

論文

遺棄罪における作為と不作為

— 補論・不作為による死体遺棄 —

(大阪地裁平成30年7月2日判決)

清水 晴 生

Commission and Omission of Abandonment

SHIMIZU Haruki

- 1 遺棄罪の行為の再構成
- 2 単純遺棄罪の構成要件の再構成
- 3 作為と不作為の他の区別方法
- 4 判例
- 5 補論・不作為による死体遺棄
(大阪地裁平成30年7月2日判決)

1 遺棄罪の行為の再構成

(1) 217条は「老年、幼年、身体障害又は疾病のために扶助を必要とする者を遺棄した者は、1年以下の懲役に処する。」と規定する。

218条は「老年者、幼年者、身体障害者又は病者を保護する責任のある

者がこれらの者を遺棄し、又はその生存に必要な保護をしなかったときは、3月以上5年以下の懲役に処する。」と規定している。

「移置（移棄）」、「置き去り」は概ね遺棄罪に特有の用語で、条文（217条、218条）上も用いられているわけではない。これらはそれぞれ遺棄行為（不保護の場合を除く）における作為と不作為とに対応して、いわば作為と不作為の場合の典型を徴表する概念であった。しかしすでに知られている通り、この対応は完全なものではなかった。そのために遺棄行為や不保護を含めた広い意味での遺棄罪の理解に混乱を招くに至った。

そうである以上、この両概念を用いることなしに、他罪でも一般的に用いられる作為と不作為という概念のみを用いて論じることが肝要であると思われる。

（2）では何をもって作為とし、また何を不作為とすべきか。

例えば、立ち去るという作為によって助けないという不作為をする、というように、ある行為事実をどのように捉えて作為あるいは不作為と呼ぶべきかは自明というわけではない¹。

作為と不作為とを分ける手がかりとなるのは、作為犯を不作為で行う場合を認める不真正不作為犯であろう。

これにあたるのが不作為による殺人や不作為による放火である。広く受け入れられてきたこれらを前提として考えるとき、法益に危険が及んだ状

1 酒井安行「遺棄の概念について——作為・不作為概念との関係を中心として——」早稲田大学大学院法研論集28号85頁以下参照。酒井は「置き去りの作為性はこれを認めるべきであると思う」（87頁）という。平野龍一「単純遺棄と保護責任者遺棄——刑法ノート3」警察研究57巻5号8頁も「置き去りの場合、立去るのはやはり作為である」とする。また、山下裕樹「作為・不作為の区別と行為記述」関西大学法学論集66巻4号1005頁以下及び1014頁以下も参照。山下は「作為あるいは不作為のいずれかが存在するとして、両者を区別することは不可能であるように思われる」（1005頁）とか、「例えば母親が、子どもを故意に山に置いて帰ったという出来事の場合、遺棄概念を通説的に理解するならば、保護責任者が、子どもを山に捨てた（作為による遺棄）と表現しても、子どもを山に置き去りにした（不作為による遺棄）と表現しても構わない」（1017頁）という。

況を放置して立ち去る行為を捉えて作為とはしてこなかったのである。このことを踏まえるならば、やはり不作為は「結果発生阻止義務違反の見放し」ということになろう。換言すれば「発生した危険の放置」が不作為であり、これに対して「危険の惹起」が作為ということになる。ただしこのとき、いわゆる「先行行為」はそれ自体は「危険の惹起」にはあたらないことに注意すべきである。

そしてまた、不作為の遺棄と不保護との区別に関していえば、不作為である「結果発生阻止義務違反の見放し」が場所的離隔を伴う場合が遺棄であり、これを伴わない場合が不保護ということになる。

さらに、扶助義務違反の作為・不作為が217条の単純遺棄に該り、保護義務違反の作為・不作為が218条の保護責任者遺棄となる。後者が場所的離隔を伴わない場合は不保護に該るが、前者が場所的離隔を伴わない場合は未だ違法とはならない。扶助者は同伴状況を継続する限りにおいては、保護義務者ほどの積極的な作為までは要求されないと考えられるからである。ただし、引き受けや時間経過など具体的状況に応じて保護義務が生じたと認められる段階以降については、不保護が問われることになる。

217 条	扶助者による、危険の惹起たる作為
	扶助者による、発生した危険の場所的離隔を伴う放置（結果発生阻止義務違反の見放し）たる不作為
	扶助者による、発生した危険の場所的離隔を伴わない放置（結果発生阻止義務違反に至らない見放し）たる未だ不処罰の不保護状態
218 条	保護責任者による、危険の惹起たる作為
	保護責任者による、発生した危険の場所的離隔を伴う放置（結果発生阻止義務違反の見放し）たる不作為
	保護責任者による、発生した危険の場所的離隔を伴わない放置（結果発生阻止義務違反の見放し）たる不保護 ²

2 不保護は広い意味では不作為の一態様ということが出来る。

このとき、遺棄罪もまた「遺棄」³(する)という一般的にはまず作為と捉えうる文言を用いて行為を規定しているのであるから、遺棄罪において不作為を認めるときこれを不真正不作為犯と呼ぶことができる。

