

不作為による死体遺棄

—— 作為義務の検討を中心に ——

萩 野 貴 史

目次

1. はじめに
2. 「遺棄」と不作為
3. 検討対象とした判例
4. 葬送義務の発生根拠
5. 監護義務をめぐる問題
6. おわりに

1. はじめに

近時、いくつかの裁判例を契機として、不作為による死体遺棄に関連する議論が活発になっている¹。もっとも、これらの裁判例で争点となつてはならず、学説上も広い範囲で結論が一致している事柄であっても、論拠が不明確な問題が少なくない。たとえば、死体遺棄罪（以下では、「本罪」とすることがある。）の不作為形態に関しては、行為者に作為義務（死体

1 たとえば、橋爪隆「不作為の死体遺棄罪をめぐる問題」椎橋古稀『新時代の刑事法学 下巻』（2016年）249頁以下、松尾誠紀「死体遺棄罪と不作為犯」法と政治 68巻1号（2017年）75頁以下、山中友理「死体遺棄罪における遺棄行為の終了について」『日高義博先生古稀祝賀論文集 下巻』（2018年）275頁以下等がある。

の葬送義務²や監護義務)違反が認められなければならないことや、こうした義務を親族等が負うことについてはほとんど争いをみない。だが、その義務が何を根拠に生じるかといった点は判然としない。本稿では、こうした問題を中心に、判例・学説を整理しつつ、論点によっては問題提起や若干の試論を展開してみたい³。

本稿で取り上げる問題についての詳細はその都度触れることにして、まずは本稿全体の流れを確認しておこう。まず「2」において、本罪における「遺棄」概念と不作為の関係のみることにより、本稿で検討の対象とするケースを確認する。次に「3」において、本稿で検討対象として取り上げた判例・裁判例(以下では、審判例も含め「判例」と呼ぶことにする)を一覧にして掲載しておく。必要に応じて、適宜参照されたい。それから「4」において、作為義務の中でも、葬送義務の発生根拠という本稿の主な検討課題を取り上げる。そして最後に「5」において、死体の監護義務をめぐる問題としてどのようなものがあるかを示すことにする。

なお、本稿では、「3」で一覧に示した判例を用いる際には、便宜上、各判例の前に付した番号を用いて、〔判例○〕といった形で示すことにする。

-
- 2 一般には「葬祭義務」や「埋葬義務」と呼ばれることが多いが、本稿では(判例等を引用する場合を除いて)「葬送義務」と呼ぶことにしたい。葬祭や埋葬という用語を避ける理由は次のとおりである。「葬祭」は「葬る」ことのほかに、年忌を営む等の「祀る(祭る)」ことをも含んだ概念とされている。そのため、「葬祭義務」と記述することで、死体遺棄罪で求められる義務内容を超える呼称となりかねない点に配慮した。また、「埋葬」は、墓地、埋葬等に関する法律(以下、「墓理法」とする)で、火葬とは区別されており、いわゆる土葬を意味するものと解されている。そのため、「埋葬義務」と記述することで、(火葬等が除外され、)土葬する義務という理解が生じかねない点に配慮した。以上の理由および、「葬送義務」という用語について、原田保「病児および病児死体に関するオカルト治療受託者の罪責」愛学宗研60号(2020年)51頁注11等を参照。
 - 3 「不作為形態による死体遺棄」については以前に、不十分ながら判例の分析や問題点等の整理を行っている(萩野貴史「死体遺棄罪における『遺棄』概念に関する覚書」名古屋学院大学論集(社会科学篇)53巻4号(2017年)187頁以下)。その際の分析や問題意識を本稿でも引き継いでいる部分があるが、これらの部分についても省略等することなく本稿でも改めて取り上げることにした。

2. 「遺棄」と不作為

それではまず、「遺棄」概念と不作為の関係についてみていくことにしよう。判例・通説によると、刑法 190 条の「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」とされており⁴、(死体を山の中に棄てにいくような作為形態はもちろんのこと)、「死体を適切に葬送しない(で放置する)」不作為形態も、不真正不作為犯の一種として処罰対象になると解されている⁵。こうした不作為による遺棄の概念によれば、作為形態による「遺棄」の事案であっても、行為者は「適切に葬送していない」ともいえるため、葬送義務者等であれば不作為による実行行為も存在しうることになる⁶。

実際に、〔判例②〕は、「死体を山中に埋める」という積極的な作為が存在するケースにもかかわらず、「法令又は慣習に依り埋葬を行ふに非ずして死体を放置したときは假令土中に埋めたと雖も死体遺棄罪を構成〔する〕」(〔 〕内は引用者による。本稿においては、後述する引用部分も含め、同様とする。)と述べており、被告人の不作為を問責対象行為としているものといえよう。また、〔判例⑬〕では、(公訴時効との関係があるとはいえ)死体を毛布にくるみプラスチック製ケースの中に入れて隠匿

-
- 4 大塚仁ほか〔編〕『大コンメンタール刑法〔第3版〕第9巻』(2013年)245頁〔岩村修二〕など。
- 5 これに対して、通常の不真正不作為犯と同列に扱うことに疑問を示す見解もある。『『遺棄』の解釈として不作為を含める(真正不作為犯とする)ことも可能であろう』と指摘するものとして、浅田和茂『刑法総論〔第2版〕』(2019年)165頁。また、松原芳博『行為主義と刑法理論』(2020年)114頁以下は、「広義の死体遺棄罪(190条)には、狭義の死体遺棄罪(狭義の死体遺棄構成要件)と不埋葬罪(不埋葬構成要件)とが包含されている」という理解の下で、「不埋葬罪は、……作為による遺棄との等置という思考を経ることなく処罰の対象となるという意味で、真正不作為犯に分類することが可能であろう」(圏点は原著者による)と指摘する(松原芳博『刑法各論〔第2版〕』(2021年)533頁注61も参照)。
- 6 松尾・前掲注(1)84頁は、「埋葬義務者が死体の投棄・隠匿を行う場合には、投棄・隠匿による作為犯と、死体を埋葬しないという不作為犯が併存することになる」とする。

するなどしている（＝積極的な作為がある）にもかかわらず、不作為による死体遺棄罪の成立が認められている。

その意味では、不作為による「遺棄」を問題とすることができるケースは膨大な数に及ぶといえる。こうしたケースまで検討対象にすると、「作為による実行行為」が存在するにもかかわらずこれとは別の「不作為による実行行為」を問責対象とできるかといった論点等が生じるため、刑法学上の問題も複雑化する⁷。本稿では、論点をあまりに複雑化させることなく、「不作為による死体遺棄」の基本構造に焦点を合わせるために、基本的には不作為による「遺棄」のみが問責対象行為となるケースを想定することにしたい⁸。

このように、不作為による「遺棄」のみが問責対象行為となるケースを想定するとしても、さらに別の考慮が必要ではないかが問題となる。学説上、「遺棄」（遺す、棄てる）という文言が、客体と行為者との間に場所的な離隔を生じさせる行為である、という指摘がみられる⁹。確かに同じく「遺

7 前掲注(1)に掲げた各論文は、それぞれ〔判例⑪〕や〔判例⑬〕を検討素材（の一部）として死体遺棄罪の終了時点（公訴時効の起算点）を論じているが、その前提として当該不作為を問責対象行為とするかという問題についても一定の立場を採るといえよう（不作為を問責対象とすることに否定的な場合もあることを指摘するものとして、山中・前掲注(1) 288頁以下）。また、実務において上記判例の他にも、作為による「遺棄」と不作為による「遺棄」の双方を問責対象と考える事案は少なくない（〔判例⑭〕、〔判例⑮〕等）。

8 検討対象にこうした絞りをかけるには、本来、作為による実行行為がどこまで認められるかを先に確定する必要があるといえるが、作為形態による死体「遺棄」も1つの難しい検討課題であると思われる。

たとえば熊本地判平成31年3月8日（LEX/DB 25562703）では、死体を自動車内において後部座席足元に押し込んでタオルをかぶせたとえ、同車のドアを施錠した行為は、「隠匿して放置し、もって死体を遺棄した」と評価された。その一方で、福岡地判令和3年1月21日（LEX/DB 25571325）は、死体を自動車後部座席に乗せた状態で約1時間にわたって同車を走行させ、死体を運搬する行為は「遺棄」に該当しないとした（本件の評釈として、高橋直哉「判批」法教489号（2021年）170頁等）。さらに、作為の形態としてはだいぶ異なるが、〔判例⑯〕は、死体の頭までビニルシートをかぶせ、シートの上に木片を数本置いたという事実関係の下で、死体の「遺棄」を認めていない。こうした死体の隠匿についての「遺棄」該当性の限界は、詳細な検討を要すると思われる。

9 原田保「遺棄概念に関する若干の考察」愛学60巻1・2号（2021年）30頁。

棄」という文言を用いる要扶助者の遺棄罪（刑法 217 条・218 条）では、要扶助者との「場所的離隔」が「遺棄」の要素であると解するのが通説的見解であるといえる¹⁰。そうだとすれば、死体遺棄罪でも「遺棄」と評価しうするためには、死体との間に一定の場所的離隔が必要ではないかという疑問が生じる。もし場所的離隔が「遺棄」概念にとって不可欠な要素だとすれば、不作為形態であっても「遺棄」と評価できるために処罰する以上、この要素が必要である点も変わらないはずである。

この点に関して、本罪に関するかつての判例では、「死体を放置して、その場から離去する」ことが不作為による「遺棄」に当たるといった趣旨の判示がなされていたことに目が留まる（たとえば〔判例①〕や〔判例③〕、〔判例⑤〕等）。近時でも〔判例⑱〕のように、「葬祭義務のある者の場合は、……死体をその場に放置したまま立ち去ると、死体を移動させなくても死体遺棄罪が成立する」（圏点は引用者による）といった形で判示するものがある。こうした書きぶりからは、判例は「遺棄」というためには、行為者と死体との場所的離隔が必要だとの立場を採っていると解する余地もあるかのようにみえる。こうした理解を裏づけるかのように、本罪の成立を認める従前の判例は、葬送義務者が死体を放置して死体の存する場所から離去した事案が中心だったとの指摘もなされてきた¹¹。また、親族の死体を居宅内あるいは敷地内に放置した事案で、客体と行為者との場所的離隔が論証困難であるとの理由で不起訴としたものが実務上みられるという指摘もある¹²。

「死体」という客体をいったん離れて考えてみた場合、たとえば行為者が不要だと考えている物を自室内に放置した時に、その段階ですでにその

10 大塚仁ほか〔編〕『大コンメンタール刑法〔第3版〕第11巻』（2014年）246頁〔酒井邦彦＝小島吉晴〕等。なお、これに対して、「遺棄」は、「必ずしも要扶助者の場所的移動を必要としないと解すべきである」という見解も主張されている（江家義男『増補刑法各論』（1963年）215頁等。佐伯仁志「遺棄罪」法教 359号（2010年）98頁以下も参照）。

