

〔判例研究〕

自ら出産した新生児を殺害した被告人が、その死体をタオルで包み、ポリ袋に入れるなどして自宅などに隠匿した死体遺棄の事案について、葬祭義務を果たさないまま放置した不作為による遺棄行為を起訴したものであるから、公訴時効の起算点は、警察官が死体を発見した時であるという検察官の主張を排斥し、作為による死体遺棄罪が成立するとした上、公訴時効が完成しているとして免訴を言い渡した事例

——大阪地裁判平成25年3月22日判タ1413号386頁——*

山下 裕 樹

I. 事件の概要

1. 本件の事実関係について

本件の事実関係は以下のとおりである。

被告人は、平成19年2月頃、大阪府泉南郡にあるアパートaのA方において、女児を出産したが、出会い系サイトで知り合った初対面の男性との意に沿わない性交渉を原因とする望まない出産であったことから、その処置に困り、女児を殺害しようと考え、その頃、A方の浴室において、殺意をもって、女児の身体から両手を離して女児を浴槽中の湯水に沈め、よって、間もなく女児を窒息させて殺害した。

被告人は、殺害当日に、① 女児の死体をタオルに包み、アパートaのA方押し入れにあったスポーツバッグに入れて隠匿した（以下では①行為と称する）。② ①行為より二、三日後、死体をスポーツバッグごとアパートcの自宅に移動させて、クローゼット

* 本稿は、同志社大学で行なわれた刑事判例研究会での報告を基礎に執筆したものである。

に隠匿した（以下では②行為と称する）。③ 平成19年春頃、死体をキャリーバッグに入れてマンションdに移動し、室内に放置した（以下では③行為と称する）。④ 平成21年2月頃、死体をキャリーバッグごとマンションbに移動させ、クローゼット内に隠匿し放置した（以下では④行為と称する）。

なお被告人は、平成24年7月16日に、警察官に犯行を申告して自首したものであり、警察官が、平成24年7月17日に、被告人の自宅から女兒の死体を発見した。

2. 検察官の主張

検察官は、上記のような事実関係について、「被告人は、前記のとおり、平成19年2月上旬頃、同児が死亡したのを認めたのであるから、同児を葬祭しなければならない義務があったのに、前記犯行が発覚するのをおそれ、その頃から平成24年7月16日までの間、別表（省略）記載のとおり前記A方ほか3ヶ所において、同児の死体をタオルで包み、ポリ袋に入れるなどして放置し、もって死体を遺棄した」という公訴事実を記載し、不作為による継続犯であり、一罪と考えている旨釈明するなどして、本件は、不作為による死体遺棄行為であると主張した。その上で、公訴時効の起算点は、警察官が死体を発見した平成24年7月17日であるから、平成24年9月19日に公訴提起された本件は、公訴時効が完成していない旨主張した。

3. 裁判所の判断

(1) 死体遺棄の形態について

「(1) 死体遺棄とは、社会的に認められている埋葬の方法によらないで死体を放置することであり、これには死体の隠匿行為も含まれるところ、女兒の死体をタオルで包み、ポリ袋に入れるなどして室内に放置した行為は、作為による死体遺棄罪の構成要件に該当する行為であることが明らかである。」「(2) また、作為による形態と不作為による形態の死体遺棄行為が、いずれも証拠上認められる場合には、作為犯を端的に認定すればよいのであり、例外的・補充的な不作為犯を検討するのは、作為による形態の行為により当該事象の違法性が評価し尽くされていない場合に限り行うことになる」と解される。」「以上、検討したとおり、……検察官の訴追意思を合理的に解釈すれば、検察官としては、本件死体遺棄行為について、不作為形態と作為形態の複合形態の訴因を設定したと解するのが相当である。」

つまり、本判決は、本件の死体遺棄行為は、①行為から④行為の作為による形態の死

自ら出産した新生児を殺害した被告人が、その死体をタオルで包み、ポリ袋に入れるなどして自宅などに隠匿した死体遺棄の事案について、葬祭義務を果たさないまま放置した不作為による遺棄行為を起訴したものであるから、公訴時効の起算点は、警察官が死体を発見した時であるという検察官の主張を採り、作為による死体遺棄罪が成立するとした上、公訴時効が完成しているとして死訴を言い渡した事案

体遺棄と、葬祭義務があるにもかかわらず、葬祭義務を果たさないまま死体を放置し続けたという不作為による形態の死体遺棄が同時的に存在しているが、実体法上、作為による死体遺棄罪が成立し、不作為による死体遺棄罪は成立しないと判断した。

(2) 罪数関係について

「①行為に次いで、②行為では、当時の交際相手の居室から被告人方での隠匿という状況の変化があり、完全に被告人の支配下に死体が移動して放置されているところ、……葬祭されなくなる可能性が格段と高まり、新たに死者に対する社会習俗としての宗教感情を害するに至った」のであり、「②行為も、別途、死体遺棄罪が成立し、①行為及び②行為の罪は、包括一罪の関係にあたる。」しかし「③行為及び④行為は、②行為により発生した違法状態を結果的に維持するものに過ぎ」ず、「別途、死体遺棄罪を構成するものではない。」

(3) 公訴時効の成否について

「死体遺棄罪の公訴時効の起算点は、②行為が終了した時である平成19年2月頃であり、平成24年9月19日に公訴提起した時点においては、既に3年が経過しているから、公訴時効が完成していたことが明らかである。」

「なお、……作為犯としては公訴時効が完成しているにもかかわらず、同じ死体遺棄行為をもっぱら不作為犯として構成することにより、葬祭義務を果たすか、葬祭義務を果たすことができない状態にならないかぎり、半永久的に公訴時効が完成しないことになるため、バランスを著しく欠くことになる。」

II. 本件死体遺棄罪に関する諸問題

本判決は、死体遺棄罪について、行為者の行為が作為による死体遺棄か、不作為による死体遺棄かを判断したものであり、一見すると、いわゆる作為犯と不作為犯の区別の問題が重要であるように思われるが、この問題というよりも、死体遺棄罪の解釈を検討するところに本判決の意義があると思われる。特に、死体遺棄罪における「遺棄」という概念が、いかなるものであるのかを改めて検討する上で意義がある。また、罪数の問題に関して、とりわけ不可罰的あるいは共罰的事後行為とは何であるのかを再検討する上でも、本判決は意義がある。

1. 殺人行為後の死体遺棄罪が成立するか

本件のように、死体遺棄を行なった者が殺人行為を行っていた場合、まず第一に、そもそも殺人後に死体遺棄罪が成立するのかが問題となる。なぜなら、殺人犯が殺害行為後に死体を適切に処置しないことは、当然考えられうることであり、死体遺棄の事実は殺人の事実に含まれており、別途、死体遺棄罪は成立しないと考えられるからである¹⁾。

(1) 殺人行為後の死体遺棄罪の成立を全面的に否定する見解

この問題について、死体遺棄行為が作為形態であれ不作為形態であれ、殺害行為後に死体遺棄行為が行なわれたならば、そもそも殺人罪しか成立せず、死体遺棄罪は成立しないとする見解がある。この見解が、殺害行為後の死体遺棄罪の成立を否定する理由は、殺人罪は単なる私益的犯罪ではなく、一般の安寧を害するもの、つまり公益的犯罪でもある²⁾として、いわば殺人罪と死体遺棄罪における保護法益が実質的に重なっていることと、殺人犯人に死体遺棄行為をしないことを期待できないとする期待不可能性である³⁾。

