

〔判例研究〕

病児および病児死体に関するオカルト治療受託者の罪責
— 加江田塾ミイラ事件における刑事宗教法上の問題 —

原 田 保

- I 序論
- II 保護責任者遺棄致死罪（1 客観的構成要件該当性および違法性 2 故意）
- III 死体遺棄罪（1 検討方法 2 間接正犯構成 3 作為犯構成 4 不作为犯構成）
- IV 結語

I 序 言

加江田塾ミイラ事件¹では、保護責任者遺棄致死罪²および死体遺棄罪の成否が争われた。話題になった事件である³が、死体遺棄罪に関する一般論あるいは他事件の検討に際して言及されるに留まる⁴。しかし、本件で

1 宮崎地判平14・3・26判タ1115号284頁、福岡高宮崎支判平14・12・19判タ1185号338頁。最一小決平14・9・29判例集不登載。朝日新聞（東京）平14・10・2朝30面、毎日新聞（西部）同日朝28面、読売新聞（西部・宮崎）同日朝3面参照。

2 被告人は自己が平素起居している建物内に病児を引き取っており、場所的離隔がないので、通説的概念定義によれば遺棄ではなく不保護である。本件では一貫して「遺棄」と表記されており、不保護を含めた広義の遺棄概念が使用されていると認められる。本稿では、特に区別の必要がある場合を除き、これに倣って表記する。

3 高橋則夫ほか「判例回顧と展望 2003 刑法」法律時報76巻6号（平16）40頁、49頁、55頁に第一審判決の紹介がある。

4 橋爪隆「不作為の死体遺棄罪をめぐる問題」井田良ほか編『新時代の刑事法学下巻』椎橋隆幸先生古稀記念（信山社、平28）249頁、256～257頁、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、200頁～204頁、松尾誠紀「死体遺棄罪と不作為犯」法と政治68巻1号（関西大学、平29）75頁、83頁、山中友理「死体遺棄罪における遺棄行為の終了について」高橋則夫ほか編『日高義博先生古稀祝賀論文集下巻』（成文堂、平30）275頁、277頁等。

は両罪とも宗教・オカルティズムや死体関係社会法益との関係を含めた議論を要すると認められるので、刑事宗教法研究として検討する。

事件の事実関係は概ね周知されていると推測されるので、概略に留める。創造主「TAO（衛⁵）」の代理人を自称する加江田塾主宰者⁶（捜査当時55歳）およびその補佐役たる内妻（捜査当時49歳）が、病児2名の各親権者との合意に基づき両病児を加江田塾の建物内に引き取って「波動療法」と称する祈祷類似の擬似科学的「治療」を行っていた⁸が、病児死亡後に治療継続中との虚偽を親権者に告知して、1体の死体を死亡した部屋の中に置いたまま施錠し、もう1体の死体を同建物内の別室に移置し、葬送されない状態を継続させた。病児2名のうち1名の父からの申告に基づいて捜査を開始した警察が平成12年1月20日に死体を発見した時点では、1体は死亡から約2年、もう1体は死亡から約11ヶ月が経過しており、いずれもミイラ化していたため、本件は「ミイラ事件」と呼ばれることになった⁹。

検察官は保護責任者遺棄致死罪・死体遺棄罪各2件合計4件の併合罪として加江田塾主宰者および補佐役を共同正犯として起訴し、被告人側は両罪とも無罪を主張した。保護責任者遺棄致死罪に関する論点は、「波動療法」を前提として病児の親権者から治療・保育の依頼を受けた被告人の保護責任（作為義務¹⁰）・義務違反および故意の存否であった。死体遺棄罪に関する論

5 諸橋轍次『大漢和辞典卷十』（大修館書店、修訂版7刷昭61）157頁、165頁および諸橋轍次ほか『広漢和辞典下巻』（大修館書店、昭57）571頁、573頁によれば、この漢字は「衛」と同字で、その「衛」は「道」の古字であり「導」と同字でもある。音は「ドウ」「トウ」である。

6 宮崎日日新聞平12・1・21朝25面によれば、経営コンサルタントを自称していた由である。

7 宮崎日日新聞平12・1・28朝23面によれば、強い靈感の故に加江田塾内で各種の決定権を持っていた由である。新聞の氏名記載によれば、控訴審判決後に婚姻したと認められる。

8 宮崎日日新聞平12・1・30朝25面には図を付した「波動機」の説明がある。平坦な板の端に患者の頭部・胸部を入れる覆いがあり、その中に電動式の風車等が設置されていた由である。

9 朝日新聞（西部）平12・1・21夕1面、毎日新聞（西部）同日夕1面の本件第一報は、いずれも表題に「宮崎ミイラ事件」と記載している。

10 保護責任と作為義務との関係に関する議論もあるが、本稿では、通説的理解に従っ

点は、病児との関係で非親族であって葬送義務¹¹者でない被告人の如何なる行為が如何にして同罪構成要件該当行為たり得るかであった。

第一審も控訴審も公訴事実全部を有罪と認めたが、論じるべき問題点は多々ある。以下、各罪について検討する。

II 保護責任者遺棄致死罪

1 客観的構成要件該当性および違法性

保護責任者遺棄致死罪については、まず基本故意犯たる保護責任者遺棄罪成立のために、行為者が保護責任者であることを要する。そこで、保護責任の根拠を検討するべきところ、被告人が病児の親権者から治療・保育の依頼を受けて承諾したという事実は存在するが、これを以て契約に基づく保護責任およびその違反を認めることはできない。

