

令和4年（あ）第196号 死体遺棄被告事件

被告人 レー ティ トウイ リン

上告趣意書

令和4年4月11日

最高裁判所第二小法廷 御中

主任弁護人 石黒 大貴 印

弁護人 松野 信夫 印

弁護人 山下 幸夫 印

弁護人 平野 敬 印

弁護人 久保田 紗和 印

第1章 本事件の位置づけ	5
第1 孤立出産問題	5
1 司法が孤立出産に対して過酷にふるまっていること	5
2 その前提に妊娠出産に関する無理解があること	6
第2 外国人技能実習生問題	10
1 外国人技能実習生を取り巻く過酷な環境	10
2 孤立出産の背景にある技能実習生問題	11
第2章 憲法上の論点	14
第1 信教の自由	14
1 葬祭の自由が憲法20条1項によって保障されていること	14
2 死体遺棄罪は葬祭の自由を制約し得ること	17
3 法令違憲についての検討	19
4 合憲限定解釈及び適用違憲の検討	23
5 小括	29
第2 適正手続保障	29
1 あいまい不明確ゆえに無効の法理	29
2 本件罰条において問題となる要件	30
3 基準の読解可能性を欠くこと	31
4 基準の適用可能性も欠くこと	32
5 現に恣意的な運用がなされていること	32
6 小括	33
第3 結論	33
第3章 刑法上の論点	35
第1 刑法上の論点の概要	35

1 第一審から原判決への流れ.....	35
2 原判決が認めた実行行為	35
3 本章の構成.....	36
第2 「隠匿」による死体遺棄	38
1 序言.....	38
2 「隠匿」による遺棄をめぐる歴史的背景	39
3 死者に対する追悼・敬虔感情を害する死体の隠匿について.....	41
第3 判決に影響を及ぼすべき法令の違反があること（刑訴法411条1号）	49
1 被告人による「隠匿」による遺棄判断の是非	49
2 被告人の本件行為は死者に対する追悼・敬虔感情を害さないこと	60
3 「事後の処置に関する被告人の意図」に関する判示の誤り	62
4 小括.....	65
第4 高裁判例違反（刑事訴訟法405条3号）	65
1 福岡高裁令和3年6月25日判決	65
2 福岡高裁令和3年6月25日判決と原判決との相反.....	67
3 福岡高判令和3年6月25日によるあてはめ	69
第5 判決に影響を及ぼすべき重大な事実の誤認があること（刑訴法411条3号）	71
1 本件行為は、死体を隠匿するために行われたものでないこと	71
2 妊娠や死産を言えなかったことから隠匿の意思を推認したことの誤り	72
3 小括.....	74
第6 結論.....	74
1 原判決を破棄しなければ著しく正義に反すること	74
2 原判決破棄は免れないこと	80

第4章 刑事訴訟法上の論点.....	82
第1 はじめに	82
第2 原判決における不意打ち認定について	83
1 第1審における弁護人の防禦活動について	83
2 控訴趣意書による弁護人の主張.....	88
3 控訴審の審理経過について	90
4 原判決の判断	90
第3 最高裁判所の判例違反について.....	95
1 最高裁昭和58年12月13日第三小法廷判決.....	95
2 最高裁昭和46年3月24日大法廷決定	98
3 最高裁平成26年4月22日第三小法廷判決	100
4 原判決が最高裁判例と相反すること	101
第4 著しく正義に反する法令違反があること	101
第5 まとめ.....	102
第5章 結論.....	103
添付資料.....	104

第1章 本事件の位置づけ

本件被告人は双子を孤立出産した20代の若い女性であり、かつベトナムから訪日した技能実習生であった。本件には孤立出産と外国人技能実習生という、2つの社会問題が複合的に内在している。

第1 孤立出産問題

1 司法が孤立出産に対して過酷にふるまっていること

86万5239人。2019年（令和元年）における我が国の出生数である。すべての児童は生まれながらにして幸福な家庭環境を約束されるべきだが、現実には必ずしもそうではない。同年の新生児中、2万0171人は婚外子として生まれた¹。

熊本の慈恵病院は2007年（平成19年）から「こうのとりのゆりかご」を設置している。さまざまな事情から、親が育てられない新生児を匿名で預け入れるサービスである。篤志家の寄付などにより無償で運営されている。2019年、「ゆりかご」に預け入れられた新生児は11人であった。うち10人が、いわゆる孤立出産、すなわち専門家の立会いがなく医療的ケアをまったく伴わない母親1人での出産により生まれた新生児であった。

孤立出産を強いられる妊婦のほとんどは、10代から20代の若年女性である。家庭環境や教育に恵まれていない者も多い。性行為や避妊、妊娠出産に関する十分な知識や機会をもたないままに妊娠してしまう。周囲に妊娠を知られたくないといった思いから、産婦人科の診察を受けずに出産目を迎えてしまう。出産はただでさえ命がけの作業であるが、医療的ケアを伴わずにおこなわれる出産の

¹ e-Stat: 嫡出子―嫡出でない子別にみた年次別出生数及び百分率:

<https://www.e-stat.go.jp/dbview?sid=0003411618>

リスクは非常に高く、死産という結果に終わることも稀ではない。

このように精神的にも肉体的にも追い詰められた妊産婦に対して、我が国の刑事司法はきわめて冷淡に接してきた。孤立出産のすえ死産した遺体を「遺棄」したことで女性が罪に問われるケースが近年頻発している（福井地裁平成28年7月19日、福井地裁平成29年3月21日、さいたま地裁平成30年11月20日、金沢地裁令和元年6月11日、金沢地裁令和元年9月24日など）。

2 その前提に妊娠出産に関する無理解があること

（1）妊産婦の健康状態

妊娠は女性の精神や身体に多大な変化をもたらす。子宮の大きさは、非妊娠時に容量5～10ml、重量50～70グラムであるが、妊娠末期には容量4000～5000ml、重量1キログラムにも達する。これに伴い心臓や肺、腸管などが物理的に圧迫され、さまざまなトラブルを引き起こす。妊娠の維持や胎児の育成、乳汁分泌の準備のために体内でホルモンが活発に分泌され、大規模なホルモンバランスの変動をもたらす。眠気や疲労感、吐き気などの「つわり」があることはよく知られている。こうした身体の急速な変化や将来に対する不安から、妊婦はしばしば深刻な抑うつ状態やうつ病に陥ることもある。

妊娠の最終段階である分娩、すなわち出産はとりわけ母体に大きな負荷をかける。陣痛が始まってから子宮口全開大までを分娩第一期（開口期）、胎児の娩出までを第二期（娩出期）、胎盤の娩出までを第三期（後産期）と呼んでいる。初産婦の場合で、第一期の平均的な所要時間は10～12時間、第二期は1～3時間、第三期は15～30分とされている²。この間、母体は絶え間ない苦痛とリスクに曝され続ける。経膣分娩の場合、母体の出血量は単胎で800ml、

² 医療情報科学研究所編『病気がみえるvol110 産科（第4版）』228頁。

多胎で1500mlにものぼる³。

産後の母体はゆっくりと時間をかけて元の状態に戻る。産褥期と呼ばれる期間であり、平均的には出産後約6～8週間とされる⁴。産褥期においても母体にはさまざまな危険が付きまとう。骨盤内感染に起因する産褥熱、子宮復古不全、産褥乳腺炎などがよく知られている。また、肉体や生活リズムの激変、出産時の出血に起因する脳循環不全などにより産褥期精神病を発することもまれではない⁵。産後うつ病は重症化すると自殺リスクが高いとされている。健康な産褥婦であっても、悪露などの現象に悩まされる。

2019年の日本における妊産婦死亡率は10万人あたり3.3である⁶。もっともこれは現代日本の高度な医療技術や保険制度、公衆衛生、充実した栄養状態などがあいまって実現したものであり、本来、妊娠出産とは極めて危険な行為である。

世界保健機関（WHO）の2017年の統計によれば、世界平均の妊産婦死亡率は10万人あたり211であり、最貧国（Least Developing Countries）に限ると415となる⁷。令和3年度に東京大学に入学した女子学生は1249人であるが、これが最貧国の妊婦であれば、うち5人ほどは妊娠出産で亡くなる計算となる。現代日本といえども、医療ケアを全く受けない孤立出産の妊婦は、これに近い状態に置かれることになる。

³ 同上、304頁。90パーセンタイル値（出血の少ない順から数えて90%に位置する値）。

⁴ 同上、366頁。

⁵ 同上、372頁。産褥婦の約5～10%に見られ、産後うつ病、神経症様状態、非定型精神病様状態などを含む。

⁶ 国立社会保障・人口問題研究所 人口統計資料集(2021):

https://www.ipss.go.jp/syoushika/tohkei/Popular/P_Detail2021.asp?fname=T05-28.htm

⁷ WHO “TRENDS IN MATERNAL MORTALITY”:

<https://apps.who.int/iris/rest/bitstreams/1249300/retrieve>

(2) 司法の無理解

本件被告人は2020年11月15日に双子を死産した。そのわずか4日後である同月19日、警察は被告人を逮捕し、留置場に拘禁した。被告人がそこから出られたのは2カ月以上先、2021年1月20日のことであつた。産褥期をすべて留置場で過したことになる。言うまでもなく、留置場に拘禁された者は新鮮な野菜や清潔なシーツを与えられるわけではなく、入浴や運動も満足にはできず、衛生状態も栄養状態も劣悪と言ってよい。

捜査時のみならず、公判においても、司法はあまりに妊産婦への理解と想像力に欠いた言動を繰り返した（下線付加）。

第一審判決は、「弁護人は、被告人は、一人で出産し、肉体的に疲れ、死産で精神的にもショックを受けていたから、被告人には、当日、葬祭義務を履行するだけの期待可能性がなかったと主張する。確かに、被告人は、死産後、弁護人が言うような厳しい状態にあつたといえる。しかし、少なくとも、まわりの人に、出産や死産を告白し、助力を求めることはできたはずである。したがって、被告人には、それらを告白し、まわりの助力を得ながら、適切な葬祭義務を果たす期待可能性があつたといえる」（3頁）と述べる。

原判決は、被告人が死産した我が子の遺体を段ボール箱に入れたことが「遺棄」にあたるとし、その行為について「被告人自身も、原審において、本件各えい児の死体について、布団の上で転がっている状態ではかわいそうだと重い、段ボール箱に入れることで寒い思いをしないで済むと思った旨を述べ、また、自分が元気になったら土中に埋葬しようと思っていた旨述べているものの、段ボール箱に二重に入れ、それら段ボール箱に接着テープで封をするなどすることが、葬祭の準備として意味のあることであつたとか、本件各えい児を弔う上で意味のあることであつたなどとは述べていない」（10頁）と述べる。

第一審、原審とも共通するのは、出産直後の妊産婦の状況に対する想像力があまりに乏しい点である。「健康で、体力にも精神力にも十分な余裕があり、落ち着いて冷静に考えられる人であればこのようにしたはずである」という誤った前提にもとづく反実仮想を立て、その反実仮想どおりに、理性的かつ合目的に振舞わなかった妊産婦を非難するものと言える。

昭和21年厚生省令第42号（死産の届出に関する規程）第7条⁸は、次のように定めている。

「死産の届出は、父がこれをなさなければならない。やむを得ない事由のため父が届出をすることができないときは、母がこれをなさなければならない。…」

ここで母ではなく父が死産の届出義務者とされているのは、心身ともに傷ついている死産直後の妊産婦に届出義務を課することが不合理であるからである。法は、不可能を強いるものであってはならない。

（3）孤立出産に対しては処罰ではなく社会的包摂が求められること

少子高齢化問題が憂慮されるようになって久しい。国としては妊娠出産を全面的に支援して、人々が安心して次世代を育める体制を整える必要がある。

自ら望んで孤立出産する者などいない。喜んで我が子を「遺棄」する者もない。一般予防、特別予防の観点からは、孤立出産した妊産婦らを摘発・処罰することにはほとんど意味がない。むしろ、なぜ孤立出産が生じてしまうのか、その社会的背景を分析して解決することこそが国家の責務と言える。

本件の争点のひとつが、死産後の妊産婦は刑法上いかなる振舞いを求められるのかという点である。最高裁におかれては、妊産婦の置かれた心身の状況、孤独出産に追いやられた妊産婦の境遇を具体的に想起し、大局的な見地から審

⁸ https://www.mhlw.go.jp/web/t_doc?dataId=08023000&dataType=0&pageNo=1

理されたい。

第2 外国人技能実習生問題

1 外国人技能実習生を取り巻く過酷な環境

前節で述べたように、本件被告人は第一審において周囲に出産や死産を告白しなかったことを非難され、原審においては死産の事実を隠そうとしたものであると非難されている。技能実習生である被告人が周囲に妊娠を言い出せなかった理由は、「妊娠したとばれたら日本にいられなくなる」という恐怖心であった。

こうした恐怖は根拠のないものではない。

広く知られているように、技能実習生制度は、その名や日本の技術の海外移転という国際貢献の制度趣旨に反して、低賃金の出稼ぎ労働、日本の労働力不足を補うための非熟練労働力受入れ制度として用いられている。一般に生活水準は低く、暮らしは苦しい。それでも物価水準差などから、母国で働くよりは高賃金が望めるため、技能実習生として来日し、稼ぎの大半を母国の家族のために送金する技能実習生が多数存在する。その際、平均年収の数倍もする紹介料を仲介業者に支払うこともある。原資はむろん借金である。被告人もそうした実習生の一人であった。

技能実習生の人権保障状況は、概して、きわめて脆弱である。

2009年、国連人権委員会は日本の技能実習生制度について「…本来、一部アジア諸国への技能や技術の移転という善意の目的を備えた奨励すべき制度であるにもかかわらず、人身取引に相当するような条件での搾取的な低賃金労働に対する需要を刺激しているケースも多く見られる」と報告し、懸念を表明した。

2018年、国連人種差別撤廃委員会は我が国の技能実習生制度について、フォローアップ項目として指定した。2020年、日本国政府からの報告を審査した上で、同委員会はフォローアップレターを送付したが、そこには「委員会は、

技能実習生が粗悪な労働条件、虐待的で搾取的な慣行、そして債務奴隷型の状況のもとにあるという報告に懸念を抱く…」と記載されている。

また、米国国務省人身取引監視対策部は、2021年7月1日、人身取引報告書において、外国を拠点とした人身取引犯や国内の人身取引犯が日本の技能実習制度を悪用し続けていることを指摘し、日本政府が同制度の下で、日本国内の移住労働者の強制労働が依然として報告されていたにもかかわらず、技能実習制度における人身取引事案や被害者を積極的に1件も認知しなかったとして、前年同様の理由で第2階層に降格された日本に対する評価を維持した。

このように、技能実習生の劣悪な人権状況については、残念ながら国際的な常識となっている。

2 孤立出産の背景にある技能実習生問題

妊娠して労働力の落ちた技能実習生を帰国させるという処分も、違法ではあるが、一部で実際に行われている。

2019年3月11日、法務省入国管理局、厚生労働省、外国人技能実習機構は、技能実習生を受け入れる実習実施者及び監理団体に対して、「妊娠等を理由とした不利益取扱いについて（注意喚起）」を発出した。同様の注意喚起は複数回にわたりにされている。現にそうした不利益取扱いが横行しているからである。多額の借金を負って来日した実習生の女性が、妊娠を理由に解雇や帰国を迫られることや、私生活の自由を制限される事態が多数認知されている。

技能実習生の妊娠・出産時の対応に関する政府答弁書によれば、技能実習における技能実習困難時届で、妊娠・出産を理由としたものが、2017年11月から2020年12月の3年2か月に637件⁹あったことが明らかになっている。

⁹ 内訳は、企業単独型10件、団体監理型627件である。団体監理型は、母国の送出し機関と日本の監理団体を通して実習実施者が技能実習生を受け入れるもので、受入れ全体の98パーセント

原判決においても、「妊娠は技能実習生の解雇理由にはならないものの、実情としては、妊娠した技能実習生の中には、実習を行うことができなくなり、家賃等を支払うこともできなくなって帰国した者がいた。技能実習生の間では妊娠をすると帰国させられるとの噂が広まっており、被告人もそのように考えていた」（15頁）旨が認定されている。

このように、妊娠した技能実習生が帰国を強要されたり、解雇される等の不利益な取り扱いを受けることは、まさに現在進行形で起きている問題である。

2019年1月には、自宅で出産した男児を川崎市の民家に置き去りにしたとして、中国人技能実習生の女性が保護責任者遺棄の疑いで逮捕された事例¹⁰、2019年4月には福岡県のベトナム人技能実習生の女性が死産した男児を会社に遺棄したとして逮捕された事例¹¹、2020年4月に岡山県でベトナム出身の技能実習生の女性が堕胎や胎児の死体遺棄の疑いで逮捕された事例、2021年4月に京都府のベトナム人技能実習生が自宅で死産したえい児を自宅に遺棄したとして逮捕された事例など、こうした近年報道される事件の背景には、安心して妊娠・出産ができる環境とは程遠い現実がある。

技能実習生にとって、雇い主や監理団体は、労使関係等にあるだけでなく、妊娠をすれば帰国させられるのではないかと恐れを抱く対象となり得、そのような扱いを受け続けてきた実習生は現実にも数多く存在したものである。妊娠や出産という人間として当然の権利を、技能実習制度によって自由な意思に基づいた選択

を占める（外国人技能実習機構「令和2年度業務統計」1-1「技能実習区分別 技能実習計画認定件数」）被告人はこの団体監理型の技能実習生であった。

¹⁰ 弁護士ドットコム 2019年5月22日記事:

https://www.bengo4.com/c_5/n_9668/

¹¹ 朝日新聞 2019年4月18日記事:

<https://www.asahi.com/articles/ASM4L35T3M4LTIPE002.html>

すら許されない現実がそこにある。

被告人が、周囲に妊娠を言い出せなかったことを、単に本人の刑事責任という形で片付けてよいのか。本件を検討する上で、まさにこの点が念頭に置かれなければならない。

第2章 憲法上の論点

本章では、原判決及び本件罰条が憲法に抵触するものであることについて述べる。検討対象とするのは主に信教の自由（憲法20条1項）及び適正手続保障（憲法31条）である。

第1 信教の自由

1 葬祭の自由が憲法20条1項によって保障されていること

（1）憲法20条1項の保障内容

憲法20条1項は「信教の自由は、何人に対してもこれを保障する」旨を定める。通説によれば、同項は信仰の自由、宗教的行為の自由、及び宗教的結社の自由を保障したものと解される¹²。

宗教的行為の自由は、信仰に関連して祭壇や堂宇を設け、礼拝・祈祷その他宗教上の祝典・儀式・行事及び布教等を各人単独で、または他の者と共同して、任意に行うことのできる自由をいう。宗教的行為をしない自由を含む¹³。

ここでいう宗教とは「『超自然的、超人間的本質（すなわち絶対者、造物主、至高の存在等、なかんずく神、仏、霊等）の存在を確信し、畏敬崇拝する心情と行為』をいい、個人的宗教たると、集团的宗教たると、はたまた発生的に自然的宗教たると、創唱的宗教たるとを問わず、すべてこれを包含するものと解するを相当とする。従つて、これを限定的に解釈し、個人的宗教のみを指すとか、特定の教祖、教義、教典をもち、かつ教義の伝道、信者の教化育成等を目的とする成立宗教のみを宗教と解すべきではない」（名古屋高判昭和46年5月14日（津地鎮祭事件原審））。

¹² 芦部信喜『憲法学Ⅲ 人権各論（1）（増補版）』122頁。

¹³ 同上、124頁。

(2) 宗教的行為の自由に葬祭の自由が含まれること

信教の自由が最も端的に現れる場面のひとつが、死者に対する態度である。

現代科学は死後の世界や死者の靈魂の存在を証明できない。「死ねばそれで終わりであって、死体などどのように扱ってもかまわない」というのが「合理的」態度かもしれない。しかし人類は、文明が生まれるよりも遙か昔である数万年前から、同胞の遺体を花や装飾品で飾り、穴を掘って埋葬し、墓前に食べ物を供えるなどの習慣を培ってきた。死体を葬り靈魂を祭るということ、すなわち葬祭は、「超自然的、超人間的本質の存在を確信し、畏敬崇拝する心情と行為」そのものであり、宗教的行為の中核に位置する。

よって、葬祭の自由は宗教的行為の自由に含まれる。すなわち「何人かをその信仰の対象とし、あるいは自己の信仰する宗教により何人かを追慕し、その魂の安らぎを求めるなどの宗教的行為をする自由は、誰にでも保障されている」(最大判昭和63年6月1日(自衛官合祀事件))、「信教の自由は、何人に対しても、自己が慰霊の対象として選んだものを自己の信仰する宗教により慰霊し、また自己の信仰の対象として選んだものを信仰し、祈りをささげる自由を保障している」(同・長島意見)。

(3) 多様な葬祭儀式が存在すること

葬儀の作法はきわめて多様である。宗教ごとに前提とする世界観が異なり、「適切な」死者の弔い方が各々異なるためである。

たとえばユダヤ教やキリスト教、イスラームでは、死後の復活を信じるため、土葬が原則である。現代では火葬が許されつつあるが、歴史的には遺体を燃焼させることが死者に対する罰や辱めとして位置づけられることすらあった。よく知られた事例として、魔女裁判において火刑がしばしば行われたこと

が挙げられる¹⁴。

チベットでは鳥葬（天葬）として、遺体をハゲワシなどの野鳥についばませる儀式がおこなわれている¹⁵。魂の抜けた遺体を天に送り届けるという趣旨である。

日本国内に目を転じて、実に多種多様な葬儀が存在する。沖縄や奄美においては、遺体を風雨により白骨化させ、その後に洗骨を経て埋葬する、いわゆる風葬が明治期までよく知られていた¹⁶。本土の一部地方では「骨噛み」として、燃焼後の遺骨を口にする風習が現代まで残っている¹⁷。これらの慣習を共有しない者にとっては奇異に感じられるかもしれないが、各々相応の歴史的・思想的背景を有するものである。

