

---

種 別： 論説

タイトル： 不作為による死体遺棄罪とその終了時期

著 者： 牧 耕太郎

所 収： 『上智法学論集』第 59 卷 3 号（平成 28 年 2 月）167-211 頁

発行元： 上智大学法学会

---

本頁は書誌情報頁です。適宜論文本文の前に付してご利用下さい。



上智大学法学会

---

## 論 説

---

# 不作為による死体遺棄罪とその終了時期

牧 耕太郎

---

- 第1 はじめに
- 第2 2つの裁判例
  - 1. 名古屋高金沢支判平成24年7月12日公刊物未登載
  - 2. 大阪地判平成25年3月22日判タ1413号386頁
  - 3. 両裁判例の比較から ——本稿の問題意識と共に——
- 第3 犯罪の終了時期
  - 1. 判例の状況
  - 2. 学説の状況と検討
  - 3. 構成要件該当性の継続とは
  - 4. 小 括
- 第4 不作為の死体遺棄罪とその終了時期
  - 1. 死体遺棄罪概観
  - 2. 「遺棄」と2種類の「不作為」
  - 3. 死体遺棄罪の終了時期
  - 4. 2つの判例の評価
- 第5 むすびにかえて

## 第1 はじめに

死体遺棄罪というのは、殺人事件と合わせて頻発する犯罪ではある。しかし、その具体的内容、とりわけ遺棄概念について、その罪質との関係を念頭においた詰めた議論がそれほどなされてきたわけではない。

近時、下級審において、不作為による死体遺棄罪に関する判断が2つなされた。これらは、不真正不作為犯であるとする「遺棄」が継続するために、公訴時効が開始(刑事訴訟法[以下、刑訴法という]253条1項)しないということを前提としているように見える。

いわゆる不真正不作為犯とは、当該犯罪が、条文の書きぶり上は作為によることを予定しているように見えるが、不作為によっても実現し得るものをいう<sup>(1)(2)</sup>が、刑法190条中の死体遺棄罪もこの不真正不作為犯として成立することが、後述するように、古くから認められている。この2件のうち1件は不作為犯として、もう1件は不作為犯構成の場合との比較で議論がされている。

そこで本稿においては、この2つの下級審裁判例を契機に、とりわけ公訴時効の起算点を念頭に、不作為による死体遺棄罪の終了時期について若干の検討を加える。ここでは、これまであまり議論のなかった死体遺棄罪の罪質論が、同罪の遺棄概念、そして犯罪の終了時期という問題と絡み合う複雑な様相を呈している。

## 第2 2つの裁判例

まずは、検討の起点となる2つの裁判例を確認することとする。

### 1. 名古屋高金沢支判平成24年7月12日公刊物未登載<sup>(3)</sup>

事案は、平成11年頃から実母と同居を始めた被告人が、平成22年1

---

(1) 団藤重光『刑法綱要総論〔第3版〕』(創文社・1990)144頁、平野龍一『刑法総論I』(有斐閣・1972)147頁等。

(2) もっとも、不真正不作為犯が罪刑法定主義には反しないという以上は、このような定義ではなく、単純に、不作為が処罰される旨が明文で規定されている真正不作為犯以外の不作為犯であるという定義の方が適切であるように思われる。このような定義を示すものとして、今井猛嘉ほか『刑法総論〔第2版〕』(有斐閣・2012)94頁〔小林憲太郎執筆〕。

(3) 本件についての概要と評釈として、濱克彦「判批」研修776号21頁。なお、本稿に

月中旬頃自宅内において実母が死亡したことを確認したが、従来実母が受給していた年金等の支給を受け続けるために、その死亡を届け出ず、親族等にも知らせることもなく、生前から実母が寝ていたベッドにその死体を置いたままの状態にしたというものである。その死体は平成23年9月7日に発見され、同月22日に被告人は、自宅内で発見した実母の死体を埋葬する義務があるにもかかわらず同所に放置したとして起訴された。これに対して、第一審の富山地裁は死体遺棄罪の成立を肯定し、弁護士から控訴がなされた。

名古屋高裁金沢支部は、これに対して大要次の通り判断して、被告人について死体遺棄罪の成立を肯定した。すなわち、死体遺棄罪は、死者の名誉及び国民の死体に対する宗教観を保護法益として、これを保護すべき義務を負う者らによって、死者の名誉が毀損され、当該の行為が死体の取扱いについての国民の一般的宗教観に反するものを刑罰によって禁止しようとするものである。その立法趣旨に照らすと、死体を物理的に損壊したり、隠匿する行為はもちろん、葬祭等適切に死者の名誉を保持し、死者に対する一般的な宗教感情に沿う死体の処理によらない行為、例えば放置して腐乱するに任せる行為等も、仮に場所的離隔を伴わなくても「遺棄」に該当すると認めるのが相当であるというのである。

本判決では、保護法益の中に「死者の名誉」を含めたようにみえるところと、「場所的離隔を伴わな」い「遺棄」を認めたところが目を引く。後者については、本稿の主要なテーマの一部となるので、後述するところに委ねるが、前者について少しコメントをしておくと、死体ないし死亡した人間が権利ないし法益主体になることはあり得ない。死者に対する名誉毀損（刑法230条2項）もそれを前提に解釈されなければならない、そのため、従来から、「社会の人びとが、自分が死んだ後に、こういうことをされてはかなわない、という気持ちを、『死者の名誉』という語で

---

おける判旨も概ねこれに依拠している。

表わすにすぎない」とし、その上で「敬虔感情というのも、この場合はそういう趣旨であり、死者に対する敬意をいうものではないであろう」<sup>(4)</sup> という指摘もなされてきたところである。これは、つまるところ生前の人々の名誉感情を保護するということになるが、名誉毀損罪の保護法益に関する現在の多数説である外部的名誉ないし社会的名誉説からもそのような(擬制された)期待を保護するものとするのは必ずしも背理ではないように思われる(ただし、このような理解の場合、死者に対する名誉毀損罪というのは、純然たる個人的法益に関する罪というわけではなく、幾分社会的法益に関する罪としての様相を呈してくる<sup>(5)</sup>)。そのように考えると、本判示の読み方として、ここでいう死者の名誉というのは社会の敬虔感情とは異なった保護法益だということはないと思われる<sup>(6)</sup>。

## 2. 大阪地判平成25年3月22日判タ1413号386頁<sup>(7)</sup>

本件は、「被告人が、①平成19年2月頃の女兒の殺害当日に、そ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

(4) 平野龍一「刑法各論の諸問題5」法学セミナー203号79頁。

(5) この点に関する詳細な検討は別の機会に譲らざるを得ないが、若干言及しておく、死者が利益主体になり得ないということ突き詰めると、その名誉の保護というのは、人が生活している間において、「自分が死んだ後も、不当にその社会的名誉が侵されることはないはずだ。だから、安心して死ぬる」ということをある種制度的に保障したものだということができるように思われる。しかし、このような側面は、本文中で後述するように、およそすべての個人的法益に関する罪や多くの社会的法益に関する罪にも含まれている副次的あるいは事実的利益だということができ、これを特別に取り出すことの必要性や適当性についてはより慎重な検討が必要である。なお、死者に対する名誉毀損罪を社会的法益に関する罪であるものとして、中野次雄「名誉に對する罪」日本刑法学会編『刑事法講座第4巻』(有斐閣・1952)820頁。

(6) なお、濱・前掲注(3)29頁も「判示全体の趣旨からは、あくまで社会的法益に関する罪の保護法益としての『死者の尊厳に対する一般の感情』といった意味合いで『死者の名誉』という表現を用いたものとも考えることも可能と思われる」と、死者自身は名誉という権利の主体となることを否定し、あくまで現在する人々が構成する社会の感情という形で捉えなおしている。

(7) なお、本件は第一審で確定している。

に入れて隠匿した、②①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、クローゼットに隠匿した、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、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という作為による形態の死体遺棄と、⑤葬祭義務があるにもかかわらず、女兒を殺害してから警察に発見されるまでの間、葬祭義務を果たさないまま死体を放置し続けた」ものである。なお、アパート a は当時の交際相手 A の居室であるが、他の 3 か所はすべて被告人の自室である。本件で死亡女兒の死体は平成 24 年 7 月 11 日に警察官に発見され、平成 24 年 9 月 19 日に被告人は殺人、死体遺棄、覚せい剤取締法違反で起訴された。

本件で、検察官は公訴事実を「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 か所において、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」とし、これを不作為による死体遺棄罪としての訴追であると積明している。

これに対して、大阪地裁は、「検察官は、本件死体遺棄の訴因として、作為による形態と不作為による形態の複合的な行為を認定したものと解される」として、その理由づけを「(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遺棄することであり、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ことが明らかである。(2) また、作為による形態と不作為の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さ

れていない場合に限り行うことになる」と解される。(中略)なお、検察官の主張に従うと、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限り、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。(中略)(筆者注:作為の場合と不作為の場合での)両者の違法性について考えると、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置き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。(改行)なお、本件では、①の隠匿行為に次いで、②の隠匿行為では、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、このような死体の保管状況の変化に応じて、葬祭されなくなる可能性が格段に高まり、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といえるため、②の隠匿行為も、別途、死体遺棄罪が成立し、①及び②の罪は、包括一罪の関係にあたる。しかしながら、③及び④の隠匿行為は、②の隠匿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すぎないといえることから、別途、死体遺棄罪を構成するものではない」と判断した。

本件では、被告人の行為は不作為ではなく、作為として認定されている。そのように認定された理由の1つとして、「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限り、半永久的に公訴時効が完成しないことになる」と、作為の場合と不作為の場合とで処罰可能性上のアンバランスが生じることが挙げられている。これは葬祭義務を果たさない間は遺棄の実行行為が続くということを前提としている。

### 3. 両裁判例の比較から ―本稿の問題意識と共に―

両裁判例は、行為態様が不作為（名古屋高裁金沢支部）と作為（大阪地裁）とで異なっているが、事案の差異としては、作為が認められた大阪地裁の事件では、支配可能性の変動を伴う死体の移動が行われているという点が大きい<sup>(8)</sup>。しかし、両者は実態としては、いずれも死体を自らの支配下に置き続けていたという特徴を有する。

#### (1) もう1つの裁判例 ―秋田地判平成5年1月27日―

さらに比較対象として少し古い裁判例を見る。秋田地判平成5年1月27日（公刊物未登載）は、自己が出産し死亡した2 嬰兒を自室のベランダに隠匿し、転居を繰り返していたが、結局出奔時を捉えて不作為による死体遺棄罪を肯定している<sup>(9)</sup>。もう少し細かく見てみよう。この事案では、昭和55年9月頃に分娩した嬰兒が死亡し、その死体をビニール袋に入れるなどしてベランダに隠匿し、その後2度の転居に伴い、その死体も持ち運んだ。さらに、同57年10月頃にまた嬰兒を分娩、死亡した嬰兒を同様の手段で隠匿し、その後の転居にも死体を伴っていた。最後の転居は平成2年10月10日頃で、翌年11月23日頃に出奔した。検察官は出奔時を捉えて起訴した。これに対して、弁護人は昭和55年及び同57年の最初の遺棄を捉えて公訴時効にかかると主張したが、秋田地裁は「被告人が死体をFマンションの自室に放置したまま出奔した