11 濱克彦「判批」研修 776号（2013年）26頁。

12 原田・前掲注(9)35頁および注12参照。さらに同37頁以下では、場所的離隔が、客体と「行為者」との離隔かという点をも検討の対象とする。

物を「遺棄」したのかと問われると、疑わしいケースがあることは確かである。

しかしその一方で、「死者に対する一般的な宗教感情に沿う死体の処理によらない行為、たとえば放置して腐乱するに任せる行為等も、仮に場所的離隔を伴わなくても『遺棄』に該当する」(〔判例⑩〕)との判示にみられるように、死体を自宅等に放置して自らもその場に滞在する「死体との場所的離隔を伴わないケース」についても、近時の判例では死体遺棄罪が適用されるようになってきている¹³。

この点、「死体の尊厳を損なうような放置」という視点からすると場所的離隔は遺棄概念の本質的内容を構成するとまではいえないという指摘がなされている¹⁴。また、要扶助者の遺棄罪については、場所的離隔を必要としない態様を不保護罪(刑法218条後段)が処罰対象としていることとの関係で、場所的離隔を必要としているだけだと解する余地もありうる。そうであるとすれば、不保護罪のような別規定のない死体遺棄罪では場所的離隔を要しないともいえることになる¹⁵。さらには上述のような近時の判例の傾向等にも鑑みて、本稿では場所的離隔は死体「遺棄」の不可欠な条件ではなく、場所的離隔がなくとも「遺棄」に該当しうるとの理解を前提としたい¹⁶。

13 離去行為がなければ「遺棄」が成立しないという判断がなされていたわけではないため、判例が離去を伴わない放置行為についても明示的に「遺棄」に該当するということを示した点に〔判例⑩〕の意義があると指摘するものとして、松下裕子「判批」警論66巻5号(2013年)174頁。その後、場所的離隔なしに死体を放置した事案で死体遺棄罪を肯定したものととして〔判例⑩〕もある。

14 橋爪・前掲注(1)254頁以下。

15 濱・前掲注(11)28頁等を参照。

16 ただし、死体遺棄罪の条文上は同列に扱われているが、たとえば遺骨や遺髪等についても、(作為であれ不作為であれ)死体と同等の扱いを行為者がした時に、直ちに同じ評価をしてよいか、場所的離隔なしに「遺棄」に該当するとしてよいかは検討の余地がある。たとえば死体そのものであれば、自宅のベッドに置いたまま長期間にわたって放置する(〔判例⑩〕)等の行為も「遺棄」に該当する余地が十分にある。しかし、遺骨や遺髪も完全に同じ扱いが可能だろうか。どのような行為が、法益侵害の危険性のある行為(死体遺棄罪の実行行為)となりうるかは客体によって異なりうるものであって、客体ごとの考慮や分析があってもよいように感じられる。少なくとも本稿では、客体としては主

以上をまとめると、本稿の検討対象となるのは基本的に、作為による「遺棄」を伴わない「不作為による遺棄」のケースであるが、行為者が死体と場所的に離隔している（死体から離去している）か否かは問わないということになる。

3. 検討対象とした判例

上述のように本稿では、不作為による死体遺棄のみが問責対象行為となるものを検討対象とするが、判例についてはその中でも作為義務（葬送義務や監護義務）について言及している事例を中心に取り上げることとする。また、「不作為による死体遺棄」だけが問責対象行為とされているものではないとしても、検討に際して必要となる判例についてはその一部を一覧に加えている。その意味では、下記の一覧は、「不作為による死体遺棄」の判例を網羅的に示そうとしたものではないということを予めお断りさせていただきたい。

本稿で主に検討対象としたのは、以下の判例である¹⁷。

①大判大正6年11月24日（刑録23輯1302頁）¹⁸

②大判大正8年5月31日（刑録25輯727頁）¹⁹

に「死体」を想定しつつ論じていくことにしたい。

- 17 本章で紹介する判例については、各注における〔 〕内で、いかなる義務が問題となったかという点と、（複数の死体遺棄行為が問題視されている事案もあるが、その場合には複数の問責対象行為のうち、）本稿で着目した不作為について死体遺棄罪に肯定的な結論を導いたか否定的な結論を導いたかという点を示すことにする（死体遺棄罪の成立を否定した事案については、葬送義務に関する言及しかないケースもある。その際に、監護義務の否定も当然含意されているとしても、その場合は〔 〕内は「葬送義務」とのみ記載している）。また、本稿で判例を引用する際には、カタカナを平仮名に変えるとともに、旧字体を新字体へと改め、必要に応じて濁点等を付することにした。
- 18 子どもを分娩した後に、この子どもに砂をかけて殺害し、死体をそのまま放置した事案〔葬送義務、死体遺棄罪肯定〕。
- 19 被告人たち（嬰兒の祖母および実父）が、嬰兒の鼻口を覆って窒息死させた後、襦袢（むつき）に包み、わらなわで縛ったうえ、密かに山中に埋めた事案〔葬送義務、死体遺棄罪肯定〕。本件の評釈として、森下忠「判批」『宗教判例百選』（1972年）176頁。

- ③大判大正 13 年 3 月 14 日 (刑集 3 卷 285 頁)²⁰
- ④仙台高判昭和 27 年 4 月 26 日 (特報 22 号 123 頁)²¹
- ⑤東京高判昭和 40 年 7 月 19 日 (高刑集 18 卷 5 号 506 頁)²²
- ⑥福岡地飯塚支判昭和 40 年 11 月 9 日 (下刑集 7 卷 11 号 2060 頁)²³
- ⑦秋田地判平成 5 年 1 月 27 日 (公刊物未登載)²⁴
- ⑧福岡高宮崎支判平成 14 年 12 月 19 日 (高刑速報 (平 14) 184 頁)²⁵
- ⑨名古屋地岡崎支判平成 23 年 3 月 24 日 (LEX/DB 25470969)²⁶

-
- 20 炭焼窯で木炭を製造していた者が、木材に点火した後の見回りの際にその窯に少年が誤って落ちて死亡したことを知りながら、その死体を搬出する手段を講じなかった事案〔監護義務、死体遺棄罪否定〕。本件の評釈として、竹内正「判批」『宗教判例百選』(1972 年) 180 頁等。
 - 21 自分の祖母が縊死すると騒ぎ立て、木にしがみつくのを引き離そうと、同女の頸部にかかった紐を後ろから強く引き付けたところ窒息死したが、夜間、何の処置も施さずに屋外にこれを放置した事案〔監護義務、死体遺棄罪否定〕。
 - 22 三角関係のもつれから愛人に自分の妻子を殺害され、その連絡を受けた被告人が妻子の死体を愛人宅の押し入れ内で発見しながらも、それを放置して立ち去った事案〔葬送義務、死体遺棄罪肯定〕。本件の評釈として、藤井一雄「判批」判タ 209 号 (1967 年) 56 頁、小暮得雄「判批」『宗教判例百選 (第 2 版)』(1991 年) 212 頁等。
 - 23 (本件では複数の死体遺棄行為をしているが、そのうちの 1 つとして、) 殺害した女性をその場で全裸にしたうえで、死体を移動したりすることなくそのまま放置した事案〔葬送義務、死体遺棄罪否定〕。本件の評釈として、川端博「判批」『宗教判例百選 (第 2 版)』(1991 年) 214 頁。
 - 24 マンションの自室で分娩した幼児が死亡した後、その死体をビニル袋に入れ、これをプラスチック製ごみ箱、さらには段ボール箱に入れるなどしたうえで、ベランダに隠匿していたが、転居のたびにこの段ボール箱を移動させ、最終的にこれをマンションに置いたまま出奔した事案〔葬送義務、死体遺棄罪肯定〕。事案の概要および判旨につき、園部典生「判批」研修 541 号 (1993 年) 13 頁参照。
 - 25 病気を治療する超越的能力を有すると自称していた被告人が、両親から預かった乳幼児を病死させた後、両親に死体を引き渡すことなく、引き続き自らの支配下においたまま放置した事案(いわゆる「加江田塾ミイラ化事件」)〔監護義務、死体遺棄罪肯定〕。同事案の原審については、宮崎地判平成 14 年 3 月 26 日 (判タ 1115 号 284 頁)。本件を詳細に紹介するとともに刑法学上の問題に検討を加えたものとして、原田・前掲注 (2) 49 頁以下。
 - 26 死産した嬰兒 3 人の死体を夫が冷凍庫に保管していた (その後、夫は死亡した) ところ、そのうち 2 つの死体につき事情を知らずゴミと勘違いした長男が自宅外のゴミ箱に捨てに行くのを止めなかった事案〔葬送義務、死体遺棄罪否定〕。本件の評釈として、富高彩「判批」季刑判事弁護 67 号 (2011 年) 97 頁。
本件は、やや特殊な事案であるため、判決の一部を引用するなどしつつ、コ

⑩名古屋高金沢支判平成 24 年 7 月 12 日（公刊物未登載）²⁷

⑪大阪地判平成 25 年 3 月 22 日（判タ 1413 号 386 頁）²⁸

⑫宇都宮地判平成 28 年 7 月 15 日（D1-Law.com 判例大系 28243068）²⁹

⑬大阪地判平成 28 年 11 月 8 日（LLI/DB L07150974）³⁰

メントを加えておきたい。検察官は、被告人の行為につき長男が情を知らないまま死体を遺棄するに任せた、つまり長男という道具を使って被告人自身が嬰兒の死体を投棄したと評価できるとして、不作為の「遺棄」に当たる旨を主張している（不作為による間接正犯の構成と考えられよう）。これに対して、裁判所は、被告人と長男との間に共謀が存在しないことを認定したうえで、「長男の上記の行動を容認した態度は、社会通念上非難すべきであることは言うまでもないところであるが、だからといって、そのことから直ちに刑法 190 条の不作為の遺棄に当たるとするのは、被告人の内心を処罰するに等しく、到底採用することができない」と判示した。もっとも、同判決に対しては、裁判所が「被告人は、上記嬰兒死体 3 体に関して、葬祭義務を有するものである」と認めており、（夫の死後から換算しても）4 年以上冷凍庫内に死体を保管したまま放置しているのであるから、（長男の行動を止めないという不作為ではなく）葬送しないという不作為を問責対象にすることができなかったのか検討する必要があるように感じられる。自らの作為による「遺棄」と並存する不作為を処罰しうるかという点が近時検討されている点は前述のとおりであるが、本件は他人が行った作為の「遺棄」と並存する不作為を処罰対象としうるかという問題を提起する事案と思われる。

なお、同判決は、被告人が残り 1 人の死体をベランダのゴミ箱内に入れた行為について、死体遺棄罪の成立を肯定している。これも場所的離隔を不可欠の要素と解するのであれば、検討の余地がありえよう。

