

【判例研究】

孤立出産の末の死産と死体遺棄罪

福 永 俊 輔

熊本地裁令和3年7月20日判決*

令和2年（わ）第455号

死体遺棄被告事件

【事実の概要】

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、妊娠が勤務先や管理組合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。被告人は、妊娠中の同年8月頃、インターネットを介して購入した妊娠中絶薬を服薬して中絶を試みたことがあったが、薬の作用はなく、中絶するには至らなかった。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、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。

* 裁判所ウェブサイト（LEX/DB:25571735）

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、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などを飲むなどし、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管理組合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、管理組合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。

【判旨】

熊本地裁は、以上の事実につき死体遺棄罪の成立を認め、被告人に懲役8月・執行猶予3年(求刑：懲役1年)を言い渡した。

熊本地裁が認定した「犯罪事実」は、次のとおりである。

「被告人は、令和2年11月15日頃、……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」。

さらに、熊本地裁は、以下のような事実認定の補足説明を行った。

まず、被告人の行為が死体遺棄罪にいう遺棄に当たるかにつき、「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。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」。

次に、被告人に死体遺棄の故意があったかにつき、「被告人は、死産した際の手続きについて、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、自室に置き続けることが、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」。

さらに、被告人に葬祭義務を果たす期待可能性があったかという点につき、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」。

【評釈】

本件は、外国人技能実習生が孤立出産したものの、死産であったために、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置き続

けたという行為について、死体遺棄罪(刑法190条)の成立が認められたものである。本件では、【判旨】で示した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、熊本地裁はいずれも肯定した。以下では、これら三つの点について検討を行うこととするが、あらかじめ本評釈の結論を示せば、熊本地裁判決には重大な問題があり、およそ賛同し得ないと考える。

1. 被告人の行った行為の客観面について—①被告人の行為が刑法190条の遺棄に当たるか

(1) 死体遺棄罪における「遺棄」の意義

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」とされる¹。したがって、死体を山中に埋めて放棄する行為や海や川に投棄して放棄する行為などがその典型となろう。判例も、殺害した死体を密かに山中に埋めた行為(大判大正8年5月31日刑録25輯727頁、大判昭和11年1月29日大刑集15巻30号)や海中に遺棄した行為(大判昭和8年7月11日大刑集12巻1290頁)につき、死体遺棄罪の成立を認めている。その他判例は、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(最判昭和24年11月26日刑集3巻11号1850頁)や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(最判昭和26年6月7日裁判集刑47号405頁)にも死体遺棄罪の成立を認めており、死体遺棄罪にいう「遺棄」には「隠匿」も含まれると解される。したがって、精確には、死体遺棄罪における「遺棄」とは、「死体等の放棄・隠匿」ということになろう²。

もっとも、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く、上述のように「習俗上の埋葬等とみ

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

2 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〕は、「遺棄とは、離隔を伴う放棄・隠匿を意味する」と述べられる。

られる方法によらない死体等の放棄・隠匿」が問題とされている。ところで、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。しかし、こうした一般的な葬送も、客観的な行為としては「死体等の放棄・隠匿」に当たると言い得るが³、死体遺棄罪に問われることはない。それは、言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。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、その保護法益は死者に対する追悼・敬虔の感情であるとするのが通説である⁴。判例も、下級審裁判例ではあるが、死体遺棄罪の意義につき「凡そ死体遺棄罪が処罰せられる所以のものは信教上の信念に基く吾人の死者に対する感覚を害する行為を処罰せんとするにあるものと解しなければならない。即ち人類は古今東西を問わず死者に対し限りなき追慕を感じその死体を懇ろに葬り長く之を記念して礼拝の対象とする信教上の信念を有するのである。従つて死体を遇するの措置が吾人の信教上の信念に適せず世上一般に行われる慣行に従わず死体を冷遇放置するが如きは到底吾人の信教上の信念の許容し得られるところではない」と述べている（名古屋高判昭和27年12月26日高刑特報30号27頁）。したがって、社会的に見て「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」が死体遺棄罪における「遺棄」なのであって、上述の「習俗上の埋葬等とみられる方法によらない」ということが「死者に対する追悼・敬虔の感情を害する態様」であることを表していると理解できる。学説においても、死体遺棄罪の成否

