

〔論文〕

## 死体遺棄罪における「遺棄」概念に関する覚書

萩野 貴史

名古屋学院大学法学部

### 要 旨

わが国の刑法学では、死体遺棄罪の「遺棄」概念について、これまで議論が活発とはいえないう状況にあった。しかし、現在の社会状況や近時の判例に鑑みると、これを検討する意義は少なくないように思われる。

そこで、本稿では、死体遺棄罪における「遺棄」概念の内容を検討し、その処罰範囲について一定の視座を与えることを目的とする。

そのために、まず日本の刑法における死体遺棄罪の沿革を概観したうえで、刑法学において法益を明らかにすることが当該条文の解釈に際して指針となるとされている点に鑑みて、死体遺棄罪の保護法益を検討する。その後、死体遺棄罪の「遺棄」概念について他分野の知見を参照しつつ、一定の視座を提供する。最後に、不作為による「遺棄」概念についても触れることとするが、不真正不作為犯に関する総論的な視点も必要となるため、私見を展開する前段階として、現在の議論状況とその検討課題を明らかにする。

キーワード：刑法，死体遺棄罪，「遺棄」概念，不作為犯

## Der Begriff der “Aussetzung” einer Leiche in § 190 StGB

Takashi HAGINO

Faculty of Law  
Nagoya Gakuin University

---

発行日 2017年3月31日

〈目 次〉

1. はじめに
2. わが国における死体遺棄罪の沿革
3. 死体遺棄罪の保護法益
4. 死体の「遺棄」と埋葬
5. 不作為による「遺棄」
6. おわりに

## 1 はじめに

わが国では、遺棄罪(刑法217条)や保護責任者遺棄罪(同218条)をはじめとして、一定の客体を「遺棄」する行為が処罰対象とされている<sup>1)</sup>。それらの中で、たとえば(保護責任者)遺棄罪における「遺棄」概念が重要な論点の1つとして位置づけられ、多くの研究成果が集積しているのに対して、死体遺棄罪(刑法190条)の「遺棄」概念については、これまで議論が活発とはいえない状況にあった<sup>2)</sup>。

しかし、現在の社会状況に鑑みると、死体遺棄罪における「遺棄」とは何か、いかなる行為が処罰対象となりうるのかを検討する意義は少なくないように思われる。確かに、少なくとも戦後のわが国では、火葬してから焼骨を埋蔵するのが死体の取り扱いとして一般的であり、こうした行為が処罰対象とはならないことに異論もないだろう。その一方で、現在のわが国には10万人近くのイスラム教徒がいると解されているが<sup>3)</sup>、イスラム教では火葬がタブーとされており<sup>4)</sup>、土葬の可否が問題となっている地域がある<sup>5)</sup>。また、「葬送の自由」についての社会的合意を広げ、自然葬を実践することなど

---

1) たとえば愛護動物遺棄罪などがある。この「遺棄」概念について、三上正隆「愛護動物遺棄罪(動物愛護管理法44条3項)における『遺棄』の意義」法学新報121巻11=12号(2015年)473頁以下、同「愛護動物遺棄罪(動物愛護管理法44条3項)における『遺棄』概念——環境省通知(平成26年12月12日環自総発第1412121号)の検討を中心として——」愛知学院大学論叢法学研究57巻3=4号(2016年)113頁以下などを参照。

2) 先行研究として、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)1頁以下など。

3) 参照した文献の中でもっとも新しいものとしては、櫛島次郎『これからの死に方 葬送はどこまで自由か』(平凡社、2016年)83頁が、イスラム教徒について「外国人が約10万人、日本人が約1万人いるとされる」と指摘する。

4) その理由として、イスラム教においては遺体を火で焼くことが地獄の懲罰を指すことになり、このような懲罰は神のみが執行できる罰であると考えられている点が挙げられる。イスラム教の葬送制度については、塩尻和子「イスラームの死生観と葬送制度——生者と死者の共生の場」中村生雄=安田睦彦『自然葬と世界の宗教』(凱風社、2008年)47頁以下などを参照。

5) たとえば、朝日新聞「イスラム教徒 永眠の地は」2010年10月18日朝刊など。また、櫛島・前掲注(3)83頁も「墓地不足になっている」といった問題点を指摘する。

を目的とするNPO法人も発足している<sup>6)</sup>。このように葬法<sup>7)</sup>の多様性が求められ始めている現在の状況に鑑みると、死体遺棄罪の処罰範囲を明らかにする必要があるように感じられるのである。

むろん、具体的状況を踏まえた実質的な判断が少なからず必要となるのであって、何らかの様式さえ満たしていれば許容され、満たしていなければ処罰されるという形式的な基準を提示できるとは思われない。そこで、本稿は、死体遺棄罪における「遺棄」概念の内容を検討し、他分野の知見を参照しつつ、その処罰範囲の明確化に一定の寄与をすることを目的とする。

また、近時、不作為による死体遺棄罪に関して興味深い判例が出たことに伴い、これに関連する文献も増えており、本稿でも不作為の場合に言及する必要があるだろう。もっとも、不作為による「遺棄」については、——作為義務論などの総論的な視点も必要となるため——本稿では現在の判例・学説の状況を概観し、その検討課題を明らかにすることを目的とする。

本稿ではまず、日本における死体遺棄罪の沿革を概観する。次に、刑法学において「法益」を明らかにすることが当該条文の解釈に際して指針となるとされている点に鑑み、死体遺棄罪の保護法益を検討する。そして、その後、死体遺棄罪の「遺棄」概念について一定の視座を提供し、さらには不作為の場合についてその検討課題を明らかにすることを試みるという構成を採りたい。

## 2 わが国における死体遺棄罪の沿革

先行研究によれば、旧刑法以前にも、死体の毀棄に関する規定は存在したようである。仮刑律および新律綱領にはすでに、地界内の死体を他所へ移し去り埋蔵する罪および屍を水中に投じる罪があり、改定律令には地界内の死屍を水中に棄てる罪および子孫の死屍を捨てる罪があった旨が指摘されている<sup>8)</sup>。

だが、本稿では、現在の刑法（以下では、「現行刑法」あるいは単に「刑法」とする）190条の直接的な前身として、旧刑法264条から概観しておくことにしたい<sup>9)</sup>。まず、旧刑法と現行刑法には、

---

6) 「葬送の自由をすすめる会」については、ウェブサイト (<http://www.soso-japan.org/>) を参照 [2017年1月14日閲覧]。

7) 森茂『世界の葬送・墓地 法とその背景』(法律文化社, 2009年)1頁によれば、「死体の処理を特に葬法という」。

8) 新倉修「刑事法的視点(1)〔臓器移植の比較法的研究〈シンポジウム〉第2部「承諾」要件の分析〕」比較法研究46号(1984年)84頁以下参照。

なお、石井紫郎=水林彪『法と秩序(日本近代法体系7)』(岩波書店, 1992年)23頁を参照すると、仮刑律について「若く自己請持 地界内死人有るを見て、官に告ず潜に他所へ移去り及び埋蔵するもの答三十。変死者を内証にて葬せる寺僧、罪亦准之。屍を水中に投じて失するものは答八十、未失せざれば一等を減ず。」とある。

また、同書の264-5頁を参照すると、新律綱領について「凡地界内ニ死屍アルヲ、里長・地主・隣佑人、官司ニ申報セス、輒ク他所ニ移シ、及び埋蔵スル者ハ、杖七十。水中ニ棄ル者ハ、杖一百。」とあり、改定律令について、「第二百二条 凡地界内ニ死屍アルヲ、輒ク水中ニ棄ルト雖モ、未ダ失ザル者ハ、律ニ照シテ一等ヲ減ジ、懲役九十日。」「第二百三条 凡子孫ノ死屍ヲ棄ル者ハ、懲役七十日。」とある。

9) 新倉・前掲注(8)85頁は、「旧刑法264条は、明治初期刑法に連なるというよりもむしろ、直接に大宝律の『残害条』に依拠するといえるのではないかと思われる」と主張する。