(3) 以上のような理解を具体的なケースにあてはめてみれば以下のようになろう。

「あっちで虫を採っておいで」と行かせるのは作為。これに対して、勝手に離れていく子供を呼び止めないのは不作為。

自分だけが電車に乗り込み、子供を置き去りにして離れるのは作為。子供が勝手にホームに降りてしまったのに、呼び戻す・連れ戻す行為をしないのは不作為。

更に、子供が向こう側にいるときに橋を落とす行為も作為である。出かけた先で思い立って子が待つ家に帰らないのは不作為であろう。

2 単純遺棄罪の構成要件の再構成

(1) 保護責任者の場合と比べて扶助者の場合は、被扶助者の法益の危殆化への寄与度は小さいと考えられる。それは被扶助者の法益保護が扶助者に依存・帰属している度合いが小さいからである。217条と218条の法定刑の差はこの類型的な違法の程度差に求めることができよう。

3 無論、「遺棄」という言葉には初めから不作為も含意されているという考え方も十分ありうるし、むしろ不作為の意味合いが強いと考える余地もあるかもしれない。しかし一般に「遺棄する」という場合、積極的な行為を含意していないとまではいえないように思われることからすれば、概ね作為犯を中心に規定している刑法を前提するときには、基本的には遺棄罪という犯罪構成要件をひとまず作為犯と捉え、不作為による場合を不真正不作為犯と呼んでも問題がないように思われる。初めから作為と不作為の両方を想定している場合を表現する新たないい回し(例えば、「不明確行為犯」、「両態犯」)が必要かもしれない。例えば判例は故意犯も過失犯も含むという不明確な処罰規定を認めている。東京高裁昭和54年9月20日判決高刑集32巻2号179頁、最高裁昭和57年4月2日判決刑集36巻4号503頁。

(2) ただ218条のみならず217条においても、「扶助者的地位」に立ち、扶助義務を負うべき者を前提としない限り、不作為だけでなく作為であっても（不作為による移置・移棄や作為による置き去りが想定されうることからわかる通り）主体を限定することは不可能となる。従ってやはり、いずれにしても扶助義務が何らかの形で見出されなければならない。これは当然、不作為による場合には作為義務と重なる。では作為をも含めた場合にはどのように捉えるべきか。

類型的・継続的な保護責任・保護義務と比較するとき、扶助義務はむしろ具体的状況に即して見出されうるものであろう。これはいわば「規範的な構成要件的状況」とでもいうことができるのではなかろうか。

即ち、「遺棄」する・できる者は当然その前提として同伴状況になければならない⁴。消防妨害（114条）が「火災の際」という状況において初めて違法行為となるのと同様に、規範的に「扶助すべき状況」に置かれた際に初めて同伴・扶助状態を除去し遺棄することが違法性を帯び、違法行為となるのである。

保護責任者のなすべき作為義務がいわば強い支配性から生じる重い義務であるのに対して、いってみれば扶助義務は弱くゆるやかな支配性から導かれるものである。

通常、規範的構成要件は例えば「わいせつ」といった社会通念による補充を必要とする概念ないし構成要件要素であり、法的観点からの補充を要求するものではない。

また構成要件的状況の概念ないし性格も、規範的であるよりはむしろ記述的なものであるかもしれない。

4 同じ文脈ではないが、酒井・前掲87頁以下は「およそ遺棄であるためにはあくまでも危険の惹起は必要なのであるから、単に置き去ることによって危険を惹起しうる者は、事実上一定の者、つまりそれまで被害者と一定の保護関係のあった者に、概念必然的に、限られるはずである」という。また、山下裕樹「遺棄罪の諸概念の内容について（1）」関西大学法学論集67巻5号1027頁も「作為義務は（不真正）不作為犯という領域に固有のものではなく」という。

しかし複雑多岐にわたる議論を招来してきた遺棄罪の特殊性に鑑みれば、規範的構成要件的状況といった特殊な概念を想定することもあながちおかしなことではないとも考えられよう。

ではここで、保護義務を負うべき地位をして保護責任者たる身分というとき、扶助義務を生じる規範的構成要件的状況とは身分ではないのだろうか⁵。これについては先述の通り、保護責任の類型性⁶と対比するときには、扶助義務の発生根拠の事実具体的な性格に鑑みるならば、これを身分とすべきではなかろう⁷。

3 作為と不作為の他の区別方法

(1) 作為と不作為との区別に関して、置き去りを作為と捉える考え方もありうる。

確かに、「遺棄」という言葉の通り、棄ててから遺していく場合が作為であるとき、単に遺していく行為も作為といえる余地がある。子供を電車内に置いたまま自分だけが電車を降りて遺す行為も作為とし、反対に子供をホームに置き去りにして自分だけが電車に乗り込む行為も作為と呼びうる。また子供が勝手に電車に乗り込んだのを見届けてホームから立ち去り駅を出る行為も作為といえるし、逆に子供が勝手に電車から降りてしまったのを放置したまま乗り続けて目的の駅で電車から降りて立ち去るのもって作為ということもできる。いわば「棄てて遺していく」ことこそが遺棄

5 作為義務と身分との関係については、岡本勝「『不作為による遺棄』に関する覚書」法学54巻3号372頁以下参照。

6 保護責任・保護義務もまた類型的であるばかりでなく、事実具体的な状況から実質的に導出される場合がありうる。しかしむしろこのような場合こそ、保護責任・保護義務もまた身分という以上に事実具体的な作為義務としての性格を色濃くするのであるから、やはり扶助義務(者)をして身分ではなく単に作為義務を発生させる規範的な構成要件的状況と捉える方が実質にも適しているといえよう。