本件で被告人が受けた依頼は、通常の医学的治療ではなく「波動療法」である。そして、被告人は依頼通りに「波動療法」を実施したのであるから、契約に基づく義務を履行したのであって、この点に関する義務違反は存在しない。しかし、科学的合理主義に基づいて判断する限り、被告人の実施した「波動療法」に真実の治療効果は全く認められない。故に、治療行為と認められない「波動療法」に関する合意は、真実の治療と無関係であるから、刑法上の保護責任を論じる上で何の意味もなく、契約に基づく保護責任の根拠にならない。

刑法上の保護責任としては生存のために真実必要な措置を講じなければ

て、保護責任を作為義務の一態様として論じる。

11 この義務は一般に「葬祭義務」と呼ばれているが、「祭」は元々宗教活動を意味し、死亡直後の措置だけでなくその後の年忌等を含める趣旨で使用されていると認められる。本稿では、宗教と区別すると共に死亡直後の措置を論じる趣旨から、「祭」の文字を避ける。「埋葬義務」という表現の例もあるが、「埋葬」という文言は墓埋法が所謂「土葬」の意味で使用しているので、実定法の定義と異なる意味での使用は避ける。以上の理由から、本稿では、「葬送義務」という表現を使用する。

ならず、それは科学的合理主義に基づく通常の医学的治療でしかあり得ない。本件で検察官および裁判所が保護責任者遺棄致死罪成立を認めた際の保護責任も、通常の医学的治療を内容とするものである。しかし、それは親権者との合意と異なるので、被告人にかかる義務を認めるためには契約以外の根拠を論証しなければならない。

この点について、第一審判決は「病気治療の目的で要扶助者（病者）である〔氏名略〕を預かり、事実上その支配下に置いたものと認められるから」との理由説示を以て保護責任を認め、控訴審判決もこれを支持した。これは、事務管理・引受行為に基づく義務を認める趣旨と理解される。事務管理なら、民法697条1項により「最も本人の利益に適合する方法」が要求され、この義務は被告人・親権者間の合意内容と無関係である。治療目的¹²を以て病者を自己の排他的支配下で管理することによって事務管理者になった¹³なら、当初合意された治療の具体的方法が通常の医学的治療を否定するオカルティズムであっても、当該合意とは無関係に、真実の治療効果を達成するべく通常の医学的治療を受けさせる義務が生じる。これは、本件類似のオカルト治療に関するシャクティパット事件¹⁴と同様であり、従来からの議論や社会通念に照らしても肯定可能な結論であると認められる。故に、被告人は病児に通常の医学的治療を受けさせる義務を負い、これを遂行しなかったことは義務違反であって、「波動療法」の合意・実施を以て客観的構成要件該当性を否定することはできない。

そして、病児が早急な医学的治療を要する状況であり、「波動療法」に治療効果が存在しない、という科学的合理主義に基づく判断を前提とする限り、治療行為としても宗教活動としても違法性阻却の余地はない。更に、

12 加害や身代金目的での逮捕監禁・略取誘拐の場合には、被害者が要扶助状態になったとしても、犯人が直ちに保護責任を負う訳ではない。要扶助状態が犯人の先行行為によるならこれが根拠になり得るが、そうでなければ事務管理と認め得る行為がない限り、要扶助者を排他的に支配しているとの事実だけで保護責任を認めることはできない。

13 被告人側は親権者による監護の可能性を主張しているが、本稿では論及しない。

14 最二小決平17・7・4刑集59巻6号403頁。

この違法な不作為と病児死亡との因果関係も認められる¹⁵ので、保護責任者遺棄致死罪の客観的構成要件該当性が肯定される。

2 故意

次に、前記の客観的構成要件該当違法行為につき、故意を論証しなければならない。本件において、被告人は客観的構成要件該当性・違法性を根拠付ける客観的事実の外形を認識している。しかし、これだけで直ちに故意が認定できる訳ではない。それは、「波動療法」の治療効果に関する認識の点で、議論を要する問題が存在するからである¹⁶。

被告人が自己の行う「波動療法」に現実的治療効果があると真剣に確信していたなら、それは生存に必要な保護の遂行である旨の認識に他ならない。そうすると、被告人は自己の行為に関して病児の生命に危険を生じさせる遺棄という事実を認識していない、という理解の余地がある¹⁷。

かようにして、被告人は保護責任者遺棄罪構成要件該当・違法という評価を受けない適法行為に該当する事実を認識していたと認めるなら、事実の錯誤として故意阻却という結論が導かれることになる。実際に、かつて

15 被告人側はこの点も争っているが、本稿では論及しない。

16 被告人の認識如何に関する疑義もあるが、本判決はこの点に言及していないので、本稿では被告人が「波動療法」の現実的治療効果を真実確信していたの前提で検討する。治療効果の認識がなかったなら故意認定には何の問題もなく、シャクティパット事件に関する前掲註14判例ではそのような事実認定の上で故意が認定されている。なお、同判例に関する高橋則夫「不作為による殺人罪の成否」刑事法ジャーナル2号（平18）95頁、100頁は、被告人がシャクティパットの治療効果を信じていた場合の故意を検討対象としながら、科学的合理主義に基づく危険判断によって故意を肯定している。問題は科学的合理主義に反するオカルティズムに基づく判断への評価方法であるから、これでは同論文自身の提起する問題への解答にならない。

