



孤立出産と死体遺棄罪の憲法問題 : 技能実習生孤立 出産事件意見書

木下, 昌彦

(Citation)

神戸法學雜誌, 73(1):1-20

(Issue Date)

2023-06-30

(Resource Type)

departmental bulletin paper

(Version)

Version of Record

(JaLCD0I)

<https://doi.org/10.24546/0100482606>

(URL)

<https://hdl.handle.net/20.500.14094/0100482606>



神戸法学雑誌第七十三巻第一号二〇二三年六月

孤立出産と死体遺棄罪の憲法問題—技能 実習生孤立出産事件意見書

木 下 昌 彦

本稿は、ベトナム人の技能実習生が、孤立出産のなかで死産した双子を自室の段ボールに入れていたところ、当該行為が、刑法190条にいう「遺棄」に該当するとして起訴されたいわゆる技能実習生孤立出産事件（以下、本件）に関して、被告人の弁護団の弁護団長であった石黒大貴弁護士（在学中筆者の授業を受けていた神戸大学法科大学院修了生）の依頼に応じて執筆し、最高裁判所に提出された意見書である。発表を行うにあたり、引用等に関する若干の体裁の修正や説明の追加を行ったほかは原則として意見書本文の内容そのままとなっている。

本件事案は、第一審、第二審ともに被告人有罪となっていたが、令和5年3月24日、最高裁は、第一審、第二審を破棄し、自判したうえで、被告人を無罪とする判決を行った（以下、本件最高裁判決⁽¹⁾）。最高裁は、判決の冒頭において、「弁護人石黒大貴ほかの上告趣意のうち、規定違憲をいう点は、原審で何ら主張、判断を経ていない事項に関する違憲の主張であり、高等裁判所の判例を引用して判例違反をいう点は、事案を異にする判例を引用するものであって、本件に適切でなく、その余は、憲法違反、判例違反をいう点を含め、実質は単なる法令違反、事実誤認の主張であって、刑訴法405条の上告理由に当たらない。」

(1) 最判令和5年3月24日裁判所ウェブサイト（LEX/DB 文献番号 25572744）。

と論じており、本件最高裁判決に憲法判例としての先例性はないうえ、さらに、弁護団の行った憲法上の主張は、訴訟法上の理由により審査の対象にもなっていない。そのため、本稿（意見書）そのものが、本件最高裁判決に直接の影響を与えたことは考えられないのはもちろん、当該判決を読み解くうえでも役立つ要素はほとんどないものと思われる。ただ、本稿のなかで言及した孤立出産や死体遺棄罪を巡る諸問題については、なお未解決の部分もあると考えられるので広く発表させて頂くことにした。

若干、本件最高裁判決について感想を述べると、本件最高裁判決は、刑法190条について、当該刑罰規定は、「社会的な習俗に従って死体の埋葬等が行われることにより、死者に対する一般的な宗教的感情や敬けん感情が保護されるべきこと」を前提としているとしたうえで、「習俗上の埋葬等とは認められない態様で死体等を放棄し又は隠匿する行為が死体遺棄罪の『遺棄』に当たると解す

- (2) 控訴審において主張判断のなかった実体刑罰法規に関する違憲の主張は、上告理由としては不適法であるとの判例法理は、最大判昭和39年11月18日刑集18巻9号597頁において既に言明されており、本件最高裁判決は、その判例法理に従ったものと考えられる。なお、近年のコインハイブ事件判決（令和4年1月20日刑集76巻1号1頁）も、控訴審までは憲法上の主張判断は必ずしも正面からなされていなかった事案であると言えるが、結論としては、同じく刑訴法405条の上告理由に該当しないというものであったものの、本件最高裁判決のような上告理由の制限に関する言及はなく、むしろ、「刑法168条の2第1項…の文言が漠然不明確であるとして憲法21条1項、31条違反をいう点は、同文言が不明確であるとはいえない」として一定の憲法判断を行っている。この取扱いの違いは、一つの問題であるが、上記昭和39年判決の調査官解説が、「一審で無罪となり検事控訴により有罪となったようなときには、適用された実体刑罰法規の違憲を争って上告しても差支えないであろう…答弁書で予備的に主張しておくことはできようが、そこまで要求するのは酷であろう。」としており参考になるかもしれない（海老原震一「判解」最高裁判所判例解説刑事篇昭和39年度134頁、137頁）。つまり、本件は、第一審有罪、控訴審有罪の事案であったが、コインハイブ事件は、調査官が判例法理の例外として挙げるような第一無罪、控訴審有罪の事案であった。その違いが、憲法判断の有無に影響を与えたのかもしれない。いずれにしても、憲法上の主張は、主張可能性があるのであれば、少なくとも控訴審段階から本格的に主張しておくことが適切である。

