

# 不作為による死体遺棄罪の成立時期

— 福岡高裁令和4年1月19日判決を契機として —

萩 野 貴 史

## 目次

1. はじめに
2. 福岡高裁令和4年1月19日判決
3. 不作為による「遺棄」が成立するまでの「相当の期間」
4. むすびにかえて

## 1. はじめに

刑法190条は、「死体、遺骨、遺髪又は棺に納めてある物を……遺棄し……た者は、3年以下の懲役に処する。」と規定し、死体等を遺棄する行為を処罰対象としている。そして、同条の「遺棄」とは一般に、「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」ものとされる<sup>1</sup>。この「遺棄」については、作為形態による場合も不作為形態による場合もあるという立場が有力である<sup>2</sup>。そして、こうした立場からは、典型例として、作為形態であれば死体を山中に埋める行為や死体を床下に隠匿する行為等が挙げられ<sup>3</sup>、不作為形態であれば葬送や監護の義務を負っ

---

1 大塚仁ほか〔編〕『大コンメンタル刑法〔第3版〕第9巻〕(2013年)245頁〔岩村修二〕等。  
2 大塚ほか〔編〕・前掲注(1)245頁〔岩村〕等。  
3 かつては死体隠匿罪(警察犯処罰令2条34号)が存在したこともあり、「隠匿」

た者が義務を果たさないまま死体を放置する行為等が挙げられる<sup>4</sup>。

死体等の「遺棄」をめぐるっては、散骨等の評価について問題提起がなされてきたが<sup>5</sup>、従来議論が盛んだったとまではいいがたい<sup>6</sup>。だが、「遺棄」に関して議論しつつしており、さらに検討すべき課題が残されていないかという、そうではない。たとえば福岡高判令和3年6月25日（高刑集73巻1号6頁）では、車の同乗者が死亡している事実に気づきながら、その体には自分たちの暴行の痕跡があり、救急車を呼んだ場合にその説明が困難であったことから、死体を車に乗せたまま1時間ほど運搬していたという事実関係の下で、被告人らの行為が死体の「遺棄」に当たるかが争われ、裁判所はこれを否定している<sup>7</sup>。また、1日から数日程度、死産後の死体を自宅に保管した行為等が捜査対象になったとの報道も時おりみられる<sup>8</sup>。こうした近時の裁判例や報道からも、「遺棄」に関する議論をさ

---

行為に関連して、死体遺棄罪と同罪との区別が検討の対象となった。実務における「隠匿」行為の評価等につき、原田保「死体遺棄罪成立範囲の変遷」愛知学院大学宗教法制研究所紀要61号（2021年）79頁以下等を参照。

- 4 大塚ほか〔編〕・前掲注（1）245頁以下〔岩村〕等。
- 5 原田保「散骨や手元供養など個人主義葬法に犯罪性はないか」月刊住職19巻2号（2017年）114頁以下等。なお、散骨については、令和2年度厚生労働科学特別研究事業「墓地理葬をめぐる現状と課題の調査研究」が実施され、この研究において、「散骨に関するガイドライン（散骨事業者向け）」が取りまとめられるなど（<https://www.mhlw.go.jp/content/11130500/000763737.pdf>〔最終閲覧日2022年10月31日〕）、近時になって動きがみられる。
- 6 もっとも、いくつかの裁判例を契機として、近年はさまざまな論点に関する知見が集積しつつある。その論点や注目すべき論文については、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頁以下や、同「死体遺棄罪における保護法益の実質とその成否判断：死体の新たな遺棄の有無を題材に」北大法学論集72巻5号（2022年）49頁以下等が参考になる。
- 7 同判決の評釈として、杉本一敏「判批」法教502号（2022年）120頁。なお、原判決（福岡地判令和3年1月21日裁判所ウェブサイト）の評釈として、高橋直哉「判批」法教489号（2021年）170頁、伊藤嘉亮「判批」刑ジャ69号（2021年）244頁。もっとも、同判決の被告人は、死体を運搬していた者との間で死体の処理について電話で相談していた者である（したがって、厳密には死体遺棄罪の共謀共同正犯が成立するかが問われている）。実際に死体を運搬していた者（2名）を被告人とする判決は、福岡高判令和3年12月3日（裁判所ウェブサイト）である。
- 8 「死体遺棄 逮捕」等で新聞記事を検索すると、膨大な量の記事が該当し、こうした記事から情報を得る限りでは死体遺棄罪に該当するか検討の余地がある

らに深化させて、さまざまなケースに対応できるようにしておく必要性があるように感じられる。

本稿でも、福岡高判令和4年1月19日(判時2528号123頁)の事案(以下、「本件」とする)に着目し、不作為による「遺棄」について考察していきたい<sup>9</sup>。考察の順序として、本稿の具体的な問題意識に言及する前に、

ケースも少なくない。ここでは、紙幅の都合もあるため、以下の3例のみを挙げておきたい。

- ① 2020年12月、死産した母親が、子どもの死体をポリ袋に入れておき、他県にある病院の設置する妊娠・出産相談窓口で相談したところ、病院から母親の現住する地域の警察(警視庁)に連絡がいき、翌日、この母親が警視庁大井署に逮捕された。「女性から『死産』相談、慈恵病院が保護要請」朝日新聞2020年12月11日朝刊25面(熊本全県)等を参照。なお、「乳児遺棄容疑、母親を不起訴」朝日新聞2020年12月19日朝刊27面(東京都心)等によると、この女性を不起訴処分にしたとされる。
  - ② 2021年9月21日未明に死産した親が、かかりつけの産婦人科が当面休診だったため、子どもの死体が腐敗しないよう冷蔵庫に保管した。そして同月24日朝に保育所に相談したところ、その後役場の担当者から電話があり必要な手続を尋ねるなどしていたが、自宅を訪問した香川県警丸亀署員が両親を任意同行し、逮捕した。「死産で逮捕『早計』弁護士抗議『行政に対応相談』」2021年10月15日朝刊29面(香川全県)等を参照。なお、「家で流産、行政へ相談中に逮捕」朝日新聞2021年11月21日朝刊29面(東京本社)等によると、この両親は不起訴処分になったとされる。
  - ③ 2022年1月27日、被疑者である親が自宅で出産した子(「死産だと思った」と供述している)の死体を、衣服にくるみ、居間のかごに入れていたとして広島県警に逮捕された。23日頃に出産しており、この親から相談を受けた知人が27日夜に死体を見つけ、警察に通報したという。「乳児の遺体遺棄容疑で母親逮捕」読売新聞2022年1月29日大阪朝刊25面(広島)等を参照。その後、広島地判令和4年3月28日(LLI/DB L07750395)において、「埋葬しなければならぬ義務があったにもかかわらず……放置」したとして、死体遺棄罪の成立が認められている。
- 9 本判決を評釈するものとして、福永俊輔「判批」新・判例解説 Watch 刑法 No.183(文献番号 z18817009-00-071832220)、同「判批」西南55巻2号(2022年)109頁以下(以下では、福永「西南」とする)、大庭沙織「判批」法セミ815号(2022年)124頁、熊澤啓介「判批」警察公論77巻12号(2022年)83頁。

なお、本件については、技能実習制度の問題性を指摘する声もある。確かに、たとえば広島地判令和4年5月31日(LEX/DB 25592794)が、「技能実習生が妊娠すれば強制帰国させられるという噂」があり、妊娠・出産を理由とした解雇や不利益扱いは法律で禁止されているにもかかわらず、妊娠・出産のため実習を中断した技能実習生のうち実習を再開できた者がごくわずかしかない実態からすると、「被告人が上記の噂を信じても仕方がないといえる」などと、同制度を取り巻く状況について言及する。こうした状況が犯罪の成否や量刑の