3 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。

4 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）532頁など。

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⁵。それゆえ、自己の分娩した死胎を自宅付近の墓地でない土中に埋蔵したという行為は、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って「死者に対する追悼・敬虔の感情を害する態様」での放棄に該当するから、「遺棄」に該当するということになるほか（大判大正13年3月4日大刑集3巻175頁。ここでは「死體ノ埋葬トハ死者ノ遺骸ヲ一定ノ墳墓ニ收容シ其ノ死後安靜スル場所トシテ後人ヲシテ之ヲ追憶紀念スルコトヲ得セシムルヲ以テ目的トスルモノナレハ必スシモ葬祭ノ儀式ヲ營ムノ要ナキモ道義上首肯スヘカラサル事情ノ下ニ單ニ死體ヲ土中ニ埋蔵放置シタルカ如キハ未以テ埋葬ト云フヘカラサルヲ以テ死體ヲ遺棄シタルモノト云ハサルヲ得ス」と述べられる）、死体を埋めた場所が共同墓地であっても、殺人の犯跡隠蔽のためにこれが行われたのであればやはり「死者に対する追悼・敬虔の感情を害する態様」での放棄に該当するから、「遺棄」に該当するということになる（大判昭和20年5月1日大刑集24巻1頁。ここでは「死體埋没ノ場所カ墓地ナルヤ否ヤノ如キハ犯罪成立ニ何等消長アルコトナシ」と述べられる）。また、妻の死体を自宅納戸の洋タンス内に入れ、これに目張りをするなどして、死体を室内の洋タンス内に隠匿していた行為についても、これが被告人において専ら妻の死を悼む愛借の気持ちによりなされたとしても、「遺棄」に該当するということになる（東京地八王子支判平成10年4月24日判タ995号282頁）。これは、上述の通り死体遺棄罪は社会的法益に対する罪であるから、個人の主観的感情如何を問わず、当該行為が社会的に見て「死者に対する追悼・敬虔の感情を害する態様」での放棄に該当するか否かが問題となるからである（前掲東京地裁八王子支部平成10年4月24日判決では「死体を被告人方納戸の洋タンス内に入れ、これに目張りをするなどして、死体を室内の洋タンス内に隠匿していたことが認められ、右行為は、習俗上の埋葬等と見られる方法によらずに死体を遺棄したものに

5 西田ほか・前掲註2）678頁〔嶋矢貴之〕。

他ならない。……右行為の態様に鑑みれば、仮に、これが被告人において、もっぱら〔妻〕の死体を悼む愛惜の気持ちによりなされたとしても、その評価を左右するものではない」と述べられる)。

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・隠匿しても、それが死者に対する追悼・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。それゆえ、上述したような墓理法に基づき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ということになるのであるが、ここでは、あくまでも、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、必ずしも法律に基づく埋葬に限定されないということになろう⁶。ところで、この点に関し、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。例えば、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る。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

6 なお、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・隠匿が死体遺棄罪とはならない根拠が別に問題となろう。この点、死体損壊罪に関してであるが、法令に基づく場合には法令行為として刑法35条により、法の明文に基づかない場合には刑法35条等の一般原則の適用の問題として違法性阻却されるとする見解が主張されており（大塚ほか編・前掲註1）243頁〔岩村修二〕）、これを敷衍すれば死体遺棄罪についても違法性が阻却される場合として捉えることができよう。他方で、これを違法性の問題としてではなく構成要件該当性の問題として捉え、こうした態様での死体等の放棄・隠匿はそもそも死体遺棄罪の構成要件に該当しないとする理解もあり得るように思われる。もっとも、この点は本評釈が検討の対象としている熊本地裁判決の射程とは異なるものなのでここではこれを指摘するにとどめ、この点に言及することはしない。なお、この点につき、原田・前掲註3）2頁以下。

おり⁷、死体を解体して猛禽類に食べさせるという客観的な行為それ自体が必ずしも問題とされているわけではない⁸。そうすると、いかなる場合に死者に対する追悼・敬虔の感情を害したといえるかが問題となるが、この点、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極めて困難といえようが、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は可能であろう。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⁹。

なお、以上眺めてきたところのものは場所的移転を伴う作為形態のものであるが、遺棄の行為の態様としては、こうした作為形態のみならず不作為形態のものもあると解するのが判例の確立した見解であり、学説上も不作為による遺棄を認める見解が通説である¹⁰。古くは大審院大正6年11月

7 奥平康弘「『葬法』管見」法学セミナー388号(1987頁)12頁。

8 その他、鳥葬を許容しないものとして原田・前掲註3)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)。

9 なお、西田ほか・前掲註2)676頁〔嶋矢貴之〕は、①死者の生前の意思、②埋葬の権利義務を有する者(達)の意思、③社会の死体取扱いに関する一般的理解(葬礼風俗)の3つを中間項として、それらに反した死体の取り扱いがなされることで死者に対する追悼・敬虔の感情が実質的に害されたと考えるべきであるとするが、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は、このうち③との関係で問題とされよう。また、嶋矢教授によれば、これら3つの中間項はいずれか一つを絶対視できるものではないが、③が判断のベースとなるとされる(西田ほか・前掲註2)676頁〔嶋矢貴之〕)。