---

(8) ただし、軽犯罪法1条19号により、死体の場所を移動させれば即死体遺棄罪となるわけではない。

(9) 園部典生「判批」研修541号13頁にて紹介されている。本稿における本判決の事案と判旨はこの紹介に拠っている。

行為については、それにより死体が被告人の管理から離れることになり、葬祭義務者の平穏な管理下においていわば埋葬を期待し得る状況から管理外へ放置される状況ないしは死体の保管状況の変化に即応して死者の尊厳若しくは社会的宗教感情を一層害する事態の発生を防止する措置を採り得ない状況へと変化しており、その法益侵害の程度は従前のそれに比し著しく増大したことが明らかであり、出奔後の不作為が最初の遺棄行為によって評価し尽くされているものと解することはできず、新たな不作為による遺棄罪が成立するものと解するのが相当である」と判断した。なお、罪となるべき事実も最後の出奔のみが捉えられている。

本件では死体を隠匿したことを作為として捉えているように見える。そして、転居による死体の移動はこの隠匿行為で生じた状態の継続と捉えられ、遺棄とはならないとされている。このことから明らかなように、別個の死体遺棄罪が成立するには単なる場所の移動だけでは足りない。しかし、死体遺棄罪の保護法益である国民の宗教的感情及び死者に対する敬虔・尊崇の感情というものはフィクションでしかない<sup>(10)</sup>。観念的な「国民」や「社会(の人々)」が個別具体的に認識可能な「感情」を有するわけではない。したがって、どのような行為があれば「新たな法益侵害・危殆化<sup>(11)</sup>があった」のかを、「規範的」といった、その実態においてはブラック・ボックスとなるような言葉を用いず<sup>(12)</sup>に、精緻化していく必要がある<sup>(13)</sup>。

(10) 後掲注(68)参照。

(11) 死体遺棄罪を侵害犯と考えるか危険犯と考えるかは検討の余地がある。危険犯として捉えるものとして、井田良『入門刑法学・各論』(有斐閣・2013)188頁。平成25年の大阪地裁判決は侵害犯として理解しているように読める。

(12) 過去には山口厚教授が実行行為概念を、「その背後にある実質的な問題が包み隠され、実体的な価値判断が明らみに出されないまま、結論が導き出される」ものとして、「ブラック・ボックスとしての『実行行為』」という言葉を用いて批判された。山口厚『刑法総論〔補訂版〕』(有斐閣・2005)45頁。現在刑法学界で多用される「規範的」という言葉も多分にこの危険を有しているように思われる。むしろその「規範」の中身を明らかにすることが肝要である。

(13) もっとも、本稿は、現在の死体遺棄罪の保護法益の理解そのものを問題とするもので

## (2) 小 括

平成 24 年判決と平成 25 年判決の両裁判例には処罰可能性についての大きなアンバランスがあるように見える。それは平成 25 年の大阪地裁判決で述べられているものでもあるが、平成 24 年の名古屋高裁金沢支部判決と見比べると、より一層色濃くなる。

平成 5 年の秋田地判がそうであったように、もし葬祭義務がある者が、死体の場所を移動させずに、いわば死体と同居していれば、「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限り、半永久的に」死体遺棄罪が終了することなく公訴時効が始まらずに処罰され得ることになりそうである。平成 5 年の秋田地判では被告人の出奔という、処理しやすい事実があったことが大きいですが、何より 2 児が死亡した時期は別であり、それぞれに死体遺棄罪が成立するとみるのが自然であるにも拘らず、出奔が罪となるべき事実となったということは、そのように考えるのは不自然だと考えられているのかもしれない。しかし、平成 24 年の名古屋高裁金沢支部判決ではそうなると公訴時効の起算点となる終了時期が判然としない。もし、この事案で、実母死後たとえば 5 年経って発覚したというように、発覚が遅れていたらどうなっていたであろうか。

他方で、葬祭義務のある者が、死体の場所を、例えば道路などの公共の場から自宅のベッドに移動させ、そのまま放置したものの、転居の際にも新居に死体を運び入れれば、最初にベッドに移動させた時点で死体遺棄罪が終了し、公訴時効の完成により処罰できなくなるというのは奇妙であるとも思える。しかも、このロジックを突き詰めると、葬祭義務者に死体をなるべく早く放棄させようというインセンティブまで生み出しかねない。それは、後述するような「私が死んでもその遺体を冷遇されることはないはずだ（あるいは、冷遇されたくはない）」という社会の

---

はない。本稿においては、一応、従来の保護法益についての理解を前提にして論を進める。

期待とは真逆の方向を持つものではないのか。果たして、そのような判断は是とされるべきであろうか。言い換えれば、自己の支配下に死体がある以上は葬祭義務があるのだから、死体遺棄罪は継続するという判断もあり得るのではないかという疑問がある。

このように、とりわけ自己の支配下に置いた場合の死体遺棄罪の終了時期について、その検討の必要性がある。そこで、以下では、まず犯罪の終了時期について概観したのち、不作為の死体遺棄罪を検討することによって、不作為による死体遺棄罪の終了時期について検討を施したい。

### 第 3 犯罪の終了時期

#### 1. 判例の状況

本稿で問題となっているのは、主には、自らの支配下に死体を置いた場合の死体遺棄罪の公訴時効の起算点である。この公訴時効の起算点については刑法 253 条 1 項が定めを置き、「時効は、犯罪行為が終わつた時から進行する。」と規定している。そのため、実体法的には、公訴時効の起算点は犯罪の終了時期によって決せられると考えられている。そこで、まずはこれに関する判例の概観を試みる。具体的には、(1) 最判昭和 63 年 2 月 29 日刑集 42 卷 2 号 314 頁、(2) 最決平成 18 年 12 月 13 日刑集 60 卷 10 号 857 頁、(3) 最判昭和 28 年 5 月 14 日刑集 7 卷 5 号 1026 頁の 3 つが検討に値しよう。また、直接には公訴時効の起算点に関するものではないが、犯罪の終了時より起算される告訴期間の起算点を問題にした(4)大阪高判平成 16 年 4 月 22 日判タ 1169 号 316 頁も参照に値する。そこで、これらを順次概観していく。

(1) 最判昭和 63 年 2 月 29 日刑集 42 卷 2 号 314 頁

工場排水に含まれた有機水銀が生体濃縮を経て人体に取り込まれたことで発生した水俣病の場合において、最判昭和 63 年 2 月 29 日刑集 42

卷2号314頁は、「公訴時効の起算点に関する刑訴法253条1項にいう『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、文字通りの「行為」の終了だけでなく、犯罪結果の終了も要求した。

(2) 最決平成18年12月13日刑集60巻10号857頁

また、近時判例で問題となったのは、強制競売等妨害罪の事案である。事案は、被告人3名が共謀の上、本件会社所有に係る土地・建物の売却の公正な実施を阻止しようと企て、執行官が現状調査のため、登記内容等について説明を求めた際、被告人Bにおいて、虚偽の事実を申し向けるとともに、これに沿った内容虚偽の契約書類を提出したというものである。なお、執行官が被告人に現況の説明を求めたのは平成7年12月5日、執行官が現況調査報告書を提出したのが同月27日、評価人が上記報告書をもとに評価書を裁判所に提出したのが平成8年6月5日、裁判官が最低売却価額を決定したのが同年12月20日、現況調査報告書等の裁判所での備置きが平成9年3月5日であって、被告人らが起訴されたのは平成12年1月28日であった。

これについて、最高裁は「被告人Xにおいて、現況調査に訪れた執行官に対して虚偽の事実を申し向け、内容虚偽の契約書類を提出した行為は、刑法96条の3第1項の偽計を用いた『公の競売又は入札の公正を害すべき行為』に当たるが、その時点をもって刑訴法253条1項にいう『犯罪行為が終わった時』と解すべきものではなく、上記虚偽の事実の陳述等に基づく競売手続が進行する限り、上記『犯罪行為が終わった時』には至らないものと解するのが相当である」と判示したが、ここには具体的な理由がない。そこで、もう少し類似の裁判例を見ることにしよう。

(3) 最判昭和28年5月14日刑集7巻5号1026頁

本稿との関係性が特に大きいと思われるものとしては、少々古いのが、最判昭和28年5月14日刑集7巻5号1026頁がある。これは、外国人

である被告人が、居住地所轄の町長に対し、所定事項の登録の申請を為すべきにも拘らず、右申請をしなかったという事案について、「昭和二二年五月二日勅令二〇七号外国人登録令は、外国人の入国に関する措置を適切に実施し、且つ外国人に対する諸般の取扱の適正を期することを目的とするものであるから（同令一条参照）、同令附則二項において『この勅令施行の際現に本邦に在留する外国人は、この勅令施行の日から三十日以内に、第四条の規定に準じて登録の申請をしなければならない。』と定めている『三十日以内』というのは、右期間内に限り是非とも登録の申請をなさしむべき特殊の必要があるから、該期間が定められたものではなく、ただ単に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に過ぎないものと解すべきである。それ故、その義務は、所定の期間の経過を以て消滅するものではなく、当該外国人が本邦に在留する限り、これを履踐するまで継続するものであると認めなければならない。従つて、同附則三項によつて準用され同令一二条二号の登録不申請罪に対する公訴の時効の進行は、所定期間の経過の時から起算すべきものではなく、その後その義務の履踐によつて義務が消滅した時を標準として起算するを相当とする」と判断したものである。

この判決の理由づけの主要な部分は、期間には特段の意味はなく、期間経過によって外国人の適正管理という目的の価値が減退するわけではないという点にある。確かに、国家にとって、外国人の適正管理は、時間が経てば無視し得るというものではないであろう。それに加え、不作為という行為が継続していることは疑い得ず、昭和 63 年判決を待つまでもなく、この事案では犯罪の継続が肯定しやすかったといえる。

(4) 大阪高判平成 16 年 4 月 22 日判タ 1169 号 316 頁

また、時効の起算点ではなく、告訴期間との関係が問題となったものとして、大阪高判平成 16 年 4 月 22 日判タ 1169 号 316 頁がある。親告罪の場合の告訴期間の起算点も犯罪の終了時以後で犯人を知った日（刑法 235 条 1 項）だと考えられており<sup>(14)</sup>、ここで検討をしておく価値が

あろう。

事案は、業務上過失致死傷事件で裁判中の被告人が、死亡した交通事故の被害者の両親の態度に立腹して、平成13年7月5日、インターネット上に開設されたホームページの掲示板に、両親の名誉を毀損する内容の書き込みをして、不特定多数の者にこれを閲覧させたとして起訴されたものである。なお、被害者Bが書き込みの存在を知ったのは、平成13年10月4日ごろであり、その時点で被告人が犯人であることを知ったが、起訴されたのは平成15年4月22日であった。