まずは本件を確認しておくことが望ましいように思われる。

なお、本稿における用語法等であるが、福岡高裁令和4年1月19日判決を「本判決」、本判決の原審（第一審）判決を「本件原判決」とするほか、本件の被告人を「本件被告人」あるいは「X」とすることがある。また、本稿は、死体等遺棄罪の客体の中で、「死体」を主たる対象として検討を進めることにする<sup>10</sup>。さらに、死体遺棄罪における作為義務との関連では、「葬祭（義務）」や「埋葬（義務）」という語が用いられることが多い。これに対して、本稿では裁判例や学説の引用部分を除いて「葬送」という語を用いるが<sup>11</sup>、特段の断りのない限りこれらの語は同様の意味で捉えていただきたい。

## 2. 福岡高裁令和4年1月19日判決

### (1) 事実の概要<sup>12</sup>

まず、本件の事実の概要と本判決を確認しておこう。本件原判決および本判決で認定された事実は次のとおりである。

ベトナム国籍である被告人Xは、外国人技能実習生として2018年8月に来日して農園で働き、農園を運営する会社（運営会社）が用意した家で生活していた。Xはその農園で一緒に働いていた別の技能実習生と共に暮

---

判断に影響を及ぼす可能性はある。

こうした「技能実習制度」をめぐる問題には本稿では立ち入らないが、（本件の弁護人である）石黒大貴「実習生を孤立へと追い込む技能実習制度」労働法律旬報2009号（2022年）46頁等を参照。

- 10 たとえば遺髪や棺に納めてある物について死体と同じ論理が当てはまるかはさらに検討を要する。また、死体と死胎に関する規定は異なる場合がある。本稿では「死体」を中心的に論じ、必要に応じて別の客体についても言及することにした。
- 11 「葬祭」や「埋葬」ではなく、「葬送」という語を用いる理由については、萩野貴史「不作為による死体遺棄—作為義務の検討を中心に—」名城71巻3・4号（2022年）2頁注2も参照。
- 12 本稿では第一審判決および本判決の認定した事実をもとに概要をまとめているが、より詳しく事実関係に言及するものとして、福永「西南」・前掲注（9）109頁以下、および原判決の評釈である福永俊輔「判批」西南54巻2号（2022年）143頁以下。

らしていたが、2020年11月11日からは一人で住んでいた。

2020年7月頃にXは妊娠していることを知ったが、そのことを周囲の者に言わず、医院や病院で診察を受けることもなかった。また、運営会社の代表者が、Xが妊娠しているのではないかと疑い、何度かその旨を尋ねたが、Xは妊娠していない旨を答えていた。11月15日、Xは、自宅の自室内にあった布団の上で双子のえい児を出産したが、いずれも遅くとも被告人の体外に出てから1、2分後には死亡した。Xは、各嬰兒の死体をタオルで包んで茶色の段ボール箱に入れ、その上に別のタオルを被せ、さらにその上に手紙（被告人が付けた本件各嬰兒の名前、生年月日、おわびの言葉、ゆっくり休んでくださいという趣旨の言葉が書かれたもの）を置いた上でその段ボール箱に4片の接着テープで封をし、その状態の白色の段ボール箱を自室内にあった棚（4段の収納ボックスがあるもの）の上に置いた。被告人は、その後も自宅内に居続けた。

Xは、翌16日午前9時頃に、技能実習生の受入れや実習の監理等を行う団体（監理団体）の職員等に連れられて産婦人科医院を受診し、その後同病院から紹介された病院を受診し、同病院の医師に対して、最初は妊娠をしていないと言っていたが、同医師から検査結果によれば出産をしたことは間違いないなどと言われると、同日午後6時頃、「赤ちゃんの形をしたものを産んだ。産んだ後に埋めた。」などと話した。同医師は、これを受けて警察に通報し、被告人はそのまま入院した。

第一審（熊本地判令和3年7月20日裁判所ウェブサイト）は、「被告人がえい児を段ボール箱に入れて保管し、自室に置きつづけた行為は、刑法190条の遺棄にあたる。」「被告人には、それら〔出産や死産〕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。」（〔 〕内は引用者による）などと判示して、被告人の行為に死体遺棄罪の成立を認め、懲役8月、執行猶予3年を言い渡した。これに対して、被告人側が控訴した。

(2) 判決要旨—原判決破棄、有罪（懲役3月、執行猶予2年）、上告中

福岡高裁は、大要以下のように述べて第一審判決を破棄しつつも、死体遺棄罪の成立を肯定している。

「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を害するものであって、作為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。」

「この点、墓埋法3条により、死体の埋葬又は火葬は、死亡又は死産後24時間を経過した後でなければ原則として行ってはならないとされている」点や、「死体の存在を認識した葬祭義務者が、死亡又は死産の届出（戸籍法86条参照）、火葬等の許可の申請（墓埋法5条参照）といった手続をした上で葬祭を行う場合……であっても、葬祭を行うまでに一定期間を要することもあり得る」点からすると、「葬祭義務者が死体の存在を認識した後直ちに葬祭を行わなかったとしても、それだけで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とはいえない。死体の葬祭義務を負う者が葬祭を行わないという不作為が作為による遺棄と構成要件的に同価値のものとなったと評価するには、適切な時期に死体の葬祭を行わなかったという点で上記の法益を害するといえることが前提になると考えられる。したがって、死体の葬祭義務を負う者が葬祭を行わないという不作為が死体遺棄罪にいう死体の『遺棄』に該当するのは、その者が死体の存在を認識してから同義務を履行すべき相当の期間内に葬祭を行わなかった場合に限られると解するのが相当である。」

本件についてみると、本件えい児の出産・死亡の翌日午後6時頃に「病院において医師に対しえい児の出産、死亡の事実を話している。その医師は、警察に通報し、被告人はそのまま入院しており、被告人が本件各えい児の死体に作為を加えることは事実上できない状態になったから、被告人に葬祭義務の不履行があったと評価できるのはその頃までである。そうすると、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。」

したがって、「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。」

しかしその一方で、「被告人が現にした本件作為は、……葬祭を行う準備、あるいは葬祭の一過程として行ったものではなく、本件各えい児の死体を隠匿する行為であって、他者がそれらの死体を発見することが困難な状況を作出するものといえるから、本件作為が死体遺棄罪という『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。」

### 3. 不作為による「遺棄」が成立するまでの「相当の期間」

#### (1) 本稿の問題意識

本判決では、「葬祭を行わないという不作為が死体遺棄罪という死体の『遺棄』に該当するのは、……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」という理解に基づいて、被告人が「1日と約9時間」、すなわち約33時間にわたって子の死体を放置した行為については「遺棄」に当たらないと判断している。

最初に確認しておきたいが、一般的な理解によると、不作為による「遺棄」が成立するためには、行為者に死体の葬送ないし監護を内容とする作為義務（違反）が存在しなければならない<sup>13</sup>。そして、判例・学説上、死

---

13 本判決と同様に、通説・判例は、不作為による死体遺棄罪について「不真正不作為犯」の一種と解する（大塚ほか〔編〕・前掲注（1）246頁等参照）。これに対して、「通常の不真正不作為犯とは性質が異なるもののように思われる」（松原芳博『刑法各論〔第2版〕』（2021年）533頁注61。以下では、「松原『各論』とする。）、「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」（松原芳博『行為主義と刑法理論』（2020年）114頁。圏点は原著者による。以下では、「松原『行為主義』とする。）」という主張もなされている。真正不作為犯という理解については、浅田和茂『刑法総論〔第2版〕』（2019年）165頁も参照。さらに、

体を葬送したり監護したりする義務は「法令又は慣習」等により生じるものと解されており<sup>14</sup>、親子間では葬送義務を肯定するのが一般的であろう。こうした点からすると、本件被告人には子の死体を葬送する義務が認められることに大きな異論は存在しないと考えられる。そこで、本稿では「作為義務の発生根拠」の検討には踏み込まないことにする<sup>15</sup>。

