

〔論 説〕

新たな葬法に関する遺骨遺棄罪等の成否—撒骨（散骨）および手元供養を主題として—

原 田 保

- I 序言
- II 「適法評価偽装」問題
- III 「葬送」の意義
- IV 結語

I 序言

近年、人の死体等に対して、実定法所定の伝統的葬法と異なる様々な取扱方法が実施されるようになった。本稿は、これらの「新たな葬法」のうち、葬儀業界で有力商品として期待されている様子の窺われる撒骨（散骨）および手元供養を主題として、犯罪成否を検討するものである¹。その他の新たな葬法にも幾つかの問題が存在するが、本稿では論及しない。

新たな葬法を推奨・実施する団体や業者は概してこれらの方法について「法律的にも宗教的にも問題がない」旨を述べており、この言説は少なからざる人々に疑念もなく受容されていると認められる。それでも敢えて検討するのは、次章で論じるように人々がかかる言説を受容するに至る経緯に重大な問題が存在すると共に、犯罪構成要件該当性を論じる余地があって適法性自明とは決して認められず、学説上も未だ通説形成には至ってい

1 本稿には、『曾根威彦先生・田口守一先生古稀祝賀論文集〔下巻〕』（成文堂、平成26年）233頁、月刊住職平成29年正月号100頁、同2月号114頁および同6月号106頁ならびに愛知学院大学法務支援センターHPブログ平成29年7月13日、同年8月9日、同年同月22日、同年9月19日、同年同月29日および同年10月10日の拙稿と重複する部分もあるが、本稿での同旨記述引用は行わない。

ない²、という理由による。そこで、まず犯罪構成要件該当性の可能性を指摘する。

撒骨や手元供養の準備として骨を粉碎することが多く、この物理的形狀変更は「損壊」の文言に該当する。手元供養のうち、骨中の炭素を結晶化させて人造ダイヤモンドにする行為は、骨という物質の性質を失わせるのであるから、当然に「損壊」の語義に含まれる。

そして、撒骨は、骨を誰かの所有地または海洋等の公共領域に撒布して識別も回収もできない態様の場所的離隔を生じさせるから、明らかに作為による「遺棄」の文言に該当する。手元供養は、文字通り手元という自己の支配下に留めて場所的離隔を生じさせないから作為遺棄には該当しないが、墳墓埋蔵・納骨堂収蔵を行わないことを以て不作為の「遺棄」であると解する可能性がある。また、装飾品・実用品として生者の使用に供する点については、「領得」を論じることも可能である。

更に、撒骨も手元供養も焼骨を対象とするところ、これに先立つ死体焼却についても議論の余地がある。墓地、埋葬等に関する法律（墓埋法）2条2項は火葬を「死体を葬るために、これを焼くこと」と定義しており、これは死体を焼いた後に別の行為として焼骨を「葬る」ことを前提とする表現であると認め得る。そこで、撒骨や手元供養が前記犯罪構成要件該当

2 遺骨遺棄罪等に関して新たな葬法に言及する教科書は少ない。植松正『刑法概説Ⅱ各論』2版（勁草書房、昭32）580頁は、著名人の実例と推測される遺灰の空中撒布や遺骨の樹下撒布につき遺棄に該当しない旨を述べ、松原芳博『刑法各論』（成文堂、平28）は撒骨が同罪にならない可能性を述べている。団藤重光編『注釈刑法（4）各則（2）』（有斐閣、昭40）361頁～362頁（板倉宏）は、同罪成立を肯定した上で否定の可能性を仮定的に提示し、大塚仁ほか編『大コンメンタール刑法第三版第9巻』（青林書院、平25）246頁（岩村修二）は、遺灰に関する結論を示すことなく死体・遺骨の海中投棄が同罪になる旨を述べている。佐久間修『刑法各論[第2版]』（成文堂、平24）389頁～390頁は、撒骨や死体利用を單純に個人の自由意思に任せるべきでないと明言している。西田典之ほか編『注釈刑法第2巻各論（1）』（有斐閣、平28）676頁（嶋矢貴之）は、撒骨を含めて各種葬法を列挙しつつ結論を述べていない。概して、撒骨については議論を要するとの認識が示されており、手元供養に言及する教科書・註釈書は見当たらない。新たな葬法に関する通説の形成には時間を要すると推測される。

新たな葬法に関する遺骨遺棄罪等の成否—撒骨（散骨）および手元供養を主題として—（原田 保）

行為であって墓埋法2条2項所定の「葬る」に該当しないと解するなら、撒骨や手元供養を予定して死体を焼くことは、「葬るために、これを焼く」という火葬の定義から外れることになる。そうすると、火葬許可を得ていても無効であり、当該死体焼却は死体損壊罪に該当する、という解釈の可能性が生じる。³

また、些末的かもしれないが、一部の手元供養品に固有の問題もある。カロートペンダントには宝石・貴金属を使用せず竹木等の可燃物だけで製造された商品もあり、これは所有者死亡後に死体と伴に火葬することを想定している。この場合、当該カロートペンダント内の骨も焼くことになるが、それは当該火葬の許可対象たる死者ではなく先立って死亡した別人の骨である。火葬許可対象外の別人の骨を焼くのであるから、墓埋法の無許可火葬罪や刑法の遺骨損壊罪を論じる可能性が否定できない。現実の刑事立件は想定し難いが、理論的には問題を有している。

このように、撒骨も手元供養も、遺骨遺棄罪等の構成要件の文言に該当することが否定できない。同罪不成立という刑法解釈の説得的論証は未だ行われておらず、同罪成立の可能性は決して排除されていない。それにも拘らず、犯罪不成立という言説が、合理的かつ十分な説明を欠いたまま流布されて、既成事実的に普及しようとしている。

本稿筆者は、前記犯罪が成立すると直ちに断言する訳ではない。しかし、如何なる結論でも然るべき検討を経て導くべきである。刑法解釈上未解決の問題について刑法研究者不在のまま犯罪不成立が不動の定説として語られるという不可解かつ不合理極まる状況は、これまで適切かつ十分に発言していなかった刑法研究者の責任でもあるが、放置すると日本の葬送は何時の日か無法地帯になる危険がある。それ故に、犯罪成立の可能性がある限り刑法解釈論としての検討を要するという判断に基づき、刑事宗教

3 森謙二「故人の埋葬改葬について現行の法律にいかなる欠陥があるか」月刊住職平成29年4月号120頁、127頁は、罪名を明示していないが、この文言解釈如何により撒骨を前提とする火葬が違法と評価される可能性を指摘している。墓埋法に規定された無許可火葬罪が成立するという解釈もあり得る。

法を研究課題とする者の責務の一部として、若干の検討を行う次第である。

Ⅱ「適法評価偽装」問題

新たな葬法について検討する上で、業務的撒骨が公然と開始された際に国が公式に撒骨を容認した旨の虚偽情報が流布されたという事実を軽視するべきではない。本稿筆者は、この適法評価偽装が日本の葬送に関する最も重大な問題であると考えているので、犯罪成否検討の前に論じておく。

1 事実経緯

適法評価偽装の経緯は、次のようなものである⁴。

葬送の自由を主張して撒骨を推進しようとしていた団体が、平成3年10月5日に相模湾で同団体最初の撒骨を実施した。同団体は、この事実を同年同月15日に記者クラブで公表した。撒骨実施の事実を知った報道記者達が撒骨の適法性如何について厚生省（現在は厚生労働省）および法務省に問い合わせを行い、これに対応した各省官僚から口頭の回答が行われた。

厚生官僚の回答は、「墓埋法は撒骨を想定しておらず、禁止している訳ではないが、国民の宗教感情に関わる事柄であるから今後の動向を見守る」というものであった由である。法務官僚の回答は、「刑法190条は習俗としての宗教的感情などを保護することが目的だから、葬送のための祭祀で節度を以て行われる限り問題ない」というものであった由である。