るのが相当である」と論じている。つまり、刑法190条の遺棄に該当するか否かにおいては、①「放棄」行為又は「隠匿」行為の有無に加えて（放棄隠匿要件）、②それらの行為が「習俗上の埋葬等とは認められない態様」で行われたか否か（態様要件）が問題となることになる。本件最高裁判決は、「被告人の行為は、死体を隠匿し、他者が死体を発見することが困難な状況を作出したものである」として、隠匿行為該当性は肯定したように思えるが、「それが行われた場所、死体のこん包及び設置の方法等に照らすと、その態様自体がはまだ習俗上の埋葬等と相いれない処置とは認められない」として、態様要件を否定し、被告人を無罪としている。本件の第二審判決は、「葬祭を行う準備、あるいは葬祭の一過程」ではない隠匿行為は原則として遺棄に該当するとの枠組みであったが、本件最高裁判決によると、「葬祭を行う準備、あるいは葬祭の一過程」に伴うものではない隠匿行為であっても、その具体的態様が、「習俗上の埋葬等と相いれない処置」になっているとまで検察官が立証できなければ、なお、処罰の⁽³⁾対象とはならないことになる。

-
- (3) 本稿（意見書）では、福岡高判令和3年12月3日高刑速（令和3）553頁の裁判例の枠組みを前提に論証を行っているが、当該福岡高判と本件最高裁判決とは判断枠組みが若干異なっている。上記福岡高判は、①隠匿該当性と②道義上首肯し得ない方法の有無の二要件を軸に構成要件該当性を検討しており、本件最高裁判決も、①本文で記したように、①隠匿要件と②態様要件の二要件で検討している。ただ、上記福岡高判が、道義上首肯し得ないか否かの判断には意図・目的といった主観的要素の検討も含まれるとしているように読める一方、これも本文で述べたように、本件最高裁判決においては、②態様要件には主観的要素は含まれていないようにも読める。また、上記福岡高判が、隠匿該当性において、死体発見の困難さの「程度」や困難な状況が継続する「時間」を問題にしている一方、本件最高裁判決は、必ずしもそれらの要素を「隠匿」該当性の要素とは見ておらず、端的に、「他者が死体を発見することが困難な状況」の作出をもって、「隠匿」としている。本稿（意見書）では、上記福岡高判の判断枠組みを前提に、主として隠匿要件の問題として捉えているが、本件最高裁判決は、主として態様要件の問題として扱っている。筆者としては、態様要件は、不明確な点が多分にあることは否定できず、そこを死体遺棄罪該当性検討の中核とすることに躊躇を覚えたことがその背景にある。ただ、死体遺棄罪

本件のような場合がまさにその典型であるが、肉親の死に接した葬祭義務者等が、直ちに葬祭に向けた準備を滞りなく行うことには、様々な肉体的、精神的、社会的制約がある。そのようななかで、葬祭義務者等が、葬祭の準備とはいえないが、風俗上の埋葬等相容れない措置とまでもいえない行動を採る、採らざるを得ない状況になることは容易に想定できるものである。本件最高裁判決の枠組みについては、そのような場合を処罰対象から外すという意義を見出し得るだろう。ここで最高裁は、「習俗上の埋葬等と相いれない処置」に該当するか否かの判断要素として、行為の場所、死体のこん包・設置方法といった客観的要素を挙げる一方、行為の動機等の主観的要素には触れていない点も注目される。

なお、本件のように第一審と第二審で有罪判決がなされていたにもかかわらず、最高裁において逆転無罪となる事例というのは極めて稀である。このような画期的な判決がなされた背景には、弁護団がインターネット等を通じて行った意見書公募の作用が大きかったのではないかと思われる。弁護団は、出産経験者、産婦人科医・精神科医、宗教家等に対して、顕名での意見書を公募し、127通を超える意見書が集まり、それを最高裁に提出している。本件最高裁判決において決定的であったのは、被告人の行為が「習俗上の埋葬等と相いれない処置」ではないという評価であった。最高裁がそのような心証を抱くに至る過

の明確性に関する最高裁の立場は、最近、樋口亮介「『罪刑法定主義』は何を要請するか—明確性の原則を素材として」法律時報1187号6頁によって提示されたセーフゾーン／グレーゾーンの理論に依拠すれば、「他者が死体を発見することが困難な状況」を作出しない限り、処罰対象とはならないという「セーフゾーン」の告知はなされていること、そして、同時に、死体発見困難状況の作出は「グレーゾーン」に踏み込むことになるリスクのある行為であるという告知もなされていること、当該「グレーゾーン」については、習俗という必ずしも明確とは言えない要件によって処罰範囲を定めたとしても公正な告知との関係で重大な問題を提起することはないということかもしれない（なお、樋口理論を敷衍すると明確性の原則は、セーフゾーンの明確性を要請するものであって、必ずしもグレーゾーンの消失の要請を意味するものではないということになるか）。

程で、それらの意見書が果たした役割は相当なものであったと思われる。あるいは、心証形成に直接作用しなかったとしても、そのような評価は世論の趨勢と大きく乖離しないとして、最高裁の評価を後押しした可能性は大いにある。