(2) 殺人行為後の死体遺棄罪の成立を認める見解

しかしながら、判例も含め大多数の見解は、殺害行為後に死体遺棄行為が行われた場合であっても、殺人罪と死体遺棄罪の両方が成立することを認める。なぜなら、殺人罪は生命に対する罪であり、死体遺棄罪は、死者に対する社会的習俗としての宗教感情に対する罪であり、やはり両者の保護法益は異なると考えるからである。確かに、死体遺棄罪の成立を全面的に否定する見解が述べるように、殺人行為自体にも、一般の安寧を害するような社会的法益を害する効果は認められるであろうが、死体遺棄罪が保護の対象としていることは、一般の安寧よりも狭い、死者に対する宗教感情であることを考慮すれば、殺人罪と死体遺棄罪の保護法益は異なっているといえる。加えて、殺人罪が、

1) そのように述べるものとして、牧野英一『刑法研究 第二巻』(有斐閣、1921年) 159頁以下、同「判批」法学協会雑誌38巻8号(1918年)110頁以下。

2) 牧野(前掲注1・刑法研究)163頁以下、同(前掲注1・法学協会雑誌)114頁。

3) 例えば、坂本英雄「殺人罪と死体遺棄罪」法律論叢18巻1号(1939年)64頁、竹田直平「判批」法と経済10巻4号(1938年)112頁以下。ただし、竹田(前掲論文)112頁以下は、「殺人者に対して、最も重大なる刑罰の必然的到來を確証すべき死体を掩蔽せざるべきことを期待し得るであろうか」は疑問であり、「死体掩蔽の避止は寧ろ期待し得ない」のが通常であるとしつつも、「人間として忍び難き惨虐な方法」による死体遺棄の場合には、死体遺棄罪が成立すると述べる。

自ら出産した新生児を殺害した被告人が、その死体をタオルで包み、ポリ袋に入れるなどして自宅などに隠匿した死体遺棄の事案について、葬祭義務を果たさずそのまま放置した不作為による遺棄行為を起訴したものであるから、公訴時効の起算点は、警察官が死体を発見した時であるという検察官の主張を採り、作偽による死体遺棄罪が成立するとした上、公訴時効が完成しているとして死訴を言い渡した事案

生命という個人的法益を第一の保護の対象としていることからすれば、生命という法益を保護の対象とはせず、もっぱら社会的法益を保護の対象とする死体遺棄罪は、殺人罪とは法益という観点からは区別されなければならない。判例も、殺人罪と死体遺棄罪の保護法益が異なることを繰り返し主張しており、例えば、大判昭和13年6月17日刑集17巻475頁は、「殺人罪と死体遺棄罪とは、一が生命なる個人的法益に対する私益罪たるに反し、他が死体に対する一般宗教感情を害する公益罪」であると述べ、名古屋高裁判昭和27年12月26日高刑速30号27頁も、死体遺棄罪は、「信教上の信念に基く吾人の死者に対する感覚を害する行為を処罰」するものであるとして、その保護法益は、死者に対する宗教感情であると述べている⁴⁾。

このように、殺人行為後に死体遺棄行為が行なわれた場合であったとしても、両者の保護法益が異なることから、判例や支配的見解の立場によれば、原則的には殺人罪と死体遺棄罪の両者が成立することになる。ただし、死体遺棄行為が作為形態で行なわれたのか、それとも不作為形態で行なわれたのかによって、殺人行為後の死体遺棄行為につき、死体遺棄罪の成否が分かれる。

(i) 死体遺棄行為が作為形態で行なわれた場合

死体遺棄罪における「遺棄」概念について詳しくは後述するが⁵⁾、一般的に、同罪の「遺棄」とは、習俗上の埋葬等に見られる方法によらないで死体等を放棄すること⁶⁾である。原則的に、死体遺棄行為が作為形態で行なわれた場合、例えば、死体を地中に埋める行為のような場合には、判例によれば、殺人罪と死体遺棄罪の両罪が成立する⁷⁾。たとえ死体を共同墓地に埋めたとしても、また、死体を埋めた後で犯人が合掌したり死者の冥福を祈ったとしても、それが宗教風俗上の埋葬と認められなければ、死体遺棄罪が成立する⁸⁾。

4) その他、殺人罪と死体遺棄罪の保護法益が異なることを述べる判例として、大判大8年7月8日刑集12巻1195頁、最判昭26年6月7日刑集47号405頁など。

5) 後述Ⅱ-2を参照。

6) 大塚 仁ほか編『大コンメンタール刑法 第9巻』（青林書院、第3版、2013年）245頁〔岩村修司〕、前田雅英ほか編『条解刑法』（弘文堂、第3版、2013年）535頁、団藤重光編『注釈刑法(4) 各則(2)』（有斐閣、1965年）358頁〔板倉 宏〕。

7) 大判大正8年5月31日刑録25輯727頁、大判大正13年3月4日刑集3巻3号175頁。

8) 犯跡隠滅のために共同墓地に死体を埋めた行為について死体遺棄罪の成立を肯定したものとして、最判昭和20年5月1日刑集24巻1頁。被告人が死者の冥福を祈ったとしても死体遺棄罪は成立するとしたものとして、最判昭和24年11月26日刑集3巻11号1850頁。その他、殺害行為後の作為による死体遺棄罪の成立を認めたも

(ii) 死体遺棄行為が不作為形態で行なわれた場合

ア. 葬祭義務を負わない者による不作為による死体遺棄行為の場合

死体遺棄行為が作為形態で行なわれた場合とは異なり、それが不作為形態で行なわれた場合、特に、死体を置き去りにしたり、死体をそのままに放置して立ち去るような場合には、殺害行為を行なった者に、死体を埋葬することに対する義務（以下では葬祭義務と呼ぶ）や、死体を適切に監護する義務（以下では監護義務と呼ぶ）が存在するか否かによって、殺害行為後の死体遺棄罪の成否が左右される。

殺害行為を行なった者に葬祭義務が存在しない場合には、一般的に、殺害行為後の不作為による死体遺棄罪は成立しないとされる。例えば、大判昭和8年7月8日刑集12巻1195頁が、「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る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」と述べ、大判昭和13年6月17日刑集17巻475頁も、「人を殺害して死体をそのままに放置するが如き場合は、所論のごとく期待不可能性の理を以て之を不問に付すべきに似たり」と述べており、判例の立場からしても、殺害行為を行なった者が葬祭義務を有さない場合で、死体をそのまま放置するような場合については、死体遺棄罪は成立しないことになる。その理由は定かではないが、不作為による死体遺棄の場合には、判例の立場からしても、殺害行為後の死体遺棄罪を全面的に否定する立場が主張するように、殺人罪の「結果として成立する死体遺棄の事実、その殺人の事実」に当然予定され、包括されている⁹⁾と考えられていたり、判例の「期待不可能性の理を以て之を不問に付すべきに似たり」との文言からすると、殺害行為を行なった者に対

ゝのとして、大判明治44年7月6日刑録17輯1388頁、大判大正8年7月8日刑集12巻1195頁、大判昭和9年2月2日刑集13巻41頁、大判昭和11年1月29日刑集15巻30頁、最判昭和26年6月7日集刑47号405頁。なお、判例は殺人罪と死体遺棄罪の罪数関係について、一貫して両者を併合罪の関係にあるとする（例えば、大判明治44年7月6日刑録17輯1388頁、大判大正8年5月31日刑録25輯727頁、大判大正8年7月8日刑集12巻1195頁、大判昭和9年2月2日刑集13巻41頁、大判昭和11年1月29日刑集15巻30頁、大判昭和20年5月1日刑集24巻1頁、最判昭和24年11月26日刑集3巻11号1850頁、最判昭和26年6月7日集刑47号405頁など）。これに対して、傷害致死罪と死体遺棄罪の関係に関するものではあるが、牽連犯を主張するものとして、萩原玉味「判批」警察研究32巻3号（1961年）138頁。殺人罪と死体遺棄罪の罪数関係について詳細に論じているものとして、佐瀬昌三「判批」法学志林40巻11号（1938年）53頁以下（特に71頁以下）も参照。