各報道機関は、これを「厚生省の見解」「法務省の見解」という表記と

4 事実経緯につき、安田睦彦「自然葬のすすめ」葬送の自由をすすめる会編『〈墓〉からの自由』増補改訂版（社会評論社、平6）19頁参照。この記述は、本文記述撒骨実施直後の平成3年10月31日に発行された同書初版にはない。

新たな葬法に関する遺骨遺棄罪等の成否—撒骨（散骨）および手元供養を主題として—（原田 保）
共に報道した⁵。法務官僚の回答を「公式見解」と表記した例もある⁶。

そして、当該撒骨推進団体主宰者は、これらの官僚発言について、「こうした国側の見解は、自然葬が違法であるというこれまでの誤った固定観念に対し「自然葬は現行法の下でもできる」としてきた私の主張を裏打ちするものであった。それはまた、葬送の自由を国が初めて公認したという点で、日本の葬送の歴史に新しい一ページを開いたということである。」と述べている⁷。

以下、各官僚の言説およびその取扱に見出される問題点を指摘する。

2 見解主体の虚偽

そもそも、官僚1人の口頭発言が直ちに官庁の見解になる訳ではない。「公式見解です」と言うだけで公式見解になる訳でもない。通知・回答といった形式で示される法解釈は官庁の公式見解であるが、それは宛先・発信部局を明記した書面により発せられる。当該撒骨に関して行われたような口頭回答は、そのような公式の回答ではない。しかし、報道機関等から官庁への問い合わせに対する官僚の回答が「官庁の」回答と理解されることは通常的事態であり、その内容が客観的事実や当該官庁内で共有されている認識の伝達であれば、そのように理解されても特に問題はない。法令の内容は客観的事実であり、当該官庁の職務遂行に際して採用されている法解釈は当然に当該官庁内の共有認識である。

故に、厚生官僚の発言に問題視すべき点はない。その内容は、墓埋法

5 朝日新聞（東京）平3・10・16朝刊31面、毎日新聞（大阪）平3・10・16夕刊11面、読売新聞（東京）平3・10・16朝刊31面。但し、本註毎日新聞に報じられた法務官僚回答は、「節度」ではなく「一般人から見て」「相当な形」という表現であり、他の文献等と若干異なる。

6 前掲註5朝日新聞。また、匿名「人骨散布の行政認可は墓仏教に脅威か」月刊住職平成3年12月号2頁、4頁には当該法務官僚による「公式見解です」との発言が掲載されている。

7 安田・前掲註4論文同頁。同「初の自然葬、国も公認」再生3号（平3）1頁、同「自然葬のいまと課題」同誌16号（平7）2頁、同「「葬送の自由をすすめる会」の歩み」仏教38号（平9）122頁、127頁にも、同旨記述がある。

に関する一般的説明であり、厚生省内での共有認識であった筈のものであるから、「厚生省の見解」と呼んでも特に問題を生じる訳ではない。管轄外の遺骨遺棄罪に言及しないことも、今後の動向を見守るという発言も、適切である。報道機関からの問い合わせに対して正常・公正に対応する厚生官僚なら、誰でも同様の発言になると推測できる。

法務官僚の発言のうち、前半は、厚生官僚の発言と同様に、問題視を要しないと認め得る。刑法190条の法益・趣旨に関する説明は判例・学説において概ね一致していたところであり、その認識は法務省内で共有されていた筈であるから、これを「法務省の見解」と呼ぶことも不可能ではない。

しかし、当該法務官僚の発言のうち、後半には到底看過できない重大な問題がある。「葬送として節度ある撒骨は適法である」という法令の明文規定が存在しないことは勿論、かかる刑法190条解釈は発言の前半にある同条の一般的理解から論理必然的に導かれるものではない。了解された一般論を大幅に超える撒骨適法説は、論理的に可能な法解釈ではあるが、その旨の判例がある訳ではなく、学界の通説的見解でもない。あくまで1つの解釈方法でしかないと共に、法務省内でこの解釈が共有認識であったことを示す事情は見当たらない。むしろ、この時期に法務省刑事局に所属していた検事による撒骨関係著作の中に当該法務官僚言説と合致する記述も「法務省の見解」という文言も存在しない⁸という事実は、そのような法務

8 大塚ほか編・前掲註2書同頁、同書初版第7巻（平3）312頁、同書第二版第9巻（平12）234頁は、同一筆者の同一記述であるところ、その筆者は法務官僚言説報道直前の同書初版刊行時に法務省刑事局付検事であった。その記述は「遺言に従って葬るために死体・遺骨を海中に放棄したような場合、一般の宗教的感情を害するかどうかによって判断するほかない。遺骨を灰にして投棄する場合はともかく、死体あるいは遺骨のまま海中等に放棄するのは本条の遺棄に該当するであろう」というものである。遺言による遺灰海中投棄が無罪になる可能性を提示しているが法務官僚言説のような断言ではなく、法務官僚言説に遺言・遺灰・海中への言及はない。法務官僚言説の「葬送・節度」が即ち本註書記述の「遺言・遺灰・海中」であると解することは、1つの解釈方法に留まり、矛盾しないだけであって論理的必然・同義ではない。例えば「撒布量」を「節度」として論じることも可能である。法務官僚言説と本註書記述とが同一内容であると論じるなら非論理的な牽強付会であり、両者が同一内容でないことに異論の余地はない。「法務省の見解」が本当に存在する

省内共有認識が存在しないという事実の明白な証拠である。

このように、撒骨の適否に関する「法務省の見解」は存在せず、当該言説はあくまで当該法務官僚1人の「個人的見解」でしかない⁹。これを法務省の「公式見解」と称することは想像を絶する大嘘である¹⁰が、「非公式」と表示しても¹¹、「法務省の」と表示する限り見解の主体に関する虚偽は解消されることなく存続する。当該法務官僚言説が、もしも口頭発言ではなく「法務省」あるいは「法務省刑事局」の名義を付した文書であったなら、当該法務官僚は公文書偽造罪の責を問われる筈である。見解の主体が法務省である旨の虚偽表示は、それだけ重大な問題であり、口頭発言であったから偽造罪にならないだけのことである。

制度的にも、当該法務官僚言説は「法務省の見解」になり得ない。問題は遺骨遺棄罪成否という法解釈であり、国の法解釈を決めるのは裁判所の職務であって法務省の職務ではない。犯罪成立という法解釈に基づいて裁判所にその旨の判断を求めるのは検察庁勤務検察官の職務であって法務省刑事局の職務ではない。行政官庁も法令所定の職務遂行に際して法解釈を行うところ、「検察に関すること」も法務省刑事局の職務である（法務省組織令5条2号）が、公訴権行使に関わる法解釈の提示なら書面による通知である。当該法務官僚言説がそのような通知・回答と無関係であること

なら、法務省刑事局付検事は註釈書に当該見解をそのまま記述する筈であり、異なる記述を行う合理的理由はあり得ない。

9 前掲註6月刊住職記事同頁に掲載された当該法務官僚の発言は、「その行為が社会的にみて、僧侶が立ち会うとか、一定の儀式として、死者を弔うために行われているとか、大多数の人々が考えるものであれば、そのような宗教的感情を害するものとはいえないんじゃないでしょうか」というものである。内容的にも形式的にも、発言者の「意見」であることは明白である。

10 厳密に言えば、発言の後半に関する虚偽である。前掲註6月刊住職記事同頁によれば、当該法務官僚は、「公式見解です」との発言に続けて見解変更ではない旨を述べ、刑法190条の趣旨を説明している。ここまでは問題ないが、その後に節度ある撒骨が適法行為である旨を述べ、この部分が個人的見解である旨の表示はない。こうして、撒骨の適法性も従前からの公式見解であるかのような言説になっている。

11 本稿作成時点のWikipedia「散骨」には、「非公式」という表記がある。その他にも、書面が存在しないことから、正確な内容が確認できず、そのようなものは「公式」と認められない旨を述べるインターネット情報が幾つかある。