規定上いくつかの違いがあることが指摘されてきた。具体的には、旧刑法264条は、「埋葬す可き死屍を毀棄したる者」と規定しており、行為客体が埋葬前の死体に限られていたようにみえるほか、——「損壊」、「遺棄」、「領得」といった行為態様を規定する現行刑法とは異なり——行為態様も「毀棄」と規定されていた。さらに法定刑も、1年以上1年以下の重禁錮に処して罰金を付加するものとされ<sup>10)</sup>、自由刑を比較する限り現行刑法よりも軽かったといえる<sup>11)</sup>。

その後、明治23年改正刑法草案<sup>12)</sup> 276条では、「悪意を以て死屍を殘毀し又は消失せしめたる者」のほか、「死屍を保護し又は埋葬す可き責任ある者死屍を遺棄したるとき」は1年以上1年以下の有役禁錮に処す旨が規定され、埋葬責任者の行為態様として「遺棄」が規定されるに至っている。これが、明治34年改正案221条になると<sup>13)</sup>、「死体、遺骨、又は棺内に蔵置したる物件を毀損、遺棄若くは領得したる者は3年以下の懲役に処す」と規定されるに至り、刑法190条の「原型」とでもいうべきものができあがる。そして、明治35年刑法改正案221条で<sup>14)</sup>、客体に「遺髪」が加えられるなどの微修正がなされつつ、現行刑法制定に至るのである<sup>15)</sup>。

しかし、こうした沿革をみる中で、死体遺棄罪の保護法益や処罰範囲に関して、現在までのところ特筆すべき議論は見出せていない。したがって、「遺棄」の概念を解釈する手がかりを立法経緯に求めることには困難が伴うといえそうである。そこで、現時点では、死体遺棄罪における「遺棄」概念を検討するにあたり、わが国の学説や判例の提言を検討することがもっとも有益であると考えられる。

### 3 死体遺棄罪の保護法益

では、次に現在までの学説や判例の検討に移ることにする。検討にあたっては、さしあたり「遺棄」を解釈する指針となりうる（死体遺棄罪の）保護法益を確認しておきたいと思う。

死体遺棄罪の保護法益は何かという点について、通説的な見解は、社会秩序としての一般的な宗教

10) 倉富勇三郎ほか〔監修〕・松尾浩也〔増補解題〕『増補 刑法沿革総覧（日本立法資料全集 別巻2）』（信山社、1990年）39頁（以下、『刑法沿革総覧』とする）。なお、新倉・前掲注（8）83頁は、法定刑について「1年以上1年以下の重禁錮または2円以上20円以下の罰金」と記述している。

11) このほか、旧刑法（第4編 違警罪）425条8号において、「自己所有地内に死屍あることを知て官署に申告せず又は他所に移したる者」は「3日以上10日以下の拘留に処し又は1円以上1円95銭以下の科料に処す」と定めるなど、関連法規が存在した。『刑法沿革総覧』前掲注（10）58頁参照。

12) 『刑法沿革総覧』前掲注（10）72頁以下、115頁。なお、明治23年改正刑法草案には、276条のほかに、第4編 違警罪上の規定が、391条4号にある（『刑法沿革総覧』132頁参照）。

13) 『刑法沿革総覧』前掲注（10）193頁。

14) 『刑法沿革総覧』前掲注（10）467頁。

15) 明治40年政府提出刑法改正案理由書によれば、現行刑法上の規定は、旧刑法264条を修正したもので、死屍についてのみ規定を設けていたものを「之に遺骨、遺髪其他棺内に蔵置したる物を加へ毀棄を改めて損壊、遺棄又は領得と為し其不備を補修せり」と説明されている。また、旧刑法では「埋葬す可き死屍」であった点については「死体若くは遺骨は埋葬す可き物たる否とを区別する必要なきを以て之を削除したり」と説明される（『刑法沿革総覧』前掲注（10）2195頁）。

感情<sup>16)</sup>や死者に対する敬虔感情<sup>17)</sup>であると解している。もっとも、こうした通説的な理解に対しては異論もある。

まず、従来、社会的法益そのものに対して批判的な見解が主張されてきたことは周知のとおりである。こうした立場として、とりわけ国家的法益や社会的法益に属するとされたものを、可能な限り個人的法益（あるいは不特定多数の個人的法益）として捉え直す、いわゆる「個人法益への還元論」が挙げられる。このような還元論を肯定的に評価する論者からは、伝統的な社会的法益論が「法益の観念化による法益論の空洞化の危険性に加えて、個人を捨象した社会的法益の構成には法益の自己目的々保護の危険性を伴っている」点、および、「これらの克服を試みる中からうまれたのが、個人法益への還元論だったと思われる」旨が指摘されている<sup>18)</sup>。こうした伝統的な社会的法益論への批判は興味深いものであるが、還元論に疑問がないわけではない。とりわけ、「社会的存在」という観念的なものを「個人的存在」という具体的なものに還元することにより、今度は侵害概念の希薄化や観念化がもたらされる領域がある旨が、還元論に肯定的な論者自身により指摘されている<sup>19)</sup>。たとえば死体損壊罪の保護法益とされる「公衆の感情」を個人的法益に還元しようとすると、「多数の個人の感

16) 大塚仁ほか〔編〕『大コンメンタール刑法第3版〔第9巻〕』（青林書院、2013年）217頁〔岩村修二〕。むろん、国家が宗教そのものに対して干渉することは、信教の自由を保障する憲法20条に抵触するものとなるため、刑法190条は特定の宗教・宗派の活動を保護しようとするものではないというのが一般的な理解である。

なお、他の犯罪類型をも視野に入れると、「宗教感情」を保護法益とすることに対する疑念はこれまでも散見された。たとえば、中村義孝「礼拝所に関する罪について」法時46巻6号（1974年）172頁は、「第188条以下で礼拝所不敬罪等を処罰する規定……は、国民の宗教感情を保護法益とするものであるといわれているが、果たしてそれは刑罰をもって保護すべきものかどうかということさえ疑問である。」と指摘し、あるいは、刑法研究会試案のうち「国家・社会法益に対する罪」を取り上げたワークショップでは、墳墓発掘罪との関係で、「宗教感情というものを果して刑法で保護すべきかという問題がある」旨の発言がみられる（刑雑26巻2号（1984年）377頁〔中山研一発言〕）。その他、宗教感情を保護の対象とすることに批判的なものについては、川端博「判批」芦部信喜＝若原茂〔編〕『宗教判例百選〔第2版〕』（1991年）214-5頁参照。

死体遺棄罪について直接的に論じたものではないが、近時、感情の保護について論じるものとして、内海朋子「感情の刑罰的保護について 序論」横浜法学22巻3号（2014年）205頁以下、同「感情の刑罰的保護について——宗教に関する罪における保護法益——」『浅田和茂先生古稀祝賀論文集〔上巻〕』（成文堂、2016年）807頁以下。

17) 西田典之ほか〔編〕『注釈刑法 第2巻 各論（1）』（有斐閣、2016年）676頁〔嶋矢貴之〕。

18) 梅崎進哉「個人の保護と社会法益の構造」刑雑35巻2号（1995年）19頁以下参照。さらに、同17頁によれば、特に戦前における伝統的な社会的法益論は、「社会或いは国家と個人の関係を全体と部分の関係においてとらえ、前者を後者に優越する位置に置く社会観に基づいて構成されたものであった。そして、……『公益優先』を基本的前提として社会法益を論じてきたのである。ここでは、個人から完全に超越した社会や国家が想定されており、しかも、社会・国家のほうが一段上の次元に位置付けられている。」ものとされる。

なお、鎮目征樹「社会的法益・国家的法益」法時81巻6号（2009年）72頁も、「いかに社会的・国家的法益といえども、全く個人の利益から切り離された自己目的的なものとして理解することは、原則としてすべきではない。」とする。

