

死体遺棄罪における「遺棄」について

福 永 俊 輔

- I. はじめに
- II. 死体遺棄罪における「遺棄」を解するうえでの基本線
- III. 保護法益に照らした「遺棄」の意義と「遺棄」該当性の判断方法
- IV. 死体遺棄罪における「遺棄」の具体化
- V. むすびにかえて

I. 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損壊し、遺棄し、又は領得した者は、三年以下の拘禁刑に処する」と規定する¹。このように、刑法190条は、死体のみならず遺骨、遺髪、棺に納めてある物（納棺物）を客体とし、これら客体を損壊、遺棄、領得した場合に成立する犯罪であり、客体とそれに対してなされた行為によって、死体損壊罪、遺骨遺棄罪、遺髪領得罪など、厳密には成立する犯罪類型が異なってくる。

ところで、例えば山中に遺棄された死体の発見を端緒として殺人罪や傷害致死罪の捜査が開始され、その際、死体遺棄の疑いで逮捕がなされ、それが殺人罪や傷害致死罪の被疑者・被告人にとって最初の身体拘束となることがあるなど²、刑法190条は実務上重要な犯罪といえる³。しかしながら、従前、学界において、刑法190条に関する研究は、それほど活発になされてきたとは言い難い状況にあったように思われる。

もっとも、近時、こうした状況に変化がみられる。刑法190条が規定する

1 2025年6月1日の拘禁刑の施行前は、「三年以下の懲役に処する」であった。

2 いうまでもないことであろうが、死体遺棄罪は、現行犯逮捕はもとより、その法定刑に照らして緊急逮捕も可能である。

犯罪類型のうち、とりわけ死体遺棄罪をめぐる議論が、学界において活発化しているのである。その背景としては、死体の葬祭⁴義務を負う者（葬祭義務者）による、死体を隠匿する作為と隠匿した死体を放置し続ける不作為が、併存・継続して存在する事例（大阪地判平成25年3月22日判タ1413号386頁、大阪地判平成28年11月8日公判物未搭載、大阪地判平成30年7月2日公判物未搭載など）、作為による死体遺棄罪の成否が問題となったものの、その成立が否定された事例（殺害後の死体の上にビニールシートをかぶせ、そのシートの上に木片を数本置いて立ち去った事案にかかる岡山地判令和3年2月10日公判物未登載、自動車内で死亡した人の死体を、死亡に至る経緯について口裏を合わせるために同車両後部に積載した状態で一時間程度走行して運搬した事案にかかる福岡高判令和3年6月25日高刑集73巻1号6頁など）や、不作為の死体遺棄罪の成否につき、その成立が否定された事例（福岡高判令和4年1月19日刑集77巻3号139頁⁵）を挙げることができる。こうした事例を契機として、不作為による死体遺棄罪の成立要件、作為による死体遺棄と不作為による死体遺棄の関係性、死体遺棄罪は状態犯か継続犯かといった死体遺棄罪の罪質や、死体遺棄罪の成立に必要とされる死体の発見困難性の程度等をめぐって、学説上死体遺棄罪に関する議論が活発化しているのである。また、死体遺棄罪に関しては、最判令和5年3月24日刑集77巻3号41頁（以下、単に「最高裁令和5年判決」とよぶ）が、最高裁としてはじめて、刑法190条の保護法益を明らかにし、それに照らして死体遺棄罪における「遺棄」の意義を明示したうえで、第一審（熊本地判令和3年7月20

3 後掲する最判令和5年3月24日刑集77巻3号41頁でも、検察官の最高裁における弁論において、「死体遺棄罪の検挙が殺人等重大犯罪の解明につながっている実情」があることが述べられている（検察官「弁論要旨」5頁）。他方で、このような「実情」は、死体遺棄罪が、死体遺棄罪そのものではなく、その背後に控えているであろうと推測されている殺人罪や傷害致死罪などの捜査のための安易な身体拘束手段として用いられている「実情」とも映るように思われる。この点につき、拙稿「判批」西南学院大学法学論集56巻1＝2号（2023年）141～142頁、拙稿「死体遺棄罪の運用に与える影響—本判決の意義」季刊刑事弁護115号（2023年）126頁も参照。

4 本稿では、ここで用いた「葬祭」という語のほかにも「葬送」、「埋葬」といった語も用いるが、いずれも「死者等を葬る」という意味で用いており、用いた語の違いによって異なった意味を表そうとするものではない。

5 本判決は、後掲する最判令和5年3月24日刑集77巻3号41頁の原審である。

日刑集77巻3号137頁）および控訴審（前掲・福岡高判令和4年1月19日）の有罪判決を破棄、自判し、無罪とする判断を下した。このように実務上も死体遺棄罪をめぐる大きな動きがみられるところであり、とりわけ最高裁令和5年判決は、最高裁としてはじめて死体遺棄罪における「遺棄」の意義を示したものであることから、これ以降の死体遺棄罪が問題となった事案に対して大きな影響を与える判例となる。そのため、最高裁令和5年判決に対しては多くの評釈がなされており⁶、その射程や意義等をめぐって検討が加えられているほか、最高裁令和5年判決およびその第一審判決⁷や控訴審判決⁸が契機となって、死体遺棄罪に関する研究のさらなる活発化に拍車がかけられているようにも見受けられるところでもある。

こうした死体遺棄罪をめぐる状況に照らし、以下、本稿では、蓄積がみられる死体遺棄罪に関する学説、最高裁令和5年判決およびその第一審判決・控訴審判決やその他死体遺棄罪に関する（裁）判例なども参考にしながら死体遺棄罪について考察を加え、死体遺棄罪における「遺棄」に関する私見を

6 最高裁令和5年判決の評釈として、拙稿・前掲註3）西南学院大学法学論集115頁以下、拙稿「判批」新・判例解説 Watch33号（2023年）175頁以下、白井美果「判批」研修900号（2023年）55頁以下、山本高子「判批」法学セミナー823号（2023年）116～117頁、匿名解説「判批」判例時報2570号（2023年）108頁以下、矢田陽一「判批」比較法制研究46号（2023年）181頁以下、十河太朗「判批」法学教室516号（2023年）114頁、栗木傑「判批」警察学論集76巻9号（2023年）174頁以下、菅沼真也子「判批」法学新報130巻5＝6号（2023年）335頁以下、三代川邦夫「判批」刑事法ジャーナル78号（2023年）184頁以下、杉本一敏「判批」ジュリスト臨時増刊1597号（令和5年度重判解）（2024年）140～141頁、前田雅英「判批」捜査研究886号（2024年）72頁以下、松宮孝明「『葬祭妨害』としての死体遺棄と『葬祭懈怠』としての死体遺棄－最判令和5年3月24日刑集77巻3号41頁の意義について－」判例時報2593号（2024年）91頁以下、山本光英「判批」京女法学26号（2024年）1頁以下、赤松亨太「判解」ジュリスト1606号（2025年）97頁以下、萩野貴史「判批」判例評論791号（2025年）108頁以下、上原大祐「判批」鹿児島大学法学論集59巻2号（2025年）107頁以下、大庭沙織「判批」法律時報1214号（2025年）138頁以下、松尾誠紀「判批」ジュリスト1611号（2025年）154頁以下などがある。

7 評釈として、拙稿「判批」西南学院大学法学論集54巻2号（2022年）143頁以下がある。

8 評釈として、拙稿「判批」西南学院大学法学論集55巻2号（2022年）109頁以下、拙稿「判批」新・判例解説 Watch33号（2022年）175頁以下、大庭沙織「判批」法学セミナー815号（2022年）124～125頁、十河太朗「判批」法学教室508号（2022年）132頁、松宮孝明「『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－」立命館法学404号（2022年）1頁以下などがある。