アメリカでは、アマカス・キュリエとしてこのような意見書公募は法制度化されているが、日本ではまだ法制度化されるに至ってはなない。しかし、同じく最高裁において無罪判決がなされたコインハイブ事件においても同様の意見書公募が行われており、このような意見書公募の手法は、日本版アマカス・キュリエとして、訴訟上大きな役割を果たしつつある。この点においても本最高裁判決には注目すべき点がある。

<本論>

1. はじめに

本件においては、孤立出産のなかで死産となった母親による死産直後の胎児の取扱いが刑法 190 条の死体遺棄罪に問われている。本件は特殊な事案であるが、社会的には決して稀な事案ではなく、日々、同種の事案が報道されている。死産となった孤立出産後の母親の行為を死体に関する罪に問うことは、米国においても重大な法的論点の一つとされており、現代社会における普遍的なテーマの一つでもある⁽⁴⁾。孤立出産に関する法整備を進め、今後同種の不幸な事案を出さないためにも、早急に司法による統一的判断が望まれるところである。ただ、本件事件における令和 4 年 1 月 19 日の福岡高裁判決（以下、原審判決）の論理については、憲法的観点、刑法的観点から複数の疑義があり、孤立死産の

(4) 米国における孤立出産と死体損壊罪に関する問題を論じたものとして、Nisha Chandra, *What to Expect When You're No Longer Expecting: How States Use Concealment and Abuse of a Corpse States against Women*, 40 COLUM. J. GENDER & L. 167 (2020); Monica Siwec, *Policing Pregnancy Loss: Misuse of Abuse of a Corpse Laws*, 4 CARDOZO INT'L COMP. L. REV. 1007 (2021)。これら二論文は、いずれも最高裁に被告人弁護団から提出されている。

問題を解決するものとしては不十分なものであったと言わざるを得ない。

そこで、本意見書では、以下、2において本件事案の位置付けを明らかにしたうえで、3において刑法解釈上の論点について論じ、4において憲法解釈上の論点について論じていきたい。ただし、本件については、控訴審判決から上告趣意書の提出期限まで時間が限定されており、残念ながら限られた時間での検討とならざるを得なかった。本件に関しては今後検討を続け、その成果を論文等の形式で公表していきたい。

2. 本件事案の位置付け

本件は、極めて特殊な経緯を辿った事案である。ここでは、〔葬送過程の段階〕〔行為主体〕〔行為の状況〕という三つの観点から本件の特殊性をまずは確認しておきたい。

〔葬送過程の段階〕一般に、遺体の葬送過程としては、遺体に直接の処理を行う第一次葬（土葬・火葬・空葬など）と火葬がなされた場合における焼骨の処理である第二次葬の区別がよく知られる⁽⁵⁾。この区別を前提とした場合、葬送の過程を巡る法的問題については、①第一次葬までの準備の在り方、②第一次葬の在り方、③第二次葬の在り方の三つの段階で問題となり得る。

例えば、チベット仏教やゾロアスター教でなされている鳥葬が許容されるか否かは、②第一次葬の在り方をめぐる問題であり、海や山への散骨が許容されるか否かは、③第二次葬の在り方をめぐる問題である。本件は、①の第一次葬までの準備の在り方が問題となっている⁽⁶⁾。

〔行為主体〕本件の被告人は、死産した胎児の母親である。日本法は、葬送義務者について法令の明確な定めはないが、条理上、本件被告人が、葬送義務者と

(5) 森謙二『『イエエ亡き』時代の墓地埋葬の再構築のために』鈴木岩弓・森謙二『現代日本の葬送と墓制—イエエ亡き時代の死者のゆくえ』（吉川弘文館，2018年）176-177頁。

(6) 葬送の自由の憲法問題については、田近肇「散骨規制条例と葬送の自由・死者の尊厳」岡山大学臨床法務研究21巻111頁（2018年）。

なることは疑いが無い。刑法上、葬祭義務者の不葬送は、刑事罰の対象となり得る。ただ、同時に、葬祭義務者は、葬祭の各段階において、葬祭の在り方を決める裁量権・決定権を有していると考えられる。例えば、葬祭までの準備の過程では、遺体の安置の方法、場所等をどのようなものとするか、第一次葬においては、どの宗派の形式に従った葬送を行うか、火葬にするか土葬にするか、誰を葬儀に招くか、第二次葬においては、遺骨の安置方法などは、全て葬祭義務者の決定権に服するものであると考えられる。このような葬祭義務者の権利は、私人間に留まらず、国家に対する憲法上の権利としても主張し得る。例えば、キリスト教式の葬式を希望する葬祭義務者に対して、仏教式の葬式を強いるのであれば、憲法20条1項や20条2項と抵触することになることは言うまでもない。葬祭義務者がもつ権利に鑑みた場合、同じ死体の取扱いであっても、葬祭義務者と第三者とでは異なる衡量を必要とする（第三者が許されない行為であっても、葬祭義務者の行為としては社会的に許容される場合もあろう）。