19) 梅崎・前掲注（18）22頁。

情」を指すことになる。そして、死体損壊罪などにおいて、当該損壊行為が秘密裏に行われるケースでも犯罪の成立を認めるのであれば、現実には誰かの感情が侵害されることは必ずしも必要とされていないことになる。そうだとすれば、「『犯罪行為における具体的な侵害対象を浮び上がらせることで刑法の暴走を防ぐ』という還元論本来の目的からいえば、それほど有意義な成果をもたらしているとはいいがたい」<sup>20)</sup> ケースであるということになる。死体遺棄罪の法益に関する現在までの議論状況をみる限りでは、還元論の立場から、個人的法益に対する罪として十分に再構成できているとはいいがたい。そこで、還元論の立場でも、「死者は平穩に葬祭さるべきである」<sup>21)</sup> との理念が保護の対象であり、「『死』という人間の存在の根幹に関わる純然たる理念ないし秩序をそのまま保護法益として想定するもの」<sup>22)</sup> として、個人的法益への「還元」が困難なケースに位置づけられているのである。

次に、やはり刑法190条の保護法益を社会的法益以外に求める見地の中には、人間の尊厳が死後にまで残存しているという発想のもとで、保護法益を「死者の人格権」であると解するものがある<sup>23)</sup>。もっとも、こうした見解は、刑法190条が規定する行為類型のうち死体の「損壊」に主として着目し、臓器移植の問題を視野に入れて主張されている。すなわち、臓器移植のための行為は死体損壊罪の構成要件に該当する一方で、臓器移植法では臓器提供者（すなわち死者本人）の同意を得ていることなどを条件にその違法性が阻却されている。そこで、違法性が阻却されるために死者本人の同意が重視される理由を、保護法益を「死者本人の人格権」と理解することで説明しようとする見解といえる<sup>24)</sup>。

この点、死体損壊罪と死体遺棄罪の法益を完全に分けて論じること理論的には考えるが、同一条文が同一法益を保護するものとする限り、死体損壊罪における理解が死体遺棄罪にまで影響を及ぼすのであって、本稿でも取り上げるべき見解といえよう。

この見解に対しては、法益が「人」にとっての有用性ゆえに要保護性が付与されているものである

20) 梅崎・前掲注(18) 22-3頁。

21) 原田保『社会法益』の実体について——個人法益への『還元』の試み——愛知学院大学論叢法学研究29巻3=4号(1985年) 69頁。

22) 原田・前掲注(21) 71頁。

23) 齊藤誠二『刑法における生命の保護 [3訂版]』(多賀出版, 1992年) 272頁以下、とりわけ274頁以下(ただし、死者に対する近親者の敬虔感情を副次的な保護法益とし、「死んだ後も死体の完全性は侵害されることはない」という生きている者の信頼を二次的な保護法益と理解する)。そのほかに、死者の人格権も含めるものとして、平川宗信『刑法各論』(有斐閣, 1995年) 261頁、山中敬一『刑法各論 [第3版]』(成文堂, 2015年) 720頁(保護法益は死者に対する公衆の敬虔感情であるとしつつ、「死者の生前にもっていた人格権の事後効果を保護するものであるともいえよう」とする)など。松宮孝明『刑法各論講義 [第4版]』(成文堂, 2016年) 429頁、宮崎真由『『死者の人格権』の可能性——臓器移植法改正に向けて』現代文明学研究4号(2001年) 203頁以下も参照。

近時の下級審判例においても、本罪の法益の1つとして「死者の名誉」(後掲注(78)・名古屋高裁金沢支部平成24年7月12日判決)や「死者の尊厳」に言及するものがある(秋田地判平成5年1月27日公刊物未登載。なお、同判決については、園部典生「判批」研修541号(1993年) 13頁、丸橋昌太郎「死体遺棄罪の終了時期」信州大学法学論集16号(2011年) 182頁などを参照した)。

24) 松宮・前掲注(23) 429頁など。

とすれば、そもそも死者は法益主体とはなりえないとの批判が向けられている<sup>25)</sup>。さらに、死者の生前の意思に反することが直ちに処罰を基礎づけるという形で「死者個人の人格権」を強調するのであれば、具体的な帰結においても疑問が生じることになる<sup>26)</sup>。すなわち、死者本人の意思を最大限に尊重するならば、信教上の理由から火葬を完全に拒絶する者の死体について、適切な方法で火葬および焼骨の埋蔵をする行為も死体遺棄罪に問われかねない。したがって、死者の人格権を尊重すべきであるという主張は興味深いものであるとしても、その意思に反することが法益侵害であると両者を直結させるべきではないであろう。

やはり保護法益は、わが国の通説的見解が主張するように、一般国民の死者に対する敬虔感情であると解される。そして、上述の死者の生前の意思やさらに遺族（埋葬の権利義務を有する者）の意思は、その枠内で考慮すべきであろうか<sup>27)</sup>、このとき死者や遺族の意思が考慮される理由が問題となる。この点、死者の生前の意思を考慮する理由としては、「死者の生前の自己決定を尊重することが、死者に対する敬虔感情に適う」と説明する一方で、遺族の意思については死者本人の意思により「親族への委任」がなされているのであれば、それに従うことがやはり死者に対する敬虔感情に適うと説明するように思われる<sup>28)</sup>。

だが、以上のように190条が保護する法益を理解したとしても、やはり死者の人格権を法益とする場合と同様の疑問は残りうる。すなわち、こうした死者の生前の意思や遺族の意思を加味して一般国民の感情を判断するという構成は、死者や遺族の意思を強調するほどに、彼らの意思に反した場合には、処罰されるのではないかと考える余地が残るのである。

そもそも、このように行行為者が行った死体の葬法に対して、一般国民の判断と死者本人や遺族の判断とが一致しない場合として、次のようなパターンが考えられる。すなわち、①一般国民によれば許容される葬法であるのに対して、死者本人や遺族が許容しない葬法である場合（たとえば、行為者が火葬および焼骨の埋蔵を行ったのに対して、これを死者本人や遺族が許容していなかった場合）と、②一般国民によれば許容されない葬法であるのに対して、死者本人や遺族が許容する葬法である場合（たとえば、行為者が水葬を行ったのに対して、これを死者本人や遺族が許容している場合）である。まず①のようなケースでは、一般国民の死者に対する敬虔感情を侵害しているかが判断のベースとなる以上<sup>29)</sup>、死者本人等の願望に沿わないとしても、法益侵害は存在しないと解すべきであろう。死

25) 松原芳博『刑法各論』（日本評論社、2016年）515頁。こうした批判に対して、松宮・前掲注（23）418頁など。

26) 西田ほか〔編〕・前掲注（17）676頁〔嶋矢〕。

27) 伊藤渉ほか『アクチュアル刑法各論』（弘文堂、2007年）428頁〔島田聡一郎〕。西田ほか〔編〕・前掲注（17）676頁〔嶋矢〕は、①死者の生前の意思、②埋葬の権利義務を有する者（たち）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つをいわば「中間項」として、それらに反した死体の取扱いがなされることで、死者に対する敬虔感情が実質的に害されるとする。

28) 臓器提供に関する記述ではあるが、死者本人の意思については高山佳奈子「自己決定とその限界（下）」法教285号（2004年）45頁を、遺族の意思については臼木豊「生命倫理と臓器移植法の問題点」現刑42号（2002年）55頁を参照した。

29) 西田ほか〔編〕・前掲注（17）676頁〔嶋矢〕。

者本人等の意思を考慮に入れるというのは、死者本人等の意思に反した場合に、一般国民の「死者を敬う扱いとしては一定のものがあり、死んだらそうした範囲内で取り扱ってほしい」という敬虔感情を否定するものではない（死者本人の希望に沿うものではなくとも、一般的には「これも死者を敬う取扱いである」と解することになる）と思われる。その一方で、②のようなケースでは、一般国民の「死んだらこのようには取り扱ってほしくない」という範囲に属する葬法が行われた場合であるが、そうした扱いが死者本人や遺族の意思に沿うものであるならば、「本人や遺族が望んでいるのであればそれも認めることが、死者を敬うことにつながるだろう」という意味で、死者に対する敬虔感情に適うものであると解することになる。したがって、結論的には、一般国民の判断に加えて、死者本人や遺族の感情を許容する方向でのみ考慮することになる<sup>30)</sup>。