10 例えば、山口・前掲註4)524頁、井田・前掲註4)555頁、松原・前掲註4)533頁

24日判決（刑録23輯1302頁）が、母親が、出産したえい児を砂中に埋めて窒息死させたうえ、その死体をそのまま放置してその場を去ったという事案につき、「死體遺棄罪ハ葬祭ニ關スル良俗ニ反スル行爲ヲ罰スルニ在ルヲ以テ死體ヲ他ニ移シテ之ヲ遺棄スル場合ハ勿論葬祭ヲ爲スヘキ責務ヲ有スル者カ葬祭ノ意思ナクシテ死體ヲ放置シ其所在ノ場所ヨリ離去スル如キモ亦死體遺棄罪ヲ構成スル」と述べて不作為による死体遺棄罪の成立を認めた。もっとも、見られるように、不作為による遺棄は行為者に葬祭義務がある場合（葬祭義務者）に限られるとされている。これは、不真正不作為犯の成立には作為による構成要件と同視できるものでなければならず、そのために行為者に作為義務が必要とされているところ、死体遺棄罪においては葬祭義務が作為義務に当たるとされているのである¹¹。そして、葬祭義務者とは「法令または慣習により、死体を葬祭・監護すべき責務のある者」とされる（大判大正13年3月14日大刑集3巻285頁）。裁判例上不作為による死体遺棄罪の成立を肯定したものとしては、自らが殺害した祖母の死体をその場に放置して立ち去った場合（仙台高判昭和27年4月26日高刑特報22号123頁）、愛人により殺害された自分の妻子の死体が愛人宅の押し入れに隠匿されていることを確認した後で、その場に放置して立ち去った場合（東京高判昭和40年7月19日高刑集18巻5号506頁）、難病に罹患している乳幼児の監護をその親から委ねられながら必要な医療措置を講じることなく祈祷類似行為を繰り返した結果死亡するに至らせ、その後、その死体を親に引き渡すことも移動させることもなく、引き続きその支配下においた事案（福岡高宮崎支判平成14年12月19日判タ1185号338頁）などがある。これらは、行為者と死体との続柄、死体の生前の生命・身体の保護に関する委託関係とその引き受けから、行為者に葬祭義務が認められたものである。他方で、このように不作為による遺棄は葬祭義務者に限られるから、たとえ自らが殺害した場合であっても、単に死体を放置してその場を立ち去ったという不作為のみでは、死体遺棄罪は成

など。

11 大塚ほか編・前掲註1）246頁〔岩村修二〕

立しない¹²。また、木炭を製造中の自己所有の炭焼きかまどに少年が誤って転落し焼死しているのを発見したにもかかわらず、かまどを破壊して製造中の木炭を烏有に帰することを憂い何ら搬出の手段を講じることなく、かえって少年の転落した穴を鉄板で防ぐなどして放置した事案(前掲大判大正13年3月14日)や殺害現場において自らが殺害した被害者の着衣を剥ぎ、全裸にしたまま放置したという事案(福岡地飯塚支判昭和40年11月9日下刑集7巻11号2060頁)において、行為者に葬祭義務がないとして死体遺棄罪の成立が否定されている。

ところで、不作為による遺棄をめぐるっては、その成立には行為者と死体との間の場所的離隔が必要かという問題がある。この点、前掲大審院大正6年11月24日判決が「葬祭ヲ爲スヘキ責務ヲ有スル者カ葬祭ノ意思ナクシテ死體ヲ放置シ其所在ノ場所ヨリ離去スル如キモ亦死體遺棄罪ヲ構成スル」(傍点引用者)と述べていることからこれを必要と解することも可能であるが、死体遺棄罪は上述の通り死者に対する追悼・敬虔の感情を害する態様であるかがその成否において重要な要素であるから、行為者と死体との間の場所的離隔は本罪の遺棄概念の本質的内容を構成するとまでは言えず、したがって、被告人の自宅において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、それは死者に対する追悼・敬虔の感情を害する態様での放置であるから、行為者が自宅にとどまり続けた場合であっても死体遺棄罪に該当する場合がありますとして、これを不要と解する見解が、学説上有力に主張されている¹³。近時の裁判例においても、自宅内で実母が病死したが、実母に支給されていた年金等を継続して受給するために、その死体を同所のベッドに置いたままの状態にして、自宅を離れることなく約1年8か月もの間共に生活を続けていたと

12 大審院昭和8年7月8日判決(大刑集12巻1195頁)は、「単一人ヲ殺シテ其ノ死體ヲ現場ニ其ノ儘ニ放置スルカ如キ場合ハ特ニ殺人罪ヲ犯シタル者ニ死體ニ付葬祭ヲ爲スヘキ責務アル場合ノ外ハ別ニ死體遺棄罪ヲ以テ問フヘキ限ニ在ラス」と述べる。

13 例えば、橋爪隆「不作為の死体遺棄罪をめぐる問題」井田良ほか編『新時代の刑事法学 権橋隆幸先生古稀記念』(信山社 2016年)254~255頁、西田ほか・前掲註2)679頁〔嶋矢貴之〕、松原・前掲註4)533頁など。

いう事案において、場所的離隔を伴わなくても死体の遺棄に当たるとして
不作為による死体遺棄罪の成立を認めたものがある（名古屋高金沢支判平
成24年7月12日公刊集未搭載）。

