

「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—

松 宮 孝 明*

目 次

1. はじめに
2. 認定された「罪となるべき事実」
3. 本判決の論理
4. 本判決の論理の検討
5. 憲法違反と判例違反
6. ま と め

1. はじめに

福岡高裁第2刑事部は、令和4年1月19日の判決¹⁾（以下、本判決と記す。）において、自宅で孤立出産（死産）したえい児2名の死体を二重の段ボール箱に入れた上ゼロテープで封をし自室に置いた被告人（ベトナム人技能実習生）について、死体遺棄罪を認めた熊本地裁の令和3年7月20日の判決²⁾（以下、原判決と記す。）を破棄しつつ、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た上で9片の接着テープで封をし、その状態の同段

* まつみや・たかあき 立命館大学大学院法務研究科教授

1) 福岡高判令和4・1・19裁判所ウェブサイト（LEX/DB25591642）。

2) 熊本地判令和3・7・20裁判所ウェブサイト（LEX/DB25571735）。なお、原判決の評釈として、福永俊輔「孤立出産の末の死産と死体遺棄罪」西南学院大学法学論集54巻2号（2022年）143頁がある。

ボール箱を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、正当であるとして、再度有罪とした（宣告刑は懲役8月から3月に、また執行猶予期間は3年から2年に短縮されている）。その理由では、「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」（以下、下線は筆者）と述べられている。

本判決は、葬祭義務者である被告人について、その行為が他者による適時の葬祭の可能性を減少させたという理由で死体「遺棄」を認めたものである。これについては、以下で述べる重大な問題があると考ええる。

2. 認定された「罪となるべき事実」

本判決において認定された「罪となるべき事実」は、以下のものである。「被告人は、令和2年11月15日頃、……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。」

この「罪となるべき事実」は、原判決が認定した「罪となるべき事実」とは、重大な点で異なっている。というのも、原判決の「罪となるべき事実」（犯罪事実）は以下のものだからである。

「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。」

一見してわかるように、原判決では、「罪となるべき事実」は被告人が「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」たことに求められている。これに対して本判決では、「罪となるべき事実」は被

告人が「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いたことに求められている。つまり、原判決では、死体を「置きつづけ」たことによる放置が「遺棄」とされているのに対して、本判決では、死体を段ボール箱に二重に入れてそれぞれ（証拠上、セロテープであることは明らかであるが）接着テープで封をして自室の「棚の上に置いたことが「遺棄」とされているのである。

3. 本判決の論理

(1) 原判決の判断について

本判決がこのように「罪となるべき事実」を修正した理由は、判決理由中で次のように述べられている。

「原判決は、その説示内容に照らすと、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が作為による遺棄に当たると認めたものと解される」が、「原判決は、さらに、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も遺棄に当たると判示している」ところ、「検察官は、本件各えい児の死体を段ボール箱に入れて自室内の棚上に置いた行為が作為による遺棄に当たるほか、それらの死体の葬祭義務を負う被告人がそれらの死体を自室にあった棚の上に1日以上放置した行為が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」とし、その上で、「原判決は、本件各えい児の死体の葬祭義務を負う被告人が、それらの死体を1日以上にわたり葬祭を行わずに自室内に置いたままにした行為が不作為による遺棄に当たると判断したものと解される」とする。

(2) 死体を「隠す」行為とその意図の考慮について

これにつき、本判決は、「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。」と述べつつ、「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』に当たるといえ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」とし、「その行為が外観からは死体を隠すものに見え得るとしても、習俗上の葬祭……を行う準備、あるいは葬祭の一過程として行ったものであれば、その行為は、死者に対する一般的な宗教的感情や敬けん感情を害するものではなく、『遺棄』に当たらないから、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」と述べる。

(3) 本件へのあてはめ

その上で本判決は、「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出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「以下、敷衍する。」としてその理由を説明する。

すなわち原判決は、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を自室にあった棚の上に置いたという認定事実を基礎に、これを「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。」と評し、「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」と評価した上で、「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いで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は述べていない」し、「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」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」とする。

これに続き本判決は、「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。」とした上で、「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a町の長が行うことになる（墓理法9条1項参照）。」と述べて、「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。」と結論づける。そこから、「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。」とする。

(4) 本件不作為について

他方、原判決が「罪となるべき事実」として認定した、死体を「自室に置きつけ」たこと、つまり、適時の葬祭を行わないという不作為については、本判決は以下のように述べている。

すなわち、「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。」そこで、「死体の葬祭義務を負う者が葬祭を行わないという不作為が死体遺棄罪にいう死体の『遺棄』に該当するのは、その者が死体の存在を認識してから同義務を履行すべき相当の期間内に葬祭を行わなかった場合に限られると解するのが相当である。」ところが、「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。