#### 4 死体の「遺棄」と埋葬

一般的には、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・隠匿すること」<sup>31)</sup>をいうものとされる。その典型的な行為としては、死体を人の目にとまらない山に放棄する行為などが挙げられるだろう。実際、わが国の判例には、殺害した被害者の死体を他の場所に運搬し密かに土中に埋蔵した行為<sup>32)</sup>や、旅館の客室で人を殺した者がその死体をその客室の床下に投棄・秘匿した行為<sup>33)</sup>を死体の「遺棄」と判断したものがあり、こうした帰結に異論を唱える学説は見当たらない。

もっとも、上述の定義によれば、「遺棄」とは、単に死体等を放棄・隠匿することではなく、「習俗上の埋葬とみられる方法によらないで」放棄・隠匿することである。語弊を恐れずにいえば、一般的な葬送も、死体を放棄したり隠匿したりする行為であるといえる<sup>34)</sup>。しかし、一般的な葬送であれば、一般国民の死者に対する敬虔感情を害するものではないので、「遺棄」に当たると解する必要はない。そこで、死体遺棄罪の構成要件に該当する行為を適切な範囲に限定するために、こうした条件を付す

30) そもそも習俗は、絶対的に固定された普遍的基準ではなく、地域差や時代的変遷が存在するものであることからすると、特殊な葬法をおこなった場合に死体遺棄罪の成立を肯定して、その行為を法的に禁じるべきか疑問の余地がある。原田・前掲注(2) 24頁以下も参照。

また、「葬式や墓についての今日の考え方がいかに規範的であろうとも、それは変わりうるものであり、また変わってしまうとそれ以前の感覚は容易に失われる」と指摘するものとして、勝田至『日本葬制史』（吉川弘文館、2012年）2頁。したがって、本稿では後述するように類型的な葬法のみを扱うが、現在ではそもそも習俗上の埋葬といえるか疑わしいような死体の取扱いについても、基本的には本文中の考え方が妥当すると解する（後掲注(38)も参照）。

なお、本稿において、死体遺棄罪の成立を否定する場合であっても、むろん（公衆衛生等との関係で）他の刑罰法規に抵触する可能性まで否定するものではない。

31) 大塚ほか〔編〕・前掲注(16) 245頁〔岩村〕、西田ほか〔編〕・前掲注(17) 678頁〔嶋矢〕など。

32) 大判昭和11年1月29日刑集15巻30頁。

33) 最判昭和26年6月7日裁判集刑事47号405頁。

34) 原田・前掲注(2) 2頁も参照。

ることが必要不可欠である<sup>35)</sup>。

## (1) 法律上の埋葬

したがって、「遺棄」の範囲を明らかにするためには、埋葬について考察する必要が生じる。しかし、この「埋葬」は、「法律上」ではなく、「習俗上」のそれであるがゆえに、その確定は非常に困難である。法律上であれば、「埋葬」に関して定めるものとして、たとえば「墓地、埋葬等に関する法律」（墓理法）がある。しかし、この墓理法は、死体遺棄罪の解釈と直接的に関連する法規ではなく、墓地、納骨堂又は火葬場の管理および埋葬等の行為が、2つの目的（①国民の宗教的感情に適合すること、②公衆衛生その他公共の福祉の見地から支障を生じないこと）にそって行われるよう、各種の規制措置を講じようとするものにすぎない<sup>36)</sup>。また、理論的にも具体的な結論においても、墓理法における「埋葬」を、死体遺棄罪の成否を判断する際に援用すべきではない。というのも、墓理法2条は、「火葬」および「焼骨の埋蔵」とは明確に区別して、「『埋葬』とは、死体（…）を土中に葬ること」、すなわち土葬である旨を定めているからである。この点から、死体遺棄罪に当たらないために許される「埋葬」方法が土葬を指し示していると解する場合には、わが国でもっともポピュラーな葬法である「火葬」および「焼骨の埋蔵」が死体遺棄罪の「遺棄」に当たることとなり、前述の法益の理解と理論的に整合しないばかりでなく、具体的な結論としても受け入れられがたいものとなろう<sup>37)</sup>。したがって、墓理法の「埋葬」とは離れて、「習俗上の埋葬」を明らかにしていく必要がある。

## (2) 習俗上の埋葬

前述のとおり、①わが国の社会において一般に認められている葬法、または②一般に認められていないものであっても死者本人や遺族が希望する葬法は、死者に対する敬虔感情を害さないという理解が基本となるべきであろう<sup>38)</sup>。もっとも、現代においては、世界的にみると、さまざまな葬法が実施されている<sup>39)</sup>。そこで、以下では、どのような葬法が存在するのか、またわが国で実際に行われてい

35) もっとも、一般的な葬送を行った際に、死体遺棄罪が成立しないという結論を導くための刑法体系上の位置づけについては、そもそも構成要件に該当しない場合と違法性が阻却される場合とを考えることが理論的にはありえよう。こうした理解、およびその問題性を指摘するものとして、原田・前掲注(2) 2頁以下を参照。

36) 生活衛生法研究会〔監修〕『新版 逐条解説 墓地、埋葬等に関する法律〔第2版〕』（第一法規、2012年）11頁。

37) 原田・前掲注(2) 7-8頁は、土葬が構成要件不該当、他の葬法が違法性阻却という区別の可能性を指摘する（もっとも、結論的にはこうした考えに否定的である）。

38) 伊藤ほか・前掲注(27) 429頁および注7〔島田〕は、「死者が、死体の扱いについて特定の希望を有していた場合には、原則として、それに従うのが望ましい。そのような扱いであれば、一般人は『死後、自分が生前決めたように扱ってもらえるのだ』と安心できるからである。……もっとも、死者の生前の意思が社会通念に照らし、あまりに突飛な場合には、その意思に反し、社会通念に従った埋葬をした場合にまで、死体遺棄罪の成立を認めるべきではない。前述した鳥葬がその例だが、そのような場合にまで、一般国民は『何もそこまでしなくても普通に埋葬すればよい』と思うからである。」「もっとも、このような場合でも、死者の生前の意思に従った場合には、死体損壊等罪にはならないというべきであろう。」と主張する。

39) 森・前掲注(7) 1頁を参照。各種の葬送について定義や分類が確立しているのか判然としないところがある

るのかといった点を確認しつつ、適宜、刑法学上の学説にも触れていきたい。

まず、「火葬（および焼骨の埋蔵）」を取り上げる。火葬とは、死体が腐敗しおぞましい姿になる前に一気に火力で破壊、人為的に死体を消滅させる葬法であるとされている<sup>40)</sup>。火葬は、わが国では明治時代に禁止された歴史をもつ<sup>41)</sup>。しかし、現在の日本においては、火葬（および焼骨の埋蔵）が一般的な葬法として社会に広く普及していることに疑いはない。したがって、社会において一般に認められている葬法といえるのであり、「遺棄」に含まれると解する必要はないであろう。

次に、「土葬」である。土葬とは、死体を地上に安置、土で覆いまたは洞窟など自然の窪地に安置して入り口を塞ぎあるいは墓穴を掘り、埋葬して土の中に封じ込め、死体が猛禽獣類に食い荒らされ、腐敗してゆくおぞましい姿を曝さないよう隠ぺい、土に帰す葬法であるとされている<sup>42)</sup>。土葬については、現在の日本では法的に「禁止されている」かのような印象を受けるかもしれない<sup>43)</sup>が、前述のように法律上も埋葬方法として想定されており、実際に一定数の土葬が行われてもいる<sup>44)</sup>。したがって、土葬をおこなった場合にも、一般に認められている葬法であって、死体遺棄罪には該当しないと解すべきであろう。

むろん、上述の火葬や土葬については、死体を焼却する・土に埋めるといった死体処理の方法にのみ着目して、火葬や土葬であると判断するものではない。たとえば他の犯罪（とりわけ殺人等）の隠ぺいなどのために、焼却したり土に埋めたりして、死体を放棄するという手段がとられた際に、一定の葬法をもって行われていない場合には、埋葬とはいえず、死体遺棄罪が成立すると考えられる<sup>45)</sup>。判例において、自らの殺人を隠ぺいする目的で死体を共同墓地に埋めたという事案もみられるが<sup>46)</sup>、