このような事案において、「刑法235条1項にいう『犯人を知った日』とは、犯罪終了後において、告訴権者が犯人が誰であるかを知った日をいい、犯罪の継続中に告訴権者が犯人を知ったとしても、その日をもって告訴期間の起算日とされることはない。(原文改行)そこで検討するのに、名誉毀損罪は抽象的危険犯であるところ、関係証拠によると、原判示のとおり、被告人は、平成13年7月5日、C及びBの名誉を毀損する記事(以下、「本件記事」という。)をサーバーコンピュータに記憶・蔵置させ、不特定多数のインターネット利用者らに閲覧可能な状態を設定したものであり、これによって、両名の名誉に対する侵害の抽象的危険が発生し、本件名誉毀損罪は既遂に達したというべきであるが、その後、本件記事は、少なくとも平成15年6月末ころまで、サーバーコンピュータから削除されることなく、利用者の閲覧可能な状態に置かれたままであったもので、被害発生 of 抽象的危険が維持されていたといえるから、このような類型の名誉毀損罪においては、既遂に達した後も、未だ犯罪は終了せず、継続していると解される。もっとも、関係証拠によると、平成15年3月9日、I警察署警察官によって、本件名誉毀損事件を被疑事実として被告人方が捜索されたことなどがきっかけとなり、その2、3日後、被告人は、同警察署に電話し、自分の名前を

---

(14) 最決昭和45年12月17日刑集24巻13号1765頁。

名乗った上で、『自分が書き込んだ掲示板がまだ残っており、消したいが、パスワードを忘れてしまったので消せない。ホームページの管理人の電話を教えてほしい。』旨申し入れたところ、同警察署側において、被告人に対し、『こちらから管理人に連絡の上削除してもらおうよう依頼する。』と返答した上、直ちに本件ホームページの管理者であるDに対して、『パスワードを忘れたので消せないと言ってきた。そちらで削除してやってほしい。』と申し入れ、同人もこれに異を唱えていなかった事実が認められるところ、この事実は、被告人が、自らの先行行為により惹起させた被害発生 of 抽象的危険を解消するために課せられていた義務を果たしたと評価できるから、爾後も本件記事が削除されずに残っていたとはいえ、被告人が上記申入れをした時点をもって、本件名誉毀損の犯罪は終了したと解するのが相当である」と判示した。

この判決の重要な点としては、「被告人が、自らの先行行為により惹起させた被害発生 of 抽象的危険を解消するために課せられていた義務を果たしたと評価できるから、爾後も本件記事が削除されずに残っていたとはいえ、被告人が上記申入れをした時点をもって、本件名誉毀損の犯罪は終了した」という点にある。つまり、自らが発生させた抽象的危険が存在している限りは犯罪が継続するが、その発生させた危険を消滅させる措置をとった場合には、例えその措置が功を奏さずとも、犯罪を終了させるというわけである。これは、既遂後に自らが発生させた危険ないし結果の「消滅・除去義務」があるのだということを前提にしている<sup>(15)</sup>。これには既遂後も不作為犯が継続しているという見立てができるが、この点については検討を要し、後述する。

---

(15) 例えば、井田良『講義刑法学・総論』（有斐閣・2008）105頁注46）などが、継続犯についてこのことを肯定する。また、ドイツについては、*Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch Kommentar*, 29. Aufl., 2014, Vor § 22 Rn. 9 [Eser/Bosch] und § 78a Rn. 6 [Sternberg-Lieben/Bosch]; *Kühl, Die Beendigung des vollendeten Delikts in: FS für Roxin zum 70. 2001, S. 677; Lackner/Kühl, Strafgesetzbuch*, 28. Aufl., 2014, Vor § 22 Rn. 2.

### (5) 小 括

以上、諸裁判例を通覧して考えられるところを若干述べてみたい。まず、昭和28年最高裁判決と平成16年大阪高裁判決からは、既遂後にも不作為犯構成が可能であれば、その間は犯罪が終了しないと考えられているようだということがわかる。もしそうだとすれば、平成18年の最高裁決定の場合にも、既遂後に不作為犯が継続しているという見方をするのが自然であろう。しかしながら、そのような見立てでは昭和63年の最高裁判決の説明が困難となる。この事案は工場から排出された有機水銀が海洋生物内での生体濃縮を経て海産物を摂取した人に有機水銀を摂取させ、またそれが胎児にも悪影響を及ぼし、大人ばかりではなく子供にもその胎児期での有機水銀摂取のために死傷結果が生じたというものであり、ここで例えば工場側に「有機水銀の体内からの除去義務」を観念することは、実際上の困難性も相まって、妥当ではないと考えられるからである。そうすると、昭和63年判決の判断が誤っていたのであろうか、それとも、他に何かこれらを正当化し得るロジックが存在するのであろうか。

そこで、次にわが国における学説を通覧してみることにし、その中で適宜ドイツの学説をも参照していくことにする。

## 2. 学説の状況と検討

### (1) 即成犯・状態犯・継続犯

犯罪結果の終了時期に関しては、従来、即成犯・状態犯・継続犯という犯罪の結果の性質に関する整理によって考察されてきた。つまり、即成犯は法益侵害とともに犯罪が終了し、法益が消滅する<sup>(16)</sup>ものであり、それに応じて公訴時効の起算点も既遂時となると理解される。典型例は殺人罪である。また、状態犯は、犯罪が既遂となった後も違法な状

---

(16) 平野・前掲注(1)131頁など。

態は続くが、その状態は犯罪とはされない<sup>(17)</sup>という理解に合わせて、即成犯同様、既遂時に犯罪が終了すると考えられている。典型例は窃盗罪や傷害罪である。対して、監禁罪に代表される継続犯は、既遂後も犯罪が継続するものと考えられ、それが終了するまでは公訴時効も開始しないと考えられてきた<sup>(18)</sup>。そして、継続犯は、構成要件該当性の継続ないし持続的更新がなされるもの<sup>(19)</sup>だとか、一定の法益侵害の状態が継続する間犯罪事実が継続する<sup>(20)</sup>ものだとかと定義されている。

平成5年の秋田地判や同25年の大阪地判を見ると、とりわけ作為による死体遺棄罪は状態犯だと考えられていた節がある。もしそうだとすると、本稿が問題とする不作為による死体遺棄罪も状態犯である以上、既遂時に終了するということになるはずであろう。ところが、既述した平成25年の大阪地裁判決は、当該事案が作為による死体遺棄罪であることの理由の1つとして、不作為の場合には公訴時効が開始せず不都合であるという実質論を挙げている。作為との同視可能性の要請からしてこれを作為と不作為の区別の根拠とし得るのかどうかというのも1つの問題ではあるが、それはひとまず措くとしても、このような判断からは、「不作為が継続している限り犯罪は終了しない」という理解が読み取れる。これは死体遺棄罪を状態犯だと解することとどのような関係に立つのであろうか。

1つの理解としては、死体遺棄罪が状態犯だとしても、不作為による

---

(17) 平野・前掲注(1)131頁、山口厚『刑法総論〔第2版〕』(有斐閣・2007)47頁。なお、Roxin, Strafrecht AT I, 4. Aufl., 2006, S. 331は殺人罪を状態犯(Zustandsdelikt)に位置づける。これは、ドイツでは即成犯に相当する概念がないことによる。松田俊哉「判解」最判解刑事篇平成18年度500頁及び団藤・前掲注(1)131頁参照。

(18) なお、林幹人「即成犯・状態犯・継続犯」『刑法の争点〔第3版〕』(2000)30頁は「この問題(筆者注:当該の犯罪が状態犯か継続犯かという問題)は、もちろん、共犯や公訴時効の理解とも関連するものの、それらの観点のみから言わば便宜的に解決してはならない」と、安易な便宜論に墮することに警鐘を鳴らしている。

(19) 山口・前掲注(17)48頁。また、林美月「状態犯と継続犯」神奈川法学24巻2=3号26頁参照。

(20) 団藤・前掲注(1)131頁。

場合には犯罪「行為」が終わっていないものとして、その継続性を認めるといことが考えられる。そのような理解の場合には、いわば時々刻々と「遺棄行為」が続いていると理解することが必要となる。だが、死体遺棄罪が不作為により実現されたとしても、それが既遂になった時に終了すると理解することは必ずしも不可能ではない。これは単に死体遺棄罪が状態犯なのかどうかという議論で直ちに解決するものではなく、犯罪の終了をいかにして決めるのかということが問題とならざるを得ないのである。

## (2) 状態犯と継続犯の区別

もし犯罪の終了に関する伝統的な議論を前提とするのならば、ここではそのような不作為による死体遺棄罪が継続犯なのか、それとも状態犯なのかということが決め手になる。では、この両者はいかにして区別されるのか。まずはこれまでの議論を再確認していく。

状態犯の定義としては、既に挙げたとおり、犯罪が既遂となった後も違法な状態は続くが、その状態は犯罪とはされないというものがある。対して、継続犯では、上記のとおり、既遂後も犯罪が継続するものとされる。この継続犯において犯罪の継続性を基礎づけるのは、具体的には、構成要件該当性だといわれる。もっとも、ここでの「構成要件該当性」の理解は一様ではない。従来は実行行為の継続が暗黙の裡に前提とされてきたように思われる<sup>(21)</sup>。だが、これに対しては有力な反論がある。例えば、その代表的論者だといえる林幹人教授は「監禁罪の場合、例えば、監禁開始後行為者が眠ってしまい、およそ実行行為をしていない場合であっても（この場合作為可能性がないから不作為による実行行為も認め難い）、被害者が現に監禁され、構成要件に該当する結果が刻々に生じていると解される以上は、監禁罪は継続的に成立している」<sup>(22)</sup>と

(21) 実行行為の継続を明示するものとして、佐伯仁志「犯罪の終了時期」研修 556 号 17 頁、西田典之『刑法総論〔第 2 版〕』（弘文堂・2010）86 頁等。

(22) 林（幹）・前掲注(18)30 頁。

して、構成要件該当性の継続は実行行為の継続ではあり得ず、構成要件該当結果の継続でしか基礎づけ得ないとする。そこで、まずは、「構成要件該当性」について「行為」の継続が必要なかどうかを考える必要がある。

#### ア. 行為の継続と結果の継続の分離

いわゆる離隔犯においては行為の継続性は観念されていないのではないかということが問題となり得る。しばしば離隔犯の例として持ち出される、Xが毒入りまんじゅうを被害者Aの自宅に宅配便を用いて送った場合(しかも、Aがそれを数日後に不幸にもそれを口にして死亡した場合)に、Aが死亡するまでXの実行行為が継続しているとは考えないであろう。Xの実行行為は毒まんじゅうを配送ルートに乗せた、つまり配達手続をとった時に終了したとみるのが一般的ではないかと思われる<sup>(23)</sup>。そうすると、行為と結果というのは本質的に別個に判断できるということになる以上、その論理的帰結として、それぞれの継続性もまた別個独立に判断できるということになる<sup>(24)</sup>。

#### イ. 行為の継続性の要否

では、行為の継続性は構成要件該当性の継続に必須の要件なのであるうか。客観的構成要件が、行為と結果、そしてその間の因果関係を基礎にして構成されているということを考えれば、それぞれの各要素がすべて継続すべしということは比較的理解しやすい。また、従来の行為の継続性を要求する見解というのは、継続犯においては「時々刻々と法益侵害結果が発生する」<sup>(25)</sup>という理解に合わせて、行為も「時々刻々と」

(23) 井田良『刑法総論の理論構造』(成文堂・2005)257頁参照。

(24) この理解は、林教授による前述の警鐘(前掲注(18))と衝突する危険をはらんでいるが、行為の終了こそが問題となる局面(例えば、窃盗への関与か、それとも強盗への関与なのかといった問題など)もあり、行為と結果を分離して考えることが直ちに便宜論に墮しているというわけではない。Vgl. Kühn, Strafrecht AT, 7. Aufl., 2012, § 14 Rn. 27 f.; ders., a.a.O.(Anm.(15)), Beendigung, S. 672.