（2）熊本地裁が「私的埋葬の準備行為」を「遺棄」と認定した理由につ
いて

以上の死体遺棄罪における「遺棄」の意義を踏まえ、被告人の行為が刑
法190条の遺棄に当たると認定した熊本地裁の判断に対して検討を行うこ
とにする。

【判旨】で示したように、熊本地裁判決が遺棄と認めた行為は、「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」である。他方で、
この行為に対して、熊本地裁判決は「私的に埋葬するための準備」とも認
定している。すなわち、熊本地裁は、被告人は出産に基づくダメージから
回復した後に私的にえい児を埋葬するつもりであったと認定し、その準備
のために前記行為が行われたと認定しているのである。もっとも、本件では、
熊本地裁判決において被告人の最終的な目的であるとされた「回復後の私
的埋葬」には至っていない。仮に被告人がこの行為まで至っていたのであ
るとすれば、被告人の行為が死体遺棄罪にいう「遺棄」に該当する蓋然性
があったということは可能であるように思われる。それというのも、「(1)
死体遺棄罪における『遺棄』の意義」で確認したとおり、追悼・敬虔の感
情を害する態様であるか否かが死体遺棄罪の成否においては重要な要素で
あり、行為者の主観的感情はその成否を左右するものではない。また、問
題となっている行為が死者に対する追悼・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あるか否かについては、必ずしも法律に基づく
埋葬に限定されないが、少なくとも当該埋葬が法律に基づく適的なもので
あるか否かということがそ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。したがって、たとえ被告人にえい児
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、社

会的に見て「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ったと言い得るからである。しかし、本件では事実として「回復後の私的埋葬」には至っていない以上、この行為が問題とならないことは言うまでもない。したがって、本件では、被告人が実際に行った「私的埋葬の準備行為」が死体遺棄罪にいう遺棄に該当するか否かが問われなければならない。すなわち、「私的埋葬の準備行為」が「(1) 死体遺棄罪における『遺棄』の意義」で確認した「遺棄」に該当するか否かが、まづもって論点となるのである。

上述の通り熊本地裁判決ではこの「私的埋葬の準備行為」が死体遺棄罪にいう「遺棄」に当たるとされたが、その理由は「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」という点にある。補いつつこのロジックを眺めてみると、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、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って、被告人の行為計画との関係で認定されているにすぎないのである。しかし、上述の通りたとえ「回復後の私的埋葬」が死体遺棄罪にいう「遺棄」に該当する蓋然性のある行為だとしても、死体遺棄罪にいう「遺棄」に該当する蓋然性のある行為、すなわち国民の一般的宗教感情を害する「回復後の私的埋葬」が予定されていたから、その前段階の行為である「私的埋葬の準備行為」も当然に「遺棄」に当たるというわけではない。問題となっているのは「私的埋葬の準備行為」なのであるから、この行為それ自体が単独で死体遺棄罪にいう遺棄に該当するか否かが問われなければならないはずである。すなわち、「私的埋葬の準備行為」が「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」に該当するか否かが問われなければならないのである。この点、熊本地裁判決も、「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」と死体遺棄罪の保護法益について言及したうえで、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。これについては、「隠す」という隠匿に作為態様が限定されているように読める点、また「放置」という不作為も死体遺棄罪における「遺棄」の定義の中に含まれている点が特筆されるが、「(1) 死体遺棄罪における『遺棄』の意義」で確認した「遺棄」概念と特段異なるものではなく、また本件被告人の行為の事実認定をするにあたり特にこうした言及がなされたとも解され、熊本地裁判決が示した定義それ自体に問題はない。しかし、肝腎の、被告人の行った「私的埋葬の準備行為」それ自体がこうした熊本地裁判決で示された遺棄に該当するものであるか、すなわち国民の一般的な宗教感情を害するものであるか否かの判断を示していない。そうすると、熊本地裁判決は「私的埋葬の準備行為」が死体遺棄罪にいう「遺棄」に当たるとしたが、その理由について具体的言及がない憾みがあると言わざるを得ない。

(3) 「私的埋葬の準備行為」は死体遺棄罪に該当するか

それでは、被告人の行った「私的埋葬の準備行為」が死体遺棄罪における「遺棄」に該当するか。

本件で問題となった「私的埋葬の準備行為」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。検察官も、公判の中で、被告人の行為につき、これが「作為態様としての隠匿による遺棄及びその隠匿状態を継続する不作為による放置行為に該当する」との主張を行っている。そして、それゆえに、「(2) 熊本地裁が「私的埋葬の準備行為」を『遺棄』と認定した理由について」で述べたように、熊本地裁判決は、「死体を隠したり、放置したりすること」

として作為態様と不作為態様を含んだ死体遺棄罪の「遺棄」の定義を示したものと解することができる。

ところで、死体遺棄罪が問題となった近時の裁判例には、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を惹く¹⁴。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なる」と述べられる。こうした近時の動向にも鑑みれば、本件被告人の行為は作為態様の行為とそれに引き続く不作為態様の行為が一連の行為として行われている事案であり、死体遺棄罪の成否の判断に当たっては両者を区別して判断すべきであると思われるところでもある。そこで、以下では、被告人の行った「私的埋葬の準備行為」につき、「えい児を段ボール箱に入れて保管した」という行為と「自室に置き続けた」という行為に区別して検討を行うこととする。