---

ので、本稿ではさしあたり各種の葬法の定義を、同書10頁以下の用語法に従うこととしたい。なお、時代や地域によってさまざまなバリエーションが存在するようだが、ここではそうした仔細な部分にまでは踏み込まない。

40) 森・前掲注(7) 12-3頁。

41) 明治6年7月18日太政官布告253号による。火葬の禁止、および解禁（明治8年5月23日太政官布告89号）については、勝田・前掲注(30) 249頁以下などを参照。

42) 森・前掲注(7) 10頁以下。

43) 奥平康弘『『葬法』管見』法セミ388号（1987年）10頁以下、原田・前掲注(2) 9頁注11参照。

44) 生活衛生法規研究会〔監修〕・前掲注(36) 282頁以下、とりわけ285頁によると、埋葬（土葬）は、確かに減少傾向にあるものの、平成22年（2010年）にも732件と記載されている。ただし、この件数には、「埋火葬には死胎を含む。」ことと、「東日本大震災の影響により、宮城県のうち仙台市以外の市町村、福島県の相双保健福祉事務所管轄内の市町村及びいわき市が含まれていない。」との注記がある。

さらに新しいデータを示したものとして、櫛島・前掲注(3) 77-8頁は、2013年度に土葬が378件あったとしている（そのうち、死胎を除いた数は139件とのことである）。

45) 後掲注(76)・大審院大正13年3月4日判決も参照。もっとも、同判決で指摘されているように、必ずしも葬祭の儀式を営む必要はないであろう。また、一般に指摘されているように、その「火葬」や「土葬」がどの法律に照らしても合法的な埋葬である必要もないであろう。たとえば死後24時間の経過を待たずに埋葬した場合には、墓埋法の規定に違反しているものの、それだけをもって死体遺棄罪に該当するとはいえないと思われる。

46) 大判昭和20年5月1日刑集24巻1頁。

死体が墓地に埋められたにすぎないというのであれば、やはりそれだけで土葬と評価できるものではなく、死者に対して道義的に首肯しうるだけの様式が採られている必要があるだろう。

その一方で、行為者が主観的に死者を弔う意思（追慕の念）があったという事情が、死体遺棄罪成立の考慮要素としてどれだけの意義をもつかは疑問の余地がある。たとえば、「被告人が、生まれたばかりの子どもを殺害したうえで、むつきに包み、わら縄でしばったうえ、近くの山に埋めた」という事案<sup>47)</sup>において、判例は、埋没にあたって「被告人が涙を流しながら死者の冥福を祈った」という事情が認められたにもかかわらず、死体遺棄罪の成立を肯定している<sup>48)</sup>。当該事案において、客観的な行為態様として、むつきに包みわら縄で縛って埋めるという扱いが、死者に対する一定の葬礼をもった行動であるとは評価しがたく、死体遺棄罪の成立を認めたことは妥当であると思われる<sup>49)</sup>。

第3に、焼骨等の散骨である。冒頭に触れたNPO法人「葬送の自由をすすめる会」が、初めて散骨を行ったのは1991年であり、2015年7月までに計1933件を実施しているとされる<sup>50)</sup>。この1991年の散骨にあたっては、当時の厚生省が、所管する墓埋法は散骨を予定しておらず同法の規制対象外であるとしたほか、法務省も、葬送のための祭祀で節度をもって行われる限り問題はないとして、死体遺棄罪の違法性を問わないとの見解を示している<sup>51)</sup>。上記のような実施状況や、それが社会に受け入れられている点に鑑みると、現在では一般に認められている葬法であるとして、「遺棄」には当たらないと評価することができるように思われる<sup>52)</sup>。

第4に、水葬である。水葬とは、海葬、魚葬ともいわれ、死体を河川、湖、海に投棄、死体を海獣や魚の餌としてあるいは自然の浄化作用に依存する葬法であるとされる<sup>53)</sup>。まず確認しておきたいの

---

47) 大判大正8年5月31日刑録25輯727頁。

48) なお、森下忠「判批」小野清一郎〔編〕『宗教判例百選』（1972年）177頁は、「涙を流して被害者の冥福を祈ったとしても、それは情状の問題にすぎない」とする。

49) 最判昭和24年11月26日刑集3巻11号1850頁も、死体を自宅の床下に隠匿した場合に死体遺棄罪の成立を認めており、「被告人が合掌したり、死者の冥福を祈ったりしたこと（または死体はその監視内にあったこと）は本件犯罪構成要件とは関係がない」としている。また、東京地八王子支判平成10年4月24日判タ995号282頁も、被告人が死体を納戸の洋タンス内に入れ、これに目張りをするなどして隠匿したという事案で、妻の死を悼んでした行為には死体遺棄罪に相当する違法性はない旨を弁護人が主張したのに対し、「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〔被害者〕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」と判示した。

逆に、たとえば近親者を殺害した者が、死者の冥福など全く祈ることなく、死体を放棄したいとの思いであったとしても、通常の火葬および焼骨の埋蔵をした場合に、死体遺棄罪の成立を認める必要があるかは疑わしいように思われる。

50) 安田睦彦「市民運動としての自然葬」中村生雄＝安田睦彦『自然葬と世界の宗教』（凱風社、2008年）233頁、櫛島・前掲注（3）58頁以下などを参照。

51) 櫛島・前掲注（3）59-60頁、原田・前掲注（2）28-9頁注34などを参照。

52) むろん、散骨の場所を制限する条例を制定する区域があるため、そうした条例違反で処罰される可能性があることは、死体遺棄罪の成否とは別論である。

53) 森・前掲注（7）10頁。

が、わが国では一定の条件の下で（具体的には、船員法<sup>54)</sup>や自衛隊に関する昭和30年防衛庁訓令第59号・隊員の分限、服務等に関する訓令<sup>55)</sup>に基づいて）、水葬が法的に許容されているという点である<sup>56)</sup>。

このように許容される場合もあるためか、水葬の評価は、学説上も分かれている。

まず、葬送に関する風俗に反する法益侵害的な行為ではないから、死体遺棄罪の構成要件に該当しないという見解が主張されている<sup>57)</sup>。この見解の背景にあるのは、わが国の部分社会（「船員の世界」）では、これまで実際に水葬が葬送に関する風俗として確立されてきたという理解である<sup>58)</sup>。確かに、現在のわが国で、（部分社会ではあっても）水葬が実際に行われており、一般に認められている葬法

---

54) 船員法15条は、次のように規定する。

第15条（水葬） 船長は、船舶の航行中船内にある者が死亡したときは、国土交通省令の定めるところにより、これを水葬に付することができる。

そして、船員法施行規則4条および5条が、次のように規定する。

第4条（水葬） 船長は、次のすべての条件を備えなければ死体を水葬に付することができない。

- 一 船舶が公海にあること。
- 二 死亡後24時間を経過したこと。ただし、伝染病によって死亡したときは、この限りでない。
- 三 衛生上死体を船内に保存することができないこと。ただし、船舶が死体を載せて入港することを禁止された港に入港しようとするときその他正当の事由があるときは、この限りでない。
- 四 医師の乗り組む船舶にあつては、医師が死亡診断書を作成したこと。
- 五 伝染病によって死亡したときは、十分な消毒を行ったこと。

第5条 船長は、死体を水葬に付するときは、死体が浮き上らないような適当な処置を講じ、且つ、なるべく遺族のために本人の写真を撮影した上、遺髪その他遺品となるものを保管し、相当の儀礼を行わなければならない。

なお、船員法および船員法施行規則については、運輸省船員局労働基準課〔編〕『船員法解釈例規集』（成山堂書店、1963年）62頁以下、別所成紀『船員法の研究』（海文堂、1960年）45-6頁も参照。

55) 隊員の分限、服務等に関する訓令21条は、次のように規定する。

第21条（水葬） 艦船が航行中、艦船内において隊員が死亡した場合においては、次の各号のすべての条件を備えているときに限り、艦船の長は、当該隊員の死体を水葬に付することができる。