問題となるのは、作為義務を負う者の義務違反がいつ認められるかという点である。この点について、本判決は、葬送を行わないまま「相当の期間」が経過した時にはじめて「遺棄」に該当するとしている。つまり、直ちに葬送が可能であったにもかかわらず、葬送しない状態を継続しても、遺棄罪が成立するまで一定の「猶予」が与えられているともいえる<sup>16</sup>（死体の監護義務については異なる判断をする余地があるため、本稿では検討の射程を葬送義務に限定することにしたい）。葬送義務についてこうした考えが理論的に根拠づけられるものか、一定の猶予があるとしてその期間はどの程度の長さなのか、こうした猶予はすべてのケースに一律に当てはまるものかといった点をさらに検討しておく必要があるのではないか。これが本稿の問題意識であり、本稿ではこれらの検討を通じて不作為による死体の「遺棄」の理解についてささやかな寄与を試みる。

## (2) 不作為犯成立までの時間的な間隔

まず、死体遺棄罪の枠を超えてそもそも不作為犯すべてに目を向けると、「義務が生じた時点から犯罪が成立するまでの間に一定の時間的な間隔がある」ということ自体は、さまざまな犯罪類型で認められている。たとえば不退去罪（刑法 130 条後段）では、「退去の要求を受けてただちに

---

死体遺棄罪の本質が、社会的習俗に従った葬送をしないという不作為にあるとする見解（安田拓人「判批」法教 443 号（2017 年）140 頁）も主張されている。

14 大判大正 13 年 3 月 14 日（刑集 3 卷 285 頁）等。

15 死体の葬送義務や監護義務の発生根拠については、萩野・前掲注（11）1 頁以下で若干の検討を加えた。

16 匿名解説・判時 2528 号 124 頁は、こうした死体遺棄罪成立前の期間を「未終了〔着手〕未遂」の段階と表現している。



成立するものではない。即時退去を求めるものであっても、要求を受けた者が退去するのに必要な合理的時間が経過してはじめて既遂になると解される<sup>17</sup>。また、多衆不解散罪（刑法 107 条）でも、3 回以上の「解散命令の後解散のために必要な時間が経過したとき既遂を認めるべきであろう」とされる<sup>18</sup>〔以上の圏点については 2 か所とも引用者による〕。

このように「一定の時間の経過」に着目すべき一因となっているのは、不作為犯が「期待された一定の行為を行わないことによって実現される犯罪」<sup>19</sup>であるという点だろう。期待された行為を行う、すなわち義務を履行するためには、時間を要する場合があります。時間的に間に合わないものについて「義務を履行していない」と法が非難することは不当であろうから、義務の履行に必要な時間については刑法上の問責対象行為としえない。この点は、さまざまな不作為犯に共通する考えといえよう。

したがって、こうした理解は、死体遺棄罪においても同様に当てはまると考えられる。本判決でも、「死亡又は死産の届出……といった手続きをした上で葬祭を行う場合……であっても、葬祭を行うまでに一定期間を要することもありうる」との言及があるが、実際に葬送は一定の時間を要するものである以上、死体の存在を認識し葬送の準備を開始してから完了するのに必要な時間が経過するまでの間は義務違反を肯定すべきではないといえる。

もっとも、こうした考慮に基づく猶予については、（他の犯罪類型と同様に<sup>20</sup>）個別事例ごとに「義務の履行に必要」な時間を決めていくことに

- 
- 17 大塚仁ほか〔編〕『大コンメンタル刑法〔第 3 版〕第 7 卷』（2014 年）338 頁〔毛利晴光〕（従来の裁判例および学説についても同頁を参照）。同様に、退去要求後、一定時間の経過等が既遂に達するために必要と解するものとして、西田典之ほか〔編〕『注釈刑法第 2 卷各論（1）』（2016 年）307 頁〔小林憲太郎〕等。
- 18 西田典之（橋爪隆補訂）『刑法各論〔第 7 版〕』（2018 年）315 頁。同様に、「解散のために必要な時間を経過」することを求めるものとして、山口厚『刑法各論〔第 2 版〕』（2010 年）373 頁、西田ほか〔編〕・前掲注（17）170 頁〔小林〕等。
- 19 高橋和之ほか〔編〕『法律学小辞典〔第 5 版〕』（2016 年）1132 頁。
- 20 たとえば不退去罪でも、行為者が退去を要求された家の形状・広狭や、さらには行為者の身体条件等により、退去するのに必要な時間は変わりうると思われる。

なろう。たとえば近時は、「直葬」と呼ばれる葬送の方法（葬法）も増えつつあるが<sup>21</sup>、この様式を選ぶ場合であれば、「必要」な時間すなわち火葬して焼骨を埋蔵するのに必要な時間を経過した時に、理論上は死体遺棄罪が成立することになろう（その意味で、一般葬よりも「必要」な時間は短いことになる）。その一方で、火葬場数は減少しており、火葬を行うまで「1週間程度待つこともある」とされるので<sup>22</sup>、こうした場合には（火葬場の予約を取り実際に葬送するという）義務の履行に必要な時間が長くなると説明することも可能であると思われる<sup>23</sup>。

このように、「義務の履行に必要」な時間というのは、確かに義務発生から死体遺棄罪成立までの猶予期間となりうる（これを本稿では猶予期間の「根拠 a」とする）。だが、こうした考えとは異なる観点も学説では示されている。そこで、本稿では、他の根拠の下でも猶予を認める余地があるかを検討していく。換言するならば、下記の【表 1】に示したように、死体遺棄罪の猶予には、他の犯罪類型と共通する観点である根拠 a に基づく猶予と、死体遺棄罪固有の根拠に基づく猶予とが存在し、複合的なものとなっていないかという点を検討していく<sup>24</sup>。

- 
- 21 公正取引委員会「(平成 29 年 3 月 22 日) 葬儀の取引に関する実態調査報告書」([https://www.jftc.go.jp/houdou/pressrelease/h29/mar/170322\\_2\\_files/170322honbun.pdf](https://www.jftc.go.jp/houdou/pressrelease/h29/mar/170322_2_files/170322honbun.pdf) [最終閲覧日 2022 年 10 月 31 日]) では、直葬を「通夜・告別式を執り行わず、親族や親しい友人など親しい関係者のみが出席して火葬のみを執り行う葬儀」と説明する (27 頁)。同報告書によると、葬儀業者に対して葬儀の種類別の年間取扱件数を聞いたところ、全体の 5.5% が「直葬」であったという (同 30 頁)。なお、葬儀業者の約 26% が増加傾向にある葬儀の種類として「直葬」を挙げている (同 31 頁)。こうした葬儀は従来的一般葬に比べて、参列者数が少ない、葬儀日数が少ない、葬儀費用を低く抑えることができるといった特徴を有すると評価する (同 18 頁)。
- 22 『『遺体ホテル』広がる 火葬場不足『順番待ち』で』読売新聞 2018 年 10 月 15 日東京夕刊 11 面 (社会) によると、当時の横浜市の火葬待ちは平均で 4 日程度とされており、本文中の引用は横浜市の担当者の発言として紹介されている。
- 23 ただし、この場合に、適切な葬送をするために必要な時間であるというためには、死体が腐敗等をしないようにするなど、法益侵害の危険性を高めない行動を行為者に求めることはできるように思われる。
- 24 なお、こうした意味での「ある犯罪特有の猶予」について、他の犯罪類型でもすでに裁判例・学説上認められている場合がある。筆者が検討したことがある類型は決して多くはないが、その中では次のようなものがある。たとえば旧外国

【表 1】

不作為犯共通の「猶予」	作為義務の履行に必要な時間が経過するまでの間（根拠 a）
死体遺棄罪特有の「猶予」	？（根拠 b・根拠 c…の存在？）

### (3) 葬送までの猶予

葬送に必要な期間とは別の観点から、一定の期間については死体遺棄罪が成立しないという指摘は散見されるのであり、その期間についてはさまざまな基準が示されている。こうした各基準とその論拠を以下では順に確認していきたい。