さらに現代では、遺骨をロケットにより宇宙に打ち上げる宇宙葬や、遺骨を高温高圧でダイヤモンドに加工するといった新しい形の弔い方も生まれてきている。遺骨を先祖伝来の墓に納めるという意識も希薄となり、マンション型やロッカー型の納骨堂が人気を博している。

重要なのは、これら多様な葬祭儀式のいずれが客観的・絶対的に「正しい」、あるいは「間違っている」ということはない、という点である。上記のとおり、現代科学は死後の世界や靈魂の存在を証明できないのであるから、葬儀の善し悪しはそれを行う者の主観的な世界観・価値観によって計るほかない。

¹⁴ 死後の復活を妨げる目的で遺体を焼くという発想については、キリスト教伝来以前のヨーロッパ土着宗教からの影響も指摘されている。溝井裕一「「魔女」に対する拷問と処刑」関西大学『独逸文学』49号269頁。

¹⁵ 松濤弘道『世界の葬式』249頁。

¹⁶ 近藤功行「与論島における洗骨習俗の現状」『志學館法学』5号213頁。

¹⁷ 山折哲雄編『共同研究 日本文化の深層と沖縄』（日文研叢書）2頁。

(4) 多様な葬祭儀式への寛容が憲法上も要請されていること

多様な葬祭儀式が存在し、その正誤が客観的に判定できないことは、人々の間に軋轢を生む。宗教Aの世界観・価値観によれば「正しい」葬儀が、別の宗教Bから見れば「間違った」葬儀であり、死者に対する冒瀆であると感じられることもあり得ようからである。このとき、BはAの葬儀に対し「自己の信仰生活の静謐を他者の宗教上の行為によつて害されたとし、そのことに不快の感情を持ち、そのようなことがないよう望む」かもしれない。

しかし、こうした場合において、憲法は、こうした宗教上の感情を被侵害利益として、ただちに法的救済を及ぼすことを否定している。かえってAの信教の自由を妨げる結果に至るためである。すなわち「信教の自由の保障は、何人も自己の信仰と相容れない信仰をもつ者の信仰に基づく行為に対して、それが強制や不利益の付与を伴うことにより自己の信教の自由を妨害するものでない限り寛容であることを要請しているものというべきである」（前掲・最大判昭和63年）。

2 死体遺棄罪は葬祭の自由を制約し得ること

(1) 死体遺棄罪の規定

刑法190条（以下本章において「本件罰条」という。）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、三年以下の懲役に処する」旨を定める。

本件罰条は刑法典の「第24章 礼拝所及び墳墓に関する罪」に配置されている。わいせつに関する罪（第22章）及び富くじに関する罪（第23章）と並び、風俗犯に分類される¹⁸。

本件罰条の保護法益は、「国民の宗教的感情及び死者に対する敬虔・尊崇の感

¹⁸ 山口厚『刑法各論（第2版）』502頁、井田良『講義刑法学・各論（第2版）』554頁。

情」¹⁹、「一般通常人の有する死者に対する敬虔感情と死者の安息を願う宗教的感情」²⁰、「現に存在している健全な宗教的風俗・感情」²¹などと説明されている。

(2) 葬祭の自由と本件罰条が緊張関係にあること

ここで、保護法益たる「感情」の主体とされるものは、死者自身でも遺族でもない。「国民」や「一般通常人」といった抽象的な集団である。

このため、たとえ死者自身が「こう葬られたい」と望み、遺族が自己の信仰に照らして適切と信じておこなった葬祭儀式であっても、「一般通常人」の世界観・価値観に照らして風俗上の埋葬と認めがたく、その宗教的感情を害したと判断されたものについては、死体遺棄罪が成立し、刑事罰をもって処遇されることになる。

すなわち死体遺棄罪は、多様であるはずの葬祭儀式を、「一般通常人」たるマジョリティの感情を基準として、刑事罰を受けるべきものとそうでないものとに二分する作用を営む。本件罰条の存在はマイノリティの葬祭の自由を制約するものであり、かつ、その制約は刑事罰という最大の制裁をもって強制されるものであるから非常に重い。

(3) 被告人が現に葬祭の自由を妨げられていること

本件被告人は、自室で死産した双子の遺体を段ボール箱に入れ、自室内の棚上に置いた。産後33時間におけるこの行為が、死体遺棄罪にあたるものとして起訴されている。第一審では、当該起訴事実に含まれる「放置」の要素が、葬祭義務を果たさなかったという不作為による遺棄にあたるものとして有罪判

¹⁹ 前掲山口522頁。

²⁰ 前掲井田554頁。

²¹ 大谷實『刑法各論（第5版）』347頁。

決が下された。原審では、段ボール箱に入れた行為が、作為による遺棄（隠匿）にあたるとして有罪判決が下された。

第一審・原審いずれにおいても、被告人が非難されているのは、産後約33時間の行動態様が不適切であり、国民の宗教的感情を害したという点である。

葬祭の対象たる双子は死産であり、自己の意思を表現し得る状態ではなかった。近しい遺族としてほぼ唯一の者は被告人である。本件は、遺族が自らの良心にしたがっておこなった弔いについて、公権力たる裁判所が、国民の宗教的感情を理由に不適切として非難し、刑罰を科すという構図となっている。

被告人は現に葬祭の自由を妨げられており、その制約の程度は甚だしい。

よって、かかる制約が憲法上許容されるかについて、慎重に検討していくことを要する。

3 法令違憲についての検討

(1) 妥当な審査基準

信教の自由は精神的自由に属するから、その制約にあたっては厳格な審査が求められる。

信教の自由の3つの側面、すなわち信仰・宗教的行為及び宗教的結社のうち、信仰の自由は絶対的に保障され、公権力による干渉は許されない。他方、宗教的行為の自由については、「それに優越するとくに重要な公共の利益のためには、必要最小限度の制約に服する」²²。もっとも、「宗教的行為は、多くの場合、内面的な信仰ないし宗教的信念に深くかかわり、それに基づいて行われる。両者の保護領域は重なり合っているのである。したがって、自然犯に触れるような場合を除き、規制の目的についても手段についても、厳格な基準によ

²² 前掲芦部133頁。

る司法審査が必要である」²³。

芦部は、かかる場合における厳格な審査基準として「最も制限的でない手段」(least restrictive means) のテストを用いるのが妥当である旨を述べている。これは、規制目的が「必要不可欠な公共的利益」(compelling public interest) であり、かつ、規制手段が必要最小限のものであることを要求するものである。

かかる枠組みにしたがって、本件について検討していく。

(2) 規制目的が必要不可欠な公共利益であるか

上記のとおり、本件罰条は風俗犯に分類される。抽象的集団としての国民や一般通常人を想定した上で、それらの「宗教的感情及び死者に対する敬虔・尊崇の感情」を保護法益とする。個人法益に資するものとは位置づけられていない。

したがって、本件罰条の規制目的とは、国民や一般通常人の宗教的感情及び死者に対する敬虔・尊崇の感情を守り、もって善良な風俗を維持することであると言える。

かかる目的は、必要不可欠な公共的利益であると言えるか。

本件罰条は風俗犯の中でもとりわけ道徳的色彩が強い。他の風俗犯、たとえばわいせつ犯であれば被害者の性的自由という個人法益の側面があるし、賭博・富くじに関する罪は一時の射幸心によって悪徳商法に騙されがちな消費者保護という側面がある。他方で本件罰条は、こうした個人の法益保護をほとんど志向していない。「死者に対する敬虔・尊崇の感情」を持てという、真に道徳

²³ 前掲芦部134頁。「…内面的な信仰と異なり、外面的行為である牧会活動が、その違いの故に公共の福祉による制約を受ける場合のあることはいうまでもないが、その制約が、結果的に行為の実体である内面的信仰の自由を事実上侵すおそれが多分にあるので、その制約をする場合は最大限に慎重な配慮を必要とする」(神戸簡判昭和50年2月20日(牧会活動事件))。

的な規範を市民に強制しようというものである。

こうした道徳的規範が時として人の品位を高め、社会を円滑にし得ることは否定できないが、そのことが直ちに法的に必要不可欠な公共的利益であると言うことはできない。法は最小限の道徳²⁴であるべきだからである。「もともと道徳は、独立した人格の、自発にかかる内面的な要請ないし決定によつて遵守せられてこそ、はじめて高い精神的価値をもつものであるから、法律をもつて道徳を強制せんとするのは道徳の真価を損うことなしとしないのである」（最判昭和48年4月4日（尊属殺事件）、下村意見）。

上述のように、人類は過去数万年前から、古今東西にわたり死者を弔う文化を築いてきた。「死者に対する敬虔・尊崇の感情」は人類の根本的な価値観のひとつと言ってよい。しかし、その軽重や表し方は人それぞれであり、また時代と共に移り行くものである。たとえば戦前の日本で一般的な行事であった「お盆」（盂蘭盆会）、すなわち夏季の一定期間に死者である先祖に親しみ墓参りをおこなうといった慣行が急速に変容していることは、現代に生きる我々がまさに体験しているところのものである。

こうした観点から見たとき、「死者に対する敬虔・尊崇の感情」を法的に強制することが「必要不可欠な公共的利益」に奉仕するものとは到底言えない。道徳や個々人の良心に委ねるべき領域であり、それこそがまさに憲法20条1項の趣旨にかなうものである。よって、本件罰条はその規制目的からして不当であって、「最も制限的でない手段」のテストに耐えられない。

（3）規制手段が必要最小限度のものであるか

上記のとおり、本件罰条はその目的において正当化されない。しかし念のため、仮に目的が正当だとしても、その規制手段が必要最小限度のものと言える

²⁴ ゲオルグ・イエリネック（大森英太郎訳）『法・不法及刑罰の社会倫理的意義』58頁。

かについて検討しておく。

本件罰条は、法定刑として3年以下の懲役を定めている。科料、罰金、拘留、禁錮などの、より軽い刑罰は選択されていない。法定刑は浄水毒物等混入（刑法144条）や強要（223条1項）と同等であり、殺人予備（201条）や強盗予備（237条）よりも重い。

すなわち、本件罰条においては、上記の目的を達成するための手段として、こうした比較的重い刑罰による威嚇が選択されている。

まず、刑罰を持ち出すことの妥当性について考える。

刑法は法益保護のための最後の手段（ultima ratio）でなければならない²⁵。いわゆる刑法の補充性である。正当な目的を実現するためであっても、まずは民事や行政的手段による実現が検討されなければならない。本件について言えば、墓地、埋葬等に関する法律のような行政的法規に死体の扱いに関する十分な準則を設け、あるいは死体遺棄にあたるべき行為に対して遺族に民事上の損害賠償請求権や差止請求権を強く認めるといった方法によっても、「死者に対する敬虔・尊崇の感情」を法的に保護することは可能である。

次に、仮に刑罰をもって威嚇することが必要であるとしても、上記のように比較的重い法定刑を設ける合理性があるだろうか。

本件罰条に類似するものとして軽犯罪法1条19号がある。同罪は「正当な理由がなくて変死体又は死胎の現場を変えた者」を処罰するものであり、公衆衛生及び刑事司法上の必要から定められた²⁶。同罪の法定刑は拘留又は科料（同

²⁵ 井田良『講義刑法学・総論（第2版）』19頁。

²⁶ 昭和23年の参議院司法委員会における、法務廳事務官（檢務局長）國宗榮の説明は以下のとおり。「次は十九號であります、これも公衆衛生及び刑事司法の必要のための規定でありまして、警察犯処罰令の十號二項を受け繼いだものでございます。犯罪捜査のためにはいわゆる現場の保存が必要でありますし、妄りにこれを變更されたために、捜査に重大な支障を來したことは一再では

法1条柱書)であって、本件罰条よりもはるかに軽い。立法目的及び保護法益から見れば、軽犯罪法1条19号の罪は本件罰条に匹敵し、あるいは上回る重要性を持ち得るものである。本件罰条が3年以下の懲役という重い罰を定めていることは、罰条間の均衡を失し、合理性を欠く。本件罰条の行為が公衆衛生上の重大な脅威である浄水毒物混入などと同等に評価されているのは明らかに行き過ぎであり、必要最小限の域を超えるものである。

以上により、本件罰条の規制手段は必要最小限のものとは言えず、「最も制限的でない手段」のテストに耐えられない。

(4) 小括

以上により、本件罰条は憲法20条1項に反して無効であるから、これに基づいて被告人を処罰することはできない。よって被告人に無罪が言い渡されるべきである。

4 合憲限定解釈及び適用違憲の検討

(1) 主張構造

全農林警職法事件(最判昭和48年4月25日)における田中・大隅・関根・小川・坂本らの意見によれば、「…基本的人権を侵害するような広範に過ぎる制限、禁止の法律といつても、常にその規定を全面的に憲法違反として無効としなければならないわけではなく…基本的人権の侵害にあたる場合がむしろ例外で、原則としては、その大部分が合憲的な制限、禁止の範囲に属するようなものである場合には、当該規定自体を全面的に無効とすることなく、できるかぎり解釈によつて規定内容を合憲の範囲にとどめる方法(合憲的制限解釈)、

ないのであります。又公衆衛生の面から見ましても、今日では必要があります場合には監察医が検束、解剖することになっておりまして、そのためにも現場の保存は必要である。こういう観点からここに採入れた次第でございます。」

<https://kokkai.ndl.go.jp/simple/detail?minId=100214390X00619480325&spkNum=3#s4>

またはこれが困難な場合には、具体的な場合における当該法規の適用を憲法に違反するものとして拒否する方法（適用違憲）によつてことを処理するのが妥当な処置というべきである。

前節に述べたとおり、本件罰条はその目的及び規制手段に瑕疵を抱えており、条文自体が憲法20条1項に抵触する疑いが強い。しかし、仮に本件罰条がそれ自体として全面的に無効と評価されないとしても、具体的な解釈適用のあり方によっては信教の自由を侵害し得る。

本節では、原審及び第一審において採用された本件罰条の解釈適用に問題があり、憲法上許されないものであることについて述べる。そして、憲法に適合するよう本件罰条を解釈した場合には、被告人の行為を本件罰条によって処罰することができないことを示す。

（2）下級審において採用された解釈

ア 第一審判決

第一審は本件罰条の「遺棄」について「一般的な宗教的感情を害するような態様で、死体を隠したり、放置したりすることをいう」と解する（一審判決2頁）。その上で被告人の行為につき次のように評価した。

「死産をまわりに隠したまま、私的に埋葬するための準備であり、正常な埋葬のための準備ではないから、国民の一般的な宗教的感情を害することが明らかである」（同2頁）。

「確かに、被告人は、えい児をタオルでていねいにつつみ、名前をつけるなどしており、えい児を愛おしむ気持ちがあった。また、ていねいに段ボール箱に入れ、埋葬するつもりで自室に置いている。しかし、被告人に愛情や埋葬の意思があったとしても、被告人はそれらをまわりに隠れてやろうとしたから、そのような私的な埋葬やその準備が、国民の一般的な感情を害することは変わ

りがない」(同3頁)。

イ 原判決

原審は「遺棄」について包括的な解釈を示していないが、第一審の定義を改めてもいない。梱包行為が「遺棄」にあたる場合について次のような規範を示しつつ、被告人の行為が「遺棄」に当たると評価した。

「もっとも、死体について一定のこん包行為をした場合において、その行為が死体遺棄罪にいう「遺棄」に当たかどうかを判断するに際しては、その行為が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ものであるかどうかを検討する必要がある。その行為が外観からは死体を隠すものに見え得るとしても、習俗上の葬祭（以下、単に「葬祭」という。）を行う準備、あるいは葬祭の一過程として行ったものであれば、その行為は、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ものではなく、「遺棄」に当たらない…」(原判決7頁、下線を施した。原判決にいう「葬祭」は常に「習俗上の葬祭」を指す)。

「…本件段ボール箱は、外観上、棚の上に置かれたこん包済みの荷物にしが見えず、その中に死体が入っていることは推測できない状態で置かれていた。このような態様で死体をこん包することは、火葬や埋葬を行ったり、その過程で死者を弔う儀式を行ったりする上で通常必要なことではない。…被告人が、葬祭を行う準備、あるいは葬祭の一過程として上記の行為をしたことをうかがわせる事情はなく、その行為は葬祭を行う準備等として行ったものではないと認められる」(同9～10頁)。

「そうすると、被告人の上記行為は、本件各えい児の死体を隠匿する行為であって、他者がそれらの死体を発見することが困難な状態を作出するものといえる。…本件各えい児の死体について、他者により適切な時期に葬祭が

行われる可能性を著しく減少させたという点において、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ものといえる」(同10頁)。

「確かに、被告人は、それらの死体をタオルで包むなどして丁寧に扱い、本件各えい児につけた名前やおわびの言葉等を書いた手紙を段ボール箱の中に入れ、本件段ボール箱を、自室にあった押し入れの中や自室の外ではなく自室にあった棚の上に置いた上で、自身も自宅内にとどまっていたから、本件各えい児の死を悲しみ、本件各えい児にわびるなどの心情を有していたと認められる。しかし、本件行為の内容及びその前後の被告人の言動からすれば、被告人が、本件各えい児の死体を隠匿し、他者がそれらの死体を発見することが困難な条供養を作出する意思をもってその行為をしたことは明らかである」(同11～12頁)。

ウ 下級審における解釈の総括

以上から、本件罰条に関する原判決の解釈は次のようにまとめられる。

「遺棄」とは一般的な宗教的感情を害するような態様で、死体を隠したり、放置したりすることをいう²⁷。

習俗上の葬祭を行う準備、あるいは習俗上の葬祭の一過程として行ったこん包行為は「遺棄」にあたらない。しかし習俗上の葬祭と認められないこん

²⁷ なお、この解釈は学説・最高裁判例と必ずしも一致していない。前掲山口524頁は「遺棄とは、死体等を移動させてから放棄・隠匿することをいう」と定義しており、移動を前提にしている。捜査機関の実務で広く使われている『犯罪事実記載の実務 刑法犯(5訂版)』258頁も同様の立場である。最判昭和29年4月15日は「そして刑法190条の死体遺棄罪は、死体をその現在の場所から他に移してこれを放棄することによって成立するものである」と述べており、やはり移動が遺棄の構成要素となる。最判昭和24年11月26日は隠匿行為について死体遺棄罪の成立を認めた事例であるが、これも死体を屋内床下に運び込んだというものであって、移動後に隠匿がなされている。詳細は刑法の章にて述べるが、本件のように死産した現場と「隠匿」の現場が同一室内であって、ほとんど移動を経ない事例を「遺棄」に含めて考えるのは、むしろ特異的である。

包行為は、他者が死体を発見することが困難な状態を作出するものである。

これは他者により適切な時期に習俗上の葬祭が行われる可能性を著しく減少させるから、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。よって遺棄にあたる。

行為者において、真摯に死者を愛おしみ、その死を悲しむ気持ちがあっても、その評価は変わらない。

なお、「習俗上の葬祭」の意義について、原判決は明らかにしていない。

「習俗」は宗教性を帯びないとの意味で使われることもある²⁸が、宗教的感情の文脈でこの単語が用いられている以上、このような意味にとると矛盾する。よって、より一般的に、「習俗」とは、縦に世代的伝承性をもち、強い規範性ないし拘束性を帯びた協同体の伝統的意思表現すなわち生活様式ないしそれを支えている思考様式をいい、一般に普遍性を有する民間の日常生活一般をいう」（前掲名古屋高判昭和46年）との意味において述べたものと解すべきである。すなわち「習俗上の葬祭」とは、古い世代から伝承された協同体の様式に従ってなされる葬祭のことをいう。

（3）原判決における解釈が憲法に反すること

原判決は、適切な時期に習俗上の葬祭がおこなわれること、それによって死者に対する国民や一般通常人の宗教的感情や敬けん感情が満足することに価値を見出し、それが満たされない場合において「遺棄」の成立を認めている。ほぼ唯一の遺族である被告人が、死産した我が子に対して明らかに有していた追

²⁸ たとえば津地裁昭和42年3月16日（津地鎮祭事件第一審）は、「…地鎮祭とはその名のとおり建築敷地の土地の神を祭り、工事の無事を祈願する祭であり、従つて右儀式は一見すれば神道特有の宗教的行事にあたるように見えるが、右儀式の実態を考察するとその宗教的色彩は非常に稀薄であり宗教的行事というより寧ろ習俗的行事という方が表現としては適切である…」と述べて、宗教的行事と習俗的行事を対比させている。

悼や哀惜の念は一顧だにされない。

すなわち、原判決の枠組みは、遺族たる被告人が有していた死者への感情よりも、日本において古い世代から伝承された協同体の様式に沿った葬祭がなされること、それによって遺族ですらない無関係な第三者を満足させることを、価値序列の上位に置くものである。これはまさに、マジョリティがマイノリティに対して、マジョリティ側の伝統を押し付け、「死者の葬祭はかくあるべきだ」と強制する構造にほかならない。「信教の自由の保障は、何人も自己の信仰と相容れない信仰をもつ者の信仰に基づく行為に対して、それが強制や不利益の付与を伴うことにより自己の信教の自由を妨害するものでない限り寛容であることを要請している」という憲法20条1項の趣旨に明らかに反するものである。

(4) 望ましい合憲的解釈

憲法20条1項の趣旨に適合するよう本件罰条を制限的に解釈するのであれば、次のようになろう。

すなわち「遺棄」とは、もっぱら死者の尊厳を毀損する目的及び態様でなされた死体の放棄または隠匿をいい、その目的及び態様の認定にあたっては、死者の生前の意思、行為者と死者の関係、行為者における死者への感情、国内外に存在する多様な宗教・宗派・民族の慣行などが斟酌されるべきである。