そこから、「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。」と結論づけられる。

(5) 本判決の論理の要旨

要するに、本判決は、本件について、被告人を葬祭義務者とみてその死

体放置すなわち葬祭の不作为を「遺棄」とみるには、1日と約9時間では短すぎるので原判決は破棄を免れないが、被告人を他者による葬祭の妨害者とみれば、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える行為（作為）があれば「遺棄」が認定できるとしているのである。

その上で本判決は、「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出するものといえるから」、「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」させる行為であり、よって死体の「遺棄」に当たると結論づけている。

なお、その量刑理由における「本件各えい児の死体について適切な時期に葬祭が行われることを困難にする状態を生じさせた。」という記述も、本判決が他者による葬祭を困難にしたことを「遺棄」認定の理由としていることを裏づける。

付言すれば、原判決は、被告人による「私的な埋葬やその準備が、国民の一般的な宗教的感情を害することは変わりがない。」と述べているにすぎず、他者による葬祭の可能性には触れていない。したがって、原判決が「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が作為による遺棄に当たると認めたものと解される」（圈点筆者）という判示は、本判決の独自の見解である。原判決は、あくまで、「置きつづけ」たことに死体の「遺棄」を見出しているからである。

4. 本判決の論理の検討

(1) 死体の「隠匿」が「死体遺棄」に当たる場合

死体の「隠匿」が刑法190条にいう「死体遺棄」に当たるとされる場合は、大きく二つの事例群に分けられる。第1は殺人犯人などによる犯跡の

隠ぺいのための「隠匿」であり、第2は葬祭義務者による葬祭の懈怠としての「隠匿」である。

第1の事例群の代表例は、最判昭和24・11・26刑集3巻11号1850頁、東京高判昭和56・3・2高刑速(昭56)号108頁等の事案である。ここでは、刑法104条をみればわかるように自己の刑事事件に関する証拠の隠滅は犯罪とされていないにもかかわらず、このような証拠隠滅の性格を持つ死体の「隠匿」が、何故死体遺棄罪として罪責を問われてよいかが問題となる³⁾。

ここで強調されるのが、「道義上首肯しえないような死者に対する宗教的感情を害する新たな行為⁴⁾」という側面である。特に行為者が非葬祭義務者である場合には、遺体の「隠匿」により、葬祭義務者による死者の適時・適切な葬祭が妨げられ、ひいては「死者に対する宗教的感情や敬けん感情を害する」ことになる。証拠隠滅罪との抵触をもたらす「犯跡隠ぺい」それ自体が犯罪を根拠づけるという論理ではなく、適時・適切な葬祭が妨げられることが「死者に対する宗教的感情や敬けん感情」を害するという論理なのである(「葬祭妨害としての死体遺棄」)。なお、この場合には、死体の発見が困難にされれば本罪は成立するのであり、葬祭に必要な時間が実際に経過したことまでは要しない。もっとも、その場合でも、「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⁵⁾」ではある。

これに対して、行為者が葬祭義務者である第2の事例群では、殺人犯人がそうである場合も含めて、葬祭義務者による死者の適時・適切な葬祭が行為者によって妨げられるという論理ではなく、死体の長期放置によって「死者に対する宗教的感情や敬けん感情を害する」ことが、死体「遺棄」

3) この問題を指摘するものとして、松宮孝明「判批」甲南法学24巻2号(1984年)196頁以下。

4) 東京高判昭和56・3・2高刑速(昭56)号108頁参照。

5) 福岡地判令和3・1・21裁判所ウェブサイト(LEX/DB25571325)。なお、控訴審である福岡高判令和3・6・25高刑集73巻1号6頁も、この判断を是認している。

を根拠づける（「葬祭懈怠としての死体遺棄」）。この場合には、通常、「死者に対する宗教的感情や敬けん感情を害する」と評価される死体の長期放置が必要であるから、例外的にその行動の脈絡から明らかに適時の埋葬がなされないと判断できる場合を除き⁶⁾、本罪の成立には葬祭に必要な時間が実際に経過したことが必要である。

この第2の事例群に属する裁判例として、東京地八王子支判平成10・4・24判タ995号282頁がある。この事案では、被告人が、妻が死亡（自殺）したことを隣人らに気付かれることを恐れ、妻の死体を被告人方納戸の洋タンス内に隠匿した行為が死体「遺棄」に当たるとされているが、それは短時間の死体放置を意味するものではない。なぜなら、この判決では、「死体遺棄の点については、妻の死が発覚すると右税理士への復讐ができなくなるとして、死臭を放ち始めた妻の死体を被告人方の洋タンス内に入れて目張りするなどして隠匿したもの」と認定されており、死体が死臭を放ち始めるほどの長期放置が「遺棄」とされたことは明らかだからである。つまり、ここでは、葬祭義務者による適時の葬祭の懈怠が認定されているのである。