9) 牧野（前掲注1・刑法研究）161頁、同（前掲注1・法学協会雑誌）112頁。

自ら出産した新生児を殺害した被告人が、その死体をタオルで包み、ポリ袋に入れるなどして自宅などに隠匿した死体遺棄の事案について、葬祭義務を果たさずのまま放置した不作為による遺棄行為を起訴したものであるから、公訴時効の起算点は、警察官が死体を発見した時であるという検察官の主張を採り、作高による死体遺棄罪が成立するとした上、公訴時効が完成しているとして死訴を言い渡した事案

して、死体を放置せずに葬祭することを強要することは期待できないと考えられているのであろう¹⁰⁾。

1. 葬祭義務を負う者による不作為による遺棄の場合

これに対して、殺害行為を行なった者が葬祭義務を有する者である場合には、殺害行為後の不作為による死体遺棄であったとしても、死体遺棄罪が成立するとされる。例えば、大判大正6年11月24日刑録23輯1302頁では、男児を分娩後、砂をかけて殺害し、砂をかけた状態のまま立ち去った母親について、「死体遺棄罪は葬祭に関する良俗に反する行為を罰するに在るを以て死体を他に移して之を遺棄する場合は勿論葬祭を為すべき責務を有する者が葬祭の意思なくして死体を放置しその所在の場所より離去する如きもまた死体遺棄罪を構成する」として、母親について、殺人罪と死体遺棄罪の成立が認められている。

すなわち、殺害行為後の不作為による死体遺棄罪については、被告人が葬祭義務を有するか否かがもっぱら問題となり、被告人に葬祭義務が認められない場合には、死体遺棄罪は成立せず、葬祭義務があると認められる場合には、死体遺棄罪が成立することになる。

(3) 葬祭義務について

なお、不作為による死体遺棄罪は不真正不作為犯であると一般的には言われており、その成立には作為義務が必要であり、それが葬祭義務や監護義務と呼ばれている¹¹⁾。この葬祭義務（ないし監護義務）の発生根拠について若干付言しておく、葬祭義務を有さない者が殺害行為を行なった後に立ち去ったとしても、不作為による死体遺棄罪の罪責を負わないのであれば、殺害行為という先行行為は、作為義務たる葬祭義務を根拠づけられないことになる¹²⁾。また、本件のような殺害行為後の死体遺棄罪が問題となる場

10) 坂本（前掲注3）64頁は、殺害行為を行なった者が葬祭義務者であるか否かにかかわらず、死体の葬祭をすることは、もはや期待しえないであろうことを主張する。死体遺棄罪が成立しない理由を純粹に期待不可能性に求める場合には、殺害行為者が葬祭義務者であったとしても、少なくとも不作為による死体遺棄の場合には、死体遺棄罪は成立しないということも考えられる。

11) 団藤編（前掲注6）361頁〔板倉〕。

12) 先行行為思想が、行為自由と結果答責という制度に基づいており、先行行為に基づく作為義務の場合には、先行行為によって与えた損害を原状回復させることが作為義務の内容であるとするならば、死者を回復させることは、およそ不可能であるから、殺害行為は葬祭義務を根拠づける先行行為になりえないと考えられる。このような先行行為思想と原状回復の義務については、拙稿「特別なものとしての不作為犯？」竹下賢ほか編『法の理論33』（成文堂、2015年）116頁を参照。

合には、葬祭義務は、殺害行為を行なうより以前に、殺害行為以外の何らかの方法で根拠づけられていなければならない。

このように考えた場合、葬祭義務の発生根拠に関しては、殺害行為が葬祭義務の有無を左右するわけではないので、被告人自身が殺害行為を行っていないケースも参考となろう。例えば、大判大正13年3月14日刑集3巻285頁¹³⁾が、被告人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、被告人は死者に対する葬祭義務を負っていないと判示し、これに対して、福岡高裁宮崎支部判平成14年12月19日判タ1185号338頁は、被告人らが、親権者からの依頼を受けて、新生児や男児の保護を引き受けたことに基づき、被告人らに保護責任者たる地位を認め、この保護責任者たる地位から、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して、死体を放置した被告人らにつき、監護義務違反に基づく死体遺棄罪の成立を認めている。

これらの判例からすると、葬祭義務や監護義務は死体と一定の関係を有する者に存在するということが推測できる¹⁴⁾。従来判例が、親権者であることを理由に、死体遺棄罪に限らず、作為義務を容易に根拠づけていることからすれば¹⁵⁾、本件においても、女兒の母親である被告人が、女兒の死体の葬祭義務者であるとされることは、いわば当然である。それゆえ、検察官が主張したように、これを根拠に、被告人は葬祭義務に反して、不作為による死体遺棄罪を犯したと構成することもできる。

(4) 本件について

本件では、死体遺棄行為を作為形態と捉えるにせよ、不作為形態と捉えるにせよ、被告人が死者たる女兒の母親であり葬祭義務者であることを考慮すれば、いずれにせよ、殺人罪と死体遺棄罪の両罪が成立することになる。なぜならば、上述のように、判例の立場からすれば、殺害行為後の作為による死体遺棄の場合には、死体遺棄罪が当然のよ

13) この判決に関する評釈として、竹内 正「判批」芦部信喜ほか編『宗教判例百選』（有斐閣、第1版、1972年）180頁以下。

14) この他、愛人が殺害した自身の妻子の死体につき、この死体が押し入れ内にあることを確認し、そのまま放置して立ち去った被告人には、死体の配偶者であることや親権者であることを理由に葬祭義務が認められ、不作為による死体遺棄罪が成立するとした判例として、東京高裁判昭和40年7月19日判タ183号155頁。

15) 親権者の作為義務については、拙稿「親権者の『刑法的』作為義務」関大法学論集64巻2号（2014年）137頁以下。

自ら出産した新生児を殺害した被告人が、その死体をタオルで包み、ポリ袋に入れるなどして自宅などに隠匿した死体遺棄の事実について、葬祭義務を果たさないまま放置した不作為による遺棄行為を起訴したものであるから、公訴時効の起算点は、警察官が死体を発見した時であるという検察官の主張を採り、作為による死体遺棄罪が成立するとした上、公訴時効が完成しているとして死訴を言い渡した事例

うに成立し、また、殺害行為後の不作為による死体遺棄の場合であっても、葬祭義務者による不作為による死体遺棄行為であれば、死体遺棄罪の成立が肯定されるからである。

したがって、殺人の事実と死体遺棄の事実が確定されれば、殺人罪と死体遺棄罪の成立が認められるので、それで十分であると考えられることもできる。しかし、本件はそれに尽きるものではなく、作為による死体遺棄罪であったのか、不作為による死体遺棄罪であったのかが特定されなければならない。なぜなら、本件では、作為による死体遺棄罪と評価されれば公訴時効が完成し、被告人には免訴が言い渡される一方で、不作為による死体遺棄罪と評価されれば、それが継続犯であると考えられていることから、公訴時効が完成しないという事態が生じ、作為犯か不作為犯かによって、公訴時効の起算点に違いが出るからである。それゆえに、本件では、死体遺棄行為が作為と評価されるべきか、不作為と評価されるべきが重要な問題点となる。

2. 作為による死体遺棄か、不作為による死体遺棄か

死体遺棄罪における「遺棄」とは、習俗上の埋葬等に見られる方法によらないで死体等を放棄することであるとされる。これには、作為形態も不作為形態も含まれていると解されている。本件においては、検察官の不作為による死体遺棄罪の一罪との主張に対して、裁判所が、①行為も②行為も作為による死体遺棄罪であると評価したのであった。裁判所が認定したように、そもそも、これらが作為による死体遺棄罪であると評価でき、そこで違法性が評価し尽くされていると考えられるのであれば、不作為による死体遺棄罪を問題にする必要はないことになる。