#### A) 24 時間

まず、本件弁護人は、第一審において「24 時間以内に埋葬することが禁じられているから、えい児を放置しても死体遺棄には当たらない」と主張している<sup>25</sup>。本判決も触れるように、「24 時間」という枠の背景にあるのは、「墓地、埋葬等に関する法律」（墓埋法）3 条であろう。墓埋法 3 条本文は、「埋葬又は火葬は、他の法令に別段の定があるものを除く外、死亡又は死産後 24 時間を経過した後でなければ、これを行ってはならない。」と規定している（ここでいう「埋葬」は、墓埋法 2 条 1 項に基づき、いわゆる「土葬」のことを指す）。

この規定は、葬送までの猶予を禁止の形で定めるといった趣旨のもので

---

人登録令では、外国人が本邦に入ったときには 60 日以内に一定の事項の登録を申請しなければならないものとするなどの義務を、刑罰とともに定めていた。こうした期間を最判昭和 28 年 5 月 14 日（刑集 7 卷 5 号 1026 頁）は「右登録申請義務の履行を猶予する期間として定められた」と解していた（同判決およびその評価については、萩野貴史「外国人登録不申請罪の構造と公訴時効の起算点」『曾根威彦先生・田口守一先生古稀祝賀論文集〔上巻〕』（2014 年）223 頁以下等）。また、道交法の救護義務（救護措置等義務）や報告義務に関して、東京高判平成 29 年 4 月 12 日（判時 2375・2376 号 219 頁）が一定の猶予期間を認めたと評したのとして、萩野貴史「義務の履行と相容れない行動と救護義務違反罪等の成否」松原芳博・杉本一敏〔編〕『判例特別刑法〔第 4 集〕』（2022 年）164 頁以下等。

25 本件原判決の「被告人に死体遺棄の故意があったか」という項目を参照。

はなく、また、死体遺棄罪の保護法益である死者に対する敬虔感情と直接的に関係するものでもないといえよう<sup>26</sup>。その意味では、猶予を考えるにあたって無関係な規制であるようにみえるかもしれない。しかし、一方で24時間以内の埋葬・火葬を禁じながら、他方で24時間以内の葬送を命じるというのでは、法の立場が矛盾したものとなる。その意味で、法の整合性という観点から、少なくとも現行法制度上は（埋葬・火葬のための準備はもちろん許容されるものの）「24時間以内に葬送せよ」と命じることはできないといわなければならない（結果的に、行為者はその間の葬送義務違反を問責対象行為とされないことになるので、これを猶予期間の「根拠b」とする）。もっとも、根拠aに加えて根拠bを掲げる場合、現在の一般的な葬法を行おうとする者については、根拠aに基づいて「遺棄」に当たらないという結論がすでに導かれることになり、多くの場合には根拠bは大きな意味をもたないことになろう。というのも、こうした葬法を終えるまでには24時間以上かかることがほとんどだからである。

また、根拠aと根拠bを掲げるだけでは、現行制度との整合性が問題となる場面が生じる（この点については、後述する「C」7日程度）において詳細を述べる）。

こうした点からすると、死体遺棄罪が成立するまでの猶予が認められる別の考慮がありえないのか、ということさをさらに検討していく必要がある。

## B) 数日程度

学説の中には、「数日」程度という目安を示すものもある。橋爪隆は、「た

---

26 本件原判決も、この規定は「一般的な宗教的感情を害するかどうかとは関係がない。」とする。ただし、その理由として、「同法は、不審な死であるかどうかを確認するための規制であ[る]」(〔 〕内は引用者による)ことを挙げる。だが、同法3条が「不審な死であるかどうかを確認する」ために24時間以内の葬送を禁止していると説明する書籍等は、寡聞にして知らない。たとえば生活衛生法規研究会〔監修〕『新訂逐条解説墓地、埋葬等に関する法律〔第3版〕』(2017年)17頁等では、同法3条について「死の判定を受けた者の蘇生する可能性が全くないことを確認するため」の規定と説明されている。

たとえば被告人の自宅において、死体を弔うことなく、そのまま放置する行為は、被告人が自宅に留まり続けた場合であっても、不作為の死体遺棄に該当する場合があると思われる。もっとも、このような前提からも、死亡直後の段階においては、……死体遺棄罪の既遂を認めることは困難であろう。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、その程度の期間を経過した段階ではじめて同罪が成立するように思われる。」とする<sup>27</sup>。

ここでいう「通常の葬祭」とは、「たとえば死亡の翌日に通夜を行い、その翌日に告別式や火葬を行う」といったいわゆる「一般葬」や「家族葬」がおそらく想定されているのだろう。こうした葬法を想定するのであれば、確かに「死亡後に2日間安置されることになる」<sup>28</sup>。また本判決は、葬法の面からではなく行政手続の面から、「死体の存在を認識した葬祭義務者が、死亡又は死産の届出……、火葬等の許可の申請……といった手続をした上で葬祭を行う場合……であっても、葬祭を行うまでに一定期間を要することもあり得る」と述べている。これは、1つ1つ手続をこなすと数日程度はかかるという面から、この間の死体の放置を問題視すべきではないという意見を支えるものとなりうる点で参考になる。

これは、現在の主流である一般葬や手続等にかかる期間を猶予期間として一般化する見解であると位置づけることができ、上述した(2)の観点と非常に類似する考えであるといえよう。だが、この見解は、厳密には(2)の観点とは異なり、語弊を恐れずにいえば現在のわが国における多数派の葬法に対する配慮を、その方法を選ばない(たとえば直葬を選ぶ)者にも当てはめるという意味で、一般化した目安を示しているように見える。そして、その意味において、具体的な行為者が当該状況下で義務を果たすのに必要な時間を問題とする根拠 a とは異なると考えられる。

この見解によると、確かに数日の猶予期間を与えられることにより、ほ

27 橋爪隆「不真正不作為犯における作為義務」警察学論集 69 巻 2 号 (2016 年) 122 頁以下。

28 福永・前掲注(12) 160 頁等を参照。

とんどのケースでは葬送がすべて完了することとなり、「死体を葬送して  
いない」行為の処罰範囲が過度に広がるのではないかと疑念も生じな  
くなる。また、死体遺棄罪が、死者に対する敬虔感情を保護法益とするも  
のであるとするならば、数日程度の死体の放置はこうした感情を害するも  
のではなく同罪の成立を認める必要がないということで、死体遺棄罪の成  
立時期（猶予期間）と保護法益とをリンクさせうるものである。

しかし、その一方で、この見解に拠るとしても、なお検討すべき課題は  
存在するように思われる。むろん、数日程度の経過後に直ちに死体遺棄罪  
が成立するというものではなく、「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」<sup>29</sup> のだろうが、(火葬場の都合といった)  
特別な事情がない限り数日程度を超える死体の安置は許されないのか、ま  
た、その特別な事情にはどういったものが含まれるのかといった疑問は残  
ることになる。さらに、数日程度の経過を基準とすることで、以下の「C)  
7日程度」の項目で取り上げる戸籍法の死亡届提出期間との整合性が問わ  
れることになろう。

### C) 7日程度

戸籍法 86 条では、死亡者の本籍地の市役所等に対して、死亡届を死後  
「7日以内」に提出することが届出義務者（同法 87 条に規定される「同居  
の親族」等）に義務づけられている<sup>30</sup>。そして、現在の手続では、①死後  
7日以内に死亡届を市役所等に提出すると、この提出時に②当該市役所等  
から埋葬・火葬許可証が発行され、③実際に埋葬・火葬をすることが可能  
になるという流れを辿る。要するに、火葬等が、たとえば死後 7 日目の  
死亡届の提出後になることも予定されているといえるのである。

---

29 福永・前掲注（12）160 頁。もっとも、作為可能性がないとか作為義務の履行  
が困難である等の理由で死体遺棄に当たらないという結論を導くことは可能と  
思われる。