まず「えい児を段ボール箱に入れて保管した」という行為についてであるが、まわりに妊娠を知られることなく孤立出産したという事情やいわゆる棺ではなく被告人宅にあった段ボール箱にえい児を入れたという事情に照らすと、この行為によってえい児が行為前にも増して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。その意味で、被告人の上記行為が隠匿であると解することは必ずしも不可能ではないとも言い得る。しかし、「(1) 死体遺棄罪における『遺棄』の意義」で確認したとおり、死体遺棄罪における「遺棄」は「単なる死体等の放棄・隠匿」を言うのではなく、社会的に見て「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」を言うのであるから、被告人の上記行為が

14 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。

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さらに問題となる。

この点、被告人はえい児を単に段ボール箱に入れたというのではなく、えい児をタオルでいねいにつつんで入れ、しかも、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「安らかに眠ってください」というメッセージを書いた紙をその上に置いたというものであり、この行為については、熊本地裁判決でも「えい児を愛おしむ気持ちがあった」こと、「ていねいに段ボールに入れ」たとの認定がなされているところでもある。そうであれば、被告人がえい児を冷遇したとは到底言えず、死者に対する追悼・敬虔の感情を害する態様であるとは言えないのではなからうか。それどころか、えい児を段ボール箱に入れて保管する以前は、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ていたのであり、仮に被告人のえい児をタオルでいねいにつつんで段ボール箱に入れたという行為が死体遺棄罪にいう「遺棄」に該当するというのであれば、それに該当しないためには上記の状態にあるえい児をそのまま放置することを容認することにもなりかねないが、えい児をタオルでいねいにつつんで段ボール箱に入れる行為と比べて、およそこの方がえい児を冷遇したと言えるし、死者に対する追悼・敬虔の感情を害する態様であると言えよう。そうすると、被告人の「えい児を段ボール箱に入れて保管した」という行為は、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、死体遺棄罪にいう「遺棄」に当たらないと解される。

また、熊本地裁判決は被告人の最終的な目的として「回復後の私的埋葬」を認定し、この「私的埋葬の準備行為」として「えい児を段ボール箱に入れて保管した」という行為がなされたとしている。そうすると、被告人のこの行為は埋葬に先立つ「納棺」と同意義の行為であるということになる。ところで、一般的な葬送においても納棺は行われているのであり、そうであれば、被告人のこの行為が、とりわけ死者に対する追悼・敬虔の感情を害する態様の行為であるとは言えまい。確かに、納棺の儀といった儀式的

なことは本件では行われてはいない。しかし、これも「(1) 死体遺棄罪における『遺棄』の意義」で確認したとおり、判例は死者に対する追悼・敬虔の感情の判断に際し葬祭の儀式を営むか否かは関係ないと述べており(前掲大審院大正13年3月4日判決)、また、通夜や告別式を行わずに火葬する直葬の場合には、儀式的なことは行われず納棺となることもある。段ボール箱を棺としたということについても、死産児が発生した際にその死体を紙製の箱に納めるという処理が実際に多くの産婦人科で行われているという事実もあるということが公判中の産婦人科医の意見の中でも述べられているし、市販されている死産児用棺セットでもその多くが紙製で作られているものである。確かに、本件で使用した段ボール箱は棺として使用するために作成されたものではなく、被告人宅にあった以前宅配で使用されたものを使いまわしたものである。しかし、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、およそ熊本地裁判決で認定された令和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であろうから、事前に新生児用の紙製の棺を準備しておくことは被告人には期待できない。仮に別の用途で使用した段ボール箱を使いまわすことが問題となるのであれば、新生児用の紙製の棺が被告人の手元に届くまで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のえい児をそのまま放置するということにもなりかねないが、およそこの方がえい児を本件段ボール箱に納める行為と比べてえい児を冷遇したといえる。そうすると、被告人のこの行為は埋葬のための納棺としてみても特異なものではないといえる。また、「(2) 熊本地裁が『私的埋葬の準備行為』を『遺棄』と認定した理由について」で述べたように、熊本地裁は、予定されていた私的埋葬との関係で被告人のこの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、被告人のこの行為が死体遺棄罪にいう「遺棄」に当たるか否かを判断したわけではない。そして、当該埋葬が法律に基づく適式なものであるか、それとも国民の一般的宗教感情を害する私的埋葬であるかにかかわらず、納棺という行為としては同じなのであって、当該納棺が違法となる場合は格別、

事後の行為如何によって当該納棺が適法なものとなったり違法なものとなることは、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、それに先立つ納棺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く、失当である。