展開してみたいと思う。

Ⅱ. 死体遺棄罪における「遺棄」を解するうえでの基本線

死体遺棄罪の実行行為は、いうまでもなく死体の「遺棄」である。ところで、遺棄とは、その言葉から明らかなように、「遺（のこ）す」ことと「棄（す）てる」ことから成り立つ。つまり、その語義に照らせば、投げ捨てて顧みないこと、すなわち放棄（＝「棄」）と、置き去りにすること、すなわち放置（＝「遺」）を意味する。この点、単純／保護責任者遺棄罪をみても、遺棄につき、移置と置き去りとして理解されているところである。したがって、死体遺棄罪についても、実行行為である「遺棄」とは、死体の放棄・放置を意味するということになる。もっとも、判例は、被害者を殺害後その死体を屋内床下に運び入れて隠匿した場合（最判昭和24年11月26日刑集3巻11号1850頁）や、旅館の客室で被害者を殺害後その死体を客室の床下に投棄・隠匿した場合（最判昭和26年6月7日裁判集刑47号405頁）にも死体遺棄罪の成立を認めており、また、最高裁令和5年判決でも、死体遺棄罪における「遺棄」につき、「死体等を放棄し又は隠匿する行為」と述べられていることから、死体遺棄罪の実行行為である「遺棄」には、死体の放棄・放置のみならず隠匿も含まれるとするのが確立された判例であるといえる。学説においても、死体の「遺棄」には隠匿も含むとすることで一致をみているといってい⁹。しかしながら、死体の放棄・放置、隠匿が死体遺棄罪の実行行為であるとしても、死体の放棄・放置、隠匿がなされればただちに死体遺棄罪における「遺棄」に該当し、死体遺棄罪が成立するというわけではない。刑法が規定する犯罪には保護法益があり、そうした保護法益を侵害する行為こそが、刑法上

9 もっとも、筆者は、無制限に死体遺棄罪の実行行為である「遺棄」に隠匿をも含むとすることについて、いささか疑念を抱いている。しかし、本稿では、紙幅の関係上、遺棄と隠匿の関係に立ち入ることはできない。そこで、この点については別稿に委ねることとし、本稿は、判例・通説にしたがい、「遺棄」には隠匿をも含むとすることで論を進めていく。なお、遺棄と隠匿の関係について検討した近時の研究として、大庭沙織「死体の隠匿行為の死体遺棄罪における『遺棄』該当性—最判令和5年3月24日刑集77巻3号41頁を契機として—」只木誠ほか編『甲斐克則先生古稀祝賀論文集〔上巻〕 刑事法学の新たな挑戦』（成文堂 2024年）375頁以下。

の犯罪行為となるからである。したがって、死体遺棄罪についても、死体遺棄罪の保護法益を侵害する態様の死体の放棄・放置、隠匿が、死体の「遺棄」に当たるということになる。そうすると、死体遺棄罪の実行行為である「遺棄」については、死体遺棄罪の保護法益をまず明らかにし、それをもとに解する必要がある、これが解釈の基本線となる。

この点、最高裁令和5年判決によれば、「刑法190条は、社会的な習俗に従って死体の埋葬等が行われることにより、死者に対する一般的な宗教的感情や敬けん感情が保護されるべきことを前提に、死体等を損壊し、遺棄し又は領得する行為を処罰することとしたものと解される」と述べられており、判例は、「死者に対する一般的な宗教的感情や敬けん感情」が、死体遺棄罪を含む刑法190条の保護法益であると理解しているといえる。学説においても、死体遺棄罪を含む刑法190条の保護法益を、「死者に対する社会的習俗としての宗教的感情」¹⁰、「死者に対する一般の敬虔感情」¹¹と理解するのが通説的見解である¹²。このように「社会的（な）習俗」ないし「一般的／の」とされていることから、判例・通説は、死体遺棄罪について、特定個人の利益を保護する規定ではなく、社会的法益に対する罪、とりわけ風俗に対する罪として理解しているといえる。もっとも、学説の中には、死体遺棄罪の保護法益を、死んだ後もなお続いている死者の人格権や死者の尊厳、死者の自己決定権と理解する見解¹³や、遺族など死者以外の者の意思・感情と理解する見解¹⁴も主張されており、これら見解は、死体遺棄罪の保護法益を個人的法益として理解するものといえる。しかしながら、このように死体遺棄罪の保

10 大塚仁ほか編『大コンメンタール刑法〔第三版〕第9巻〈第174条～第192条〉』（青林書院 2013年）238頁（岩村修二）。

11 西田典之ほか編『注釈刑法第2巻各論（1）§§77～198』（有斐閣 2016年）676頁〔嶋矢貴之〕

12 その他、こうした理解を示すものとして、例えば、山口厚『刑法各論〔第3版〕』（有斐閣 2024年）536頁、西田典之（橋爪隆補訂）『刑法各論〔第八版〕』（弘文堂 2025年）456頁、松原芳博『刑法各論〔第3版〕』（日本評論社 2024年）552頁以下、井田良『講義刑法学・各論〔第3版〕』（有斐閣 2023年）582頁など。

13 齊藤誠二『刑法における生命の保護〔三訂版〕』（多賀出版 1992年）272頁以下、平川宗信『刑法各論』（有斐閣 1995年）259～260頁、宮崎真由『『死者の人格権』の可能性—臓器移植法改正に向けて』現代文明学研究4号（2001）203頁以下など。

14 石原明『刑事法的視点（2）』比較法研究46号（1984年）93頁以下。

護法益を個人的法益として理解する見解に対しては、次のような批判を向けることができよう。すなわち、前者の見解に対しては、そもそも死者は法益主体とはなりえないといえるし¹⁵、チベット仏教では死体を解体してハゲタカ、ハゲワシといった猛禽類に食べさせる鳥葬が行われていることは広く知られるところであるが、この見解によれば、例えば死者がこうした鳥葬を望んでいたものの、それを忍びなく思った遺族が現在の日本の大部分で行われているような葬送を採用した場合—許可を得て死者を火葬し、懇ろにその遺骨を墓に納めた場合—にまで死体等遺棄罪が認められることになってしまうが、こうした結論が妥当とは思われないのであって、死者本人の意思を絶対視するべきではない¹⁶。また、後者の見解に対しては、この見解によれば、遺族自ら死体を遺棄した場合や遺族の同意を得て第三者が死体を遺棄した場合には、それが遺族の意思なのであるから死体遺棄罪の成立は否定されるということになるが、このような場合を広く死体遺棄罪の成立範囲から除外することには疑問があるといえるし¹⁷、天涯孤独で葬祭を行うべき遺族がいない死体を遺棄したとしても、遺族の感情を侵害したわけではないから、この見解によれば死体遺棄罪の成立が否定されるということになるが、こうした結論が妥当とは思われぬ¹⁸。このように眺めれば、死体遺棄罪を、特定個人の利益を保護する規定として理解するべきではない。やはり判例・通説のように、これを社会的法益に対する罪として理解するべきであろう。すなわち、生者にとって死とはおよそ想像し難い超越的なものであり、それゆえ、われわれは、死者に対して思慕の念と併せて恐怖の念も交錯して有しているのであって、死者の祟りを断ち自身の幸福安全をはかろうとする願望も込めて、われわれは、死者に対して、その安息を願う宗教的感情、追悼・敬けんの感情を持つのであり、これが社会化したものが葬送儀礼である¹⁹。そして、こ