〔行為の状況〕死体と突然向き合わなければならない状況は様々にある。ただ、本件の場合には、孤立出産の結果、生まれてきた胎児が死産であったという特殊な状況のなか、出産直後の母親の死産した胎児の取扱い方が問題となっている。肉親の死は、人が生きていくなかでも最も悲しい出来事の一つであるが、そのなかでも、生まれてきた我が子が死産であったというのは、おそらく、人間が直面する悲しみのなかでも最も衝撃的なものの一つである。例えば、死産の届出に関する規定7条は、死産届の提出義務を第一次的には「親」ではなく、「父」に対して課しているが、それは、死産直後の母親の身体的精神的状況に鑑みての取扱いであると考えられる。本件はそのような究極的な状況下に置かれた者が罪に問われた事案であり、その点は法解釈においても当然に前提とされなければならない事項である。

3. 刑法解釈上の問題

刑法190条は、「死体、遺骨、遺髪又は棺に納めてある物を損壊し、遺棄し、又は領得した者は、三年以下の懲役に処する。」と規定する。同条は、死体等の

損壊、遺棄、領得を構成要件とするが、本件では、被告人の行為の「遺棄」該当性が問題となっている。

これまで死体遺棄罪の保護法益や構成要件解釈について明確に論じた最高裁判例はないようであるが、「刑法190条にいう死体遺棄罪は、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するものであつて、死体を現在の場所より他所に移して放棄するのももちろん、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」とする高裁判決があり、頻繁に引用されている⁽⁷⁾。

この高裁判決によれば、死体遺棄罪の保護法益は、「死者に対する社会的風俗としての宗教的感情」ということになる。著名な注釈書や令和3年の二つの福岡高裁判決も「宗教的感情」という概念を用いているが⁽⁸⁾、「宗教的感情」の侵害をもって保護法益とすることについては若干の疑義がある。

確かに、墓理法1条の目的規定でも「宗教的感情」の表現が用いられているものの、元来、憲法は20条1項後段、3項、89条において政教分離規定を設け、国家の非宗教性・宗教的中立性を要求している⁽⁹⁾。また、20条1項前段の信教の自由は、宗教を信じない自由も保障されていると考えられる。「宗教的感情」という表現が文字通り「宗教的」感情を意味するものであれば、そのような宗教的感情を国家が刑事罰によって保護することは、国家の非宗教性・宗教的中立性の理念に反することになりかねない。加えて、死体遺棄罪は、場合によっては宗教的行為の自由と衝突し得る側面を有しているところ、死体遺棄罪が、社会における多数派の宗教によって少数派の宗教を否定するという場面も

(7) 東京高判昭和56年3月2日高刑速(昭56)108頁。

(8) 大塚仁ほか編『大コンメンタール刑法(第三版)第9巻[第174条～192条]』〔岩村修二〕(青林書院, 2013年)238頁。福岡高判令和3年6月25日高刑集73巻1号6頁, 福岡高判令和3年12月3日裁判所HP。

(9) 最大判高裁昭和52年7月13日民集31巻4号533頁〔津市地鎮祭事件〕, 最大判平成9年4月2日民集51巻4号1673頁〔愛媛県玉串料事件〕, 最大判平成22年1月20日民集64巻1号1頁〔砂川市空知太神社事件〕, 最大判令和3年2月24日民集75巻2号29頁〔那覇市孔子廟事件〕。

生じ得る。仮に、ここでの「宗教」が憲法 20 条等において想定される「宗教」ではなく、一般的な死者への敬虔感情を指示するのであれば、あえて宗教という疑義のある概念を用いるべきではないだろう。例えば、近年の注釈書（以下、嶋矢注釈）では、「死者に対する一般の敬虔感情」との表現が用いられており、そこでは、あえて「宗教的」という概念が除外されているが、その方向性は憲法的観点からも支持できるところである⁽¹⁰⁾。

上記高裁判決の定式は、「遺棄」について、「死体を現在の場所より他所に移して放棄する」という行為のほか、「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」の行為も含まれると解釈している。本件の原審判決は、このなかでも「隠匿」行為該当性を問題としている。

この「隠匿」に関して、一つの解釈としては、死者への一般的な敬虔感情に沿った死体の取扱い方とは、葬祭義務者による葬送が適時適切になされることであると解したうえで、葬祭義務者による適時適切な葬祭の妨げになるような行為が隠匿に該当するという理解があり得る。このような理解を前提とした場合、隠匿の主体は葬祭義務者以外の第三者であり、第三者が葬祭義務者のもとから死体を隠す行為こそが隠匿に該当することになる。そのような理解に依拠した場合、葬祭義務者の場合には、隠匿ではなく、葬祭義務自体を放棄する不葬送が処罰の対象となることになる。嶋矢注釈は、「遺棄は、葬祭義務者が葬送を行わないこと、あるいは第三者が義務者のもとから死体等を作為・不作為により離隔・隠匿する行為である」と整理しているが、それはこのような理解を前提としたものと解することができる（嶋矢注釈：678頁）。