は明白であり、報道機関や公衆への法解釈提示は法令に規定された法務省の職務に属さない。職務外の行政解釈があり得る筈もない。

法律家の著作にも新聞等の表記をそのまま引用して「法務省の見解」といった表記を行う例があるが、真実に反する表記は適切と評し難い。実態はあくまで「法務官僚 1 人の見解」でしかないのであるから、その旨を明記するべきである¹²。

ましてや、これが「国」の公認になることは絶対にあり得ない。行政官庁が法令に基づく職務として法解釈に関する公式言明を発しても、裁判所がこれと異なる解釈を採用することは可能である¹³から、現行法上は司法判断が示されない限り撒骨の適否に関する国の評価は未定である。

以上の通り、撒骨を国が公認した旨の言説は、官庁の名義を冒用した虚偽風説以外の何物でもない。

3 断言の不合理性

見解主体の虚偽に加えて、「問題ない」と「断言した」ことの不合理性を指摘しなければならない。法令の内容や判例・通説の法解釈なら断言できるとしても、撒骨に関する法令・判例・通説は存在しない。当然に、人骨撒布を常に違法とする解釈もあり得る。このような未解決問題に関する問い合わせに真摯に対応するなら、結論を留保するべきであり、強いて何等かの結論を示すとしても個人的見解である旨の明示を要する¹⁴。

12 小谷みどり「葬儀やお墓を業者に任せ切りのままでいいか」前掲註 3 誌同号112頁、116頁は「法務省の一官僚」と、森・前掲註 3 論文同頁は「法務省官僚見解」と、適切に表記している。

13 かかる場合に、所轄官庁公式言明を信じて適法だと誤信した行為者には違法性の意識の可能性がないとの理由で故意犯成立が否定される。今後、裁判所において撒骨が遺骨遺棄罪構成要件該当違法行為であるとの解釈が採用されると、「法務省が公認した」との虚偽を信じて適法だと誤信したことについて「所轄官庁公式言明が存在すると誤信した」場合の処理が論じられるかもしれない。

14 適法評価断言は前掲註 5 毎日新聞で厚生省の「慎重」に対して法務省の「前向き」と評されている点であるが、前掲註 6 月刊住職記事同頁で厚生官僚は地位・氏名が明記されているのに法務官僚は「参事官」との表記だけで氏名の記載がない。当該法務官僚本人の意向と推測されるが、個人的見解に官庁・高級官僚の権威を付しな

新たな葬法に関する遺骨遺棄罪等の成否—撒骨（散骨）および手元供養を主題として—（原田 保）

更に、葬送としての適否は風俗・社会通念に基づいて判断されるべき問題であるところ、撒骨に関する当時の世論調査¹⁵では、否定56.7%に対して肯定21.4%であり、実施希望者は肯定者中の41%に留まっていた。この数値を以て風俗・社会通念を論じるなら、撒骨という葬送風俗は未成立であって撒骨肯定の社会通念は存在しないと認める他ない筈である。故に、強いて「断言」するなら「問題がある」であり、「問題ない」という「断言」は合理性の片鱗もない暴論である。

当該法務官僚は、前記世論調査の数値を知らなかったとしても、判例・通説による適法性確認が存在しないことは当然に認識していた筈であるから、正常に思考して公正に発言する限り、このような不合理な断言はあり得ない。故に、かかる個人的見解の断言は、一種の確信犯であったと判断する他ない。即ち、当該法務官僚自身が熱烈な撒骨推進論者であったからこそこの適法評価断言であり¹⁶、他の理由を合理的に推測する余地はない。

このように、当該法務官僚は、自分の個人的見解を、「法務省の見解」と理解されることを認識しながら、丁寧にも「公式見解」の偽名まで付して、報道機関に伝達したのである。これは、発言に法務省の権威が付されることおよび発言が全国で報道されることを利用して自分自身が賛同する撒骨推進論を支援する行為であり、国家公務員・第三者としての公正な評価では絶対にあり得ない。まさに恣意であり、地位濫用である。

そして、撒骨推進団体主宰者は、これを「国の見解」だと喧伝して自説の正当性の根拠に使用した¹⁷。かかる経緯は、両者連携による自作自演・

がらその個人的見解表明の個人的責任を回避するものと理解せざるを得ない。

15 前掲註5 読売新聞に、前年7月の総理府世論調査結果が紹介されている。

16 前掲註5 毎日新聞には、当該撒骨について「具体的な事実関係は分からないが、今回のケースは刑法に触れないと思う」という発言が報じられている。検事でありながら具体的な事実関係が分からないまま法的結論を示すというのは、常軌を逸した行動と評する他ない。犯罪不成立という結論の先取りが明白である。

17 前掲註5 朝日新聞に掲載された撒骨推進団体主宰者の発言には、他にも問題がある。世論調査の肯定約2割という数値も「多い」という趣旨で使用され、否定が肯定の2倍を超えるという事実への言及はない。墓理法が撒骨を禁止していないという厚生官僚の発言も、撒骨公認であるかのように歪曲されている。各種情報全部に

自画自賛の疑惑も抱かせる¹⁸。即ち、世論の過半数を占める有力な撒骨否定意見を「誤った固定観念」の贗ラベルで即時簡便に抑圧するために、法務官僚の肩書を利用して「国の公認」を意図的に捏造した、という嫌疑が払拭できないのである。法務官僚が撒骨適法説を「断言」した行為には、これだけ重大な問題が存在する。到底看過できるものではない。

4 判断基準の不明確性

流布された法務官僚言説には、適法・違法の判断基準が明示されていないという問題もある。「節度」という文言は、余りにも曖昧であって、犯罪成否基準としての用をなさない。「行為者」の判断か「一般人」の判断かを明示することが法律上の常識であるのに、「節度」だけではこの基本事項さえ不明である。「一般人」「社会的常識」といった発言もあったと認められる¹⁹が、公衆への伝達を予定するなら「自分だけの判断では不可」である旨を明示することが不可欠である。

不可欠な点の明示を欠くという欠陥が、「自分の信じる節度」を以て適法評価するという、社会法益から懸け離れた判断を可能にした。適法評価偽装を行った撒骨推進団体は、日本全国の撒骨を自分達の方法で統一管理することができなかった。その結果として、同団体と無関係な団体・業者による各々独自の撒骨が広範に実施されるに至った。これは適法評価偽装から生じた促進効果であるが、各所で実施された撒骨の中には撒骨推進団体が「節度ある撒骨」として意図していた方法から外れるものもある²⁰。

基づく自説論証ではなく、既定の結論を正当化するための恣意的情報選別である。

18 このような暴走に鑑みれば、当該法務官僚が当該撒骨推進団体の構成員または賛助者であった可能性の推測を完全に排除することは困難である。本稿筆者自身は確認していないので断言はできないが、もしも真実そうであるなら、自分達の行為について当事者であることを秘して第三者を装って肯定したことになる。このような事実があったなら、その論評に適する言葉を本稿筆者は知らない。

19 前掲註 5 毎日新聞、前掲註 6 月刊住職記事同頁参照。

20 現に、撒骨場所周辺住民との間で紛争になった事例が少なからずあり、これが一部自治体による撒骨規制条例制定の契機になった。

新たな葬法に関する遺骨遺棄罪等の成否—撒骨（散骨）および手元供養を主題として—（原田 保）
同団体主宰者の論じる「節度」にも変遷が認められる²¹。

このような事実は、適法・違法の判断基準が極度に不明確であることの端的な証明である。そして、かかる曖昧な基準を以て適法評価偽装を行えば、厳密な検討を欠いたまま多くの遺族や業者が「各自の節度」による撒骨に走って「撒骨推進団体の意図した節度」から外れる撒骨が出現することは、ほぼ必然である。撒骨と呼ぶにせよ自然葬と呼ぶにせよ、他者が同一名称で様々な異なる方法を執る可能性を認識せず、自分達の意図する方法だけを想定して無条件の適法評価を主張した²²撒骨推進団体の根本的誤謬から生じた事態である。同団体自身にとっても不本意な点があると推測できるが、その点を含めて同団体に帰責されるべき深刻な事態である。