- 27 実母が自宅内において死亡したことを確認したにもかかわらず、年金等の支給が止まり生活に困窮することを恐れ、その死体をベッドに置いたまま放置した事案〔葬送義務、死体遺棄罪肯定〕。事案の概要および判旨につき、仲戸川武人「判批」警察公論 68 巻 6 号（2013 年）86 頁以下、濱・前掲注（11）21 頁以下、松下・前掲注（13）169 頁参照。
- 28 出産直後に殺害した嬰兒の死体をタオルで包み、ポリ袋に入れるなどして交際相手の居室押し入れ内に放置し、さらに自室クローゼット内に場所を移動させる等の行動をした事案〔葬送義務、免訴（公訴時効完成）〕。本件の評釈として、江藤隆之「判批」刑ジャ 47 号（2016 年）71 頁等。
- 29 山林で心中を企てた被告人が、承諾を得て妻を殺害した後に、その場所に妻の死体を放置して立ち去った事案〔葬送義務、死体遺棄罪成立〕。
- 30 夫と共謀の上、死亡した子どもの死体を毛布にくるみ、土を詰めたプラスチック製ケースの中に入れてシャッター付ガレージ 2 階に放置し、転居の際にはこのケースを移動させた事案〔葬送義務、死体遺棄罪肯定〕。なお、本件の夫に対して死体遺棄罪の成立が認められたのが、大阪地判平成 29 年 3 月 3 日（LLI/DB L07250454）である。（他の判例でもみられるように）同判決でも、「法令又は慣習等」により葬送義務が根拠づけられるというものの、被告人に対して何を根拠に義務を肯定したかは明らかでない。

⑭大阪地判平成 29 年 10 月 6 日 (LEX/DB 25547826)³¹

⑮大阪地判平成 30 年 7 月 2 日 (LEX/DB 25449610)³²

⑯静岡地浜松支判平成 31 年 4 月 24 日 (LLI/DB L07450493)³³

⑰佐賀地判令和 2 年 8 月 27 日 (LEX/DB 25566842)³⁴

⑱岡山地判令和 3 年 2 月 10 日 (LEX/DB 25569153)³⁵

4. 葬送義務の発生根拠

それでは作為義務の検討に移りたい。判例も従来、不作為による死体遺棄罪が成立するには、一定の事由に基づいて、行為者に作為義務が認められることが必要であるとしてきた。もっとも、ここでいう作為義務には、死体の「葬送」と「監護」という異なる内容が含まれると考えられている³⁶。死体の「監護」が、葬送するまでの間、死体を監督・保護することであるとすれば、監護義務は負うが葬送義務は負わないという立場の者も十分に考えられる³⁷。そうであるとすれば、これらの義務は、その名宛人

-
- 31 夫の暴行により子どもが死亡したため、夫婦で共謀のうえ、子どもを布団でくろみ、布団圧縮袋に詰め、約半年にわたって押し入れ内や転居先クローゼット内に隠匿し、最終的に河原に掘った穴に埋めた事案〔葬送義務、死体遺棄罪肯定〕。なお、本件は、被告人に対して傷害致死罪の共同正犯ではなく、幫助犯が認められた点が着目すべき部分であり、この点を評釈するものとして、濱田新「判批」信経法 6 号 (2019 年) 211 頁。
 - 32 死亡した子ども 4 人の死体をそれぞれ、ポリバケツ内でコンクリート詰めにして押し入れ内に放置し、さらに転居の際にこれを移動させた事案〔葬送義務、死体遺棄罪肯定〕。本件の評釈として、松尾誠紀「判批」新・判例解説 Watch [2019 年 4 月] (速判解 24 号) 173 頁。
 - 33 同居中の異父兄が死亡したにもかかわらず、その死体を約 1 年間にわたって自宅にそのまま放置した事案〔葬送義務、死体遺棄罪肯定〕。
 - 34 便槽内に産み落とした嬰兒の死体を、約 3 週間にわたってそのまま放置した事案〔葬送義務、死体遺棄罪肯定〕。
 - 35 隣人を殺害した後、その死体の頭まで隠れるようにビニルシートをかぶせ、さらにシートの上に木片を数本置いたまま放置し、翌日に死体が発見された事案〔葬送義務、死体遺棄罪否定〕。
 - 36 死体遺棄罪における作為義務として「葬祭を為すべき責務」と「死体を監護すべき責務」が問題となりうることを示すものとして、〔判例③〕等。
 - 37 たとえば、松尾・前掲注 (1) 76 頁は、「死体監護義務者が、埋葬義務者ではない者のうち、いかなる範囲で認められるのか」という問題設定をしているが、これは先行して葬送義務の有無を決定し、葬送義務が存在しない者に対して監

の範囲も異なりうると考えられるので、章を分けて扱う方が適切であろう。

まずは葬送義務から検討していこう。

(1) 判例から得られる検討課題

葬送義務の発生根拠に関して、判例は、一般論としてどのような判示をしているかという点と、当該被告人に対して何に基づいて義務を認められたかという点に分けて捉えることができる。

まず判示の一般論の部分に注目してみると、義務の発生根拠に言及した判例はあまりなく、「死亡した子どもの母である」といった具体的事実を指摘したうえで葬送義務を肯定するという手法がしばしばとられている（〔判例⑮〕、〔判例⑰〕等）。そうした中で、「法令又は慣習」により葬送義務が生じる旨が時おり指摘される（〔判例②〕、〔判例⑤〕、〔判例⑬〕等）。

この点は次のように評しうる。すなわち、「判例は、不真正不作為犯の成否の判断方法を一般的な形で示すことはしてきていない。それぞれのケースの具体的事情の中から重要な事実を抽出した上で、作為義務が肯定できるか、そして、当該犯罪の実行行為性を有するかを検討しつつ、その成否を判断している。」という見方からすると³⁸、作為義務に関する一般的な判示と軌を一にするといえよう。だが、本罪についてはいわゆる形式的三分説（形式的法義務説）³⁹に近い基準を示しているものがいくつかみられるという特徴をもつ⁴⁰。

護義務の存否を判断するという、「2つの段階」を設定した発想であろう。つまり、両義務を負う者の範囲は異なりうると理解が根底にあるように思われる。

38 井田良『講義刑法学・総論〔第2版〕』（2018年）159頁以下。

39 これは、「法令、契約・事務管理、慣習・条理」といった類型を作為義務の発生根拠とする従来の通説的な見解を指す。こうした見解の論者として、大塚仁『刑法概説（総論）〔第4版〕』（2008年）153頁以下等。

40 〔判例①〕に先立って、学説の側では不作為も「遺棄」に当たることが自覚されており、さらに「法令又は慣習」上、一定の行為をすべき者に着目するという主張がみられた。たとえば、神谷健夫＝神原甚造『刑法詳論』（1913年）875頁は、遺棄とは、死体等を「他の場所に放棄し又は之を放置して顧みざる（所謂不作為）を謂う」としており、また、牧野英一『増訂刑法通義全』（1908

さらに、当該被告人に対して何を根拠に義務を肯定しているかという点に着目すると、さらなる特徴があるように思われる。すなわち、「法律」上の葬送義務を肯定したのは〔判例⑬〕のみであり、同判例では具体的に何の法令に着目しているかは明らかでない。義務の発生根拠に言及する判例の多くは、死者と親族関係等にある被告人に対して「慣習」（〔判例①〕、〔判例⑤〕等）に基づき義務が存在する旨を判示している。

以上の判例の傾向から次のような疑問が生じる。すなわち、殺人罪の作為義務や保護責任者遺棄罪の保護義務においても、「親権者たる地位」のようなものに着目する判例は存在するが⁴¹、形式的法義務説の論者は、これを「法令」上の義務であると考えているといえよう⁴²。親族関係等の点では、要扶助者の遺棄罪でも死体遺棄罪でも同様の事実に着目しているにもかかわらず、①法令に依拠して葬送義務を認めることが稀なのはなぜか、という疑問である。

また、判例が形式的三分説に近い基準を示しているとすれば、②「契約に基づく義務」が列挙されていないのはなぜかという点も素朴な疑問とし

年、第18版）327頁は「遺棄とは此等の物件に対し放置するの意思を以て法令又は慣習上為すべきの行為を為さざるの謂なり之を自己より離隔したる地に移し或は此等の物件より自ら離隔する場合は勿論埋葬又は火葬の手續を為さずして之を放置する場合をも包含するものと解す」としていた。

なお、「誰が葬送義務等を負うか」という点に着目して文献を遡っていくと、牧野英一『刑法研究第2巻』（1921年）160頁（以下では、牧野『刑法研究』とする）が、「予輩は、葬祭の義務が何人に存するかにつき、未だ、学者の研究したる所を知る所がない」と述べている点を目にする。

41 広島高判平成17年4月19日（LEX/DB 28105296）等。もっとも、同判決については、具体的事案における事実関係を踏まえた上で、実質的な観点から作為義務の存在を認めたものと解される旨の指摘がある。そうしたものとして、成瀬幸典＝安田拓人〔編〕『判例プラクティス刑法Ⅰ総論〔第2版〕』30頁〔成瀬〕等。

42 法令上の義務として、夫婦の扶助義務（民法752条）や親権者の子に対する監護義務（民法820条）等を例示するものとして、大塚・前掲注（39）153頁等。また、大塚ほか・前掲注（10）300頁以下〔半田靖史〕は、保護責任者遺棄罪の保護義務の発生根拠に関してこれらの規定を挙げる（もっとも、同300頁において、「判決文においては、これらの根拠づけをするものは減少し、徐々に実質的な根拠に言及するようになっていく」との指摘がみられる）。

て挙げられる⁴³。

そして、「慣習」上の義務についてであるが、不真正不作為犯の一般論では、典型例としていわゆる先行行為が存在する場合が挙げられる。より具体的には、たとえば自動車の運転者が歩行者を誤って轢き倒したケースが、作為義務が生じる典型として挙げられることが多い⁴⁴。しかし、死体遺棄罪に関しては、「単に人を殺してその死体を現場にそのままに放置するが如き場合は特に殺人罪を犯した者に死体に付き葬祭を為すべき責務ある場合の外は別に死体遺棄罪を以て問うべき限りにあらず」などとして⁴⁵、別の要素に基づく葬送義務を必要としており、殺人を「先行行為」として扱っていない⁴⁶。そこで、「慣習」のカテゴリーに関しては、③殺人を「先行行為」として着目することがないのはなぜかという点、さらに④葬送義務に関する「慣習」をめぐる、検討課題が何か残されていないかといった点を考える必要がある。

ここで、①～④の検討課題を示してみた。以下では、①～④について順に検討していく方が素直であろうが、②の問いについては、確たる資料も論拠も持ち合わせていないため、ここで簡単な言及をするにとどめたい。

(初期の学説や)判例が「契約」を一般論としてさえ挙げてこなかったのは、従来の葬送が、主として親族や近隣住民等の協力によって担われてきたことが影響しているとは考えられないだろうか。換言すれば、わが国では伝統的に、死者の生前には「無関係」だった者(たとえば業者)が契約に基づいて葬送を行うということがイメージしづらかったという背景があるのではないだろうか。もしこうした推測が妥当するのであれば、「契約」上の義務を積極的に排除する必要があるというだけの論拠にはならない。それどころか、近時はたとえば死者本人が生存中に死後事務を他者(受