嶋矢注釈のように、葬祭義務者については不葬送が処罰対象になり、第三者については隠匿が処罰対象になるという定式を補助線としつつ、原審判決を読むと不可解な点がある。原審判決は、「被告人が本件各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。通常の葬祭を行う場合であってもその着手までにその程度の期間を要する

(10) 西田典之ほか『注釈刑法第2巻各論(1)』〔嶋矢貴之〕（有斐閣，2016年）676頁。

こともあり得ると考えられるから、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」として、葬祭義務者である被告人の不葬送による遺棄の成立を否定している。原審判決の判示を文字通り捉えるならば、本件被告人は、本件行為時点においても、なお葬送義務を放棄したわけではない葬送義務者であるということになる。

他方で、原審判決は、隠匿による遺棄の成立を認めており、そこでは、「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A町の長がこれを行うことになる（墓理法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。」と論じている。つまり、原審判決は、被告人以外のいわば潜在的葬送義務者からの隠匿をもって隠匿による遺棄を認めていると言える。

ここで原審判決は、「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」と論じているものの、本件事案では、被告人は未だ葬祭義務者であり、不葬送を確定させるような事情もないことから、なぜ他者による葬祭が前提となっているのか明確ではない。適時適切な時期に葬送が行われる可能性を問題にするのであれば、葬祭義務者である被告人自身が葬送を行わない可能性を問題にすべきである。葬祭義務者の葬送可能性があるのであれば、潜在的葬祭義務者による葬祭の可能性が仮に縮減したとしても、法益侵害とは無関係であるはずである。つまり、原審判決においては、保護法益と葬儀義務者による隠匿との論理的関係が定かではない。

私見としては、保護法益との関係において、葬送義務者において不葬送ではなく、隠匿を独立に問題とすることそれ自体に疑義を持つものであるが、以下では差し当たり、葬祭義務者による隠匿も処罰の対象となり得るとの想定により議論を進める。

4. 憲法的考察

(1) 令和3年福岡高判と本件原審判決との齟齬

本件に関する憲法上の問題は、死体遺棄罪の刑法上の解釈に依存し得る問題である。この点、死体遺棄罪の解釈については、令和3年12月3日の福岡高裁の判決（以下、令和3年福岡高判）と本件原審判決との間で大きな解釈上の齟齬が見受けられる。少し長いが、令和3年福岡高判は、死体遺棄罪の解釈について次のように論じている。

「本件の死体運搬行為が死体遺棄罪の構成要件に該当するか否かを判断するには、死体に対し犯行時になされた行為が、宗教風俗上、死体の処置に関し、隠匿する行為に該当するか否かを検討すべきこととなるが、その際、本罪の保護法益は、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ことに留意する必要がある。このような観点からすると、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に埋葬することを妨げるに足りるものであることが必要である。また、上記のとおり隠匿に該当するか否かは、宗教風俗上の観点から検討すべきでもであり、隠匿に該当するという判断があつてはじめて道義上首肯し得ない方法による隠匿か否かが死体遺棄罪の成否の判断において問われるという順序になるから、道義上首肯し得ないか否かによって、当該行為が隠匿に該当するか否かの判断が左右されるわけではない。そうすると、罪証隠滅といった道義上首肯し得ない意図・目的で行われた行為であったとしても、それがそもそも隠匿に該当しないのであれば、死体遺棄罪が成立する余地はない。」

令和3年の福岡高判の上記判旨の重要な点について整理すれば、第一に、死体遺棄罪の構成要件となる「隠匿」について、「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に埋葬することを妨げ

るに足りるものであることが必要である」として、その内容を限定している。

第二に、「隠匿に該当するという判断があってはじめて道義上首肯し得ない方法による隠匿か否かが死体遺棄罪の成否の判断において問われるという順序になる」として、客観的な判断である「隠匿」と行為者の主観的側面が問題となり得る「道義上首肯し得ない方法」とを区別して検討しており、前者が肯定されて初めて後者の検討に入るという立場に依拠している。

他方で、本件原審判決は、必ずしも令和3年福岡高判のように明確なたちでは基準を示していない。ただ、同判決の論理を追えば次のようにものとなるだろう。

- ①「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」
- ②「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い」
- ③「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、本件作為が死体遺棄罪にいう『遺棄』に当たる」

すなわち、原審判決は、「外観からは死体を隠すものに見え得る」行為については、「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」を除いて、「一般的な宗教的感情や敬けん感情を害するものである」から死体遺棄罪に該当するという基準を用いたものといえることができる。

令和3年福岡高裁と原審判決とを比較した場合、令和3年福岡高判は、「外観からは死体を隠すものに見え得る」行為は、ただちに「一般的な宗教的感情や敬けん感情を害する」ものとはならないものの、原審判決によれば、そのよう