(25) 平野・前掲注(1)132頁、林幹人「犯罪の終了時期」同『判例刑法』(東京大学出版会・2011、初出、刑事法ジャーナル9号66頁以下)7頁、松原芳博「継続犯における

存在すべきだとの理解をしていたのではないかと疑われる。

「犯罪とは構成要件に該当する違法で有責な行為である」という定義からは、行為の継続性が要求されるというのは自然な発想であろう。とりわけ、行為無価値を犯罪の違法性として要求する立場からは、行為の継続性を要求する見解に親和的である<sup>(26)</sup>。これを具体化する形で、学説の中には、不作為の継続を観念したり<sup>(27)</sup>、「評価として」行為が継続している<sup>(28)</sup>というものがある<sup>(29)</sup>。だが、前者の理解については、既に述べたように、必ずしも不作為犯は観念し得ない場合があるという反論がある。例えば、監禁中に行為者が眠りこけてしまえば、彼には作為可能性がないのであり、そのような場合にどうするのかについて明確な解答は与えられていない。

この点、ドイツでは、例えば飲酒運転の場合に赤信号で停止したり、あるいはレストランでの軽食のような短時間の中断では犯罪の継続性を中断するものではなく、睡眠のような長めの休憩の場合には中断すると考えられている<sup>(30)</sup>。そして、そのような、中断するかどうかの基準として、「新たな独立した行為の決心」があるかどうかが挙げられている。だが、例えば無免許で高速道路を運転していたが、深夜運転に疲れ、サービスエリアの駐車場で仮眠をとり、停車後6時間後に運転を再開したというような場合、果たして「新たな独立した行為の決心」があるといえるかは疑わしい。確かに、彼はそこで運転をやめることができたとはいえる。だが、彼の予定では当初から目的地まで運転していくものであ

---

作為・不作為」齊藤豊治ほか編『神山敏雄先生古稀祝賀論文集第1巻』288頁など。

- (26) なお、Kühl, a.a.O.(Anm.(15)), Beendigung, S. 678 は行為不法の維持・強化を要求する。
- (27) 平野・前掲注(1)132頁。
- (28) 佐伯・前掲注(21)17頁。
- (29) なお、前掲注(27)及び同(28)で掲げた論者は、いずれもいわゆる結果無価値論者であるが、行為無価値論者であれ同様の発想になるものと思われるし、何より、後述するよりに、違法性の本質論はここでは本質的差異を生まない。
- (30) Schönke-Schröder, a.a.O.(Anm.(15)), Vor § 52 Rn. 84 [Sternberg-Lieben/Bosch].

ったはずで、そのような仮眠も当初の予定に組み込まれていた場合、それは一連の無免許運転の一部だともいい得る。そのような場合、長時間の中断と短時間の中断の間に差はないのではないだろうか。もっと根本的に問題だと思われるのは、そのような故意以外の行為者の内心を中心にして犯罪の成立を係らせることが適当なのかという点である。確かに、行為は意思を外界に発現するという性質のものであるため、その限りにおいて、行為者の内心は意味を持つ。しかし、一個の行為（ないし一連の行為）として切り出すのに内心ばかりを重視するというのは行為処罰に偽装した意思処罰ではないかと疑う余地がある<sup>(31)</sup>。それに加え、これは結局行為の個数の議論なのであって、直ちに犯罪の継続の議論とは結びつかないということもいえるであろう<sup>(32)</sup>。

そもそも先の離隔犯の事例で示したように、行為の継続性の問題と結果の問題は切り離して考えることができるばかりか、いわゆる観念的競合（刑法 54 条 1 項前段）の場合を考えればわかるように、1 つの行為から複数の法益侵害結果が発生することもあるのである。したがって、行為の継続性は犯罪の継続性を直ちには基礎づけないし、行為と結果の結びつき方は一様ではない。また、違法性に行為無価値を要求するからといって、直ちに行為の継続性を要求すべしということにはならない。なぜなら、例えば監禁であれ、実行行為に及んだ時点で行為の違法性を肯定できるのであり、その後も行為の違法性が必要かどうかというのは別の議論となるからである。他方、結果無価値論にとっては、行為は、原則として意思を外界に表出するものとして有責性に関係する。したがって、行為の時点で以後の結果に対して責任非難が可能であるのならそれで十分だといえよう。

---

(31) ただ、この点については、ドイツ流にいうと、処罰の対象はあくまで Tat なのであって、個別具体的な Handlung が問題なのでは必ずしもないということも反論とし得るのかもしれない。

(32) なお、継続犯を包括的一罪の一類型だと考えるものとして、平野龍一『刑法総論Ⅱ』（有斐閣・1975）419 頁。

結局、継続犯一般についていうときの行為の継続性というのは擬制にすぎず、行為の効果や行為の作用といったものが継続するからそのように誤解されたにすぎない<sup>(33)</sup>。それを如実に表すのが、林幹人教授の用いられた焼きごてによる傷害の事例<sup>(34)</sup>である。いわく、「行為の作用が続いているだけである」<sup>(35)</sup>と。確かに、被害者に焼きごてを当てるのを止めなかったということはいえる。だが、例えば、行為者がその後心神喪失になった時に、果たしてその心身喪失時に犯罪は終了したというべきなのであろうか。やはり、行為は焼きごて機のスイッチを入れた段階で終了し、その後はその焼きごてによって傷害結果がもたらされたというべきであろう。

これに関連して、継続犯については「性質による継続犯」と「方法による継続犯」とを区別する見解がある<sup>(36)</sup>が、この区別に意味があるとすれば、それは、方法による継続犯の場合には、当該の方法が採用されなかった場合には継続犯にはならないというところにある。しかし、この分類は必ずしも現実の事象を的確に説明するものではない。例えば監禁罪ひとつをとってみても、これを性質によるものというのか、それとも方法によるものというのかは即断できない。監禁罪は「構成要件該当性の継続が一般的に予定されている」ともいえるが、すぐに解放したところで監禁罪は成立する<sup>(37)</sup>し、監禁という事実を実現するためには一定の方法が必要なのであって、方法を抜きに継続性を理解することはできないのではないと思われる<sup>(38)</sup>。対して、林幹人教授は、行為の継続と結果の継続の両方があるものを狭義の継続犯あるいは真正継続犯と

(33) 林(幹)・前掲注(25)8頁以下、松原・前掲注(25)288頁、山口・前掲注(17)48頁。

(34) 林(幹)・前掲注(25)8頁。

(35) 林(幹)・前掲注(25)8頁以下、松原・前掲注(25)288頁。

(36) 樋口亮介「判批」ジュリスト1377号157頁。

(37) ただし、林(美)・前掲注(19)27頁は短時間での解放はそもそも既遂とならないという。また、平野・前掲注(1)132頁参照。

(38) 古田佑紀「犯罪の既遂と終了」判タ550号91頁。なお、同論文では電気や水道水の窃盗を例に客体の性質にも目を向けている。

呼び、実行行為は終了していながらも結果の継続に構成要件該当性が認められるものを広義の継続犯あるいは不真正継続犯と呼んでいる<sup>(39)</sup>。概念整理としては、こちらの方が適当である。

ウ. 「行為の作用」について

上述のように結果の継続性を前提として、「行為の作用」とか「行為の効果」という言葉を用いればそれで事足りりとなるかということそうではない。例えば、「作用」という言葉は辞書的には「はたらきを及ぼすこと」<sup>(40)</sup>とか「他に力や影響を及ぼすこと。また、その働き」<sup>(41)</sup>だと表現される。そうすると、結局、結果に対して行為が影響力をもつというのにすぎない。それでは、例えば被害を受けた被害者の中で当該の傷害が重篤化する場合でも無制限に犯罪の継続性を肯定することにつながり得る<sup>(42)</sup>。しかし、林教授や松原教授の意図はそうではあるまい<sup>(43)</sup>。両教授の見解の趣旨は、「そのような行為と同様の傷害結果をもたらす外的攻撃が必要である」ということであろう。比喩的には、自動の焼きごて機が行為者の手ないしは身体の代わりとなっているというわけである。もしそのような意図だとすれば、ここでは行為の「作用」というよりも行為の原因力についての結果に対する「媒体」という語用の方が適切だと思われる<sup>(44)</sup>。

もっとも、これでも事が解決したわけではない。このような行為の媒体自体必要なのかということも問題となる。そもそも、このような議論が出てきたのは、ドイツではサリドマイド畸形の事案<sup>(45)</sup>においてであ

---

(39) 林(幹)・前掲注(25)6頁。

(40) 「作用」『広辞苑〔第6版〕』(岩波書店・2008)。

(41) 「作用」『大辞林〔第3版〕』(三省堂・2006)。

(42) 山口・前掲注(17)49頁はこれを肯定する。

(43) 林(幹)・前掲注(25)9頁参照。

(44) なお、行為の作用について、BGHSt 31 348, 351では“Wirkung des dem Täter vorwerfbar und für den Tod ursächlichen Verhaltens”とある。したがって、厳密には単なる行為の作用なのではなく、「行為者に責任可能でかつ死亡の原因となる行為」の作用なのである。

り、日本では水俣病事件<sup>(46)</sup>のように、胎児性致死傷の場合とも関係があったからであった。もちろん、例えば、自動のロボットアームを使い、宝石店から宝飾品を1つずつ店外に運び出すような場合も考えられ、なにも傷害罪の場合に限られるわけではない。そのため、行為の媒体（作用）の議論は上記の場合に限局されるものではない。

行為の作用を要求するという発想は、いまだどこか「行為」についての未練を残しているように見える<sup>(47)</sup>。犯罪の終了を純粹に構成要件該当結果に求めるのなら、そのような限定は無用であるということになるはずである。だが、この点に関しては次のように考える余地がある。つまり、傷害の場合には外的攻撃による生理機能のその瞬間のみが構成要件該当結果なのであり、また窃盗の場合には財物が被害者の占有を離れたその瞬間のみが構成要件該当結果なのだということである。対して、監禁の場合には、被害者が閉じ込められ、場所的移動を奪われている間は構成要件該当結果が維持されると。これは、結局、構成要件該当結果の理解に収斂せざるを得ないということを意味している。

### 3. 構成要件該当性の継続とは

だが、このような理解ですらも、不十分かもしれない。というのも、山口厚教授は、前掲の大阪高判平成16年4月22日判タ1169号316頁の評釈の中で、「事実の摘示が継続していない」ということを理由にこの判決の不当さを指摘する<sup>(48)</sup>からである。山口教授は傷害罪において傷害結果が悪化している場合には無条件に構成要件の該当性を認める<sup>(49)</sup>が、名誉毀損罪では外部的名誉毀損の危険だけで足りるとはして

(45) Vgl. BGHSt 31 348.