5 虚構の社会通念

「国が公認した」という適法評価偽装の効果は、絶大なものであった。国家機関の職務に関する正確な情報が周知されている訳ではない。官庁への問い合わせに対して官僚が回答すれば、それが当該官庁の見解だと理解されることは通常の事態である。犯罪成否という刑法解釈に関して法務省の見解だと表示すれば、それが日本国の確定的法解釈だと認識されることも不思議ではない。流布された言説の虚偽に気付いた人は少数に留まり²³、従前の躊躇が消滅して直ちに肯定に転じる人も現れた²⁴。多数の業者が撒骨に参入し、国が公認した旨を記述するHPは枚挙に暇がない。かかる状

21 繁華街での撒骨に関する撒骨推進団体主宰者の発言として、前掲註5朝日新聞には否定する内容が報じられているが、「特別対談 千代田宗圓×安田睦彦」月刊仏事12巻9号（平24）62頁、66頁では肯定的である。

22 安田・前掲註7再生3号論文同頁は、法務官僚言説の「節度」を「条件」と位置付けることや無秩序な撒骨への危惧を誤謬と評価している。自分達はやらないという主張に終始して、他の者がやるかもしれないという認識が完全に欠落しており、極度に非論理的である。

23 「国の公認」という言説が虚偽であることを正しく指摘している貴重な例として、曹洞宗高庵寺HP「散骨について」、キリスト教会葬儀研究所HP「散骨の法律問題」。

24 例えば、朝日新聞（東京）平3・10・24朝刊7面には、撒骨が公認されたと誤信して「気が楽になった」と述べる投書が掲載されている。

況について「違法のレッテルを剥がすことには成功しました」と評する見解もある²⁵が、むしろ「適法性確認済の嘘レッテルを貼ることに成功した」と評するべきである。その後、人々の意見としても撒骨肯定は増加の一端を辿り、今日に至っている²⁶。

このような現状に鑑みれば、撒骨は今日の日本において既に社会通念に適合する葬送風俗として定着している、という理解もあり得る²⁷。撒骨推進論者や撒骨業者は当然にその旨の主張を行うと推測できるし、検察官・裁判所がそのように解する可能性も否定できない。

しかし、本稿筆者はそのような解釈に賛同できない。それは、今日の少なからざる人々が撒骨その他の新たな葬法を肯定して実施しているとしても、その判断・行動が法解釈の前提たる社会通念・風俗の名に値するか、という根本的疑念を払拭できないからである。

そもそも、今日の日本において法適用の前提となり得る社会通念・風俗は、当然に「現在の日本」のものであり、それは多数の人々の判断・行動が「過去から継続」している場合に認められる筈である。1000年以上の過去に実例があっても、少数の例外であったり途絶したりしたものは、今日の日本における社会通念・風俗ではない²⁸。外国の異文化や突然の新規開

25 奥山晶子「『土葬は違法』はウソ！お墓の法律「墓埋法」(はまいほう)を知ろう」(リナドリームHP「終活の助け舟」、平28)。

26 森謙二『墓と葬送の現在』(東京堂出版、平12) 202頁等参照。読売新聞(東京) 平6・6・2朝刊26面に報じられた同紙世論調査では、肯定53%、否定42%、という数値が得られている。島田裕巳監修『自然葬のススメ』(徳間書店、平27) 105頁に引用された平成26年の日本消費者協会「葬儀についてのアンケート調査」でも、肯定は約半数に上る。

27 萩野貴史「死体遺棄罪における「遺棄」概念に関する覚書」名古屋学院大学論集社会科学篇53巻4号(平29) 187頁、197頁。

28 古代に一般人民の死体が原野山林に投棄されていたことや天皇の撒骨例を指摘しても、それは今日の日本における撒骨等の適法性を論じる根拠にならない。

付言すれば、撒骨された天皇についても宮内庁管理下の「陵」は現に存在しており、「陵」とは別に「火葬所」も保存されている。他の用途に供し得ない不可侵の聖域は、通常の葬送よりも撒骨の場合の方が広範囲に亘っている。故に、撒骨推進論が伝統的葬法による墓地拡大を批判するなら、古代天皇の撒骨を自説の根拠に加えることは矛盾である。

新たな葬法に関する遺骨遺棄罪等の成否—撒骨（散骨）および手元供養を主題として—（原田 保）
始が除外されることも論を俟たない。²⁹

新たな葬法は、その名の通り過去からの継続がない新規のものである。新規開始の時点では、それを是認する社会通念が存在する筈もない。遂行する人が例外的少数であれば、風俗ではあり得ない。やがて広まって多くの人々が是認して同様の行為を遂行するようになれば、社会通念に適合する風俗になるが、それは受容するか否かに関して相当期間に亘る人々の思考を経るのが通常の筈である。

ところが、撒骨に関する適法評価偽装は、時間をかけて思考する契機を人々から奪った。「国が公認した」という虚偽を喧伝して、従前支配的であった「許されない」という論理的に可能な判断に「誤った固定観念」の膺ラベルを貼り、「確実に許されている」という本当の「誤った固定観念」を植え付けて、思考不要という誤信を蔓延させた。

今日では多くの人々が撒骨の適法性を確信して遂行しているとしても、その状態が長期間に亘っていると認め得るとしても、その出発点にある判断が「国が公認した」という錯誤に基づくものであるなら、それは排斥されるべき迷妄であって、法適用の前提たるに値しない。司法判断や立法政策の前提たる社会通念は、正確な情報および真摯な思考に基づいて形成されなければならない。そのためには、長期間に亘って喧伝されてきた言説が虚偽であることの周知を図り、適法評価偽装に基づく虚構の社会通念を消滅させなければならない。そして、国の公認が存在しないことを正しく認識しながら、それでも撒骨は許されると多くの人々が判断して広範に普及するなら、そのとき初めて撒骨が社会通念に適合する葬送風俗に属すると正しく認定されることになる。現在は、未だそのような状況に至っていない。新規の方法に関する人々の思考自体に相当の時間を要することに加えて、その前に虚構の社会通念を消滅させるための時間も要することに

29 銃砲刀剣類所持等取締法4条1項7号は宗教活動を例示して「一般の風俗慣習上やむを得ない」と認められる刀剣類所持を同法3条1項3号の所持禁止除外事由に加えているところ、「風俗慣習」の語義から当然に、新規のものは対象外と解されている。大塚尚『注釈銃砲刀剣類所持等取締法』（立花書房、平23）139頁参照。

なってしまった。これも、適法評価偽装に帰責される事柄である。

Ⅲ「葬送」の意義

1 犯罪概念上の位置付け

本稿論題は、性質上当然に「葬送」の意義に則した検討を要する。現行法で予定されて社会に定着している伝統的葬法が死体遺棄罪等にならないことは当然であるが、犯罪構成要件不該当か違法性阻却かについては、明示しない文献も多く、必ずしも明確ではない。本稿筆者は、葬送が死体遺棄罪等の法益を侵害する行為ではなく保全する行為であるとの理解に基づき、死因調査のための死体解剖や移植のための臓器摘出は同罪構成要件該当行為の違法性阻却であるが、葬送なら同罪構成要件不該当である旨を既に論じた³⁰ので、本稿ではこの解釈を前提として論じる。

撒骨や手元供養といった新たな葬法についても、「葬送として」適法であると論じる限り、刑法の論理としては犯罪構成要件不該当の主張でなければならない。故に、必要になるのは、行為客体が刑法190条・191条所定の「死体」「遺骨」「遺髪」に該当するか否か、当該客体に対する行為が同条所定の「損壊」「遺棄」「領得」に該当するか否か、という議論である。

本稿論題に関わる範囲で述べれば、火葬場で焼こうとする死体は同条所定の「死体」に他ならず³²、火葬後の焼骨のうち少なくとも骨揚で収集さ

30 原田保「死体損壊・遺棄罪の成立範囲」愛知学院大学論叢法学研究46巻2号（平成17）1頁、10頁～23頁。

31 遺髪は本稿の直接的論題ではないが、若干の関連問題を指摘しておく。死体・遺骨の他に遺髪を規定したのは、それが葬送風俗として定着していたからであるが、他の体毛や爪も同様の用に供し得る。現に、かつての帝国陸軍において、日常的な爪切りの際に氏名を明記した容器に爪を保存せよとの指示が兵士達に発せられていたという例もある。立法論を含めて検討する必要がある。