また、最決昭和63・1・19刑集42巻1号1頁の原原判決である那覇地判昭和57・3・15刑月14巻3・4号259頁は、違法な業務上墮胎によって母体外に排出され死亡したえい児を、葬祭義務者であるその父親（当時17歳）が自宅の畑内の土中に埋めた行為について、「（行為地である）沖縄には古来、流産児や未熟児の死体を屋敷内や自己所有の畑等に埋葬する風習⁷⁾があったことが認められる」としつつ、被告人が父親に墓の有無をたしかめていることや、事件の発覚後、カルテに「自宅で納棺し、明日市役所戸籍課で死亡診断書を出して火葬証明書をもらい丁重に葬るよう指示した」旨の記載があること、父親らが本件えい児死体の埋没を人目をはばかって夜

6) たとえば、エドガー・アラン・ポーの小説「黒猫」にあるように、殺害した妻を自宅の壁に塗りこめてしまうような場合が、これに当たる。

7) これは「幼児葬法」と呼ばれる。

間に行っていること、この父親の父親が自分の畑である現場に大きな石二個が置かれていたことに不審を抱き何か埋められていると思い掘りおこしてみたところ木箱が出て来たので警察に通報したこと、埋められていたのがえい児死体であることがわかるや新聞等がこれを大きく報じたこと等を併せ考え、当該えい児死体の埋没方法は行為地において世間一般に認められている現今の習俗に適ったものとは到底認め難いと認定している。ここでは、葬祭義務者による適切な葬祭の懈怠が認定されているのである。

つまり、第2の事例群は、「隠匿」そのものは他者による死体発見を困難にすることで葬祭義務の懈怠を知られないようにする行為にすぎず、「死者に対する宗教的感情や敬けん感情を害する」のは死者の適時・適切な葬祭が懈怠されるという不作為に認められるのである。「隠匿」それ自体が重要でないことは、葬祭義務者が死体を「隠匿」せずに長期間「野ざらし」にした場合であっても死体の「遺棄」に当たることから理解されよう。この場合の「死体遺棄」は、他者がそれを知らうが知るまいが、葬祭義務の懈怠そのものにあるからである。ゆえに、第2の事例群では、実質は、適時・適切な葬祭の懈怠が「遺棄」に当たるのであり、「隠匿」は、例外的にその行動の脈絡から明らかに適時・適切な葬祭がなされないと判断できる場合を除き、葬祭義務を履行すべき相当の期間を経る「長期放置」があつて初めて「遺棄」に該当するのである。

これを言い換えれば、葬祭義務者が適時・適切に葬祭をするのであれば、他者による死体発見を困難にする「隠匿」があつても、本罪は成立しない。これは、死亡診断書と死亡届があれば、残されたパートナー1名のみでの密葬も「死体遺棄」ではないことから明らかである。そもそも死体はむやみに人目に晒すものではない。

(2) 本件は「葬祭妨害」か「葬祭懈怠」か

さて、本件では、被告人は自己の出産したえい児2名の死体に関しては、その母親として葬祭義務者である。したがって、上記の区分に従え

ば、本件は「葬祭懈怠としての死体遺棄」の成否という枠組みで検討されるべき事案ということになる。

しかし、これは本判決の認めるところであるが、実際には1日と9時間で遺体が発見されていることから、上記のような「長期放置」による「葬祭懈怠としての死体遺棄」の事実は否定される。そのため、本判決は、「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」という仮言法で他者による葬祭の必要性を示し、「隠匿」による死体発見の困難化を理由に「他者による死者の適示の葬祭が妨げられ」という「葬祭妨害としての死体遺棄」の枠組みに乗せて、死体「遺棄」を認めようとしたのである。

しかし、被告人に、本件当時はおそらくベトナムの風習に従った葬祭の意思があるのに⁸⁾、他者による葬祭を困難にするという「葬祭妨害としての死体遺棄」の論理に乗せてよいか。これが本判決の論理の持つ問題点なのである。

ところで、「葬祭妨害としての死体遺棄」の論理では、死体「隠匿」は死者の適時・適切な葬祭を妨げることによって法益が危殆化されるがゆえに死体「遺棄」に当たると考えるのであるから、葬祭意思のある被告人に代わって他者が葬祭を行うことを前提として「遺棄」該当性を判断するのは不適切ではないかという疑問が生じる。そこで本判決が持ち出した論理は、「墓地、埋葬等に関する法律」（昭和23年5月31日法律第48号。以下、「墓埋法」と記す。）9条1項の「死体の埋葬又は火葬を行う者がいないとき又は判明しないときは、死亡地の市町村長が、これを行わなければならない。」という規定である。すなわち、「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」という仮定を前提に、本件を「死体の埋葬又は火葬を行う者がいないとき又は判明しないとき」に当たると考えて、葬祭義務者で