17 「波動療法」実施中に通常の医学的治療を受けさせないという不作為は存在するが、これは通常の医学的治療でもあり得る事態であって、直ちに不作為犯が成立する訳ではない。通常の医学的治療方法として相互排他的な甲・乙の2種類がある場合、医師が甲を執るならその間に乙を執らないという不作為が存在する。しかし、それは甲を執るための不可避的不作為であり、医師の義務は甲・乙どちらかの選択・遂行であるから義務違反はない。乙を執らないという不作為は、甲による治療効果を根拠として違法性が否定される。本件においても、「波動療法」の治療効果に関する被告人の認識を前提とすれば、同様の論理構成が可能である。

大審院は治療目的のオカルティズムによる死亡事件を過失犯として処罰しており、¹⁸ その際に、故意犯の結果的加重犯が成立するという検察官の主張を「狸を追い出す意思であって人を苦しめる意思ではなかった」旨の説示によって斥け、故意阻却を認めていた。¹⁹

これに対して、現在の判例は、大審院判例と異なり、同種事件を故意犯の結果的加重犯として処罰している²⁰。即ち、被告人の行為が治療効果のない危険な行為であるとの認定に基づく客観的違法評価を前提として、当該行為の外形に対する認識から違法な事実の認識を肯定し、オカルティズムの治療効果に関する確信については迷信のために自己の行為に対する価値判断を誤った違法性の錯誤と位置付けて、故意阻却を否定するのである。²¹ しかし、故意犯成立という結論は支持できるとしても、ここに示された故意認定の論理には、不十分な点があると評さざるを得ない。

18 大二刑判明32・12・8刑録5輯11巻22頁、大一刑判昭10・3・25刑集14巻5号339頁。本註大二刑判明32評釈として、木村静子「迷信による過失致死」小野清一郎編『宗教判例百選』初版（別冊ジュリスト37号、有斐閣、昭47）196頁。

19 前掲註18大二刑判明32は、精神病者に憑いた狸を追い出す目的で身体を押さえつけ硫黄や線香の燻煙を吸引させて苦痛悩乱の末に心臓麻痺で死亡させた行為につき、第一審が疾苦致死罪（旧刑法307条、302条、299条）を認め、控訴審が破棄・自判して過失致死罪（旧刑法317条）を認め、検察官が疾苦致死罪を主張して上告したものである。上告審は、検察官の主張を排斥して控訴審判決を支持する際に、かかる説示を行っている。なお、同註大一刑判昭10は過失犯として起訴された事案であり、故意は論じられていない。

20 東京高判昭31・11・28高刑集9巻12号1251頁、札幌地判昭36・3・7下刑集3巻3・4号237頁、最大判昭38・5・15刑集17巻4号302頁。本註最大判昭38に関する評釈として、相澤久「信教の自由の保障とその限界」小野編・前掲註18書10頁、清水誠「加持祈祷としての有形力行使」若原茂編『宗教判例百選』2版（別冊ジュリスト109号、有斐閣、平3）12頁等。

21 前掲註20東京高判昭31は、精神病者に憑いた狐を追い出す目的で胸部・頸部を強く圧迫して窒息死させた行為につき、検察官が傷害致死罪で起訴し、第一審が大審院判例に倣って業務上過失致死罪を認定し、検察官が傷害致死罪を主張して控訴したものである。同註判例の中で故意が争点とされているのはこの東京高判昭31だけであるところ、控訴審は検察官の主張を採用して破棄・自判により傷害致死罪を認定する際に、かかる説示を行っており、この控訴審判決が判例における過失犯から故意犯への転回点であると認められる。原田保「宗教活動に対する刑法の適用」宗教法7号（平元）25頁、同「加持祈祷の結果として人を死亡させた者の罪責」善家幸敏教授還暦記念『宗教学の課題と展望』（成文堂、平4）135頁参照。

それは、行為の外形に対する認識を以て直ちに事実認識を肯定している点である。故意責任に関する今日の通説的見解によれば、故意責任の前提となる規範的障壁に繋がるべき事実認識の中核は意味認識であると解されている²²。このような理解を前提とする限り、意味認識に関する論証を欠いたまま外形認識の存在を以て直ちに事実認識を肯定することは論理飛躍であると評さざるを得ない²³。これは、事実認識を論じる限り、構成要件に関する事実でも違法性阻却事由に関する事実でも、違いはない²⁴。

勿論、犯罪成否の要件に関わる事実の大部分は、正しい外形認識が得られれば直ちに正しい意味認識が得られる筈のものである。故に、大多数の通常の事案では、外見認識が存在するなら意味認識の存在も一見明白であるから、意味認識に関する議論は不要である。しかし、比較的少数の例外であるとしても、正しい外形認識が正しい意味認識に直結せず、意味認識の如何が一見明白ではない事案が存在し得る²⁵。このような事案では意味認識に関して議論の余地を認めざるを得ないのであって、本件のようなオカルティズムもその一場面である。このように、意味認識の如何が一見明