(46) 前掲、最決昭和63年2月29日刑集42巻2号314頁。

(47) 林・前掲注(25)6頁は「不作為構成は行為にこだわっている」といいながら、「行為の作用」なるものも同様なのではないかという疑いがあるのである。

(48) 山口厚「判批」重判解平成16年度版159頁。

(49) 山口・前掲注(17)49頁

おらず、「構成要件該当性の継続」ということの中に、事実摘示という行為の継続性を要求しているようにみえるのである。

もしこの山口教授の指摘を肯定するロジックがあるとするれば、その 1 つは、「構成要件によっては結果の継続ではなく行為の継続こそが意味を持つものが存在し、名誉毀損罪はそれに当たる」というものであると思われる。これは犯罪の区別における結果犯と挙動犯の区別を彷彿とさせる。例えば、不退去罪は真正不作為犯であり、かつ挙動犯であると考えられているが、この場合、行為者が当該住居等から退去するまでは犯罪が継続する。そして、山口教授は（通説と異なり）住居等侵入罪を状態犯だと考える<sup>(50)</sup>。それは、不退去罪との区別ということもさることながら、住居等への「侵入」という構成要件当該性について、侵入行為に重きを置いているからに他ならない。他方で、傷害罪の場合には、生理機能が悪化し続けていれば「傷害」といえる理解しているであろう。つまり、傷害罪の構成要件において重要なのは「行為」ではなく「結果」なのだ<sup>(51)</sup>。

このように理解してくると、挙動犯なのか結果犯なのかということが犯罪の終了に影響を与えるということになりそうである。おそらくこのことは以前からも否定されてはいない<sup>(52)</sup>。それは前述した昭和 28 年の最高裁判決からも看取される。そうすると、犯罪の区別の段階で挙動犯なのか結果犯なのかを区別しなければならないということになるのであろうか。しかし、監禁罪を挙動犯というのか結果犯というのかは議論の余地があり得るし、結果犯だと考えられている傷害罪ですら、犯罪結果が継続することがあるのはおよそ異論を見ないと思われる。そうする

---

(50) 山口厚『刑法各論〔第 2 版〕』（有斐閣・2010）119 頁。他には、平野・前掲注(1)133 頁など。

(51) なお、社会的安定から時効を考えるものとして、長沼範良「公訴時効の起算点」芝原邦爾ほか編『松尾浩也先生古稀祝賀論文集(下)』（有斐閣・1998）380 頁以下。この見解からは、傷害結果の増大が直ちに意味があるとは限らない。同 382 頁参照。

(52) 林・前掲注(25)12 頁もこの可能性を示唆する。

と、挙動犯か結果犯かが決め手になるということはあるまい。

また、条文の文言を手掛かりにするという立場もあり得る<sup>(53)</sup>。もちろんこれは有力な手掛かりとなる。だが、傷害罪においてその継続性が認められ得ることからすると、傷害（さらにはその解釈的定義である人の生理機能の毀損）という言葉だけですべてが片づくわけでもない。そこで、平野龍一博士や林幹人教授は法益の性質を勘案する。いわく、監禁における移動の自由は1分1秒が重要な法益であるが、窃盗の場合の財物を奪われた後の状態というのは、財物の占有が移転するその瞬間に比べれば法益侵害性が小さい<sup>(54)</sup>と。しかし、法益の性質が重要だとしても、これでは直観的な判断に陥る危険がある。また、法益というのは、法益主体によってその価値が左右され得るものでもある<sup>(55)</sup>。そうすると、被害者の意思によって犯罪の時間的な長短が左右されるということも生じてきそうである。

そもそも構成要件に内包されている法益の保護態様は被害者の意思には左右されない部分がある。窃盗罪はあくまで窃取行為から占有（ないし所有権）を保護しているのであって、他の態様であれば、他の構成要件該当性はあったとしても、それは刑法235条が用意した刑罰をもって保護するものではない。この意味で、構成要件とは、特定の法益を特定の侵害態様からのみ保護する趣旨のものである<sup>(56)</sup>ということになる。したがって、構成要件の解釈においても、単に法益の性質を云々するのみでは足りず、その法益をいかなる態様の侵害から（どの程度）保護しようとしているのかという議論が必要になるといえるべきである。

---

(53) 山口教授の理解も基本的にはこのような理解ではないと思われる。

(54) 平野・前掲注(1)132頁、林・前掲注(25)7頁参照。

(55) 同意論における議論はそれが前提であるし、法益関係の錯誤論もそれを前提としている。

(56) 佐伯・前掲注(21)19頁参照。

#### 4. 小 括

以上をまとめると、挙動犯か結果犯かということで犯罪の継続性を分けることができるわけではなく、当該の犯罪における可罰的な違法性が行為との関係においていかなる関係を持っているのか、つまり、行為と法益侵害・危殆化が密接に結合しており当該行為が失われれば可罰性が否定される場合と、その結合性が比較的弱く、結果の継続でのみ犯罪の継続性が肯定できる場合が存在すると解されるのである。いわゆる挙動犯の多くは前者であるが、結果犯だからといって必ず後者になるわけではない。

もっとも前者ですら、行為の継続が即結果の継続につながるわけではなく、後者においても、例えば窃盗罪は当該の財物が失われたことが違法性の本質部分である結果犯であるが、まさに被害者から当該財物の占有が失われるその瞬間にこそ可罰的な違法性がある。その意味で、上記で掲げたロボットアームでの財物の運び出しのような場面では、占有侵害をどこに設定するかという困難な問題が生じるが、少なくとも、作動スイッチを押した段階で行為（*Handlung*）は終了している。その意味で、結果と行為の結びつきは必ずしも大きくない。だが、ここではロボットアームが行為の媒体となっている。その意味で、行為との関連性を有する。

仮に行為との関連性を見出しにくい場面でも、そこでは被害者の占有というものを「意思に反した侵害」から保護しているという法益の性質と保護態様の関係からは切り離すことはできない。また、上記の傷害罪の議論にせよ、傷害罪が人の生理機能を外的攻撃からのみ保護しており、その後の悪化は傷害罪の射程に入っていないのか、あるいは、外的行為から保護してはいるが人の生理機能が悪化する場合には、それが当該攻撃によりもたらされたものである以上、延々と続くのかというのも、法益の性質と侵害ないし当該法益の保護の態様との関係で捉

えなおすことができる。したがって、たとえ、結果犯であれ当該の行為態様とは切り離せない場合もあるのである<sup>(57)</sup>。

本稿は、例えば傷害罪の構成要件該当結果とはいかなるかのような議論を本体とするものではないため、上記のような意味での「構成要件該当結果の理解に収斂せざるを得ない」という（中間的な）結論を導いたところでとどめざるを得ない。問題は、このような理解が個別具体的な犯罪あるいはその実現との関係において適切かどうかである。果たして不作為による死体遺棄罪はどうであろうか。次にこれについて個別的な検討を施していこう。

## 第4 不作為による死体遺棄罪とその終了時期

### 1. 死体遺棄罪概観

死体遺棄罪は実際上は殺人罪と共に扱われることが多いように見える。しかし、本罪は、個人的法益に対する罪のうちの生命に対する罪である殺人罪とは異なり、さらには刑事司法作用に対する罪である証拠隠滅罪とも異なって、社会的法益に対する罪のうちの風俗に対する罪であるとされる。具体的には、その保護法益は、国民の宗教的感情及び死者に対する敬虔・尊崇的感情であるとされる<sup>(58)</sup>。

また、本罪は不作為での実現もあり得るということが古くから認められている。すなわち、「死体遺棄罪は埋葬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其の所在せる場所より他に移して之を放棄する場合は勿論法令又は慣習に依り葬祭を為すべき責務ある者若は死体を監護すべき責務ある者が擅に死体を放置し其の所在の場所より離去する

(57) 典型的には傷害罪における「暴行によらない傷害」という議論がその一例であると思われる。

(58) 以上、林幹人『刑法各論〔第2版〕』（東京大学出版会・2007）407頁、山口・前掲注(50)522頁。

が如きも亦死体遺棄罪を構成するものとす。而して積極的に死体を他に  
移して之を放棄する場合には犯人が其の葬祭義務者又は監護義務者なる  
と否とを論ぜず均しく本罪成立すと雖消極的単に死体を放置するに止る  
場合に在ては法令又は慣習に依り葬祭を為すべき責務を要するか若は死  
体を監督すべき責務を有するときにのみ本罪を構成するものと謂わざる  
べからず。何となれば前者の場合には直ちに第百九十条の規定に該当す  
るを以て其の葬祭義務者又は監護義務者たると否とを別たず死体遺棄罪  
の主体たることを得るや勿論なりと雖後者の如く不作為に因る犯罪は原  
則として法規の命ずる所に違反するか又は法規の禁止に違反する場合に  
非ざれば成立することなければなり」<sup>(59)</sup>と。

古い時代の裁判例は不作為による死体遺棄罪は死体と行為者の場所的  
離隔のあるものであったが、学説上は従来から場所的離隔のない不作為  
の「遺棄」を認めていた<sup>(60)</sup>し、裁判例上も、病気になった子供を超能  
力で治療するとして預かった被告人が被告人の管理する建物で祈祷類似  
行為を行ったにも拘らず同児を死亡させたが、その両親等に知らせるこ  
となく同建物に同児の死体を放置した加江田ミイラ事件・福岡高宮崎支  
判平成14年12月19日判タ1185号338頁以降、場所的離隔のない不作為  
による「遺棄」が見られるようになった。そこで、不作為の遺棄とい  
うことの意味について、項を改めてもう少し考える。

## 2. 「遺棄」と2種類の「不作為」

### (1) 遺棄概念概観

不作為による死体遺棄罪のリーディングケースだと考えられてきた大  
判大正6年11月24日刑録23輯1302頁や前掲の大判大正13年3月14  
日刑集3巻285頁は、最終的には、死体から離れる、場所的離隔を伴う  
ものであって、「遺棄」という文言と大きく離れてはいなかった。しか