15 伊藤涉ほか『アクチュアル刑法各論』（弘文堂 2007年）428頁〔島田聡一郎〕、松原・前掲註12）553頁。

16 伊藤ほか・前掲註15）428頁〔島田聡一郎〕。

17 酒井智之「死体遺棄罪の保護法益と作為による遺棄の意義」一橋法学21巻3号（2022年）711頁。

18 林幹人『刑法各論』（東京大学出版会 2007年）407頁。

のように死者を懇ろに葬り追慕と祭祀の対象とすることは、古今東西人間の慣わしとして行われてきた宗教風俗にほかならない。ゆえに死体遺棄罪はこうした宗教風俗を保護するものであり、具体的には、「死者に対する公衆の一般的な宗教的感情、追悼・敬けんの感情」が保護法益として理解されるのである。そして、このように「死者に対する」とされていることから、死体遺棄罪は、「死者に対する罪」と位置づけられるということになる。この点、死体遺棄罪を規定する刑法190条は「刑法典第2編第24章礼拝所及び墳墓に関する罪」に規定されているところ、変死者密葬罪を除くこの章の罪全体の保護法益については「社会秩序としての一般的な宗教的感情・習俗及び宗教的平穩」²⁰と理解するのが一般的であったが、こうした保護法益の理解に対しては、この章が規定する刑法189条以下の規定は必ずしも宗教的感情に対する罪とは言えない一群の犯罪であって、これらはむしろ「死者に対する罪」と位置づけられるべきものであるとの主張がみられたところである²¹。判例も、上で見たように死体遺棄罪を含む刑法190条の保護法益を「死者に対する一般的な宗教的感情や敬けん感情」（傍点引用者）と明示しており、死体遺棄罪を「死者に対する罪」として理解しているということができる。

Ⅲ. 保護法益に照らした「遺棄」の意義と「遺棄」該当性の判断方法

前章で示したように、死体遺棄罪の保護法益を侵害する態様の死体の放棄・放置、隠匿が死体の「遺棄」に当たるということになるのであるから、前章で明らかにした保護法益に照らせば、死体遺棄罪における「遺棄」とは、「単なる死体の遺棄」をいうのではなく、「死者に対する公衆の一般的な宗教的感情、追悼・敬けんの感情を侵害する態様の死体の遺棄」がこれに当たるということになる。もっとも、最高裁令和5年判決では、「習俗上の埋葬等と

19 小口偉一＝堀一郎監修『宗教学辞典』（東京大学出版会 1973年）506頁以下。

20 大塚ほか編・前掲註10）217頁〔岩村修二〕。

21 生田勝義ほか『刑法各論講義〔第4版〕』（有斐閣 2010年）271～272頁〔内田博文〕。その他、平野龍一『刑法概説』（東京大学出版会 1977年）266頁も、刑法典第2編第24章のなかには「宗教的感情に対する罪と死者に対する敬虔感情に対する罪が含まれている」とする。

は認められない態様で死体等を放棄し又は隠匿する行為が死体遺棄罪の『遺棄』に当たる」と述べられているが、最高裁令和5年判決は、前提として「社会的な習俗に従って死体の埋葬等が行われることにより、（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が保護される」としているところ（括弧内引用者）、これを反対に読めば「社会的な習俗に反する死体の埋葬等が行われれば、（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が害される」ということになるのであるから、「習俗上の埋葬等とは認められない態様」とは、結局「（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態様」と同義であるということになる²²。したがって、判例も、死体遺棄罪の保護法益を侵害する態様の死体の遺棄、すなわち「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態様の死体の遺棄」が死体遺棄罪における「遺棄」に当たると解しているといえる。

そして、このような理解に基づけば、行われた死体の放棄・放置、隠匿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態様であるか否かが死体遺棄罪の成否を決めるのであるから、死体遺棄罪における「遺棄」該当性判断に当たっては、問題となっている行為それ自体の意味が、法益侵害という観点に照らして実質的に判断されなければならないということになる²³。すなわち、死体の遺棄とみられる行為があったとしても、その行為の実質的意味を問い、それ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態様でなければ死体遺棄罪における「遺棄」には該当せず、死体遺棄罪は成立しないということになるのである。最高裁令和5年判決も、「他者が死体を発見することが困難な状況を作成する隠匿行為が『遺棄』に当たるか否かを判断するに当たっては、それが葬祭の準備又はその一過程として行われたものか否かという観点から検討しただけでは足りず、その態様自体が習俗上の埋葬等と相いれない処置といえるものか否かという観点から検討す

22 拙稿・前掲註3）西南学院大学法学論集123頁。

23 この点を指摘するものとして、拙稿・前掲註8）西南学院大学法学論集131頁以下、大庭・前掲註8）125頁など。

る必要がある」と述べており、このように「その態様自体が習俗上の埋葬等と相いれない処置といえるものか否か」という判断基準を示すことによって、判例も、隠匿行為の死体遺棄罪の「遺棄」該当性判断に当たっては、行われた隠匿行為それ自体の意味を実質的に判断しなければならないという見解に立つことを明らかにしているといえる²⁴。なお、最高裁令和5年判決の上記引用部では「習俗上の埋葬等と相いれない処置」という表現が用いられており、最高裁令和5年判決では、「習俗上の埋葬等とは認められない態様」という表現とともに「習俗上の埋葬等と相いれない処置」という表現が用いられているが、「相いれない」という言葉の辞書的な意味、および最高裁令和5年判決が示した死体遺棄罪における「遺棄」の理解に基づけば、これは結局、「死者に対する一般的な宗教的感情や敬けん感情に照らして許容されない処置」ということになろう²⁵。したがって、死体の隠匿とみられる行為があったとしても、その行為の実質的意味を問い、それが習俗上の埋葬等と相いれない処置、換言すれば、死者に対する一般的な宗教的感情や敬けん感情に照らして許容されない処置といえなければ死体遺棄罪における「遺棄」には該当せず、死体遺棄罪は成立しないということになるのである。

ところで、最高裁令和5年判決では、行われた隠匿行為の意味の実質的判断に際して、「葬祭の準備又はその一過程として行われたものか否かという観点から検討しただけでは足り」ないと述べており、このロジックも、死体遺棄罪における「遺棄」該当性判断において、きわめて重要な意味を持つ。それは以下の理由に基づく。確かに、客観的には死体の隠匿とみられる行為が行われたとしても、それが習俗上の葬祭の準備・一過程として行われたものであれば、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態様ではないから死体遺棄罪における「遺棄」に当たらず、死体遺棄罪には該当しない。例えば、一般的な葬送でも、末期の水を取らせ、湯灌をし、死に化粧を施したうえで死体を棺に納め（いわゆる納棺）、通夜式・告別式を経て、

24 赤松・前掲註6）99頁。

25 拙稿・前掲註3）128～129頁。

火葬場において棺ごと死体を火葬し、焼け残った骨の一部が骨壺に収納されて残余は放棄され、骨の入った骨壺が墓や納骨堂の中に納められるということになるが、死体を棺に納めることによって、それ以前と比して死体が人目に触れなくなるわけであるから、この場合の納棺もいわば死体の隠匿と言い得るものの、死体遺棄罪に問われることはない。それは、この場合の納棺という死体の隠匿が習俗上の葬祭の一過程として行われたものであり、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態様ではないからである。その意味で、習俗上の葬祭の準備・一過程としての隠匿は、死体遺棄罪における「遺棄」に当たらず、死体遺棄罪に該当しないといえる。しかし、その逆、すなわち、習俗上の葬祭の準備・一過程ではない隠匿が、常に死体遺棄罪に該当するとはいえないであろう。行為者がなした隠匿が習俗上の葬祭の準備・一過程とはいえなくとも、死者に対する一般的な宗教的感情や敬けん感情を害しない態様もあり得るからである。そのような例として、自宅で流産したもののかかりつけの病院が休診であったために、再開したら受診するつもりで、死胎の腐敗を防ぐためにとりあえず冷蔵庫で保管した場合などを挙げることができよう²⁶。それゆえ、判例が述べるように、問題となっている死体の隠匿が習俗上の葬祭の準備・一過程として行われたものか否かという観点から検討するだけでは、「遺棄」該当性の実質的判断としては不十分なのである。また、上述したように、「遺棄」該当性判断の本質は、行われた行為が特に習俗上の埋葬等とは認められない態様であるか否か・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態様であるか否かにあるのであって、そもそも、死体の隠匿が「習俗上の葬祭の準備・一過程」であるか否かと、「遺棄（＝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態様の隠匿）」であるか否かは、問題を異にするとはいえよう²⁷。