32 死体概念について議論を要する問題は多々ある。内臓等の死体の一部も死体に含めるのが判例・通説であるが、血液等の体液については確たる議論が見当たらない。また、古代人の死体や骨については、専ら文化財・学術資料であって刑法所定の死

新たな葬法に関する遺骨遺棄罪等の成否—撒骨（散骨）および手元供養を主題として—（原田 保）
れたものが同条所定の「遺骨」に該当することも明白である³³。故に、問題は行為に対する評価であり、これらの客体に対する爾後の取扱が同条所定の同罪実行行為たる「損壊」「遺棄」「領得」に該当するか否かを検討するべきことになる。

前述した法務官僚言説も、この論理に沿うものであった。即ち、同言説は、刑法190条の法益を指摘した上で葬送として節度があれば問題ないという内容であるから、葬送として節度ある撒骨は同条の法益を侵害するものではないという趣旨であり、故にそのような撒骨は同条の「遺棄」に該当しないという同罪構成要件該当性否定の論理に他ならない。

ところが、このような犯罪成否論証の論理構造を理解せず、この法務官僚言説について犯罪構成要件該当行為の違法性阻却であると説明する見解がある³⁴。日本が法治国家であるなら、このような根本的無理解に基づく言説が正しい法解釈であるかのように通用するという事態は、絶対に阻止されなければならない。

体・遺骨ではないと解するのが通説的見解であると認められるものの、死体・遺骨であるが葬送の場から排除しても学術研究という優越利益により違法性阻却されると解することも可能である。所謂「即身仏」ミイラについても、構成要件不該当か、宗教活動を理由とする違法性阻却か、という議論が想定できる。平成28年11月の宗教学会会で若干の議論があったが決着に至らず、比較衡量の適否に基づく区別の明確化を要する旨の確信的発言を以て終わるに留まった。宗教法36号（平29）263頁、265頁、276頁参照。相当の議論を要する難問であると認められるが、本稿では問題の指摘に留める。

33 周知の通り、「死者の記念のために保存すべき骨」が、判例・通説の「遺骨」定義である。火葬場では職員が遺族に焼骨収集を指示するのが通例であり、それは当然に「保存」を前提とする措置である。撒骨は骨を保存しないから、この点で遺骨概念から外れると解する余地がある。しかし、それは同時に葬送概念から外れるという解釈をも導き得るものであり、そうすると本稿冒頭に指摘した通り死体焼却が違法評価を受ける可能性がある。また、後述するように、遺族の意思や社会通念に反する取扱が遺骨遺棄罪不該当になるという問題もある。

34 阿部泰隆「『散骨』（散灰）はいかなる態様で行えば適法になるか」自治実務セミナー45巻3号（平18）4頁（同『まちづくりと法』（信山社、平29）69頁）、7頁は、法務官僚言説に関して、「『遺棄』には当たらない」と述べた直後に「構成要件に該当するが、違法性が阻却される」と述べている。「遺棄に当たらない」が「犯罪構成要件不該当」であることを看過しており、犯罪構成要件と違法性阻却事由との区別という刑法の基本事項を理解していないことが明らかである。

また、前記法務官僚が当然の論理として「節度」という行為制約を論じているにも拘らず、行為の問題として論じることを拒絶して客体の問題であると主張する見解がある³⁵。その所論によれば、粉末化して骨だと識別できなくなった「遺灰」は刑法所定の「遺骨」に該当しない、というのである。文言解釈としてあり得ない訳ではないが、唯一絶対の刑法解釈では決していない³⁶。判例・学説にそのような見解は見当たらず、逆に、「遺灰」が「遺骨」の一種であることは従前から当然の了解事項であったと認めることができる³⁷。

所論のように「遺灰」を遺骨概念から排除すると、刑法190条・191条の客体ではなくなるから、その取扱について「節度」といった行為制約を論じる余地もなくなり、「節度ある撒骨」だけでなく、「遺灰」に対するあらゆる行為が同罪に該当しないことになる³⁸。例えば、近日中の撒骨や永久

35 阿部・前掲註34論文同頁。

36 阿部・前掲註34論文6頁、7頁は、遺灰を遺骨に含める解釈につき「罪刑法定主義違反」「拡張解釈」と述べている。私見としては遺灰を遺骨から排除する解釈を「縮小解釈」と呼ぶべきだと解するが、「拡張」「縮小」は相対的な概念であるから問題視を要しないとしても、「拡張解釈」が「罪刑法定主義違反」であるという主張は、明白すぎる誤謬である。遺骨が語義として遺灰を含まない全く別の概念であると解して罪刑法定主義違反の批判を行うなら、遺灰を含む解釈に貼るべきラベルは「類推解釈」である。当該論者は行政法研究者であって刑法に関する研究は見当たらないが、「類推解釈」と「拡張解釈」との区別さえ知らないのであれば、刑法に関し て論じる資質に多大な疑念を抱かざるを得ない。

37 大多数の教科書・註釈書では、骨揚げ後の残留骨片が遺骨に該当しない旨を述べるに留まり、遺灰に関する言及がない。小泉英一『日本刑法各論』（南郊社、昭9）154頁、西田ほか編・前掲註2書677頁（嶋矢）は、遺灰を含むと述べているが、遺灰を含まないと述べる教科書・註釈書は見当たらない。遺灰撒布について遺骨遺棄罪成立否定やその可能性を述べる前掲註2各書も「遺棄」の解釈として論じており、これは遺灰が遺骨に該当することを当然の前提とする論理である。

なお、泉二新熊『日本刑法論下篇（各論）』26版（有斐閣、大8）1286頁～1288頁は、遺灰を含まないという解釈の可能性を指摘しているが、遺灰の要保護性を肯定して刑法に「遺灰」を追加規定すべき旨を主張している。文言上疑義があるから明記を要するとの趣旨であって、遺灰を同罪の対象から排除する解釈への賛同ではない。岡田庄作『刑法原論各論』増訂15版（明治大学出版部、大13）401頁は火葬で灰に変化したものを遺骨概念から排除しているが、これは骨揚げで収集できない骨灰であって撒骨に供せられるような遺灰ではない。

38 泉二・前掲註37書1287頁参照。

新たな葬法に関する遺骨遺棄罪等の成否—撒骨（散骨）および手元供養を主題として—（原田 保）

的な保存の意思で所持している遺族から奪っても遺骨領得罪ではなく、死者冒瀆の意思を以て水洗便所で流しても遺骨遺棄罪にならない、というのが、遺灰を遺骨概念から排除する解釈からの必然的結論である。本稿筆者としては到底賛同できないが、当該論者がこの結論を認識せずに主張するなら甚だしい考慮不足と評する他なく、認識して是認するならただ驚愕するしかない。いずれにしても、凡そ正常な刑法解釈ではあり得ない。

以上に述べたように、撒骨や手元供養その他の新たな葬法の適否は、それが刑法190条・191条の「損壊」「遺棄」「領得」に該当するか否かという「行為」の問題として論じるべきであり、当該行為が同条の法益を保全する「葬送」であるか否かによって判断すべき事柄である。そこで、論証の出発点たる「葬送」の概念を検討しなければならない。

2 葬送法規上の葬送

本稿での「葬送」という表記は、現行実定法所定の「葬る」「葬った」という文言に相当する概念を示す趣旨であるが、その定義は何処にも規定されていない。故に、これは解釈として論じる他ない。

周知の通り、墓埋法は墳墓埋蔵または納骨堂収蔵を前提とする「埋葬」（土葬）および「火葬」の2種類を規定しており、行旅病人及行旅死亡人取扱法も行政機関の義務として天涯孤独または身元不明の死者につき死体の「埋葬」または「火葬」を規定している。また、船員法は、例外的措置として、「水葬」に関する船長の権限を規定している。