(59) 大判大正13年3月14日刑集3巻285頁。なお、筆者にてかな書き、濁点付加。

(60) 小暮得雄「判批」『宗教判例百選』213頁参照。

し、上記の加江田ミイラ事件判決や前記の平成 24 年の名古屋高裁金沢支部判決のように、必ずしも場所的離隔を伴わない死体遺棄罪が裁判例に現れるようになった。したがって、死体遺棄罪を不作為によって実現する場合、そこでは 2 種類の「遺棄」があることになる。

これまで場所的離隔を伴わない場合も「遺棄」に含まれることは問題がないとされてきたが、「遺棄」という言葉の意味を考えた時、問題がないとは言い切れない。

同じ「遺棄」という言葉を持つ、刑法 217 条の単純遺棄罪や刑法 218 条の保護責任者遺棄等罪は、不作為の遺棄は場所的離隔を伴うものに限定され、場所的離隔を伴わない場合には「不保護」として刑法 218 条の下でのみ処罰が可能だと考えられている<sup>(61)</sup>。すなわち、(生体の)遺棄罪の下では、遺棄概念はあくまで行為者と客体の場所的離隔を必要とすると考えられているのである<sup>(62)</sup>。これは「遺棄」という言葉の持つ「捨てる」という意義を反映したものだといえる。

「捨てる」というのは、現象としては、当該物等に対して、一度支配力を獲得し、それを放棄するということである。したがって、その後単に冷遇や放棄をしようと考えていたところで、単に占有を獲得しただけでは、それは本来的な意味での「遺棄」ではなく、いまだ予備段階にとどまるはずである。では、取得した占有を放棄せずに保持し続けた場合には(不可罰な)予備が続いているというべきなのだろうか。言い換えれば、支配状況の獲得の有無だけで遺棄かどうかが決せられるのであろうか。ところが、現実の裁判例を見る限りそうではない。占有を保持したままであっても、不作為による死体遺棄罪が認められている。そこで

(61) なお、場所的離隔を伴う不作為の遺棄も刑法 218 条の下でのみ処罰可能だと考えられているが、これは同条の保護責任者が不作為処罰の前提となる保障人と一致すると考えられているためである。以上、大塚仁ほか編『大コンメンタール刑法第 11 卷〔第 3 版〕』(青林書院・2014) 247 頁以下〔岩村修二執筆〕。

(62) 団藤重光『刑法綱要各論〔第 3 版〕』(創文社・1990) 452 頁、西田典之『刑法各論〔第 6 版〕』(有斐閣・2012) 30 頁等。

は学説によれば死体の冷遇が捉えられていると評されている<sup>(63)</sup>。

他方で、単に死体を移動させるような場合には「遺棄」ではなく、軽犯罪法1条19号の該当性しか認められないし、逆に、自己の占有する場所内に死体または死胎のあることを知りながら、速やかに公務員に申し出なかつただけであれば、軽犯罪法1条18号の該当性しか認められない。つまり、作為であれ、不作為であれ、上記のような死体等の移動やその存在の不通知だけでは足りず、死体遺棄罪の罪質との関係における遺棄概念の特定が必要となるのである。さらに、不作為という行為形態との関係では、軽犯罪法1条18号・19号により、場所的離隔それ自体が決定的ではないということも明らかとなる。不作為による死体遺棄罪にとって決め手となるのは、むしろ「死体の冷遇」に他ならない。

では、死体を「捨てる」ということと死体を「冷遇する」というのは、死体遺棄罪の罪質との関係で、関係性ないし重なり合いをもつのであろうか。

## (2) 死体遺棄罪の罪質論と遺棄概念

死体遺棄罪は、現在の一般的な理解では、社会的法益に対する罪のうち、風俗、とりわけ宗教的風俗に対する罪として分類される<sup>(64)</sup>。その保護法益は「国民の宗教感情及び死者に対する敬虔・尊崇の感情である」とされる。これについて、町野朔教授は次のようにその意義を明らかにする。「我々はしばしば、死後にも自分の意思を尊重してもらえたら有り難いという気持ちで暮らしている。その期待が裏切られることが分かれば楽しくない。例えば、死んだあとでは葬式を出してもらえなくても、遺体を墓に入れる位はしてくれるだろうと思うのが普通であろうが、他人の遺体が理由もなく破壊されたり、虐待されたりするのを目の当たりにするなら、自分たちのためにもこのような行為を取り締まって

---

(63) 小暮・前掲注(60)213頁。

(64) 山口・前掲注(50)502頁等。なお、林(幹)・前掲注(58)396頁は公衆の感情に対する罪として分類する。

欲しいと思う。死体遺棄罪などが社会的習俗に対する罪、社会的感情に対する罪とされるのも、その実体はこのようなものである。要するに、生きている人の期待を侵害する犯罪なのである。(中略)死者の意思を尊重すべきだというのは、それによって、生きているときの自己決定が死後でも尊重されることを生きている人々に保証し、自己決定に基づく臓器の提供、献体、埋葬を促進することを可能にしようとするからにはほかならない。死者が『生けるがごとく』扱われ、彼の権利が保護されるわけではない。『死者の奢り』を認めるわけではない<sup>(65)</sup>と。

しかし、この理解には、例えば、個人的法益に対する罪であり、人の生命に対する罪である殺人罪(刑法199条)であれ、上記のような側面があるのではないかという疑問が湧いてくる。殺人罪が処罰されるのは、第一義的には、他人の命を(故意で)奪ったからである。しかし、例えば、通り魔殺人事件の情報に触れた社会の人々は、それまでは道を歩いていても他人に刺し殺されることはないはずだと思っていた(あるいはそもそも自分の生命が脅かされるなどとは考えない)のが普通であろうし、その事件の報によって、自分たちのためにも、つまり自分たちが安心して道を歩けるように、そのような行為を取り締まり、処罰してほしいと思うのではないか。つまり、「社会の人々の期待を保護する」というのは、何も本罪ないし社会的法益に対する罪特有のものではない。本罪に特徴的なのは、あくまで、そのような個人的法益に対する罪でも存在し得る「社会の人々の期待」が主位的な保護対象となっているということである<sup>(66)</sup>。

(65) 町野朔『犯罪各論の現在』(有斐閣・1996)90頁。

(66) なお、誤解を避けるために若干の付言をすると、本稿は殺人罪の保護法益として本文にいうような社会の期待を含めるべきだということではない。あくまでも、殺人罪を処罰することで生じる事実上の期待や利益があるというだけである。ただ、死体遺棄罪の場合には、そのような、他の多くの個人的法益に関する罪であれば事実上の期待にとどまるものが保護法益として(いわば)格上げされているという点が重要だという趣旨である。佐伯仁志『刑法総論の考え方・楽しみ方』(有斐閣・2013)349頁参照。

犯罪の個数は責任の個数と不法の個数の関係で決せられるべきものだと考えられる<sup>(67)</sup>。法益との関係では、このような「社会の人々の期待」が新たにあるいは改めて侵害ないし危殆化されるというのはいかなる場面かが重要である。しかし、上述のような「社会の人々の期待」は多分にフィクションである<sup>(68)</sup>。したがって、殺人罪のように明快に法益侵害の個数を特定できるわけではない。そこで、ここでは日本の裁判例と学説を追いながら<sup>(69)</sup>、どのような場面で「社会の人々の期待」が新たに、あるいは改めて侵害されるのかを考えてみたい。

#### ア. 裁判例

まずは日本の裁判例を見てみることにするが、本稿の起点の1つとなっている平成25年大阪地裁判決でもこの問題にヒントを与え得る判断がなされているので、改めてその事実経緯を見てみよう。

本判決では、①平成19年2月頃の女兒の殺害当日に、そ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ことと、②①より2、3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、クローゼットに隠匿したという点にはそれぞれ死体遺棄罪の成立を認めながら、③平成19年春頃、遺体をキャリーバッグに入れてマンションdに移動し、室内に放置したことと、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、

---

(67) 林幹人『刑法総論〔第2版〕』（東京大学出版会・2008）450頁。なお、これは実際には行為の個数と結果の個数に還元できるように思われる。山口・前掲注(17)372頁参照。

(68) これは「社会的実態」というものをいかにして考えるかという問題を含む。これは、仮に「自分は死んだらどのようにされてもよい」と考える人がいても、それが少なくとも現在の日本では多数派だとは「思われぬ」というような一種の経験知ないし感覚に支えられており、必ずしも厳密な検証が可能なものではない。その意味で「フィクション」なのである。

(69) なお、蛇足の感は否めないが、日本刑法学が頻繁に参照するドイツ刑法（StGB）168条がにおいて、死体は「死者の安息の妨害」という形で保護されているが、本条は死体の遺棄をその行為態様を含めてはならず、奪取や損壊がその客観的行為態様となっている。藤井一雄「判批」判タ209号58頁参照。

クローゼット内に隠匿し放置したという各作為は「②の隠匿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ないといえることから、別途死体遺棄罪を構成するものではない」と結論づけている。逆に、①と②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移動して放置されているところ、このような死体の保管状況の変化に応じて、葬祭されなくなる可能性が格段に高まり、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といえる」（傍点筆者）と、死体に対する支配状況の変化が着目されているところが注目される。既に述べたように死体の移動だけでは死体遺棄罪とはならない以上、保護法益との関係においては、死体を移動させただけでは死体遺棄罪に相当するだけの「社会の人々の期待」の侵害がないということがいえる。

同様のことは先に触れた平成5年秋田地裁判決でもいえる。この平成5年の秋田地裁判決で被告人は、最終的には、死体を放置して出奔している。この段階で死者の親であった被告人による葬祭はもはや期待できないということが確定する。それまでは、まだ死体が手の届く範囲にあって、葬祭の可能性がゼロであったわけではない。そのため「社会の人々の期待」が出奔時にさらに侵害されたというのは理解しやすい。また、これは「遺棄」という言葉にも忠実である。

このように下級審裁判例では、「遺棄」そのものの持つ「捨てる」という意味からではなく、行為者の死体に対する支配状況を基礎に、その変更の有無を見ているようにみえる。すなわち、支配状況に変更がなければ、「新たな法益侵害」はないとみられているようなのである。

なお、前掲加江田ミイラ事件控訴審判決では、原審が死体領得罪を認定したのに対して、「(両罪は)ともに刑法190条の同一法定刑の範囲内において罰せられるべきものであり、その罪質においても異なるところはない」として、主位的訴因である死体遺棄罪の成立を肯定して、控訴を棄却している。このような判断からは、当該の行為者が葬祭義務者で

あるのならば死体遺棄罪が成立し、死体の領得は観念し得ないということが読み取れる<sup>(70)</sup>。問題は、ここでその両罪について「罪質が同じ」と評されていることであり、もし死体領得罪が状態犯であり、その後の領得状態は構成要件該当性を満たさないとするならば、不作為による死体遺棄罪の場合も同様に、死体に対する支配力を獲得した段階で既遂となり、その後の状態は構成要件該当性をもたないと評することになる。だが、本判決についての匿名解説は「判文を見ると、本判決では、男児死亡後死体が官憲により発見されるまでの約2年間の放置行為全てを実行行為として捉えているようである」としており、実行行為の継続性を積極的には否定していないが、続いて「他方で、年月が経つことで客体(死体)に相当の変容があることや、同罪の保護法益(社会的習俗としての宗教感情と解するのが一般である。)との関係で、果たして永遠に侵害行為が続くといえるのか、そこには一定の時的限界があるように思われる」<sup>(71)</sup>と実際上の疑問を呈している。