43 殺人罪に関して、契約による養育義務を認めたものとして、大判大正4年2月10日(刑録21輯90頁)。

44 大塚・前掲注(39)155頁等。

45 大判昭和8年7月8日(刑集12巻1195頁)。

46 さらに、[判例⑥]も、被害者を殺害した被告人について、「被告人には被害者を葬祭すべき義務がないことは勿論」と述べている。

任者) に対して委任する「(準) 委任契約」ないし「委任契約類似の契約」である死後事務委任契約等の議論が民法上みられる⁴⁷。現在では、死後事務委任契約について、判例がこれを有効と認めるとともに⁴⁸、学説上も(無制限にはないものの)これを肯定的に解する立場が有力に主張されているようである⁴⁹。そして、こうした「死後事務委任契約として実務上、想定されている委任事項」の1つとして「埋葬に関する事項」が挙げられている⁵⁰。そうだとすれば、むしろ現在の日本では、こうした「契約」に基づく義務を肯定したうえで、契約上の義務に違反して(葬送を執り行わずに)死体を放置するようなケースでは、死体遺棄罪の成立を認める余地もあるように思われる。その意味では、判例の理解としても、「法令又は慣習」という基準が、これ以外の要素を認めない趣旨であると解する必要はなく、今後は「契約」等を明示的に付け加えていってもよいのではないだろうか⁵¹。

(2) 「法令」に関して

それでは、前述の問いのうち、**①③④**という順に検討を加え、最後に、

47 谷口聡「公的団体における死後事務委任契約の活用」地域政策研究 22 巻 1 号(2019 年) 14 頁、大島義則「死後事務に関する法的スキーム設計と死後事務委任契約」法セミ 788 号(2020 年) 40 頁等。

48 最判平成 4 年 9 月 22 日(金法 1358 号 55 頁)等。

49 学説の状況については、黒田美亜紀「死後事務委任の可能性」明治学院ロー 18 号(2013 年) 31 頁以下、谷口聡「故人の生前意思実現法理としての死後事務委任」高崎経済大学論集 59 巻 2・3・4 号(2017 年) 17 頁以下(同 18 頁で、「現在の多くの学説は、一言で言えば、制限的に死後事務委任契約を認めるということになるように思われる」とする)等を参照。

なお、受任者が委任者の相続人の意向を無視して委任者の意向に沿って代理権を行使することを承認することについては、遺言制度の脱法となり許されないのではないかという見解を支持するものとして、河内宏「死後の事務処理を含む委任契約と委任者の死亡」リマークス 1994 <下> 58 頁等。

50 大島・前掲注(47) 40 頁。

51 葬送義務の発生根拠について、契約も明示するものとして、園部・前掲注(24) 16 頁、大谷實『刑法講義各論〔新版第 5 版〕』(2019 年) 551 頁、濱・前掲注(11) 23 頁以下等。死体の監護義務に関する記述の中ではあるが、「法令、契約又は慣習上」の義務という理解を示すものとして、松下・前掲注(13) 175 頁以下。

作為義務の発生根拠として明示的に述べられておらず、形式的三分説の枠内には包含しづらい課題を、⑤「その他の検討課題」として扱いたい。

まず、①「法令に依拠して葬送義務を認めることが稀なのはなぜか」という問いについてである。

わが国で、葬送に関する法令といわれて真っ先に浮かぶのは、いわゆる「墓理法」であろう。この法律は葬送に関する事項を規定しており、一例を挙げると、葬送を行う者に対して「埋葬又は焼骨の埋蔵は、墓地以外の区域に、これを行ってはならない」ことを定める（4条1項）などしている⁵²。しかし、このように葬送に関する法律であるにもかかわらず、墓理法が作為義務の発生根拠となると主張する見解は、現在のところ見当たらない。そして、こうした状況は妥当であるように思われる。というのも、墓理法には葬送義務を誰が負うかという点についての一般的な規定はなく、同法は、葬送を実施する者がすでに決まっていることを前提として、その者が行うべき手続を定めているにすぎないからである⁵³。

そこで、学説の多くは、法令上の義務を意識する場合であっても、民法や戸籍法といった法令から（さらには慣習や習俗等をも踏まえて）、義務者を特定せざるをえないと解している⁵⁴。ただし、これらの法令が、どのような意味で本罪とかかわるのかという点や、ある法令だけでは葬送義務を発生させる根拠にならないという点を詳しく説明するものはほとんどみられないといってよいだろう。そこで本稿では、これらの法令において、どの規定が本罪とかかわるのかを確認し、その規定が葬送義務の発生根拠となりうるかという点を1つずつ検討していきたいと思う。

52 同法4条に違反する行為をした場合についての罰則規定（21条）等も設けられている。

53 原田保「死体損壊・遺棄罪の成立範囲」愛学46巻2号（2005年）14頁注18、仲戸川・前掲注（27）90頁等。ただし、「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、墓理法9条で葬送義務者が規定されている。

54 濱・前掲注（11）30頁、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）123頁等。

A) 民法上の規定

まず、具体的な法令としては、上述のように民法が挙げられるが、その際にはとりわけ 897 条への言及がみられる⁵⁵。民法 897 条は、「祖先の祭祀を主宰すべき者」（祭祀主宰者）が系譜・祭具・墳墓を承継する旨を定めた規定である⁵⁶。一見ただけでは、本稿の扱う「死体等の葬送義務」との関連性が明確ではないので、簡単にではあるものの説明を加えておきたい。

元来、この規定は、（明治民法の家督相続制度の影響を残しつつ、）祭祀のために必要な財産が誰に承継されるかという点を定めるものである⁵⁷。まず、同条の「祖先」についてだが、これは特定の誰か（たとえば父亡といたつた個別の死者）ではなく、観念的に一体となったものを対象としているという理解が一般的であった⁵⁸。この点は、同条によって承継される財産の筆頭に「系譜」が挙げられていることから明らかとされる⁵⁹。

だが、家督相続制度が否定されるなどの変化の中で、この規定の解釈も変わってくる。判例は、「祖先」という観念的なものではなく、個別の死者の祭祀（とりわけ直近に開始した相続における被相続人、たとえば「親」を対象とする祭祀）を念頭においた財産（たとえば位牌）が祭祀主宰者に帰属することを認め始めた⁶⁰。さらに、祭祀のための財産にどういったも

55 原田・前掲注（53）14 頁注 18 等。

56 民法 897 条（祭祀に関する権利の承継）は、以下のように規定する。

①系譜、祭具及び墳墓の所有権は、前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。ただし、被相続人の指定に従って祖先の祭祀を主宰すべき者がいるときは、その者が承継する。

②前項本文の場合において慣習が明らかでないときは、同項の権利を承継すべき者は、家庭裁判所が定める。

57 同条の沿革や立法のあり方については、二宮周平「葬送の多様化と民法 897 条の現代的意義」戸時 698 号（2013 年）2 頁以下・同 699 号（2013 年）33 頁以下、梶村太市『裁判例からみた祭祀承継の審判・訴訟の実務』（2015 年）30 頁以下等を参照。

58 潮見佳男【編】『新注釈民法（19）』（2019 年）178 頁以下〔川淳一〕。

59 潮見・前掲注（58）179 頁〔川〕。

60 東京高判昭和 62 年 10 月 8 日（家月 40 卷 3 号 45 頁）等。詳細については、潮見・前掲注（58）179 頁〔川〕。

のが含まれるかという点も、検討されている。条文に明記されている系譜・祭具・墳墓についてはむしろ問題がないものの、判例の事案ではしばしば「遺骨（焼骨）」の扱いが問題となっている⁶¹。そして、判例は遺骨が所有権の客体であることを認め⁶²、そのうえで遺骨を（一般的な財産の相続とは区別して）祭祀主宰者に帰属させている⁶³。このように、遺体や遺骨が祭祀主宰者に帰属するという点で、死体等の取り扱いが問題となる死体遺棄罪との接点が見出されることになる。

それでは次に、同条における祭祀主宰者は誰かという点をみてみよう。同条によると、祭祀主催者は（a）被相続人の指定、（b）慣習、（c）家庭裁判所の審判の順によって決まることになる。なお、死体遺棄罪における葬送義務でも「慣習」が問題となりうるため（b）につき簡単に触れておくと、民法 897 条における「慣習」とは、祭祀財産承継の問題の起こっているその地方の慣習や被相続人の出身地の慣習あるいはその職業に特有の慣習等であるとされる⁶⁴。しかし、戦後間もないころの判例が、家督相続人が祭祀を承継するという「慣習」を否定して以降⁶⁵、家制度的な慣習

61 「遺骨」の扱いについては、潮見・前掲注（58）180 頁以下〔川〕参照。なお、同 181 頁以下では、「明示的に『遺骨』という言い方で争われているものは、確認できるかぎり、先祖一般の遺骨ではなく直近に開始された相続における被相続人のそれである。おそらくは先祖一般の遺骨は墳墓と一体のものと観念されていることのゆえであろう。」と指摘する。

62 名古屋高決平成 26 年 6 月 26 日（判タ 1418 号 142 頁）等があり、こうした理解が一般的とされる。これに対して、「所有権の客体とはならない」と解するものとして、東京地八王子支判昭和 48 年 9 月 27 日（判時 726 号 74 頁）。

63 最判平成元年 7 月 18 日（家月 41 卷 10 号 128 頁）等。同判決では根拠となる条文は示されていないものの、高知地判平成 8 年 10 月 23 日（判タ 944 号 238 頁）、東京家判平成 21 年 3 月 30 日（家月 62 卷 3 号 67 頁）、大阪家判平成 28 年 1 月 22 日（判タ 1431 号 244 頁）等では、民法 897 条を準用するという形が採られている。また、福岡高決平成 19 年 2 月 5 日（判時 1980 号 93 頁）は、「本件で問題となっているのは、被相続人の遺骨を祀る権利であるが、これも同条〔民法 897 条〕の対象となることは当然である」とする。

64 谷口知平＝久貴忠彦（編）『新版注釈民法（27）相続（2）〔補訂版〕』（2013 年）85 頁〔小脇一海＝二宮周平〕。

65 大阪高決昭和 24 年 10 月 29 日（家月 2 卷 2 号 15 頁）。家督相続人が祭祀を承継するのは、法律の適用であり、仮にそうした慣習があったとしても、それは「封建的な家族制度を廃止し個人の尊厳自由等を基礎として制定された」新民法の

の存在を認めたものはなく、また何らかの地域的な「慣習」の存在を認めたものもほとんど存在しないとされる⁶⁶。それから、祭祀主宰者の具体的な、死者との身分関係についてもみておくと、「承継者は、必ずしも被相続人の親族関係者殊に相続人にかぎらず、かつまた、同氏者たるを要しない」という見解が通説であるとされている⁶⁷。

以上、民法学における判例・通説を中心に同条の解釈を概観して、遺体や遺骨の所有権が、被相続人（死者）の指定する者を始めとする「祭祀主宰者」に帰属する点を示してきた。説明を要する点はまだ残されている。以上のような所有権（権利）が、葬送の義務とどのように結びつくのだろうか。この点、「遺体への支配権は、……腐敗等による客体それ自体の有害化を防ぐ強度の社会的要請に迅速に応え、葬送等の慣習法的義務を負った権能という性質を持つのは不可避であって、この権能は権利というより義務に対応する権限に近い」という指摘がある⁶⁸。そうであるとすれば、遺体・遺骨の扱いとしては、葬送や管理など一定の行動に限られることになり⁶⁹、死体に対する所有権は「実質的に義務的側面を持つ」と解することにつながる⁷⁰。

もっとも、民法 897 条は、この条文だけでは、ある者に対して刑法 190 条の葬送義務を根拠づけるのに十分ではないと思われる。その結論に至るにはいくつかの理由があるが、本稿では次の点を挙げておきたい。