7 ただし無論、状況類型的な成立範囲の限定は、蓄積された判例の判断を前提としてなされなければならない。

における作為による実行行為であるとし、このとき「棄てる」のはいってみれば「遺していく」ための予備的な行為だということになる。

遺棄における作為と不作為の区別はアプリアリなものではないから、「棄てる」のを作為とし、「伴うことをしない」で「遺していく」のを不作為とする捉え方の代わりに、「遺していく」ことこそを作為とする捉え方もありえないではない。

このような捉え方によれば、いわば場所的離隔を生ぜしめた行為をもって作為とすることになる。このとき、移置・移棄や置き去りといった曖昧な概念を避けて、作為と不作為とを截然と区別できるメリットは認められよう。

殺人の作為と不作為が「殺す」と「見殺しにする」ということであるとき、遺棄の作為と不作為も「棄てる」と「見棄てる」ということになり、不作為は畢竟「手出しせず棄ておく」ということになる。これは単なる不作為ではなく、場所的離隔を伴わない不保護を意味するともいえる。つまり不作為というべきは不保護に限られるとするのである。

従って、置き去りを含めて場所的離隔状態を引き起こす行為を捉えてこれを作為による遺棄とし、そうではなく場所的離隔状態を惹起しない場合はこれを不作為による遺棄たる不保護とする。このような理解も確かにありえよう。

(2) しかしながらこのような理解によれば、ほとんどが作為とされわずかな範囲のみが不保護となるように見えて、実のところ217条の扶助者の不作為が不保護とされ広く不処罰となってしまう。街頭で一時的に預かったにとどまる幼児が歩き去るのを呼び止めたり追いかけたりしなかった場合も処罰が及ばないことになってしまうのではなからうか。

4 判例

関連すると思われる若干の判例について検討しておく。

(1) 大審院大正4年5月21日判決⁸

本件は古い判例であるが、路上生活をしていた老人を不憫に思って自宅に連れ帰り同居していた被告人が、その後栄養不良と病気により起き上がることもできなくなった老人を路傍に遺棄したという事案である。

このような事案において、本件被告人は217条の罪に問われた。そこで大審院は、原判示のごとく被告人が、同居していた80歳前後の老人で、貧しさと高齢とによって栄養不良に陥り、これに加えて睾丸を病んで起き上がることもできなくなり他人の扶助を必要とすべき者を、自宅から搬出して他所の路傍に遺棄した事実をもって、217条の成立を認めたものである。

すでに見てきた通り、作為と不作為の区別はアプリオリなものではないのであるから、本件を作為だから217条の成立を見たと簡単に理解すべきではない。仮に本件が、路傍で立ち上がれなくなった老人をその場に残してきた場合や、家の中で放置したままだった場合には218条に問われたとも考えられるが、それらは積極的に家から連れ出して遺棄するよりもむしろ違法性が低い行為とさえ考えられよう。つまり、不作為だから重い罪に問われるべきとはいえない以上、作為義務が認められれば当然に保護義務・保護責任も認められるとの理解を前提に広く容易に218条に問擬することの方が問題が大きいというべきである。このような意味において、親族関係にない、いわば一時的に同居したにとどまる被告人について保護責任までを認めなかった大審院の態度は、不作為の場合の保護責任・保護義務や扶助義務の理解にも示唆を与えるものといえよう。

8 刑録21輯670頁。

(2) 熊本地方裁判所昭和35年7月1日判決⁹

本件で被告人は病院を開業する医師であるが、病院に駆け込んできても生まれそうな嬰兒を始末してほしいと妊婦が懇願するのを拒絶する内に産まれた嬰兒を、いったんは清潔にした上で母親に引き渡したところ、母親が病院に嬰兒を残して立ち去ったという事案である。被告人や看護師は病室を覗いて母親がいなくなっているのを確認しているが、戻ってくると考え放置したために、二月の寒さのため翌日には嬰兒が死亡したとして保護責任者遺棄致死に問われた事案であった。

熊本地裁は被告人がそもそも監護を開始したわけでもないから事務管理を根拠とする保護責任も認められず、妊婦との間で診療契約を結んだものでもないから法律上の保護義務も生じない以上、条理からの保護責任も認められないとして無罪とした。

熊本地裁はあくまで母親の一方的な行動であって、医師の側に受け入れる姿勢は一貫してなかったということを保護責任を否定する上で重視しているように見えるが、医師として妊婦や嬰兒といったんは対峙した上で、病院内更には病室内という支配性が強く認められる状況において、病院・医師の手による始末を期待して来院した母親が姿をくramしたことも認識していたという本件事案においては、何らの保護的義務も課されないという結論が妥当といえるかには疑問が残る。

身勝手な受診希望者に対する病院・医師の加重な負担を否定する趣旨であるすればそれは理解できないではないが、被害者が罪のない嬰兒であることも踏まえれば、保護責任・保護義務まで課するというのが酷であるというならやはり少なくとも扶助義務を認める余地はあったといえるのではなかろうか。