#### イ. 学説

日本の学説においてこの問題を直接に論じたものとしては、前掲平成5年秋田地判の評釈である園部典生検事のもの<sup>(72)</sup>がある。

園部検事は、「死体が習俗による埋葬をされず隠匿されたままの状態であれば、死者が冒瀆されて社会的風俗としての宗教感情が侵害された状態は最初の遺棄行為が行われたときから継続していたことになるので、その後の遺棄行為が当初の死体遺棄行為をもって包括的に評価される限りにおいては、当初の死体遺棄罪とは別個の新たな死体遺棄罪は成立しないと考えられる」と、死体遺棄罪を状態犯的に理解し、宗教感情

---

(70) 加江田ミイラ事件控訴審判決についての、判例タイムズにおける匿名解説は、死体遺棄罪と死体領得罪の区別について「指標を見出すことは困難である。……検察官が死体遺棄罪を主位的訴因としたことから、同罪の成立が肯定できれば領得罪の成否を判断する必要はな」としている。判タ1185号339頁。

(71) 判タ1185号339頁。

(72) 園部・前掲注(9)13頁以下。

の侵害状態の継続は遺棄行為に包摂されるものと考えている<sup>(73)</sup>。そのため、一度遺棄・埋没した死体を相当離れた場所に埋め換える場合には、「埋替えの前後を問わず、いずれも被告人の管理下になく、死者の尊厳若しくは社会的宗教感情を一層害する事態の発生を防止する措置を採り得ない状況で全く放置されたままの状態にあるのは、同じであるが、そのような状態にあることから、埋めた場所が異なれば、宗教感情を侵害される地域社会やその宗教感情の態様も異なるであろうし、もはや当初の死体遺棄行為によって予想された違法状態の範囲内にあるものとはいえない」<sup>(74)</sup>という。ここで園部検事は「埋めた場所が異なれば、宗教感情を侵害される地域社会やその宗教感情の態様も異なる」ということを、新たな埋没行為が当初のその違法状態の範囲外であることの理由としているように見える。この論理を突き詰めれば、平成24年名古屋高裁金沢支部判決の事案で、被告人が母親の死体と共に他県あるいはそれより小さく他市区町村へ引っ越した場合にも「新たな法益侵害があった」ということになり得るであろう。

しかし、ここには「社会の宗教感情」が地域ごとに異なることを認めてよいのかという疑問がある。そもそも、死体遺棄等罪は特定の宗教を保護するものではない<sup>(75)</sup>。ならば、同様に、特定の地域の特定の宗教感情を保護するものだともいえないのではないか。ある地域Aでは死者を土葬とすることが求められているが、地域Aで死亡した者の親族である行為者がそれを残酷だと考え、遺体を茶毘に付すことが適当だと考える地域Bに運び、茶毘に付した時に、それを「地域Aにとっては死体遺

---

(73) 園部・前掲注(9)16頁。同17頁はその見解から、最判昭和27年6月24日刑集6巻6号804頁の死体遺棄後の死体損壊を肯定した事例について「後の死体損壊行為が当初の死体遺棄行為によって予想された違法状態の範囲を超えているからであると考えられる」と展開する。

(74) 園部・前掲注(9)17頁。

(75) 山口・前掲注(50)522頁等。そのために、憲法20条に反しないと説明されるのである。

棄・死体損壊罪である」ということはないであろう。逆もまたしかりで、地域Bで死亡した者を地域Aに運び込み土葬としたという場合ですら同じである。この点については、既述したとおり、あくまで現在生きている者の感情をある程度一緒くたにして「自分が死んだときにその死体を冷遇しないでほしい」という感情をフィクション化して保護していると考えべきであり、そのような地域差を真正面から認めるべきではない。そのため、上記の園部検事の説明をより合理的にし得る説明としては、「遺棄が行われたことを新たに知り得る人が増える、あるいはその範囲が異なる」という説明があると思われる。それは、敷衍すると、最初の遺棄と後の遺棄で当該の死体を発見し得る者の地理的範囲が異なるということではないだろうか。例えば、あるa地点に死体を埋め、その数日後隣のb地点に埋め換えたとき、発見可能な人々(つまり社会)の範囲は異なるであろう。それは埋換えによってa地点での発見可能な人々だけでなくb地点の人々も遺棄・冷遇された死体を目にする可能性が出てきたということであり、ここに新たな宗教感情の侵害やその危殆化を肯定できると考える余地がある。

また、原田保教授は葬送について「夙に指摘されているように、多くの人々は死者ないし死体を追慕するとともに拒絶してきた。葬送という営みはかかる二面性を持っている。追慕の手段として死体の全部または一部を保存すると同時に、拒絶の手段としてそれを生活圏外に移置する」と指摘する。これは極めて興味深い指摘である。この指摘に至る途中で、「死体に対して何の措置も執ることがなければ、通常は死体は腐敗する。これが人々の目に触れる状態であれば、公衆衛生上極めて有害であり、死者ないし死体に関する人々の感情を甚だしく害するであろう」と指摘されている<sup>(76)</sup>。葬送というのはそういう死体の自然な腐敗を防止し、人から物へ変わっていく様子を目のあたりにすることを人為

---

(76) 以上、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27頁。

的に阻止して、死者を「人」のまま遺族等の関係者の内心に留めさせる効果を持つように思われる。遺骨を生活圏外から遠ざけて墓に収めるのも、そのような効果に資している。

ウ. 若干の検討

そうすると、死体遺棄罪が成立する場面というのは、この二面性にどこかで反している必要があるということになる。例えば、火葬にするような場合であれ、「人」が「物」に変わっていく様子を目のあたりにすることを防止することで、一般的には、そこに追慕の念を感じることができるし、死体を腐乱させることで発生する公衆衛生上の問題も解消できる。しかし、遺体をそのまま焼く行為が犯罪の発覚をおそれてなされるような場合には、そこに社会的な追慕の念を看取することはできない<sup>(77)</sup>。逆に、例えば、非常に愛おしく思っていた配偶者が亡くなったからといって、それを腐敗に任せて手元に置いておいたとしても、上記のような「死体を拒絶して遠ざける」という部分に欠けてしまう。それは、死体の腐敗という「人から物へ変わっていく」ことを社会が忌み嫌うのであれば、行為者の内心・宗教感情がいかなるものなのかは関係がない<sup>(78)</sup>。したがって、「追慕の情」についても行為者の内心の問題ではない。それは本罪が社会的法益に対する罪であることに由来し、あくまで当該の葬送行為が社会的に許容される、言い換えれば、社会的に見ても「葬送である」と考えられるものでなければなるまい<sup>(79)</sup>。

(77) なお、手を合わせて冥福を祈ったが死体遺棄とされた事例として、最判昭和24年11月26日刑集3巻11号1850頁。この判例は「被告人が合掌したり、死者の冥福を祈ったりしたこと又は右死体がその監視内にあつたことは本件犯罪構成要件とは関係がない」としており、犯人が死者への追慕の念があっても構成要件とは無関係だと考えているようである。それはあくまで「犯人がそう考えているから」という意味では正当であるが、社会的に見て追慕の念が感じられる態様であれば別に解すべきであろう。

(78) ここで思い出されるのは「死穢」という言葉である。死やその具体である死体は「穢レ」なのであって、忌み、遠ざけるべきものであるという発想が古くからあることは周知のとおりである。伊藤信博「穢れと結界に関する一考察」言語文化論集（名古屋大学大学院国際言語文化研究科）24巻1号3頁参照。

(79) なお、ここでいう「社会」にはいくつかの幅があり得、大きくは日本全国、小さくは

このように考えてくると、死体遺棄罪における「遺棄」とは、当該の行為が死体に対する追慕の念を示すものではないか、または死体を社会的な葬送とみられない形で腐敗に任せるなどしたまま手元に置くことであるということになる。これはもちろん作為によっても実現されるが、これこそが不作為の場合の「死体の冷遇」ということの意味であると解される。このような態様は、「遺棄」という言葉の持つ「捨てる」という意味と乖離するように見えるが、死体遺棄罪にいう「遺棄」とは、「死体に対して追慕の念を示して、それを生活圏外におくことをしなかった」という、葬送行為の余事象として捉えられることになり、それが「死体を捨てる」ということの実質的な意味であるという理解をすべきだということになる<sup>(80)</sup>。なお、前掲加江田ミイラ事件控訴審判決の場合には、葬祭義務ではなく、死体の管理義務が作為義務として肯定されている。このような場合には、遺棄概念との関係においては、作為義務は死者への追慕と死体の隔離を葬祭権利・義務者に可能にさせるという側面において理解される。

### 3. 死体遺棄罪の終了時期

今まで述べてきたところを総合して、死体遺棄罪の終了について考えてみたい。

#### (1) 場所的離隔を生じる場合

死体遺棄罪というのは元来状態犯だと考えられてきた節がある。例えば人里離れた山中に死体が運び込まれるという形で死体の遺棄がなさ

---

その葬送行為のなされた地域と段階があるであろうが、そのいずれを基準とするかは難問である。もっとも、現在の日本に関する限り、国内では葬送に際してそれほど突飛な死体の取扱いは見聞きしないことからすると（なお、墓地・埋葬等に関する法律4条及び5条参照）、基準とする地理的範囲で大きくズレるということはいささか考えにくいので、指摘にとどめることとする。

(80) その意味で、死体遺棄罪の「遺棄」概念はそもそもにおいていささか不作為的だといえる。もっとも、これは単純遺棄罪や保護責任者遺棄罪でも同じかもしれない。

れ、腐敗・風化に任されてしまったというような典型的な場合を考えればわかるように、その遺棄時に社会の宗教感情が（フィクションではあるが）侵害あるいは危殆化され、その状態が以後継続し、そして（経験的ではあるが）当該の個別具体的な死者に対する感情は徐々に風化していくであろう。ところが、行為者が死体から離れてしまった以上、「死体を生活圏外に置く」ことは達成されてしまっている。そのため、この時点で「遺棄」は終了しているとみざるを得ない。それは、仮に当該の行為者がいわゆる葬祭義務者であったとしても、葬祭の重要な要素である「死体の生活圏外への放逐」がなされた以上、死体の腐敗・風化というのはもはや自然に任せざるを得ないからである。対して、自己の支配領域内で死亡した者を放置し、自らはその死体から離れていってしまったような場合には、行為者に葬祭義務・保障人的地位が認められる（言い換えれば、不作為犯としての構成要件該当性が肯定される）場合に限り死体遺棄罪が成立するが、それは行為者が死体から離れた時点で終了すると解すべきである。