これに関しては、主として、次の2点が問題となろう。第一に、果たして、本件①行為のような死体隠匿行為は、そもそも作為による死体の「遺棄」といえるのであろうか。というのも、刑法217条や218条も考慮すると、通常は、「遺棄」とは場所的離隔を伴う移置であると解されることになり¹⁶⁾、場所的移転が必要であると思われるところ、本件の①行為においては、場所的な移転はごく僅かであり、作為による「遺棄」とはいえないとも考えられるからである。さらに、死体を隠匿する行為は、いわば犯罪を確証させる証拠たる死体を隠す行為であり、それ自体を証拠隠滅行為と評価できるならば、犯

16) 前田ほか編（前掲注6）635頁、浅田和茂ほか編『新基本法コンメンタール刑法』（日本評論社、2012年）474頁以下〔十河太郎〕、塩見淳「遺棄の概念」西田典之ほか編『刑法の争点』（有斐閣、第3版、2000年）134頁、西田典之『刑法各論』（弘文堂、第6版、2012年）28頁以下など。

人自身の証拠隠滅行為が不可罰とされていることを考慮すると（刑法104条）、本件の①行為のような死体隠匿行為も不可罰であるとも考えられるであろう。そうであるならば、死体の隠匿行為は、死体の「遺棄」ではないように思えてくる。

第二に、②行為も③行為も④行為も、客観的には死体を移転させる行為であり、一見すると、これら全ての行為が死体遺棄罪を構成するようにみえるにもかかわらず、なぜ③行為や④行為は「違法状態を維持するもの」にすぎず死体遺棄罪を構成しないとされ、②行為のみが死体遺棄罪を構成するとされたのであろうか。

①行為が死体遺棄行為とはいえず、さらに②行為も、実は③行為や④行為と同様に「違法性を維持するもの」にすぎないと評価されるならば、検察官が主張するように、これら一連の被告人の作為的態度は、葬祭義務者が適切に葬祭していないという違法状態を維持するにすぎないものであると理解することができ、本件の死体遺棄行為は、不作為による死体遺棄行為とみるべきことになる。ここでの問題は、死体遺棄罪における「遺棄」概念の解釈にもつながってくる。

(1) ①の死体隠匿行為は死体遺棄行為か？

上述のように、「遺棄」という言葉は、刑法217条や218条にも用いられており、そこでは、通説の見解によれば、「遺棄」とは、場所的離隔を伴う移置であると解されている。死体遺棄罪においても、通常予定されている行為は、死体を埋没するとか、死体を捨てるといった行為であり、場所的移転（あるいは場所的離隔）を伴うことが通常であると理解されている¹⁷⁾。

果たして、本件の知人宅で女兒を殺害し、この死体を知人宅の押入れに隠匿したという①行為が、場所的移転が見出だせない、あるいは、それがごく僅かであるにもかかわらず、作為による死体遺棄行為と評価されうるのであろうか。判例においても、場所的移転がごく僅かにすぎない死体隠匿行為を死体の「遺棄」に該当しないとしたもの、そうではなくて死体の「遺棄」に該当するとしたものに結論が分かれている。

死体隠匿行為を死体遺棄ではないとしたものとして、福岡地裁飯塚支部判昭和40年11月9日下級刑集7巻11号2060頁が挙げられる。そこでは、被告人は女性の首を絞めて殺害し、犯行を隠すために、その着衣を剥ぎ取り、付近のくぼみに死体を投げ込み、枝や石をかぶせて外から死体を見えないようにしたものであるが、この被告人の死体隠匿行

17) 阿部純二編『基本法コンメンタール』（日本評論社、第3版、2007年）224頁 [奈良俊夫]。

自ら出産した新生児を殺害した被告人が、その死体をタオルで包み、ポリ袋に入れるなどして自宅などに隠匿した死体遺棄の事案について、葬祭義務を果たさずそのまま放置した不作為による遺棄行為を起訴したものであるから、公訴時効の起算点は、警察官が死体を発見した時であるという検察官の主張を採り、作高による死体遺棄罪が成立するとした上、公訴時効が完成しているとして死訴を言い渡した事案

為について裁判所は、「被告人には被害者を葬祭すべき義務がないことは勿論、被告人は死体を移動したり、埋葬したのではなく、殺害現場に放置したにすぎないのであって、……それが宗教感情上好ましくないことであることは否定し得ないのであるが、いまだ、同条（刑法190条：筆者補足）にいわゆる『死体遺棄』には該当しない」と判決したのである。

これに対して、死体隠匿行為を死体遺棄であると評価した最判昭和24年11月26日刑集3巻11号1850頁は、「人を殺した者が、その殺した死体を屋内床下に運び之を隠匿した本件被告人の所為は正に刑法190条所定の死体を遺棄した行為に該当する」とし、最判昭和26年6月7日集刑47号405頁も、「旅館の客室で人を殺した者がその死体を右客室の床下に投棄秘匿する場合には、殺人罪の外に死体遺棄罪が成立する」としている。この他に、最判昭和29年4月15日刑集8巻4号471頁は、死体を建物外に搬出せず、同一建物内の便所に引きずり込んで、戸を外から釘付けにした行為について死体遺棄罪の成立を認め、東京高裁判昭和56年3月2日高刑速（昭56）108頁も、死体を屋外に搬出等せず、押し入れの最も奥の、布団と板壁の間に落としこむようにして行なった死体隠匿行為を死体遺棄罪と評価している。

このように、判例が、同一建物内で行なわれた死体隠匿行為を死体遺棄行為であると評価していることから考えると、判例の立場からすれば、死体遺棄罪においては、場所的移転は、それほど重要な要素ではないということがいえる。そうであるならば、①行為のような死体の隠匿行為も死体の「遺棄」であると評価することは可能である。

ただし、死体の隠匿行為は証拠を隠滅する行為であると評価しうることや、犯人自身の証拠隠滅行為が不可罰とされていることを考えると、死体の隠匿行為は死体の「遺棄」に該当する行為であり可罰的であるとするには、いまだ疑問が残るであろう。しかし、上述の判例をより詳しく見てみると、死体の隠匿行為を死体遺棄罪と認めた上述の判例では、死体の隠匿行為は、死体を床下に隠匿する、戸を釘付けにする、押し入れの中に入れ込む等、死体を発見したり取り出したりすることを困難にする形で行なわれている一方で、死体遺棄罪を否定した判例では、死体の隠匿行為は、死体の発見を困難にするものではあったものの、死体を取り出すことを困難にするようなものではなかったように思われる。つまり、死体「遺棄」が認められるような死体の隠匿行為は、「単なる証拠隠滅の枠を超えるもの」であるといえるであろう。さらに、死体遺棄罪の保護法益が、死者に対する社会習俗上の宗教感情であるということを加味すると、死体の「遺棄」とは、「埋葬義務者の埋葬を妨げることによって死体に対する敬けん感情を

害する」ような行為、すなわち、その後に行なわれるであろう埋葬を困難にするような行為であるといえよう¹⁸⁾¹⁹⁾。

以上のように考えれば、従来の判例の立場からすると、本件①行為も、死体をタオルで包み、スポーツバッグに入れ、押し入れ内に入れるという行為であったことから、証拠隠滅の枠を超えるものであり、その後の埋葬を困難にするようなものであって、死者に対する敬けん感情を害するものといえ、作為による死体「遺棄」とであると評価することは可能であろう。

(2) ②の死体移転行為だけが死体遺棄罪を構成するのか？

本件では、公訴時効の起算点が問題となっているために、たとえ①行為が作為による死体遺棄罪であったとしても、公訴時効の起算点を明確にするために、②行為、③行為、④行為についても、さらに検討がなされなければならない。本判決は、②行為については作為による死体遺棄罪を認めたものの、③行為と④行為については、「別途、死体遺棄罪を構成するものではない」と判示している。この文言は、③行為や④行為について、どのような意味を有しているのであろうか。