このように実定法が「葬」の文字を付して規定している死体取扱は、葬送として法的に是認・要求されている適法行為であることが異論の余地なく明白であり、今日の日本における葬送風俗として社会通念に適合すると認めることができる。このように葬送法規に規定された伝統的葬法は、刑法上も、死体遺棄罪等の法益を保全する葬送に他ならず、当然に同罪構成要件不該当である。

尤も、詳細に論じると、更に検討を要する問題もある。それは、本稿冒

頭で指摘した墓埋法 2 条の文言から生じる問題である。即ち、同条 1 項によれば埋葬とは「死体を土中に葬ること」であり、同条 2 項によれば火葬とは「死体を葬るために、これを焼くこと」である。「土中に葬る」という文言は、「埋める」ことが直ちに「葬る」ことになるという理解を示している。ところが、火葬は「焼いて葬る」ではなく「葬るために、焼く」である。これは、「焼く」ことは葬る「ため」の行為であって、「焼く」ことだけで直ちに「葬る」ことになる訳ではない、という理解を窺わせる文言である。即ち、火葬を終えてもまだ「葬った」ことにはならず、焼いた後に骨の墳墓埋蔵または納骨堂収蔵（所謂「二次葬」）を行って、これで漸く「葬る」行為が完結する、ということである。

これが墓埋法上の葬送概念であるが、問題は、これをそのまま刑法に持ち込むことの可否如何である。結論としては、刑法での全面的採用は不可能である。何故ならば、焼いただけでは未だ「葬った」ことにならないと解すると、未検視死体を焼いて犯罪捜査の端緒を失わせても納骨しない限り「葬った者」を処罰対象とする 192 条の変死者密葬罪は未成立であって不可罰の未遂に留まる、という到底是認し得ない不合理な結論が導かれるからである。190 条についても、納骨を行っていなければ葬送義務を履行していないとの理由で不作為遺骨遺棄罪成立という結論が導かれるところ、遺族が周囲の人々から社会的非難を受ける可能性は想定できるが、納骨を法律上の義務とまで認めることができるか否かは相当に疑問である。かかる刑法上の作為義務を肯定すると、今日の日本には夥しい数の犯罪者が存在することになる。これは、論理的に成立可能な法解釈ではあるが、日本社会の現状から甚だしく乖離していると評する他ない。

以上により、墓埋法上の葬送概念をそのまま刑法で使用することはできず、火葬を終えたなら納骨不履行でも刑法上の葬送を行ったと認めて不作為遺骨遺棄罪の成立を否定するべきである。

3 社会通念上の葬送

問題は、墓埋法等の葬送法規に規定されていない死体取扱を、社会通念上の葬送と認め得ることを理由として、現行刑法上も遺骨遺棄罪等の構成要件から外れる葬送と認めることの可否如何である。

これを直ちに肯定すると、葬送法規に規定されて社会的に定着した伝統的葬法が現行法で様々な罰則付き規制を受けるのに、新たに思い付いた方法なら法律上の規制を全く受けることなく好き放題に遂行できることになる。この結論は、法律論を俟つまでもなく、明らかに不合理な不均衡と評する他ない筈である。新たな葬法について葬送法規の規定がないまま葬送と認めて遺骨遺棄罪等の構成要件該当性を否定すると、現行の法律上は行政犯の可能性もなく完全無罪になる。「好き放題の放任」による不合理な結論の是認にならないよう、立法論を含めて検討を要するところである。

論理的には、葬送に関する風俗・社会通念に適合すると確認されているのは実定法に規定された方法だけであることから、葬送法規上の葬送だけが現行法上の葬送であってこれ以外の死体取扱を葬送と認めることはできない、という刑法解釈もあり得る。このように解するなら、撒骨も手元供養も、現行法上は遺骨遺棄罪等の構成要件該当性を否定し得ず、葬送として遺骨遺棄罪等の構成要件から排除するためには、伝統的葬法と同様に罰則付き規制を含む法律の制定によって葬送法規上の葬送に加えることを要する、という結論になる。³⁹

しかし、本稿筆者の私見としては、例えば「遺骨仏」⁴⁰は、葬送の一種と認められるので遺骨遺棄罪等の構成要件に該当しないと解する。その理由

39 森・前掲註3論文同頁参照。立法必要説を批判する安田・前掲註7再生3号論文同頁の主張は、既に指摘したように自分達の方法以外を想定しない非論理的言説であり、法律を拒絶して都道府県の行政指導による「ルール」を作るという主張は理解不可能である。

40 「骨仏」と呼ぶ例もある。多数人の焼骨を粉末化して膠等と混ぜ合わせ、仏像を造って礼拝対象として寺院に安置する方法である。江戸時代から遺骨仏制作の伝統を有する大阪市所在の一心寺（浄土宗）が著名であるが、他の幾つかの寺院にも同様の例がある。

は後述するが、現行の葬送法規に規定された方法だけを以て遺骨遺棄罪等の構成要件該当性を論じる見解には賛同できない。

そこで、葬送法規規定外の死体取扱を葬送と認めるための条件について検討する。その方法として、葬送と認めるべきことの明白な葬送法規所定の伝統的葬法が如何なる要素を有しているか、その要素のうち今日の日本社会で必須と認めるべき要素はどれか、という分析を行う。

4 追慕および拒絶

今日の日本で広範に遂行されている陸上での葬送を分析すると、死体や骨に対して、

- ①宗教的儀式を以て
- ②日常生活の場から離隔し
- ③土地に定着した公然的礼拝の場で
- ④直接視認できないようにして
- ⑤保存措置を執る

ものであると認め得る。

従前から通説的に葬送には「追慕」と「拒絶」との二面性があると指摘されていた⁴¹ところ、①③⑤は追慕の、②④は拒絶の、客観的表示である。このように、現在の日本において広範に遂行されている伝統的葬法は、追慕および拒絶という2個の要素を双方とも、外見上認識可能な態様で、確かに具備している。水葬についても、死体の海中投棄は拒絶に他ならないが、船員法施行規則5条は遺髪等の保存を要求しており、追慕対象物確保が前提とされている。

前述した「遺骨仏」も、葬送の2個の要素を具備していると認め得る。日常生活の場から仏教寺院という宗教活動の場に移置して礼拝対象として保存するのであるから、追慕および拒絶の双方を満たしている。④の直接

41 小口偉一ほか監修『宗教学辞典』（東京大学出版会、昭48）「葬送儀礼」506頁～507頁（松本皓一）参照。

新たな葬法に関する遺骨遺棄罪等の成否—撒骨（散骨）および手元供養を主題として—（原田 保）

視認という点では疑義の余地もあるが、現に見えている物は骨であるものの、直接視認防止措置の趣旨たる死醜視認防止という点で問題視に値しない。遺骨仏では、骨であることを明示しながら仏像の素材にしているのであるから、仏になったと認識されこそすれ、死醜は存在しない。更に、既に相当期間に亘って継続されてきたという伝統もある。故に、遺骨仏は、葬送法規の想定通りではないとしても、仏教による葬送を前提とする限り、社会通念に適合する葬送風俗として刑法上の適法な葬送と認めて遺骨遺棄罪等の構成要件該当性を否定することが、十分に可能である。

以下、各要素に則して新たな葬法を分析するが、①の儀式は、新たな葬法において遂行される例も遂行されない例もあり、その存否は新たな葬法自体に固有の事柄ではないこと、および、何等かの宗教によるべきことを法的に要求すると憲法20条に違反するので、法的に要求されるとしても宗教までは含まれないことを、まず指摘しておく。

撒骨は、山林や海上での撒布によって回収も識別もできない状態にするから、②の生活の場からの離隔および④の直接視認防止は達成されるとしても、墳墓・納骨堂での保存措置という③⑤を執らない。「墓は心の中」という標語の通り、追慕の意思があっても内心に留まり、骨の撒布という行為自体には追慕を表示する客観的要素が存在しない。客観的には追慕対象物を人為的に失わせる拒絶の要素しかない。葬送・追慕の意思でも、尊厳否定・追慕阻止の意思でも、骨の撒布という行為自体に違いはない⁴²。本稿では論及しないが、火葬場で骨を遺さない完全焼却にも同様の事情がある。