なお、最高裁令和5年判決は、死体を隠匿する行為が死体遺棄罪に当たる

26 「死産、行政に相談したのに逮捕は早計 弁護士が香川県警に抗議」朝日新聞デジタル2021年10月25日（<https://www.asahi.com/articles/ASPBH6VPNPBGPTLC00W.html>）。

27 この点につき、拙稿・前掲註8）西南学院大学法学論集130頁以下、拙稿・前掲註3）西南学院大学法学論集126頁以下。

か否かが問題となったものであるため、「他者が死体を発見することが困難な状況を作成する隠匿行為が『遺棄』に当たるか否かを判断するに当たっては、それが葬祭の準備又はその一過程として行われたものか否かという観点から検討しただけでは足り」ないとして隠匿に限定した判示となっているが、上述したように、最高裁令和5年判決は、死体遺棄罪の一般論として、死体の放棄・隠匿であればただちに死体遺棄罪における「遺棄」に当たるというわけではなく、死体の放棄・隠匿のうち、特に習俗上の埋葬等とは認められない態様、換言すれば、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態様の死体の放棄・隠匿が死体遺棄罪における「遺棄」に該当すると述べているのであるから、死体の放棄が問題となった場合においても最高裁令和5年判決の射程が及ぶことはいうまでもないことであり、行われた放棄行為それ自体の実質的意味が問われなければならない。ところで、人は死亡すると、「墓地、埋葬等に関する法律」（以下、単に「墓理法」とよぶ）に基づき、許可を得て死体は棺に入れられて墓地の土中に埋められるか（いわゆる土葬）、現在の日本の大部分で行われているように許可を得て死体が火葬場で焼かれ（いわゆる火葬）、焼け残った骨の一部が骨壺に収納されて残余は放棄され、骨の入った骨壺が墓や納骨堂の中に納められることになるが、こうした土葬や火葬後の納骨も客観的な行為として見た場合には死体等の放棄に当たると言い得るものの²⁸、死体等遺棄罪に問われることはない。それというのも、これら行為は習俗上の葬祭の一過程として行われたものであり、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態様ではないからである。したがって、死体の放棄についても、それが習俗上の葬祭の準備・一過程として行われたものであれば、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態様ではないから死体遺棄罪における「遺棄」に当たらず、死体遺棄罪には該当しないといえる。しかしながら、上述した隠匿の場合と同様に、死体の放棄行為が「習俗上の葬祭の準備・

28 この点につき、原田保「死体損壊・遺棄罪の成立範囲」愛知学院大学論叢法学研究46巻2号（2005年）2頁。

一過程」であるか否かと、「遺棄（＝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態様の放棄）」であるか否かは、問題を異にする。習俗上の葬祭の準備・一過程としての放棄が死体遺棄罪に該当しないといえても、習俗上の葬祭の準備・一過程ではない放棄が常に死体遺棄罪に該当するとはいえないであろう。そのような例として、東日本大震災でも実際に行われた、大規模災害等における、火葬が可能となるまでの仮埋葬を挙げることができよう。すなわち、行為者がなした放棄が習俗上の葬祭の準備・一過程とはいえなくとも、死者に対する一般的な宗教的感情や敬けん感情を害しない態様もあるのであり、死体の放棄が問題となった場合においても、当該放棄が習俗上の葬祭の準備・一過程として行われたものか否かという観点から検討するだけでは「遺棄」該当性の実質的判断としては不十分なのであって、最高裁令和5年判決が示した行われた行為の意味の実質的判断に関するロジックは、死体の隠匿のみならず放棄についても当然に妥当するものである。

このように、判例は、死体の放棄・隠匿であればただちに死体遺棄罪における「遺棄」に当たるとしているわけではなく、死体の放棄・隠匿のうち、それ自体の意味を保護法益に照らして実質的に判断し、特に習俗上の埋葬等とは認められない態様の死体の放棄・隠匿が死体遺棄罪における「遺棄」に当たるとしているのであって、死体遺棄罪における「遺棄」概念を限定的に縮小して解釈しているといえるのであり、こうした解釈および「遺棄」該当性の判断方法について基本的に首肯し得る。また、最高裁令和5年判決は作為の遺棄が問題となったものであるため死体の放棄・隠匿に限定した判示となっているが、不作為の遺棄が問題となった場合においても、問題となっている死体の放置が、死体遺棄罪の保護法益に照らし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態様であるか否かが死体遺棄罪の成否を分けるのであるから、問題となっている行為それ自体の意味が、法益侵害という観点から実質的に判断されなければならないということはいうまでもない。したがって、最高裁令和5年判決の射程は、死体の放置についても当然に妥当するものである。

Ⅳ. 死体遺棄罪における「遺棄」の具体化

これまで見てきたように、死体遺棄罪における「遺棄」とは、その保護法益に照らして、「死者に対する公衆の一般的な宗教的感情、追悼・敬けんの感情を侵害する態様の死体の遺棄」がこれに当たる。したがって、死体の放棄・放置、隠匿とみられる行為がなければそもそも死体遺棄罪に問われることはないが、仮に死体の放棄・放置、隠匿とみられる行為があったとしても、その行為の意味を実質的に判断して、死者に対する公衆の一般的な宗教的感情、追悼・敬けんの感情を害しない態様であれば、死体遺棄罪における「遺棄」には該当せず、死体遺棄罪は成立しない。最高裁令和5年判決も、「習俗上の埋葬等」という観点から、死体の放棄・隠匿とみられる行為があったとしても、それが「習俗上の埋葬等と認められる態様」ないし「習俗上の埋葬等と相いれる処置」であれば、死者に対する一般的な宗教的感情や敬けん感情が保護される、あるいは死者に対する一般的な宗教的感情や敬けん感情に照らして許容されることから、死体遺棄罪に該当しないとする立場に立っていることも、すでに見たとおりである。このように、死体遺棄罪の成否の判断においては、問題となっている死体の放棄・放置、隠匿が「死者に対する一般的な宗教的感情や敬けん感情を害しない態様」であるか否か、「習俗上の埋葬等」であるか否かということが、きわめて重要な意味を持つといえる。しかしながら、このように重要な意味を持たされているものの、具体的にどのような態様であれば「死者に対する一般的な宗教的感情や敬けん感情を害しない態様」といえるのであろうか。ひと口に「宗教的感情」や「敬けん感情」といってもきわめて曖昧かつ抽象的なものであり、さらに、これら「宗教的感情」や「敬けん感情」の主体は、上で見たように、特定個人ではなく、公衆や一般人といった抽象的な集団なのである。それゆえ、「死者に対する一般的な宗教的感情や敬けん感情を害しない態様」といっても、明確ではない。「習俗上の埋葬等」についても同様で、そもそも「習俗上の埋葬等」とは何かということは、最高裁令和5年判決の中では明らかにされていない。そこで、どのような死体の放棄・放置、隠匿が「死者に対する一般的な宗教的感情や敬けん感情を害しない態様」あるいは「習俗上の埋葬等」に当たる