な行為は、原則として「一般的な宗教的感情や敬けん感情を害する」ものとなるということになる。また、令和3年福岡高判においては、道義上首肯し得ない意図・目的であったか否かを検察官側が証明する必要があるのに対して、本件原審判決は、被告人側に、正当な意図、それも、葬儀の準備の意図をもってなされたことを証明する責任を課しているように読める。

(2) 刑法解釈における憲法上の要請

令和3年福岡高判と原審判決のいずれの解釈が妥当かということは第一次的には刑法解釈の問題であるが、憲法的観点から両者の解釈について分析を行っておきたい。

憲法的観点からの刑法解釈への要請としては、憲法の人権規定によって保障される憲法上の権利を不当に侵害するものであってはならないという実体的要請と一般人にとって不明確なものとはなってはならないという手続的要請の二つがある。後者の手続的要請は、憲法31条からの要請である。

構成要件の明確性に関する憲法解釈については、徳島市公安条例事件判決や札幌税関検査事件判決によって明らかにされているが、それを踏まえて、憲法の実体的要請と手続的要請を充たすための諸条件をまとめると次のような4つの条件へと整理することが可能である⁽¹¹⁾。

〔第一条件〕 構成要件の解釈によって基準が示されること（以下、解釈基準）。

〔第二条件〕 解釈基準が、一般国民の理解において、当該規定から読みとることができるものであること。

〔第三条件〕 解釈基準が、一般国民の理解において、具体的場合に、いかなる行

(11) 最大判昭和50年9月10日刑集29巻8号489頁〔徳島市公安条例事件〕、最大判昭和59年12月12日民集38巻12号1308頁〔札幌税関検査事件〕。なお、これらの事件の解釈については、木下昌彦「コンピュータ・プログラム規制と漠然性故に無効の法理（上）—コインハイブ事件を契機とした不正指令電磁的記録に関する罪の憲法的考察」NBL1181号4頁（2020年）も参照。

為が刑事罰の対象となるかどうかの判断を可能ならしめるようなものであること。

〔第四条件〕 解釈基準によって刑事罰の対象となる行為が、合憲的に刑事罰の対象となし得る行為に限定されていること。

(3) 本件原審判決の解釈基準の問題点

これらの4つの条件に照らし、本件原審判決を分析した場合、まず、原審判決の解釈は、第四条件の観点から以下のような問題を指摘することができる。原審判決は、葬祭の準備以外を目的とした死体のこん包行為は刑事罰の対象となるとしている。これは原審判決が示した解釈基準であると言えるが、そこでは葬祭の準備以外を目的とした死体のこん包行為は原則として道義上首肯し得ないものであるという論理的前提に依拠しているものと捉えることができる。もっとも、死体のこん包あるいは隠匿行為は、とりわけ、孤立出産直後の母親については、ただちに葬送の準備以外を目的とするものであったとしても正当な目的と言える場合があり得、原審判決の論理的前提には疑義がある。

そもそも、憲法13条は、国民の「私生活上の自由」が、国家権力の行使に対しても保護されるべきものであることを規定したものであるが、そこでの「私生活上の自由」には、「何人も、個人に関する情報をみだりに第三者に開示又は公表されない自由」⁽¹²⁾が含まれると解されている。また、私法上も、プライバシー情報に係る事実を公表されない法的利益は、不法行為法等によって保護される利益となることは確立した判例となっている⁽¹³⁾。

妊娠をしたこと、出産をしたこと、死産であったことは、言うまでもなく最もセンシティブな個人情報の一つであり、その事実をみだりに第三者に開示又は公表されない自由は、憲法上も、私法上も保護された自由であると言える。確かに、法令は、死産届や火葬許可申請において、死産等の事実を公官庁に通

(12) 最大判昭和44年12月24日刑集23巻12号1625号〔京都府学連事件〕、最判平成20年3月6日民集62巻3号665頁〔住基ネット事件〕。

(13) 最決平成29年1月31日民集71巻1号63頁〔検索結果削除事件〕。

知する義務を母親等に課している。しかし、これは公益上の必要性から特に必要のある場合であって、しかも、通知を知った公官庁がみだりに当該情報を第三者に伝えていいわけではない。

孤立出産直後の母親は、公益上の必要性から法令に定めがある場合を除き、死産等の事実を誰に伝えるか伝えないかの自由を有している。この自由に鑑みれば、葬祭の準備を直接には目的としたものではなかったとしても、第三者からの隠匿は、自身のプライバシーを保護するための行為として捉えることができる場合があり得る。