22 団藤重光編『注釈刑法(2)のⅡ 総則(3)』（有斐閣、昭44）317頁（福田平）、大塚仁ほか編『大コンメンタール刑法第三版第3巻』（青林書院、平27）126～127頁（佐久間修）等参照。

23 規制されている植物・薬物の外形を欠落なく正しく認識しても、直ちに「大麻」「覚醒剤」といった認識を形成できる人は少ないと推測されることに鑑みれば、外形認識だけで故意を認定することは困難である。なお、「外形」という表現は視覚による認識を予定するものであるが、聴覚による認識も同様であり、未知の言語や同音異義語の場合には音声の認識があっても意味認識に欠落や齟齬を生じることがある。「LSD」なら違法薬物と判っても「リゼルグ酸ジエチルアミド」では何だか判らないという人がいても不思議ではなく、「カンナビス・サティバ・エル」という学名を見聞して「大麻」と認識できる人は多くないと推測される。「大麻」も伊勢神宮御札との関係で誤解があり得ない訳ではない。意味認識と文字や音声から得られる「名称認識」との関係も、検討を要する問題である。中山研一「違法性の錯誤の実体（8）有毒物・薬物事犯に関する判例の検討」判例タイムズ1998号（平10）76頁、南由介「指定薬物の故意」刑事法ジャーナル56号（平30）141頁参照。

24 違法性阻却事由に関する事実の錯誤の取扱は論争点であるが、立ち入らない。

25 前掲註23の例以外にも、大一刑判大14・6・9刑集4巻6号378頁に関する澤登佳人「たぬき・むじな」平野龍一編『刑法判例百選Ⅰ総論』初版（別冊ジュリスト57号、有斐閣、昭58）128頁で提起された「西洋人学者」設例や、野村稔編『刑法各論』（青林書院、平10）335頁～336頁（原田保）の「猥褻古文書」設例がある。

白でない事案においては、これを論点として検討しなければならない。

故意の要素として現実の意味認識を要すると解するなら、硫黄燻煙で苦しむ人を見ながら「苦しんでいるのは人に憑いた狸であって人ではない」と認識している場合には、「人に対する苦痛付与」という意味認識がないため事実の錯誤により故意阻却となる。かかる解釈を採用すると、オカルト犯罪では故意認定が殆ど不可能となり、それは少なくとも今日では採用し難い結論である。

そこで、故意の内容として意味認識を論じながらかかる不当な結論を回避するべく、故意の構造に則して意味認識の意義を検討しなければならない。まず、事実の外形について現実の認識を要するのは当然のこととして、故意犯成立は規範違反の決意に対する非難を意味する。そして、それは規範的障碍の現実的克服だけでなく規範的障碍の不形成にも向けられると解するのが、今日の通説的理解である。こうして、故意責任の有無は規範的障碍形成による当該行為回避・他行為選択の可能性に収斂され、かかる論理の中で違法性の意識の可能性や違法性の錯誤の相当性が論じられる。

かようにして、意味認識は外形認識から違法性の意識に至る過程の一部である。そうすると、正しい意味認識の「可能性」があれば違法性の意識も可能であると認められるから、現実の意味認識は必須でない。即ち、故意認定に必要な現実の事実認識は「正しい意味認識を可能にする外形」の認識であり、そのような外形認識から正しい意味認識の可能性が認められるなら違法性の意識も可能になる。故に、正しい意味認識を可能にする現実の外形認識があれば故意の要素たる事実認識があると認めるべきであって、故意認定に際して現実の意味認識は不要であると解される²⁶。かようにして、結論の妥当性からも理論的にも、現実の外形認識がある場合には、現実の意味認識ではなく意味認識の可能性を以て事実認識の存在を認定するべきである。

26 原田保「オカルト犯罪における意味の認識」SENSE OF JUSTICE 21号（平14）6頁参照。このように解すれば、前掲註25の設例でも、認識した外形は正しい意味認識を可能にするものと認められないので、事実の錯誤になる。同時に、前掲註18大二刑判明32の場合には、認識した外形は「人に対する苦痛付与」という正しい意味認識を可能にするものであるから、事実の錯誤はないと解されることになる。

この判断方法を採用すれば、被告人の実施した「波動療法」に真実の治療効果がないことは一般人の経験則上一見明白であるから、被告人の行為は「治療にならない」「危険な状態を放置している」との意味認識は可能であり、故に被告人にもその意味認識および違法性の意識が可能であったと認められる。故に、「波動療法」に終始して通常の医学的治療を全く受けさせないという行為に関する外形認識は、病者に対して生存のために真実必要な保護を講じない遺棄である旨の正しい意味認識およびこれに基づく違法性の意識を可能にすると認められるものである。よって、被告人には保護責任者遺棄罪の故意が認められて同致死罪が成立することになる。