8) 後日、本件えい児2名の遺体は、被告人によって死亡届が提出され、火葬に付されている（原審弁6号証の1および2参照）。分娩から約半年後となったのは、本件の捜査と被告人の身柄拘束によるものである。

ある被告人が存在するのに、他者ないし「死亡地の市町村長」が葬祭をすべき場合であるとみなし、被告人を他者による葬祭の妨害者として描いたのが、本判決なのである。

(3) 葬祭義務者を差し置いて他者が葬祭をすべき場合

ところで、この墓埋法9条1項は「引取者のない死体についての市町村長の埋葬又は火葬の義務について定める⁹⁾」ものである。そして、同項にいう「死体の埋葬又は火葬を行う者」とは、現実に埋葬又は火葬を行う者をいう。¹⁰⁾なお、行政上は、葬祭義務者が葬祭をあくまで拒む場合にも、「行旅病人及行旅死亡人取扱法」(明治32年法律第93号)1条2項を「準用」して、「引取者ナキ死亡人」として扱うことから、市町村長が「埋葬又は火葬」を行うことになる。

しかし、本件では、被告人は「自分が元気になったら土中に埋葬しようと思っていた旨述べている」のであるから、被告人に埋葬の意思があったことは明らかである。加えて、本判決自身も「本件各えい児の死体の葬祭義務を負う被告人」という原判決の認定を是認している。このような場合にまで、墓埋法9条1項を引用して本件を市町村長などの他者が葬祭をすべき事案とみなす根拠は、本判決からは明らかでない。その根拠が明らかでない以上、このような解釈および被告人を他者による葬祭の妨害者とする本件の位置づけは、極めて疑問である。

(4) 「適時・適切な葬祭」とは何か

ひょっとすると、本判決は、被告人が漠然と思いついて描いていた故郷での土葬を「適時・適切な葬祭」ではないと評価し、かつ、墓埋法9条1項にいう「死体の埋葬又は火葬を行う者」には「適時・適切な葬祭」を行う意思

9) 生活衛生法規研究会監修『新版 逐条解説 墓地、埋葬等に関する法律 [第3版]』(第一法規, 2017年) 40頁。

10) 生活衛生法規研究会監修・前掲注9) 40頁。

のある者のみが該当すると考え、それゆえに被告人はここにいう「死体の埋葬又は火葬を行う者」ではないので、被告人以外の他者ないし墓埋法9条1項により死亡地の市町村長が「死体の埋葬又は火葬」を行わなければならない場合に当たると考えたのかもしれない。

しかし、まず、日本の墓埋法が規定する埋・火葬の方法のみが、ここにいう「適時・適切な葬祭」に当たるとする理解そのものが、すでに問題である。というのも、墓埋法自身が、その4条において、「埋葬又は焼骨の埋蔵は、墓地以外の区域に、これを行つてはならない。」とし、同法5条1項では「埋葬、火葬又は改葬を行おうとする者は、厚生労働省令で定めるところにより、市町村長（特別区の区長を含む。以下同じ。）の許可を受けなければならない。」と規定してはいるが、同法21条1号は、これらの規定の違反に対して「千円以下の罰金¹¹⁾又は拘留若しくは科料」しか決めていないからである。この法定刑は、3年以下の懲役（2022年改正により拘禁刑）を定める死体遺棄罪（刑法190条）よりはるかに軽い。つまり、墓埋法に定める葬祭方法の違反に別途軽い法定刑が予定されているという事実は、その違反は死体遺棄罪ではなく、それより軽い行政刑法的な違反でしかないことを意味しているのである。

つぎに、行為者が属する社会の習俗では「死体に対する社会の宗教的感情または敬けん感情」を害さないような死体の取扱いでも、日本人はそのような死体の扱いをしないので国民の一般的な宗教的感情や敬けん感情を害するがゆえに本罪に当たるというのなら、それは、「グローバル化」の時代にあつて国内に多くの外国人を抱える現代の日本にはふさわしくない排外主義的解釈である。当該行為者の属する社会の習俗では「死体に対する社会の宗教感情または敬けん感情」を害さないような死体の取扱いは、それを理解した上でも「国民の一般的な宗教的感情や敬けん感情」を害すると考えるほど、日本国民は排外的なのであろうか。むしろ、国民がそれをその人物