30 死胎の場合には、死産の届出に関する規程 4 条により「死産後 7 日以内」に届  
け出ることが義務づけられ、その届出により死胎埋火葬許可証の発行を受ける  
ことになる。

そこで、学説の中には、「7日」程度という期間を目安として示すものも見られる。たとえば松尾誠紀は、「埋葬義務とは、単に死体を埋葬することではない。死体が死醜を視認されないように、すみやかに埋葬することが埋葬義務の内容となる。すみやかな埋葬の期間を過ぎた後の埋葬は、(当該埋葬義務者にとっては)法が求める埋葬ではない。」とした上で、「死亡の届出期間(7日)を考慮した相当の期間内であれば『すみやか』といえると思われる」とする<sup>31</sup>。

この見解は、その文言どおりに解する限り、7日程度葬送しなかったとしてもその行為を処罰しえないと主張するものと思われる。これまで紹介してきた立場(24時間以内の猶予や、数日以内の猶予だけを考慮する立場)では、戸籍法上「死後7日を経過した後の火葬も予定されている」という点をどのように説明するのかという疑念を残すことになるが、この見解はわが国の現行制度を困難なく説明できる利点を有するものと評価できるように思われる。もっとも、この見解に対しては、次のような疑問を示しておきたい。

戸籍法上の猶予期間(上述の手續における①の期間)を死体遺棄罪にも直接的に結びつけ、7日程度であれば死体を放置しても一律に死体遺棄罪(葬送義務違反)の成立を否定するとすれば、その帰結ははたして妥当なものになるだろうか。死体は死亡直後から死後変化が始まり、一般には死

31 松尾誠紀「判批」新・判例解説 Watch【2019年4月】175頁および注15。なお、死産の場合(死産の届出に関する規程4条の場合)も同様に、死産届の提出には7日の猶予が与えられているが、この場合を想定した記述として、福永・前掲注(12)161頁。

32 池田典昭・木下博之〔編〕『標準法医学〔第8版〕』(2022年)31頁参照。なお、本稿で死者に対する敬虔感情を害するような「死後変化」(死体現象)を問題とする場合、死斑の出現や死体硬直といった「早期死体現象」ではなく、主として腐敗等の「晩期死体現象」を想定している。死体現象については、福島弘文〔監〕『法医学〔第4版〕』(2022年)13頁以下や、高取健彦〔監〕『NEW エssenシャル法医学〔第6版〕』(2019年)35頁以下も参照。

33 池田・木下〔編〕・前掲注(32)33頁によると、たとえばハエの幼虫であるウジによる死体の損壊について、「産卵後早いもので半日、遅いもので1～2日で孵化してウジとなり皮下軟部組織から蚕食し、皮膚も蚕食して体表面に出てくる。」とされ、「夏季はウジの活動が活発で成長も早く、小児で数日、成人で

後3～4日すると体表面に腐敗水疱が出現し、その後も時間の経過とともに腐敗が進行していくとされる<sup>32</sup>。単純に死体を布団の上に寝かせているだけといった状態であれば、死体は7日程度も経てば無残な状態となるだろう<sup>33</sup>。こうしたケースでも、7日程度を経過するまではその「放置」を問題視しえないというべきだろうか。

逆に、7日程度という期間を超えた場合には、あらゆるケースで死体遺棄罪の成立を肯定すべきだろうか。たとえば2022年2月、名古屋市が、身寄りがなく死亡した13人を火葬せず、最も長いケースでは3年4か月にわたって葬儀業者の保冷施設にそのままにしていた件が報道された<sup>34</sup>。この事案のような場合、死体を安置するための設備の下で適切に保管されていたのであれば、たとえ死体の葬送を完了しない期間が長期にわたるとしても、死者に対する敬虔感情を害するものではなく、死体遺棄罪が成立しないという結論もありうるのではないだろうか。

#### D) 「相当の期間」の判断方法

死体の葬送を完了していないという意味での放置について、長期間であっても許容される場合もあれば短期間であっても許容しがたい場合もあり、猶予を与えるべき期間の長短はさまざまであるとしよう。

---

も10日～2週間くらいでほぼ完全に白骨化させてしまうこともある。」という。

34 「名古屋市 身寄りない遺体 火葬せず」読売新聞 2022年2月19日中部朝刊28面など。このケースについては、(墓理法違反の可能性はもちろんのこと) 猶予期間を数日程度や7日程度とするのであれば、葬送義務を負った者について不作為による死体遺棄罪が成立する可能性を検討する余地が出てくるのではないだろうか(「死体の埋葬又は火葬を行う者がいないとき」等については、墓理法9条1項により、「死亡地の市町村長」が葬送義務を負う)。だが関連する新聞報道等をみる限り、担当職員に「戒告等の処分」が下されたという記述しか見当たらない(なお、「身寄りない遺体 火葬の手引改正 名古屋市」読売新聞 2022年8月9日中部朝刊27面によると、これまで「市は法定相続人に遺体を引き取る意向を確認してきたが、火葬まで平均6か月かかる」ため、「改正した手引では、原則1か月以内を目安に配偶者と第1順位の法定相続人に意向確認し」、「1回目の文書送付時に確認書を同封し、回答期限を2週間と設定。期限内に回答がない場合、引き取る意向なしとみなして手続きを進める」(火葬する)とのことである)。



むろん、学説は、期間について目安となるおおよその日数を示しつつも、最終的には「相当の期間」であれば死体遺棄罪が成立しないと述べており、単純に形式的な判断をしているわけではない。だが、「目安」となる期間を通常の葬送や他の制度に依拠して設定することにより、「相当の期間」にも一定の幅ができることは事実だろう。たとえば「数日」程度や「7日」程度を目安としつつ、事情があるとはいえ3年以上にわたる死体の安置が「相当の期間」に含まれると評価することには違和感を覚える。そうであるとすれば、「目安」として形式的に日数を示すことこそが不都合なケースを生じさせる一因であるようにも思われる。

もっとも、「目安」となる期間を具体的に示さないのであれば、逆に死体の放置を問題視するまでの「相当の期間」をどのように決めていくのかを示す必要がある。そこでむしろ、形式的に日数を示すのではなく、実質的な基準の提言を指向すべきように思われる。

まず、死体遺棄罪との関連で重要となるのは、死者に対する敬虔感情を害するような危険性をもった行為である。この点是不作為であっても変わりがないと解すべきであろう。そして、不作為の危険性とは、当該行為が(一般的には)外界の物理的な変更をもたらし、危険性を創出するものではない以上、行為時の状況等もたらす危険性をも考慮対象に入れて、当該不作為の危険性を評価していく道が妥当ではないかと思われる<sup>35</sup>。その意味では、死体が腐敗したりウジに蚕食されたりするなど、許容しがたい死後変化がみられる状況でありながらも葬送を行わずに放置する態度こそ、死者に対する敬虔感情を害する危険性をもった不作為の「遺棄」と評価されるべきであろう。

裁判例においても、死体を葬送せず放置した事案では、放置の期間が長期化し、死体に大きな変化が見られる点が指摘されているように思われる。

---

35 不作為の危険性についてその構想を不十分ながら示したものとして、萩野貴史「不真正不作為犯における構成要件的同価値性について(4・完)」名古屋学院大学論集〔社会科学篇〕56巻4号(2020年)139頁以下。