以上により、保護責任者遺棄致死罪の成立を認めた本判例は、故意の論証に関して不十分な点を遺しているが、その結論は支持できる。

Ⅲ 死体遺棄罪

1 検討方法

本件において、死体が長期間に亘って葬送されないままであったことは、死者に対する公衆の敬虔感情や死者の尊厳という刑法190条の法益²⁷を害する事態である。そして、この事態が死体を自己の支配下に留めたまま遺族に死亡の事実を秘匿して生存中と誤信させるという被告人の行為によって実現されたことも明白である。問題は、この事実につき被告人に同条の罪

27 刑法190条の法益は189条と共に「国民の宗教感情」であるという説明が旧くから通説であり、墓地、埋葬等に関する法律1条もこの文言を規定しているが、これは葬送が宗教の一態様であるという理解に基づくと認められる。しかし、近年では、「公衆の敬虔感情」といった表現が有力化しており、これは植松正『刑法概説』（各論）（勁草書房、昭50）231頁、平野龍一『刑法概説』（東京大学出版会、昭52）266頁で論じられた葬送と宗教とを区別する理解である。本件第一審判決は、量刑事情に関して「死者に対する敬虔感情」を著しく害すると説示しており、「宗教感情」という表現を使用していない。本罪の法益について、従前の通説に依ることなく、近年の有力説をかなり早い時点で採用したと認められる。

の実行行為があったと認めるための論理構成方法如何である。

この問題を検討するに当たり、まず死体遺棄罪の構造を確認しておかなければならない。即ち、保護責任者遺棄罪と同様に、死体遺棄罪にも作為態様・不作為態様の 2 種類があると解され、当然に前者は非身分犯であって後者は身分犯である。そして、身分犯たる不作為死体遺棄罪の成立を根拠付ける作為義務の内容は葬送義務²⁸であり、それは若干の例外²⁹を除いて葬送権者 = 葬送義務者たる親族に固有の権利・義務³⁰である、というのが従来からの一般的理解である。

このような理解を前提とすれば、非親族たる被告人は葬送義務者ではないので、葬送不履行という不作為について不作為死体遺棄罪の直接実行者になり得ない³¹。従って、本件では、「救助妨害」問題と同じく、作為義務者を義務履行不可能な状態にした非義務者の行為を如何にして犯罪実行行為と認めるか、それは直接正犯か間接正犯か、作為犯か不作為犯か、とい

28 団藤重光編『注釈刑法（4）各則（2）』（有斐閣、昭40）361頁（板倉宏）、大塚仁ほか編『大コンメンタル刑法第三版第9巻』（青林書院、平25）246頁（岩村修二）参照。親族の作為義務に関して詳細な説示を行った判例として、東京高判昭40・7・19高刑集18巻5号506頁がある。同判例評釈として、小暮得雄「葬祭義務の根拠と内容」若原編・前掲註20書212頁。

29 墓地、埋葬等に関する法律9条、行旅病人及行旅死亡人取扱法7条に基づく市町村（長）による埋葬・火葬、刑事収容施設及び被収容者の処遇に関する法律177条、少年院法145条、少年鑑別所法130条1項に基づく施設長による埋葬・火葬、婦人補導院処遇規則59条に基づく施設長による葬儀・仮埋葬、船員法15条に基づく船長による水葬。本稿ではこれらの例外的事情がない場合を前提として論じる。

30 尤も、原田保「死体損壊・遺棄罪の成立範囲」愛知学院大学論議法学研究46巻2号（平17）1頁、14頁註18で指摘したように、葬送の義務付けについても葬送義務者の特定についても、民法、戸籍法、墓埋法等の現行法中に明文規定は存在しないので、葬送義務が如何なる根拠に基づいて誰に発生するのかは、親族についても明らかではない。濱克彦「自宅内で死亡した同居の実母の死体を同所のベッドに置いたままの状態にして生活を続けた行為について不作為による死体遺棄罪の成立を認めた事例」研修776号（平25）21頁、30頁、岸洋介「不作為による死体遺棄罪について検討した事例」研修798号（平26）77頁、86頁にも同旨の指摘がある。

31 非親族であるから作為義務がないと認めて不作為死体遺棄罪成立を否定した判例として、大六判刑大13・3・14刑集3巻4号285頁（炭焼窯事件）がある。同判例評釈として、竹内正「死体遺棄罪の成立要件」小野編・前掲註18書180頁。

う議論を要することになる。³²

なお、本件では被告人は自己の管理下にある建物内で病児が死亡したことを知った上でこの事実を秘匿していたのであるから、被告人の行為が「自己の占有する場所内に、[略]人の死体若しくは死胎のあることを知りながら、速やかにこれを公務員に申し出なかつた者」という軽犯罪法1条18号の文言に該当することは明白である。本罪は明らかに行政協力義務違反を内容とする行政犯であるところ、刑法の要扶助者遺棄罪・死体遺棄罪に該当する場合には本罪の成立が否定されると解されている³³。従って、本件では、被告人の行為が不作為死体遺棄罪でなければ死体不申告罪になるのであり、刑法による3年以下の懲役での処罰か、軽犯罪法による拘留または科料での処罰か、という選択が求められることになる³⁴。

本件裁判では、刑法による処罰のために種々の方法が提起された。以下、各方法について検討する。

2 間接正犯構成

本件の行為態様に関する分析としては、第一審で検察官が本位的訴因たる不作為死体遺棄罪について予備的に主張した間接正犯構成が最も明快である。本件において、遺族が葬送をしない法益侵害状態放置という不作為行為の存在に異論の余地はなく、これは被告人が死体を自己の支配下に留めて葬祭の前提たる死亡の事実を遺族に秘匿していたことから生じた事態である。故に、被告人は遺族を欺罔して非故意の葬送義務不履行という状