## （2）場所的離隔を生じない場合

対して、死体に対して支配力を残している場合というのは、少々細かく考える必要がある。例えば公共の場に死体があったとして、それについて支配力を獲得した者については、彼に当該の死体についての葬祭義務がなければ、死体領得罪とすべきであり、死体遺棄罪とは異なると思われるべきであろう<sup>(81)</sup>。

もし、葬祭義務者が支配力を獲得した場合には、彼はその後葬祭をなすべき義務を負っており、それにも拘らず葬祭をしないことが「死体に

---

(81) この場合、領得時に既遂となり、同時に犯罪は終了すると考えられる。なお、領得者が再度当該死体を山中等へ遺棄した場合には改めて死体遺棄罪となるが、保持し続ける場合にはそのようなことはないであろう。これは窃盗罪のアナロジーの問題である。したがって、同じ死体をバラバラにして順次領得しようとする場合には、別個の考慮が必要なことは論を俟たない。もっとも、窃盗罪のアナロジーならば、領得後の山中放棄は遺棄にはならないようにも思えるが、ここには、保護法益の性質の差が表れている。

対して追慕の念を示して、それを生活圏外におくことをしなかった」ということになり、生活圏外に放逐すらしていない以上、葬祭をなすか、それがおよそ不能になる(例えば死体が何らかの理由で消失する場合など)まで死体遺棄罪は継続すると考えるべきことになるようにも思える。なぜなら、死体を生活圏外に放逐していない場合には死体の腐敗・風化の防止というのは支配力を持った行為者の手中にかかっており、死体を生活圏外へ放逐する理由が、死体の「人から物への変化」を遠ざけることにあるとすれば、いわばその防止義務が「社会の宗教感情」の侵害ないし危殆化の除去義務の内容となり、かつそのような支配力を確保する状況の設定がいわば行為の媒体となるようにみえるからである。そうすると、支配力の形成は作為であったとしても、その後の除去義務が肯定し得る以上、犯罪の終了までは不作為が続き、これは葬祭義務者という特殊の地位や支配力の形成、さらには死体に対する排他的支配といったことから不作為犯性が肯定できることになるはずである。

これについては、死体遺棄罪は状態犯であり、それが継続犯になることはあり得ないという反論もあり得よう。しかし、この反論は本質的ではない。そもそも死体遺棄罪の保護法益自体がフィクションであり、かつ、遺棄概念の実態がそもそもにおいて「死体に対して追慕の念を示して、それを生活圏外におくことをしなかった」という不作為的なものであることからすれば、遺棄行為自体、一定の継続性を持つことが予測されざるを得ない。その点は窃盗罪や傷害罪のように法益に対する攻撃状況を比較的容易に認識できる場合との差異と言わざるを得ないように思われる<sup>(82)</sup>。

---

(82) その意味では、死体遺棄罪は実は継続犯かつ状態犯であるということがいえるのかもしれない。つまり、死体遺棄という犯罪自体がそもそも一定の時的継続性をもつが、その継続性が失われた後にも社会の宗教的敬虔感情の侵害や危殆化された状態は継続しているものの、そこでは犯罪性が失われるというものである。ただ、その線引きはかなり難しい。もちろん、それだけではなく、傷害罪等と同じように、本質は状態犯でも、一定の方法等を用いると継続的に実現するという場合もある。

むしろ、上記のような、犯罪の継続を肯定する立場に対するより重要な問題は、法益論の観点からのものである。すなわち、それが、いくらある程度抽象化され、フィクションを伴うものだとしても、社会的実態として、個別具体的な死者に対する敬虔感情というのは、時間を経るにしたがって薄れていくのであり、その意味で法益侵害・危殆化のピークは不作為の場合には死体を遺棄することを決したその時点であり、その後は緩やかに減弱化していく以上、その時点で犯罪の終了を認めるべきであるという理解である。このような理解によれば、死体遺棄罪を状態犯だと解することと整合的のように見え、死体の埋換えに相当する場合には新たな死体遺棄罪の成立を肯定できる。もし、埋換えによって「新たに死体を発見する社会の範囲が変わる」可能性が生じれば、新たな構成要件該当性が認められるべきであるが、平成 25 年大阪地裁判決ではこの点の認定が十分になされていない。つまり、引越しという事実は認定されているものの、それによって死体発見可能性のある社会的範囲が異なるかどうかの検討はなされていないのである。これは、裁判所がそのようなものでは「新たな構成要件の実現はない」と考えているのだということの表れなのかもしれない。少なくとも、同判決は死体に対する支配状況の変化を認定しているし、平成 5 年の秋田地判でも被告人の引越しを認定しながらも出奔時を捉えたのにはそのような考慮も入り込んでいるからだと思われる。そうである以上、死体に対する支配力の有無・変化ということをも、構成要件該当性更新のために、観念せざるを得ない。言い換えれば、支配状況に変化がなければそれは従前の支配力の創出ないし変化によって作られた違法状態の維持にすぎない。このような理解に基づけば、死体と共に居宅を転々とするのが実態としては死体を捨てるに捨てられなかったのだというような場合にも適切な解決となろう。ここでは、死体を発見する可能性がある者の範囲の変化との関係を疑問視し得るが、死体が自己の支配領域内にあるということは、行為者がその発見可能性をコントロールできるということでもある。死

体の埋換えのような場合には、死体が一度行為者の支配から解かれており、このようなコントロール可能性が失われており、死体を伴う引越しの場合と埋換えの場合とでは同一ではない。また、平成25年大阪地裁判決の事例では、当初死体の支配可能性を有していたのが被告人とその交際相手の2名であった。そのため、死体が、その交際相手のコントロール可能性にも服していたという状況が被告人だけの支配下に移ったことで、死体を発見する者の範囲が大きく狭まったということが言えるのである。

このような理に対しては、葬祭義務者が適切に葬送をすることこそが社会の期待であると判断している以上、「死んだら墓に入れてもらえるくらいはするだろう」という期待は葬祭義務者に対してはますます強いものであり、「墓に入れる」ことはまさに葬祭義務者に期待されているのであるから、犯罪の継続を肯定すべきだという異論も考えられる。だが、上述したように、死んだ人のそのような感情を保護するものではない。社会の中で生きている人々の期待が法益になっているのである。そうである以上、葬祭するまでその期待を刑罰という威嚇力をもって保護しなければならないということもないのではなかろうか。それは、法定刑の低さ、ひいては時効期間が3年であるということにも表れているように思われる(刑法190条、刑訴法250条2項6号)。

この点については、平成18年最高裁決定の場合に問題となった強制競売等妨害罪の場合には同じ時効期間であるにもかかわらず、時効の起算点が遅らされているということとの兼ね合いを問題とし得る。しかし、強制競売等妨害罪の場合には、「公務のうち、競売又は入札を特別に類型化して手厚い保護を与えることを目的としており、競売又は入札手続全体が公正な状態に保たれていることを保護するものと解すべき」<sup>(83)</sup>という見解もあるところからもわかるように、死体遺棄罪の場

---

(83) 樋口・前掲注(36)160頁。

合とは保護すべき法益の質が異なり、直ちに同様に解すべきだということにはならない。したがって、平成 18 年最高裁判定の射程は死体遺棄罪の場合には及ばないと理解することは不可能ではない。

また、昭和 28 年の最高裁判決や平成 16 年の大阪高裁判決を前提にすると、この判断はいびつなようにも見える。しかし、昭和 28 年最高裁判決で問題となっているのが外国人の適正管理という国家的法益であり、また平成 16 年大阪高裁判決では人の外部的名誉という個人的法益であり、死体遺棄罪の保護法益である社会の死体に対する敬虔感情という社会的法益とはその性質を異にしている。したがって、行為態様の同質性から直ちに結論を導くことは短絡に過ぎる。

やはり法益の性質との関係において、行為の継続性だけでは死体遺棄罪の構成要件該当性の更新ないし継続を基礎づけることはできない。その意味で、継続犯を「構成要件該当性が維持ないし強化される場合」と説明することには一定の合理性があり、場所的離隔を伴わない不作為による死体遺棄罪は、行為だけを見れば構成要件該当性が維持されているように見えるが、構成要件該当結果の継続がない<sup>(84)</sup>と理解すべきである。

#### 4. 2つの判例の評価

このように理解する場合、平成 24 年の名古屋高金沢支判は実母の死体を葬儀に出さずに放置することを決した時点で既遂となり、かつ終了したものと認めるべきである。この事案では公訴時効の範囲内だったので、時効の問題が生じなかったにすぎない。

対して、平成 25 年の大阪地判の事例ではこれが真正面から問題となったが、結論としては、その判断を是認できる。しかし、この結論は本件を作為犯としなければ導かれ得ないものではない。本件は作為と不

---

(84) 山口・前掲注(17)45頁以下参照。

作為の区別論の問題では必ずしもない。本件にとって重要なのは、支配状況が変更されたことにより構成要件該当性が更新されたとは言えるが、その後は引越しを伴っているものの、支配状況に変化がなく、上記の意味での構成要件該当性の更新があったとは言えないということに尽きるのである。

## 第5 むすびにかえて

最後に少しだけ、これまでの検討を経て見えてきた、残された問題を指摘しておきたい。

これまで、挙動犯の継続といえ、その挙動が継続している限り犯罪が継続すると考えられてきた節がある。しかし、場所的離隔を伴わない不作為による死体遺棄罪の場合のように、一見当該の挙動が続いているが、その犯罪性の継続を肯定できない場合があると思われる。

また、不作為の場合には、それが作為義務の不履行という形で特定されるため、作為の場合のように意思決定と行為までの時間差がほとんどない。結果犯では結果発生まで犯罪の成立が肯定されないために危険は少ないが、挙動犯の場合には実態においては意思決定が犯罪性に結び付きかねず、主観主義的になる危険性を孕んでいる。

そのために、これらは、構成要件的行為と構成要件の結果の発生が接着した場合である挙動犯の場合には、むしろ当該の行為と結果の関係を具体的に検討しなければいけないことを示している。それにとどまらず、構成要件該当行為の問題としても、それがいつ開始し、いつ終了するのかというのは、とりわけ未遂犯・中止犯との関係で検討しておく価値のある問題であるように思われる<sup>(85)</sup>。そして、近時、作為と不作為の区別論が結果帰属との関係で議論されるべきことが指摘されている

---

(85) 塩見淳『刑法の道しるべ』(有斐閣・2015) 89頁参照。

ことからすれば、これらの問題が区別論にいかなる影響を与えるのかも検討されるべき事柄であろう。

さらには、結果除去義務のようなものを観念すると、不真正不作為犯を基礎づけるものとされる先行行為も、「自ら惹起した危険は自ら除去すべし」という同一の思想に基づいているものと思われるが、その根拠は不明であり、これについてもいまだ精緻な検討が必要な個所であると思われる。

本稿の取り扱った問題から見えるこれらの諸問題については難問ばかりであり、他日を期すことにしたい。

(本学大学院博士後期課程)