のか、いわば死体遺棄罪における「遺棄」概念を具体化する必要がある。

上述したように、洋の東西を問わず、死者を懇ろに葬り追慕と祭祀の対象とすることは、古くから人間の慣わしとして行われてきた宗教風俗である。こうした死者を懇ろに葬り追慕と祭祀の対象とする宗教風俗に照らせば、死体を時宜にかなって適切に埋葬することは死者に対する公衆の一般的な宗教的感情や敬けん感情に沿うものであり、習俗上の埋葬に当たるといえることができる。そもそも、人が死した後、その死体に何らかの効用があるから死体が保存されるというわけではなく、死体は他ならぬ埋葬のために保存されるのである²⁹。そうすると、死者の適時適切な埋葬は習俗上の埋葬等と相いれる処置と言い得るのであり、逆に死者の適時適切な埋葬を妨げるような態様の行為がなされた場合、それは習俗上の埋葬等と相いれない処置ということになるから、死体遺棄罪は、死者の適時適切な埋葬を妨げる危険のある行為を禁じていると解することができる。この点、裁判例においても、例えば死体の隠匿に関して、「隠匿による死体遺棄罪が成立するには、当該行為により、それ以前の状態に比較して単に死体発見が容易でなくなったというだけでは足りず、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である」と述べられており（前掲・福岡高判令和3年6月25日。なお、傍点引用者）、また、最高裁令和5年判決も、「刑法190条は、社会的な習俗に従って死体の埋葬等が行われることにより、死者に対する一般的な宗教的感情や敬けん感情が保護されるべきことを前提に、死体等を損壊し、遺棄し又は領得する行為を処罰することとしたものと解される」（傍点引用者）として死体遺棄罪を含む刑法190条の保護法益を埋葬等との関係で理解しているのがあって³⁰、（裁）判例も、埋葬との関係で死体遺棄罪を捉えていることは紛れもない事実であるといえる。

29 もっとも、脳死を人の死とする見解に立った場合、臓器移植との関係で（脳）死体の効用が認められることもあろう。

30 このことを最高裁令和5年判決の意義と捉えるものとして、嶋矢貴之「死体遺棄罪」法学教室514号（2023年）38～39頁。

このように埋葬との関係で死体遺棄罪を捉える理解に基づけば³¹、死体の葬祭義務を負う葬祭義務者についてはその義務を履行し適時適切に埋葬することが求められているし、それ以外の者については死体の放棄・放置、隠匿により葬祭義務者の適時適切な埋葬義務を妨害しないことが求められているということになる³²。したがって、現に行われた死体の放棄・放置、隠匿が死者の適時適切な埋葬を妨げるに足りるものであると認められない限り、死者に対する公衆の一般的な宗教的感情や敬けん感情を害する態様であると認められず、現に行われた死体の放棄・放置、隠匿に「遺棄」該当性が認められないということになる。そして、すでに見たように、死体遺棄罪における「遺棄」該当性判断に当たっては行われた行為の意味を実質的に判断する必

31 なお、埋葬との関係で死体遺棄罪を捉えることから、死体遺棄罪の客体である死体についても次のように具体化されることとなる。すなわち、こうした理解に基づけば、死体遺棄罪の客体である死体とは、埋葬の対象となっている死体がまずもってそれにあたるということになるが、その他にも、埋葬を求める宗教風俗に照らして、それが死者に対する公衆の一般的な宗教的感情や敬けん感情を呼び起こす死体である限り、死体遺棄罪の客体にいう死体であるということになる（この点につき、辰井聡子「死体由来資料の研究利用—死体損壊罪、死体解剖保存法、死体の所有権—」法学研究91号（2011年）58頁以下）。したがって、死体であっても、標本や美術品など埋葬の対象ではないものや、死者に対する公衆の一般的な宗教的感情や敬けん感情を呼び起こさないものは、死体遺棄罪の客体から除外されるということになる。もっとも、この点、現行刑法典の政府提出案理由書によると、刑法190条は旧刑法264条を修正したものとされており、旧刑法264条では客体が「埋葬ス可キ死屍」とされていたところ、「死体・・・・ハ埋葬ス可キ物タルト否トヲ區別スル必要ナキヲ以テ之ヲ刪除シタリ」と述べられている（内田文昭ほか編『日本立法資料全集26 刑法〔明治40年〕（6）』（信山社 1995年）348～349頁）。これによれば、埋葬の対象となっているかを問わず、およそ死体であれば刑法190条の客体となり得るとの理解も可能のように思われる。しかしながら、学説上、刑法190条が定める他の客体について、「死者の祭祀・記念のために保存し、又は保存すべき骨骸」、「死者の祭祀・記念のために保存し、又は保存すべき人の頭髮」とされており（大塚ほか編・前掲註10）242頁、団藤重光責任編集『注釈刑法（4）各則（2）§§148～198』（有斐閣 1965年）359頁〔板倉宏〕、判例（大判明治43年10月4日刑録16輯1608頁）も、遺骨について、「人ノ遺骨カ刑法第百九十条ノ意義ニ於テ之ヲ侵害スルコトヲ許サル法益タルカ爲メニハ死者ノ祭祀又ハ紀念ノ爲メ之ヲ保存シ又ハ保存スヘキモノタルコトヲ要シ」と述べており、判例・学説とも、刑法190条が定める死体以外の客体を、宗教風俗との関係で理解している。このことに照らせば、刑法190条において他の客体と死体が列挙されていることから、死体遺棄罪の客体である死体についても宗教風俗との関係で捉えるべきということになろう。ゆえに、死体遺棄罪の客体である死体につき、上で述べたような理解を導くことができると解されるのである。

32 西田ほか編・前掲11）678頁〔嶋矢貴之〕。

要があるのであるから、現に行われた死体の放棄・放置、隠匿が死者の適時適切な埋葬を妨げるに足りるものであるか否かを判断するに際しては、例えば、当該行為が終局的処分なのか中間処分（非終局的処分）なのか、行為者の支配領域内で行われたのか否か、時間的経過はどうかといった点が重要な考慮要素となろう。すなわち、山中に穴を掘って死体を埋めて放棄したという場合に、仮に短時間の間に掘り返されたとしても死体遺棄罪が成立するというに異論はないであろうが、この場合に死体遺棄罪が成立するのは、死体を山中に埋めて放棄するという行為は終局的処分であり、この行為によって、行為者が葬祭義務者であれば確定的に葬祭義務者が負う適時適切な埋葬の履行義務を放棄したといえるし、行為者がそれ以外の者であれば確定的に葬祭義務者の適時適切な埋葬義務を妨害する行為を行ったといえ、いわば程度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態様の放棄と言い得るからである。とりわけ、学説においては死体遺棄罪が抽象的危険犯であると理解されていることから³³、問題となっている行為に死体遺棄罪の実行行為該当性が認められれば死者の適時適切な埋葬を妨げる危険が擬制されるのであるから、その行為それ自体にそうした危険が十分に内包されていると認められうるほどの強いものである必要があるのであって³⁴、上記のように終局的処分に至っていれば、そうした強さを認めやすいといえる。他方で、行為者の行った行為が終局的処分とはいえない場合や上記考慮要素が複数存在する場合には、適時適切な埋葬を妨げる態様といえるかという点において、極めて慎重な判断が求められる場合も出てくる。例えば、葬祭義務者が、山中に穴を掘って死体を埋めて放棄する目的で死体をキャリーケースに入れて、運び出すまでの間1日程度自室に置いていたところ、運び出す前に発覚したという場合や、葬祭義務者が、家庭ごみとあわせて投棄する目的で死体を自室内のごみ箱に捨て、ごみ収集車に回収させるまでの間1日程