32 神山敏雄「不作為をめぐる共犯の研究」刑法雑誌18巻1・2号（昭46）1頁。同論文では、作為犯でも不作為犯でもない第3類型であるとの見解が提示されている。

33 稲田輝明＝木谷明『軽犯罪法』（平野龍一ほか編『注解特別刑法第7巻風俗・軽犯罪編【第二版】』Ⅲ、青林書院、昭63）96頁～97頁参照。吸収関係が適用範囲限定かという議論の余地はあるが、本稿では論及しない。

34 本件裁判では刑法190条の罪が成立すると認定されたので軽犯罪法1条18号の罪については全く論じられていない。もしも前者が否定されたなら後者の認定のために訴因変更を要するか否かが問題となり得るが、本稿の直接的論題ではないので、この点に関する検討は行わない。

態になるよう遺族を支配していたと認められるから、これは事情不知の遺族を利用した間接正犯に他ならない。

しかし、行為態様の分析としては説得的であると認められるものの、この論理構成に基づく処罰を現行刑法解釈として肯定することはできない。その理由は、不作為死体遺棄罪が身分犯である点に存在する。非身分者が身分者を教唆して身分犯を決意・実行させた場合には刑法65条により非身分者も身分犯の教唆犯として処罰対象になり得るが、間接正犯は実行の一態様として各則の犯罪構成要件規定を直接適用するものであるから非身分者は身分犯の構成要件に該当し得ない。他人の行為を介する点では教唆犯と同様の事態推移を辿るのであり、実質的当罰性に関して教唆犯なら当罰的であるが間接正犯なら当罰的でないという差異は見出し難いが、間接正犯に関して65条のような規定がない現行刑法を前提とする限り、非身分者による身分者利用の間接正犯は不可罰であると解する他ない³⁵。

故に、構造上は間接正犯態様であっても、処罰のためには被告人の行為を直接正犯として構成しなければならないことになる。

3 作為犯構成

第一審判決は、不作為死体遺棄罪という検察官の主張を採用せず、死体のある部屋への施錠を死体領得罪とし、死体の別室への移置を作為死体遺棄罪とする、という解釈によって作為犯成立を認定した。不作為死体遺棄罪における作為義務を原則的に親族の葬送義務と解する限り、非親族に同罪成立はあり得ないので、非親族たる被告人を刑法で処罰するためには作

35 刑法が事情不知の公務員を利用する間接正犯態様の虚偽公文書作成につき公正証書原本不実記載罪という独立の構成要件を規定していることおよび判例が虚偽公文書作成罪の間接正犯を構成補助公務員にのみ認めていることも、非身分者による身分者利用間接正犯が構成要件不該当であることを前提とするものである。

但し、立法論としては疑問がある。例えば、犯罪者が他人を教唆して自己の犯罪の証拠を隠滅させた場合に証拠隠滅教唆罪が成立するのに対して、他人への指示が欺罔や強制による間接正犯態様である場合に不可罰となるのは、不合理・不均衡である。刑法65条と同様の規定を間接正犯についても設けるべきである。

為犯として構成する他ない。第一審判決はそれ故にかかる技巧的な解釈を行ったと認められる。しかし、この判決については、領得意思不存在に基づく被告人側の死体領得罪不成立の主張を排斥した³⁶点は支持できる³⁷が、語義および実質的違法性の点ではどちらの罪についても疑義がある。

作為犯である限り、その実行行為は法益に対する侵害・危険の惹起・増大でなければならず、侵害・危険が存在する状況の放置は含まれない。死者に対する公衆の敬虔感情あるいは死者の平穏という刑法190条の社会法益は社会的に要請される死体取扱たる葬送の遂行によって保全されるものである。そして、この社会的要請は死亡と同時に発生し、それは前述の通り原則的に専ら葬送義務者たる親族に向けられたものである。そこで、親

36 その際に大一刑判大13・10・7新聞2331号6頁が援用されている。同判例は、左翼活動家達が憲兵隊によって虐殺された社会主義者・大杉栄ならびに内妻および子の遺骨を掲げて「社会葬」を挙行しようとしていたところ、被告人がこれを妨害する目的で当日早朝に弔問客を装って同遺骨を奪取した事案につき、遺骨を自己が不法に使用する意思は不要であると説示して遺骨領得罪成立を肯定したものである。