11) 罰金等臨時措置法により2万円以下の罰金。

の属する社会の風習に反しないと理解した上でも「国民の一般的な宗教的感情や敬けん感情」を害するとするのは、論証を要する不当前提である。

さらに、現在、日本社会では、死体は火葬に付すことが一般的となっている。しかし、それでも、日本の一部の地方には土葬の風習が残っており¹²⁾、また、沖縄地方には古来早産未熟児を自家の敷地、畑に葬る「幼児葬法」という風習があることを認めた裁判例もある¹³⁾。また、現在日本に定住ないし滞在する外国人の故郷では、それらとも異なる埋葬方法がある可能性もある。まさか本判決は、火葬という現在の日本の一般的な埋葬方法とは異なるこれらの習俗上の埋葬を予定した死体の取扱いを、「国民の一般的な宗教的感情や敬けん感情」を害するとして死体遺棄罪に当たるとするのであるか。そうではないであろう。

したがって、ここでは、被告人が属するベトナムでの死産児の埋葬方法を検討し、被告人の本件行為が被告人の属する社会の習俗でも「死体に対する社会の宗教的感情または敬けん感情」を害する扱いであるかどうかを検討されなければならない。

この点については、弁護士が鑑定意見を求めたベトナムの弁護士 Nguyen Hoang Trung Hieu 氏の見解によれば、多くの家族は火葬する余裕がないため、野原、または庭に埋葬し、一部の人々は、彼らの家のすぐ隣に埋葬されていると述べている。加えて、埋葬には州人民委員会の承認が必要であるが、この規制は埋葬の管理のみを対象としており、その誤りには行政手続きによる制裁しか科せられていないとされている¹⁴⁾。また、同じくベト

12) 奈良県の一部には、まだ土葬の風習があるという報告がある。高橋繁行「奈良に『土葬の村』発見！ なぜ、今も、村人は土葬を選ぶのか？」(<https://gendai.ismedia.jp/articles/-/66905>) 2021年9月24日参照。また、高橋繁行『土葬の村』（講談社現代新書、2021年）258頁によると、子供の埋葬には「遺棄葬」に近い弔い方が多いとされている。したがって、そもそも本件のようなえい児の埋葬に関わる問題を、成人の埋葬風習に従って判断すること自体に問題があるように思われる。

13) 本文で触れた那覇地石垣支判昭和57・3・15刑月14巻3・4号259頁である。

14) Nguyen Hoang Trung Hieu「ベトナムの埋葬慣行の評価に関する第一審判決に関する意見」（弁第4号証）4頁。

ナム社会科学アカデミー・文化研究所の副教授グエン・ティ・イエム（Nguyễn Thị Yên）博士によれば、乳児が死亡した場合は、人々はその事実を広く知らせず、葬送の儀式を行わず、通常は、静かに家族内部における簡易な埋葬を行うとされ¹⁵⁾、「被告人の嬰兒の遺体に対する振る舞いは、ベトナム人の慣習・風俗に沿ったものだと評価されます。¹⁶⁾」と評されている。

さらに、ベトナム国際商事調停センターの調停員で「The Libero & Associates」の代表でもある伏原宏太氏も、「被告人が生まれ育ったビンフック省のドンソアイにおける農村には、野原、管理者のいない義地と呼ばれる場所があり、被告人のような状況において人々が子供を埋葬する場所として適すると考えられています。¹⁷⁾」と述べており、えい児の体をタオルで包んで箱に入れたことは、ベトナム人が死者に死装束を着せ、棺桶に入れるときと同様の行為であり、二人の子供に名前を付け、「早く安楽の場所に辿り着いてください」と二人の子供たちのために祈願したこと等を含め、被告人が自宅にえい児を安置した行為は死産となった子供に対する葬送的行為の表れとして、ベトナム人の慣習・風俗に沿ったものだと評価することができる¹⁸⁾。

これらの見解によるなら、被告人の意図していた本件死体の取扱いは、被告人の属する社会の習俗では「死体に対する社会の宗教的感情または敬けん感情」を害する扱いであるとはいえないことが明らかとなる。つまり、被告人の意図した死体の取扱いは、死体遺棄罪の保護法益を害するようなものではないのである。それどころか、被告人の属する社会の習俗では、えい児の体をタオルで包んで箱に入れたことは、ベトナム人が死者に死装束を着せ、棺桶に入れるときと同様の行為ともみられている。

最後に、民法第897条1項本文も「系譜、祭具及び墳墓の所有権は、前

15) グエン・ティ・イエム「乳児の葬送に関するベトナムの人々の習慣・風俗、信仰文化について」（弁第5号証）1頁。

16) グエン・ティ・イエム・前掲注15）2頁。

17) 伏原宏太「ベトナム法に基づく私的な埋葬に関する考察」（弁第6号証）3頁。

18) 伏原・前掲注17）2頁以下。

条の規定にかかわらず、慣習に従って祖先の祭祀を主宰すべき者が承継する。」と規定する。死亡したえい児の母である被告人は、ここにいう「慣習に従って祖先の祭祀を主宰すべき者」に当たる。それを差し置いて他者が本件えい児の葬祭を執り行うべきではなかろう。