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<sup>36</sup>）は、年金等を受け取るため実母の死体をそのままベッドに約 1 年 8 か月にわたって放置したというケースで、「死体の頭部や顔面部は白骨化し、左右上肢も白骨化が進み、下肢、背面にはミイラ化した組織が残っているなど高度に死後変化の進んだ状態であった」点を認定している<sup>37</sup>。また、静岡地浜松支判平成 31 年 4 月 24 日（LLI/DB L07450493）も、同居中の異父兄が死亡しているのを認めながら、約 1 年間にわたり自宅に放置したというケースで、「高度な死後変化が生じ、臓器がほとんど残存せず、死因も不詳となってしまった」と認定している。さらに、神戸地判令和 4 年 4 月 18 日（LLI/DB L07750459）は、公的年金を騙し取ろうなどとして約 6 年もの長期間にわたって父親の死体を自宅内に放置しており、この死体が「白骨化およびミイラ化して」いる点を指摘している。そして同判決では、量刑理由に関する部分においてではあるものの、長期間の放置や死体の死後変化に関する事実を示して、「死者に対する敬虔感情が害された程度は大きい」と述べており、死体の状態も法益侵害の（危険性の）程度に影響を及ぼすという理解を示している点が興味深い。

繰り返しとなるが、ここで重要なのは、放置の形式的な日数ではない。上記の裁判例は、すべて年単位での放置が問題となった事案ではあるが、死後変化は前述のように死後数日程度で進むとされており、当該死体の置かれた状態によってはたとえば 7 日程度であっても不作為による死体遺棄罪の成立を認める余地はあると考えられる<sup>38</sup>。

---

36 同判決の評釈として、松下裕子「判批」警論 66 巻 5 号（2013 年）169 頁以下等。

37 仲戸川武人「判批」警察公論 68 巻 6 号（2013 年）88 頁参照。

38 たとえば、「母親？遺体遺棄 容疑の 54 歳逮捕」読売新聞 2020 年 8 月 31 日中部朝刊 27 面では、同年 8 月 23 日頃から同月 30 日の約 7 日間、同居の母親の死体を放置した疑いで男性が逮捕された（この男性によると「女性は母親で 23 日頃に死んでいるのを見つけた」、「連絡や手続きが面倒くさかった」とのことである）旨の報道がある（「死体遺棄 男性を不起訴」読売新聞 2020 年 9 月 19 日中部朝刊 30 面によると、その後不起訴処分にしたとのことである）。また、「親族の遺体放置 相次ぐ『孤立、支援求めない』例多く」読売新聞 2022 年 4 月 4 日東京朝刊 21 面（宮城）では、宮城県内で 2021 年度に自宅に親族の死体を放置したケースを列挙しているが、その中には 57 歳の男性が 89 歳

逆に、死体の置かれた環境が適切であり、死者に対する敬虔感情を害さない状態であれば、その期間においては「葬送しない」態度もまた、「遺棄」に該当しないと解しうる（これを本稿では、「根拠c」とする）。つまり、死体が無惨な状態にならない環境で死体を安置する行為であれば、前述の名古屋市のケースのようにたとえ3年以上葬送しなかったとしても「遺棄」に当たらないケースがあってよいと思われる<sup>39, 40</sup>。

むろん、猶予期間の理解として、法益侵害の危険性は無関係であり、死者に対する敬虔感情を害する危険性の高い状態であっても不作為を問責対象とはしないということも可能である。しかし、法益を害する危険性が高い行為についてまで、刑法がその不作為に猶予を与え、結果的にこれを許容するという必然性には乏しいように思われる。

---

の母親の死体を数日放置して逮捕された事例も紹介されている（同記事によると、その後不起訴処分となったとのことである）。

39 前掲注(34)のケースを参照。西田ほか〔編〕・前掲注(17) 680頁〔嶋矢貴之〕は、死体遺棄罪が成立する時期について、特に不作為の場合は、合理的な埋葬期間の経過とあわせて、「死体の状態変化を勘案して決められるべきであろう」と指摘しており、適切であると解される。

なお、死体の死後変化に加えて、「戸籍法の規定等を含む法令の規定」等も考慮して判断するという見解も少なくない（たとえば、さまざまな考慮要素を列挙するものとして、熊澤・前掲注(9) 94頁）。こうした見解には、さまざまな事情の「総合考慮」によって個別の事例ごとに「妥当な結論」を導きうるメリットがあるが、その一方で結局のところ判断構造がブラックボックス化しかねない危険性もあるように思われる。

40 松尾誠紀「判批」判評724号（判時2401号）179頁が、道交法の救護義務・報告義務との関連で、「義務は特定の作為を強制する点で個人の自由を制約するものであるから、義務は目的に対し合理的で、できる限り負担の軽い範囲で課すことが求められる。そうすると、義務とは、それが生じれば即時の履行が常に求められるものではなく、義務の履行がそれよりも遅れると義務の目的が阻害されるという限界点に実質的な履行期限が設定され、それ以前は義務の履行期間になる。なぜなら、履行期限に到達する前の段階では、義務の履行の不存在は義務の目的に影響を与えないはずであるのに、仮に履行期限以前に義務の履行を強制すれば、それは義務の目的とは関係のない不合理な作為の強制にあたるからである。」と述べる。本稿はこうした考えを参考にしうえて、不作為による死体遺棄への展開を試みている。端的に述べるならば、適時適切な葬送により死者に対する敬虔感情を害さないことを葬送義務の目的と解し、この目的が阻害される時点（の1つ）として死後変化に着目している。

#### (4) 離隔型の場合

##### A) 非離隔型と離隔型

上述のように、不作為による死体遺棄罪においては、死体の置かれた状況に応じて「相当の期間」（猶予）が与えられ、その期間の経過後に同罪が成立する（より正確には、根拠 a～c のいずれかの条件を満たす場合には、その期間の不作為を問責対象とできない）と解すべきであると思われる。とりわけ根拠 c に基づく期間の長短は死体の置かれた状況によっても大きく変化するため、腐敗の進行等を避けるための措置がとられ、死体が適切に監護されているかが猶予期間内か否かを判断する 1 つの基準となる<sup>41</sup>。

本判決の評釈等でも、本判決が猶予期間を認めた点、すなわち不作為による死体遺棄罪は「相当の期間」を経過した後に成立するという理解には、総じて好意的である<sup>42</sup>。

もっとも、不作為による死体遺棄に関して、すべてのケースで同罪の成立までに猶予が与えられるかはさらに検討の余地がある。というのも、不作為による死体遺棄については、従来、2 つの類型が含まれていることが指摘されてきたからである<sup>43</sup>。すなわち、死体を居宅内等で放置して腐敗するままに任せるものの、行為者自身もそこで生活しており死体を置去りにするような行為が見られない類型（これを本稿では①非離隔型とする）と、死体を山中等に放置して自らはその場から立ち去る類型（これを本稿では②離隔型とする）である<sup>44</sup>。

---

41 死体の葬送に向けた準備行為（いわば死体の監護行為）は、葬送義務の内容ではないが、死体を安置する行為者が、もし葬送までの猶予を長期にわたって得ようとするのであれば、死体を適切に保管して葬送を適切に実施する態勢を整える程度のことは要求してもよいのではないと思われる。

42 本稿注 9 に掲げた各評釈を参照。

43 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）194 頁以下等。

44 「遺棄」（遺す、棄てる）という文言が場所的な離隔を生じさせる行為である（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 頁参照）と理解するのであれば、そもそも①非離隔型を「遺棄」に含めることの当否も検討すべきことになろう。だが、本稿では、本判決との関係で、①非離隔型が

ここまで本稿で検討対象としてきたのは、本件で被告人が死体を放置して立ち去ったケースではなかったことから、もっぱら①非離隔型である。では、本判決が「葬祭を行わないという不作為が死体遺棄罪にいう『遺棄』に該当するのは」と述べている点、すなわち「不作為による死体遺棄全体」(①および②)を包摂しているかのような点を捉えて、②離隔型についてもこのような「猶予」期間が認められるべきだろうか。

## B) 具体例

この点、裁判例や警察実務においても②離隔型については、死体を放置した期間が比較的短い場合であっても「相当の期間」の経過を問題視することなく、死体遺棄罪の成立に肯定的な立場をとっているように思われる。