かかる合憲的解釈をもって本件被告人の行為をみたとき、本件罰条の「遺棄」に該当しないことは明らかである。第一審及び原審判決も認めるように、被告人は死産した我が子に対して悲しみや謝罪の強い気持ちを持ち、衷心をもって行動していた。段ボール箱に入れたという行為についても、被告人の母国での慣行からすれば決して奇異ではなく、また日本の常識に照らしても強い嫌悪感や冒瀆感を喚起するものではない。自ら死産の事実を周囲に告知しようと

はしていなかったが、それは「遺棄」該否の評価に影響するものではないし、そもそもかかる告知の義務はない。性や生殖は個人の幸福や尊厳の最奥に位置し、プライバシー権（憲法13条）からも尊重されるものだからである。被告人の行為は、目的及び態様のいずれとも「遺棄」と評価し得るものではなかった。

よって、正しく合憲的に解釈された本件罰条のもとでは、被告人は無罪である。

（5）適用違憲

上記のように合憲的に解釈せず、原判決が前提とする解釈によって本件罰条を被告人に適用した場合、被告人の葬祭の自由を著しく侵害することになる。よって、かかる適用は憲法20条1項に反するものであり、許されない。

5 小括

以上述べてきたとおり、本件罰条はそれ自体が憲法20条1項に反する。仮に、本件罰条の法文全体が違憲でないとしても、憲法20条1項の趣旨に適合するようこれを解釈した場合には、被告人に本件罰条を適用することはできない。よって、被告人は無罪である。

第2 適正手続保障

1 あいまい不明確ゆえに無効の法理

（1）憲法31条が明確な刑罰法規を求めていること

憲法31条は「何人も、法律の定める手続によらなければ、その生命若しくは自由を奪はれ、又はその他の刑罰を科せられない。」旨を定めている。いわゆる適正手続保障である。かかる原則から、刑罰法規の定める犯罪構成要件があいまい不明確である場合には憲法31条に違反するとの帰結が導かれる。

この点について参照すべき最高裁判決として、徳島市公安条例事件（最大判

昭和50年9月10日)が挙げられる。同判決によれば、「刑罰法規の定める犯罪構成要件があいまい不明確のゆえに憲法31条に違反し無効であるとされるのは、その規定が通常の判断能力を有する一般人に対して、禁止される行為とそうでない行為とを識別するための基準を示すところがなく、そのため、その適用を受ける国民に対して刑罰の対象となる行為をあらかじめ告知する機能を果たさず、また、その運用がこれを適用する国又は地方公共団体の機関の主観的判断にゆだねられて恣意に流れる等、重大な弊害を生ずるからである」。

(2) 刑罰法規の明確性を判断する枠組み

同判決によれば、「通常の判断能力を有する一般人の理解において、具体的場合に当該行為がその適用を受けるものかどうかの判断を可能ならしめるような基準が読み取れるかどうかによって決すべき」との判断枠組みを示している。

この判断枠組みは、さらに2つの段階的な準則へと分解される。すなわち、第一段階として、刑罰法規から解釈によって導出される「基準」が「通常の判断能力を有する一般人の理解」によって読み取れること(基準の読解可能性)、第二段階として、その「基準」が「通常の判断能力を有する一般人の理解」において、具体的場合に当該行為が刑罰法規の適用を受けるかどうかの判断を可能ならしめること(基準の適用可能性)である。

かかる枠組みにしたがって、本件罰条の合憲性を検討する。

2 本件罰条において問題となる要件

上記のとおり、第一審及び原審は、本件罰条における「遺棄」を「①一般的な宗教的感情を害するような態様で、②死体を隠したり、放置したりすることをいう」と解している(番号を付した)。

ここで②について考える。墓埋法の要請に従って死体を埋葬し、あるいは焼骨を埋蔵する行為も、外形的に見れば「死体を隠す」行為である。近年都市部にお

いて広く使われつつあるロッカー型の納骨堂も、狭小な密閉空間に焼骨を格納するものであるから、外形的には「死体を隠す」行為である。また、最近一般的になりつつある、海洋や山河への散骨は、管理されない野外において遺骨を野ざらしにするものであるから、外形的に見れば「死体を放置する」行為である。

このように考えると、遺体や遺骨を適法に弔う行為と、違法に遺棄する行為とは、外形的には識別することが困難であり、②は違法性を弁別する機能に乏しい。実質的に適法と違法を分かつのはもっぱら①である。

よって①、すなわち「一般的な宗教的感情を害するような態様」が、刑罰法規としての憲法31条の求める明確性を備えているか、考える必要がある。

3 基準の読解可能性を欠くこと

まず、通常の判断能力を有する一般人の理解において、本件罰条の法文から、下級審のいう「一般的な宗教的感情を害するような態様で」という基準が導けるかについて考える。

再掲となるが、本件罰条の法文は「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、三年以下の懲役に処する」というものである。「一般的な宗教的感情を害するような態様で」という基準を示唆する文言はない。

国語辞典により「遺棄」を調べると、「適切に処理（保護）すべきなのに、それを怠って、捨てたままの状態にしておくこと」²⁹、「すてておくこと」³⁰とあり、「一般的な宗教的感情を害する」との含意を見出すことはできない。

すなわち、通常の判断能力を有する一般人の理解において、本件罰条の法文から「一般的な宗教的感情を害するような態様で」という基準を導くことは不可能

²⁹ 山田忠雄ほか『新明解国語辞典（第7版）』

³⁰ 見坊豪紀ほか『三省堂国語辞典（第8版）』

である。

4 基準の適用可能性も欠くこと

次に、通常判断能力を有する一般人の理解において、「一般的な宗教的感情を害するような態様で」という基準が、具体的場合に当該行為が刑罰法規の適用を受けるかどうかの判断を可能ならしめるものと言えるかについて考える。

前節で信教の自由に関して述べた際に論じたように、世界各地域には実に多様な葬祭儀礼がある。日本国内に限っても葬祭儀礼の方式は多種多様であって、しかも時代と共に次々と新しい葬祭儀礼が生まれている。葬祭に関する人々の意識は時代と共に急速に変容しており、多様化の一途をたどっている。「これが一般的な宗教的感情である」と明確に指し示せるようなものは存在しない。死産した遺児を箱に入れて一緒に死産直後の一晩を過ごすことが国民の宗教的感情を害する不適切な「遺棄」であり、遺骨を海に撒いたり宇宙に打ち上げたりダイヤモンドに加工することが宗教的感情にかなった適切な「習俗上の葬祭」であると、確信をもって断定できる一般人はいないと思われる。

すなわち、「一般的な宗教的感情を害するような態様で」という基準は、通常判断能力を有する一般人に対し、具体的場合に刑罰法規の適用を受けるかどうかの判断を可能とするものではない。

5 現に恣意的な運用がなされていること

徳島市公安条例事件最高裁判決は、あいまい不明確な刑罰法規が禁止される理由として「その運用がこれを適用する国又は地方公共団体の機関の主観的判断にゆだねられて恣意に流れる等、重大な弊害を生ずる」点を挙げている。

本件罰条は現に恣意的に運用されており、かかる弊害が現実化してしまっている。近年、孤立出産した妊産婦が本件罰条により摘発・起訴される事例が相次いでいるが、妊産婦を支援する産婦人科医等から重大な懸念が寄せられている。以

下はその一部である。

事件時期	地域	事案	被疑者	参照
2016年1月	静岡	死産した新生児の遺体を自宅で保管していた	父母（いずれも高校生）	クリスチャントゥデイ 2016年2月15日
2020年12月	東京	死産した新生児の遺体を自宅で保管していた	母親	共同通信 2020年12月18日
2021年5月	鹿児島	死産した新生児の遺体を自宅で保管していた	母親	南日本新聞 2021年11月6日
2021年9月	香川	死産した新生児の遺体を自宅で保管していた	母親	朝日新聞 2021年10月15日
2022年1月	広島	死産した新生児の遺体を自宅で保管していた	母親	中国新聞 2022年1月27日

こうした事例からもわかるように、本件罰条はもはや、「国民の宗教的感情及び死者に対する敬虔・尊崇の感情」といった本来の保護法益に沿って運用されていない。実質的に、捜査機関が病院外で死亡届未了の死体を発見した場合に便利に適用される道具として機能してしまっている。

6 小括

以上により、本件罰条は基準の読解可能性及び適用可能性のいずれも満たしておらず、憲法31条の要請を満たさない。

よって、本件罰条は違憲無効であり、これを適用して被告人を有罪にすることはできないから、無罪が言い渡されるべきである。

第3 結論

以上述べてきたとおり、本件罰条は憲法20条1項及び31条に違反して無効である。原判決が被告人に有罪を言い渡したことは憲法違反であり（刑訴法405条1号）、これが判決に影響を及ぼすことは明らかであるから、破棄されなければならない（刑訴法410条1項本文）。

また、憲法に適合するよう本件罰条を制限的に解釈した場合には、本件起訴事

実は犯罪を構成しない。よって、原判決には判決に影響を及ぼすべき重大な事実の誤認があり、これを破棄しなければ著しく正義に反する（刑訴法411条3号）。

第3章 刑法上の論点

第1 刑法上の論点の概要

1 第一審から原判決への流れ

原判決は、一審判決（熊本地方裁判所令和3年7月20日判決）の法令適用の誤りを認め、破棄したが、罪となるべき事実として「被告人は、令和2年11月15日頃、の当時の被告人方において、被告人がその頃に出産したえい児2名の死体を段ボール箱に入れて接着テープで封をし、その段ボール箱を別の段ボール箱に入れて接着テープで封をした上、自室内にあった棚の上に置き、もって死体を遺棄した。」と新たに認定し、自判した。

2 原判決が認めた実行行為

原判決は、被告人がえい児2名の遺体を段ボール箱に入れた行為そのものについては、死体遺棄罪が成立するものではないと明確に否定しており（原判決11頁）、また、出産から被告人が医師に死産を告白するまでの1日と9時間においては、死体の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ものではないとして、不作為による死体遺棄罪についても否定している（原判決13頁）。

しかし、原判決は、被告人が、令和2年11月15日頃に死産したえい児2名の死体を段ボール箱に入れ、セロハンテープ（一審甲2号証）で封をし、その段ボール箱を別の段ボール箱に入れて、セロハンテープで封をした上で、自室内の棚の上に置いた行為（以下、「本件行為」という。）が遺棄にあたるかについて新たに次の通り判断した。

「死体について一定のこん包行為をした場合において、その行為が死体遺棄罪にいう「遺棄」に当たるかどうかを判断するに際しては、その行為が死体遺棄罪

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ものであるかどうかを検討する必要がある。その行為が外観からは死体を隠すものに見え得るとしても、習俗上の葬祭を行う準備、あるいは葬祭の一過程として行ったものであれば、その行為は、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ものではなく、「遺棄」に当たらない（原判決7頁）とした上で、被告人の上記行為は、「葬祭を行う準備、あるいは葬祭の一過程として行ったものではなく、本件各えい児の死体を隠匿する行為であって、他者がそれらの死体を発見することが困難な状況を作出するものといえる」とし、「被告人が本件各えい児の死体について葬祭を行わない場合、それらの死体があることを他の者が知れば、被告人宅の家主や被告人以外の本件各えい児の親族等の者が本件各えい児の葬祭を行う可能性があり、それらの葬祭を行う者がいない場合は、それらの死亡地である芦北町の長がこれを行うことになる（墓埋法9条1項参照）。被告人の上記行為は、本件各えい児の死体について、他者により適切な時期に葬祭が行われる可能性を著しく減少させたという点において、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ものといえる」として、本罪の遺棄に該当すると認定した（この行為の具体的評価については後述する）。

被告人の行為の評価に先立って、原判決は、被告人が自身の妊娠の事実を勤め先（技能実習先）の代表者や技能実習生の受け入れ、実習の監理等を行う団体（監理団体）の職員といった周囲の者に対し告げなかったことや死産後に監理団体職員に連れられて受診した病院の医師に対して、最初は妊娠していないと言っていたという事実を認定し、被告人のえい児2名の死体を隠匿する意思をもって本件行為を行ったと判示したものである。

3 本章の構成

本章では、原判決の上記判示事項が、隠匿による死体遺棄罪の成否について、

死体の「隠匿」が本罪の「遺棄」とされ得る理論状況を整理する（第2）。

判決に影響を及ぼすべき法令の違反（第3）では、原判決がいう「死体に一定のこん包行為をした場合」において「葬祭の準備か一過程」であるか否かによって「遺棄」該当性を判断することは誤りであることを指摘する。その上で、隠匿による本罪の成否は、死体の現在の状況、発見困難の程度、時間的にも相当期間の葬祭が妨げられたといえるのかについて客観的に判断すべきである旨を論じる。本件は葬祭意思を失っていない葬祭義務者による一時的な保管であるから、適時適切な葬祭が妨げられたものではなく、また行為の態様からしても本罪の保護法益を侵害するものではないと結論づける。

続いて、原判決が高等裁判所判例と相反するものであること（第4）を述べる。隠匿による本罪の「遺棄」の解釈について述べた最高裁判所判例は存在しない。福岡高判令和3年6月25日では、「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」旨判示する。この福岡高裁判決の規範に従っても、被告人に死体遺棄罪が成立するものでもない。また、本件は被告人が孤立出産に陥った末に死産となったが、妊娠や死産を雇い主等に言えなかったことは、死体を隠し適時適切な葬祭を妨げる意思や行為を推認するものではない。ここに重大な事実の誤認（第5）を指摘する。

結論（第6）では、本件について寄せられたさまざまな意見もここで紹介しながら、原判決を破棄しなければ著しく正義に反することを指摘する。

第2 「隠匿」による死体遺棄

1 序言

死体遺棄罪における遺棄とは、「習俗上の埋葬等とみられる方法によらないで死体等を放棄すること」（大塚仁ほか編『大コンメンタール刑法第9巻〔第3版〕』（青林書院、2013年）245頁）である。

その典型は、死体を山中に埋めて放棄する行為や海や川に投棄して放棄する行為であろう。

裁判例においては、「刑法190条における死体遺棄罪は、死者に対する社会的風俗としての宗教的感情を保護法益とし、死体を現在の場所より他所に移して放棄するのはもちろん、宗教風俗上、死体の処置に関し、道義上首肯し得ないような方法で埋葬、冷遇放置、隠匿する場合には、死体遺棄罪が成立するものと解するのが相当である」とする（東京高裁昭和56年3月2日判決・高等裁判所刑事裁判速報集昭和56年108頁）。

上記裁判例にもあるとおり、本罪にいう遺棄とは、死体の放棄だけでなく、隠匿についても遺棄にあたることが、いわば当然のごとく理解されてきた。死体の隠匿行為について本罪の遺棄と認めた判例や裁判例には、代表的なものだけでも、以下のものがある。

- ・殺害した死体を屋内床下に運び入れて隠匿したもの（最高裁第二小法廷昭和24年11月26日判決・刑事判例集3巻11号1850頁）

- ・犯跡隠蔽のため死体を殺害現場である家屋の押入れ内の奥の布団と壁との間に落とし込むように入れ、マットレスを被せて覆い、外部から容易に発見し得ないようにしたもの（前記東京高判）。

- ・死体を被告人方納戸の洋ダンス内に運び入れ、同ダンスの扉を閉じて粘着テープで目張りするなどしたもの（東京地裁八王子支部平成10年4月24日判

決・判例タイムズ995号282頁)。

しかし、「遺棄」と「隠匿」はその語義からも異なる概念であるのに、なぜ死体の「隠匿」が本罪の遺棄とされ得るのかについては本件の検討に不可欠であるから、最初に論ずることとする。

2 「隠匿」による遺棄をめぐる歴史的背景

現行刑法の制定当初は死体遺棄罪に隠匿が含まれると当然に解されるものではなかった。

現行刑法施行直前に制定された警察犯処罰令(明41内16)は、2条34号に「人ノ死屍又ハ死胎ヲ隠匿シ又ハ他物ニ紛ハシク擬装シタル者」と規定し、法定刑は、30日未満の拘留または20円未満の科料であり、現行刑法施行当初、死体隠匿は死体遺棄と区別されていた。死体の隠匿は、現在多数の判例で当然のように死体遺棄にあたるとされているが、そもそも死体隠匿は死体遺棄とは異なる概念である(あった)。

この刑法上の死体遺棄罪と警察犯処罰令の死体隠匿罪との関係について、死者の親族が死体を土中に埋没隠匿して死体遺棄罪で起訴され、弁護人が死体隠匿罪であると主張した事案(大三刑判大8・5・31刑録25輯3巻727頁)で、大審院は、「法令又ハ習慣ニ依リ埋葬ヲ行フニ非スシテ死体ヲ放置シタルトキハ仮令土中ニ埋没シタルト雖モ死体遺棄罪ヲ構成シ死体隠匿罪ヲ構成セサルモノトス」と判示した。

これは土中に埋没隠匿した事案であり、葬祭義務者である死者の親族が葬祭義務に違反して放置したという不作為犯として認定したものといえようが、死体隠匿罪は死体遺棄罪に吸収されたと解される。

当該大審院判例以降も、死体を土中に埋没した事案において、死体遺棄罪の成立が認められ、警察犯処罰令における死体隠匿罪については論じられていない

(大一刑判大13・3・4刑集3巻3号175頁、大六刑判大15・8・27法律新聞2626号16頁、大5刑判昭4・6・27法律新聞3031号15頁、大三刑判昭20・5・1刑集24巻)。これらの判例の特徴としては、いずれも葬祭義務者たる親族が、死体を土の中に埋没した事案であるが、不葬送という葬祭義務に違反した不作為として処罰されている点である。

不作為による死体遺棄罪については、母親が出産したえい児を砂中に埋めて窒息死させたうえ、その死体をそのまま放置してその場を立ち去った事案において、「死體遺棄罪ハ葬祭ニ關スル良俗ニ反スル行爲ヲ罰スルニ在ルヲ以テ死體ヲ他ニ移シテ之ヲ遺棄スル場合ハ勿論葬祭ヲ爲スヘキ責務ヲ有スル者カ葬祭ノ意思ナクシテ死體ヲ放置シ其所在ノ場所ヨリ離去スル如キモ亦死體遺棄罪ヲ構成スル」

(大審院大正6年11月24日判決刑録23輯1302頁)と判示されて以降、葬祭義務者が、死体を放置し、その場から立ち去る場合に、死体遺棄罪の不真正不作為犯が成立すると解されている。

ここにいう葬祭義務者とは、「法令又ハ慣習ニ依リ葬祭ヲ爲スヘキ責務アル者若ハ死體ヲ監護スヘキ責務アル者」(大判大正13年3月14日大刑集3巻25号)を指す。

一方、葬祭義務者でない者による土中への埋没について、大審院は、殺人罪を犯した犯人がその罪跡を掩ぺいするために視認を完全に不可能にする土中への埋没を行った事案において、死体隠匿罪ではなく死体遺棄罪を認定した。

その後、警察犯処罰令は、昭和23年に廃止されたが、後継の軽犯罪法においても死体隠匿罪は規定されていない。また、昭和49年の改正刑法草案242条1項で現行刑法190条の損壊、遺棄と並んで隠匿も規定している。

これを処罰範囲の拡張ではなく注意的な明示と説明するとしても、遺棄が当然に隠匿を包含している訳ではないことを示している。

このように、死体遺棄罪と死体隠匿罪が併存していた時代においては、視認不可能にする土中埋没という、「隠匿」と評価できる事案であっても、不葬送という不作為による遺棄を認めたことに照らせば、少なからずとも、大審院は葬祭義務者の死体の「隠匿」とされる作為であっても即作為による「死体遺棄」と認めてきたわけではなかったといえる。

葬祭義務者による死体遺棄の場合、当該作為が葬祭義務の履行の一態様であるのか、本罪の保護法益を侵害する隠匿であるのか区別することは、そう単純ではない。特に、当該作為に死者に対する追悼の意味合いが込められている場合には、本罪が保護しようとする死者に対する追悼・敬虔感情と真っ向から対立するため、裁判所が不用意に価値判断を示すことは困難だからである。

3 死者に対する追悼・敬虔感情を害する死体の隠匿について

(1) はじめに

隠匿とは、「隠」と「匿」の二文字から成り立ち、「隠」とは、「何かの影になるようにする」「人の目にふれないようにする」の意味を持ち、「匿」とは「ひそかに隠しておくこと」を指す。そして、これらの二文字から成り立つ「隠匿」は、「包み隠すこと」を言い、「死体の隠匿」とは、「死体を人の目にふれないように、包み隠すこと」である。では、この「死体を人の目にふれないように、包み隠すこと」が即ち死体遺棄に該当するかといえ、当然そうではない。

棺に死体を納める行為も、「死体を人の目にふれないように、包み隠すこと」であるが、これが死体遺棄罪に該当するとは考えられていない。

(2) 死体遺棄罪の保護法益

本罪は、刑法第24章・礼拝所及び墳墓に関する罪の中に規定されており、判例によれば、「礼拝所及ヒ墳墓ニ関スル罪ノ本質ハ信教上ノ善良ノ風俗ヲ害ス

ルニ在ルヲ以テ其ノ行為ノ客体タルヘキ神祠仏堂ハ勿論墳墓死体遺骨ノ類ト雖
須ラク祭祀礼拝ノ対象タルモノタラサルヘカラス」（大判昭和9年6月13日刑
集13巻747頁）とされ、本罪は宗教生活上の善良な風俗を保護するもので
あり、死者に対する宗教的感情、死者に対する追悼・敬虔の感情を社会的法益
として保護するものと理解されている。前掲東京高裁昭和56年3月2日判決
でも、本罪の保護法益が、「死者に対する社会風俗としての宗教感情」とする。

本罪の保護法益を「死者に対する宗教的感情」、「死者に対する追悼・敬虔の
感情」のいずれに捉えるとしても、その中身は、もともと曖昧かつ漠然とした
ものであるし、社会、文化、風俗が多様化、国際化するのに伴って変化するも
のであるから、本罪の保護法益が侵害されたか否かの判断は、慎重になされな
ければならない。