これに対して、手元供養は⑤の保存措置による追慕だけである。生活の

42 日本敗戦後に占領軍によって戦犯の名目で殺害された東条英機・元首相ほか数名の骨は、墓が軍国主義の聖地となることを阻止するべく太平洋で撒布された。死者の尊厳を否定して追慕を阻止する趣旨の撒骨も現に存在するのであり、撒骨が葬送・追慕として行われるとは限らない。撒骨推進論者が葬送・追慕としての撒骨の例だけを指摘して凡そ葬送ではない尊厳否定・追慕阻止のための撒骨の例に言及しないことも、既定の結論を正当化するための恣意的情報選別である。

場から墳墓・納骨堂への移置という②③を執らない。手元供養品の中には骨を板や額に成型したり透明樹脂の中に封入したりして見える状態にするという④の直接視認防止を欠くものもある。

このように、行為自体において、撒骨は拒絶に徹して追慕を欠き、手元供養は追慕に徹して拒絶を欠く。どちらも、これまで風俗・社会通念上の葬送が備えていた 2 個の要素のうち、1 個を欠いている。故に、このような方法を社会通念に適合する葬送風俗に属するものと認めることの可否が、当然に問題とならざるを得ない筈である。刑法上は公衆の感情に関する問題であり、遂行者の内心自体は公衆に認識不可能である。故に、内心の表示と認められる外見を軽視することはできない。

この問題との関係で、前記①の儀式は、客観的に拒絶でしかない取扱の場合に特に大きな意味を持つと認められる。船員法施行規則 5 条が水葬の際に「相当の儀礼」を要求していることや、前記法務官僚が撒骨に対する社会的承認の条件として僧侶立会等の「儀式」を例示している⁴³ことは、この点を明示している。即ち、儀礼あるいは儀式の遂行という客観的行為によって死体や骨の取扱が追慕の意思による旨の外見を表示し、以て海中投棄等の拒絶行為に追慕の要素を付加して、当該行為を従前からの葬送の範疇に留めるということである。⁴⁴

43 前掲註 6 月刊住職記事同頁参照。

44 不要になった人形を焼却する際の「人形供養」にも、同様の趣旨が存在する筈である。このような点に鑑みれば、人の死亡後に儀式を経ることなく直ちに火葬場に搬入して火葬に付する「略式葬」には、単なる廃棄物処理との区別が曖昧になるという問題がある。武田至「火葬場に普段着で来る喪主」月刊住職平成 29 年 7 月号 116 頁、119 頁～120 頁、内藤理恵子「火葬場に放置される遺骨増加」同誌同年 9 月号 136 頁、137 頁で指摘されているように、服装等の点で儀式の外見を表示しないという態度にも、同じ問題がある。

なお、儀式を経ない火葬は一般的に「直葬（ちよくそう）」と呼ばれているが、この名称は不適切である。それは、同じ文字の「直葬（じきそう）」という言葉が古代墳墓で石室を設けることなく棺を土中に直接埋める方法を意味するものとして昔から使用されているからである。読み方が異なっているにもかかわらず、葬送という共通事情の中で同じ文字を全く異なる意味で使用するべきではない。石川美明「葬送と法律」月報司法書士 520 号（平 27）46 頁、57 頁註 3 参照。

新たな葬法に関する遺骨遺棄罪等の成否—撒骨（散骨）および手元供養を主題として—（原田 保）

勿論、風俗・社会通念には時期的変遷があり、或る時期のものが未来永劫維持されなければならないということはない。特に拒絶については、死穢思想や公衆衛生に由来するものであるなら、今日では焼骨に対して昔と同じ事柄が直ちに要求されるとは考え難い。しかし、或る事柄を止めて別の事柄を始める際には、それが如何なる利害得失を生じるかを考慮しなければならない。軽視できない害を他者に与えるなら、刑罰によって抑止されなければならないこともある。少なくとも、「変える」「新しい」は当然に良いことに決まっているといった迷信に惑わされてはならない。

5 他者への当罰的法益侵害

そこで、撒骨および手元供養が他者に如何なる影響を及ぼすかを検討しなければならない。

撒骨は、追慕対象物喪失により爾後の追慕行為を不可能または困難にするものである。撒骨遂行者自身は「墓は心の中」という言葉で満足するかもしれない。真実の内心では追慕の意思がなく骨の処理に困って墓の負担から逃げる意思でも、「自然に還す」といった美辞麗句で糊塗すれば自己を欺罔する心理的弁明になって、拒絶に徹することに対する規範的障壁が消滅するかもしれない。しかし、それは撒骨遂行者だけの都合であり、追慕対象物を求める他者を無視するものである。

親族でも非親族でも、「何処に手を合わせればいいのか」と困惑する例がある⁴⁵。追慕の際に対象物を求めることは一種の偶像崇拜かもしれないが、それが多くの人々の感覚であるなら法解釈に際して無視することは困難である。つまり、撒骨は、追慕対象物を求める他者への侵害を生じる行為なのである。更に、撒骨場所近傍で骨に遭遇する人との関係では、拒絶が妨害されることもある。

手元供養においても、拒絶の欠落による他者への影響があり得る。死者

45 石川・前掲註44論文56頁参照。

への追慕に徹したい遂行者は、骨を生活の場に留めることで自己の願望を達成できるかもしれない。大切な人と常に伴に居るという感覚に資することは十分に了解可能である。しかし、無関係な他者あるいは当該死者を嫌悪する他者は、骨の近傍存在に不快感を覚えることがある。つまり、手元供養における拒絶の不存在は、拒絶したい他者に対する侵害を生じることがあり得るのである。

また、遺骨保存場所が公然的施設ではないことから生じる影響もある。他者が遺骨対象追慕行為を行うためには手元供養遂行者の私的領域に立ち入らなければならない。許諾される保証はないから、追慕が困難化する。このような点に鑑みれば、葬送における「公然性」の要否を検討するべきであると認められるが、本稿では論及しない。

このように、撒骨も手元供養も、専ら遂行する当人の願望を満足させるだけで、他者への配慮を欠く点がある。これが葬送の「私事化」と呼ばれる点であるが、別の表現をするなら「私物化」である。主張者からすれば本来的に「私物」であって私物「化」ではないと理解されるところであり、憲法を援用する「葬送の自由」という論理で説明されているところである。このような前提で論じるなら、他者からの評価に基づく規制は無用の過剰介入として排斥されるべきことになる。

しかし、このような言説には、社会法益に関する認識の欠落という重大な欠陥がある。現行法において遺骨遺棄罪等が社会法益に対する罪として規定されている限り、死体や骨の取扱が公衆の感情に対する侵害を生じれば同罪を論じることが必要になる。葬送が本来的に遂行者の自由でなければならないという主張⁴⁶は、かかる現行法の前提を看過している。葬送を純粹に個人の自由・権利として構成するためには、遺骨遺棄罪等を個人法益に対する罪に変更するべく「他人の」という文言を付加し、墓理法や行旅病人及行旅死亡人取扱法における天涯孤独または身元不明の死体に対す

46 安田睦彦「「葬送の自由」と法律」ジュリスト975号（平3）25頁、27頁、阿部・前掲註34論文5頁～6頁。

新たな葬法に関する遺骨遺棄罪等の成否—撒骨（散骨）および手元供養を主題として—（原田 保）
る行政機関の「葬送義務」規定を削除する、といった法改正を要する。即ち、純粋な葬送の自由・権利は、現行法解釈として成立可能な論理ではない。