たとえば、①東京高判昭和40年7月19日(高刑集18巻5号506頁)は、愛人宅の押し入れ内に妻子の死体を発見しながらも、それを放置して立ち去った事案であるが、このケースでは約6日間の放置が問責対象とされている。さらに、たとえば②宇都宮地判平成28年7月15日(D1-Law.com判例体系28243068)は、山林で妻に対して承諾殺人に該当する行為を行った後、死体をそのまま放置したという事実関係の下で、約3日間の放置が問題視され、死体遺棄罪の成立が認められている<sup>45</sup>。

上述の事例では、戸籍法の挙げる死後「7日」を明らかに経過しておらず、「数日」程度の放置といえるケースもあるが、死体遺棄罪の成立は認められている。もっとも、これらは、死後変化等の事情が判然とせず、本稿の述べる根拠a～cに基づく猶予をすでに認めたい具体例とも考えられる。だが、②離隔型かつ根拠a～cのいずれかの猶予を確実に認めうる場合については、どのように判断すべきだろうか。たとえば、人気のないところ(たとえば人気のない公衆トイレ等)で死産を迎えた母が子の死体を顧みることも一切の手を加えることもなく、そのまま放置して立ち去っ

---

「遺棄」に該当することを暗黙の前提としてここまで検討を進めてきている。  
45 その他に、②離隔型に属する代表的な判例として、大判大正6年11月24日(刑録23輯1302頁)があるが、判決文を確認する限り放置期間は不明である。

たところ、その日のうちに子の死体が発見されたというようなケースを想定してみよう。こうした場合であれば、たとえ死後1日未満であり、さらには死後変化等により無残な状態になっていない以上、不作為による死体遺棄罪の成立する余地はないと解すべきだろうか<sup>46</sup>。

むろん、こうした場合でも同様の猶予を与えるべきであり、死体遺棄罪の成立を認めるのは不当だという評価もありえよう。だが、本稿では、①非離隔型については「相当の期間」の経過後に同罪が成立するにもかかわらず、②離隔型ではこれと同じ考慮をすることなく同罪が成立するという試論を展開し、検討素材を提供することを試みたい。この違いを説明するにあたっては、最終的にそもそも①型と②型では「実行行為としての類型が異なる」という主張に近づくことになる。そのため、不作為による実行行為の構造から取り組み、①型と②型の違いを明示していくことにする。

### C) 抽象的危険犯の実行行為

不真正不作為犯の実行行為に関する従来の議論は、主として殺人罪や放火罪など一定の“結果”を伴う犯罪類型を想定して論じられてきた<sup>47</sup>。だが、死体遺棄罪は「宗教風俗上の感情」に対する抽象的危険犯と理解することができよう<sup>48</sup>。ここで問題となるのは、抽象的危険犯が「行為の性質が『危険』であるかどうかを判断する」<sup>49</sup>と理解されていることとの関係である。「不作為による死体遺棄」の危険をどのように判断していくかを、(死体の

---

46 心理的な動揺等によりその場をいったんわずかに離れてしまうことが想定しうることや、その際の行為者の主観面をも考慮して死体遺棄罪が成立するまでに「猶予」を設ける余地はありうる。だが、①非離隔型と同じ考慮に基づき同じだけの期間を認める必要性は感じられない。ただし、こうしたケースでは「死後24時間以内は葬送が禁止されているにもかかわらず、24時間以内の葬送義務違反を問責対象とできるのか」という疑問が生じよう。この点については、適時の葬送義務の履行を不可能にしている行為を問題視することにより、すでに死体遺棄罪の成立を肯定できるのではないだろうか。

47 十河太朗「不真正不作為犯の実行行為性について」同志社法学 56 巻 6 号(2005 年) 707 頁以下等。

48 杉本・前掲注(7) 120 頁等を参照。

49 三井誠ほか編『刑事法辞典』(2003 年) 552 頁〔福山道義〕。

状況等を考慮要素とした、死者に対する敬虔感情を害する危険性を不作為の危険と読み替えるべきという点は前述したが、) さらに踏み込んで検討することが求められよう。

①非離隔型では、死体と物理的に離隔する態度がみられないために、その状態で直ちに死者に対する敬虔感情が害される危険性を高めるものではない。そこで、死体が死後変化等を生じているにもかかわらず、これを放置する態度が人々の死者に対する経験感情を害する危険性を有しており、法的に許容しえないものと評価されることになる。したがって、死体を適切に保持しており、死者に対する敬虔感情を害しないと考えられる状況であれば、義務を履行していない態度であっても長期にわたって「猶予」を与えられる可能性もある(すなわち刑法上問題視しないことも可能になる)と考えられる。以上の点を、上述(3)で論じてきた。

その一方で、②離隔型では、すでにその時点で行為者は死者を適切に葬ることを放棄しており、またそのまま放置され続けることで、動物による損壊や腐敗等により死体が無残な状態になっていく可能性が一般的には高められたと考えられる。その意味で、行為者が死体を顧みることなく立ち去ったと確定した時点においてすでに、人々の死者に対する敬虔感情を害する危険性を高めており<sup>50</sup>、この時点で不作為による死体遺棄の実行行為性を肯定することもできるのではないだろうか。

もっとも、このような理解からは、「立ち去る」という挙動が「危険を高める」意義を有する面がある以上、それは(不作為犯ではなく)作為犯ではないかという疑問が生じることになる。確かに要扶助者の遺棄罪(刑法218条)をめぐる議論においては、保護者が要扶助者を置いて立ち去る「置き去り」について、この身体的動作によって場所的離隔を創出する作

50 本稿以前にすでに、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〕』(2016年)254頁では、葬送義務者と死体との間の「場所的離隔が生じている方が『遺棄』と評価しやすい」という指摘がみられる。

為犯であるとの主張も見られ<sup>51</sup>、傾聴に値する。そうであるとするならば、(罪質や規定の仕方が大きく異なるものの、)死体遺棄罪にもこうした理解を援用して、②離隔型を「作為による死体遺棄」に分類する道もありうるのではないかと問われるかもしれない。だが、死体遺棄罪において、「死体からの場所的離隔の創出」という作為を死体の人的保護環境の悪化と捉えて問責対象行為であるとする、刑法 218 条のような身分の限定がないためにこうした行動をとったすべての者に死体遺棄罪が成立することになりかねない。②離隔型においても、死者や遺族と一定の関係にある者が、死体を放置せず葬送を行うことが法の求める態度であろう。そこで、あくまで離隔行為は(危険性を高める付随的な行為ではあるが)実行行為そのものではなく、作為義務違反を問責対象行為とする、すなわち不作為犯として捉えることが妥当ではないかと思われる<sup>52</sup>。

#### (5) 「猶予」期間に関する総括と、本判決に対する評価

以上の検討をまとめると、後掲の【表 2】のようになろう。

まず、①非離隔型に属する場合については、不作為による死体遺棄罪が成立するまでに「一定期間の経過」を要する<sup>53</sup>。この死体遺棄罪が成立するまでの猶予とも呼ぶうる期間については、いくつかの根拠から導き出

51 松原『各論』・前掲注(13) 39 頁は、いわゆる置去りに関して、身体的動作によって場所的離隔を創出し、要扶助者の人的保護環境の悪化をもたらす点に着目し、原則として作為犯であると解している。

52 本稿ではひとまず②離隔型を不作為犯であって離隔行為は実行行為ではないと理解することにした。だが、そもそも「不作為犯的な本質をもつ」犯罪については具体的な行為態様が作為と評価される場合であっても行為主体の特定が求められるという見解(要扶助者の遺棄罪を素材にこうした主張を展開するものとして、武藤眞朗「不作為の本質をもつ行為」『高橋則夫先生古稀祝賀論文集〔下巻〕』(2022 年) 210 頁)のほか、死体遺棄罪は狭義の死体遺棄罪と不埋葬罪を内包するものであり、両罪の相違は行為の態様が作為か不作為かによらない(すなわち作為による不埋葬罪もありうる)と主張する見解(松原『行為主義』・前掲注(13) 115 頁以下等)もあることからすると、この点についてはさらに検討を要する。