もっとも、いかにプライバシーを保護するための行為であったとしても、長期間遺体を隠匿した結果、不葬送と評価できるような場合やゴミ箱に入れるなど保存の態様が道義上首肯しえないような場合について、そのような行為を禁止、処罰することは「みだりに」自由を制限しないものとして憲法上も許容されよう。しかし、孤立出産直後の母親の第三者からの隠匿行為について一律に刑事罰を科す解釈は、実質的には、孤立出産直後の母親に対して死産等の事実を第三者に対して秘匿する自由を認めないものに等しく、みだりに私生活上の自由を奪うものと言わざるを得ない⁽¹⁴⁾。

また、仮に葬祭の準備以外を目的とした死体のこん包行為を全て処罰の対象とすることについて憲法上の問題がないとしても、上記の第二条件との関係において、そもそも、そのような行為が「遺棄」に該当するという解釈基準が、「遺棄」という概念から導き出せるのか疑問がある。「遺棄」という概念は、文

(14) 孤立出産による死産直後の母親の精神状態については医学的にも未解明な部分も多々あると思われる。例えば、一時的に現実を受け止めたくないという観点から、第三者というよりも、むしろ、自分自身から死産した胎児を「隠す」という行動に出てしまうかもしれない（女性が流産や死産を隠そうとする理由の一つに、「妊娠をなかったことにしたい」という心理的欲求が背景にあることについて、Chandra, *supra* note 4, at 177 参照）。また、そのような行動の意味について母親が後から言語化して説明することも困難であろう。出産直後の母親の行動について、「何らかの意味」を要求する原審判決の立場はこのような観点からも疑問がある。

字通り「死体を現在の場所より他所に移して放棄する」という行為（以下、放棄行為）のみを指すと考えるのが通常の見方である。遺棄の概念を安易に広げることは、構成要件の機能を疎かにし、法と道徳の区別を危うくするものである。刑法 190 条は、道義上首肯し得ない行為を処罰するものではなく、あくまで、「遺棄」行為を処罰する規定である。

仮に、これまでの裁判例が示してきたように、「道義上首肯しえないような方法で埋葬、冷遇放置、隠匿」する行為までも「遺棄」に含まれることを受け入れるとしても、それらの行為は、典型的な遺棄である放棄行為と同程度に、死者への敬虔感情を重篤に害する行為であると考えるのが通常の見方ではないかと考えられる。これに対し、本件原審判決の解釈基準は、場所的離隔を伴わない行為であり、しかも、敬虔感情への侵害の程度が極めて軽微な場合にも、遺棄の概念が及ぶとするものであり、解釈上の不自然さを拭いきれない。

さらに、第三条件との関係でも、問題がある。原審判決の解釈基準においては、「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」か否かが刑事罰か否かの分かれ目となっている。確かに、地域共同体の結び付きが強く、冠婚葬祭が地域共同体の積極的関与のもと一般的に営まれているような数十年前の日本社会においては、葬祭の在り方というものは一般国民において容易に認識できた部分もあるかもしれない。しかし、今日、葬祭は、共同体から離れて個人的、家族的なものになり、さらに、宗教の多元化や本件被告人のように海外からの居住者も増えるなかで、典型的な葬祭の在り方というものは急速に認識することが困難になってきている。そのような状況においては、「葬祭の一過程」であるか否かの解釈基準は、具体的場面において、自らの行為の適法性を判断するための指針としては不十分なものになっていると言わざるを得ない。⁽¹⁵⁾ さらに、死産直後の母親が死産した胎児の葬祭の準備として、ただちに何を行わなければならないかという場面を想定すると、その不明確さはより危険なも

(15) 葬送に関する社会規範が喪失しているとの指摘については、片桐直人「特集終活と法：死の個人化と法—企画趣旨に代えて」法学セミナー 788号 12頁（2020年）。

のとなる。実際、葬送に向けて遺体を適切に保存するという観点からは、外気との接触や虫などによる浸食を防ぐために、例えば、本件のように遺体を密閉した箱のなかに入れるということもあり得る行為である。しかし、原審判決の解釈基準を前提とした場合、それらの行為がどこまで葬送のための一過程として認められるか否かは明確ではないのである。

そもそも、死産というのは通常予期し得ないものであり、かつ、死産というのはその性格上、その発生を想定して予め準備するということが考えられない出来事である。突然の予期し得ない事態に対して適用されるルールについては、より一層明確である必要があると考えられるが、「葬祭の一過程」として適切であるかを基準とする解釈基準はその要請に応えるものではない⁽¹⁶⁾。

他方で、令和3年福岡高判の基準は、「隠匿」が成立し得る場合を、法益侵害の程度が重大な場合に限定していることから、それを死体遺棄罪の構成要件該当行為とすることについては相対的に自然なものとなっている。また、そのような限定によって、判断の微妙な事案は処罰対象から排除されることになるから、その解釈基準が導く予見可能性も高くなると言える。さらに、令和3年福岡高判の基準においては、葬儀の準備とは異なる自身のプライバシー保護目的のこん包であっても、そもそも「隠匿」に該当しないとされるか、あるいは、道義上首肯し得ない意図であるとは言えないとされることから、原審判決の基準のように、憲法上の権利の抵触関係についても大きな問題を生じ得ないと考えられる。