第 1 に、同条の祭祀主宰者の列挙をみる限り、死体遺棄罪で用いることが困難なケースが多々生じる基準ではないかと思われるのである。確か

「立法趣旨に逆行することとなるもの」であるから、慣習として扱うことはできない点を示し、新民法の「慣習に従つて祭祀の主権者を定める律意は、新民法施行後将来新たに育成される慣習に従わせようとするものである」、「今の所かような社会慣習の成立を認めるに足りる資料がない」との考えを示している。

66 谷口=久貴・前掲注(64) 85 頁〔小脇=二宮〕。

67 谷口=久貴・前掲注(64) 84 頁〔小脇=二宮〕。

68 鈴木龍也〔編著〕『宗教法と民事法の交錯』（2008 年）234 頁〔池田恒男〕。

69 遺骨の所有権につき、「性質上埋葬、管理、祭祀、供養の範囲内で権限を行使できるものであって、通常の所有権の概念からは著しく離れて〔いる〕」旨を指摘するものとして、高知地判平成 8 年 10 月 23 日（判タ 944 号 238 頁）。

70 松尾・前掲注(1) 79 頁。

に、「被相続人（死者）の指定」といった形で、死者の意思をも考慮要素とする点は、死者に相当近い者が選ばれるであろうという点や、義務を負う者が特定されるという点においても興味深い。しかし、こうした指定がない場合、家庭裁判所の指定における協議や調停を経て所有権者が決まるとすれば、（遺骨はまだしも）遺体の場合には義務の発生が遅きに失するものとなりかねないように思われる⁷¹。

第2に、本稿で参照してきたケースは基本的に複数の者が所有を主張する（遺骨等を欲する）場合であったが、これを望まない者に対してはどのように対応するかという点から疑問が生じる⁷²。この点、民法897条に基づく承継者は、権利承継を放棄したり辞退したりすることはできないという見解が、民法学上通説的であるとされている⁷³。そのため、「祭祀を主宰すべき者」という同条の法文は、祭祀の主宰が義務であると解す余地がありうるにもかかわらず、たとえば被相続人が祭祀主宰者として指定した人物が、祭具や墳墓を承継したにもかかわらず、これを主宰しなかったとしても「その者は被相続人の道徳的宗教的希望を託されたのみで祭祀を営むべき法律上の義務を負担するものではない」と理解されている⁷⁴。こうした点からすると、遺体や遺骨についても、それが誰に帰属するかは同条により解決できる（そして、これは一般的な権利に比べると義務的側面をもつという）であろうが、はたして同条から葬送の義務が導かれるとまでいえるだろうか。確かに客体の性質の違いがあるとはいえ、同条が

71 民法学上の学説ではこれまで、遺体・遺骨を一括して所有権の客体性、帰属原因、帰属者を議論してきたが、両者には違いがあり、「遺体の場合、特別な保存方法を用いない限り、腐敗が急激に進行することから、衛生上速やかに火葬など一定の処分をする必要があり、葬送を行う近親者に処分を委ねることが妥当である」旨を指摘するものとして、谷口=久貴・前掲注（64）88頁〔小脇=二宮〕。

72 最近では、墓地の価値が下落したこともあって、関係者間での祭祀承継の押し付け合いも目立つようになった旨を指摘するものもある（梶村太市『新家事調停の技法』（2012年）297頁）。

73 潮見・前掲注（58）183頁〔川〕等。

74 宇都宮家栃木支判昭和43年8月1日（家月20巻12号102頁）。さらに、広島高判昭和26年10月31日（高民集4巻11号359頁）では、「系譜」等を承継した後に、譲渡や廃棄するなどの処分も自由であるとされている。

規定する系譜等を承継した場合はこれを祭祀する義務はなく自由に処分や放置をしてよいが、同条を準用する遺体・遺骨については葬送を義務づけているものであるという構成にはやや違和感を覚える。そして、こうした疑問が妥当であるとするならば、同条を拠り所として、遺体や遺骨を葬送する刑法上の義務を根拠づけることについても疑わしいと考えるべきように思われるのである。

B) 戸籍法

次に戸籍法を確認していこう。戸籍法が死体の葬送義務と密接に関連すると解されているのはなぜだろうか。この点、戸籍法上、葬送に関連する規定として、87条が挙げられる。87条は、死亡届の届出義務者に関する規定である⁷⁵。この規定は、死者と一定の関係にある者が死亡届の届出義務を負うことを明記しているが、その趣旨は、相続の開始原因となる「死亡」事実を公示公証する必要があるため、もっとも迅速に届け出ることが期待できる一定の者に義務を負わせる点にあるとされている⁷⁶。

以上の説明のみでは、「死亡届の届出」だけが義務の内容であるようにみえ、死体遺棄罪における葬送義務との関連性が判然としない。死亡届と葬送との関連性については、さらに説明を補う必要がある。現在の日本

75 戸籍法 87 条は、以下のように規定する。

① 次の者は、その順序に従って、死亡の届出をしなければならない。ただし、順序にかかわらず届出をすることができる。

第一 同居の親族

第二 その他の同居者

第三 家主、地主又は家屋若しくは土地の管理人

② 死亡の届出は、同居の親族以外の親族、後见人、保佐人、補助人、任意後见人及び任意後見受任者も、これを行うことができる。

76 南敏文『はじめての戸籍法〔改訂版〕』（2000年）168頁以下参照。改正前の規定に関してはあるものの、谷口知平『戸籍法〔第3版〕』（1986年）219頁以下は、「人は死亡によってのみ権利能力を失〔う〕……など財産法上、身分法上重大な影響がある。しかも、死亡の日時分によって生存者の利害に重大な差異を生ずることがあるので、戸籍上、迅速的確に錯誤遺漏なく、死亡の記載がなされるようにいろいろの処置が講ぜられる」とし、また、加藤令造＝岡垣学『全訂戸籍法逐条解説』（1985年）576頁は、同条の説明の中で、「迅速的確な報告を求めようとする」というのが「法の趣旨」であるとする。

では、死亡届を提出することにより火葬・埋葬許可証が発行され、しかもこの許可証を用いてようやく火葬や埋葬ができるというシステムになっている。この点を踏まえると、届出義務者が葬送をしなければ「死体は埋葬されないままになるのであるから、埋葬権者は死体を適切に埋葬しなければならないというべき」⁷⁷という考えに結びつきうる。

もし、この届出義務規定を葬送義務に直結させ、届出義務を負う者が葬送義務をも負うと解するのであれば、戸籍法 87 条 1 項に基づき、①同居の親族、②その他の同居者、③家主等といった者が義務を負うことになる。その一方で、同条 2 項は「[届出を] することができる」と資格を付与しているにすぎず、義務規定となっていないため、たとえば一人暮らしをしている親と遠隔地に住む子どもとの間では、親が死亡していることに気づいた場合も、葬送義務を負わないという帰結が導かれよう。こうした帰結がはたして妥当なものとして受け入れられるかは疑問の余地がある。

以上の点を別にしても、戸籍法 87 条 1 項によって誰かに葬送義務を根拠づけることができるかという点、やはり疑わしい面がある。死亡届の届出義務と葬送義務は別の行為に関する義務であるといわざるをえない。死亡届の届出は義務づけられても、その後については、火葬・埋葬許可証を他者に委ねるなどして、届出義務者が葬送義務まで負うものではないということも十分に考えられる。また、逆に、戸籍法 87 条 1 項で列挙されている者は上述のようになりに幅広い。ここに列挙されている者であれば葬送義務を負わせてよいだろうか、この範囲を限定する論理は戸籍法から導けるのだろうかといった疑問も浮かぶであろう。

C) 生活保護法

そこで、民法や戸籍法の他に、葬送にかかわる規定が存在しないかみてみると、たとえば生活保護法にも、葬送するのは誰かという点に示唆を

77 松尾・前掲注(1) 79頁。

与えるような規定がある。生活保護法 18 条は葬祭扶助の規定を設けており⁷⁸、この制度は、生活困窮等により死亡者の葬祭を行うことができない場合に、国が死体の運搬・火葬または埋葬・納骨等の最低限の葬祭費用を負担するものである。そして、同条 1 項は、死亡者の遺族または扶助義務者が困窮のため葬祭を行うことができない場合に適用されるものであると解されている⁷⁹。

かつて生活保護法が改正された時代には、次のような説明がみられた。直系血族及び兄弟姉妹等は、その間で扶養する義務を生じるが、「この扶養義務の中にその被扶養者の葬祭をすることが含まれるというのが判例の示す結論である。換言すれば、扶養義務者は互に相手方の葬祭をする法律上の義務を負っている訳である。かかる考え方に基き旧法は扶養権利者が死亡した場合にその最低限度において行うことは最低生活の内容に含まれるとする立場に立ち、その扶養義務者が葬祭を行うことができない場合にはこれに対し葬祭扶助を適用してきたのである。新法の葬祭扶助も亦これと全く同一の考え方に立っている。」というものである⁸⁰。ここでいう「判例」が具体的にどれを指すかは明らかにできていないものの、もし以上のような説明に依拠するのであれば、(民法上の扶養義務を参照するなどしつつ)法令に基づく義務が存在すると主張する余地もありそうである。

78 生活保護法 18 条（葬祭扶助）は、以下のように規定する。

①葬祭扶助は、困窮のため最低限度の生活を維持することのできない者に対して、左に掲げる事項の範囲内において行われる。

- 一 検案
- 二 死体の運搬
- 三 火葬又は埋葬
- 四 納骨その他葬祭のために必要なもの

②左に掲げる場合において、その葬祭を行う者があるときは、その者に対して、前項各号の葬祭扶助を行うことができる。

- 一 被保護者が死亡した場合において、その者の葬祭を行う扶養義務者がいないとき。
- 二 死者に対しその葬祭を行う扶養義務者がいない場合において、その遺留した金品で、葬祭を行うに必要な費用を満たすことのできないとき。

79 栃木県弁護士会〔編〕『生活保護法の解釈と実務』（2008 年）90 頁。

80 小山進次郎『改訂増補生活保護法の解釈と運用（復刻版）第 1 分冊』（1975 年）283 頁。

もっとも、この生活保護法 18 条もまた、その文言を素直に読む限りにおいては、死者の遺族のように「死者と一定の関係にある者」が葬送等を行う際に扶助を認めるものにすぎないようにみえる。そうであるとすれば、死者と一定の関係にある者に対して、同条を根拠として葬送義務を負わせることには疑問の余地がある。

D) 法令に関する検討のまとめ

以上で検討してきたように、各種の法令を参照しても、誰かに対して葬送を義務づける直接的な規定は見出せず⁸¹、個別の法令を明示することでむしろ上述のようなさまざまな批判が向けられかねない。こうした点があって、判例・学説は義務の発生根拠を示すにあたって、「法令（又は慣習）」という一般的な基準を示しつつも、特定の法令名や具体的な規定を挙げることはなく、また、個々のケースで法令上の義務を（ほとんど）認めてこなかったのではないかと考えられる。