9 下刑集2巻7・8号1031頁。本件に言及するものとして、山火正則「保護責任者遺棄罪における保護責任」判例タイムズ303号106頁。

(3) 岡山地方裁判所昭和43年10月8日判決¹⁰

本件被告人は同じ寮に住む同僚の被害者と夜遅く連れ立って焼肉を食べた後、路上で因縁をつけてきた相手が被害者の大腿部をビール瓶の破片で突き刺し、出血多量で被害者が起き上がれなくなっていたところを放置して立ち去ったとして、保護責任者遺棄罪の成立が認められたものである。

詳しく理由を述べるところがないものの、おそらくは同じ寮に住む同僚と連れ立って食事をした帰りであり、被害者が受傷した経緯も了解しているという意味において、被害者に生じた生命に対する危険に対して被告人につき一定の支配性を認める余地があったということであろう。

そのような理解もまったく理由がないとまではいえないものの、同伴していた同僚が大怪我を負ったことの責任を、単に同伴していたにとどまる被告人に重い保護責任として負わせるかには疑問が残る。このように条理に過度に与した保護的義務の認定がなされる場合¹¹においては、事案が置き去りというだけで重い218条に問擬されることになり、作為の場合とで均衡を失することになる。上記した一定の支配性に鑑みるならば、せいぜい217条の扶助義務を認めるのが相当であった事案といえるのではないか。

(4) 東京地方裁判所昭和48年3月9日判決¹²

本件で3歳余りの幼子である被害者の母親である相被告人と再会し意気投合した被告人は即日同棲を開始したところ、相被告人の提案に同意する形で同棲開始3日後に旅行先へ向かう途上で被害者を遺棄した。本件は作為による遺棄の事案であるが、例えば自ら小用のため車を降りた被害者を置き去りにしたならば容易に不作為形態に転化しうる事案でもある¹³。

10 判例時報546号98頁、判例タイムズ232号230頁。

11 この点につき、すでに山火・前掲110頁も「道徳的には保護を期待したいが、保護責任者遺棄罪として、重く処罰するための根拠とすることはできない。この判例には賛成できない。」という。

12 判例タイムズ298号349頁。

13 作為であれば保護責任が認められない場合217条に問擬しうるが、不作為なら無

同居わずか3日目の被告人について東京地裁は、すでに数日とはいえ共同生活を営んでいる被告人は被害者に対して条理上ないし社会通念上これを保護すべき責任を有するに至ったと解するのが相当であり、それは同棲が一時的な野合ではなく将来の婚姻を前提とした一応永続的な関係であると考えられることや、幼児を含めて新たな共同生活を始めた場合においては、社会的にも右夫婦と子供を含めた全体が一個の家族として扱われ、幼児と男性の関係は正規の親子関係に準じたものと見るのが一般的である、現に被告人自身が保護すべき責任があったことを認めていることなどによるとした。

わずか3日の同居でも永続的な関係を志向していたことから保護責任が認められたが、では例えば再会した即日に行われた場合であつたらどうか。本件の判断の理由によるならば、この場合でも保護責任を認めることになる。いわば同棲開始当初から遺棄する意図が生じていたような場合にまで、単に永続的な関係を志向していたというのみで、正規の親子関係に準じた関係が認められるとはいい難いではなからうか。

仮に本件が、小用のため自ら車を降りた被害者を置き去りにした事案であつた場合で、なおかつ同棲を開始して半日ほどしか経っていないような事案であつたとしたら、それでも被告人に共犯を認めるためには判例に従い保護責任の存在を強弁することによって218条を適用せざるをえない。扶助義務の存在を看過することで、保護義務と作為義務とを同一視してしまつた結果、218条の保護責任の認定を緩和させ、延いては217条による処断で足りるケースにまで218条をもって処断する弊に陥っているといわざるをえない。217条上の扶助義務の存在を認め、不作為の場合でも217条の適用を認めるべき所以である。

罪か保護責任をあえて認めてしまうかのどちらかということになってしまう。作為と不作為の限界が曖昧で容易に相互に転化するを考えれば、不作為のケースに217条の適用を認めないことの不都合・不合理は明らかであろう。

5 補論・不作為による死体遺棄 (大阪地裁平成30年7月2日判決)

死体遺棄罪¹⁴(刑法190条)においても「遺棄」概念が用いられているので、これについて最後に確認しておきたい。

(1) 死体遺棄にいう「遺棄」についても作為の場合と不作為の場合とが考えられる。しかし不作為については、例えば死体の入ったケースを誰かがそれと知らずに運び出そうとするのを止めなかったという、やや特殊な事例が想定されるにとどまる。多くの場合、不作為であれば管理下で放置したというような場所的離隔を伴わない場合、いわば遺棄でいうところの「不保護」に相当する場合がこれに該当する。

通常、殺害後ただそのまま死体を遺して立ち去ったとしても、その作為が死体遺棄に問われることはない¹⁵。

これは本罪の保護法益が「死体の適正な管理」にあると思料されるところ、この法益が損なわれる「危険の惹起」が作為であり、死体の適正な管理が害される危険の放置・阻止義務違反が不作為だとすれば、さらに発見されないような措置を講じるのでないかぎり作為にはあたらないし、危険が増大する事態が発生した上でこれを放置するのでないかぎり不作為を認定することもできないからである。