おそらく刑法内在的な議論においても令和3年福岡高判の解釈基準のほうが

(16) 原審判決の解釈基準が刑法190条の解釈基準であるとする、刑法190条は、少なくとも、死産直後の母親の行為の事案に適用する場合には、憲法31条の要請である明確性の要請に反し違憲となるのではないかと考えられる（本来、憲法31条は、法令全体というよりも、特定事案を単位として適用される事案であった。最大判昭和47年11月22日刑集26巻9号554頁〔川崎民商事件〕など）。死産直後の死体の取扱いについて死体損壊罪が漠然性ゆえに不明確となり得ると論じたものとして、米国法のものであるが、Siwicz, *supra* note 4, at 1032以下参照。

支持を得やすいものであると推察するが、以上のような観点から、令和3年福岡高判の判断枠組みのほうがより憲法適合的であることは疑いがない。

刑法190条の死体遺棄罪それ自体が違憲とは言えないとしても、当該条文は、憲法の基本条項である13条や31条の理念と適合的に解釈される必要がある。令和3年福岡高判の解釈基準があらゆる面において憲法に適合的であると言え、そのように憲法適合的な解釈が存在するなかにおいて、あえて、憲法上疑義のある本件原審判決の解釈基準を採用することは、それ相応の理由が必要である。原審判決の解釈基準を支持できるより強い説得的な理由が見いだせない限り、令和3年福岡高判の解釈基準を採用することが望ましいことは言うまでもない。

なお、令和3年福岡高判にしても、本件原審判決にしても、刑法190条の遺棄の解釈が定まらない状況がある。そのような状況において、特に、孤立出産による死産直後の母親が死産した胎児の取扱いに関して、逮捕起訴されたり、あるいは、不起訴となったりした事案が日々報道されている。その背景には、いかなる事案が処罰の対象となり得るのかについて、当の母親はもちろん、捜査機関においても不明確であるというのが現実ではないかと見受けられる。

最高裁においては、孤立出産による死産直後の母親、あるいは、捜査機関において明確な指針となるような統一的な基準を示して欲しい。

5. おわりに

憲法31条の明確性憲法論や刑法論の枠組みには直接乗らないことであるかもしれないが、本件について、被告人を処罰することが、死者を適時適切に葬送するという刑法190条の究極的な目的に照らした場合、政策的観点から様々な疑問が生じる。孤立出産において死産に直面した母親は、肉体的精神的疲労の極致であり、冷静な判断を適切に行える状況にあるとは考えられない。その

(17) 刑法190条の解釈論が、現代の葬送に鑑みて複数の問題があることについては、片桐直人「ミクロ憲法学の可能性1-1新しい葬法の登場と『弔う秩序』」法律時報92巻9号110頁。

ようななかであって、ただちに葬送の準備に適切に従事するというのはおよそ期待できないところである。しかし、本件の原審判決を前提とする場合、孤立出産直後の母親は、その行為に少しでも不適切な点があると、刑事罰に問われることになる。ただ、そうすると、ますます母親は死産直後の行為について罪に問われることを恐れ、第三者、医師、公官庁に対し、死産の事実を隠そうとしてしまうことになる。仮に、刑法 190 条において、第一次葬に向けた死体の取扱いが適切に行われることも保護法益に含まれ得るのだとしても、第一次葬が、葬祭義務者によって適時適切に行われることが最大の保護法益であることは疑いが無い。しかし、第一次葬に向けた死体の取扱いについて処罰を行うことは、結果として、適切に葬送義務を果たすことから母親を遠ざけることになってしまう。さらに、孤立出産後の母体は早急に医療の受診が必要となるどころ、出産直後の行為の刑罰化は、母体をも危険に晒す要因となるかもしれない。葬祭義務者による適時適切な葬送という究極的な保護法益という観点からは、第一次葬前の出産直後の母親の行動については原則として不可罰とし、むしろ、公官庁への相談と告知をし易くするような環境を整えることのほうがより適切な政策であると思われる⁽¹⁸⁾。

さらに言えば、本件においては、外国人技能実習制度における構造的な問題、外国人技能実習生への情報伝達の不足など、それらを放置してきた国の責任も極めて大きい。技能実習生が直面している諸問題について適切に対処していれば、本件のような事案は起きることはなく、被告人が追い込まれることもなかったはずである。国家は本件において被告人を道義的に避難するが、本件においては、そもそも国家こそが道義的責任を問われるべきであり、国家は被告人を非難する資格があると言えるのか疑問である。

* 脱稿後、石黒大貴「技能実習生孤立死産『死体遺棄』事件－孤立出産に対す

(18) 刑事罰を科すよりも、女性に医療を求めるよう促すことの重要性についてについて、Chandra, *supra* note 1, at 202-205.

る懲罰的態度から福祉への転換に向けて—」法学セミナー820号31頁に接した。