それゆえ、被告人が現在の日本の火葬中心の葬祭を当初は意識していなかったからといって、それを理由に本件を「死体の埋葬又は火葬を行う者がいないとき又は判明しないとき」に当たると判断することは不適切であり法令解釈の明らかな誤りである。

(5) 葬祭の準備ないし一過程でない行為と「遺棄」

なお、本判決がいうように、葬祭の準備ないし一過程でない行為であればすべて死体「遺棄」に当たるかのような判示も不適切である。まず、前述のように、「死体を隠す」ことは、習俗上の葬祭を行う準備、あるいは葬祭の一過程として行ったものでなければ「死体遺棄」に当たるという判断は、「他者」が被告人に代わって葬祭義務を負う場合でなければ、「葬祭懈怠」としての「死体遺棄」にとって無意味である。

また、仮に「葬祭の準備ないし一過程でない行為は『遺棄』に当たる」というのであれば、たとえば、映画「おくりびと」に出てきたような納棺の際の「死化粧・エンゼルケア¹⁹⁾」は、見方によっては「習俗上の葬祭を行う準備、あるいは葬祭の一過程として行ったもの」でないと判断されかねない。というのも、そのような「死化粧・エンゼルケア」は、近年に至るまで、日本社会において一般的とはいえなかったからである。したがって、葬祭の準備ないし一過程でないと死体を箱に入れて閉じる行為は「遺棄」に当たるとするような狭い解釈は、採用すべきではない。

加えて、前述のように、被告人の属する社会の習俗では、えい児の体をタオルで包んで箱に入れたことは、ベトナム人が死者に死装束を着せ、棺

19) 遺体を美しく見えるように整えること。

桶に入れるときと同様の行為と評されるのであるから、本件における被告人の行為は、まさに「葬祭の準備ないし一過程としての行為」に当たるともいえる。

その際、本判決は、当初「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」いたことを非難する²⁰⁾。しかし、「妊娠・出産」自体は犯罪ではなく、そのことを隠すことは非難の対象にはならない。非難の対象は、あくまで「死体を遺棄したこと」である。そして、葬祭義務者である被告人に死体の「遺棄」が認められるためには相当の時間の経過を要する。加えて、現に被告人は相当の時間が経過する前に妊娠と出産の事実を他者に知られてしまい、その後は、捜査や身柄拘束のために半年後にはなったが、日本の習俗に従って本件えい児の死体を火葬に付しているのであるから、仮に日本で一般的な火葬のみが「適時・適切な葬祭」であると考えたとしても、他者が被告人にそうするように説明すれば、被告人はそのような「適時・適切な葬祭」をする用意があったと考えられる。したがって、このように考えても、本件を他者による葬祭を妨害する事例群として考察することは不適切である。

その結果、本件は葬祭義務者による「葬祭懈怠としての死体遺棄」に当たるか否かが問題となる事例群となる。そして、本判決が述べるように、「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時間にとどまる」のであり、「通常の葬祭を行

20) しかも、量刑理由では「妊娠は技能実習生の解雇理由にはならないものの、実情としては、妊娠した技能実習生の中には、実習を行うことができなくなり、家賃等を支払うこともできなくなって帰国した者がいた。技能実習生の間では妊娠をすると帰国させられるとの噂が広まっており、被告人もそのように考えていた。そうすると、少なくとも費用をかけて技能実習生として来日し、家族に仕送りをしていた被告人が、技能実習を続けるために、妊娠、出産を隠そうと考えて本件犯行に及んだことには、一定程度酌むことのできる事情がある。」とまで述べているにもかかわらず、「妊娠、出産を隠そうと考えて本件犯行に及んだこと」を非難するのである。付言すれば、「一定程度酌むことのできる事情」ととどめるのでは、本判決がそうしたように、結果的に秘密裏の出産を処罰することになってしまう。

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」ので、本件では死体「遺棄」は認められない。

5. 憲法違反と判例違反

(1) 「信教の自由」との関係

本判決については、被告人の埋葬の意思を無視して他者ないし市町村長による葬祭を前提とした「葬祭妨害としての死体遺棄」を認めるなら、それは被告人の信ずる宗教的習俗による葬祭を無視するものとして、憲法20条1項前段で保障された「信教の自由」に反するおそれがある²¹⁾。