葬送を純粋に個人の自由・権利とするなら、如何なる死体取扱でも、当事者が葬送だと考えている限り法的にも葬送だと認めなければならないことになる。異文化葬法も、当然に肯定しなければならない⁴⁷。ミイラや骸骨を居間や屋上に飾る、死体の首を切断して乾首ペンダントを作る、死体を食べる、といった行為も、個人の自由・権利に基づく葬送として肯定しなければならない。また、葬送の「義務」という概念も否定され、葬送に関する個人の権利は放棄可能になる。そうすると、老親の死体を、寝室に放置してもよいし、食用に供した魚の残骸と共に生ゴミ回収袋に入れて清掃局に委ねてもよい、ということになる。ゴキブリやドブネズミの死体と人の死体とを区別する必要がなくなるのである。

憲法に依拠する議論の中には、公共の福祉の範囲内であって他者への侵害は許されないという「言葉」の認識は見受けられるが、「内容」の正確な理解を伴っていないものもある。他者との関係について撒骨現場で骨片を見て驚愕する人があり得ることを指摘してかかる事態の回避を論じるだけで済ませる⁴⁸ことは、その典型である。

撒布された骨を見て驚愕する人にせよ、前述した追慕対象物喪失に困惑する人や骨の近傍存在を不快に思う人にせよ、そのような具体的個人が現

47 しかし、葬送の自由をすすめる会編『死んでもお墓に入りたくないあなたのための法律Q&A』（社会評論社、平4）20頁～21頁（薦田哲）は、長期間に亘る日本の文化・宗教的感情に適合しないとの理由で、鳥葬を否定している。ここにも、全面的な自由を主張しながら自分達の方法しか想定しないという根本的誤謬が認められる。宮坂有洪「戒名問題の背後をたず「自然葬」に対する反論」密教メッセージ15号（平22）35頁、42頁は、このような主張・運動を厳しく批判している。

48 阿部・前掲註34論文8頁の「通行する人が遺灰が撒かれていることに気がつかないようにするなら、それは誰にも迷惑をかけるものではなく、人の宗教的感情も害するものではないから、禁止する理由がない。」という記述は、具体的個人が現実にと抱く感情だけを論じるものであり、遺骨遺棄罪等の法益が行為自体に対する公衆の感情であるという理解の完全欠落を明示している。

実に抱いた感情は、それ自体が遺骨遺棄罪等の処罰根拠になる訳ではない。同罪の処罰根拠は公衆の感情に対する侵害であり、ここで論じられるのは「抽象化された公衆あるいは一般人」が「行為自体」に対して抱くと想定される感情であって、具体的個人が現実にと抱いた感情ではない。具体的個人の現実の感情は、公衆感情認定の判断素材に留まる。つまり、人骨の撒布や生活圏内保持という真実の事実を「知ったら如何に感じるか」という問題なのであるから、真実の事実気付いた人がいなくても、それは法益侵害の存在を否定する理由にならない。骨だと気付かれなければ適法だという主張は、要するに「バレなければ罪にならない」という暴論でしかない。法解釈として論じるなら、「バレても罪にならない」旨の論証が必要である。

このように、撒骨も手元供養も、他者に対する侵害の要素を有しているのであるから、それが当罰的法益侵害ではない旨の論証がなければ、刑法上適法な葬送と認めることはできない。即ち、人骨の撒布や生活圏内保持という真実の事実を知った場合に、公衆・一般人が是認するか、否認するかとしても当罰的程度ではないと認め得るか、という検討を要するのである。

本稿筆者の私見としては、今日では拒絶の必要性が縮小されたと評価できるが、追慕の必要性は葬送の根本として今日なお維持されていると解する。以下、この判断に基づく結論を、本稿筆者の私見として示す。

手元供養における拒絶の不存在から生じる公衆の不快感という法益侵害は、当罰的程度に達していないと解する。他者による追慕の困難化は、現実には手元供養遂行者の嫌悪する他者を拒絶するに留まるから、公衆の感情に係る当罰的法益侵害ではないと解する。しかし、あくまで私見であり、それが社会通念上支持されるという確信は持てない。

撒骨については、追慕対象物を滅失させて他者への配慮を欠いたままでは、葬送と認めて刑法上適法と評価することは困難である。人骨撒布自体は許容可能だと仮定しても、現に様々な方法が遂行されて幾つかの紛争が生じたという事実鑑み、撒骨を刑法上適法な葬送と認めるためには法律

新たな葬法に関する遺骨遺棄罪等の成否—撒骨（散骨）および手元供養を主題として—（原田 保）

の制定を要すると解する。

そのような法律が存在しない現状では、当罰的法益侵の有無を個別に判断する他ないが、これは国の公式見解ではない。基準が曖昧なまま検察官が犯罪成立と確信して起訴することは予測し難い。しかし、起訴がないという事実の継続は承認と誤解される危険を生じ、それは無法地帯化を促進することになる。早急な立法措置を要するところである。

「遺骨仏」が現状下でも刑法解釈として適法評価できることは既に述べたが、あくまで現に遂行されているものには法的規制を要する点が認められないとの判断に基づく評価である。例えば、同じく遺骨粉末を素材として「磔刑のイエス」や「裸身のヴィーナス（アフロディテ）」の像を制作するなら、相当の議論を要する筈である。手元供養に当罰的法益侵害がないという判断も、本稿筆者が知る現状の範囲でのことである。他者が同一あるいは類似の名称を掲げて異なる方法を遂行する可能性を想定すれば、遺骨仏についても手元供養についても、法律の明文規定が望まれる。他者による異なる方法を考慮外に置いた撒骨推進論の轍を踏んではならない。

これは、刑法適用に関わる事柄であるから、多くのHPで述べられているような「マナー」の問題ではない。撒骨適法説が前述したような適法評価偽装や刑法不知に依拠して主張されたという事実は、同説の説得性を著しく損ねている。主張するなら正確な情報および正確な論理に基づくべきであり、虚偽・誤謬がなければ主張できないような議論は直ちに抹殺されなければならない。

V 結語

以上で検討を終えることにするが、問題は他にもあり、本稿が粗雑かつ不十分なものであることは自覚している。

葬祭権という概念は現に存在し、死体取扱に関する死者本人の意思が自

己決定権に属するという論理も了解可能である。故に、風俗・社会通念上許容される範囲内で葬法を選択する自由は当然に認められなければならないが、遺族と死者本人との間あるいは遺族相互の間で意見が異なる場合の処理方法⁴⁹や葬祭義務の内容・権利者＝義務者の特定方法⁵⁰という問題が遺っており、人権に関する憲法解釈や祭祀承継に関する民法解釈に基づく検討を要する。更に、風俗・社会通念を論じるなら社会学や民俗学の知見を要し、宗教や環境⁵¹も軽視できない問題である。しかし、本稿筆者の能力を超えるので、本稿では論及しない。

本稿筆者自身は、追慕という感情が社会から消滅することは望ましくないとと思っているが、墳墓・納骨堂も骨の保存も無用だと思っている。如何なる信仰も全く持っておらず、宗教的儀式は断固として拒絶したい。それでも、遺骨遺棄罪等が社会法益に対する罪である限り、公衆の感情を害する行為を当事者の感情だけで正当化することは論理的に不可能である。本稿は、その趣旨の叙述であり、本稿筆者自身の感情に対する承認を他者に要求するものではない。

(平29・10・30稿)

49 例えば、森・前掲註3論文123頁では、死者本人の信仰と遺族・子孫の信仰とが異なる場合に関する問題が指摘されている。

50 原田・前掲註30論文14頁註18等参照。

51 陸上の特定場所で撒骨が継続的に遂行されると、かつての炭鉱周辺の「ボタ山」のように、何時の日か「骨山」が形成されると予測できる。土地が他の用途に供し得ない状態になるなら、撒骨推進論者が墓地造成に向けて行っていた批判がブーメランになる。海洋での撒骨についても、人類の骨が悉く海洋に撒布されるようになって環境への影響は絶対に存在しないのかどうか、検討不要であるとは考え難い。影響を否定する言説は存在するが、撒骨推進論者の言説を無批判に受容することは危険である。恣意的情報選別や適法評価偽装の前科があることに鑑みれば、杞憂として一蹴することは到底できない。中立的立場の専門家の知見を以て公正に検討することが望まれる。