他方、判例は「葬祭義務者」による立ち去り、置き去りの場合には「不

14 死体遺棄罪全般につき詳細に紹介・考察したものとして、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187頁以下参照。

15 大審院昭和8年7月8日判決大刑集12巻1195頁参照。同1199頁は「殺人罪ハ生命ナル個人的法益ニ對スル犯罪ナルニ反シ死體損壞乃至遺棄罪ハ死體ニ對スル一般宗教的感情ヲ害スル公益犯罪ニシテ二者其ノ性質ヲ異ニスルモノナルカ故ニ單ニ人ヲ殺シテ其ノ死體ヲ現場ニ其ノ儘ニ放置スルカ如キ場合ハ特ニ殺人罪ヲ犯シタル者ニ死體ニ付葬祭ヲ爲スヘキ責務アル場合ノ外ハ別ニ死體遺棄罪ヲ以テ問フヘキ限ニ在ラス」とする。

作為による死体遺棄」を認める。

大審院大正6年11月24日判決¹⁶は「死體遺棄罪ハ葬祭ニ關スル良俗ニ反スル行爲ヲ罰スルニ在ルヲ以テ死體ヲ他ニ移シテ之ヲ遺棄スル場合ハ勿論葬祭ヲ爲スヘキ責務ヲ有スル者カ葬祭ノ意思ナクシテ死體ヲ放置シ其所在ノ場所ヨリ離去スル如キモ亦死體遺棄罪ヲ構成スルモノトス」¹⁷とする。

葬祭義務者においては死体の存在を知ったとき、「死体の適正な管理」が損なわれる危険に遭遇している以上、その危険の増大を阻止すべき義務に対峙することになり、その義務違反があれば不作為による死体遺棄が成立するものと考えることができる。

(2) 上級審判例の多くが、殺害後の作為による死体遺棄のケースであり、そこで侵害されていると考えられているのはおそらく、殺害したことを隠蔽するような埋葬はどのようなものであっても適正な埋葬ではなく、その意味で死体の適正な管理という社会的法益が害されている、という理解であろう。

例えば、大審院昭和20年5月1日判決¹⁸は、被告人らが嬰兒の死体を共同墓地に埋葬したという事案であるが、大審院は「死体遺棄の罪は葬祭に関する良俗を保持することを法益とするに在るを以て原判示の如く殺人罪を犯したる者其の犯跡を隠蔽せんが為死体を遺棄せんことを企図し秘かに共同墓地に殺害したる死体を埋没するが如きは埋葬に関する善良なる風俗を破壊するの甚だしきものと云うべく斯る所為は正に刑法第百九十条に所謂死体遺棄罪に該当すべく其の死体埋没の場所が墓地なるや否の如きは犯罪成立に何等消長あることなし」¹⁹と判示した。

ここで「葬祭に関する良俗を保持する」という法益の侵害は、墓地に埋

16 刑録23輯1302頁。

17 刑録23輯1303頁。

18 大刑集24卷1頁。

19 大刑集24卷5頁。

めたこととは関わらず、もっぱら「犯跡を隠蔽せんが為」という目的から導かれている。すなわち「殺害したる死体を埋没するが如きは埋葬に関する善良なる風俗を破壊するの甚だしきもの」というのである。ここでの「葬祭に関する良俗」とは「埋葬に関する善良なる風俗」を指し、犯跡隠蔽目的の「埋没」はたとえ墓地においてであってもこの良俗を破壊するということになる。

いわば「埋葬が適正に行われる」ということが良俗であり法益だということになろう。おそらく行政への連絡等を踏まえることが適正な埋葬すなわち死体の適正な管理ということになるものといえよう。そしてむしろ、とりわけ葬祭・埋葬についての良俗に対する観念が多様化した現在にあっては、これを一律に、しかも刑罰の威嚇により国家が侵害されたとかされないといった判断をすることは、憲法20条の信教の自由にも照らしても妥当とはいえないから、本罪の保護法益も具体的には近親者らや行政が享受すべき適正な認知・連絡等を内容とした「死体の適正な管理」という社会的法益と理解し、その目的の内には殺害や事故の隠蔽に対する社会的責任・社会的非難を向けることも含めて理解することができるように思われる。ただし無論、本罪は戸籍法違反²⁰の罰則規定ではないのであるから、死体の適正管理義務を負う者の範囲は刑法上の関心から画定されざるをえない。

これに対して、死体の適正な管理に関する（市民感情を含めた）良俗を保護法益とすることは、その侵害の有無・限界の判断が恣意的となりやすく、処罰範囲に関する予測可能性や公平を大きく損なうことになるように思われる。無論、「適正な」管理義務という場合にも、適正さの範囲については刑法上また社会通念上の規範的評価を免れることはできないが、良俗という場合に感じられる伝統的習俗を優位に置く理解からは距離を保つ

20 戸籍法86条1項「死亡の届出は、届出義務者が、死亡の事実を知った日から七日以内（国外で死亡があつたときは、その事実を知った日から三箇月以内）に、これをしなければならぬ。」、同137条「正当な理由がなくて期間内にすべき届出又は申請をしない者は、五万円以下の過料に処する。」。