- 一 艦船が公海にあること。
- 二 死亡後24時間を経過したこと。ただし、伝染病によって死亡したときは、この限りでない。
- 三 衛生上死体を艦船内に保存することができないこと。ただし、艦船が死体をのせて入港することを禁止された港に入港しようとするときその他正当な事由があるときは、この限りでない。
- 四 医師の乗り組む艦船にあつては、医師が死亡診断書又は死体検案書を作成したこと。
- 五 伝染病によって死亡したときは、十分な消毒を行ったこと。

56) なお、水葬の法令上の扱いは、変遷がある。明治3年太政官布告第57号では、「船中乗組之者病死候節ハ水葬不相成陸地江相当之葬礼可取行事」と水葬を禁止していたが、明治32年船員法によって明文規定をもって容認するに至った。藤崎道好『船員法総論』（成山堂書店、1970年）102頁などを参照。

57) 原田・前掲注(2)10頁以下、とりわけ12頁。また、野口喜蔵「船員法」伊藤榮樹ほか〔編〕『注釈特別刑法4巻 労働法・文教法編』（立花書房、1988年）354頁も参照。

58) 原田・前掲注(2)10頁以下。

と評価できるのであれば、どこでその行為を行っても死体遺棄罪で処罰すべきではないように思われる。そこで、まず水葬がどの程度の件数、どのような形態で行われているかを調べようと試みたものの、現段階で参照しえた文献の限りではこうした実態を明らかにすることはできなかった<sup>59)</sup>。

こうした状況に鑑みると、わが国においては一般に認められている葬法にあたるか疑わしいとも考えられる。もしそうならば、上述の許容規定に当たらない場合、とりわけ「死体あるいは遺骨のまま海中等に放棄する」行為の場合には、死体遺棄罪における「遺棄に該当するであろう」との主張<sup>60)</sup>にも首肯しうる一面があるように思われる。

しかし、前述のように保護法益を理解するのであれば、わが国で一般的に実施されていない葬法であっても、死者本人や遺族の希望にそって水葬が行われた場合には、死体遺棄罪の成立を認めるべきではないであろう。

第5に風葬である。風葬は、遺棄葬、林葬、野葬、曝葬ともいわれ、死体を山林、原野、砂漠、草原(狭義の風葬)あるいは洞窟に遺棄(洞窟葬)または樹上や崖に吊るし(樹上葬、懸棺葬)、自然の風化作用または猛禽獣類の餌(野獣葬〔犬葬〕、鳥葬)にすることによって破壊、消滅、自然に帰す葬法であるとされている<sup>61)</sup>。かつては、こうした風葬がわが国でも見られたようであるが<sup>62)</sup>、現在ではわが国で一般に認められている葬法とはいいいがたいであろう。こうした風葬について、学説では判断が難しいと解されているようであるが<sup>63)</sup>、水葬と同様に死者本人や遺族の意思に適用限りで、死体遺棄罪には該当しないと考えられる<sup>64)</sup>。

そして最後に、特殊な葬法について触れておきたい。特殊な葬法には、①これまでと異なる方法で死体を処理、自然に還元する葬法と、②死体を維持、保存する葬法があるとされる<sup>65)</sup>。①自然に還元

59) 船員法や昭和30年防衛庁訓令第59号・隊員の分限、服務等に関する訓令に基づく水葬の実施に限らず、一般に水葬が行われたことがあるのかも定かではなかった。なお、井之口章次『日本の葬式』(筑摩書房、1977年)115頁は、「水葬は日本では知られていない。長崎県には家船と呼ばれる水上生活民があって、……その人たちでさえも、墓は土地を求めて陸上につくっている。」と指摘する。

60) 大塚ほか〔編〕・前掲注(16)246頁〔岩村〕。団藤重光編『注釈刑法(4)各則(2)』(有斐閣、1965年)361-2頁〔板倉宏〕、前田雅英ほか〔編〕『条解刑法〔第3版〕』(弘文堂、2013年)536頁も参照。

61) 森・前掲注(7)10頁。

62) 沖縄などで風葬(曝葬、洞窟葬)の痕跡があることを指摘する文献は、散見される(井之口・前掲注(59)110頁など)。さらに、中世末から明治初期にかけての風葬について、勝田至「中世民衆の葬制と死穢——特に死体遺棄について——」史林70巻3号(1987年)55頁以下などを参照。

63) たとえば、町野朔『犯罪各論の現在』(有斐閣、1996年)88頁は、風葬や鳥葬について「判断に迷う」とする。なお、高山・前掲注(28)45頁は、鳥葬などについて、「遺族が希望したという理由では適法とならない」と指摘する。

64) なお、奥平・前掲注(43)12頁は、「現行法は、水葬・林葬・風葬などを認めていない。それらは現代の世俗的利害となかなか両立しえないだろうし、また、むしろ日本人の『宗教的感情』に適合しない葬法でさえあるだろう。すなわち、それらを禁止しても、憲法20条違反問題は生じないだろうと思う」とする。この指摘に加えて、原田・前掲注(2)28頁注33は、「日本で当該葬法を実行した場合には、日本の死体損壊・遺棄罪に該当する違法行為と評価されるべきである」とする。

65) 森・前掲注(7)13頁。

する方法としては、冷凍乾燥、発酵作用または化学作用を応用するなどして、死体に含まれる水分その他の不純物を取り除く処理を施し、死体を無臭で衛生的な物質に変えるものなど<sup>66)</sup>が挙げられており、②死体を維持、保存する葬法としては、死体を防腐、乾燥、冷凍または薬品などで処理し、ミイラや冷凍死体を製作するものが挙げられる。

これら特殊な葬法についても、今まで述べてきたことの繰り返しとなるが、死者本人や遺族の希望にそう限りで、死体を放棄する行為があったとしても死体遺棄罪には該当しないと考えられる<sup>67)</sup>。

## 5 不作為による「遺棄」

以上で想定してきた「遺棄」は、山へ放棄するなど、法益を侵害する積極的な活動が認められる作為態様の場合である。これ以外に、死体遺棄罪における「遺棄」には、不作為の場合が含まれうると一般に理解されている<sup>68)</sup>。

確かに、「死体等を放棄する」行為には、必ずしも死体を山中などに移動するという積極的活動が要求されるわけではなく、また、被告人と死体との場所的な離隔も必要ないと解することができよう<sup>69)</sup>。死体を見捨てて放置する不作為も「放棄」といえ、また、死体を時間の経過とともに人知れず腐敗させる行為であって、前述した死者に対する敬虔感情を害するものと解されるのである。

わが国のこれまでの判例においても、不作為による死体遺棄罪の成立を認めたものが散見される。たとえば、①母親である被告人が、殺害した嬰兒の死体をそのまま放置して立ち去った事案〔判例1〕<sup>70)</sup>や、②自らが殺害した家族の遺体をその場に放置して立ち去った事案〔判例2〕<sup>71)</sup>、③愛人により殺害された自分の妻子の遺体が愛人宅の押し入れに隠してあることを確認した後で、その場に放置して立ち去った事案〔判例3〕<sup>72)</sup>、④全国各地でセミナーを開いて悩み事相談に乗る団体を主宰していた被告人らが、親権者から委託を受けて預かった難病の男児について、適切な医療行為をしなかった結果死

66) スウェーデンでこうした葬法に取り組む組織などについて、棚島・前掲注(3)85頁以下。もっとも、同87頁では、スウェーデン内外で批判も寄せられている旨が指摘されている。

67) ここでも、土葬や火葬を検討する際に触れたことと同様に、死体をミイラ化するという行為態様ないし結果だけを判断要素とするものではない。行為者により放置された死体がミイラ化した状態で発見されたという事案において、死体遺棄罪の成立を認めたものとして、後掲注(73)・福岡高裁宮崎支部平成14年12月19日判決。