その一方で、学説の中には、「民法や戸籍法などの法令の趣旨」⁸²によって葬送義務の有無を判断するという形で、「法令」に意義を見出そうとする見解も近時は存在する。これはどのような考慮をしているのであろうか。義務を根拠づけるにあたって、ややブラックボックス化した表現にとどまっているといわざるをえないように思われる。本稿では、こうした主張を根拠づけるべく、わずかながら試論を展開してみたい。

民法や戸籍法といった法令の規定は、葬送に関連する事柄についてさまざまな観点から定められており、これらは各規定特有の目的を達成するという点で有意義であるのはもちろんのこと、葬送を誰が行うかという点についても異なる角度から示唆を与えられと思われる。適切な葬送はそもそも、(a) 死体を支配下に置いた者が、(b) (近時はいわゆる「直葬」などさまざまな形式がみられるとはいえ) 一定の手続の下で行うものである。こう

81 濱・前掲注(11) 30頁および注11を参照。

82 橋爪・前掲注(1) 256頁等。

した観点からは、(a) 民法は誰が遺体・遺骨を所有し、支配下におくかという視点を提供し、(b) 戸籍法は誰が火葬や埋葬の適切な手続きを取りうるかという視点を提供するものである。もっとも、これらの法令は、それぞれの目的が異なるために、各規定で定められた死者との身分関係には相違や広狭がある。ただ、これらの法令や、さらには生活保護法などのいわば「共通項」として、「死者の親族」や「生前、死者と密接な関係にあった者」が挙げられており、葬送もこれらの者が行うことが想定されているということは可能であろう。

もっとも、以上のような考慮では、なお誰か特定の者に対して「法令上の義務」を根拠づけるには十分でない。これらの法令からは、「死者の親族」や「生前、死者と密接な関係にあった者」など、「葬送義務が生じうる(外) 枠」しか見て取れず、こうした関係にある者が複数いるときの順位づけ(先順位)がどうなるかなどは不明である。しかも、これは画一的・形式的に決めればよいものではなく、地域ごとの特殊性も考慮する必要がある。

そのため、学説上も、各種の法令の趣旨だけでなく、「地域における習俗・慣習等を踏まえ」ることを要求し⁸³、最終的な義務者を決定していこうという発想を有するのではないだろうか⁸⁴。もしこうした発想であるとするならば、実際に「義務者の特定」にとって決定的なのは習俗という意味における「慣習」であることになるし、判例のように最初から「慣習」によって義務者を特定していくという考えと本質的な違いはないことになろう⁸⁵。

83 橋爪・前掲注(1) 256頁等。

84 [判例④]では、明示はされていないものの、おそらく屋内で就寝していた死者の子(＝被告人の父)に葬送義務を認めるという「順位づけ」がされた結果として、親族関係にある被告人(＝死者の孫)に対して葬送義務ではなく監護義務を肯定したのだらうと思われる。こうした「順位づけ」について、法令を援用できるケースもあろうが、誰が喪主をするのかといった点からも推測できるように、地域の「慣習」による差がありえよう。

85 本文中の考察は、(「慣習」が通常のケースでは重要な基準となることを示すものにすぎず、)個別の「法令」に基づく義務がありえないことを意味するものではない。前掲注(53)で示したように墓理法では一定のケースにつき市町村長に葬送義務を定めているほか、刑事収容施設法177条1項が「被収

(3) 「先行行為」に関して

以上のような理解に基づくと、わが国の葬送義務の発生根拠として決定的なのは、習俗という意味における「慣習」であることになる。とはいえ、不真正不作為犯の一般論に目を向けると、単に「慣習・条理」を基準として挙げるだけでは作為義務が認められる範囲につき明確さが欠けるおそれがあるため、学説では慣習・条理上の作為義務が認められる場合の類型化が試みられ、その一類型として「先行行為」に基づく作為義務を挙げるものが少なくない⁸⁶。つまり、先行行為により結果の発生する切迫した危険を生じさせた者は、その発生を防止する義務を負うという主張がしばしばみられるのである⁸⁷。そして、判例でもたとえば殺人罪等に関しては、先行行為（危険創出）が作為義務の発生根拠とされている事例は複数認められることが指摘されている⁸⁸。そうであるとすれば、死体遺棄罪においては、㊦作為義務の発生根拠として、被害者を殺害した行為（殺人）を「先行行為」とすることがないのはなぜかという点が問題となる。

これは伝統的な論点であり、結論の点では現在、学説に異論はみられないといえよう。本稿もその結論には特に異存はない。また、判例も殺人を理由として作為義務を認めていない点は前述のとおりである。もっとも、学説上その結論を導く論拠にはいくつかのものがみられる。そこで、本稿ではその論拠の点についてのみ簡潔に検討しておきたい⁸⁹。

容者が死亡した場合において、その死体の埋葬又は火葬を行う者がいないときは……その埋葬又は火葬は、刑事施設の長が行うものとする。」と定めるなどしている。こうした者が葬送をしなかった場合には、法令上の義務に違反したことを根拠に（不作為による）死体遺棄罪を肯定することも考えられよう。

86 福田平『全訂刑法総論〔第5版〕』（2011年）92頁等。なお、このように先行行為に基づく作為義務を「条理上の義務」と位置づけることに疑問を提起するものとして、原田・前掲注（2）64頁注43。

87 大塚・前掲注（39）155頁等。

88 大塚裕史ほか『基本刑法Ⅰ総論〔第3版〕』（2019年）85頁以下等を参照。

89 牧野『刑法研究』・前掲注（40）160頁は、人が他人を殺害した場合、その死体について適当な処置をしないで放置するのは「当然待ち設けねばならぬこと」として、（少なくとも不作為による）死体遺棄の事実は、「殺人の事実」に当然予定され、包括されて居る」と指摘していた。

たとえば殺害行為を行った者には（葬送義務を負うか否かにかかわらず）もはや葬送を「期待」しえないため、「葬祭義務者たると否とに拘らず、人を殺害したる者が該死体を放置するも別に刑法第 190 条の犯罪は成立せざるものと解するのが正当である」という指摘が古くからみられた⁹⁰。しかし、これが刑法学上の期待可能性のような要素を一般化して、行為者に対する（不作為による）死体遺棄罪の成立を否定する趣旨であるとするれば疑問の余地がある。殺人罪の故意で先行行為を行ったからといって、義務の履行について常に期待可能性が乏しいということはできるだろうか⁹¹。〔判例①〕や〔判例⑫〕等、死体遺棄罪の成立が認められてきた事例が、（親族関係により葬送義務が肯定されうる事案にもかかわらず、）期待不可能であることを根拠として不可罰となりかねないが、はたして許容しうる結論であろうか。もしこうした結論が許容しえないとすれば、行為者に対する「期待」に着目するよりも、いわば先行行為としての「性質」に着目した説明の方が望ましいのではないかと思われる⁹²。先行行為をした者にその後の結果回避義務が生じる理由が、「法益侵害の切迫した危険を創出した者はその危険が現実化することを防止しなければならない」という発想だとすれば、殺人は、死体遺棄罪の法益を害する切迫した危険を創出する行為ではない、といった説明である。確かに、殺人は「死体を創出する」行為であり、死体遺棄罪の法益侵害に向けた流れを開始する際に必要な条件の 1 つ（死体の存在）を設定している。しかし、たとえば殺人罪における先行行為と比較すると、法益侵害との直接的な関連性がある行為や、切迫した危険を創出し増加するような行為（たとえば交通事故で他者に対して重大な傷害を加える行為に相応するもの）とまではいえない

なお、「殺人行為後の死体遺棄罪の成否」という問題については、（作為形態の「遺棄」も不作為形態の「遺棄」も検討しているが、）本稿より詳細な分析をする近時の文献として、山下裕樹「判批」関法 66 巻 2 号（2016 年）110 頁以下等がある。

90 坂本英雄「殺人罪と死体遺棄罪」法論 18 巻 1 号（1939 年）64 頁等。

91 殺人罪の故意で重傷を負わせた後に、救命措置を講じる義務を期待できるかという文脈ではあるものの、橋爪・前掲注（1）261 頁を参照。

92 山下・前掲注（89）113 頁および注 12 を参照。

ように思われる⁹³。

(4)「慣習」に関して

先行行為に基づく義務ではなく、習俗という意味での「慣習」に基づき義務を認める場合、その限界に不明確さが残る点はやむをえないといえよう。とはいえ、④葬送義務に関する「慣習」をめぐって、検討課題が何か残されていないだろうか。

まず判例は、どのような場合に「慣習」上、葬送の義務を負うと解しているかを確認しておこう。この点については、「母は慣習上其の死児の葬祭を為すべき責務を有すること明白」(判例①)であるとしたり、死者「兩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」としたり(判例⑤)、死者との身分関係を示したうえで「慣習」上の義務を認める傾向がある。確かに、わが国では一般的に死者とこれらの関係にある者が葬送を行っていることは間違いない⁹⁴(し、これらの事案で死者ともっとも身近な関係にあるのが被告人であろうと推察される)。

もっとも、葬送の形式だけをとっても、元来地域差があり⁹⁵、火葬が一

93 本文中の説明は、「殺人行為は先行行為に当たらない」という点のみを根拠づけるものであって、)死体遺棄罪では「先行行為」がおよそ作為義務の発生根拠とはならないという主張にはなっていない。死体との身分関係が重視されている葬送義務では適切な例を提示することは困難であるように感じられるものの、死体の監護義務については、場合によっては先行行為に基づく義務を認める余地があるかもしれない。たとえば、過失等により死体の置かれた環境をより悪条件に設定した者について、そのままでは死体の腐敗等が進行するのであれば、葬送を行う者のためにこの腐敗等を避ける義務を負わせることも可能なように思われる。

94 「親族等の血縁者がなぜ葬送する義務を負うといった慣習ができたのか」については、他の研究分野の知見に依拠するより仕方ないように思われるが、葬送に関する書籍でも同様の問題意識が示されている状況である。文献をまったく網羅的に調査できていないが、勝田至「中世民衆の葬制と死穢」史林 70 巻 3 号(1987 年)46 頁以下、高橋繁行『土葬の村』(2021 年)244 頁以下等を参照。

95 葬送の形式においては、日本でもさまざまな形態があり、たとえば与論島では明治時代までいわゆる「風葬」が行われていたことはよく知られている。だが、この風葬については、「衛生面から廃止すべく、鹿児島県が 1877(明治 10)年

一般的な葬送として定着してからも 2000 年代以降になって急激な変化が生じている旨を指摘するものが散見される⁹⁶。このように「葬送に関する慣習」が少しずつ変化し続けているとすれば、葬送義務を負う者についても同様のことが起こりえよう。人々の暮らし方について、伝統的な三世代同居といった様式や核家族世帯だけではなく、法的には親族でない者同士が同居する様式や単独世帯の増加など、現在では多様化しており、こうした流れは続いていくように感じられる⁹⁷。こうした変化に伴い、社会的に葬送を行うと期待される者・義務を負う者の範囲や対象が多様化した場合、(伝統的な同居の親族といった者に限られず)さまざまな関係性の者が「葬送を行う候補者」として挙げられていくことになる。そうした場合、さまざまな関係者(たとえば親族以外の同居者と、同居していない親族がいる場合等)の中で、誰が葬送義務を負うのか、「義務者を特定する」ための順位づけにつき「慣習」が役割を担うこととなるのは前述のとおりであるため、今後も日本の「慣習」の動向を注視し続けていく必要がある⁹⁸。