この大審院判例にも議論の余地がある。被告人の意図・行為は「妨害」に他ならないから、葬式妨害罪の成立も論じるべき事案である。遺骨領得罪より軽い罪を科刑上1罪として付加する必要はないと判断された可能性もあるが、葬式妨害罪不成立と解するなら、その理由は本件「社会葬」が同罪の「葬式」に該当しないとの判断しかない。被告人は行為動機として「死者を政治的宣伝に使うべきではない」旨を供述しており、本件「社会葬」が専ら政治的宣伝活動でしかないと認識されるものであったなら、葬式妨害罪成立肯定への躊躇は了解可能である。しかし、政治でも他の事柄でも、親族等の冠婚葬祭を主宰者自身のための宣伝の機会として利用する例は珍しくもない。死者追悼の趣旨が皆無でない限り、政治活動的性質を有していたとしても「葬式」と認めるべきである。なお、前記の被告人供述は刑法190条の法益に沿うと評し得るが、実態は憲兵隊の依頼を受けた右翼団体の構成員による左翼活動妨害である。東京朝日新聞大12・12・17朝刊7面、永松淺造「大杉栄・遺骨奪取事件」文藝春秋臨時増刊『三代特ダネ讀本』(昭30)126頁、堀幸雄『右翼辞典』(三嶺書房、平3)74頁「大杉栄遺骨奪取事件」参照。

37 人の死体に対する薬理効果の期待を動機とする大二刑判大4・6・24刑録21輯15巻886頁(臓器売買事件)や秋田地大館支判昭31・12・26判時104号27頁(人肉黒焼事件)のように、死体の使用・収益を目的とする死体領得罪は珍しくない。大三刑判昭8・7・8刑集12巻14号1195頁も、領得には至らなかったが、薬として使用するための領得が意図されていた。大二刑判明29・11・9刑録2輯10巻15頁は薬理効果期待に基づく人骨不正取得につき死体等「領得」罪を持たない旧刑法下で窃盗罪成立を肯定しており、領得意思が認定されている。しかし、死体等領得罪は社会法益犯罪であり、財産犯罪の要素を社会法益犯罪の成立要件に加えることは不合理であるから、領得意思不要という解釈は当然に支持されるべきである。

族等によって葬送が遂行される筈の場合にこれに対する妨害は、作為死体遺棄罪になる。そして、葬送のための行為は死体の存在を認識することによって開始されるから、死体発見を妨害する行為は当然に作為死体遺棄罪実行行為であることになる。即ち、容易に発見可能な死体を発見困難にする行為や既に発見困難な死体を一層発見困難にする行為である³⁸。

そうすると、被告人管理下の建物内での施錠や別室移置は、死体に対する発見の難易や支配の有無に特に変化を生じさせるとは認め難いので、刑法190条の法益に対する侵害・危険の惹起・増大と評価することはできない。語義としても、施錠は行為態様として支配強化であって新たに得た訳ではないから領得とすることには疑義があり、別室移置は従前同様の場所への移動であって新たに棄てた訳ではないから遺棄とすることには疑義がある。故に、死体領得罪・作為死体遺棄罪の成立は肯定できない。

4 不作為犯構成

控訴審判決は、第一審の作為犯構成を支持することなく、検察官の当初主張通りに不作為死体遺棄罪の成立を認め³⁹たところ、控訴審判決が認定

38 作為死体遺棄罪成立の認められた事案は、いずれも死体発見を困難にした行為に関するものである。団藤編・前掲註28書360頁～361頁（板倉）、大塚ほか編・前掲註28書245頁～246頁等参照。福岡地飯塚支判昭40・11・9下刑集7巻11号2060頁は、訴因9件中の死体遺棄罪2件のうち、死体を全裸にして近くの窪地に投げ込み枯枝や石を被せた行為につき同罪成立を肯定し、死体を全裸にしてその場に放置しただけの行為につき「宗教感情上好ましくない」と認めながら同罪成立を否定している。死体発見困難化と認め得る行為の有無で区別したことが明白である。

尤も、死体発見困難化が死体遺棄罪の要件であるなら、自動車内から路上への移置は発見容易化であるから同罪に該当しないことになるが、この結論は一般的に支持されていないと認められる。また、かつて警察犯処罰令2条34号に死屍隠匿罪が規定されていたことや改正刑法草案242条1項が死体に対する損壊・遺棄と並べて隠匿を追加していたことに鑑みれば、隠匿を直ちに遺棄と解することには疑問がある。同罪の規定があれば本件でも疑義なく適用可能であり、議論を要すると思われるが、本稿では論及しない。

39 但し、第一審判決の誤謬は判決に影響を及ぼさないと判断により、控訴審判決の主文は控訴棄却である。同一事実に対する同一法条での有罪認定であるが、構成要件の評価の方法が異なるだけでなく、作為と不作為との相違は作為義務の要否という犯罪成立要件の相違であるから、訴因変更や破棄を論じるべきであり、控訴

した作為義務は、葬送権者への死体引渡および引渡までの死体監護を内容とするものである。即ち、葬送自体は葬送義務者たる親族のみの義務であるが、葬送義務とは別に監護義務・引渡義務を提示することによって、不作為死体遺棄罪の根拠となる作為義務を非親族に認めているのである。

前述したように作為義務の内容として専ら葬送を論じることが判例・学説の主流であり、非親族が原則的に葬送の権利も義務も有しないことに異論の余地はない。故に、不作為犯構成を以て被告人を処罰するためには、このように葬送自体とは異なる義務を掲げる他ない。炭焼窯事件判決⁴⁰でも死体に対する監護義務への言及があり、監護義務という概念自体は大審院において採用されていたと認めることができるが、同判例は被告人が親族でないことを理由に監護義務も否定しており、親族により遂行されるべき葬送の前段階としての監護を想定していると解されるのであって、本件控訴審判決が論じる監護義務とは異なる。そして、引渡は当然に非親族から親族への引渡であるから非親族を前提とする義務であり、炭焼窯事件判決にそのような義務への言及はない。故に、不作為死体遺棄罪の成立根拠として非親族の死体監護引渡義務を認めた本件控訴審判決は、従来の判例・学説で論じられていなかった義務を初めて提示した判例であると評価しなければならない。