33 生田ほか・前掲註21) 274頁〔内田博文〕、山下裕樹「判批」関西大学法学論集66巻2号（2016年）125～126頁註33）、萩野貴史「不作為による死体遺棄罪の成立時期」名城法学72巻3号（2023年）22頁など。

34 この点につき、生田ほか・前掲註21) 274頁〔内田博文〕も参照。

度置いたままにしていたところ、ごみ収集車に回収させる前に発覚したというような場合がそうした場合に当たろう。

前者の場合では、死体をキャリーケースに入れることによって、入れる前と比較して、キャリーケースに入った死体が人目に触れなくなる可能性が高まったとも言い得るのであって、死体をキャリーケースに入れる行為を隠匿とみることは可能である。また、死体をキャリーケースに入れるという行為は、「習俗上の葬祭の準備・一過程」とも言い難い。しかし、この行為は、死体を遺棄するための終局的処分ではなく、その前段階に位置する中間処分である。しかも、自室内に死体の入ったキャリーケースを置いていることから、死体をキャリーケースの中から取り出すことは可能かつ容易であるといえ、墓理法等の行政法規に則り、届け出を出すことも許可を得てから葬送を行うこともなお可能であるといえる。ところで、適時適切な埋葬という場合の適切性についてであるが、すでに述べたように、「遺棄」該当性判断の本質は、行われた行為が特に習俗上の埋葬等とは認められない態様であるか否か、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態様であるか否かにあるのであるから、必ずしも法律に基づく埋葬に限定されないということになる。例えば、許可を得ずに土葬をしたとしても、故人を偲ぶ何人もの人が集まり、その集団や地方、さらには宗教上の習俗にしたがって懇ろに土葬をした場合、許可を得ていない土葬という点で墓理法に反すると言いつても、さらに進んで死体遺棄罪が成立するかについては、習俗上の埋葬等とは認められない態様であるか否か、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態様であるかという点で慎重な判断が求められよう。埋葬義務違反という行政法規的な義務に反することである墓理法違反と刑法上の死体遺棄罪の成否は、問題を異にするのである³⁵。しかし、そうであっても、習俗上の埋葬等とは認められない態様であるか否か、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態様であるか否かの判断においては、少なくとも当該埋葬が法律に基づくものであるか否かということが大きなウェイト

35 この点につき、原田・前掲註28) 15頁以下。

を占めているということも動かしがたい事実であるということは可能であろう。同じ死体を土中に埋葬するという行為でも、無許可で墓地の土中に埋める行為と許可を得て墓地の土中に埋める行為は、死者に対する宗教的感情に照らせば異なったものとして捉えられることが多いであろうが、それは当該埋葬が法律に基づくものであるかという点に由来するところが大きな事情となっていることは否定できないように思われる³⁶。そうすると、行政法規に則った葬送には、少なくとも適切性が付与されるということになる。しかも、発覚までに死体をキャリーケースで隠匿していた時間は1日程度であるところ、一般的な葬送でも、例えば死亡の翌日に通夜式を行い、その翌日に告別式を行った後に火葬を行うとなれば、死亡から2日間葬祭に必要となるということになるし、火葬場の都合等でさらにそれ以上の期間が葬祭に必要となることもしばしばあるが、そうした場合に死亡から2日以上経過してから葬送を行っても、適時性が失われることはない。また、墓理法3条が、埋葬または火葬は、他の法令に別段の定めがあるものを除き、死亡または死産（妊娠7箇月に満たない死産の時を除く）後24時間経過した後でなければ行ってはならないと規定していることから、一般的な葬送においても、少なくとも1日以上は葬祭に必要となるということになるが、この場合にも適時性が失われることはない。このように、これらの場合に適時性が失われることがないとすれば、それよりも短い1日程度死体をキャリーケースで隠匿していたとしても、埋葬の適時性を失わせるに足らないということになる。そうすると、この場合における葬祭義務者の行為は死体の隠匿であり、「習俗上の葬祭の準備・一過程」とは言い難いとしても、いまだ終局処分に至っておらずその前段階に位置する中間処分であり、それが行われた場所や時間に照らすと、

36 この点につき、拙稿・前掲註7）149～150頁、拙稿・前掲註8）西南学院大学法学論集125～126頁。なお、西田ほか・前掲註11）676頁〔嶋矢貴之〕は、①死者の生前の意思、②埋葬の権利義務を有する者（達）の意思、③社会の死体取扱いに関する一般的理解（葬礼風俗）の3つを中間項として、それらに反した死体の取り扱いがなされることで死者に対する追悼・敬けんの感情が実質的に害されたと考えるべきであるとするが、当該埋葬が法律に基づくものであるか否かということは、このうち③との関係で問題とされよう。また、嶋矢教授によれば、これら3つの中間項はいずれかひとつを絶対視できるものではないが、③が判断のベースとなるとされる。

死体の適時適切な埋葬という観点からはなお可能なのであって、程度において確定的に葬祭義務者が負う適時適切な埋葬の履行義務を放棄したとは認められない。したがって、実質的観点において習俗上の埋葬等とは認められない態様の死体の隠匿、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態様の死体の隠匿とは言い難く、死体遺棄罪は成立しないということになる。

後者の場合では、死体を自室内のごみ箱に捨ててはいるが、ごみ回収車に回収させるといった段階には未だ至っていない。ところで、われわれは普段の生活において日常的に不要となった物を家内のごみ箱に入れるという行為を行い、この行為を「不要となった物をごみ箱に『捨てる』」と表現する。しかし、この場合、厳密には未だ物を「捨てた」という段階には至っていないのではなかろうか。すなわち、「捨てる＝放棄する」とは「投げ捨てて顧みないこと」をいうのであり、捨ててしまって以降（放棄して以降）はその物に対してはや自らの支配性を及ぼさないということになるわけであるが、例えば屋外の公共の場所に設置されたごみ箱と異なり、家内のごみ箱へ捨てた段階では、当該物を捨てる（放棄する）意思はあるものの、なおその物に対して支配性が及んでおり、思い直してごみ箱の中から取り出すことは可能である。こうしたことは特殊なことではなく、われわれの普段の生活においても、「これはいらないから捨てよう」と思って家内のごみ箱に捨てても、「やっぱりやめよう」と思い直して取り出すことは、比較的多くの人が何度も経験しているところであろう。そうすると、「捨てる＝放棄する」というのは、不要となった物をごみ収集車に回収させたりごみ集積場に出したりする等の終局的処分を行って、その物に対する支配性を及ぼすことができなくなって以降ということになる。すなわち、家内に設置されたごみ箱に物を捨てるという行為は「捨てる＝放棄する」行為ではなく、その前段階に位置する「捨てる＝放棄する」ための中間処分なのであり、なおその物に対する支配性を有しているのである。したがって、死体をごみ箱の中から取り出すことは可能かつ容易であるといえ、墓理法等の行政法規に則り、届け出を出すことも許可を得てから葬送を行うこともなお可能であるといえる。また、前者の場合で見たと同様に、1日程度という期間も、埋葬の適時性を失わせる

に足りない。そうすると、この場合における葬祭義務者の行為は死体の放棄であり³⁷、「習俗上の葬祭の準備・一過程」とは言い難いとしても、いまだ終局処分に至っておらずその前段階に位置する中間処分であり、それが行われた場所や時間に照らすと、死体の適時適切な埋葬という観点からはなお可能なのであって、程度において確定的に葬祭義務者が負う適時適切な埋葬の履行義務を放棄したとは認められない。したがって、実質的観点において習俗上の埋葬等とは認められない態様の死体の放棄、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態様の死体の放棄とは言い難く、死体遺棄罪は成立しないということになる。