ことができるだろう²¹。

(3) このような法益に対する理解を踏まえて本筋に戻ると、比較的新しい下級審判例の中には、場所的離隔を伴わないケースが現れている。

例えば、東京地裁八王子支部平成10年4月24日判決²²は、被告人が自殺した妻の死体を毛布やビニールシートで包み洋タンズ内に隠匿した行為について、「右行為は、習俗上の埋葬等と見られる方法によらずに死体を遺棄したものにも他ならない」とし、さらに「弁護人は、被告人が妻の死を悼んでした行為は、死体遺棄罪に相当する違法性がない旨主張するが、右行為の態様に鑑みれば、仮に、これが被告人において、もっぱら花子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。

ここでは「習俗上の埋葬等と見られる方法によらずに」済ませたその「行為の態様」が重視されている。確かに本罪で保護される死体の適正な管理という法益の観点においても、管理の適正さの内には、死者に対する畏敬の念を払った管理というものが求められていると考えられるから、ただ手元に置いておけばずさんな管理であっても遺棄に該らないとはいいい難い。本件行為は死体の管理の態様としてはずさんといわざるをえないように思

21 この意味において、土葬のほか、鳥葬やミイラ化による保存等についても、それらが少なくとも死体や死者に対する一定の畏敬の念の発露として行われたと認められ、刑法上の社会通念からおよそ許容しえないような態様によるのでない限りは、必ずしも適正な管理という法益を損なったとして刑罰によって非難するには該らないように思われる。萩野・前掲199頁以下も「死者本人や遺族の希望にそって」行われる限り本罪に該らないとしており傾聴に値するが、そこでも検討されているように、やはりなお社会的法益であることとの整合性については問題が残ると思われる。確かに、本人や遺族が希望しているなら世の中としてもそれでかまわないと理解する余地はあるにしても、反対に本人や遺族の特殊な価値観がおよそ社会とは相容れないといった場合には相克が生じうる。例えばカルト教団が教義や教祖の言葉に従い信者の死体を腐敗するに任せ、その様子をネットで生中継し公衆の目に晒し続けたような場合、信者や同じく信者の遺族の真意からの希望があったとしても死体遺棄に該らないとはいいい難いようにも思われる。

22 判例タイムズ995号282頁。

われ、届け出なかったことも合わせて、死体の適正な管理を害したと評価する余地があろう。

(4) また、預かった男児や嬰兒を治療すると称して必要な医療を受けさせなかったがために死亡させ、その死体が腐食シミイラ化するまで管理下に置き放置した事案に関する福岡高裁宮崎支部平成14年12月19日判決²³は、「死体遺棄罪は、死体の埋葬に関する良俗に反する行為を処罰することを目的とするものであり、一般に、死体を他の場所に移置して放棄する場合のみならず、法令や慣習等により、葬祭をなすべき義務がある者や、死体を監護する義務がある者が、死体の存する場所から立ち去るなどしてこれを放置したような場合にも成立するものと解される」²⁴とした上で、「Aの死亡後も、同人の監護をN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い、その親族であるMやNに対し、Aの死亡の事実を告げ、同人の死体の引取りが速やかに行われるよう努めるとともに、その引渡し完了するまでの間は、その死体を適切に保管しなければならなかったものというべきである」にもかかわらず、死体の引き渡しを拒んだり、死亡の事実を知らせないなどしたことは、「結局、被告人らについては、Aの死体について上記監護義務を尽くさず、その死体を放置したものとして、上記主位的訴因に沿った死体遺棄罪の成立を認めるのが相当」であると判示した²⁵。

ここでは移置を要さない不監護に該りうる者として、葬祭義務者のほか死体の監護義務者もこれに該る²⁶とし、原審²⁷が「法令はもとより慣習によっても、Eの葬祭をなすべき義務もその死体を監護すべき義務も負わな

23 高刑速（平14）184頁。加江田塾ミイラ化遺体事件。

24 高刑速（平14）186頁。同旨として大審院大正13年3月14日判決（大刑集3巻285頁）を引用する。

25 高刑速（平14）186頁以下。

26 上掲大審院大正13年3月14日判決の判示内容に沿ったもの。

27 宮崎地裁平成14年3月26日判決（判例タイムズ1115号284頁）。検察官も該らないことを想定した主張（葬祭義務者の不作為を利用した間接正犯）も展開していた。

いことは明らかであるから、同死体を放置したに止まる限り、死体遺棄罪は成立しない。」としたのを否定して、本件被告人らが監護義務者に該ることを認定している。

監護義務者は葬祭義務者の義務履行を妨げることにより、いわば間接的に良俗侵害をなすものであろう。しかしこのように捉えると、本事案のような葬祭義務者が道具化している場合と異なり、葬祭義務者が真意から被告人らに任せたような場合においては、共同正犯が認められない限り、葬祭義務者らが第一義的には不監護者に該ることになり、被告人らは第二義的な立場にとどまることになり、監護義務違反が認められない余地がある。

しかし、死体の適正な管理を保護法益と捉えるとき、伝統的習俗上の葬祭義務者のみを第一義的な行為主体として捉える理由はないことになるし、先の例から考えても実際上もそのように解するべきではない。したがってむしろ、葬祭義務者もまた監護義務者の一つの主要類型と捉えるべきであり、大審院大正13年判決やこの福岡高裁宮崎支部平成14年判決もまたこうした理解と乖離するものではないように思われる。