9月21日、沖永良部島に論達を出した」。その後、1886(明治19)年に「痲瘡が大流行して千数百人もの死者が続出し、この時再び風葬の厳戒令が出され」、結局のところ「島の多くの郷土史は1902(明治35)年が土葬に移行した年と伝えている」とされる(以上につき、町健次郎「与論島の葬法」近藤功行=小松和彦〔編著〕『死の儀法』(2008年)89頁以下)。

- 96 新谷尚紀『葬式は誰がするのか』(2015年)137頁以下、同「葬式は誰がするのか、してきたのか?」関沢まゆみ〔編〕『盆行事と葬送墓制』(2015年)60頁以下等。さらに、井上治代『墓と家族の変容』(2003年)241頁以下および268頁以下、片桐直人「死の個人化と法」法セミ788号(2020年)16頁以下等も参照。
- 97 2015年以降、同性のパートナーシップ制度を施行する自治体が増加しているといった情報もよく見聞きする。また、単独世帯の増加予想については、国立社会保障・人口問題研究所「日本の世帯数の将来推計(全国推計)2018(平成30)年推計」10頁〔http://www.ipss.go.jp/pp-ajsetai/j/HPRJ2018/hprj2018_gaiyo_20180117.pdf〕を参照〔2022年1月5日最終閲覧〕。
- 98 ひろん、葬送の変化を注視するだけで、すべての変化を追認し、法的規制をまったくすべきでないという立場を採るものではない。許容しえないような一定の変化に対しては、規制のあり方を検討していく必要もあろう。葬送義務者についてではないが、近年の「新たな葬法」について問題提起をするものとして、原田保「散骨や手元供養など個人主義的葬法に犯罪性はないか」月刊住職19巻2号(2017年)114頁、同「遺骨ペンダントなど手元供養は法的に許されるか」

さらに、以上の考慮とも関連するが、親族等の身分関係が存在しても義務を免れる可能性はあるのかという問題（たとえば「長年にわたって音信不通や関係断絶だった」という状況下で、親の死に際して、一人っ子であればその身分関係ゆえに葬送義務を絶対的に負わなければならないのかといった問題）も考えておく必要があるように思われる。

以下では、こうした意味での死者（死体）との個別具体的な関係性、ひいては死体のおかれた状況（たとえば、行為者の支配下に死体があるか否かなど）といった「実質的な基準」を追加的に設定して、処罰範囲を限定する可能性を探ってみたい。なお、こうした実質的な基準も、その「基準を充たしており、慣習上義務を負う」といった形で、「慣習」の枠内で考慮することもむろん可能であろう。ただ、従来議論では、「慣習」として意識されてきたのは、死者との個別具体的な関係性等ではなく、「その地域独自の風習」による順位づけの観点等ではないかといった点に鑑みて、本稿では項目を改めて検討することにしたい。

(5) その他の検討課題

この項目では、死者（死体）との個別具体的な関係性等の問題を、形式的法義務説の枠内に収まらない⑤その他の検討課題として扱うことにしたい。もっとも、「実質的な基準」を考慮すること自体は、不真正不作為犯一般では判例・学説上珍しいものではない。

不真正不作為犯の成立要件について、判例は、たとえば殺人罪に関する「シャクティ事件」において⁹⁹、「被告人を信奉する患者の親族から、重篤な患者に対する手当てを全面的にゆだねられた立場にあった」こと（保護の引き受け、排他的支配）をも根拠として作為義務を肯定した¹⁰⁰、という

月刊住職 19 卷 6 号（2017 年）106 頁等。

99 最決平成 17 年 7 月 4 日（刑集 59 卷 6 号 403 頁）。

100 大塚ほか・前掲注(88)86頁。こうした保護の引き受け等の観点だけでなく、「自己の責めに帰すべき事由により患者の生命に具体的な危険を生じさせた」こと（先行行為）をも合わせて考慮し、作為義務を認めているとの評価がなされている。

評価が一般的である。そして、学説においても、「行為者に法益の維持等が具体的かつ排他的に依存している」関係を要すると主張する見解が有力化しているといえよう¹⁰¹。

では、死体遺棄罪の葬送義務は、(殺人罪などと異なり、) こうした引き受け・排他的支配といった実質的な要素と無関係なのだろうか。この点については、「[死体遺棄罪の] 作為義務は事実的な支配状況……によって生じるものではな [い]」にもかかわらず、「従来は、埋葬義務が支配等の事実的要素によって認められるものではないということが意識されなかった」といった指摘がみられる¹⁰²。この指摘は、本罪に関していえば「実質的な基準」が不要ではないかという問題意識をもつものと思われる。

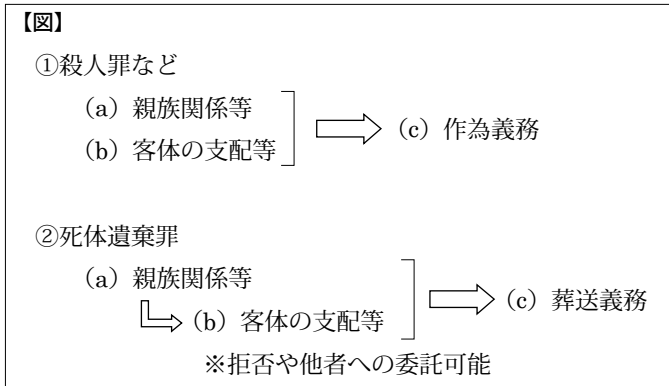
確かに、行為者の支配下に死体があるか否かにかかわらず、親族等が葬送を行うというのが日本の慣習であって、他の罪と同様の「実質的な基準」(排他的支配等)を要求する必要性に懐疑的な問題意識には首肯しうものがある。だが、実質的な観点を完全に「不要」としてしまってもよいかは検討の余地がある。というのも、第1に身分関係等の形式的な基準だけでは、前述のように、死者と長らく関係が断絶していても唯一の遺族であること等を理由に葬送義務が生じかねないし、第2にそもそも、たとえ一時的にせよ自らの支配下に死体があって初めてその死体を「遺棄」できるといえるように思われるからである¹⁰³。また、実務上も、基本的には自宅等で自らの支配下に死体を置いているケースを処罰対象としているよう

101 井田良『刑法総論の理論構造』(2005年)41頁以下は、「見解にほぼ一致の
あるところは、大前提として、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がなければならぬことである」という。井田・前掲
注(38)157頁「保証者の地位を肯定するための前提」をも参照。

102 松尾・前掲注(1)79頁、および80頁注20。

103 牧耕太郎「不作為による死体遺棄罪とその終了時期」上法59巻3号(2016年)
195頁は、「遺棄」という言葉のもつ「捨てる」という語について、「現象とし
ては、当該物等に対して、一度支配力を獲得し、それを放棄するということ」
と説明するが、本稿の問題意識は、この「一度支配力を獲得」していることを
何らかの形で考慮する必要があるのではないか、ということに換言できよう。

にみえるほか、死体の置かれた状況に対する言及もなされている¹⁰⁴。これらの事情への言及が無意味とまでは思われない。その意味では、上記の問題意識に首肯しうる部分があるとしても、完全に実質的な観点が不要だとまではいいがたい。むしろ、「死体を支配下に置く」ことの位置づけの違いとして捉えるべきではないだろうか。この部分についても試論を展開しておこう。すなわち、後掲【図】に示したように、①殺人罪などでは、(a) 親族関係等の形式的な基準と (b) 実質的な要素（客体や因果経過の支配等）から、(c) 作為義務が発生するといった考え方がよく学説で示される。その際には、むしろ一定の関連性はあるつつも、(a) と (b) は基本的に独立の考慮要素と位置づけられているようにみえる。その一方で、②死体遺棄罪においては、(a) 親族関係等の事情がすべての大元となる（この点で上述の問題意識は妥当と解される）。そして、(a) の要素から (b) 死体の支配（に関する権利や支配することへの要請）および (c) 葬送義



104 たとえば〔判例⑬〕は、「被告人と〔共犯者〕Bのみがその存在及び死亡の事実を知って」おり、「Bが被告人以外には埋葬することができる者がいないAの死体」が、「Bないしこれと共同してAの死体の葬送義務を有する被告人に、全面的に委ねられた状態になっている」旨を指摘する。また、〔判例⑮〕は、死者の母親であることに加え、「死亡当時、他人にその存在を明らかにしていなかった」という事情も指摘したうえで、「その死体を葬祭すべき義務を負っていたことは明らか」などとしている。

務が生じると解するのである。ここで、(b) と (c) の関係は、並列的な位置づけでも、全くの無関係でもない。死体が支配下にあってはじめて葬送しうるものであるから、(b) もまた、(c) 葬送義務の発生にとっては必要な要素となるという関係性であると解される。

さらに検討課題となるのは、(a) 親族関係等が存在すれば、死体等を引き受けねばならないのか(死体を引き取り支配する(b)についてもまた、義務的なものなのか)という点である。そして、この点については、親族等は、死体を引き取り支配することが望ましいものだろうが、(現実には親族間でもさまざまな事情があることなどに鑑みれば)これを拒否して他人に委ねることも法的には許容されるのであって、死体の引き取り義務まではないという構成が妥当であり、また現在の社会状況に合致しているのではないだろうか。というのも、報道等をみる限り、遺族であっても現実には「病院や施設等からの死体の受け取り拒否」が許容されているようである¹⁰⁵。もしこうした状況を(倫理・道徳的な観点からはさまざまな意見があるだろうが、少なくとも法的な観点からは)認め、市町村長等の他者に葬送を委ねることを許容するのであれば、こうした状況をも説明しうる枠組みを理論的に設ける必要があると思われるのである。

以上の【図】における②死体遺棄罪の考慮とは異なり、(a) から「死体を引き取り、支配する義務」という意味での(b)を導出したたり、(b)を完全に不要と解したりする(実質的要素を判断枠組みに組み込まない)考え方の下では、死体と一定の身分関係にある者は、死体を支配下にまったく置かなくても「遺棄」できるという帰結に至ったり、死体の受け取り拒否をする行為さえも法的に禁じられるという結論に至ったりしかねないように思われる。

むろん、この(b)「実質的な基準」についてはさらなる検討を要する。そもそも、「死体」が当初から支配下にある場合(自宅で親族が見守る中

105 親族に引き取りを拒まれた遺体を市町村等が火葬している点等を報じるものとして、「行き場なき遺骨」読売新聞朝刊2010年8月18日31頁、「無縁遺骨2.6倍1200体超」中日新聞朝刊2018年9月29日1頁等。

で死亡した場合)もありうる。その意味では(a)に基づき、時間的に後続して(b)が生じるという流れが絶対的なものでもない。また、「死体を支配下に置いている」ということの限界も明らかではなく¹⁰⁶、さらにはこの「死体の支配」等を他人に委ねることも可能である(これを支配下に置いたまま他者に委ねなかった場合に葬送義務が認められる)といってもどのような行為があれば「他人に委ねた」といえるかの限界も不分明である。これらの点は、今後の検討課題とさせていただきたい。