ここでは、おそらく、③行為と④行為が不可罰（あるいは共罰）的事後行為と考えられているように思われる。不可罰（共罰）的事後行為とは、ある犯罪の完成後に続く行為であるが、状態犯においては、犯罪完成後も違法状態が継続することから、事後行為が継続している違法状態に含まれているといえ、状態犯の構成要件によって包括的に評価されつくす限りで、別罪を構成しないとするものである²⁰⁾。このような不可罰（共罰）的事後行為の理解によれば、特に、事後行為は共罰的であることを強調する場合には²¹⁾、③行為や④行為は、罪には問われないが、犯罪としては成立しているの

18) 川端 博「判批」芦部信喜ほか編『宗教判例百選』（有斐閣、第2版、1991年）215頁。

19) この他、証拠の隠滅行為であっても死体遺棄罪が成立するとしたものとして、大判明治44年7月6日刑録17輯1388頁。

20) 阿部編（前掲注17）91頁 [大野真義・門田成人]、板倉 宏『新訂刑法総論』（勁草書房、補訂版、2003年）369頁、団藤重光編『注釈刑法(2)-II 総論(3)』（有斐閣、1969年）566頁 [高田卓爾]などを参照。

21) 不可罰的事後行為と呼ぶよりも、共罰的事後行為と呼ぶ方が適切であると主張するものとして、大塚 仁ほか編『大コンメンタール刑法 第4巻』（青林書院、第3版、2013年）218頁 [中山善房]、平野龍一『刑法総論II』（有斐閣、1975年）414頁以下、浅田和茂『刑法総論』（成文堂、補正版、2007年）475頁、平川宗信ほか

自ら出産した新生児を殺害した被告人が、その死体をタオルで包み、ポリ袋に入れるなどして自宅などに隠匿した死体遺棄の事案について、葬祭義務を果たさずそのまま放置した不作為による遺棄行為を起訴したものであるから、公訴時効の起算点は、警察官が死体を発見した時であるという検察官の主張を採り、作高による死体遺棄罪が成立するとして、公訴時効が完成しているとして死訴を言い渡した事案

あり²²⁾、構成要件に該当する違法な死体の「遺棄」であると評価されることになる。確かに、③行為や④行為は、死体を場所的に移転させる行為であり、これを死体遺棄罪の構成要件に該当する作為の「遺棄」とみることができる。その上で、これらの行為は、違法性はあるのだが、「違法状態を結果的に維持するものに過ぎない」ものであって、不可罰（共罰）的事後行為としての死体の「遺棄」なのであり、別途、死体遺棄罪を構成するものではないと評価することは可能である。

ただし、このように考えた場合であっても、②行為も③行為も④行為も、死体を場所的に移転させる「遺棄」行為であるにもかかわらず、なぜ③行為と④行為は、「違法状態を結果的に維持するものに過ぎない」ものであって、②行為とは異なった取り扱いを受けるのかを明らかにしなければならない。なぜなら、行為態様だけを見れば、②行為も③行為も④行為も、全て死体の場所を移転させる行為であり、死体を入れているバッグが異なること以外には、特別な違いは無いと考えられるからである。その上、本判決が、②行為の終了時点を公訴時効の起算点であるとしている点にも注目する必要がある。不可罰（共罰）的事後行為の本質が、先行する犯罪によって「共罰的に」評価される事後行為であり、先行行為が公訴時効にかかったとしても、事後行為によって構成される独立の犯罪の刑罰権まで時効消滅するわけではないなら²³⁾、③行為や④行為の時点を

ㄨか編『刑事法演習』（有斐閣、第2版、2008年）239頁〔松宮孝明〕など。団藤編（前掲注20）566頁以下〔高田〕も、共罰的という用語は用いないものの、同様の立場に立っている。この他、不可罰的あるいは共罰的事後行為や包括一罪について、只木誠『罪数論の研究』（成文堂、2004年）163頁以下、虫明満『包括一罪の研究』（成文堂、1992年）227頁以下、266頁以下、平野龍一「法条競合と包括一罪」同『刑事法研究 最終巻』（有斐閣、2005年）8頁以下、小林充「包括一罪について」判例時報1724号3頁以下、西田典之「共罰的事後行為と不可罰的事後行為——横領物の横領に関する最高裁大法廷判決を契機として」井上正仁ほか編『三井誠先生古稀祝賀論文集』（有斐閣、2012年）337頁以下、十河太郎「二重処罰の禁止について」（前掲書・三井古稀）359頁以下、山口厚「罪数論」同『新判例から見た刑法』（有斐閣、2015年）127頁以下、林幹人『刑法の基礎理論』（東京大学出版、1995年）215頁以下、亀井源太郎「連続的包括一罪について——最高裁平成26年決定を手がかりに」研修813号（2016年）3頁以下、橋爪隆「包括一罪の意義について」法教419号（2015年）106頁以下、田山聡美「先行犯罪 vs 後行犯罪①」法セミ729号（2015年）114頁以下、只木誠『罪数論』法教371号（2011年）23頁以下、井田良『講義刑法学・総論』（有斐閣、2005年）518頁以下を参照した。

22) 西田典之ほか編『注釈刑法 第一巻 総論』（有斐閣、2010年）717頁〔山口厚〕を参照。

公訴時効の起算点とすることも可能であったようにも思われる。

そこで、③行為や④行為は、そもそも死体の「遺棄」に該当しないとすることが考えられる。つまり、③行為や④行為は「違法状態を結果的に維持するものに過ぎない」のであるから、法益たる社会習俗上の宗教感情への具体的な危険を惹起するものでなく、「遺棄」と評価されるだけの抽象的危険すら生じさせていないとするのである²⁴⁾。すなわち、②行為は、葬祭されなくなる可能性を格段に高めるという行為であったことから、法益侵害を具体的に惹起するような「遺棄」と評価でき、一方で、③行為や④行為は、自己の支配下に置き続けるという行為であり、葬祭されなくなる可能性を高めたわけではないから、法益侵害を具体的に惹起するようなものではないとして、「遺棄」に該当しないと解するのである。そうであるならば、②行為と③行為および④行為の違いを一応は説明できる。ただし、このように考えると、仮に③行為や④行為にのみ加担する者が存在した場合、③行為や④行為は構成要件に該当しないものであるから、この者を共犯として処罰できなくなってしまう。この考え方を本件についてだけでなく、一般化した場合、不可罰（共罰）的事後行為と構成した場合には処罰対象となっていた共犯者が²⁵⁾、一律に不処罰となってしまうことになる。

23) 平川ほか編（前掲注21）242頁〔松宮〕。

24) 例えば、保護責任者遺棄罪についてはあるが、豊田兼彦「判批」法セミ733号（2016年）97頁は、保護責任者遺棄罪における「遺棄」を、生命・身体への具体的な危険を惹起しうるものに限定しうることを述べている。もっとも、生命・身体という保護法益と、社会習俗上の宗教感情という保護法益では、法益が侵害される態様は異なってくるであろうから、同様の方法で、「遺棄」概念を限定的に解釈できるかは疑問である。つまり、生命・身体という法益の場合には、それを具体的に侵害する態様を観念しうるため、遺棄罪における「遺棄」概念を限定的に解釈することは可能であるが、宗教感情というような社会的な法益の場合には、そもそも、法益を具体的に侵害する態様を観念しえず、死体遺棄罪における「遺棄」概念は、限定的に解釈しえないと考えられる。

25) 従来は、不可罰（共罰）的事後行為は、それ自体が構成要件を充足する違法な行為であるから、これに対する共犯の成立は可能であると考えられている。これに関しては、団藤編（前掲注20）573頁〔高田〕、下村康正「不可罰的事後行為」法教第一期4号（1962年）137頁を参照。ただし、不可罰的事後行為を法条競合のように捉える見解では、不可罰的事後行為それ自体は「犯罪として成立しない」が、これに関与する者を共犯として処罰することは可能であるとされる（例えば、団藤重光『刑法要綱総論』〔創文社、第3版、1990年〕446頁の注32）。このような見解を、平野龍一「包括一罪についての若干のコメント」同（前掲注21・刑事法研究）20頁は、「構成要件にも該当し、違法であり、共犯も成立するという行為が『犯罪と」