なぜならば、ある行為が弔いのためになされた場合に、これが死者に対する
宗教的感情や追悼・敬虔感情を害すると判断することは、裁判所が当該行為者
の宗教的感情、追悼・敬虔感情に干渉し、宗教的行為の自由、信教の自由（憲
法20条1項）に対する侵害にもなりかねないためである。これは本罪が特定
の宗教を保護するものではないとしても、国家権力の作用としての信教の自由
への介入の危険は常に孕んでいる。

その上で、追悼・敬虔感情について、いかなる要素が考えられるかである
が、本罪が個人的法益に対する罪でなく社会的法益に対する罪であることは、
前述した通りであるから、基本的には、社会の死体取扱いに関する一般的な理
解（葬礼風俗）であると考えられる。一方で、死者の生前の意思や埋葬の権利
義務を有する者（達）の意思を全く無視して良いかといえば、そうではない。
たとえば、埋葬の権利義務を有する者の意思を全く無視して、社会の死体取り
扱いに関する一般的理解のみで判断することは必ず信教の自由、葬祭の自由と

の衝突が生じることになるし、社会の葬礼風俗なるものが、死者の生前の意思や埋葬の権利義務を有する者の意思を全て排除して観念されているわけでもない。

このように、本罪の保護法益である「死者に対する追悼・敬虔感情」そのものが、上記のいずれの要素を備えた概念であって、殺人罪や傷害罪の保護法益である「生命」や「身体」のように、言葉から意義が導かれるものでもない。

本罪の「遺棄」の該否は、上記複数の要素が「死者に対する追悼・敬虔感情」を混成していることからしても、真に本罪の保護法益を侵害したものといえるかにつき裁判所は、謙虚にかつ慎重に判断すべきである³¹。

（３）死体遺棄罪の「遺棄」

本罪が、社会的法益に対する罪であり、風俗に対する罪であることからしても、社会的に見て「公衆の一般的な宗教感情を害する態様の死体の放棄・隠匿」「死者に対する追悼・敬虔の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」である。

このときの「遺棄」とは、離隔、すなわち場所的移動を伴う死体の放棄・隠匿であることも忘れてはならない^{32・33}。「遺棄」の語義上、「遺」（のこす）及び

³¹ これらの比重は時代や社会情勢により変化するもので、本人・遺族の望む即身仏、風葬、鳥葬、散骨、冷凍保存の許容性は、それが社会の死体取扱いの理解範囲に入るか、入らないとしても本人・遺族の意思を排すべきほど葬礼風俗に反する程度が強いものか、という観点から判断されるべきである（西田典之ほか編『注釈刑法第2各論（1）』（有斐閣 2016年）676頁〔嶋矢貴之〕）。

³² 山口厚「刑法各論（第二版）」（有斐閣 2010年）524頁は、「遺棄とは、死体等を移動させてから放棄・隠匿することをいう」と述べられる。

³³ 「犯罪事実記載の実務 刑法犯（5訂版）」は、「遺棄」とは「通常、場所的移転を伴い、死体の現存する場所から他の場所に移動させて放棄するものであるが、そのほか、法令、慣習等によって埋葬すべき義務のある者が祭祀の意思なく死体を放置してその場を離れ去ること、死体の隠密な埋

「棄」(すてる)という二文字から成立するが、「のこす」とは、客体を携行することなく原所在場所から離去することであり、「すてる」とは客体を保存に適さない場所に移置して当該場所から離去することである。そのどちらの概念も場所的移動(現所在場所からの離隔)や場所的離隔を内容としている³⁴。従って、場所的移動や場所的離隔といった要素は、文理解釈上も本来的な概念と考えるべきである。これは死産と同一室内で行われた本件行為の評価に関わってくる。

従って、死体遺棄罪の保護法益、「遺棄」の概念からすると、たとえ、場所的な移動を伴って死体等を放棄・隠匿するような行為がなされても、それが、死者に対する追悼・敬虔の感情を害しない態様で行われたのであれば、死体遺棄罪における「遺棄」にあたらないことになる。

(4) 隠匿による本罪の成否

次に、「隠匿」がなぜ本罪の保護法益を侵害する可能性のある実行行為たり得るのかを論じる。

この点、死体などが葬祭義務者以外の者によって、死者に対する追悼・敬虔感情を害するような態様で隠匿されると、葬祭義務者による死体の発見が難しくなり、ひいては習俗上の埋葬なども難しくなるからと一般的に解されている。川端博「判批」芦部信喜＝若原茂編『宗教判例百選〔第二版〕』(有斐閣、1991年)215頁によれば、死体遺棄罪の隠匿は、「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虔感情を害するもの」としている。つまり、

没、床下への隠匿なども遺棄である。この遺棄の行為は、具体的に(どこからどこまでどのようにして運び、どう処置したか)摘示すべき」とする。

³⁴ 不作為による死体遺棄罪については、場所的離隔を必要としないとした名古屋高金沢支判平成24年7月1日が存在するが、大阪地判平成30年7月2日を除き、追従する判決は見られず、爾後の賛同を得られていない。

死体の隠匿がなぜ死体遺棄罪における遺棄と解されてきたのかといえば、葬祭義務者による葬祭を妨げることによって、間接的に死者に対する追悼・敬虔感情を害することになるからであると説明される。

後述する福岡高判令和3年6月25日も、「死体を死亡の現場から移動させる行為が、宗教風俗上、死体の処置に関し、隠匿する行為として死体遺棄罪に該当するとされる理由は、死体が死亡現場から離れることにより、死者の身元が不明になったり、遺族等が死者の死亡の事実を知る機会を失わせたり、移動に伴う時間の経過により、死体が腐敗変質するなどして尊厳を失った状態になることで、死体を適時適切な状況で葬るという宗教風俗上重要な行為が不可能になるおそれが大きいかからと考えられる。」と判示している。これも、適時適切な状況で死体を葬るのは葬祭義務者であり、この葬祭義務者による葬祭が不可能になるおそれが大きいため、隠匿が死体遺棄罪として処罰されると理解できる。

ここで確認しておかなければならないのは、上記の保護法益の箇所でも見た通り、ここにいう「適切な状況で葬る」との「適切性」は、墓地、埋葬等に関する法律といった法律によって付与されるものではない。地域性、時代的な変遷によって多様となる葬法は、墓地、埋葬等に関する法律のような墓地や埋葬に関する行政法令に違反したとしても、死者に対する追悼・敬虔感情を害するかどうかは別の判断を要するからである⁸⁵。適切な葬祭という意味の曖昧さは、適

⁸⁵ 福永俊輔「意見書」においても、「例えば、日本の大部分で行われている火葬はイスラム教では固く禁じられているが、イスラム教徒の死体を火葬した場合、イスラム教徒の宗教感情、死者に対する追悼・敬虔の感情を害したということになりかねない。他方、許可を得ずに土葬をしたとしても、故人を偲ぶ何人ものイスラム教徒が集まり、イスラム教の習俗に則ってねんごろに土葬をした場合、確かに墓理法には反すると言い得るが、さらに進んで死体遺棄罪が成立するかについては、（裁）判例に基づけばおそらく成立するということになるのであろうが、しかしながらイスラム教

時適切な葬祭を妨げたという点を論拠とする「隠匿」による遺棄においても十分に留意されなければならない。

ともかく、死体遺棄罪における隠匿は、死体を山中や海の中に放棄するという典型的な遺棄と異なり、隠匿という態様によって死体発見が困難になり、葬祭義務者による葬祭を妨げることで、死者に対する追悼・敬虔感情を害するという、間接的に法益を危殆化することに処罰根拠があるものと考えられている（伊藤嘉亮「刑事裁判例批評〔423〕」『刑事法ジャーナル2021-69号』（成文堂246頁）。この「間接的な法益の危殆化」という説明は、「隠匿」と「遺棄」の明らかな語義の違いを一定補うものと言い得る。

一方で、「死体の発見困難化」が直ちに法益侵害を意味するものではない。

すなわち、死体の発見困難化が法益侵害を意味するのであれば、発見を容易化することは法益の保全となるのであって、適法評価となるはずであるが、そうではない。死体の発見を困難にすることが犯罪であれば、例えば、人の死体を自動車内から路上に移置して発見を容易にする行為は犯罪を構成しないことになるが、そう解釈はされていないのである。死体は葬送されることにより、死者に対する追悼・敬虔感情が満たされることになる。

葬送されるべき死体が葬送されないこと、それは死体が土中に密かに埋没される状態でも、路上に放置されて人目に晒される状態でも、その死体の現況からして死者に対する追悼・敬虔感情を害することになり得、保護法益が侵害されると理解しなければならない。発見困難性というものが本罪の保護法益との関係でどのような意味を持つのかは、死体が葬送されないことによる法益の危殆化とともに常に意識して論じなければならない。

徒の宗教感情、死者に対する追悼・敬虔の感情を害したと言い得るかという点で慎重な判断が求められよう。」と述べられる。

「隠匿」とされる行為が本罪に該当するとされているが、床下に収納される、土中に完全に埋没される、路上に位置される、放置して立ち去るといった、死者に対する追悼・敬虔感情を害するような死体の状況が作出されたことにその本質があると解すべきである。

(5) 葬祭の意思を有する被告人の本件行為が本罪の実行行為といえるか

本件は、原審の福岡高等裁判所が、「葬祭義務者」である被告人が死産したえい児2名の遺体を「隠匿」したとして死体遺棄罪を認定した事案である。

原判決は、「被告人が現にした本件作為は、葬祭を行う準備、あるいは葬祭の一過程として行ったものではなく、本件各えい児の死体を隠匿する行為であって、他者がそれらの死体を発見することが困難な状況を作成するものといえるから」（原判決7頁）本罪の遺棄にあたるとした一審判決の判断を是認しており、「他者がそれらの死体を発見することが困難な状況を作成」したことに本罪の成立の根拠があるとしている。

しかし、本罪の遺棄となる隠匿は、第一義的には、葬祭義務者による葬祭を困難にすることに処罰根拠が存在するし、通常、葬祭義務を負わない者は死体を葬祭するようなことはしない。

棺に遺体を入れる行為は、習俗上遺体の取り扱いとして死者に対する追悼・敬虔の感情を害さないから本罪の遺棄にあたらない。そして見方を変えれば、死体を包み隠す行為であり隠匿と評価できるが、葬祭義務者によって行われるのが通常であるから、これによって葬祭義務者による葬祭が困難になっていないと説明できる³⁶。葬祭は葬祭義務者によって行われるのが通常であって、葬祭

³⁶ 反対に、葬祭義務者による葬祭を望まず、第三者が自ら埋葬しようと棺に死体を入れた場合、葬祭義務者による適時適切な埋葬が妨げられたと言えようが、「隠匿」による遺棄が直ちに成立するかどうかについては、議論の余地がある。

義務者が葬祭の意思を有していれば、適時適切な葬祭が妨げられたとはいえない。一つの例を挙げると、特定の親族や知人に対して死者の死亡の事実をひた隠しにしつつ、遺体を棺に入れた場合、これら特定の親族等の葬祭は確かに妨げられるが、死体遺棄罪は成立しないと解するのが通常であろう。葬祭義務者が葬祭の意思を有している限り、特定の親族等に死亡の事実を明かさなくても、適時適切な葬祭が妨げられたとは言えないからである。

この点は特に重要であり、本件では、葬祭義務者である被告人が葬祭を行わないことは確定した事実ではない。

被告人は、一審の検察官の反対尋問に対して、「そのうち元気になったら埋葬してあげようと思った。」「その時は大変動揺していて、自分の体に起こった出来事に対して頭真っ白になって、そのうち元気になって落ち着いてきたら、何かきちんとやろうとは思いました。ただ具体的に何をするかは、そこまでは考えていませんでした。」（被告人質問調書20頁）と供述するように、元気になってから埋葬することは考えていたものの、死産をした出来事に対し、頭が真っ白になり具体的に何をすれば良いのかどうすれば良いのかは考えていなかった。

被告人には「何かきちんとやろう」との考えしかなかったものであるが、わが国では、土葬は禁止されておらず（墓地・埋葬等に関する法律参照）、雇い主や監理団体を含め、被告人が死産を明かしたくない相手に明かさないまま、法律に基づき土葬の手続をとることは不可能ではなかったものである。外国人であり2年ほどしか日本で生活していなかった被告人は、どこでどのように埋めるのかについて不見当であったが、体力回復後に時間をかけて埋葬方法を調べることや雇い主や監理団体以外の相談先を調べることも十分可能であって、葬祭の意思そのものを放棄したものではなかった。

一審は、「私的な埋葬」や「正常でない埋葬」と表現するが、埋葬の意思自体は認定しており、被告人がねんごろに本件各えい児を埋葬する意思を認めている。原判決も、被告人が「他者がそれらの死体を発見することが困難な状況を作出した」とするが、「被告人が本件各えい児の死体について葬祭を行わない場合」を前提としており、被告人が葬祭を行わないことは確実であったとは言っていない。こうした被告人の私的埋葬なる行為に向けた意思を確定的に有していたと認定するような節がみられる一審も、原判決も、具体的方法はわからなくても、被告人の葬祭の意思そのものは否定していない。

そして、本件行為は、葬祭義務者による被告人によって行われたものであるから、葬祭義務者による死体の発見が困難になったものでもないし、葬祭義務者による葬送が困難になったものでもない³⁷。

被告人が本件各えい児を、完全に土中に埋没する行為に至るなど葬祭を放棄する場合はともかく³⁸、被告人の本件行為によって、本件各えい児が適時適切に葬送されない具体的な危険性が生じたものであるのか、以下、具体的な上告理由の検討に入る。

第3 判決に影響を及ぼすべき法令の違反があること（刑訴法411条1号）

1 被告人による「隠匿」による遺棄判断の是非

（1）原判決の「隠匿」による遺棄判断

原判決は、本件を「死体について一定のこん包行為」をした場合として、「被

³⁷ 死産当日、「何かきちんとやろうと思って」おり、葬祭の意思を維持していた被告人にとって墓埋法上葬祭する者がいない場合に葬祭義務を負う「芦北町の長」といった被告人以外の者の葬祭は無用である。

³⁸ 仮に被告人が土中に本件各えい児を埋没した場合には、死体隠匿という評価も可能ではあるが、これが本罪の遺棄に当たるかどうかは、本罪の保護法益を侵害したかどうかという点で別途の検討を要する。

告人が現にした本件作為は、葬祭を行う準備、あるいは葬祭の一過程として行ったものではなく、本件各えい児の死体を隠匿する行為であって、他者がそれらの死体を発見することが困難な状況を作出するものといえるから、本件作為が死体遺棄罪にいう「遺棄」に当たるとした原判決の判断は、正当として是認することができる」と述べる。

しかし、原判決が判示する死体のこん包行為が、必ずしも葬祭を行う準備、あるいは葬祭の一過程ではない場合、常に死体遺棄罪に該当するとするのは、かなりの論理の飛躍がある。

(2) 葬祭の一過程・準備は本罪の該否を決めるものではないこと

ア 原判決の論理の飛躍

繰り返しになるが、死体の「隠匿」が死体遺棄罪に該当する理由は、隠匿によって適時適切な死者の埋葬が妨げられ、これにより死体が葬祭されなくなる事態が生じることで、死者に対する追悼・敬虔感情が害されるからである。その意味で、死体を見えなくするこん包行為が形式的には死体を見えなくする「隠匿」であっても、葬祭を行う一過程や準備であれば、死者の最終的な葬祭は妨げられているものではないから、死体遺棄罪に該当しないというのは首肯できる。

しかし、葬祭を行う一過程や準備として行われたとは必ずしも言えない場合でも、葬祭義務者による死体の一時的な保管・安置であれば、直ちに死体の適時適切な葬祭が妨げられたとはならない。本罪の「遺棄」が死者に対する追悼・敬虔の感情を害する態様で行われた死体の放棄・隠匿であることから、葬祭の準備であるかどうかと遺棄該当性は、必ずしも同義でないのである。

イ 葬祭義務者による行為全てが葬祭上の意味を有するものではないこと

葬祭義務のほとんどは、同居する親族に突如として課せられるのが通常である。慣習上、葬祭義務を負うと解される者が殺害行為に及ぶ等、自らその死を招来せしめる行為に至らない限りは、その死を予期することはできない。

本件のように被告人が妊娠8か月から9か月の早産であり、突如として葬祭義務を負うに至った場合もそうであるが、例えば、心不全で家族が突然死した場合も突如として葬祭義務を同居の親族が負うことになる。突然の身内の死に接して、気が動転して何をして良いかわからないということも十分ある。自宅の床に倒れて亡くなっていたために、とりあえず遺体を布団に入れることや、毛布を被せるということもあろうが、こうした行為が葬祭のためにとられたものであるとか、葬祭の一過程や準備とまでは言い難い。流産や死産の場合に、どのような手続をとってよいかわからずとりあえず遺体を箱の中に保管することもある。

葬祭を行おうとする葬祭義務者であっても、特に死後まもなく行われた行為の全てが、原判決のいう葬祭の一過程や準備に分類されるものでもないし、そのような意味合いが必ず含まれているものではない。「このままではかわいそう」であるとか「どうしたら良いかわからないのでとりあえず」行われることは多く想定される。

現実には、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取り敢えず冷蔵庫で保管したケース³⁹や知人宅で死産したもののどのような対応を取っていいかわから

³⁹ 「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>

ず取り敢えず死体を袋に入れて病院に相談したケース⁴⁰などが実際に起きている。

このように想定される事例や実際に起きたケースにおいても、葬祭義務者がもはや死者の葬祭を行わないことを前提として語られているわけではない。どうしていいかわからない、しかしそのままにしておくには忍びないと考えて行った葬祭義務者の行為が、葬祭義務に違反しているわけでもないし、葬祭の意思が放棄されているわけでもない。当該行為が葬祭のプロセスの一部でなくても、適時適切な葬祭が妨げられるものでは必ずしもない。

また、特に死産直後の母親は、体力面においても精神面においても、疲弊し切った状態にある。このような状態の母親によってとられたわが子に対する行動の一つ一つに葬祭上の意味を求めること自体、死産した子の遺体の処置に関し、死産直後の母親に完璧な葬祭上の行為を求めることになり、過酷というほかない。

現に被告人は、長時間のお産とこれに伴う相当の出血、そして死産したわが子との対面により肉体的にも精神的にも疲弊し切った状態であったことは動かし難い事実である（弁3号証2頁・3頁、被告人質問）

したがって、ある行為が葬祭の一過程か準備かどうかは、隠匿による死体遺棄の成否を分ける必須の要素ではない。

ウ 小括

原判決のように、葬祭の一過程や葬祭の準備でないから遺棄であるとするのは、突然の死産によって葬祭義務を負い、肉体的・精神的に疲弊しきった状況の者に、死体の取り扱いにつき死体遺棄罪成立の余地が全くないほどの

⁴⁰ 「東京・赤ちゃん遺棄容疑の女性 『事前相談受けた』 院長『保護せず逮捕は遺憾』 慈恵病院」毎日新聞（地方版／熊本）2020年12月11日21頁。

完璧さを求めることになり、隠匿による遺棄を判断する規範として明らかに妥当でない。

原判決が、遺棄該当性において、本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虔感情を害したかどうか検討する必要があるとした点においては首肯できるが、検討にあたって葬祭の一過程や準備かどうかによって判断したことは、必ずしもそのように言えない行為を遺棄として認める結果になりかねず、刑法190条の法令解釈を誤ったものであるといえる。

むしろ、葬祭の一過程や準備かどうかという判定で遺棄該当性を判断することは、行為を「死者に対する追悼・敬虔感情を害するか否か」ではなく、「葬祭として許容できるか否か」という判断に落とし込むことになり、前章で述べたようなマジョリティによるマイノリティに対する葬祭方法の押し付けともなっており、憲法上も許容されない解釈である。

従って、当該行為が葬祭のプロセス上の行為であるかどうかは、「隠匿」による「遺棄」該当性の判断において必須の要素でない。

(3) 適時適切な埋葬を妨げたかの判断には時間的な考慮を要すること

ところで、死体は最終的に適時適切に葬祭（埋葬）されなければならないから、適時適切な葬祭がなされない場合、葬祭義務者には、「葬祭義務違反」を理由にして不作為による死体遺棄罪が成立することになる。

原判決は、被告人の不作為による遺棄を否定するにあたり「葬祭義務者が死体の存在を認識した後直ちに葬祭を行わなかったとしても、それだけでは死者に対する一般的な宗教的感情や敬虔感情を害するとはいえず、「死体の葬祭義務を負う者が葬祭を行わないという不作為が作為による遺棄と構成要件的に同価値のものとなったと評価するには、適切な時期に死体の葬祭を行わなかったという点で上記の法益を害するといえることが前提になると考えられ」、した

がって「死体の葬祭義務を負う者が葬祭を行わないという不作為が死体遺棄罪にいう死体の『遺棄』に該当するのは、その者が死体の存在を認識してから同義務を履行すべき相当の期間内に葬祭を行わなかった場合に限られると解するのが相当である」と述べる。

これは、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、火葬や埋葬が禁止されていること（墓地、埋葬等に関する法律3条）や死産届が死産後7日以内に提出すること（死産の届出に関する規程4条）、通夜や葬式等の儀式を行う上でも数日間死体をそのままにしておくことから、正当な判断であるといえる。

そうすると、葬祭するための「適時」「適切な時期」というのは、このように求められる葬祭義務を果たすまでの一定期間内（原判決のいう「相当の期間内」）を指すと解される。葬祭義務者は、即座に葬祭義務を果たさなければならないというわけではなく、一定の時間的猶予が与えられていることは明らかである⁴¹。

隠匿の判断の場面においても、「適時適切な葬祭」を妨げることで遺棄となるのだから、葬祭までの時間的な要素は構成要件該当性判断において重要な要素となると解すべきである。

すなわち、死体を見えなくする行為といっても、その程度は様々であり、完全に土中に埋没させたり、床下にしまい込むといったその時点で既に適時適切な葬祭がもはや期待できないことが明らかな場合もあれば、一時的に保管するに過ぎない場合もある。前者であれば、死者に対する追悼・敬虔感情を害する態様で行われれば、もはや葬祭は行われない状態に至ったと言えるが、死体を