5. 監護義務をめぐる問題

最後に、葬送義務とは区別される死体の監護義務についてもいくつか指摘をしておこう。〔判例③〕は、監護義務について「葬祭を行ふに適すべき状態におくべき責務」と表現しているが、具体的な義務の内容はなお不明確といわざるをえない。そこで、「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」と解してよいのではないかと補完的な説明をするものがみられる¹⁰⁷。本稿でも、監護義務をこうした意味でとらえ、まずはその発生根拠に関して若干の検討を加えていきたい。

〔判例⑧〕は監護義務の発生根拠について、葬送義務と同じく「法令や慣習等」を挙げている。このように、葬送義務と監護義務は、「義務の発生根拠」という抽象的な枠組みの点では同様に考えられているということができよう。

もっとも、義務の発生根拠となりうる法令が同じものであるといえるかは疑問である。というのも、本稿で前述した各種の法令は、あくまで「葬

106 〔判例⑤〕のように愛人宅の押し入れの中に妻子の死体を発見した事案などを念頭におくと、どのようなケースであれば死体を支配下においていたといえるかはさらに詳しく検討する必要がある。

107 松下・前掲注(13) 176頁。

送」を義務づけるために参照しているものだからである¹⁰⁸。つまり、死体の保管や引渡しといった義務を基礎づけるに足る法令として参照しているとはいいがたいのである。そして、死体の監護を義務づけるような法令が存在するかというと、現時点では見当たらない。そうであるとするならば、死体の監護義務については実際には「慣習」（あるいは判例・学説等で明示されることは多くないものの、「契約」等）が義務の発生根拠であるといわざるをえないのではないだろうか。

ただし、こうして行為者に慣習等に基づく義務が必要になるとしても、死体の葬送を他者が行うまでの保管等を義務の内容とするのであれば、当該義務を基礎づけるにあたって、行為者と「誰」との間に、どのような関係が必要かという点が問題となる。

最初に「誰」との間に関係性が必要かという点についてみてみよう。従来、この点も葬送義務と同様に、行為者と「死者」との間に一定の関係が認められれば監護義務を負うことになるという理解が一般的であったように思われる。たとえば〔判例⑧〕は、被告人らに新生児等の保護責任者たる地位を認めたとうえで、結論として慣習ないし社会通念上監護義務を負うとしている。その一方で、〔判例③〕は、被害者と死者である少年の間には、親族法上の身分関係や、雇用関係、その他何等の監護の責務関係もないことから義務を否定している。こうした点から、学説上、監護義務についても「死体と一定の関係の有する者に存在するということが推測できる」と指摘されている¹⁰⁹。

だが、こうした見解に対しては近時、むしろ死者本人ではなく、遺族たる近親者との間で一定の関係が必要であると解すべきではないかという見解が主張されている¹¹⁰。すなわち、「遺族が埋葬できるように積極的に取り計らう義務であるから、不作為者が遺族に対して責任を有している場合

108 前掲注(85)で示した法令も、一定の状況下において「葬送」を義務づける規定であって、死体の「監護」を義務内容としているものではないといえよう。

109 山下・前掲注(89)114頁。

110 松尾・前掲注(1)83頁。

にしか認められるべきではない」としたうえで、「遺族に対して責任を負うためには、遺族たる近親者からの委託関係、具体的には死者の生前に、その生命・身体の保護に関する委託関係・保護の引受けがあったことが必要である」と主張するものである。そして、〔判例⑧〕も、(上述のように、被害者の「保護責任者としての立場にあった」と判示して死者との関係性を指摘しつつも、)「同人の監護を〔親〕から託されていた者として、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〕」と判示している。これは、その文言を素直に受け取る限り、遺族との関係性において義務を肯定していると読めるのである¹¹¹。

確かに、葬送義務が死者との関係に基づいて発生するものであり、これとは区別されるものとして監護義務の発生根拠を考えるのであれば、死者自身ではなく遺族との関係に基づいて義務を負うという理解にも合理性があるように思われる。しかしそもそも、これらの見解は排他的な関係にあるものだろうか。ある死体を監護したり、遺族等に引き渡したりする義務というのは、死者自身との関係において生じるケースも遺族との関係において生じるケースも存在しうるのではないだろうか。たとえば、病院関係者が、死者自身から生前に、「自分の死体を誰々に渡してほしい」という依頼を受けることも考えられるし、遺族との間で「彼が亡くなった際には自分が引き取る」と合意していることも考えられる。このいずれかの場合にのみ義務を負うが、他方の場合には義務を負わないという結論が妥当で

111 なお、〔判例④〕は、前述のように、死者と親族関係にある(死者の孫である)被告人が、葬送義務者が別にいることから、監護義務を負うにとどまると認められたケースであるといえよう。こうしたケースを肯定的に解するのであれば、死者の親族であることを理由としても、慣習上死体監護義務が生じる場合はありうることになろう。遺族であってもよいという意味では、〔判例⑧〕のような「遺族からの監護の委託」は不可欠な要素ではないことが導かれる。

もっとも、〔判例⑧〕自体については、その具体的な事実関係に目を向けると、翌朝、死体を容易に発見できる状況であることから、「義務が認められる限界事例ではないか」(川端博ほか〔編〕『裁判例コンメンタル第2巻』(2006年)353頁〔瀬戸毅〕)とか、「親族が複数いる状況で葬送への阻害は少なく疑問がある」(西田典之ほか〔編〕『注釈刑法第2巻各論(1)』(2016年)679頁〔嶋矢貴之〕)といった評価がみられるため、さらに検討を要する。

あろうか。こうした観点からは、死者自身あるいは遺族のどちらとの関係で義務が生じているかは重要ではない（どちらであってもかまわない）と解される¹¹²。

次に、「どのような関係」が必要かという点についても簡単に言及しておきたい。(a) 死者との関係性が問われる場合については、〔判例③〕や〔判例⑧〕が参考になる。具体的には、（他に葬送義務を負う者がいる場合の）親族関係や、一定の雇用関係、生前の監護義務を負っていたという関係（たとえば保護責任）等が認められる場合には、死体の監護義務が認められるように思われる。そのほかに、上述の例で挙げたような、死者から生前に、親族への死体の引渡しを委託されたような場合には、それまでの間、監護義務を負うということも考えられよう。(b) 遺族との関係性が問われる場合については、〔判例⑧〕や学説の一部が示すように、「生前の監護」を遺族から委託されていた場合等が考えられよう。そのほかに、遺族から「死体の監護」を直接的に委託され、引き受けているという場合もありうるように思われる。

6. おわりに

本稿では、不作為による死体遺棄罪について判例・学説の主張を整理するとともに、論点によっては問題提起や若干の試論を展開してきた。

まず葬送義務については、従来の判例では「法令又は慣習」により義務が生じる旨が示されているものの、実際にはほとんどが「慣習」に基づく

112 本文中のように死者との関係性も遺族との関係性も監護義務を基礎づけることとすれば、〔判例⑧〕のように、死者との関係性にも遺族との関係性にも配慮する態度は肯定的に解しうるものとなる。

なお、こうした理解を得てから翻って、葬送義務についても誰との関係で発生するかという点について考えてみると、実は葬送義務も、死者自身との関係だけでなく、遺族との関係で認めることも可能なように思われる。前述のように、死者自身とは何ら関係がなくとも、遺族から葬送を請け負った業者などは、死体をそのまま放置することは許されず、こうした契約に基づいて葬送義務を負うと解してよいのではないだろうか。つまり、「誰との関係で義務が生じるか」については、「死者自身または遺族いずれかとの関係で」という意味で葬送義務と監護義務との間に違いはないと解すべきであろう。

義務を肯定している点に着目した。その理由は、誰かに葬送を直接的に根拠づける規定が存在しないためである、という（従来 of 学説が主張してきた）点を確認した。もっとも、学説の中には、関連する「法令の趣旨」をも考慮するという記述がしばしばみられる。これがどのような考慮を意図するものか問題となるが、葬送に関する法令をみる限り、日本の法制度は死者と一定の関係にある者が葬送を実施することを予定しているという意味で、「外柩」を画する意義が認められると解した。もっとも、それだけでは義務者の特定には至らないため、最終的には「慣習」上誰が葬送すべきかという義務者特定の視点も必要となることを指摘した。

さらに、上記のような（法令や）慣習上、ある者が葬送すべきであるといえるとしても、死体の受け取りや葬送の拒否が認められている現状等を考慮する必要があるのではないかという問題提起を行った。そして、こうした状況を法的に許容するのであれば、少なくとも死体の支配をも葬送義務の有無における考慮要素としたうえで、死体の引き取りを義務づけることなく拒否したり他者に委ねたりできるという選択肢をも残す必要があることを指摘した。

次に、監護義務については、判例は葬送義務と同様に「法令又は慣習」により義務が生じる旨を判示するものの、葬送義務以上に関連法令が見当たらないのが現状である。その意味では、死者あるいは遺族との一定の関係性が認められることによって、慣習（あるいは契約等）に基づいて、葬送が行われるまでの間、死体の保管等を行うべき義務が認められる場合を考察していく必要があろう。

本稿でもまた、十分な説得力をもって論拠を展開できていない点や判然としない点、検討課題を示したにとどまる点がいくつも残された。また、本稿では扱うことのできなかつた論点もある¹¹³。こうした点については、

113 福岡地判令和3年7月20日（裁判所ウェブサイト）の事案では、死産後約1日の死体の放置が、死体遺棄罪に該当するとされた（福岡高判令和4年1月19日（裁判所ウェブサイト）は、原判決を破棄しつつ、死体遺棄罪の成立を肯定した）。この事案も、死体遺棄罪の実行行為のあり方について1つの重要な

さらに研究を進め、見解や根拠の修正・改善を加えていく必要がある。

死体遺棄罪は通説によると、不真正不作為犯の一種であるとされる。しかし、不真正不作為犯の作為義務論など一般的な考え方を応用すれば足りるというものとは思われない。「不作為犯」というカテゴリーにおいて共通する要素が多々あることは確かだが、その一方で各論的な（一定の犯罪に特有の）検討が必要となる部分も多々あることを強調しておきたい。本稿ではわが国の死体遺棄罪のみを視野に入れ、論点によっては本罪に特化した理論を展開してみた。近時議論が盛んになっている本罪について1つの検討素材を提供できたとすれば幸いである。

〔謝辞〕本稿は、日本刑法学会第99回大会ワークショップ(WS)「死体遺棄罪」(2021年5月30日開催)における報告内容を元に、報告時間等の関係から省略した部分につき加筆し、若干の修正を施したものである。同WSの準備段階より、オーガナイザーである松尾誠紀教授(北海道大学)、死体遺棄罪に関する別のテーマで報告を担当された嶋矢貴之教授(神戸大学)、宮木康博教授(名古屋大学)から多くの情報や示唆を頂戴した。また、WS当日も、参加された先生方から幸いにも多くのコメント・ご指摘を頂戴した。お名前をすべて挙げることはできないが、その際の議論を受けて加筆や修正をした部分もある。ここに記して、すべての先生方への御礼とさせていただきます。

問題提起をするものであると考えているため、別稿を準備している。