運用として、例えば隠匿態様の死体を発見したことで取り敢えず身体を拘束するというようなことは、差し控えるべきということになろう。本判決は、この意味において、死体遺棄罪の実務的運用にも警鐘を鳴らしたものといえるのではなからうか。

37 「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>)。

38 「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。

*** 追記**

脱稿後、初校校正段階で、白井美果「判批」研修900号（2023年）55頁以下、山本高子「判批」法学セミナー823号（2023年）116～117頁、および嶋矢貴之「死体遺棄罪」法学教室514号（2023年）36頁以下に接した。