次に、「自室に置き続けた」という行為についてであるが、これまでの検討で導かれたように、これに先立つ「えい児を段ボール箱に入れて保管した」という作為につき死体遺棄罪は成立しないのであるから、前掲大阪地裁平成 25 年 3 月 22 日判決により示されたところに従っても、「えい児を段ボール箱に入れて保管した」という作為とは別に、この不作為態様の行為について検討しなければならないということになる。ところで、「(1) 死体遺棄罪における『遺棄』の意義」で確認したとおり死体遺棄罪は作為形態のみならず不作為形態でも実現しうるが、死体遺棄罪の不真正不作為犯の成立には、作為義務としての葬祭義務が行為者に必要となる。この点、前掲大審院大正 6 年 11 月 24 日判決において「母ハ慣習上其死兒ノ葬祭ヲ爲スヘキ責務ヲ有スル」とされており、これに照らせば本件においてもえい児の母親である被告人に、葬祭義務を肯定することができる。また、本件では一連の行為の中で被告人とえい児との間に場所的離隔が生じていないが、これも「(1) 死体遺棄罪における『遺棄』の意義」で確認したように、死体遺棄罪の成立には場所的離隔を不要とする見解もあり、裁判例でも場所的離隔を伴わなくても不作為による死体遺棄罪の成立を認めたものがあることから（前掲名古屋高裁金沢支部平成 24 年 7 月 12 日判決）、場所的離隔が生じていないことは、不作為による死体遺棄罪の成否に関して、必ずし

も決定的な意味を持つ要素ではないといえる。もっとも、不作為による死体遺棄罪は、「葬祭義務者による単なる死体等の放置」を言うのではなく、社会的に見て「葬祭義務者による死者に対する追悼・敬虔の感情を害する態様の死体等の放置」を言うのであるから、ここでも被告人の上記行為が死者に対する追悼・敬虔の感情を害する態様であるか否かがさらに問題となる。この点、本件では「えい児を段ボール箱に入れて保管し」、「自室に置き続けた」という一連の行為が問題とされており、この行為に先立つ「えい児を段ボール箱に入れて保管した」という行為が死体遺棄罪とはならない納棺と同意義の行為であることに鑑みれば、「自室に置き続けた」という行為は納棺後埋葬までの間の安置と同意義の行為ということになろう。また、その態様も、えい児をタオルでていねいにつつんで入れた段ボール箱を、押し入れの中や室外に置いたというわけではなく、室内の、しかも棚の上という足もとではない一段高い場所に置いているのであって、およそ雑なものとも言い難い。そうすると、被告人のこの行為それ自体えい児の冷遇放置とは言えず、死者に対する追悼・敬虔の感情を害する態様の放置とは言えないから、死体遺棄罪にいう「遺棄」に当たらないと解される。

加えて、本件においては、「自室に置き続けた」期間も、死体遺棄罪の不真正不作為犯の成否を判断するにあたって問題となる。すなわち、熊本地裁判決によれば、置き続けたとされる期間は「1日以上」である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「自室に置き続けた」期間が特に長いというわけではない¹⁵。また、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

15 なお、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。

めることが困難であるとする見解も主張されている¹⁶。これは、上で述べたように通常の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、不作為の死体遺棄罪は、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¹⁷。また、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しても、即座にこれを果たさなければならないわけではなく、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、「放置」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経過後に不作為による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、被告人が「回復後の私的埋葬」を予定していたという点を一先ず措いても、また仮に被告人の行為が不作為の死体遺棄行為に該当し得るとしても、熊本地裁判決が認定した本件「自室に置き続けた」期間に照らせば、死体遺棄罪の不真正不作為犯は成立しないと解される。

なお、上述の通り、本件被告人の行為は、作為態様の行為とそれに引き続く不作為態様の行為が一連の行為として行われている事案である。しかし、「(2) 熊本地裁が『私的埋葬の準備行為』を『遺棄』と認定した理由について」の中で述べたように、こうした一連の行為である「私的埋葬の準備行為」それ自体に対して、なぜこれが死体遺棄罪にいう「遺棄」に該当するのか、その理由について具体的言及がない憾みがある。それゆえ、

16 橋爪・前掲註13) 255頁。

17 橋爪・前掲註13) 255頁。その他、西田ほか・前掲註2) 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）。

一連の行為のどの行為が具体的に本件実行行為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判然としない部分があるということも指摘し得る点であると思われるが、この点、熊本地裁判決は犯罪事実として「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」としており、また、「事実認定の補足説明」において「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」と述べられ、「これらの行為」という複数行為を明示に指していることから、両者を含んだ一連の行為全体を本件実行行為であると認定したものである。しかし、そうであれば、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かなどについて言及がなされておらず、死体遺棄罪の不真正不作為犯が成立する理由についても具体的言及がない憾みがあると言わざるを得ない。

2. 被告人の主観面について—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

上述したように、本件では以上検討した客観面に加えて、被告人の主観面として、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、という点が争点とされている。そこで、引き続きこれらの点について検討を進めることにする。