⁴¹ 西田ほか・前掲註31）676頁〔嶋矢貴之〕は「（死体遺棄行為の）開始時期は、特に不作為の場合は、合理的な葬送期間の経過と死体の状態変化を勘案して決められるべきであろう」と述べる。

一時的に保管するに過ぎない後者の場合、葬祭が行われるべき相当の期間内であれば適時適切な葬祭が妨げられたとは評価し難い。

また、死体を見えなくする行為が死後いつの時点で行われたのかも重要である。すなわち、腐敗がすでに始まっている状態で死体を周囲から見えなくすれば、適時適切な葬祭が妨げられたと言い易い。しかし、死後直後であって、未だ葬祭を行うに必要な期間が経過していない場合には、その時点の行為を以て適時適切な葬祭が妨げられたとは端的に言い得ない。

この点、妻の死体を洋タンス内に入れた行為を隠匿とした前掲東京地八王子支判においても「妻の死が発覚すると右税理士への復讐ができなくなるとして、死臭を放ち始めた妻の死体を被告人方の洋タンス内に入れて目張りするなどして隠匿したもの」と認定しており、死臭を放ち始めた状態に対する死体への作為が適時の葬祭ができなくなったと評価することで本罪の成立を認めている⁴²。このような事例であっても、時間的猶予がもはや認められない死臭を放ち始めた死体の現況に照らして適時の葬祭妨害を判断する。

従って、土中埋没や床下収納など、適時適切な葬祭が明らかになされないと判断できる場合を除き、葬祭が行われるまでの相当の期間内に、葬祭義務者が死体を一時的に保管する場合にあっては、葬祭義務者によって適時適切に葬祭することができるのであり、葬祭義務者でない他者により適切な時期に葬祭が行われることを妨げたか否かを検討する余地はない⁴³。

⁴² 松宮孝明『「他者による葬祭可能性の減少」と死体遺棄」6頁以下では、死体の隠匿は、殺人犯人などによる犯跡の隠ぺいのための「隠匿」と葬祭義務者による葬祭の懈怠としての「隠匿」であるとし、同裁判例が「葬祭義務者による適時の葬祭の懈怠の認定」であり後者に属すると述べられる。

⁴³ 松宮・前掲8頁では、「葬祭義務者が適時・適切に埋葬するのであれば、他者による死体発見を困難にする『隠匿』があっても、本罪は成立しない。これは、死亡診断書と死亡届があれば残され

そのため、「隠匿」による死体遺棄罪の判断にあたっては、当該行為が、現に死体の状況に照らして、適時適切な葬祭を妨げるに足りるだけの行為かどうか、そしてこれにより死者に対する追悼・敬虔感情を害するものであるのかどうかによって客観的に判断されるべきであり、その判断には、死体の現在の状況に照らして死体発見が困難になる程度のみならず時間的にも相当期間内の葬祭が行われることを妨げるに足りる「隠匿」と評価し得るかによって判断されるべきである⁴⁴。

そこで、被告人の本件行為が上記のようにその程度や時間において客観的に適時適切な埋葬を妨げるものであるのかについて検討する。

(4) 原判決による「隠匿」による遺棄のあてはめ

原判決は、被告人の本件行為について、「本件各えい児の死体を段ボール箱に入れて4片の接着テープで封をし、その段ボール箱を別の段ボール箱に入れた上で9片の接着テープで封をし、その状態の同段ボール箱（以下「本件段ボール箱」ということがある。）を自室にあった棚の上に置いた。」と述べ、「本件段ボール箱自体は隠されておらず、他者がその箱を発見することは難しくなかったといえる。しかし、本件段ボール箱は中に死体が入っていることがわかる外観のものではなく、被告人は、本件各えい児へのおわびの言葉等を書いたという手紙も段ボール箱の中に入れており、本件段ボール箱の周りには、その中に死体が入っていることをうかがわせる物を一切置いていなかった。そのため、本件段ボール箱は、外観上、棚の上に置かれたこん包済みの荷物にしか

たパートナー1名のみでの密葬も『死体遺棄』ではないことは明らかである。そもそも死体はむやみに人目に晒すものでもない。」と述べられる。

⁴⁴ このような解釈をとっても、葬祭がもはや期待できない行為態様の場合には隠匿による死体遺棄が成立すると考えられ、相当期間内に葬祭しなければ、不作為の死体遺棄が成立すると考えられるので、従前の裁判例と齟齬が生じることは考えにくい。

見えず、その中に死体が入っていることは推測できない状態で置かれていた。このような態様で死体をこん包することは、火葬や埋葬を行ったり、その過程で死者を弔う儀式を行ったりする上で通常必要なことではない」と評価し、これによって「他者により適切な時期に葬祭が行われる可能性を著しく減少させたという点において、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ものといえる」とした。

(5) 本件行為による死体発見の困難性の程度

原判決の「本件各えい児の死体を段ボール箱に入れたこと自体が『遺棄』に当たるのではな（い）」との判示通り、死産後すぐに段ボール箱に遺体を入れることで適時適切な葬祭が妨げられたと評価することは出来ない。

その上で、被告人の本件行為が存在しない場合、段ボール箱は開いたままであり、えい児の死体はタオルに包まれたままであった。そして手紙が添えられていたのであるが、このような外観からは、既に死体が入っていることは推知することはできない。

さらに言うと、被告人は当時実習先の寮に1人で生活していたものであり、被告人以外の者が自由に立ち入りを許される状況になかった。被告人は、その場から立ち去ってもいないし、死産したのも、段ボール箱に遺体を入れ本件行為を行ったのも同じ室内で完結している。そうすると、場所的な移動もなく、同一室内で行われた被告人の本件行為によって、死体の外観上の視認可能性は、変化するものではない。

また、被告人の自室は他の部屋と廊下で繋がっており、被告人の死産後は布団、自室内、自室前や玄関手前の廊下、居間、洗面台、便所などに死産による出血の痕が残ったままであり（一審甲3号証「現場の見取図」）、死産があった状況というのは客観的にも明らかである。何より、雇い主である実習先の代表

者や監理団体は被告人の妊娠に気づいていたのだから（一審甲8・9号証）、同人らが死産を感知することは容易であって、死体発見の困難さが本件行為によって増したとは評価し難い。

死体はむやみに人目に晒すべきでないという万人に共通する死者に対する敬虔感情として、死体が安置してある箱を誰もが構わず開封してよいわけではなく、被告人が本件各えい児をタオルに包み段ボール箱に入れた行為も、箱を二重にしたりセロハンテープでとめた行為にしても、むやみ人目に晒さないという評価は共通である。死体発見の困難性の評価に差異を設けるだけの違いはない。

このように本件行為によって死体発見の困難性が作出されたとはそもそも認められない。

（6）相当期間内の葬祭妨害の有無

そして、被告人が死産してから死産を医師に告白するまでの33時間は、被告人が適切な時期に葬祭しなかった時間ではないことも原判決の判示の通りである。

また、被告人が葬祭の意思を放棄していないことは明らかであって、「その時は大変動揺していて、自分の体に起こった出来事に対して頭真っ白になって、そのうち元気になって落ち着いてきたら、何かきちんとやろうとは思いました。ただ具体的に何をするかは、そこまでは考えていませんでした。」と述べるとおり、具体的な方法や時期は未定であっても、体力回復後にきちんと弔うために一時的に死体を安置（保管）していたに過ぎない。

加えて、本件行為は死産直後にとられたものであり、直ちに葬祭することが急がれるほど死体の腐敗が進行している状況にもなく、死体の身元が分からなくなったわけでもない。

むしろ、本件行為の客観的な評価としては、箱を二重にする行為は死体を入れる容器として丈夫にし、セロハンテープで蓋をとめた行為は、密閉することで外気との接触を最小限にして、遺体の腐敗損壊を防ぎ、適時適切な葬祭を実現する積極的な効果を有すると解するのが正しい。

被告人による適切な葬祭が適時に行われる可能性が存在する中で、死体の状態に照らしても、時間的にも、相当の期間内における葬祭が妨げられたとはいえないし、かかる状況においては葬祭義務者である被告人を差し置いて、他の者が葬祭することは想定されないのであるから、他者により適切な時期に葬祭が行われる可能性を著しく減少させたということにもならない⁴⁵。

現に被告人は、翌日に医師に死産を告白したものであるが、その後、正式な手続に則って、葬祭を果たした（弁6号証の1・2）し、体力回復後に埋葬手続をインターネット等で調べることや信頼できる大人を見つけて相談することも現実的な可能性として存在していた。

本件行為は、被告人が、死体をそのまま布団の上に転がしておくことで死体が晒される状況にあることを憐れみ、死産直後の限られた条件下でかき集めた品々で精一杯とった行為である⁴⁶。被告人にとって、令和2年11月15日に出産、まして死産することになろうとは到底予期できなかった。この時点で蓋が閉まる棺や産婦人科で使用する蓋つきの箱（弁3号証資料1・2）を購入することを被告人に期待することは到底できない。原判決が「本件段ボール箱は

⁴⁵ 原田保「意見書」8頁は、被告人が「埋葬の意思を維持していたのであるから、行政機関による葬送は無用である」と述べられ、松宮・前掲9頁以下も、「墓埋法9条1項を引用して本件を市町村長などの他社が葬祭をすべき事案とみなす根拠は原判決からは明らかでない」と述べる。

⁴⁶ 一審判決は、被告人の行為を「えい児をタオルでていねいにつつみ、名前をつけるなどしてえい児を愛おしむ気持ちがあった。」「ていねいに段ボール箱に入れ埋葬するつもりで自室に置いている」と認定する。

中に死体が入っていることがうかがわれる外観のものではな（い）」というのも、死産を予期して、死体を入れる箱を事前に準備しろと言っているに等しいから妥当でない。

こうした棺や産婦人科で使用される箱は、死体を入れるために製作されたものであるが、蓋を閉めることや死体が抜け落ちないように丈夫に造られている。そのような棺や産婦人科の箱が許されて、被告人が封をしたり二重にすることが許されないとする合理的な理由はないはずである。

そうすると客観的にも死産当日の被告人の本件行為によって、相当期間内で本件各えい児の葬祭が現に妨げられるほどの具体的な危険性は発生しておらず、「隠匿」による「遺棄」には当たらないから、死者に対する追悼・敬虔感情を害するものでなく被告人に死体遺棄罪は成立しないので、無罪である。

2 被告人の本件行為は死者に対する追悼・敬虔感情を害さないこと

そもそも、被告人の本件行為によって本罪の保護法益が侵害されたと評価することは誤りである。

いかなる行為がなされた場合に、死者に対する追悼・敬虔感情を害したと言えるかであるが、上記で指摘した通り、本罪の保護法益はもともと曖昧かつ漠然である。そのため、本罪の保護法益を侵害したと言えるかにつき慎重に判断しなければ、当該行為者の宗教的行為の自由に不要に干渉することになりかねない。

本罪の「遺棄」がもつばら死者の尊厳を毀損する目的及び態様でなされた死体の放棄または隠匿を言い、その目的及び態様の認定にあたっては、死者の生前の意思、行為者と死者の関係、行為者における死者への感情、国内外に存在する多様な宗教・宗派・民族の慣行などが斟酌されるべきことは、本書第2章第1・4（4）「望ましい合憲限定解釈」で述べた通りである。

本件行為は、被告人が、①本件各えい児をタオルで丁寧にえい児を包み、②段

ボール箱に入れて、③弔いの手紙を添え、④段ボール箱に封をし、⑤これを一回り大きな段ボール箱に入れ、⑥この段ボール箱に封をし、⑦自分の足元よりも高い位置にある棚の上に置いたという、この死産直後に精一杯とられた一連の行為のうち、④、⑤、⑥の行為が「隠匿」として論じられている。

あくまでも、死体遺棄罪の成否は、死者に対する宗教的感情にせよ追悼・敬虔感情にせよ、これら保護法益を侵害する行為であるかどうかにより決せられる。

これら一連の行為は、一審判決が、「えい児をタオルでていねいにつつみ、名前をつけるなどしてえい児を愛おしむ気持ちがあった。」「ていねいに段ボール箱に入れ埋葬するつもりで自室に置いている」と認定する通り、被告人の本件各えい児に対して、えい児に対する真摯な弔いの情に基づき、ていねいに執り行われた入棺と安置の行為であった。

被告人の「そのうち元気になったら埋葬してあげようと思った。」「その時は大変動揺していて、自分の体に起こった出来事に対して頭真っ白になって、そのうち元気になって落ち着いてきたら、何かきちんとやろうとは思いました。ただ具体的に何をするかは、そこまでは考えていませんでした。」との言葉から明らかなように、具体的方法はわからないが、ねんごろに本件各えい児を葬りたいと考えていたことは争いようのない事実である。

また、被告人が妊娠や死産の事実を雇い主である運営会社の代表者や監理団体に告げずとも、被告人が行ったていねいな行為が死者に対する追悼・敬虔感情が害されると評価されるわけでも当然ない。

その上で、原判決は④、⑤、⑥の本件行為を問題とするが、客観的には死体を入れる箱を丈夫にし、封をする行為は害虫や外気の侵入を防ぐ性質を有するし、死体の現在の状態を悪化させる行為でもない。

このような性質を客観的に有する本件行為は、死者を毀損するような目的でも

態様でも行われたわけでもない。むしろ、赤ちゃんが「寒くないように」ととられた行為であって、わが子をねんごろに葬りたいと考え、一貫してていねいに行われた被告人の①から⑦までの一連の行為のうちの一部に過ぎない。葬祭上の意味を持たないとして、一連の行為のうちごく一部の評価が変わることは解釈として不自然であるし明らかに妥当でない。

上記の理由からも、被告人の死して生まれてきたわが子に対して真摯に詫げる気持ちや愛情を持って行われた本件行為が、死者を冒瀆するような態様で行われたものでないことは明らかであるし、死者に対する追悼・敬虔感情という保護法益を侵害するような行為ではないのであるから、被告人の本件行為が死体遺棄罪に該当すると解するのは明白な誤りである。

3 「事後の処置に関する被告人の意図」に関する判示の誤り

なお、弁護人らは、控訴趣意書において、被告人のした行為が死体の遺棄に当たるか否かは、当該行為の客観的な態様から判断すべきであると主張した。これに対して、原判決は、「死体遺棄罪は、被告人が死体を『遺棄』したと評価される行為をした場合に成立するのであるから、遺棄該当性は、被告人が現にした行為が『遺棄』に当たるとはいえない場合に、その行為について、被告人が、事後に本件各えい児の死産を他者に隠したままでそれらの死体を埋葬する意思でしたことを考慮し、それが私的に埋葬するための準備であることを理由として『遺棄』に当たると認めることは、実質的には予備に当たる行為を死体遺棄罪で処罰することに等しく、そのような解釈は採り得ない」という。

原判決のいう死体遺棄罪の「遺棄」判断が、当該行為の客観的な態様から判断すべきとした点は、正しいといえる。刑法上の犯罪によっては、一見中立的に見える行為も、その後どういう行為を予定しているかによって犯罪となり得ることは、予備罪によって処罰される余地がある（金物屋で包丁を購入する場合、行為

者が事後に殺人を予定している中でこれを行えば、殺人予備罪〔刑法201条〕が成立する余地がある)。しかし、当然ながら本罪には予備罪を処罰する規定はないのであるから、原判決がいうように私的埋葬の準備として遺棄該当性を認めることは許されない。

しかし、原判決は、続いて、死体について一定のこん包行為をした場合において、本罪の「遺棄」該当性を判断するに際しては、「その行為が外観からは死体を隠すものに見え得るとしても、習俗上の葬祭を行う準備、あるいは葬祭の一過程として行ったものであれば、その行為は、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ものではなく、『遺棄』に当たらないから、被告人が現にした行為がそれらを害するものであるかどうかを判断するに当たって事後の死体の取り扱いについての意図を考慮することは誤りではない。」とする。

一審の認定では、被告人の行為が私的に埋葬するための準備、すなわち、私的埋葬の手段として行われたとされており、原判決はこのような方法で本罪の成立を認める解釈は採り得ないとしているが、こん包行為については事後の死体の取り扱いについての意図を考慮することは誤りでないとしているのである。

刑法上、一般に行為者の主観、計画が法益侵害の現実的危険性判断の資料に使用されることは皆無であるとは言えない。拳銃を脅迫目的で構えるのか、発砲目的で構えるのかによって被害者の生命侵害に対する現実的危険性が変わってくるからである。しかし、そのような理解においても、死体遺棄罪における「隠匿」は死者の適時適切な埋葬を妨げることによって、法益が危殆化され则认为のだから、現に行われた行為が死者の適時適切な埋葬を妨げるに足りるものであるのかという行為の客観的態様によって、遺棄該当性が判断されなければならない。

そもそも本件では、原判決において被告人の事後の行為計画というものは、審

理も尽くされていないし、具体的に認定されていない。一審判決のいう「私的な埋葬」が何を指すのかも明らかでない⁴⁷。

原判決からは、「自分が元気になったら土中に埋葬しようと思っていた旨述べる」との言及はあるが、それ以上はいつ、どこで、どのように事後の埋葬をするつもりであったのかについて全く触れられていないのである。

むしろ、被告人は、「その時は大変動揺していて、自分の体に起こった出来事に対して頭真っ白になって、そのうち元気になって落ち着いてきたら、何かきちんとやろうとは思いました。ただ具体的に何をするかは、そこまでは考えていませんでした。」と述べるに過ぎないのであるから、被告人の事後の行為計画を具体的に認定することもできない。

そうすると、非常に曖昧で観念めいた意図を遺棄判断に取り込むことになるだろうが、原判決も明確に認定していない事後に予定された行為と本件行為が密接したものであるのかすら不明であるし、前項で述べたとおり、被告人の本件行為を客観的に評価すれば、適時適切な埋葬が妨げられるに至ったものではないのであるから、結局はそのような意図を被告人が有しているがゆえに隠匿による遺棄を認めることになりかねない。まさに原判決のいう「現にした行為だけを見れば『遺

⁴⁷ 最決平成16年3月22日は、複数の行為が存在する場合、実行行為の範囲、更には着手の有無を画する上で、「実行犯3名の殺害計画は、クロロホルムを吸引させてVを失神させた上、その失神状態を利用して、Vを港まで運び自動車ごと海中に転落させて死させるというものであ(る)」と具体的に犯行計画を認定したうえで、それに照らして「第1行為は第2行為を確実かつ容易に行うために必要不可欠なものであったといえること、第1行為に成功した場合、それ以降の殺害計画を遂行する上で障害となるような特段の事情が存しなかったと認められることや、第1行為と第2行為との間の時間的場所的近接性などに照らすと、第1行為は第2行為に密接な行為であり、実行犯3名が第1行為を開始した時点で既に殺人に至る客観的な危険性が明らかに認められるから、その時点において殺人罪の実行の着手があったものと解するのが相当である。」と判示するが、ここでも事後に計画した行為との時間的場所的近接性をもとに危険性判断をする。

棄』に当たるとはいえない場合に、その行為について、被告人が、事後に本件各
えい児の死産を他者に隠したまま自身でそれらの死体を埋葬する意思でしたこと
を考慮し、それが私的に埋葬するための準備であることを理由として『遺棄』に
当たると認めることは、実質的には予備に当たる行為を死体遺棄罪で処罰するこ
とに等しく、そのような解釈は採り得ない」との判示と矛盾することになるもの
であって、判断として失当である。

4 小括

以上に述べたとおり、原判決は、本件における「隠匿」による死体遺棄罪の解
釈を誤ったものであり判決に影響を及ぼすことは明らかである。そして、第6
「結論」で述べるとおり、原判決が破棄されなければ、著しく正義に反するもの
であるから、原判決の破棄は免れない。

第4 高裁判例違反（刑事訴訟法405条3号）

本件は、原判決と異なる「隠匿」による死体遺棄罪の解釈に関する高等裁判例
が存在する。この点について述べた最高裁判例はないから、これが、刑訴法40
5条3号に該当することは明らかである。以下、敷衍して述べる。

1 福岡高裁令和3年6月25日判決

福岡高判令和3年6月25日（裁判所ウェブサイト）は、自動車内で死亡した
死体を同車両で運搬する行為について、隠匿による死体遺棄罪が成立するかにつ
いて「死体遺棄罪は、原判決も説示するとおり、死者に対する社会的風俗として
の宗教的感情を保護法益とするものであって、宗教風俗上、死体の処置に関し、
道義上首肯しえないような方法で埋葬、冷遇放置、隠匿する場合には、死体遺棄
罪が成立するものと解するのが相当である（東京高裁昭和56年3月2日判決・
高等裁判所刑事裁判速報集昭和56年108頁参照）」とした上で、「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」と判示した。

継続的な暴行の結果死亡した被害者の死体の発見を免れることを含めて死亡に係る事件性が発覚しないようにする意思で1時間後に119番通報するまでの時間稼ぎのために運搬した行為について、隠匿による死体遺棄罪の成立を否定したものである。このような、死体発見を免れることを含め、死体に関する事件性についての発覚防止を動機目的とした点については、道義的非難が免れないとしながら、隠匿に該当するかについては関係ないとする。本罪の保護法益が死者を悼み、適時適切に葬るという宗教風俗上の感情であり、罪証隠滅の防止や犯人の適切な処罰といった刑事司法上の要請は含まれていないということに留意する必要があるとした上での判断である。

本高裁判決は、本罪の保護法益が死者を悼み、適時適切に葬るという宗教風俗上の感情であることから、単に従前の状態に比較し死体発見が容易でなくなっただけでは隠匿による死体遺棄罪は成立しないとして、死体発見の困難さの①程度、②時間が、死者を悼み、適時適切な埋葬を妨げる必要があるとして、死体発見の困難性に程度のみならず時間的な要素を考慮事情の一つとしている。