もちろん、公衆衛生の観点から、埋・火葬の方法について行政刑法的な制約を課すことは、それが必要最小限度の自由の制約であり比例原理に反しない限り、許容されるであろう。しかし、本件では、まだ内心の段階にあるあいまいなえい児死体の土葬意思について、しかも墓埋法の罰則を超えて刑法190条で処罰しようというのであるから、そのような内心段階にある埋葬方法を捉えて処罰しようとするのは、埋葬に関する「信教の自由」に反することになりかねない。

(2) 判例違反について

本件のように、いまだ埋火葬すべき相当の時間が経過する前のえい児の死体の放置に関して、適切な先例を、筆者は寡聞にして知らない。もちろん、死体を段ボールに二重に入れてセロテープで封をした程度では、葬祭の準備として不適切な行為とはいえないばかりでなく、むしろ、死体から

21) その際、憲法20条1項前段が「信教の自由は、何人に対してもこれを保障する。」と述べていることに注意しなければならない。つまり、「信教の自由」は、日本国民にのみ保障される自由にとどまらないのである。宮澤俊儀〔芦部信喜補訂〕『全訂日本国憲法〔第2版〕』（日本評論社、1978年）187頁参照。

の体液の漏出を防ぎ遺体が不用意に人目に晒されないようにするためには適切な措置であると思われる。したがって、本件について適切な先例がないのは、むしろ当然のことであり、このような事案を刑事事件化したことの異常性が認識されるべきである。

その上で、従来の判例の趣旨に鑑みるならば、福岡高判令和3・6・25高刑集73巻1号6頁が、「死体発見の困難性が一定程度増したとしても、その程度はわずかであり、時間的にも短時間であるから、それが宗教風俗上、死体の処置に関し、許容されない程度に至ったとはいえない。」と述べて、非葬祭義務者が1時間程度、死体を移動・放置した事案につき、死体遺棄罪の成立を否定したことが注目される。これに対し、本件の被告人は葬祭義務者であって葬祭の意思もあり、被告人以外の者が死亡の事実を知らなくても、葬祭を行うことは可能であるから、本件では、本来、「遺族等が死者の死亡の事実を知る機会」の減少・喪失は問題とならない。

しかし、上記福岡高判令和3・6・25は、被告人らによる1時間程度の死体の移動・放置を死体「遺棄」に当たらないとしたのであるから、これは、葬祭の準備でも葬祭の一過程として行ったものでもない行為について「遺棄」を否定したという限度で、本件に対する先例的意義を有する。

つまり、ここでは、本判決が「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」と述べた限度で、「控訴裁判所たる高等裁判所の判例と相反する判断」（刑訴法405条3号）がなされているのである。

他方、葬祭義務者による「葬祭懈怠としての死体遺棄」に関しては、前述の東京地八王子支判平成10・4・24判タ995号282頁との関係が問題となる。というのも、この判決は、「死体遺棄の点については、妻の死が発覚すると右税理士への復讐ができなくなるとして、死臭を放ち始めた妻の死

体を被告人方の洋タンス内に入れて目張りするなどして隠匿したものと述べて、葬祭義務者による死体の「長期放置」があることを理由に「遺棄」を認めているからである。この点で、葬祭義務者による死体の「長期放置」がないのに「遺棄」を認めた本判決は、上記東京地八王子支判平成10・4・24と矛盾した関係にあるといえよう。

6. ま と め

(1) 以上の検討をまとめると、以下のようになる。

① 本判決は、葬祭義務者である本件被告人につき、葬祭義務者による死体の「長期放置」はないので不作為による死体遺棄（「葬祭懈怠としての死体遺棄」）は否定して、原判決を破棄した。

② しかし、本判決は、葬祭義務者である被告人が存在するにもかかわらず、被告人による本件えい児死体の取扱いを、他者や市町村長による葬祭の可能性を減少させるものとして、つまり「葬祭妨害としての死体遺棄」の枠組みで死体遺棄に当たるとした。

③ そのような本判決の判断は、葬祭義務者である被告人を差し置いて本件を他者による葬祭がなされるべき事案と位置づけ、被告人を他者による葬祭の妨害者とするものである。

④ しかし、本判決も認めるように、被告人は依然として葬祭義務者であり、かつ、葬祭の意思を有していた。

⑤ そのような被告人を墓埋法9条1項にいう「死体の埋葬又は火葬を行う者」でないとする解釈には根拠がない。その理由として被告人の属する習俗による葬祭を否定するのは、このグローバル化時代にふさわしくない排外主義である。本件被告人の行為は、被告人の属する社会の習俗に反する扱いとして「死者に対する宗教的感情や敬けん感情」を害するという証明はなされていない。