熊本地裁判決では被告人の最終的な目的として「回復後の私的埋葬」が認定されているところ、「1. 被告人の行った行為の客観面について」「(2) 熊本地裁が『私的埋葬の準備行為』を『遺棄』と認定した理由について」で述べたように、この行為は死体遺棄罪にいう「遺棄」に該当する蓋然性のある行為といえる。それゆえ、被告人の意図としては『私的埋葬』の意図、すなわち『遺棄』の意図があったと解することはできる。しかし、私的

とはいえども埋葬として認定されているように、被告人の最終的な目的は単にえい児を放棄・隠匿しようとしたものではない。この点は、熊本地裁判決でも被告人には「えい児を愛おしむ気持ち」があり、「ていねいに段ボールに入れ、埋葬するつもりで自室に置いている」との認定がなされており、被告人の目的である私的埋葬は、えい児をねんごろに葬るという意味に基づくものであるといえる。他方で、熊本地裁判決は被告人に死体遺棄罪の故意を認めたが、その理由につき、「被告人は、死産した際の手続きについて、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、自室に置き続けることが、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。したがって、被告人には死体遺棄の故意が認められる」と述べる。すなわち、「2年以上も」日本で生活をしていれば私的埋葬が正常な埋葬ではないことは理解できるし、したがって、私的埋葬の準備も正常な埋葬の準備ではないことは理解できるということを述べているのである。しかし、このように言うことは本当に可能であろうか。私的埋葬が正常な埋葬ではないということの認識の可能性が認められるためには、そのことを認識しうるための契機が必要であろう。とりわけ本件においては、被告人が外国籍（ベトナム国籍）であるという事情もある。すなわち、外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。そのうえで被告人が私的埋葬が正常な埋葬ではないということを正確に認識できたかどうかが問われなければならないと思われるところ、熊本地裁判決ではこの点についての具体的言及がなされていないのである。仮に外国人在留者を所掌する機関による必要な情報の適切な提供がなされていないとすれば、「わずか2年強しか」日本で生活していない被告人がこのことを自然に認識できるようになるということが果たして言い得るのであるだろうか。およそ不可能を強いているのではないかという憂慮を覚えるところである。もっと

も、熊本地裁判決は、被告人の故郷である「ベトナムでも、まわりに隠したままで私的に埋葬することが許されているとは思われない」とも述べている。しかし、上述した死体遺棄罪の故意を認めた理由と併せて、例えば墓理法に反するということとの関係でこれらが述べられるのであれば格別、死体遺棄罪の成否に関しては、「1. 被告人の行った行為の客観面について」「(1) 死体遺棄罪における『遺棄』の意義」で確認したように、当該埋葬が私的か否かが問題なのではなく、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なのであり、当該埋葬がこうした態様である場合に死体遺棄罪に該当する違法な行為であるとされるのである。それゆえ「1. 被告人の行った行為の客観面について」「(2) 熊本地裁が『私的埋葬の準備行為』を『遺棄』と認定した理由について」で述べたように、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が、他方で必ずしも法律に基づく埋葬に限定されないものであるから、私的埋葬であれば必然的に死者に対する追悼・敬虔の感情を害する態様の違法な遺棄行為であるということではできない。このような理解に基づけば、被告人が目的としていた私的埋葬はいい児をねんごろに葬るという意思に基づくものである以上、被告人にとってそれがおよそ「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」であるという認識はないといえるし、「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」であるとの認識が可能であったとは言い難い。したがって、被告人には自己の行為が死体遺棄罪に該当する違法な行為であると認識していなかったのであるし、認識することもできなかったといえるから、「回復後の私的埋葬」について違法性の意識ないしその可能性を欠く以上、被告人に「『私的埋葬』の意図」があったとしても故意ないし責任を欠くといえまいか。また、そうすると、上で示した被告人に死体遺棄罪の故意を認めた理由から明らかなように、熊本地裁判決は、故意の認定についても被告人の行為計画をもとに、「回復後の私的埋葬」が正常な埋葬ではなく、その準備である本件被告人の行為について

も正常な準備ではないから一般的な宗教的感情を害することは容易に分かったとするが、「回復後の私的埋葬」について違法性の意識ないしその可能性を欠き故意ないし責任を欠く以上、その前段階行為である「私的埋葬の準備行為」についても違法性の意識ないしその可能性を欠くということが可能であるように思われる。