完全に周囲から死体の視認を不可能にする場合、死体を見えなくしている点で発見困難性の程度は大きいですが、そうであれば、①の死体発見の困難さの程度のみで、隠匿による死体遺棄罪の成否は決すると考えられる。しかし、前記福岡高裁は、①の程度のみならず、②時間的にも死体発見の困難さを考慮し、適時適切な埋葬を妨げる必要があるとした。そうすると、隠匿による死体遺棄罪においては、その隠匿行為によってもたらされた死体発見の困難性に時間的要素を求めているものと解することができる。

この時間的な要素が死体遺棄罪における隠匿の認定においてどのような意味を持つかであるが、この点、死体の行方が一時的に不明になったとしても、すぐに死体を発見し、葬祭義務者による習俗上の埋葬が適時になされるのであれば、「死者を悼み、適時適切に葬るという宗教風俗上の感情」を害するおそれが生じたことにならない。

そのため、隠匿による死体遺棄罪は、習俗上求められる期間内に埋葬することを不可能または困難ならしめる必要があると考えられる。

2 福岡高裁令和3年6月25日判決と原判決との相反

一方、原判決は、「その行為が外観からは死体を隠すものに見え得るとしても、習俗上の葬祭（単に「葬祭」という。）を行う準備、あるいは葬祭の一過程として行ったものであれば、その行為は、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ものではなく、「遺棄」に当たらない」とし、葬祭の一過程として行ったものであるかについて、事後の死体の取り扱いについての意図を考慮することは誤りでないとした。その上で被告人の本件行為は、「葬祭を行う準備、あるいは葬祭の一過程として行ったものではなく、本件各えい児の死体を隠匿する行為であって、他者がそれらの死体を発見することが困難な状況を作出するものといえる」として隠匿による死体遺棄罪が成立するとしており、時間的な要素について考慮せず、葬祭の準備であるのか、葬祭の一過程として行ったものであるのかという判断のみで、本罪の保護法益を害するかどうかを決している。

しかし、死体遺棄罪の遺棄該当性は、あくまでも「被告人が現にした行為が『遺棄』に当たるかどうか」により判断すべきである。

被告人の意図や計画については客観的構成要件該当性判断においては考慮すべき事情ではない（なお、被告人が埋葬の意思を有していたが、死産当日、具体的にどうしたら良いのかわからなかったことは一審から一貫して供述している）。

原判決は、このように葬祭の準備や一過程かどうかという点に着目して隠匿による死体遺棄罪を判断するが、これが葬祭の準備、一過程かどうかを裁判所が判断することの危険性は、本書第2章における信教の自由との関係においても明らかであろう。例えば、被告人が、赤ちゃんが寒い思いをしないで済むと思って箱を二重にしたこと（被告人調書9頁）についても、えい児を弔う上で意味があったとは述べておらず、葬祭を行う準備、あるいは葬祭の一過程として行ったとうかがわせる事情はないとしている。しかしながら、（亡くなって生まれたわが子が）「寒い思いをしないで済む」というのはまさに死者に対してどのような態度で臨むかどうかという被告人の死者を悼む感情に基づくものであるのに、これが葬祭を行う準備や一過程であるのか、火葬や埋葬を行ったり、その過程で死者を弔う儀式を行ったりする上で通常必要なことであるのかどうかで判断することは、信教の自由、葬祭の自由に対する裁判所の干渉という危機的な結果を招来しかねない。

また、原判決は、被告人が段ボール箱をテープで封をすることや二重にすることが葬祭の準備等として行ったものでなく、「(そのような) 行為の内容及びその前後の被告人の言動（ウ（イ）及び（エ））からすれば、被告人は本件各えい児の死体を隠匿する意思をもってその行為をしたと認められる」とする。

これは、被告人が妊娠や死産の事実を運営会社の代表者や監理団体、監理団体が連れて行った病院の医師に告げることができなかったこと（上記のウ（イ）及び（エ）の箇所）を死体の隠匿と結びつける判断である。被告人が妊娠や死産の事実を運営会社や監理団体に告げることができなかったことは、前章で述べた通り被告人が誰に妊娠や死産の事実を告げて告げないのかというプライバシー権にも関わってくる問題であると同時に、前掲福岡高裁令和3年6月25日判決の「死体に関する事件性についての発覚防止を動機目的とした点については、道義

的非難が免れないが、隠匿に該当するか否かの判断に影響はない」との判示とも相反しているといえよう。

妊娠や死産を特定の人物に言えないということと「死体を隠す」というのは全く異なるものであるし、被告人の本件行為との関係では、動機目的ですらない。被告人が孤立出産に陥った「事情」を「隠匿による死体遺棄」という構成要件成否の判断に取り込む原判決は、やはりその点においても高裁判決と相反していると言わざるを得ない。

この隠匿による死体遺棄罪の判断において、妊娠や死産の事実を言えなかったことと併せて、葬祭の準備、あるいは葬祭の一過程として行われたか否かによって判断する原判決と、死体発見を困難にした程度や時間を考慮して適時適切な葬祭を妨げるものであったのかによって判断する福岡高判令和3年6月25日判決との相反性は顕著なものであり、同福岡高裁判決に基づけば、本件で隠匿による死体遺棄罪は成立しないものであるから、ここに適法な上告理由（刑事訴訟法405条3号）が存するものである。

3 福岡高判令和3年6月25日によるあてはめ

その上で、同福岡高裁判決が示した隠匿による死体遺棄罪の判断に本件をあてはめてみる。同判決は、「死体を死亡の現場から移動させる行為が、宗教風俗上、死体の処置に関し、隠匿する行為として死体遺棄罪に該当するとされる理由は、死体が死亡現場から離れることにより、死者の身元が不明になったり、遺族等が死者の死亡の事実を知る機会を失わせたり、移動に伴う時間の経過により、死体が腐敗変質するなどして尊厳を失った状態になることで、死体を適時適切な状況で葬るという宗教風俗上重要な行為が不可能になるおそれが大きいかからと考えられる。」という。

同判例は死体の移動が隠匿として遺棄になる理由を示したものであるが、隠匿

による死体遺棄罪一般と異なる解釈をすべき理由はないから、本件の場合においても上記のような要素を考慮して判断するに、当然、被告人の本件行為によって身元が不明になることはない（さらに被告人はえい児らの名前をつけている）。また、被告人は葬祭義務者であって、被告人以外の者が死亡の事実を知らなくても、葬祭を行うことは可能であるから、遺族等が死者の死亡の事実を知る機会を失わせたものでもない。被告人が、死産を医師に告げたのは、死産からわずか1日と9時間後であり、本件作為も死体をタオルで包み、箱を二重にしたりテープで封をすることによって死体が外気に触れずに済み、死体が腐敗変質するような状態にもなっていない。

また、十数片のテープで封をした行為についても、そのテープは粘着せいの高いガムテープではなく、セロハンテープであって、段ボール箱の蓋が勝手に開くのを防ぐ程度のものであるが、死体発見の困難の程度という意味では、むしろテープの枚数は関係がない。

被告人が住んでいた自宅は、被告人しか住んでおらず、その管理権は被告人のみに存在していたものであって、雇い主である運営会社の代表者を含め、誰しものが自由に立ち入りを許される場所ではなく、死体発見の困難の程度は変わりはない。そして、本件えい児の死体を段ボール箱に入れた行為は、被告人が死産したえい児を布団の上に転がしたままにしておけないとして取られた行動であるが、被告人が死産した同じ自室内の棚の上に置かれた段ボール箱は、部屋の襖を開ければ目の前に位置していたものであり、被告人以外の者からしても、被告人のみが管理する自室内において布団の上に転がった状態から、本件行為によって段ボール箱に入れられた状態に変更したことで、死体発見の困難性はさほど変わらない。そうすると、福岡高裁判決令和3年6月25日の規範に基づいても、被告人の本件行為により、その程度においても、時間的にも、適時適切な埋葬を妨げ

るに足りるものとは言えず、隠匿による死体遺棄罪は成立しない。

第5 判決に影響を及ぼすべき重大な事実の誤認があること（刑訴法411条3号）

1 本件行為は、死体を隠匿するために行われたものでないこと

原判決が認定した事実のうち、本件行為の内容と次の事実によって本件行為を隠匿による「遺棄」と認定した。

（イ）被告人は、7月頃に自身が妊娠していることを知ったが、そのことを周囲の者に言わず、医院や病院を受診することもなかった。また、運営会社の代表者が、被告人が妊娠しているのではないかと疑い、10月以降、何度かその旨を尋ねたが、被告人は、「生理は毎日来ている。」などと言い、妊娠していることを言わなかった。技能実習生の受入れ、実習の監理等を行う団体（以下「監理団体」という。）の職員も、11月13日、被告人に妊娠をしていないか尋ねたが、被告人は妊娠をしていない旨答えた。

（エ）被告人は、同月16日、監理団体の職員等に連れられて、産婦人科医院を受診し、その後同医院から紹介された病院を受診し、同病院の医師に対して、最初は妊娠をしていないと言っていたが、同医師から検査結果によれば出産をしたことは間違いないなどと言われると、同日午後6時頃、「赤ちゃんの形をしたものを産んだ。産んだ後に埋めた。」などと話した。

原判決は、被告人の本件行為の内容及び上記（イ）（エ）からすれば、「被告人は、本件各えい児の死体を隠匿する意思をもってその行為をしたと認められる」という。

しかし、原判決が認定した事実は、被告人が本件各えい児を段ボール箱に二重に入れ、それら段ボール箱に接着テープで封をするなどすることであり、原判決のこれに対する評価は、葬祭の準備等として行ったものではないというものである。

原判決は、「被告人が、本件各えい児の死体を隠匿し、他者がそれらの死体を発見することが困難な状況を作出する意思をもってその行為をしたことは明らかである」（原判決11頁）と述べるが、「妊娠や死産の事実を言えなかったこと」という事実から本件各えい児の葬祭を妨げる認識は、合理的に推認できるものでないのに、さも当然の因果のように認定してしまっている。妊娠や死産を言えなければ、葬祭の意思すら否定されてしまうロジックは明らかに誤りであるといえよう。

2 妊娠や死産を言えなかったことから隠匿の意思を推認したことの誤り

原判決は被告人が妊娠や死産を雇い主や監理団体等に明かすことができなかった事実から、本件各えい児の葬祭を妨げる意思を推認したものであるが、このような推認方法は合理的とは言えない。

原判決の判示からは、被告人の本件「行為」の意味について①葬祭を行う上で意味のある行為か②隠匿の意思をもって行われた行為かの2種類しかないことになる。しかし、そもそも本件行為が特に意味もなく行われた可能性や葬祭や隠匿以外の意味を持つ行為である可能性を一切考慮していない。

実際に、被告人は、段ボール箱を自室の棚の上に置いたことの理由を尋ねた際に、「何も考えることはできなかったから、とりあえず思いついたことを行動しただけです」（被告人調書9頁）と述べており、死産直後の被告人の状態からしても、人間が死に接した際の行動原理としても、葬祭か隠匿かという二律背反の意味を見出すこと自体不合理である。

また、原判決は、段ボール箱に入れることで寒い思いをしないように済むと被告人が述べる旨判示するが、正確には被告人が段ボール箱に本件各えい児の死体を入れた理由は、「布団の上に裸の我が子が転がっている状態なので、かわいそうと思ったから」（被告人調書8頁）であり、この段ボール箱を別の段ボール箱に入

れた理由が、「そうすることによって、子供たちが寒い思いをしないで済むと思ったから」（被告人調書9頁）である。

「寒い思いをしないように」という被告人の意思は、死者を生者として扱い、畏敬の念をもって扱うものであるから、二重に入れた行為が「葬祭の準備として意味のあることであったとか、本件各えい児を弔う上で意味のあることであったなどとは述べていない」と認定することもそもそも誤りである。

それでもなお、原判決が「寒くないように」した被告人の行為が葬祭の意味を持たないと評価するのあれば、それは「寒くないように」するために取られた行動以外の何物でもない。隠匿の意思に基づいて行われたとの推認は働かないはずである。

テープによる封も同様である。単に思いついたことを行なったにすぎない場合にしても、封をしなければ、ぱかぱかと開いてしまう段ボール箱では、死体が外気に晒されることを防ぐためにテープ留めした場合にしても（弁2号証9頁参照⁴⁸）、被告人のテープ留めの意味合いをあえて求めようとするのであれば、多数の意味合いが存在するのである。

これを改めて被告人に確かめることもなく、「被告人が妊娠や死産の事実を言えず、葬祭上の意味もないのであるから、本件行為が隠匿の意思によって行われたに違いない」とするのは、恣意的な認定と言わざるを得ない。

被告人が使用したテープは、公判記録上も「セロテープ」である（甲2号証「搜索差押調書」押収品目録）が、原判決は、「接着テープ」と粘着性の高いもので何片も段ボール箱に封をしたかのようにわざわざ表現を変えており、このよう

⁴⁸ ベトナム社会主義共和国保健省通達「埋火葬の円滑な実施に関するガイドライン」によれば、家庭内で死体を保管するには、「肢体は換気の良い場所で保管され、毛布や布で覆われている必要があり、昆虫や動物を死体内に侵入しないように見守られている必要があり」、「棺桶は、漏れがないように、接着剤、塗料、粘土などの材料で密封する必要があります」と規定されている。

な原判決の表現方法からしても、セロテープで封をした行為についてむしろ積極的に隠匿の意味合いを見出そうとしているきらいがある。

加えて、原判決のように隠匿の意思を認定するのであれば、葬祭を妨げることの認識は必要であるから、少なくとも、被告人の葬祭の意思を排斥し、被告人以外の他者が葬祭しなければならない状況にあることを認定しなければならない。しかし、原判決は、そのようなことを述べておらず、「被告人が本件各えい児の葬祭を行わない場合」と仮定の話を前提に隠匿を認定しているのである。

そうすると、原判決が、妊娠や死産の事実を言えなかった事実から、死体の適時適切な葬祭を妨げる認識という隠匿の意思を認定し、本件行為も隠匿の意思に基づいて行われたとした原判決の事実認定は、他の反対仮説となる被告人の行為の意味合いについて審理が尽くされていない。そして、原判決の隠匿による遺棄の認定は、被告人が妊娠や死産の事実を言えなかったことを重要な間接事実として捉えているものであるから、この推認の誤りは判決に影響を及ぼす重大な誤りである。

3 小括

以上に述べた通り、原判決が被告人に隠匿による死体遺棄を認定にあたって審理が尽くされておらず、その事実誤認の程度は重大であるといえる。原判決の事実の認定における誤りは、むしろ孤立出産の死産ケースでことごとく死体遺棄罪を認める実務の運用を招く危険性を有するものであり、破棄しなければ著しく正義に反することは第6「結論」で述べる通りである。

第6 結論

1 原判決を破棄しなければ著しく正義に反すること

上記上告理由から、原判決が破棄されなければ正義に悖ることは自明である。妊娠の事実を雇い主や監理団体に言うことができないまま、死産直後の肉体

的・精神的疲弊の中で取られた被告人の行動の不完全な部分を取り上げた上、葬祭上の意味がなければこれを切り捨て、隠匿による死体遺棄を認めることは、被告人のみならず孤立出産の末に死産となった女性が直面する現実を無視するものと言わざるを得ない。

(1) 国内外の実務家による批判

孤立出産によって生まれた子の命を救うために、長年「こうのとりのゆりかご」(通称“赤ちゃんポスト”)を運営し、近年では、様々な複合的な要因によって孤立へと追い込まれた母と子に医療サービスを提供するために内密出産を一つの選択肢として取り組む慈恵病院の産婦人科医師らは、原判決が維持されてしまえば、「妊娠の事実を母親に打ち明けることができない高校生などが孤立出産の末、死産となった場合に、肉体的・精神的に疲弊した状況で、何とか自分で安置しても、妊娠を隠していたことを咎められて、隠匿のための行為だと非難されてしまいかねない。」とし、「妊娠や出産の事実を言えないこと、つまり孤立出産に陥ることが犯罪であると言うに等しい。死産ケースにおけるほとんどのケースにおいて、福岡高裁の判断に従えば、死体遺棄罪が成立してしまう危険性を孕んでいる。」と7名の産婦人科医師らとともに重大な懸念を表明する⁴⁹。

孤立出産における死産ケースで、死体遺棄罪に問われた事案は、わが国に限った話ではない。米国においても、死産や流産をした女性に対して、死産等を誰が誰にいつまでに報告しなければならないのか明確にされていないにも関わらず、「母として好ましくない」行動として死体隠蔽法を適用することに対し批判が集まっている⁵⁰。これは、第二章で論じた適正手続違反と共通する問題でも

⁴⁹ 宮崎康二・蓮田健「意見書」8頁

⁵⁰ ニーシャ・チャンドラ「出産に至らなかった場合に起こりうること：州が女性に対して死体隠

ある。産後の女性に対する政府の介入は、本来個人の領域である問題に広汎で曖昧な基準によって、罪と罰を課すことには、憲法上の権利に対する重大な侵害である。

(2) 出産経験者からの声

本件上告に際して、弁護人は全国の経産婦や宗教家を含む一般人から意見書を公募した。本趣意書には、集まった意見書を漏れ無く添付している。

妊娠や出産を経験した女性からは、産後直後の母体の状態、そして死産直後に行われた被告人の本件行為について次のような意見が出ている。

「産後直後は疲れ果ててぐっすり眠りましたし、その後は起き上がってトイレに行くのもやっとの状態でした。頭もほとんどはたきませんでした。「そもそも妊娠したことを誰にも言えないような状況に追い込まれていたという異常事態の中、突然始まったお産です。そして、残念ながら死産でした。大変な消耗と精神的にショックを受けた状態で、なんとかその場にあるものを使って遺体を安置し弔おうとしたリンさんに対し、こん包の仕方が『通常必要なことで

蔽・遺棄法を適用する方法（和題）」17頁では、流産や死産となった女性の行動について、「懲罰的な枠組みから公衆衛生の枠組みに移行する」ことの重要性を指摘し、「国家の最大の利益は、健康な母親と健康な子供を確保し、出産を成功させることである。死産や流産後の女性の行動を犯罪化することは、そのような目的に適うものではない。犯罪化するのではなく、州は起訴の恐れを取り除き、医療サービスへのアクセスを増やし、流産または死産に適切に対処する方法について女性を教育することによって、これらの目標を達成することができる。」と結論づける。

米国でも「死体損壊罪」が漠然性故に無効の法理に照らして、デュープロセス違反であるとの批判があり、裁判例（オハイオ州対グラバー判決）においても争われている。モニカ・シウィーク「妊娠喪失の取り締まり：死体損壊・遺棄法の濫用（和題）」では、「政府が介入することができない、個人の自由の領域があるということは憲法で保障されている」と裁判所が述べているように、死体の扱い方を含む出産の方法を選ぶ権利は、政府の妨害的侵入の無い、個人の価値観に基づくべきである。しかし、基準の指定が無いまま、慎重な検討の必要性を直視しないことは、産後の政府の強気な介入を容認しているように取れる」（16頁）と述べられる。

はない』などとどうして言えるのでしょうか。死者を弔うためにはテープが何片だったらよかったのでしょうか。箱に入れたことは遺棄ではないが箱を二重にし、テープで止めてしまうと隠匿であるから遺棄であるという結論には、まったく納得がいきません。では、今後、妊娠を誰にも言えずに隠しているうちに突然産気づいて死産してしまった女性は、死体を段ボール箱に入れてもよい、しかし二重に箱に入れ、テープで止めないように注意しなければならないということになります。隠匿するつもりはなかったと説明しても妊娠を隠してきたことを理由にそれは信じるに足ると判断してもらえず、逮捕起訴され有罪判決が下ってしまう。ひどい理不尽であると思います。」（意見書番号046）

「リンさんのように孤立出産で死産したケースにおいて、果たして裁判所は、具体的にどのような行為を「葬祭を行う準備等」として想定しているのでしょうか。遺体を安置するための場所として、段ボール箱ではなく、棺や、棺に似たきちんとした箱を用意しておけばよかったのでしょうか。しかし、死産することを前提にそのようなものを予め用意する人などどこにもいません。」

「段ボール箱を二重にしたのがいけなかったというのでしょうか。しかし、棺やそれに代わる箱が他に見当たらない状態で、段ボール箱が2つあるのであれば、少しでも箱の厚みを持たせてちゃんとした場所に安置してあげたいと思うのが自然な感情です。私がリンさんの立場であっても同じようにすると思います。」「段ボール箱に封をしたのがいけなかったのでしょうか。しかし、葬祭業者でも、遺体の入った棺を開けたまま（あるいは、誰でも簡単に近づいて開けることができる状態で）放置することはしません。遺体の顔や体を不用意に晒すことのないようにするのが一般的な感覚ですから、リンさんが棺に見立てた箱に封をしたことを遺体の隠匿行為だと評価するのは短絡的です。）

「いずれにしても、妊娠・出産を周囲に話さなかったことを、このように有

罪や量刑の判断の際に考慮することは、当事者である女性たちの置かれた状況を全く踏まえず、孤立出産そのものを悪とし、処罰の対象としていることに他なりません。」（意見書番号047）

『遺体は土葬するもの』という感覚を前提とするならば、私個人の意見としては、内箱を汚さないように段ボール箱を二重にする行為が不自然とは思いません。これを『通常の葬祭の準備とはいえない』と断じて遺体を隠匿する目的だったとするのは、他国で生まれ育った人の宗教的感情を軽視した判断になってしまうのではないかと懸念します。」

「他人から見て遺体が入っていると分かるようなもの」を周りに置いておかなければならないという見識は一般的なものとは思えません。死産や流産の場合は葬儀会社に依頼しないことも多く、そこまで手が回らない場合も多いのではないかと思います。」