つまり、葬祭義務者に限らず、死体の適正な管理が期待される監護義務者ないし適正管理者は、死体の存在を知ったときに、これをそのまま放置すれば「死体の適正な管理」が損なわれる危険が生じるという事態に直面し、その危険がそのまま増大するのを阻止すべき義務に対峙することになる。この義務違反が認められれば、作為を俟たずとも不作為による死体遺棄が成立すると考えられる。

(5) そして、ここで取り上げる大阪地裁平成30年7月2日判決²⁸もまた場所的離隔を伴わないケースである。ただし、本事案で争われたのは公訴時効が完成しているかどうかであった。

本件被告人である母親は、「平成4年10月13日頃、平成7年5月21日頃、

28 裁判所ウェブサイト。

平成8年5月10日頃及び平成9年9月9日頃、文化住宅居室において、判示のとおり、それぞれ、自分が出産した男児又は女児の死体をタオルや衣類等で包んだ上からポリ袋等で包み、これをポリバケツ内にコンクリート詰めにするなどした上、同ポリバケツをポリ袋に入れて文化住宅居室の押し入れ内に放置し、さらに平成27年6月10日頃、文化住宅居室から判示被告人方に転居するにあたり「同月9日頃、本件四児の死体が入られたポリバケツの入ったポリ袋をそれぞれ段ボールに詰めて梱包し、同月10日、上記段ボール4箱を被告人方押し入れ内に運び込み、同所に放置し」、「平成29年11月20日、警察官に、本件四児の死体を被告人方に置いてある旨申告して自首」するに至るまでこれを継続したものである。

本件の行為を裁判所は「放置した」というが、はたして正しく「遺棄した」とまでいえるかは疑問の残るところである。無論「死体の適正な管理」という社会的法益の内には、適正な行政への連絡といった利益も含まれよう。しかしそれも「遺棄した」という構成要件要素に該当するといえるときに初めて、その法益侵害が違法性として評価されるはずである。

死亡を届け出なかったことは「死体の適正な管理」の一部をなすものではあるが、それ自体は戸籍法上の義務にとどまる。本件のように、無論十分に適正とまではいい難いものの、一応腐敗するに任せるような態様ではなく、死体を継続的に管理下に置いておける形に加工・形成した上で、屋外の物置・倉庫に隠すというのではなく居室押し入れ内に運び込んで安置し、転居時にも段ボールに詰めて梱包し運び出したものを再び同様に蔵置したというのであるから、粗雑に扱ったと思われる節はなく、裁判所のいう「放置した」というのは、一点届出をしなかったという意味において「放置した」というのに近いようにも思われる。ここでは通常一般の葬祭・葬送の手続を踏まなかったということ以外、必ずしも「死者に対する畏敬の念」を欠いた態度は見受けられない。

(6) また他方、本件行為につき公訴時効が完成していないとする点に関して、本判決は弁護人の主張に答えながら以下のように判示した。

「死体を葬祭すべき義務のある者がその義務に違反して死体を放置したような場合は、不作為による遺棄として死体遺棄罪の構成要件に該当するところ、死体の葬祭義務が消滅せず、その義務違反行為が続いている場合には、不作為による遺棄が継続して行われていると解すべきである。

被告人は、本件四児の母親であり、文化住宅居室において本件四児の死亡当時、他人にその存在を明らかにしていなかったのであるから、その死体を葬祭すべき義務を負っていたことは明らかである。」

ここでは単に母親であることから葬祭義務を導いているのではなく、「他人にその存在を明らかにしていなかったのであるから」として、作為義務の発生根拠としてのいわゆる排他的支配・支配領域性の観念を取り入れていることが明らかにされている点で特徴的なものである。不作為犯の処罰根拠となる葬祭義務を単に習俗上とするように形式的に捉えるのではなく、事実具体的な支配・管理の有無を踏まえて認定している点は、現代の判例における実質的違法性の観点からも評価されるべき態度であろう。

同様に本判決は、「文化住宅居室や被告人方には、被告人だけでなく、被告人の家族も居住していたものの、被告人が本件四児を妊娠・出産したことや本件四児の死体が上記のとおり放置されていることを知っていたのは被告人のみであり、かつ、それらの死体は、ポリバケツ内にコンクリート詰めにして押し入れ内に入れられるという、事情を知らない者によって発見されることが想定し難い状態で放置されていたのであるから、同居人ら他人による本件四児の葬祭はおよそ期待できなかつたものといえる。このように、本件においては、上記放置期間中、本件四児の死体を葬祭するか否かは被告人のみに委ねられ、被告人が本件四児の死体をその支配領域下に置いていたと評価できることに鑑みると、被告人が本件四児の死体を葬祭すべき義務は消滅しておらず、その義務に違反する行為として、不作為による遺棄が継続していたというべきである。」とも判示した。他者

により発見されがたいという支配領域性が、葬祭すべき作為義務の継続性を基礎づけるというのである。

さらに本判決は、「本件では、作為によって死体を隠匿等遺棄した者が、その支配領域を離れた場所に死体を放置した場合と異なり、死体の放置を開始した後も死体を自らの支配領域下に置き続けているのであるから、死体の放置行為自体にも、葬祭義務に違反する行為として、当初の隠匿等の行為では評価し尽せない違法性が認められる。」ともいう。