68) 大塚ほか〔編〕・前掲注(16)246頁〔岩村〕などを参照。なお、「一般論として死体に対する犯罪のなかに、……遺棄、とくに不作為によるそれとしての放置まで含ませることについては、比較法制の立場から、検討が加えられてよい事柄であるように思われる。」と指摘し、ドイツおよび英米の規定に触れるものとして、高等裁判所判例研究会「死体遺棄罪の成立する場合(高裁判例研究)」判タ209号(1967年)59頁〔藤井一雄〕。

69) 濱克彦「判批」研修776号(2013年)26頁以下、橋爪隆「不作為の死体遺棄罪をめぐる問題」椎橋隆幸先生古稀記念『新時代の刑事法学 下巻』(信山社、2016年)254-5頁など。

70) 大判大正6年11月24日刑録23輯1302頁。

71) 仙台高判昭和27年4月26日判特22号123頁。

72) 東京高判昭和40年7月19日高刑集18巻5号506頁。

亡させ、その後、その死体を親権者に引き渡すことはもちろん、移動させることもなく、建物内に放置した事案〔判例4〕<sup>73)</sup>、⑤同居中の母親が病死したにもかかわらず、その遺体を1年8か月にわたってベッドに放置した事案〔判例5〕<sup>74)</sup>などで、不作為による死体遺棄罪が認められている<sup>75)</sup>。

これに対して、不作為による死体遺棄罪の成立が否定されたものとして、⑤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ずに火勢に委ねた事案〔判例6〕<sup>76)</sup>や、⑥殺害した相手の着衣を剥ぎ全裸にしたうえで、殺害現場に放置して立ち去った事案〔判例7〕<sup>77)</sup>などがある。

近時、不作為による死体遺棄罪について興味深い判例が出たこともあり、これを扱う文献も多く見られる<sup>78)</sup>。本稿では、不真正不作為犯の成立要件を総論的に論じる際のためにも、こうした死体遺棄罪に関する判例や学説から得られる検討課題を示しておきたい。

死体遺棄罪を不作為で実行する（いわゆる「不真正不作為犯」である）場合には、通説的な見解によれば、一定の行動（すなわち死体の監護や葬祭）をすべき作為義務がその不作為者に認められることが、死体遺棄罪の成立に必要となる<sup>79)</sup>。

この点、生きている家族に対してであれば、民法で夫婦間の扶助義務（民法752条）や、親権者の子どもに対する監護義務（同820条）などが規定されている。それに対して、死体を監護し、あるいは葬祭する義務を明確に定めた規定というものは存在しない。民法897条で「系譜、祭具および墳墓の所有権は、……慣習に従って祖先の祭祀を主宰すべき者が承継する」と祭祀承継に関する規定を設けているにすぎない。その他の法律をみても、たとえば墓理法は葬祭義務者が埋葬・火葬を行うことを前提として各種の手續規定を置くにとどまり、戸籍法87条には死亡届について同居の親族を第一順

---

73) 福岡高宮崎支判平成14年12月19日判タ1185号338頁〔加江田塾ミイラ化遺体事件〕。

74) 後掲注(78)・名古屋高裁金沢支部平成24年7月12日判決。同判決の事案や判旨については、注(78)に掲載した文献を参照した。

75) その他、不作為による死体遺棄罪の成立を認めたものとして、前掲注(23)・秋田地裁平成5年1月27日判決などがある。

76) 大判大正13年3月14日刑集3巻285頁。

77) 福岡地飯塚支判昭和40年11月9日下刑集7巻11号2060頁。

78) たとえば、名古屋高金沢支判平成24年7月12日公刊物未登載(同判決を検討するものとして、濱・前掲注(69)21頁以下、松下裕子「判批」警論66巻5号(2013年)169頁以下、仲戸川武人「判批」警察公論2013年6月号86頁以下、橋爪隆「不真正不作為犯における作為義務」警論69巻2号(2016年)105頁、とりわけ121頁以下など)、大阪地判平成25年3月22日判タ1413号386頁(同判決を検討するものとして、江藤隆之「判批」刑ジャ47号(2016年)71頁以下、橋爪・前掲注(69)249頁以下、山下裕樹「判批」関法66巻2号(2016年)107頁以下など)。これら2つの判例を取り上げて、さらに死体遺棄罪とその終了時期について検討するものとして、牧耕太郎「不作為による死体遺棄罪とその終了時期」上智法学論集59巻3号(2016年)167頁以下。

79) 死体の監護義務について、松下・前掲注(78)175-6頁は、「その意味するところは必ずしも明らかではないが、……『法令、契約又は慣習上、葬祭義務者が適時・適切に当該死体に対する葬祭を行うことができるようにするための様々な行為(死体の保管、保全、死亡事実や死体の所在の伝達あるいは死体の引渡しなどが考えられる)を行うべき義務がある者』というような捉え方でよいのではないか」とする。

位とするなどの届出義務が定められているが、葬祭義務自体を規定してはいない。

こうして明確な法令上の葬祭義務が存在しないため<sup>80)</sup>、判例は、一般論としては「法令又は慣習に依り葬祭を為すべき責務ある者若しは死体を監護すべき責務ある者」が死体を放置したときに、不作為による死体遺棄罪に該当するとしつつも<sup>81)</sup>、具体的な適用の場面においては葬祭義務の根拠を「慣習」に求めるか、あるいはその根拠が判然としない表現となっている。たとえば、〔判例1〕では、「母は慣習上其死児の葬祭を為すべき責務を有すること明白」としているほか、〔判例3〕が「(被害者) 両名は被告人の妻子であるので、被告人は慣習上これらの死体の葬祭を為すべき義務のあることは明らかである」と判示し、〔判例4〕も「(男児の) 死亡後も、同人の監護を(親権者から) 託されていたものとして、慣習ないし社会通念上、その死体についても監護義務を負(う)」と判示しており、「慣習」による葬祭(監護)義務を認めている。その一方で、〔判例2〕は、「被害者の子であり、被告人の父……は屋外で被害者が死亡したことを知らないで、屋内において就寝しており、被害者の孫である被告人がこれを眼前に見て知っている場合であるから」という理由で、被告人に死体の監護義務を肯定している<sup>82)</sup> ほか、〔判例5〕も「同居していた子として」<sup>83)</sup> 葬祭義務を負うとされており、親族関係を指摘してはいるが、この関係が——さしあたりどちらかに分類するとしても——法令上の義務と慣習上の義務のどちらなのかは明示されていない。

そして、死体遺棄罪の成立を否定した〔判例6〕は、「被告は〔被害者〕と親族法上身分関係なきは勿論雇傭其の他何等監護の責務関係ある者に非ず」、「被告は此の場合に於て焼死せる前記〔被害者〕の死體を埋葬し若しは監護すべき法令又は慣習上の責務を有するものと謂ふを得ざる」として、法令上の義務も慣習上の義務も否定している。同じく死体遺棄罪の成立を否定した〔判例7〕は、「被告人には被害者を葬祭すべき義務がないことは勿論」と、葬祭義務がないという帰結を当然のものと確認しているにすぎない<sup>84)</sup>。

もっとも、これらの判例からは「慣習上の葬祭(監護)義務」<sup>85)</sup>が存在することが、死体遺棄罪の成立にとって1つの基準となっていることは明らかである。この点、確かに学説においても、法令、

80) ただし、墓埋法9条は、埋葬等の義務者がいない又は判明しないときに、死亡地の市町村長が埋葬等を行う旨を規定する。

アメリカ法における埋葬義務、およびわが国でこの埋葬義務に関する議論が未発達だった要因については、石堂典秀「先取特権と葬式費用」Chukyo lawyer16号(2012年)18-9頁、24頁参照。

81) 前掲注(76)・大審院大正13年3月14日判決参照。

82) この〔判例2〕について、「親族が複数いる状況で葬送への阻害は少な」として、死体遺棄罪を成立させることに疑問を呈するものとして、西田ほか〔編〕前掲注(17)679頁〔嶋矢〕。

83) 濱・前掲注(69)23頁参照。

84) 山下・前掲注(78)114頁は、前掲注(76)・大審院大正13年3月14日判決や前掲注(73)・福岡高裁宮崎支部平成14年12月19日判決を挙げたうえで、「これらの判例からすると、葬祭義務や監護義務は死体と一定の関係を有する者に存在するということが推測できる」と分析する。