他方で、いずれの場合においても、葬祭義務者の行った行為がなお中間処分にとどまるとしても、そのままの状態で放置し続けたというのであれば、死者の適時適切な埋葬義務を放棄したとして、死体遺棄罪が成立する余地はある。しかし、この場合に死体遺棄罪が成立するのは、死体の葬祭義務を負うにもかかわらず適時適切な葬祭をしないという不作为によるものであり、中間処分という作為によるものではない。なお、不作为による遺棄に関して、仮に行為者に死体を吊うことなく放置する意図があったとしても、その成立には一定期間の経過が必要となる。それというのも、墓理法が、埋葬または火葬は、他の法令に別段の定めがあるものを除き、死亡または死産（妊娠7箇月に満たない死産の時を除く）後24時間経過した後でなければ行ってはならないと規定していることからすると（墓理法3条）、一般的な葬送においても少なくとも1日以上死体は安置されるということになるうえに、死亡届または死産届は死亡の事実を知った日ないし死産後7日以内に提出することとなっており（戸籍法86条、死産の届出に関する規程4条）、その届出により火葬許可証の交付を受け火葬が可能となるであって、現行法の範囲にお

37 名古屋地岡崎支判平成23年3月24日公刊物未搭載でも、自宅のごみ箱にえい児の死体を入れた行為につき、放棄による死体の遺棄と認定している。本判決の評釈として、富高彩「判批」季刊刑事弁護67号（2011年）97頁がある。なお、この場合における葬祭義務者の行為が、「捨てる＝放棄する」ための、その前段階に位置する中間処分であるという点に照らせば、この行為は「捨てる＝放棄する」ための準備行為であって放棄行為そのものではなく、したがって、いまだ死体の「遺棄」がなされていないとして、死体遺棄罪の成立を否定する理解も可能であろう。

いても死亡の事実を知った日ないし死産から少なくとも7日は死体はそのまま置かれる可能性があるのであり、葬祭義務者は葬祭義務を果たさなければならないとしても即座にこれを果たさなければならないわけではなく、このように一定の期間的猶予が設けられている。また、死亡または死産の届出や火葬等の許可の申請といった法律に基づく手続をした上で行う通常の葬祭の場合であっても、例えば火葬場の都合などで葬祭を行うまでに一定期間を要することもあり得る。そうすると、葬祭義務者が死体の存在を認識した後ただちに葬祭を行わなかったとしても、「死体に対して何もしない」ということ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「遺棄」行為と評価することはできないであろう。したがって、不作為による死体遺棄罪が問題になる場合は、届出の期間を徒過した場合など一定の期間が経過し、およそ死者の適時適切な埋葬を妨げ、死者に対する公衆の一般的な宗教的感情や敬けん感情を害したと言い得るに至った段階で死体遺棄罪が成立するということになる³⁸。裁判例（前掲・福岡高判令和4年1月19日）も、死体の葬祭義務を負う者の不作為に作為の遺棄行為との構成要件的同価値性が認められるのは、適切な時期に死体の葬祭を行わなかったことにより死体遺棄罪の保護法益を侵害する場合であるから、不作為による遺棄該当性判断は、死体の葬祭義務を負う者が死体の存在を認識してから葬祭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の判断を示している。

ところで、このような理解に対しては、とりわけ後者のような場合とかわって、次のような批判が向けられることが予想され得る。すなわち、ごみ箱とは、不要物は勿論、生ごみや汚物でさえも入れるものであって、そのような場所に死体を捨てることは、たとえ適時適切な埋葬を物理的に妨げないとしても、その行為自体が死者に対する一般的な宗教的感情や敬けん感情を侵害するものといえるのであるから、死体遺棄罪が成立するのではないか。こうした批判である。

この点、学説の中には、「死体遺棄罪は、社会的習俗に従った埋葬がなさ

38 橋爪隆「不作為の死体遺棄罪をめぐる問題」井田良ほか編『新時代の刑事法学 権橋隆幸先生古稀記念』（信山社 2016年）255頁、拙稿・前掲註7）160～161頁。

れた状態の確保を保護するもので、埋葬しないという不作為に本質がある犯罪類型であって、作為はその現象形態の1つにすぎない」という見解³⁹に代表されるように、死体遺棄罪の目的を死体を埋葬させることと捉えたうえで、死体遺棄罪の法益侵害内容を埋葬阻害と一元的に理解する見解が主張されている。しかしながら、こうした死体遺棄罪の一元的理解に対しては、例えば、殺害後の死体をただちに遺族宅の前に投棄した場合においては、たとえ遺族による死体の発見が容易になっていたとしても死体遺棄罪の成立を認めるべきであるから、死体遺棄罪の処罰根拠は埋葬義務の履行阻害以外にあるという批判が向けられており⁴⁰、埋葬という慣習に着目をし、埋葬には死者を大切に思う追慕の感情と死者を忌み嫌う拒絶の感情が併存していることから、死者に対する敬けん感情には、①死者を丁重に扱うべきとする要素と②死者が忌み嫌われることのないように扱われるべき要素の二面性があり、ここから、具体的には、死体が埋葬されずに腐敗していくがままになる可能性を高める行為、死体を不敬に扱う行為（以上が①の要素より導かれる）、死醜が視認される状況に死体を置く行為（②の要素より導かれる）のいずれかの侵害事実があれば、死者に対する敬けん感情侵害が肯定されて死体遺棄罪が成立するとする、二元的理解も有力に主張されているところである⁴¹。

思うに、死者を懇ろに葬り追慕と祭祀の対象とする宗教風俗に照らせば、死体を粗末に扱わないということも、死者に対する公衆の一般的な宗教的感情や敬けん感情に沿うものである。したがって、一元的理解に対する批判で述べられるように、死体遺棄罪の法益侵害内容は、物理的な埋葬の阻害に尽きるとはいえない。裁判例においても、埋葬の履行を困難にしたとは言い難い場合にも死体遺棄罪の成立が認められている⁴²。すなわち、死体遺棄罪は、死体を粗末に扱うことによって、死者に対する公衆の一般的な宗教的感情や敬けん感情を害する危険を生じさせる行為も禁じていると解し得るのである。

39 安田拓人「判批」法学教室443号（2017年）140頁。

40 松尾誠紀「死体遺棄罪と不作為犯」法と政治（関西学院大学）68巻1号（2017年）85頁。

41 松尾誠紀「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58頁（2022年）59頁以下。

学説においても、死体遺棄罪につき狭義の死体遺棄罪と不埋葬罪という二つの行為類型を含むものという理解を示す見解が主張されており⁴³、本稿の死体遺棄罪における「遺棄」の理解も、結論的にはこのような二元的に捉える見解と変わらないということになる。もっとも、本稿の理解の根底にあるのは、すでに述べたように、死体遺棄罪につき、宗教風俗に照らして、死者の適時適切な埋葬を妨げる危険のある行為を禁じていると解する点にある。すなわち、死体遺棄罪が禁じているのは、単なる埋葬の阻害ではなく、適時適切な埋葬の阻害なのである。したがって、死体に対する扱いは、死者の適時適切な埋葬における適切性の問題として現れる。われわれは、死者に対して、できるだけそのままの形できれいな状態で葬ること、できるだけ丁重に葬ることを是としており⁴⁴、こうした葬送は、死者に対する公衆の一般的な宗教的感情や敬けん感情に沿うものである。それゆえ、死体を粗末に扱うことは、仮にそうした行為が適時の埋葬の履行を物理的に困難にしたとはいえない場合でも、適切な埋葬を阻害し得る行為であって、死者に対する公衆の一般的な宗教的感情や敬けん感情を害したということになり、「遺棄」該当性が肯定されることとなるのである。