自ら出産した新生児を殺害した被告人が、その死体をタオルで包み、ポリ袋に入れるなどして自宅などに隠匿した死体遺棄の事案について、葬祭義務を果たさないまま放置した不作為による遺棄行為を起訴したものであるから、公訴時効の起算点は、警察官が死体を発見した時であるという検察官の主張を採り、作高による死体遺棄罪が成立したとした上、公訴時効が完成しているとして死訴を言い渡した事案

やはり、一般論として、後続する行為にのみ加功する者に共犯としての罪責を負わせるのであれば、③行為と④行為は、不可罰的あるいは共罰的事後行為と解するのが妥当である。この場合、③行為および④行為は「違法状態を結果的に維持するものに過ぎない」ということの意味は、新たに法益を侵害する行為ではない、つまり、既に作出された法益侵害状況を塗り替えるような法益侵害行為ではないということであり、したがって、別罪は構成されず（それらが独立に処断されるというものではなく）、②行為と包括的に評価できる²⁶⁾（一回の処罰でまかなえる²⁷⁾）ということになる。判例は、新たに法益を侵害する行為の場合には、別罪が成立するとしているが²⁸⁾、上記のように、包括的に評価できない場合には別罪を構成するという意味であろう。

そうであったとしても、③行為と④行為は、それぞれ構成要件に該当する違法な行為であるといえるので、③行為や④行為を、それぞれ公訴時効の起算点とすることは考えられるのであり、裁判所が②行為の時点を公訴時効の起算点としていることが問題となる。しかし、この問題は、不可罰（共罰）的事後行為を次のように理解すれば解決できると思われる。つまり、先行する行為が明確であるからこそその「事後」行為であり、先行する行為があるからこそ「不可罰（共罰）的」なのであるから、本件のように、②行

として成立しない』『構成要件の評価の対象とならない』とされるのは理解しがたい』と批判している。刑法61条が「人を教唆して犯罪を実行させた者」と規定し、62条が「正犯を幫助した者」と規定しているところからすれば、関与する対象となるものは、犯罪として成立しているものと理解する方が自然である。ただし、共犯の処罰根拠につき純粋惹起説を採る場合には、正犯なき共犯を認めることができるから、この限りでないのかもしれない。

26) 団藤編（前掲注20）568頁〔高田〕、下村康正「不可罰的事後行為」法教第一期4号（1962年）137頁を参照。なお、平川ほか編（前掲注21）242頁〔松宮〕は、新たな法益に対する攻撃が行なわれた場合には、それを理由として刑罰権が独立に発生し、いわば「再燃」と述べているが、それが、公訴時効の起算点のみが新たに設定されることを意味するのか、新たに別途犯罪が成立するということの意味するのかは定かではない。通説的見解によれば、包括一罪における公訴時効の起算点は、最終行為を行なった時点であると考えられているが（例えば判例として、最判昭和31年8月3日刑集10巻8号1202頁。その他、虫明〔前掲注21〕385頁以下、平野〔前掲注21・総論Ⅱ〕411頁以下など。）、それは、各行為が新たな法益侵害を生じさせる行為であるが包括的に評価できる場合としての包括一罪だからであり、不可罰的あるいは共罰的事後行為の場合とは事案を異にすると思われる。

27) 大塚ほか編（前掲注21）216頁以下〔中山〕。

28) 例えば、最大判昭和23年4月7日刑集2巻4号298頁、最判昭和25年2月24日刑集4巻255頁。

為という先行する行為が明確に存在する場合で、③行為や④行為を②行為と包括的に評価する場合には、③行為や④行為を独立に取り出すことはできないのである²⁹⁾。しかもこの場合、③行為や④行為は、②行為との関係では「違法性を結果的に維持するに過ぎない」ものなのであり、加えて作為による死体遺棄罪が状態犯であることを考慮すると、③行為と④行為は、②行為によって作出された違法状態に含まれることになるのであるから、②行為の時点で、本件死体遺棄行為は終了しているのである。つまり、②行為を中心として、いわば一体的に③行為および④行為は評価されるのであり、②行為が終了した時点で犯罪が終了したと評価できるために、公訴時効も②行為の終了時点から進行すると考えられるのである。

死体遺棄罪における作為の「遺棄」とは、上述のように、判例の立場からすると、死体の隠匿行為ですら「遺棄」に該当することを考慮すれば、場所的移転は重要ではないことになるので、証拠隠滅の枠を超えるような法益侵害性を有するものでなければならぬといえる。つまり、作為による死体「遺棄」とは、場所的移転の有無にかかわらず、他者による適切な埋葬を困難にさせるような行為ということになる³⁰⁾。本件では、①

29) 団藤編（前掲注20）572頁以下〔高田〕を参照。このことは、③行為や④行為が犯罪行為でないということの意味しないことには注意が必要である。また、先行する行為の存在が証明されない場合には、そもそも「事後」行為とはいえないから、不可罰（共罰）的事後行為としては問題とならないことになる（この点については、大塚ほか編〔前掲注21〕219頁〔中山〕も見よ）。この意味で、不可罰あるいは共罰的事後行為は包括一罪の一種であると考えられる。この場合に、刑が吸収されると考えるのか、犯罪が吸収されると考えるのかにつき争いがあるであろうが、両者共に、不可罰的事後行為自体は構成要件該当性のある違法な行為であると承認しているから、この違いが結論に影響することはない（この点につき、只木〔前掲注21・罪数論の研究〕168頁以下を参照）。本文のような考えとは異なり③行為や④行為を②行為と一体的に評価することを捉えて、これらの行為を連続犯としての包括一罪と考えることも可能であろう。しかし、その場合には、②行為から④行為を全体としての一つの行為と見ることになるから、公訴時効の起算点は、④行為が終了した時点となるはずである（連続犯については、小林〔前掲注21〕5頁以下、亀井〔前掲注21〕3頁以下を参照）。

30) この場合に、不作為による「遺棄」をどのように理解するかが問題となるであろう。名古屋高裁金沢支部判平成24年7月12日（事件の概要等については、松下裕子〔判批〕警察学論集66巻5号〔2013年〕169頁以下、濱克彦〔判批〕研修776号〔2013年〕21頁以下を参照した）が、自宅内において実母が死亡したことを確認した後、実母が寝ていたベッドに置いたままの状態にして放置していた被告人に不作為による死体遺棄罪の成立を認めていることや、名古屋地裁岡崎支部判平成22年

自ら出産した新生児を殺害した被告人が、その死体をタオルで包み、ポリ袋に入れるなどして自宅などに隠匿した死体遺棄の事案について、葬祭義務を果たさずそのまま放置した不作為による遺棄行為を起訴したものであるから、公訴時効の起算点は、警察官が死体を発見した時であるという検察官の主張を採り、作高による死体遺棄罪が成立したとした上、公訴時効が完成しているとして死訴を言い渡した事案

行為から④行為のそれぞれが、隠匿したり、場所を移転させるような行為であることから、このような他者による埋葬を困難にさせる行為であるということはできよう。ただし、①行為は単独で死体遺棄罪を構成するものの、③行為と④行為は、②行為の不可罰（共罰）の事後行為であって、②行為の存在が明らかであるかぎり、②行為と共に評価されなければならない、②行為の終了時点で犯罪が終了したと評価できるから、②行為が中心的役割を果たすことになり、②行為を評価すれば足りることになる。それゆえに、公訴時効の起算点も②行為が基準となる。つまり、①行為と②行為を包括一罪であると評価して、②行為が終了した時点で死体遺棄行為は完了しており、そこから公訴時効が進行すると判示した本判決は妥当であると思われる。