53 不葬送の期間中に、もし死者に対する敬虔感情を害するような死体の扱いがなされた場合(たとえば死体の隠匿等が想定されよう)には、この行為について作為による「遺棄」に当たる可能性が存するのは当然であると思われる。



される。そして、その根拠のいずれかが認められる場合には、その間の不作為は問責対象行為とはならない。

次に、各根拠についてまとめると、第1に葬送の実施に要する期間については、その間の不作為を法が非難することは不当であるため、問責対象行為から除外される（根拠 a）。第2に、墓理法3条が死後24時間以内の埋葬や火葬を禁止しているため、この期間に関しては（通夜等を営みうる点は別論として、少なくとも）埋葬や火葬の実施を要求することはできない（根拠 b）。第3に、死体が無残な状態にならない環境において安置しているような場合にも、法益侵害の危険性を高める不作為がないものとして、その間については猶予を認めることができるのではないかと考えられる（根拠 c）。

その一方で、②離隔型の場合には、上述の猶予期間に関する考え方は妥当しない。死体を放置して立ち去る行為により、死体そのまま無残な姿になる可能性を高める状況ができたということで、この時点以降の不作為を問責対象として死体遺棄罪が成立しうると解すべきである。

【表2】

①非離隔型	猶予期間 はあり	根拠 a に基づく猶予期間：葬送の実施に必要な時間が経過するまで
		根拠 b に基づく猶予期間：死後 24 時間が経過するまで
		根拠 c に基づく猶予期間：死体が無残な状態にならない環境において安置している限り
②離隔型	猶予期間 は原則としてなし	場所的離隔により、法益侵害性が高い状況が創出されており、その時点以降の不作為を問責対象行為とすることができる

それでは上記のような考え方に基づくと、本件はどのように評価されるべきだろうか。

本件の不作為は、X が入院するまでの間、主に自宅に滞在していた約 33 時間が問題視されている点からしても、①非離隔型に属するといえよう。そうであるとするならば、不作為による死体遺棄罪が成立するまでに

一定の猶予を認める余地があったといえる。この点、葬送が禁止されている 24 時間以内ではない（33 時間が経過している）ため、根拠 b に基づく猶予には該当しない。しかし、もし X が主張する「土葬」の実行に必要な時間という点（根拠 a）を考慮するとしたら、あるいは、約 33 時間にわたる死体の放置で重大な死後変化が起きているとも思われない点（根拠 c）から、本件の事実関係の下で不作為の死体遺棄罪を肯定することには疑問の余地がある。したがって、不作為による死体遺棄の成立を否定した本判決については、（不作為による死体遺棄すべての場合に、犯罪成立までの猶予があるかのような判示部分には補足的な説明を入れる必要があるものの、）その結論において首肯しうる。

#### 4. むすびにかえて

本稿では、福岡高裁令和 4 年 1 月 19 日判決を契機として、不作為による死体遺棄罪の成立時期を検討してきた。ここで示した理解が、不作為犯すべてに（総論的に）当てはまるとは思えない。

不作為犯の実行行為は、「法的な義務に反して、期待された行為をしないこと」であると一般化することは可能ではあるが、そのあり方は様でない。作為義務の発生根拠だけに焦点を合わせるのではなく、不作為がどの程度継続した時点で不作為犯が成立するかといった点なども、各論的かつ詳細に検討する必要があるように思われる<sup>54</sup>。

なお、本稿では取り組むことのできなかった①不作為による死体遺棄に関する課題と、②本件に関する課題をそれぞれ挙げておきたい。①不作為による死体遺棄に関しては、これまで死体や遺骨を「最終的には墓（や立場によっては自然の中）に送り出す」ことを「葬送の実行」と捉え、議論が進められてきたように思われる。そのため、死体を自宅に置き続けるこ

---

54 たとえば刑法 218 条の保護責任者不保護罪などについても、「一定の期間」保護しない状態が経過したら成立すると解する余地があるが、それがどういったケースなのか、どの程度の期間なのかは死体遺棄罪の議論とは別に検討しなければならない。

とは葬送義務の履行に至っておらず、「不葬送」に該当する可能性が指摘されてきたのである<sup>55</sup>。本稿でも、死体を手元に置いている場合は、葬送が未了であるという理解を暗黙の前提として論じてきた。しかし、葬送の1つのあり方として、近時は「自宅墓」や「(永続的な)手元供養」の推奨を喧伝する業者もみられる。こうした場合に「遺骨の不葬送」とはならないのか、不葬送となるケースとならないケースがあるとしたら、その区別をどのように行うのかといった点を検討していく必要がある。また、本稿で「不作為による死体遺棄」として念頭においていたのは死体の葬送義務違反のケースのみであり、死体の監護義務違反については検討できていない点も今後の検討課題である<sup>56</sup>。

②本稿では、(本判決が死体遺棄罪を肯定した)「作為による死体遺棄」部分を検討対象として取り上げなかった。それは、死体の「隠匿」がどの範囲で「遺棄」に該当するかについては、十分に考えを整理することができなかったためである。死体の「隠匿」に関しては、多様なケースを視野に入れて詳細な検討が求められるため<sup>57</sup>、この点は今後の検討課題とした

55 原田保「新たな葬法に関する遺骨遺棄罪等の成否—撒骨(散骨)および手元供養を主題として」愛知学院大学宗教学制研究所紀要 58号(2018年)45-7頁(および注1掲載の各文献)では新たな葬法が抱える刑法学上の問題点等について興味深い問題提起を行うが、その中で手元供養と不作為による死体遺棄の関係についても触れている(46頁)。

56 監護義務違反の場合も、不作為による死体遺棄が成立する一類型であり、本稿の「1. はじめに」で触れた福岡高裁令和3年6月25日判決では監護義務の場合にも「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いえるか」を問題としている。こうした理解からすると、監護義務の場合にも一定の時間的な猶予を認める余地があるようにも思える。だが、監護義務に関しては葬送義務とは別の考慮が必要であろう。

そもそも本稿で示した「死体を適切に監護している限りは、葬送までの猶予が与えられる(葬送義務違反は認められない)」という主張はまさに葬送義務者が監護義務を果たしている場合とも考えられるため、両義務の関係等についてもさらに考察することとしたい。

57 前掲注(7)や(8)で列挙したケースはそれぞれ、死体の「隠匿」と評価される限界について問題を提起するものであろう。そのほかに本判決に類似する事件も少なくない。たとえば、「乳児遺体遺棄」読売新聞 2019年10月16日東京朝刊 31面では、トイレで出産し死亡した女兒の死体を段ボール箱に入れて自室押し入れに隠匿した行為(「乳児遺体遺棄『赤ちゃん埋葬するつもり』初

## 論 説

い<sup>58</sup>。

以上のような課題を残してしまったが、本稿で検討してきた内容が死体遺棄罪を始めとする不作為犯の議論に小さな一石を投じるものとなったならば幸いである。

〔謝辞〕石黒大貴弁護士（熊本県弁護士会）から本件一審判決後に資料をお送りいただいたほか、原田保先生（元・愛知学院大学教授）からも各種資料を頂戴し、考察を試みる大きなきっかけとなった。ここに記して、深く御礼申し上げたい。

---

公判弁護側、無罪を主張」読売新聞 2019年8月17日東京朝刊 23面によると、被告人は「氷や保冷剤を段ボールに入れて腐敗を防」ぐ行為をし、「赤ちゃんがかわいくて一緒にいたかった」、「(後で)埋葬するつもりだった」と主張していたようである) に対して、死体遺棄罪の成立が認められた(懲役1年2月、執行猶予3年)等の報道がある。

58 本判決が作為による「遺棄」に当たると認めた点について、詳細な批判を展開するものとして、福永「西南」・前掲注(9) 118頁以下。