⑥ また、葬祭の準備ないし一過程でない死体の取扱いは「遺棄」に当

たるとする考え方も、何が「葬祭の準備ないし一過程」かという基準は流動的であって、不当な結論に至るおそれがある。

⑦ 結局、本件は葬祭義務者による「葬祭懈怠としての死体遺棄」に当たるか否かが問題となる事例群であり、本判決も認めるように、「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」のであるから、これは否定される。

⑧ それにもかかわらず本件において死体遺棄罪を認めることは、憲法20条1項前段で保障された「信教の自由」に反するおそれがある。

⑨ また、葬祭の準備でも葬祭の一過程として行ったものでもない行為だから死体「遺棄」に当たるとするのは「控訴裁判所たる高等裁判所の判例と相反する判断」に当たっておそれがある。同時に、葬祭義務者による死体の「長期放置」がないのに「遺棄」を認めることも、判例上の矛盾を引き起こす。

(2) 付言すれば、死体の「遺棄」には死者に対する侮辱の意味が伴っていないなければならない。これは、刑法190条の立法過程をみれば明らかになる。

そもそも、死体遺棄罪における「遺棄」は、旧刑法264条にあった「毀棄」という文言を「損壊」と「遺棄」に分け、そこに「領得」を加えたことに由来する²²⁾。そのうちの「遺棄」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²³⁾」と解されている。つまり、「遺棄」に当たるためには「放棄する」という行為が必要なのである。

したがって、旧刑法から現行刑法に至る過程で「毀棄」と「損壊又は遺棄」との間に定義の変更はなかったと考えられる。その旧刑法における「毀棄」については、一般に、財産毀損の罪にいう「毀棄」と同じ意味に

22) 明治40年の刑法改正政府提案理由については、倉富勇三郎ほか編、松尾浩也増補解題『増補刑法沿革総覧』（信山社、1990年）2195頁、田中正身『改正刑法釈義 下巻』（西東書房、1908年）828頁参照。

23) 代表して、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）245頁。

解されていた²⁴⁾。そして、その行為については、「死者に対して暴行若しくは侮辱を加ふるが如きは其最も甚だしきものなり。」として、これらの行為に対して法律上の責任なしとするなら単に死者の名誉に対して侮辱を加えるだけでなく、死者の親族をも侮辱するものと言わざるを得ないとし、これを死体毀棄罪の立法理由とする磯部四郎の論評もある²⁵⁾。

ここからは、死体の「遺棄」には死者に対する侮辱という意味が伴っていないからならぬことが明らかになる。つまり、「死体遺棄」とは、単なる埋葬方法規制違反ではないのである。

翻って本件における被告人の行為は、約1日の間「ていねいに箱に入れて自室で保管するなどした」ものである。加えて、「えい児の体をタオルで包んで箱に入れたことは、ベトナム人が死者に死装束を着せ、棺桶に入れるときと同様の行為であり、二人の子供に名前を付け、『早く安楽の場所に辿り着いてください』と二人の子供たちのために祈願したこと等を含め、被告人が自宅に嬰兒を安置した行為²⁶⁾」であるとの伏原氏の論評からみれば、これが死者の名誉に対して侮辱を加えるものとは到底解されない。つまり、本件における被告人の行為は「遺棄」に該当しないのである。

(3) なお、被告人が置かれていた日本の「外国人技能実習生」の制度は、2021年7月1日、米商務省の世界各国の人身売買に関する2021年版の報告書において、国内外の業者が外国人技能実習制度を「外国人労働者搾取のために悪用し続けている」として問題視され²⁷⁾、現在、その廃止が検討さ

24) 代表して、江木衷『現行刑法各論全』（有斐閣、1888年）245頁。

25) 磯部四郎『刑法講義 下巻』（八尾書店、1893年）686頁以下参照。

26) 伏原・前掲注17）2頁。

27) 共同通信2021年7月2日付（<https://news.yahoo.co.jp/articles/9890937f0673f003c5d532a6b500b21da0ad9aa5>）、朝日新聞2021年7月2日付（<https://digital.asahi.com/articles/ASN6V310NN6VUHHI006.html>）および東京新聞2021年7月2日付（<https://www.tokyonp.co.jp/article/114281>）等（いずれも2021年9月24日参照）。

れているものである。

それにもかかわらず、そのような制度の「被害者」ともいえる被告人を、葬祭義務者であるにもかかわらず「葬祭妨害者」という位置づけを与えて平然と有罪を言い渡した原判決は、その解釈の誤りを超えて、強く批判されなければならない。

【付記】 本稿は、本件の上告審に向けた意見書に若干の修正を加えたものである。なお、本稿脱稿後、最高裁第二小法廷は、2023年2月24日に本件について弁論を開くことを弁護人に通知した。これにより、本判決が適切に見直されることを強く期待する。