もっとも、「私的埋葬の準備行為」につき「回復後の私的埋葬」との関係で仮にこのようにいえるとしても、こうした認定が妥当なものとは思われない。それというのも、故意ひいては責任は問題となっている行為との関係でその存否が論じられなければならない、本件においては「私的埋葬の準備行為」が死体遺棄罪にいう「遺棄」に該当するか否かが問題とされているのであるから、「私的埋葬の準備行為」をする際に当該行為について故意があったかが問われなければならないからである。したがって、熊本地裁判決が、事後に予定された行為である「回復後の私的埋葬」との関係で「私的埋葬の準備行為」につき故意を論じたことは失当である。そして、この点、「1. 被告人の行った行為の客観面について」「(3)『私的埋葬の準備行為』は死体遺棄罪に該当するか」で述べたように、「私的埋葬の準備行為」として行われた一連の行為は被告人にとっては納棺と埋葬までの安置なのであるから、被告人にとって「私的埋葬の準備行為」である本件行為がおおよそ「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」であるという認識はないといえるし、「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」であるとの認識が可能であったとはいえない。したがって、被告人には自己の行為が死体遺棄罪に該当する違法な行為であると認識していなかったのであるし、認識することもできなかったといえるから、違法性の意識ないしその可能性を欠く以上、被告人は故意ないし責任を欠くといえる。

以上のことから、仮に被告人の本件行為が客観的に見て死体遺棄罪の構成要件に該当するとしても、主観的には責任を欠き、被告人には死体遺棄罪は成立しないと解される。

なお、判例においては、故意の成立には違法性の意識もその可能性も不

要とされてきた(大判大正13年8月5日大刑集3巻611頁、最判昭和25年11月28日刑集4巻12号2463頁、最判昭和26年11月15日刑集5巻12号2354頁)。他方で、「国際化に伴って、文化の異なる外国人が違法性の錯誤に陥る機会も増えている」という指摘もある¹⁸。この点、「1. 被告人の行った行為の客観面について」「(1) 死体遺棄罪における『遺棄』の意義」で述べたように、風俗は地域によって異なるものであり、葬送風俗についても国家により多様な葬送態様が見られることも事実である。上述のように、本件被告人が外国籍であるという事情があることに鑑みれば、本件については違法性の意識ないしその可能性の検討は特に必要であると思われる。

また、本件被告人が外国籍であるという事情は、期待可能性の問題を考えるに当たっても大きな意味を持つ。熊本地裁判決は、期待可能性につき次のように述べる。「弁護人は、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たから、被告人には、当日、葬祭義務を履行するだけの期待可能性がなかったと主張する。確かに、被告人は、死産後弁護人がというような厳しい状態にあったといえる。しかし、少なくとも、周りの人に、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、周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」。しかし、このように言うことは本当に可能であろうか。被告人は、技能実習生として、いわば「出稼ぎ」のために来日していたものである。そして、熊本地裁判決の中でも「被告人は収入の多くをベトナムの家族に送金していた」と認定されているように、被告人およびその家族にとって、被告人が技能実習生として日本で働き、収入を得ることは極めて大きな意味を持っていたといえる。そうであれば、被告人には日本で働き続けなければならない事情があったといえる。他方で、妊娠が解雇理由にはならないものの、仕事ができず収入がなくなるため、家賃や生活費が出せなくなり、実習をやめて帰国に追い込まれてしまうという実情もあり、このことについても熊本地裁判

18 松原芳博『刑法総論 [第二版]』(日本評論社 2017年) 259頁。

決において認定がなされているところである。また、熊本地裁判決では「そのような状況を十分にサポートする制度もなく、実習生にとっては厳しい環境であった」ことも認定されている。それゆえ、「帰国をおそれ、妊娠をまわりに告白できずに思いつめ」と、熊本地裁判決では述べられているのである。そうすると、被告人にはおよそ妊娠をまわりに告白する期待可能性がなかったといえるのではなかろうか。そうであれば、当然に、被告人には出産についてもおよそ周りに告白する期待可能性もなかったともいえる。したがって、「少なくとも、周りの人に、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」とは、必ずしもいえないのではなかろうか。この点についても、およそ不可能を強いているのではないかという憂慮を覚えるところである。そして、このような出産当時の被告人の置かれた環境に鑑みた場合、被告人単独で出産前後に係る事柄に対処しなければならないということになるが、本件において真に問われなければならないのはまさにこの点であり、被告人単独で「正常な埋葬」を行うことの期待可能性が存したかという点であろう。また、この判断に当たっては、上述した「被告人が外国籍であり、『わずか2年強しか』日本で生活していないという事情」も考慮に入れられなければならないことはいうまでもない。

なお、判例においては、期待可能性の不存在を責任阻却事由として認めることに慎重な態度をとっている（最判昭和33年7月10日刑集12巻11号2471頁）。しかし、国際社会化がますます強まる現在の日本において、上述した違法性の意識ないし可能性と併せて、期待可能性を適切に検討しないことは、今や「外国人差別」として国際的な非難を受ける可能性があるようにも思われるところである。

3. 結 語

以上見てきたように、被告人の「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、死体遺棄罪の解釈論に照らして、本件事実関係の下では死体遺棄罪における「遺棄」に当たらず、被告人には死体遺棄罪は成立しない。仮に被告人の行為が死体遺棄罪の構成要件に該当すると

しても、主観的には責任を欠くことから、被告人には死体遺棄罪は成立しない。したがって、結論として被告人に死体遺棄罪の成立を認めた熊本地裁判決は妥当ではなく、賛同し得ない。