(3) 不作為による死体遺棄罪は成立しうるのか？

しかし、上述のように、②行為の時点で死体遺棄行為が完了していると考えたとしても、葬祭義務者が葬祭を果たしていないことに変わりはないことから、いまだ検察官が主張するような不作為による死体遺棄罪と構成する可能性が排除されたわけではない。ある論者が述べるように、「葬祭義務者は死体を適切に扱う義務を負い続けるのであり、作為義務が消滅しているわけではない」とすれば、「不作為による死体遺棄行為にのみ共犯として加功する者については、当然に死体遺棄罪の共犯として処罰すべきであることを考慮すると、作為の死体遺棄行為に続いて行われる不作為の死体遺棄行為は実体法上、不可罰な行為と評価されているのではなく、なお可罰的な死体遺棄行為であるが、罪数処理のレベルで先行する作為と包括一罪の係りにすぎない」とも考えられるし、「かりに作為による死体遺棄行為が併存しているとしても、不作為の死体遺棄行為を別個独立に処罰対象とすることは可能であり、また、葬祭義務者の作為義務違反が継続する限り、不作為の実行行為は継続している」と解することは可能である³¹⁾。

↘年3月24日（LEX/DB 事件番号 25470969）が、事情を知らない長男が嬰兒の死体を近くのスーパーに投棄しに行ったのを止めなかった葬祭義務者たる母親について、死体遺棄罪は成立しないと判断したことからすると、死体から離れないで単に放置することも「遺棄」に含まれると解されるし、客体が離れていくのを止めなかったとしても「遺棄」に該当しないとされているのであるから、判例の立場からすれば、死体遺棄罪における不作為による「遺棄」についても、作為による「遺棄」と同様に、場所的離隔は重要でないといえる。不真正不作為犯では、作為と同価値の不作為のみが処罰されることを前提とすると、葬祭義務者の葬祭義務に反する態度が、作為によって適切な葬祭を困難にすることと同価値であるということになろう。

31) このように述べるものとして、橋爪 隆「不真正不作為犯における作為義務」↗

ただし、上記の理解は、本件における不作為による死体遺棄行為の位置づけを誤解しているように思われる。本件では、検察官が「各行為の罪数関係は不作為による継続犯であり、一罪と考えている」と釈明していること、裁判所が「検察官の意思を合理的に解釈すれば、……本件死体遺棄行為について、不作為形態と作為形態の複合形態の訴因を設定したと解するのが相当である」としていることに注意しなければならない。この点に着目すると、本件で問題となっている死体遺棄行為は、作為による死体遺棄行為と、それに続く不作為による死体遺棄行為ではなく、作為による死体遺棄行為と、それと併存している不作為による死体遺棄行為である。つまり、本件における死体遺棄行為は、作為とも不作為とも評価できるものなのである。そうであるならば、本件での問題は、ある死体遺棄行為を、作為による死体遺棄行為と評価するか、不作為による死体遺棄行為と評価するかの一面的問題であるから、不作為による死体遺棄行為は、先行する作為の死体遺棄行為の不可罰的事後行為であると理解することは誤りである。

では、本件死体遺棄行為を、いかに評価すべきであろうか。不作為による死体遺棄罪は不真正不作為犯であるから、葬祭義務者の葬祭義務違反的態度と、作為による死体遺棄行為は構成要件的に同価値のはずであり、同等の違法性を有しているはずであって、いずれか一方が、死体遺棄罪の構成要件を充足すればよいことになる。そうであるならば、作為による死体遺棄行為と認められるものがあり、それが死体遺棄罪の構成要件を充足する場合には、「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」ことになるので、不作為による死体遺棄行為を認定する必要はなく、不作為犯は成立しないことになる（それでもなお不作為犯は成立するとすれば、同一の態度を二重に評価することになる）。もちろん、作為犯と不作為犯は、ある一定の基準に従って、明確に区別するべきであるとの批判もありうるが、本判決が「例外的・補充的な不作為犯」と述べていることからすれば、作為犯と不作為犯の区別の問題について、実務上は、両者が競合する場合には作為犯を優先すればよいと考えているように思われる³²⁾。

↘警察学論集69巻2号（2016年）125頁以下。

32) しかし、このような作為犯を優先させる考え方は、どのような態様が作為犯であり、あるいは不作為犯であるのかという問いには全く答えていない。なお、死体遺棄罪において、作為犯と不作為犯を区別する場合には、その保護法益が社会習俗上の宗教感情という社会的な法益であることを考慮すると、もっぱら自然主義的な行為概念を基礎とした、作為犯と不作為犯の区別の基準を用いることはできない。例えば、結果へと向かう因果経過への介入の有無によって作為犯と不作為犯を区別する因果性説の場合、実体のない社会的なものに、物理的に因果的に介入すること

自ら出産した新生児を殺害した被告人が、その死体をタオルで包み、ポリ袋に入れるなどして自宅などに隠匿した死体遺棄の事案について、葬祭義務を果たさずそのまま放置した不作為による遺棄行為を起訴したものであるから、公訴時効の起算点は、警察官が死体を発見した時であるという検察官の主張を採り、作爲による死体遺棄罪が成立するとして、公訴時効が完成しているとして死訴を言い渡した事案

3. ま と め

本件では、まず、被告人の死体遺棄行為が、殺害行為後に行なわれたものであったため、そもそも死体遺棄罪が成立するのかが問題となる。これに関しては、従来の判例が、殺害行為後の死体の隠匿行為をも死体の「遺棄」であると認めていたことや、葬祭義務者が殺害行為後に死体を放置した場合であっても死体遺棄罪の成立を認めていたことからすれば、本件は、さしあたり、作爲あるいは不作為による死体遺棄罪が認められるものであった。

次に、本件死体遺棄行為が、作爲による死体遺棄行為であるのか、不作為による死体遺棄行為であるのかが問題となる。この点につき、本判決は、①行為から④行為について、①行為は独立に死体遺棄罪を構成するが、②行為から④行為については、③行為と④行為が②行為の不可罰（共罰）的事後行為であることから、③行為と④行為は②行為と包括的に（一回的に）評価（処断）すれば足りるとしたと思われる。その上で、①行為と②行為を包括一罪の作爲による死体遺棄罪と評価したのである。加えて、作爲による死体遺棄行為（作爲犯）と葬祭義務者の葬祭義務違反的態度（不作為犯）が構成要件的に同価値であることを考慮すると、作爲犯と不作為犯の区別の問題はあるが、本判決も述べるように、いずれにせよ、作爲による死体遺棄罪の成立を認めれば、その時点で違法性は評価し尽くされることになるから、不作為による死体遺棄罪は成立しないことになる。つまり、①行為と②行為の包括一罪としての作爲による死体遺棄罪が認定されれば、②行為が終了した時点で、本件の死体遺棄行為は終了している（評価しつくされる）ことになり³³⁾、この時点が公訴時効の起算点となる。このように考えた場合、本

はできないはずであるから、いかなる態様が作爲形態であるのかを見出だすことは困難であり、そのため、作爲犯と不作為犯を明確に区別することができない。法益を悪化させるものを作爲犯とし、法益を改善しないことを不作為犯とする惹起説も、同様の理由から、作爲形態を見出だしにくく、また、不作為形態であったとしても、社会的な法益を悪化させることを観念しうるのであるから（まさに、不作為による死体遺棄罪は、葬祭義務者の不作為が、社会習俗上の宗教感情にという法益を悪化するとされる）、作爲犯と不作為犯を区別することができない。そうであるならば、作爲犯と不作為犯を絶対に区別するのであれば、社会的・価値的な基準によって作爲犯と不作為犯を区別するしかないであろう。この場合にも、明確な基準を見出すことは困難であるが、社会的・価値的に決めるのであれば、従来の判例を参照することは一つの方法である。