85) 小暮得雄「判批」芦部信喜=若原茂〔編〕『宗教判例百選〔第2版〕』(1991年)213頁は、「通例、配偶者・直系血族間の近親者に、遺骸の安静を保ち、死者の監護をつくらざるべき慣習ないし条理上の義務がみとめられる」とする。

契約、慣習その他条理に基づき死体を埋葬する義務のある者が死体を放置したときに、その者には死体遺棄罪が成立するという見解が主張されている<sup>86)</sup>。だが、このように「慣習その他条理」を作為義務の根拠とすることに対しては、あまりに不明確であり、倫理的・道徳的な義務をただちに刑法上の義務としてしまうおそれがある<sup>87)</sup>とか、そもそも罪刑法定主義に照らして疑問がある<sup>88)</sup>といった批判が向けられており、これらの批判に耐えうるものかという課題が残る。

次に、先行行為を作為義務の発生根拠とする見解がある点に鑑みて<sup>89)</sup>、たとえば「人を殺害して、死体を生ぜしめる」ことを先行行為と捉えて埋葬（監護）義務を肯定する際の注意点を確認しておきたい。この点、判例<sup>90)</sup>・通説は、殺人犯が被害者の死体を放置する場合にも、殺害したというだけで直ちに作為義務が生じるものと理解してはいない。その理由について、学説の中には<sup>91)</sup>、①殺人犯等による埋葬は、それ自体、人々の敬虔感情を害し、死体遺棄罪となりうるため、埋葬義務を課しても無意味であるとか<sup>92)</sup>、②人を殺したこと自体から生じる死者への敬虔感情の侵害は殺人罪の構成要件評価に含まれており、殺人自体は死体遺棄罪との関係では先行行為となりえない、といった点を指摘するものがある<sup>93)</sup>。

そもそも先行行為に基づく作為義務を肯定すること自体に疑問が呈示されている<sup>94)</sup>点を措くとしても、先行行為に基づく作為義務が、「結果発生危険を創出した者はこれを解消する義務を負う」と

86) 大谷實『刑法講義各論〔新版第4版補訂版〕』（成文堂、2015年）539-40頁など。橋爪・前掲注（78）「不真正不作為犯における作為義務」123-4頁は、「葬祭義務者の確定については、民法や戸籍法などの法令の趣旨に加えて、その地域における習俗・慣習等を踏まえて具体的に判断せざるを得ないだろう」とする（さらに、葬祭義務者といえない者であっても、生前から被害者を監護等しており、被害者が死亡した場合、その死体を葬祭義務者に適切に引き渡すべき義務を負っている者にも、作為義務を肯定する）。仲戸川・前掲注（78）90-1頁も参照。

87) 林幹人『刑法総論〔第2版〕』（東京大学出版会、2008年）154頁など。なお、保障人的地位の成立範囲につき明確さが欠けるおそれがある点に鑑みて、できるだけ明確性を担保するために、保障人的地位が認められる場合を類型化することが必要である旨を指摘するものとして、福田平『全訂 刑法総論〔第5版〕』（有斐閣、2011年）92頁。

88) 山口厚（編著）『クローズアップ刑法総論』（成文堂、2003年）67頁〔高山佳奈子〕。

89) 大塚仁『刑法概説（総論）〔第4版〕』（有斐閣、2008年）155頁など。

90) 大判昭和8年7月8日刑集12巻1195頁など。

91) 伊藤ほか・前掲注（27）429-30頁〔島田〕。

92) 橋爪・前掲注（69）256頁は、「赤の他人」である殺害犯人には、死体遺棄罪の法益侵害を回避できるような葬祭方法が観念できない（「赤の他人」である殺害犯人が埋葬するなどして丁寧に弔ったとしても、一般の宗教感情に合致した葬祭方法とはおよそ評価できず、ひいては適法行為が存在しえない）ことから、作為義務が課されないと主張する。

93) なお、山下・前掲注（78）113頁注12は、「先行行為思想が行為自由と結果答責という制度に基づいており、先行行為に基づく作為義務の場合には、先行行為によって与えた損害を原状回復させることが作為義務の内容であるとするならば、死者を回復させることは、およそ不可能であるから、殺害行為は葬祭義務を根拠づける先行行為になりえない」と主張する。

94) 西田典之『刑法総論〔第2版〕』（弘文堂、2010年）123頁など。

いう発想に支えられているとすれば、「先行行為（殺害行為）が結果発生（一般国民の死者に対する敬虔感情の侵害）の危険を創出する行為で（も）ある」という点について、少なくとも結果発生の「切迫した危険」<sup>95)</sup>を創出しているのか疑問の余地があり、作為義務の根拠となる先行行為の適格性についてさらに検討する必要があるように思われる。

他方で、実質的な作為義務の発生根拠を提示するにしても、検討課題が生じうる。わが国で、実質的な作為義務の発生根拠を示す見解の中である程度「見解の一致」をみているとされるのが<sup>96)</sup>、「その者に法益の維持・存続が具体的かつ排他的に依存しているという関係（逆からいえば、その者が結果に至る因果の流れを支配しているという関係）」である。学説においてみられる「少なくとも死体の周辺に殺人犯以外に誰もいない場合には、死体遺棄罪が成立するかにみえる」との指摘が<sup>97)</sup>、この排他的支配関係と関連するといえよう（そして、論者は、「わが国の判例・通説は、そのような場合であっても殺人犯が死体を放置しただけでは同罪の成立を認めていない」点との整合性を問題視する）。もし論者の指摘どおり上述の殺人犯に不作為による死体遺棄罪を肯定すべきでなく、かつ、排他的な支配関係を不真正不作為犯一般の成立要件とするのであれば、（排他的支配関係の内容を限定する、あるいは別の要件を加えるなど）不真正不作為犯の成立範囲を限定していく方策が問われることになる。

## 6 おわりに

本稿では、死体遺棄罪の「遺棄」概念について検討を加えてきた。その帰結をまとめると次のようになる。

まず、死体遺棄罪の「遺棄」は、通説的な見解と同様、「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・隠匿すること」であると解する。したがって、「習俗上の埋葬等」にあたる葬法は、死体遺棄罪には該当しないことになる。この点、世界的にみればさまざまな葬法が存在するが、まずわが国で一般に認められている葬法は、一般国民の死者に対する敬虔感情という法益を侵害するものではないため、「遺棄」には該当しない。また、わが国で一般に認められていない葬法であっても、死者本人や遺族の意思に適うものである限りにおいて、やはり「遺棄」には該当しないと解した。

次に、不作為による「遺棄」についても検討を加え、判例が、一般論としては法令または慣習により葬祭（監護）義務を肯定するものの、具体的な適用の場面において明示されているのは「慣習」による義務にすぎないことを指摘した。これに対して、学説では、慣習に基づく作為義務に対して批判が向けられていること、慣習に基づく作為義務を否定する（他の見解による）としても、それらの見解にも検討課題が生じうることを確認した。これらの批判や検討課題は、不真正不作為犯における作為義務要件を総論的に検討する際に再び考察対象となるとともに、私見の妥当性を判断する1つの試

95) 大塚・前掲注(89)155頁。

96) 井田良『講義刑法学・総論』（有斐閣、2008年）146頁。

97) 島田聡一郎「不作為犯」法教263号（2002年）120頁注42。

金石ともなるだろう。

本稿では、とりわけ不作為による「遺棄」については、何ら私見の提示には至らなかった。今後、不真正不作為犯の成立要件に関する研究を進め、この不作為による死体遺棄罪についても一定の提言をすることを課題とさせていただきたい。

#### 〔付記〕

名古屋学院大学では、全学部の全教員が所属する教員合同研究会が毎年開催されている。本稿は、第46回教員合同研究会（2015年3月4日）の報告内容を基礎に、その後に公表された文献等に関して加筆・修正を加えたものである。研究会の報告時に、貴重なご意見やご質問を頂戴した先生方に心より御礼申し上げます。