ところで、適切性判断においても、現に行われた死体の放棄・放置、隠匿の意味を実質的に判断する必要があることはいうまでもない。例えば、上記例のように死体をごみ箱に捨てたという場合、ごみ箱とは、不要物は勿論、生ごみや汚物でさえも入れるものであって、そのような場所に死体を捨てることは、たとえ適時適切な埋葬を物理的に妨げないとしても死体を粗末に扱うものであり、習俗上の埋葬等と相いれない処置であって、適切な埋葬を阻

42 例えば、千葉地判令和3年8月24日公刊物未登載は、病院職員が見ている中死体を病院の風除室まで運び、置き去りにした行為（すなわち、見方によっては死体の発見を促進させたといえる行為）につき、「社会通念上死者に対する宗教的習俗的感情を害するような不適切な態様で死体を遺棄したもの」と述べて死体遺棄罪の成立を認めている。

43 このような理解を示すものとして、松原芳博「死体遺棄罪における作為と不作为—隠匿類型と不埋葬類型を中心として—」東洋法学66巻3号（2023年）194～195頁、十河太朗「作為後の不作为による死体遺棄」同志社法学75巻4号（2023年）793頁以下など。

44 辰井・前掲註31）60頁。

害し得るとして、その行為自体が死者に対する一般的な宗教的感情や敬けん感情を侵害するものといえるのであるから、死体遺棄罪が成立する余地はある。しかし、ごみ箱という要素が決定的となるものではない。例えば、自宅で孤立出産をしたものの死産であり、しかも出産後のダメージで十分に動くことができないという場合に、羊水や血液が滴る死体を液体を通さないビニール袋に入れ、なおそのままでは液体が滲む可能性があることから何か入れ物に入れる必要があるという場合に、十分に動けずに入れ物を探すことができなかったのも、目の前にあったごみ箱に、ごみ箱と知りつつもやむなくその中に入れ、体力が回復するまで一時保管したという場合、はたして死体を粗末に扱ったと言い得るのであろうか。この場合において、死体をごみ箱以外のもの一例えば、たらいや洗面器等一に入れた場合と実質的な違いはあるのであろうか。あるいは、上述した自宅で流産したもののかかりつけの病院が休診であったために、再開したら受診するつもりで、死体の腐敗を防ぐためにとりあえず冷蔵庫で保管した場合なども同様で、死体を冷蔵庫に入れるというのは一見すると死体を粗末に扱っているとみることができるが、死体の腐敗を防ぐためというのであれば、死体をそのままの形できれいな状態で維持しようとするものであり、むしろ死体を丁重に扱っているといえよう。また、このように、現に行われた死体の放棄・放置、隠匿の意味の実質的判断においては、行為の意味を判断するために、行為者の意図等の主観を考慮することも必要となる。この点、最高裁令和5年判決では行為者の意図等主観面について一切言及しておらず、最高裁令和5年判決が遺棄該当性判断に際して行為者の主観を考慮すべきとするものかどうかについて、理解が分かれているところである⁴⁵。学説においては、「遺棄」該当性はあくまでも客観的な態様から判断すべきであって、主観面の考慮を不要とする見解が主張されている⁴⁶。しかし、上で示した冷蔵庫での死体の保管の場合のように、客観的には死者に対する公衆の一般的な宗教的感情や敬けん感情を害するよう

45 最高裁令和5年判決の行為者の主観面に関する理解について、嶋矢貴之「『親密圏』における死体遺棄等について」法律時報97巻6号（2025年）15頁。

46 矢田・前掲註6）188頁、大庭・前掲註6）143頁。

に見える場合であっても、行為者の意図等の主観を併せて考慮した場合には社会の一般人をして死体を粗末に扱うものだという印象を低減させることもあり得るのであって、客観面の意味を確定するために行為者の主観を取り入れることは、遺棄該当性判断に際して不可避であると解される⁴⁷。

さらに、現に行われた死体の放棄・放置、隠匿が死者の適時適切な埋葬を妨げるに足りるものであると認められた場合に死者に対する公衆の一般的な宗教的感情や敬けん感情を害する態様であると認められ、習俗上の埋葬等と相いれない処置であるとして「遺棄」該当性が認められることになるわけであるが、とりわけ適切性判断に当たっては、次の点にも留意が必要である。すなわち、風俗は国や地域によって異なるものであり、さらには時代的な変遷が見られることも、また事実である。葬送風俗についても同様で、現代社会においても多様な葬送態様が見られる。例えば、鳥葬について、日本で鳥葬が行われた場合にこれが許容されるか否かにつき争いがあるところであるが、これを否定する見解は、鳥葬が日本人の宗教的感情に適合しない葬法であることをその理由としており⁴⁸、死体を解体して猛禽類に食べさせるという客観的な行為それ自体が問題とされているわけではない⁴⁹。また、日本の大部分で行われている火葬についてはイスラム教では固く禁じられているところ、イスラム教徒の死体を火葬した場合、イスラム教徒の一般的な宗教的感情や敬けん感情を害したということになりかねない。このように、国や地域、宗教が異なれば主たる葬送方法も異なるのである。とりわけ日本国憲法は、その第20条で、「信教の自由」を保障していることにも留意しなければならない。さらに、現代社会では、いわゆる散骨に代表されるように、葬送に関する価値観の多様化も見られる。したがって、問題とされた死体の放棄・

47 なお、遺棄該当性判断に際して行為者の主観を考慮すべきとするものとして、伊藤嘉亮「判批」刑事法ジャーナル69号（2021年）248頁、嶋矢・前掲註45）16頁。

48 奥平康弘「『葬法』管見」法学セミナー388号（1987年）12頁。

49 その他、鳥葬を許容しないものとして原田・前掲註28）28頁註33）、高山佳奈子「自己決定とその限界（下）」法学教室285号（2004年）45頁。鳥葬を許容するものとして、伊藤ほか・前掲註15）428頁註7）〔島田聡一郎〕、萩野貴史「死体損壊罪における『遺棄』概念に関する覚書」名古屋学院大学論集〈社会科学編〉53巻4号（2017年）199頁（ただし、いずれの論者とも、死者が生前に鳥葬を希望したことを必要とする）。

放置、隠匿が適切な埋葬—すなわち、「死者に対する一般的な宗教的感情や敬けん感情を害しない態様」・「習俗上の埋葬等」—と認められるか否かの判断に当たっては、国・地域や宗教間での差異、葬送態様の多様化や葬送に関する価値観の多様化といった「葬送風俗の多様性」という特質をも踏まえてこれを行う必要がある。最近では外国人の被告人が死体遺棄罪に問われることが増えているが、被告人が外国人であるという場合、「葬送風俗の多様性」という視点からの検討は特に必要であると思われるし、仮にそうした検討を行うことなく、日本で一般的に執り行われている葬送をもって「習俗上の埋葬」であるとして死体遺棄罪の成否を判断することは、国際社会化がますます強まる現在の日本において、「外国人差別」として国際的な非難を受ける可能性があるようにも思われるところである。

V. むすびにかえて

以上、本稿では、死体遺棄罪の保護法益を明らかにしたうえで、それに基づき「遺棄」の意義と判断方法を示し、「遺棄」概念を具体化することを通じて、死体遺棄罪における「遺棄」について検討を進めてきた。今後は、ここで得られた「遺棄」の理解をもとに、遺棄と隠匿の関係、不作為による死体遺棄の問題や死体遺棄罪の罪質などについて検討を加え、死体遺棄罪という犯罪の理解を深めていくことにしたい。