「孤立出産による死産自体はほとんど不可抗力的な出来事であり、妊婦であれば誰しも多少は急に分娩が始まり独力で出産せざるを得なくなる可能性はあります。なおかつ、死産後の女性が冷静な判断をすることは困難であり、このような場合に死体遺棄罪の故意があったと言えるのか疑問です。しかし現状では、その避けがたさにも関わらず、葬祭の意志がある母親が死体遺棄罪で逮捕・拘留され、我が子の葬祭を自ら行えないなどの重大な不利益を被ることになっています。警察の捜査が必要であるのは理解できますが、突然の分娩、死産という追い詰められた状況で冷静な判断ができなかったことを落ち度とし、そのために母親が葬祭の機会すら奪われるのは理不尽なことであり、死体遺棄罪が制定された目的と反する結果になっているように思います。」（意見書番号050）

(3) 宗教家からの声

また、宗教家からは、被告人の行為が死者に対する追悼・敬虔感情や「宗教的感情」を害するものかどうかについて、そして葬祭の準備や一過程か否かで本罪の成否を判断する原判決に対して、次の意見も出ている。

「私たちの宗派では『棺』(かん)は遺体を納めて葬る入れ物。遺体を納めて他者の目に直接ふれないようにするものであり、死者を埋葬または火葬場へ運ぶ運搬具でもある。」と記されています(新纂浄土宗大辞典)。そもそも仏事は宗派や地域、時代、さらに私たち一人ひとりの「違い」に合わせてさまざまなやり方が生まれ、正解や「べき」はひとつではありません。」(意見書番号074)

「人の死は無量であり、死者の対応もまた无量であり、その良し悪しを判断するのは極めて慎重でなければなりません。ベトナム技能実習生リンさんの死産した子どもの対応がその行為からも第三者に知られるまでの時間からも、犯罪を構成するとは到底考えられないにもかかわらず、福岡高裁は、リンさんの行為を死者に対する敬虔な感情や追悼の感情を害したと内心に踏み込んだ推量によって有罪と判断しました。彼女の行為は客観的には刑法に言う「死体、遺骨、遺髪又は棺に納めてある物を損壊し、遺棄し」た行為とは到底考えられません。むしろ、彼女なりの敬虔な死者への追悼行為の一環だったとみることも可能です。人の死者への対応をその人の内心に踏みこみ、推量によって判断するのは危険な司法の横暴であり、信教の自由を侵害する可能性もあります。」

(意見書番号028)

「裁判記録にもあったように、死産の赤ちゃんの大きさが合う棺がない時に段ボールを棺代わりにすることは、私が産婦人科で働いていた時代からありました。私は、プロテスタント教会の牧師です。キリスト教の葬儀を執り行いま

す。棺を素のままで安置することはありません。少し上等な布で棺を覆います。棺の「木目」が見える裸のままで安置しません。棺を大切にするという意味です。ですから、段ボールを2重にしておくことについては隠ぺいの印象を受けません。子供の名前をつけ、手紙を書き、タオルにくるみ段ボール2重にしておくことは彼女が精いっぱいおこなった葬りのかたちであると見受けま

す」(意見書番号017)。

(4) 意見書の様々な声が「正義」の判断において考慮されるべきこと

上記一般意見書からは、母体にとって時には命の危険もある「出産」という生の経験を通じて、孤立に追い込まれ、死産となった直後の被告人の行為に、葬祭上の意味がなければ死体遺棄罪が成立することを痛烈に批判するものから、被告人の本件行為が宗教的感情、追悼・敬虔感情を害するものでないことを一般人の視点や宗教家の視点から論じるものまで、様々な声が聞こえてくる。

このように本件で被告人に隠匿による死体遺棄罪が成立することへの批判や懸念は、決して感情論ではない。

孤立出産の末、死産となった当日の行動が容易に隠匿による死体遺棄に問われかねない社会となっていくことへの恐れでもあり、不明確なままで刑罰が課されることへの危惧であり、罪刑法定主義、適正手続違反を裏付ける何よりの証左である。

2 原判決破棄は免れないこと

原判決は、判決に影響を及ぼす法令違反、重大な事実誤認が明確に存在するとともに隠匿による死体遺棄罪の成否に関する規範を示した福岡高判令和3年6月25日と相反していることは明らかであり、隠匿による「遺棄」の判断は客観的にその死体発見の困難の程度を考慮した上で、死者に対する追悼・敬虔感情を害

するものであるのか判断されなければならない。

葬祭の準備もしくは葬祭の一過程で本件行為が行われたかどうかを判断すると
の原判決の理屈は、信教の自由、葬祭の自由との衝突が大きく、またその基準も
何が葬祭の準備や一過程であるのか曖昧にすぎる。

死産直後の被告人の本件行為によって、死体の状況に変化が加えられた上、適
時適切な葬祭が妨げられ、以て死者に対する追悼・敬虔感情を害したとは言えな
いはずであるのに、原判決の判示事項によって被告人に隠匿による死体遺棄罪の
成立を認め、有罪判決を下すことは、前記高裁判例に違反するものであり、ま
た、判決に影響を及ぼすべき法令の違反、重大な事実誤認があるものとして破棄
を免れない。

本件は、孤立出産の末、死産となった女性のとった行動の不完全さをとらえ
て、これが死者に対する追悼・敬虔感情を害するとして有罪にした事案であ
る。原判決が維持されるのであれば、複合的な背景要因によって孤立出産に陥っ
た女性らは、死産当日にこれまでの言い出せない「事情」を全て乗り越えて、自
らの死産を明かさなければ、たとえ弔いや隣れみの情をもってとられたわが子に
対する処置であっても、孤立であったことを理由にして、隠匿による遺棄が成立
しかねない。

最高裁判所におかれては、孤立出産により死産となった母親に対し更なる追い
討ちをかける原判決の破棄とともに、被告人の無罪判決を強く求める次第であ
る。

第4章 刑事訴訟法上の論点

第1 はじめに

第1審判決は、「犯罪事実」として、「被告人は…当時の被告人方で、被告人がその頃出産したえい児2名の死体を段ボール箱に入れた上、自室に置きつづけ、もって死体を遺棄した」との事実を認定した。

これに対して、原判決は、第1審判決について、「原判決は、その説示内容に照らすと、被告人が、本件各えい児の死体を、段ボール箱に入れた上、自室内に置いた行為が作為による遺棄に当たると認めたものと解される。」と判断するとともに（原判決5頁）、「…原審における検察官の主張及び原判決の説示全体の趣旨に照らすと、原判決は、本件各えい児の死体の葬祭義務を負う被告人が、それらの死体を1日以上にわたり葬祭を行わずに自室に置いたままにした行為が不作为による遺棄に当たると判断したものと解される」と判断している（原判決6頁）。

その上で、原判決は、その不作为が作為による遺棄と構成要件的に同価値のものといえるかどうかを検討する必要があるとして、その検討を行い、「死体の葬祭義務を負う者が葬祭を行わないという不作为が死体遺棄罪にいう死体の「遺棄」に該当するのは、その者が死体の存在を認識してから同義務を履行すべき相当の期間内に葬祭を行わなかった場合に限られるとの判断枠組みを示した上で、被告人が本件えい児の死体の存在を認識してから葬祭義務を履行しないまま経過した期間は1日と約9時間にとどまると認定し、被告人による本件不作为は、不作为による死体の「遺棄」に当たらないと判断し、本件不作为に刑法190条を適用した第1審判決には法令適用の誤りがあり、判決に影響を及ぼすことは明らかであるとして（原判決12、13頁）、第1審判決を破棄し、「罪となるべき事実」として、「被告人は…被告人方において、被告人がその頃に出産したえい児2名の

死体を、段ボール箱に入れて接着テープで封をし、その段ボール箱を別の段ボール箱に入れて接着テープで封をした上、自室内にあった棚の上に置き、もって死体を遺棄した」と認定して自判した（原判決14頁）。

しかしながら、原判決のこの点に関する判断は、以下に述べるように、最高裁判所の判例に相反するから上告理由に該当し（刑事訴訟法405条1項）、かかる相反が判決に影響を及ぼすことは明らかであるから、原判決は破棄されるべきである。

第2 原判決における不意打ち認定について

1 第1審における弁護人の防禦活動について

（1）起訴状における公訴事実

検察官の令和2年12月10日付起訴状には、「公訴事実」として、「被告人は…被告人方において、被告人が同日頃に出産したえい児2名の死体を段ボール箱に入れた上、自室内の棚上に放置し、もって死体を遺棄したものである」と記載されていた。

（2）公判前整理手続における弁護人の防禦活動

弁護人の請求により、熊本地方裁判所は、令和3年2月12日に公判前整理手続に付する旨の決定をして、同手続が実施されることになったが、その手続において、被告人の行為の特定について、検察官と弁護人の間で、次のとおりのやりとりが行われた。

ア 検察官の証明予定事実記載書

令和3年2月15日付証明予定事実記載書において、同「第2 犯行にいう経緯及び犯行状況等」として、「被告人は、同月15日頃（引用者注：令和2年11月15日頃）、被告人方において、えい児2名（双子）を出産したが、このまま出産が発覚すればベトナムに帰国させられると思い込み、同え

い児2名の死体を段ボール箱に入れた上、自室内の棚上に放置し、公訴事実記載の犯行に及んだ。」と記載されていたが（同5）、その行為については何ら明らかにされていなかった。

イ 弁護人の求釈明書

弁護人は、検察官に対して、同年2月24日付求釈明書において、「本件における行為は、（1）えい児2名の死体を段ボール箱に入れた行為及び自室に棚上に放置した行為の2行為であるのか、それとも（2）えい児2名の死体を入れた段ボール箱を放置したことの1行為であるのか明らかにされたい。」、「…検察官は、実行行為の一部ないし全部を不作為である放置としているが、令和2年11月15日当時、被告人が負っていた作為義務について、具体的に特定されたい」等の求釈明をした。

ウ 検察官の回答

検察官は、同年3月9日付「求釈明書に対する回答書」において、「求釈明の趣旨は判然としないが、公訴事実記載のとおり、一連の行為（えい児2名の死体を段ボール箱に入れた上、自室の棚上に放置した行為）を実行行為として構成したものである。」、「『放置』における作為義務は、葬祭の義務である。」等と回答した。

エ 弁護人の求釈明書（2）

弁護人は、検察官に対して、同年3月19日付求釈明書（2）において、被告人の行為の特定についてはそれ以上の釈明は求めず、埋葬義務について、「…ここにいる『葬祭』とは何か明らかにされたい。」、「作為義務たる葬祭義務の発生根拠を明らかにされたい。」との求釈明をしたが、検察官からは回答はなされなかった。

オ 弁護人の予定主張記載書面

弁護人は、同年4月9日付予定主張記載書面において、「第2 本罪の適用に対する弁護人の予定主張」として、「1 公訴事実記載の被告人の行為は本題の『遺棄』に該当しないこと」において、「公訴事実記載の被告人の行為は、段ボールに嬰兒を入れて棚の上に放置したとの一連の行為であるとされるが、被告人が行った行為は、段ボールにタオルを敷いて嬰兒らの遺体を置き、さらにタオルをかぶせた上で吊いの手紙を乗せて、同段ボールを自室内にある腰ほどの高さの棚上に置いた行為である。そもそも死産した嬰兒を紙製の箱に入れて保管することは、産婦人科においても行われている処置でもあり、入棺と同様の行為であって死体を道義上首肯しないような方法で埋葬、冷遇放置、隠匿するものではないのは当然のこと、検察官は遺体を放置したとして、被告人を埋葬義務という作為義務違反による不真正不作為犯として起訴するものであるが、被告人は遺体の土葬を含め、埋葬をする意思があったのだから、被告人の行為は死体遺棄罪にあたる放置ではなく、安置であり、そもそも同罪における『遺棄』には該当しない。」、「…不作為としての放置を本罪における遺棄というためには、被告人が嬰兒の遺体から離去ないし立ち去ることが要件として必要なのであるが、被告人（は）、終始嬰兒らの遺体と自室内で過ごしており、葬祭に関して、被告人に未だ委ねられた状態であったのだから被告人の行為は本罪の遺棄と評価することはできないことは明らかである。」などと主張した（同3、4頁）。

（3）公判手続における検察官と弁護人の主張

ア 第1回公判期日における冒頭手続

同年6月21日の第1回公判期日の冒頭手続において、次のとおり、起訴状に対する被告人の認否と弁護人の意見、検察官の冒頭陳述、弁護人の冒頭

陳述、公判前整理手続の結果を明らかにする手続が行われた。

(ア) 起訴状に対する被告人の認否

「2020年11月15日に赤ちゃんを出産して、精神的に、そして身体もとてもきつかったので、どうしていい分かりませんでした。何も考えることができませんでした。私は無罪です。」と述べ、特に、行為の内容については言及しなかった。

(イ) 弁護人の意見

弁護人は、被告人の行為は、葬祭の意図のもと行った安置行為であって、公訴事実記載のような遺体の放置ではありません。葬祭義務に違反した遺棄には当たらないと思料します。」等と述べた。

(ウ) 公判前整理手続の結果を明らかにする手続

裁判長は、同年3月1日付の裁判官作成の書面の要旨を告げたが、そこでは、本件の争点として、「1 被告人の行為が刑法130条の遺棄に当たるか。」「2 被告人に死体遺棄の故意があるか。」「3 被告人に埋葬義務を果たす期待可能性があったか。」の3点であるとされた。

(エ) 検察官の冒頭陳述

検察官の冒頭陳述要旨においては、被告人の行為については、証明予定事実記載書と同様の記載がなされ、検察官はその内容を陳述した。

(オ) 弁護人の冒頭陳述

弁護人の冒頭陳述要旨における「第3 弁護人の主張」において、「そもそも、リンさんは、我が子の遺体をのちに埋葬するために、遺体をタオルで包むなどして段ボールの箱に入れていたのだから、リンさんの行為は遺体の冷遇放置ではなく、安置である。これに加え、検察官は、リンさんの行為が埋葬義務に違反し、遺体を放置していたとして、不作為による死体

遺棄が成立する旨主張していると理解されるが、これまでの最高裁判例や裁判例に照らし、不作為による放置で死体遺棄が成立するのは、放置し、その場から立ち去る場合であるが、リンさんは、自室からたちさることも逃げることもなく、我が子の遺体と暮らしていた。」など陳述した。

イ 第2回公判期日における手続

第2回公判期日においては、検察官の論告と弁護人の弁論が行われた。

(ア) 検察官の論告

検察官は、「…被告人は、本件時、妊娠・出産の事実を隠そうという意図の下で、えい児2名の死体を白色段ボールに梱包して自室内の棚上に置いて隠匿した上、その後発覚するまで丸一日以上放置して隠匿状態を継続させたと認められ、作為及び不作為による『遺棄』に該当すること明らかである。」(論告の要旨4頁)と主張した。

(イ) 弁護人の弁論

弁護人は、「検察官が葬祭義務に違反したというリンさんの本件行為は、自分の体力が回復したのちに埋葬する意思のもと行った安置である点で、葬祭義務に違反する死体の『遺棄』ではなく、本罪は成立しない。」、「…遺族にとっては、火葬や埋葬までの間は、死者と過ごす最後の時間として、貴重なものであり、自宅に遺体を安置する行為そのものに死体遺棄罪は成立するものではない。」、「人が死亡してからすぐに火葬や埋葬を行うことは、法律上も社会的にも想定されていることではない。遺体を部屋の押し入れ…に入れることもなく、また血で汚れた部屋を掃除するこみなく…、ただ疲れ切った状態であったリンさんが、資産した14日中に遺体と過ごしたこと自体、罪に問われるべきではない。」などと主張した。

(4) 第1審判決

同年7月20日に言い渡された第1審判決は、「犯罪事実」として、起訴状の公訴事実とは異なる「被告人は…被告人方で、被告人がその頃出産したえい児2名の死体を段ボール箱に入れた上、自室に置きつづけ、もって死体を遺棄した。」と認定し（下線部が変更部分）、「事実認定の補足説明」において、「被告人は、死産を隠すために、えい児を段ボール箱に二重に入れ、外から分からないようにした。そして、回復したら誰にも伝えず自分で埋葬しようと考え、1日以上にわたり、それを自室に置き続けた、これらの行為は、被告人に埋葬の意思があっても、死産をまわりに隠したまま、私的に埋葬するための準備であり、正常な埋葬のための準備ではないから、国民の一般的な宗教的感情を害することが明らかである。」として、被告人の「これらの行為」が死体遺棄罪の遺棄に当たると判断している（同判決2頁）。

すなわち、第1審判決は、「これらの行為」と述べているから、複数の行為を捉えて「遺棄」と判断したことが窺えるが、不作為を含むのかどうかは必ずしも明確ではなかった。ただ、同判決は、期待可能性の判断において、「…少なくとも、まわりの人に、出産や死産を告白し、助力を求めることはできたはずである。したがって、被告人には、それらを告白し、まわりの助力を得ながら、適切な葬祭義務を果たす期待可能性があったといえる。」と判断しているので（同3頁）、不作為も含むことを前提にしていたとも考えられる。

2 控訴趣意書による弁護人の主張

控訴審は、第1審の裁判所の判決に対する法律点及び事実点についての事後審査を行う審級であるが、その事後審査においても当事者主義が貫かれており（刑事訴訟法404条）、最高裁判例も、「その事後審査も当事者の申し立てた控訴趣意を中心としてこれをなすのが建前である」と述べているところであり（最高裁昭和

46年3月24日大法廷判決・刑集25巻2号293頁)、控訴審における審理を理解するためには、控訴趣意書を分析することが必要である。

本件における控訴趣意書においては、原判決の「事実認定の補足説明」で述べられた被告人の行為が「遺棄」に該当するとされた「これらの行為」を、①えい児の死体を段ボールに入れる行為、②自室に「置きつづけた」行為に分析した上で、①の行為については、第1審判決が「えい児を愛おしむ気持ちがあった」「ていねいに段ボールに入れ」と認定されているとおり、被告人の行為が死者に対する追悼・敬虔の感情を害したとはいえないし、死体を冷遇放置したとは言えないと反論し(控訴趣意書13頁)、②の行為については、遺体の側で遺族の母親と一緒に一晩過ごしたという行為と等しく評価でき、死体を冷遇放置したとは言えないし、死産の届出は死産届7日以内となっている死体の届出に関する規程4条の規定を引用して、葬祭義務者にとって一定期間の猶予が与えられていることを意味することから、「放置」という不作為が死体遺棄罪の成否において問題となる上では、葬祭義務者が葬祭義務を履行するだけの相当期間が経過しなければ本罪の成立を認めるべきではないなどと主張した(控訴趣意書14、15頁)。

そして、②の行為については、救護義務違反、報告義務違反が問題となった事案における裁判例(東京高裁平成29年4月12日判決)を引用して、不作為が違法となるためには一定の場所的離隔が必要であると主張し、被告人が埋葬する意思を有しながら死産した当日に、遺体と一晩一緒に過ごし、その頃、死体との間には場所的な離隔が生じていないから、いまだ義務違反の状態にはなかったとして、被告人が段ボールを自室の棚に「置きつづけた」行為について不作為の死体遺棄は認められないと主張した(控訴趣意書16、17頁)。その上で、第1審判決は、当該不作為がなぜ作為の死体遺棄と同価値として処罰されなければならないのか、作為の同価値性についての言及が一切ないとして、不作為犯の認定に

必要な検討がなされていないことを指摘している（控訴趣意書18頁）。

以上を踏まえて、弁護人は、被告人の行為は、作為形態、不作為形態のいずれもが遺体の冷遇放置にあたるものではなく、死体遺棄罪が成立しないのであり、同罪の成立を認めた第1審判決には法令適用を誤った違法があり、判決に影響を及ぼすことは明らかであると主張した（控訴趣意書19頁）。

このように、弁護人は、第1審判決が、被告人の「これらの行為」に対して死体遺棄罪の成立を認めたことについて、作為及び不作為のいずれについても、第1審判決の法令適用の誤りを主張していたものである。

3 控訴審の審理経過について

控訴審の第1回公判期日（令和3年11月12日）においては、弁護人が控訴趣意書に基づき、弁護人が意見を述べ、検察官は、特に答弁書を提出することなく、口頭で、「本件控訴趣意は理由がなく、棄却相当である。」と述べた。

控訴審裁判所は、弁護人による証拠調請求について、検察官の不同意の意見を受けて全て却下し、審理を終結した。

4 原判決の判断

原判決は、令和4年1月19日午後2時に言い渡された。原判決は、第1審判決について、「原判決は、その説示内容に照らすと、被告人が、本件各えい児の死体を、段ボール箱に入れた上、自室内に置いた行為が作為による遺棄に当たると認めたものと解される。」と判断するとともに、「原判決は、さらに、被告人が段ボール箱に入った状態の本件各えい児の死体を自室内に引き続き置いた行為も遺棄に当たると判示しているところ、これが、その状態のそれらの死体を自室内に置き続けたという作為が本件行為と一体の作為による遺棄行為と評価されるという趣旨なのか、あるいは、本件各えい児を出産し、それらの死体の埋葬義務を負う被告人がそれらの死体の埋葬を行わずに自室内に置いたままにした行為が不作為に

よる遺棄に当たるという趣旨なのかが、『犯罪事実』の記載のみからは明確でない。」と述べた上で、第1審において検察官が、埋葬の義務の存在を前提として不作為による遺棄への該当を主張していたと認定して、検察官は、本件各えい児の死体を段ボール箱に入れて自室内の棚上に置いた行為が作為による遺棄に当たるほか、それらの死体の葬祭義務を負う被告人がそれらの死体を自室にあった棚の上に1日以上放置した行為が不作為による遺棄に当たる旨主張していたと解され、これに対し、第1審判決は、「検察官が主張する被告人の行為が不作為による遺棄に当たらない旨の判断を示しておらず、他方で…被告人が段ボール箱に入った状態の本件えい児の死体を1日以上にわたり自室内に置き続けた行為が遺棄に当たる旨判断するとともに…被告人に葬祭義務を果たす期待可能性があった旨判断し、『犯罪事実』においても、被告人が葬祭義務を負う根拠となる事実を摘示している。」と指摘した上で、「以上の原審における検察官の主張及び原判決の説示全体の趣旨に照らすと、原判決は、本件各えい児の死体の埋葬義務を負う被告人が、それらの死体を1日以上にわたり埋葬を行わずに自室内に置いたままにした行為が不作為による遺棄に当たると判断したものと解される…」と判断した（原判決5、6頁）。