(7) 以上をまとめれば、本判決の考え方としては、他人が手を出せない支配領域下に置き続けたこと自体が、適正な葬祭という法益の侵害を継続させている、ということになる。

しかし継続犯は、単に違法が持続するというのではなく、行為が継続するに従って違法が増大する性質のもでなければならない。状態犯もまた違法は継続するのである。死亡した嬰兒につき適正に葬祭が行われるべきとの社会的法益の侵害は、確かにそれが行われな限り違法状態は継続するが、葬祭が行われないことでその葬祭という良俗ないし死体の適正な管理といった法益の侵害が時間の経過に応じて増大していくとは考え難い。ただ適正な管理・葬祭が未だ行われていないという違法な状態が継続しているだけであろう。仮に葬祭が行われなかったという状態の継続が法益侵害の継続・増大を意味すると解するならば、作為の場合も同様に解さなければならないことになる。したがってやはり状態犯²⁹と解するほかない³⁰。そして本件においてはむしろ、ポリバケツに詰めたという「当初の隠匿等」

29 松尾誠紀「死体遺棄罪と不作为犯」法と政治（関西学院大学）68巻1号75頁は、形式的に生じる葬祭義務（埋葬義務）違反の不作为犯は併存しうる（87頁）とする一方で、本罪をなお状態犯と捉える（93頁）。ただし、新たな法益侵害がどのような場合に認められるか（95頁以下）についてはなお基準が必ずしも明確ではないようにも思われる。

30 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184頁は作為義務の終了時を行為終了時と見うとするが、置き去りによる不作为の殺人ケースを想起すると、両者は必然的に連動するものではないように思われる。

の作為のみを実行行為と解すべき³¹であったように思われる³²。

また「死体の放置行為に先行する作為による遺棄行為が認定できる場合と認定できない場合とで公訴時効の起算点等に大きな違いが生じるというのも不合理というべきである。」³³とも判示した。しかしこの不合理さからさかのぼって本罪の継続犯性を基礎づけるのは本末転倒である。まして、「遺棄」の観点からすれば、支配領域を離れる場所に放置した行為よりも、支配領域下に置いているほうが不利益になることの不合理の方が重大であろう。

(8) 本判決が導いた結論は、4人の嬰兒の死体につき適正な葬祭を行わなかったという事案に対して、これを罪に問わないとの判断をした場合のアナウンスメント効果を危惧したものととも思われる。しかし今後、伝統的な習俗上の葬祭が実施されない多様なケースが現れてくるように予想される。刑法もまた、一時代下において形成された一つの法文化である。それは時代を経る中で、葬祭や習俗に対する市民の意識の変化にも対応していかなければならない。また多様なバックグラウンドを持つ市民との共生も

-
- 31 同様の指摘は、名古屋地裁岡崎支部平成23年3月24日判決(LEX/DB 25470969)の事案にもあてはまる。作為後の違法状態をしてことさら不作為が継続しているものと捉えるならば、公訴時効規定の趣旨を潜脱することになろう。
- 32 本件判例における裁判所の判断並びに両当事者の主張内容には、大阪地裁平成25年3月22日判決(判例タイムズ1413号386頁、裁判所ウェブサイト)の判示内容が大きく影響している。この平成25年判決は本件とは異なり、次のように述べてむしろ公訴時効の完成を認めていた。「本件において、死体をタオルで包み、ポリ袋に入れる等の作為により、自己の支配下に死体を隠匿し放置したことと比べて、葬祭義務を果たすことなく自己の支配下に死体を放置し続けたという不作為が、死体遺棄罪の保護法益である死者に対する社会的習俗としての宗教感情を一層害するものとはいえないから、作為の形態による死体遺棄行為により本件事象の違法性が評価し尽くされているといえる。そうすると、本件では、実体法上、作為の形態による死体遺棄罪が成立し、不作為による形態の死体遺棄罪は成立しないと認めるのが相当である。」
- 33 起算点が不明になるだけで両者で違いが生じるわけではない。違いが生じなくなるというのもそれは後者を処罰しやすくなるというだけで、そのことは何ら両者を等しく扱うことにもならず、むしろ後者だけ時効の利益が奪われて不合理なほど不利に扱われるという大きな違いを生じさせている。

進む中で、伝統的な習俗上の葬祭を求めること自体が、憲法20条の信教の自由に抵触するおそれさえある。死者本人の意向によって伝統的な習俗上の葬祭が忌避されることも当然起こってこよう。

そして、ここまでの立論を踏まえるとき、死体遺棄罪は社会一般における宗教感情並びに関連する法秩序とを基礎とした「死体の適正な管理」自体を保護法益とし、適正管理者が離隔を伴うことなしに、発生した管理侵害の危険の増大を阻止しなかった不作為については、不管理ないし不監護という意味での不作為による死体遺棄が成立するものと解すべきである。ただし、先行する作為による法益侵害が認められる場合に、その後の不作為や放置状況の変更につき別途新たな法益侵害を認めることはできない。

(本学法学部教授)