33) 刑事訴訟法253条1項の「犯罪行為」の解釈につき、判例は、これを構成要件に当てはまる事実のことでありと理解するから、犯罪行為が終了するためには結果

判決の結論は妥当であるといえよう。

Ⅲ. さ い ご に

以上のように、本判決は、結論において妥当であるように思われる。死体遺棄罪の諸問題に限らず、作為犯と不作為犯の区別の問題や罪数の問題などの問題点も含んでおり、本判決は、これらの諸問題を検討する上でも意義がある。

本件において、検察官は、本件死体遺棄行為が不作為による死体遺棄であり継続犯であると主張していたが、果たして、不作為による死体遺棄罪は継続犯なのであろうか。最後に、この点について、検討の余地はあるが、私見を述べておく。

本件から分かるように、死体遺棄罪は、作為犯構成をした場合には状態犯であり、不作為犯構成をした場合には、継続犯であるとされている。しかしながら、とりわけ、不真正不作為犯において作為犯との同価値性を要求する場合に、このような異なる取り扱いをすることが許されるのかは疑問である。なぜなら、状態犯と継続犯は明らかに犯罪の性質が異なるのであるから、このような作為犯と不作為犯での異なる取り扱いを認めることは、作為犯と不作為犯は構成要件的に同価値でなくてもよいと認めているに等しいように思われるからである。さらにいえば、具体的な結果発生を構成要件で要求していない抽象的危険犯のような犯罪類型では、不作為犯構成をすれば、義務違反の状態が継続しているから継続犯であるということになり、公訴時効が、いわば半永久的に完成しないことになりかねないであろう。

では、不作為による死体遺棄罪も、作為によるのと同様に、状態犯といえないのであろうか。死体遺棄罪の保護法益が社会習俗上の宗教感情であることから、死体遺棄罪が抽象的危険犯であるならば³⁴⁾、例えば、同じ抽象的危険犯である保護責任者遺棄罪に

も必要である（最決昭和63年2月29日刑集42巻2号314頁は、「『犯罪行為』とは、刑法各本条所定の結果をも含む趣旨と解するのが相当である」と述べる）。死体遺棄罪の保護法益が、繰り返し述べるように、社会習俗上の宗教感情という社会的な法益であることからすると、この法益が実際に害されたか否かを立証することは困難であるから、死体遺棄罪は抽象的危険犯と解されよう（名誉毀損罪が抽象的危険犯であると解されるのと同様である。名誉毀損罪に関して、さしあたり、西田〔前掲注16〕112頁以下を参照。）。判例の立場からすれば、抽象的危険犯において、行為から現実に危険が生じたことは必要ではないから（例えば、大判大正4年5月21日刑録21輯670頁）、死体遺棄行為をすれば、抽象的危険があったとして結果も含まれていることになる。

34) これに関しては、前掲注33を見よ。

自ら出産した新生児を殺害した被告人が、その死体をタオルで包み、ポリ袋に入れるなどして自宅などに隠匿した死体遺棄の事案について、葬祭義務を果たさず放置した不作為による遺棄行為を起訴したものであるから、公訴時効の起算点は、警察官が死体を発見した時であるという検察官の主張を採り、作高による死体遺棄罪が成立するとした上、公訴時効が完成しているとして死訴を言い渡した事案

において³⁵⁾、保護責任者が不作為による遺棄という態度をとった時点で抽象的危険が生じたと同様に、不作為による死体遺棄罪においても、葬祭義務者が葬祭義務に反する態度を行なった時点で、保護法益に対する抽象的危険があるといえそうである。そのように考えた場合、義務違反的態度を行なった時点で、犯罪行為は終了したといえ、義務違反的な態度以降の状態は、単に違法状態が続いているものであるといえるから、不作為による死体遺棄罪も状態犯であると解することができる。例えば、死体を放置して立ち去るという不作為による死体遺棄の場合、立ち去りの時点で葬祭義務に違反したと評価し、保護法益に対する抽象的危険が生じたとして、その時点を犯罪の終了時点とすることは可能であると思われる。しかし一方で、自宅に死体を放置したままにし、その死体と共に生活するような不作為の場合には、いかなる時点を犯罪行為の終了時点とするのかを決めるのは難しくなる³⁶⁾。この場合に、死体が白骨化するなどして、適切に申うことに関する社会的な期待が事実上失われるような時点をもって犯罪行為が終了したと評価することも可能であるが、保護法益が社会的なものであることも考慮すると、結局のところ、いかなる時点で法益侵害が終了したのかは、社会的に決めざるをえない

35) 浅田ほか編（前掲注16）475頁 [十河]、団藤重光編『注釈刑法(5) 各則(3)』（有斐閣、1965年）208頁以下 [大塚 仁]、西田（前掲注16）27頁、高橋剛夫『刑法各論』（成文堂、第2版、2014年）30頁以下など。

36) やはり単純遺棄罪や保護責任者遺棄罪におけるのと同様に、「遺棄」には場所的離隔は必要であるとし、葬祭義務者が、立ち去る等せず、単に放置したにすぎないような場合には、「遺棄」にはあたらなうとしてしまうことも考えられる（例えば、出射義夫「判批」法学協会雑誌57巻6号 [1939年] 135頁）。ただし、このような「遺棄」概念を採用する場合には、注30で挙げた名古屋高裁金沢支部判平成24年7月12日が、死体を単に放置する場合でも死体遺棄罪が成立するとしていることを説明しえなくなる。「遺棄」概念については、そもそも死体遺棄罪と遺棄罪における「遺棄」を統一的に理解するべきか否かが問題となる。これに関して、保護責任者遺棄罪には、「不保護」という態様が規定されていることから、保護責任者遺棄罪における「遺棄」には、単なる放置は含まれず、場所的離隔を伴うものだけが含まれるとして、遺棄罪と死体遺棄罪では「遺棄」概念が異なり、死体遺棄罪においては、場所的離隔は「遺棄」の要件ではないと解することも可能である（もちろん、単純遺棄罪と保護責任者遺棄罪の間でも「遺棄」概念をどのように取り扱うべきかの問題はあうが、ここでは、さしあたり、217条と218条における「遺棄」には場所的離隔が必要であるとする理解を前提とする）。この問題は、「遺棄」の解釈の問題であり、作為と不作為の区別の問題や、単純遺棄罪と保護責任者遺棄罪における「遺棄」概念の考察も含めて検討しなければならないため、詳しくは別稿にて論じたいと思う。

ことになるから、基準としては依然として不明確なものにとどまる³⁷⁾。不作為による死体遺棄罪が、作為犯と同様に状態犯であるとしても、犯罪行為の終了時点を描するについては、さらなる検討が必要である。

【付記】

校正段階で、江藤隆之「判批」刑事法ジャーナル47号（2016年）71頁以下に接した。そこでは、③行為および④行為は、不作為による死体遺棄と考えられているようであるが、これらは②行為と同様に、死体を移転させる行為でもあるから、作為による死体遺棄と考えることもできるはずである。加えて、検察官による公訴事実の記載や釈明を考慮すれば、本文でも述べたように、本件では、作為による死体遺棄を認めるのか、それとも不作為による死体遺棄を認めるのかの択一の問題であるように思われるから、そもそも、③行為や④行為を独立に不作為犯構成することには疑問がある。もっとも、注12を見れば、③行為や④行為の運搬行為は作為による「遺棄」に該当せず、構成要件該当性がないと考えているようである。しかし、このように考えた場合、本文でも述べたように、仮に③行為や④行為にのみ加功する者が存在した場合に、この者を共犯として処罰できなくなってしまうことになるが、評釈者はこのような結論を是とするのであろうか。

37) 橋爪（前掲注31）126頁も、不作為による死体遺棄罪を継続犯であるとしているが、本文で述べたように、葬祭に関する社会的期待が失われる時点で葬祭義務が消滅し、その時点を公訴時効の起算点とする余地があると述べている。しかし、これに対しても、本文で述べたことと同様の問題点が存在する。