このように、原判決は、被告人の行為を、作為による行為と不作為による行為と整理した上で、作為による行為について、被告人の事後の行為計画を考慮して本件作為が遺棄に当たると認めたことは誤りであるとの弁護人の主張を排斥した上で（原判決6、7頁）、「被告人が現にした本件行為は、埋葬を行う準備、あるいは埋葬の一過程として行ったものではなく、本件各えい児の死体を隠匿する行為であって、他者がそれらの死体を発見することが困難な状況を作出するものといえるから、本件行為が死体遺棄罪における「遺棄」に当たるとした原判決の判断は正当として是認することができる。」と判断し、「以下、敷衍する。」として、

「関係証拠によれば、次の事実関係が認められる。」として、(ア) から (オ) までの事実を認定し、「以上に基づき検討するに」として、「被告人は、本件各えい児の死体を段ボール箱に入れた上で4片の接着テープで封をし、その段ボール箱を別の段ボール箱に入れた上で9片の接着テープで封をし、その状態の同段ボール箱…を自室にあった棚の上に置いた。」と認定し、「本件段ボール箱は中に死体が入っていることがわかる外観のものではなく、被告人は、本件各えい児へのおわびの言葉等を書いたという手紙も段ボールの中に入れており、本件段ボール箱の周りには、その中に死体が入っていることをうかがわせる物を一切置いていなかった。そのため、本件段ボール箱は、外観上、棚の上に置かれたこん包済みの荷物にしか見えず、その中に死体が入っていることは推測できない状態で置かれていた。このような態様で死体をこん包することは、火葬や埋葬を行ったり、その過程で死者を弔う儀式を行ったりする上で通常必要なことではない。」と認定し（原判決8～10頁）、被告人の原審の供述において、「段ボール箱に二重に入れ、それら段ボール箱に接着テープで封をするなどすることが、葬祭の準備として意味のあることであったとか、本件各えい児を弔う上で意味のあることであったとは述べていない。そのほかに、被告人が、葬祭を行う準備、あるいは葬祭の一過程として上記の行為をしたことをうかがわせる事情はなく、その行為は葬祭を行う準備等として行ったものではないと認められる。被告人がした上記のような行為の内容及びその前後の被告人の言動…からすれば、被告人は、本件えい児の死体を隠匿する意思をもってその行為をしたと認められる。」、「そうすると、被告人の上記行為は、本件各えい児の死体を隠匿する行為であって、他者がそれらの死体を発見することが困難な状況を作出するものといえる。そして、被告人が本件各えい児の死体について葬祭を行わない場合、それらの死体があることを他の者が知れば、被告人宅の家主や被告人以外の本件各えい児の親族等の者

が本件各えい児の葬祭を行う可能性があり、それらの葬祭を行う者がいない場合には、それらの死亡地である芦北町の長がこれを行うことになる（墓埋法9条1項参照）。被告人の上記行為は、本件各えい児の死体について、他者により適切な時期に葬祭が行われる可能性を著しく減少させたという点において、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ものといえる。」と認定して、結論として、「被告人が、本件各えい児の死体を、段ボール箱に入れて4片の接着テープで封をし、その段ボール箱を別の段ボール箱に入れて9片の接着テープで封をした上、自室にあった棚の上に置いた行為は、死体遺棄罪にいう『遺棄』に当たると認められる。」と判断している（原判決8～10頁）。

これは、第1審判決が、「被告人は、死産を隠すため、えい児を段ボール箱に二重に入れ、外から分からないようにした。」とだけ認定していた点について、きわめて詳細な事実認定をした上で、「本件各えい児の死体について、他者により適切な時期に葬祭が行われる可能性を著しく減少させたという点において、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」として、「他者により適切な時期に葬祭が行われる可能性を著しく減少させた」ことが死体の隠匿であり、死体遺棄罪の「遺棄」に当たると判断したものである。、弁護人は、控訴趣意書において、作為の「遺棄」についても主張はしていたが、原判決のように、「他者により適切な時期に葬祭が行われる可能性を著しく減少させた」という認定をされることは、弁護人にとっては、控訴審の審理経過から見ても、全く想定しておらず、まさに不意打ちの認定であった。

他方、原判決は、被告人の不作为については、弁護人の主張を容れて、「葬祭義務者が死体の存在を認識後直ちに葬祭を行わなかったとしても、それだけでは死者に対する一般的な宗教的感情や敬けん感情を害するとはいえない。死体の葬祭義務を負う者が葬祭を行わないという不作为が作為による遺棄と構成要件的に同価

値のものとなったと評価するには、適切な時期に死体の葬祭を行わなかったという点で上記の法益を害すると言えることが前提となると考えられる。したがって、死者の葬祭義務を負う者が葬祭を行わないという不作為が死体遺棄罪にいう『遺棄』に該当するのは、その者が死体の存在を認識してから同義務を履行すべき相当の期間内に葬祭を行わなかった場合に限られると解するのが相当である。」との判断枠組みを示した上で、「被告人が本件えい児の死体の存在を認識してから葬祭義務を履行しないまま経過した期間は、1日と9時間にとどまる。」、「その期間の経過をもって葬祭義務を履行すべき相当の期間が経過したとはいえない。」と判断し、「したがって、本件えい児を死産し、それらの死体の葬祭義務を負う被告人が、1日と9時間にわたり、それらの死体の埋葬を行わずに自室内に置いたままにした行為は、不作為による死体の『遺棄』に当たらない。」と判断して、第1審判決には法令適用の誤りがあり、判決に影響を及ぼすことは明らかであるとして原判決を破棄して自判して、次のとおりの「罪となるべき事実」を認定した（原判決13、14頁）。

（罪となるべき事実）

「被告人は、令和2年11月15日頃…当時の被告人方において、被告人がその頃に出産したえい児2名の死体を、段ボール箱に入れて接着テープで封をし、その段ボール箱を別の段ボール箱に入れて接着テープで封をした上、自室内にあった棚の上に置き、もって死体を遺棄した。」

しかしながら、原判決は、前述したとおり、被告人による作為の遺棄行為について、被告人及び弁護人にとっては不意打ちの判断をしたのである。

すなわち、控訴審裁判所は、作為による遺棄行為について、上記のような認定をすることについて、何ら争点を顕在化していなかったために、弁護人はこの点についての的確な反論や反証をすることができなかったものである。

第3 最高裁判所の判例違反について

1 最高裁昭和58年12月13日第三小法廷判決

最高裁判所は、昭和45年3月12日から14日までの謀議への関与を理由にハイジャックの共謀共同正犯として起訴された被告人につき、13日及び14日の謀議とりわけ13日夜の第1次謀議への関与を重視してその刑責を肯定した第1審判決に対し、被告人のみが控訴を申し立てた事案において、「三月一二日夜喫茶店「H」及びホテル「G」において被告人がB、Cらと顔を合わせた際に、これらの者の間で本件ハイジャックに関する謀議が行われたという事実は、第一審の検察官も最終的には主張せず、第一審判決によつても認定されていないのであり、右一二日の謀議が存在したか否かについては、前述のとおり、原審においても検察官が特段の主張・立証を行わず、その結果として被告人・弁護人も何らの防禦活動を行っていないのである。したがつて、前述のような基本的認識に立つ原審が、第一審判決の認めた一三日夜の第一次協議の存在に疑問をもち、右協議が現実には一二日夜に行われたとの事実を認定しようとするのであれば、少なくとも、一二日夜の謀議の存否の点を控訴審における争点として顕在化させたうえで十分の審理を遂げる必要があると解されるのであつて、このような措置をとることなく、一三日夜の第一次協議に関する被告人のアリバイの成立を認めながら、率然として、右第一次協議の日を一二日夜であると認めてこれに対する被告人の関与を肯定した原審の訴訟手続は、本件事案の性質、審理の経過等にかんがみると、被告人に対し不意打ちを与え、その防禦権を不当に侵害するものであつて違法であるといわなければならない。」との判断をしている（いわゆるよど号ハイジャック事件に関する最高裁昭和58年12月13日第三小法廷判決・刑集37巻10号1581頁）。

この判決については、次に述べるように、現行刑事訴訟法における「不意打

ち」の事実認定は許されないという不意打ち禁止の法理を認めた判決であると理解されている。

- ①「当事者主義、訴因制度は現行刑事訴訟法の基本原則である。この原則は控訴審においても貫かれている。この基本原則の下では不意打ち禁止の法理は当然のこととして理解されている…」(垣花豊順『刑事訴訟法判例百選〔第5版〕』236頁)
- ②「当事者主義と訴因制度が採用されている現行刑事訴訟法においては「不意打ち」の事実認定は許されない。かかる不意打ち禁止の法理について刑訴法に明文の規定はないが、次の各条文から当然の基本原則として認められている。296条(起訴状、訴因、罰条)、297条(証拠調べの範囲順序方法の予定とその変更)、299条(証拠調べの請求、職権証拠調べと当事者の権利)、308条(証明力を争う権利)、この法理が、控訴審、上告審にも妥当する(378条3号、404条、414条)ことは言うまでもない。判例もこれを是認する。」(庭山英雄「不意打ち認定」『刑事訴訟法判例百選〔第6版〕』202頁。なお、引用に当たり、漢数字をアラビア数字に変更した。)
- ③「本件は、不意打ちによる被告人の防禦権の侵害を理由として審理の違法性を宣言した注目すべき判例である。不意打ち禁止の法理は現行刑訴法でも広く採用されている原則といってよい…」、「…正当に設定された審判対象についての不意打ち禁止こそ問題である。…本件はまさにこの点にかかわるものであって、本判旨はいわゆる不意打ち禁止の法理を判例上はじめて一般的に認めたものといえよう。かかる意味での不意打ち禁止の法理は、直接的にはむしろ証拠に関する法規制から導き出しようと思われる。例えば、297条、299条などは証拠をめぐる当事者の攻防に不意打ちを生じさせないための制度といってよい。また、自由心証主義の下においても、当事者には証拠の証明力を争うた

めの機会が与えられる（308条）。ここでは証拠評価の不意打ちが禁止されているといつてよいが、その前提として裁判所による争点設定の不意打ちも当然に禁止されているというべきである。むろん、それが、訴因の設定とこれをめぐる攻防が原則的に当事者の手に委ねられるという当事者主義の原則にかなうものであり、更にはこれを一層勤める契機ともなりうることはいうまでもない。」「右の理は、控訴審にも妥当すべきである（404条）。控訴審における不意打ちについて職権調査との関係で、『調査の結果を被告人への不利益に使用して不意打ちを与えるような場合には、その結果を公判廷に顕出して当事者に弁論の機会を与えるべきでなかろうか』…との主張がある。控訴審も基本的には当事者主義的性格を有していることからすれば…適切な指摘というべきである。加えて本件のように、被告人のみが控訴している事案においては、控訴審の『事後審査も当事者の申し立てた控訴趣意を中心としてこれをなすのが建前』（前掲最決昭和46・3・24）との観点からすれば、被告人の防禦権はとりわけ十分に保障されなければならないといえよう。その他、争点の顕在化が訴訟の円滑な進行に益することはいうまでもない…。このようにみてくると、端的に不意打ちを理由に審理の違法を宣言した判旨は極めて妥当であり、高く評価されるべきである。」（田口守一『昭和58年重要判例解説』183、184頁。。なお、引用に当たり、漢数字をアラビア数字に変更した。なお、田口守一『刑事訴訟の目的〔増補版〕』（成文堂、2010年）221頁以下には別の観点からの判例評釈〔初出「警察研究」57巻10号所収〕の解説が掲載されている）。

- ④「この判例が、訴因変更までは必要がない場合でも、裁判所の訴訟指揮と認定の仕方によっては不意打ちとして違法とされる場合があることを明らかにしたことは、その後の下級審の実務には大きな警鐘になったと思われ、それ自体意

義があったと考える。」（この最高裁判決の担当調査官であった木谷明「よど号ハイジャック事件―謀議の認定と不意打ち―」『事実認定の適正化 続・刑事裁判の心』〔法律文化社、2005年〕130頁）。

なお、この最高裁判決は、結論としては、著しく正義に反するとは認められないとして上告を棄却している。しかし、その内容には疑問も呈されており、「この後段判示に重要な意義を認めることは適當ではないであろう。本判決の意義は、あくまでも判旨とされた前段判旨にあることを確認しておく必要があると。」と指摘されている（田口守一・前掲『刑事訴訟の目的〔増補版〕』234頁）。

2 最高裁昭和46年3月24日大法院決定

最高裁判所は、牽連犯または包括一罪として起訴された事実につき、その一部を有罪とし、その余については理由中で無罪の判断を示した第一審判決に対し、被告人だけが控訴を申立てた事案について、「控訴審が第一審判決について職権調査をするにあたり、いかなる限度においてその職権を行使すべきかについては、さらに慎重な検討を要するところである。いうまでもなく、現行刑訴法においては、いわゆる当事者主義が基本原則とされ、職権主義はその補充的、後見的なものとされているのである。当事者主義の現われとして、現行法は訴因制度をとり、検察官が公訴を提起するには、公訴事実を記載した起訴状を裁判所に提出しなければならないこととし、この訴因につき、当事者の攻撃防禦をなさしめるものとしている。裁判所は、右の訴因が実体にそぐわないとみられる場合であつても、原則としては訴因変更を促がし或いはこれを命ずべき義務を負うものではなく（当裁判所昭和三〇年（あ）第三三七六号同三三年五月二〇日第三小法院判決・刑集一二巻七号一四一六頁参照）、反面、検察官が訴因変更を請求した場合には、従来の訴因について有罪の言渡をなし得る場合であつても、その訴因変更を許さなければならない（昭

和四二年（あ）第一九一号同年八月三十一日第一小法廷判決・刑集二一卷七号八七九頁参照）、また、訴因変更を要する場合にこれを変更しないで訴因と異なる事実を認定し有罪とすることはできないのである。このように、審判の対象設定を原則として当事者の手に委ね、被告人に対する不意打を防止し、当事者の公正な訴訟活動を期待した第一審の訴訟構造のうえに立つて、刑訴法はさらに控訴審の性格を原則として事後審たるべきものとしている。すなわち、控訴審は、第一審と同じ立場で事件そのものを審理するのではなく、前記のような当事者の訴訟活動を基礎として形成された第一審判決を対象とし、これに事後的な審査を加えるべきものなのである。そして、その事後審査も当事者の申し立てた控訴趣意を中心としてこれをなすのが建前であつて、職権調査はあくまで補充的なものとして理解されなければならない。けだし、前記の第一審における当事者主義と職権主義との関係は、控訴審においても同様に考えられるべきだからである。」「これを本件についてみるに、本件公訴事実中第一審判決において有罪とされた部分と無罪とされた部分とは牽連犯ないし包括一罪を構成するものであるにしても、その各部分は、それぞれ一個の犯罪構成要件を充足し得るものであり、訴因としても独立し得たものなのである。そして、右のうち無罪とされた部分については、被告人から不服を申し立てる利益がなく、検察官からの控訴申立もないのであるから、当事者間においては攻防の対象からはずされたものとみることができる。このような部分について、それが理論上は控訴審に移審係属しているからといつて、事後審たる控訴審が職権により調査を加え有罪の自判をすることは、被告人控訴だけの場合刑訴法四〇二条により第一審判決の刑より重い刑を言い渡されないことが被告人に保障されているとはいつても、被告人に対し不意打を与えることであるから、前記のような現行刑事訴訟の基本構造、ことに現行控訴審の性格にかんがみるときは、職権の発動として許される限度をこえたものであつて、違

法なものといわなければならない。」との判断をしている（いわゆる新島ミサイル事件についての最高裁昭和46年3月24日大法廷決定・刑集25巻2号293頁）。

この判例は、いわゆる攻防対象論についての判断であるが、この判例の射程としては、攻防対象論が採用された上記最高裁決定と、いわゆる大信実業事件に関する最高裁昭和47年3月9日第三小法廷判決（刑集26巻2号102頁）から、科刑上一罪や包括一罪の一部が無罪とされ、被告人だけが控訴した場合に限られているとされ（岩瀬徹「いわゆる攻防対象論について」同『刑事訴訟法の基本問題』〔成文堂、2021年〕248頁）、本件には適用されないと考えられる。

3 最高裁平成26年4月22日第三小法廷判決

最高裁判所は、殺害行為に先立って銃の引き金を引いたという行為につき、公判前整理手続を終了するに当たり確認された争点に明示的に掲げられなかった事案において、「第1審の公判手続の経過は、検察官が本件未発射事実の存在を主張したのに対し、特段これに対する異議が出されず、証拠調べでは、被告人質問において上記確定的殺意を否認する供述がなされ、被告人の供述調書抄本の取調べ請求に対し「不同意」等の意見が述べられ、第1審判決中に検察官の主張に沿って本件判示部分が認定されたというものであるから、この主張上の対立点について、主張立証のいずれの面からも実質的な攻撃防御を経ており、公判において争点とされなかったと解すべき理由もない。そうすると、第1審判決が本件判示部分を認定するに当たり、この主張上の対立点を争点として提示する措置をとらなかったことに違法があったとは認められない。」と判示した（最高裁平成26年4月22日第三小法廷判決・刑集68巻4号730頁）。

本判決は、犯行の経過であっても争点顕在化措置を要する場合があることを前

提として論じた上で、不意打ちにならないから争点顕在化措置は要しないとの判断をした点に意義があると解されている（松井尊史「公判前整理手続を終了するに当たり確認された争点に明示的に掲げられなかった点につき、公判手続で争点として提示する措置をとることなく認定した第1審判決に違法はないとされた事例」論究ジュリスト18号233頁）。

4 原判決が最高裁判例と相反すること

上記1ないし4の各最高裁判例は、いずれも、事実認定における不意打ち禁止の法理を認めたものであり、前記第2で述べたとおり、原判決が、詳細な事実認定をした上で、「本件各えい児の死体について、他者により適切な時期に葬祭が行われる可能性を著しく減少させたという点において、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」として、「他者により適切な時期に葬祭が行われる可能性を著しく減少させた」ことが死体の隠匿であり、死体遺棄罪の「遺棄」に当たると判断したが、控訴審の審理経過から見て、そのような認定をされることは、被告人及び弁護人にとっては全く想定外のことであり、不意打ちの認定であった。

したがって、控訴審裁判所は、そのような認定をするのであれば、事前に争点顕在化の措置をとるべきであったのに、そのような措置をとらなかったものである。

これは、上記で述べた最高裁昭和58年12月13日第三小法廷判決、最高裁昭和46年3月24日大法廷決定及び最高裁平成26年4月22日第三小法廷判決にそれぞれ相反する判断であるから、上告理由に当たるものであり（刑訴法405条1項2号）、原判決は破棄を免れない。

第4 著しく正義に反する法令違反があること

仮に、原判決が最高裁判例と相反しないと判断されたとしても、原判決が前述

したように、争点顕在化の措置をとらずに、被告人及び弁護人に不意打ちの事実認定をしたことは著しく正義に反する法令違反があるといえるから、上告理由に当たるものであり（刑訴法411条1号）、原判決は破棄を免れない。

なお、著しく正義に反するという点については、訴因変更の要否に関する最高裁平成24年2月29日第二小法廷決定（刑集66巻4号589頁）が、訴因変更手続を経なかったことが違法であるとしながら、著しく正義に反するとは言えないとして上告を棄却しているが、同判決における千葉勝美裁判官の反対意見において、「刑事訴訟手続における審理の基本構造は、訴因を基に検察官と被告人とが攻撃防御を尽くし、適正な手続に基づいて審理を尽くすというものであるから、訴因の変更の要否についての手続的な過誤は、それが、被告人に不意打ちを与えるものとして、違法とされ、訴因変更手続を経るべきであるとされた以上は、この過誤は刑事裁判における手続的正義に反する重大なものというべきであり、被告人の納得も得られないところである。さらに、前記のとおり、被告人の防御方法、内容が変わり得るものである以上、適正な手続に従った十分な防御がされたということもできない。」として多数意見に反対し、差し戻すべきであると述べていることが参考にされるべきである（笹倉宏紀「訴因と異なる放火方法の認定と訴因変更の要否」重要判例解説平成24年度・183頁参照）。

第5 まとめ

以上から、原判決が不意打ちの事実認定をした点については、最高裁昭和58年12月13日第三小法廷判決、最高裁昭和46年3月24日大法廷決定及び最高裁平成26年4月22日第三小法廷判決にそれぞれ相反する判断であるし、著しく正義に反する法令違反があることから、原判決は破棄されなければならない。

第5章 結論

以上が、本上告の理由である。

孤立出産における死産後にとられた母親の真摯に愛情を伴ってとられた行動を、葬祭の準備や一過程でないからという理由で、そして、妊娠や死産というプライバシー性の高い情報を雇い主に明かすことが出来なかったという理由で、死体遺棄罪で処罰することは、社会的に本来保護されるべき立場の者を刑事罰によって追い込んでしまうことを意味する。

原判決が憲法違反、法令違反及び事実誤認、高等裁判例に対する違反があるから、最高裁においてこれを破棄されたい。

添付資料

- 1 意見書（研究者） 6 通
- 2 意見書（一般） 1 2 7 通（うち経産婦 6 4 通、宗教家 2 0 通）

なお、研究者意見書の一覧は次のとおりである。

専門	所属	氏名
憲法	神戸大学大学院法学研究科教授	木下昌彦
刑法	愛知学院大学法務支援センター名誉教授	原田保
刑法	立命館大学大学院法務研究科教授	松宮孝明
刑法	西南学院大学法学部教授	福永俊輔
医学	産婦人科医師・日本学術会議連携会員	宮崎康二
	慈恵病院院長・産婦人科医師	蓮田健
宗教学	長崎大学多文化社会学域 教授	滝澤克彦