かようにして、不作為死体遺棄罪の前提たる作為義務として親族の葬送義務の他に非親族の死体監護引渡義務を論じることの可否という、これまで議論されていなかった問題を検討しなければならない。控訴審判決は、病者の保護責任者であったことを指摘して「条理ないし社会通念」を掲げており、それは法令・契約・事務管理という実定法上の根拠が論証できないことを意味するものである。

一般論として、死体引渡義務自体は容易に論証することができる。即ち、

棄却で済ませることには賛同し難い。相当の議論を要すると思われるが、本稿の直接的論題から外れるので、問題提起に留めておく。

40 前掲註31大六刑判大13。

死体は遺族の所有物であるから、一般的財物に対する所有権と異なる点があっても、遺族は所有権に基づく引渡請求権を有し、死体占有者は法律上これに対応する引渡義務を負う⁴¹。しかし、引渡前の死体監護は遺族の所有権から導き得ず、ここまで含めた作為義務を肯定するためには最終手段たる条理を論じる他ない。

然るに、条理の内容は何処にも明記されていないから、罪刑法定主義違反の批判を回避するためには、大多数の人々において法的義務の存在に関する確信を共有し得るものでなければならない。死体に対する排他的支配という事実だけで条理上の死体監護引渡義務が発生すると解すると、死体所在場所占有者は当然に死体に対する排他的支配があると認められるので直ちに刑法190条に係る作為義務を負うことになり、軽犯罪法1条18号に規定された死体死胎不申告罪の存在意義が失われる。この点は同法同条同号に規定された要扶助者についても同様であり、要扶助者・死体死胎に対する排他的支配だけで発生する義務は公務員への申告義務だけであって、これが条理上肯定できる義務の限界であると認められる。⁴²

先行行為が条理に基づく義務を根拠付ける旨の解釈には合意があると認め得る⁴³が、殺害行為・致死行為が先行しても死体に関する作為義務が生

41 大二民判昭2・5・27民集6巻7号307頁参照。同判例評釈として、宮井忠夫「遺骸に対する所有権」小野編・前掲註18書162頁。

42 各種法令に不申告を内容とする罰則が多数あるが、申告義務を規定した後に不申告に対する処罰を規定するのが行政刑法の通例である。このような規定なら法令に基づく作為義務の存在に疑義の余地はない。しかし、死体不申告罪は内容的に行政犯でありながら刑法犯に分類される軽犯罪法の規定であり、法令上の義務付け規定が存在しない。契約・事務管理を認めるべき事情がない限り、同罪の作為義務は条理に基づくものと説明する他ない。刑法192条の変死者密葬罪も同様である。更に、軽犯罪法1条は他にも変事援助要求拒絶罪（8号）、鳥獸類監守懈怠罪（12号）、といった不作為犯を規定しており、これらも作為義務発生根拠に関する議論を要する。実質的に行政犯と認められるものについては、義務付け規定があっても然るべきである。

43 先行行為に基づく結果防止義務の根拠を条理と解することに、私見としては疑問を覚える。先行行為として論じられる過失行為および軽度故意行為は民法上の不法行為である。民法は損害賠償責任を規定するに留まるが、不法行為者がまず原状回復義務を負うことに異論はない。ならば、原状回復義務の一部として被害拡大防止

じる訳ではないことには従来から異論が全くない。死体に対する排他的支配が生存中の要扶助者に対する排他的支配という先行行為の結果であると論じても、前述したように要扶助者に対する排他的支配者は必ずしも保護責任者ではなく、要扶助者生存中に保護責任を負わなかった者が要扶助者死亡後に突如として死体に関する作為義務を負うというのは如何にも不合理であり、条理としても認め難い。故に、死体監護引渡義務を認めるためには、別の事情が要件とされなければならない。

そのような事情として、死亡前の要扶助者であった時点で保護責任を負っていたなら、要扶助者の死亡後に死体監護引渡義務を認めることは可能である。例えば、入院患者の治療を担当する病院職員は患者死亡後に死亡の事実を遺族に伝達して死体を監護した後に引渡すのが通例であり、入院契約約款にその旨の規定がなくてもそのようにするべきだという判断は一般人に法的確信を以て共有されている筈である⁴⁴。本件でも同様の事情は認められ、前述したように控訴審判決も被告人が病児の保護責任者であったことを指摘した上で条理を論じているのであって、生存中の保護責任がなかった場合にも死体監護引渡義務が生じると説示している訳ではない。要扶助者生存中に義務を負っていた者は要扶助者死亡後に条理に基づく義務を負うということである。このように、要扶助者生存中の保護責任存在という条件の下なら、死体占有者に死体監護引渡義務を認めることは

義務も負う筈である。このように解すれば、刑法で論じられる先行行為に基づく結果防止義務は民法により根拠付け得るので、条理は不要になる。なお、先行行為が重度故意行為である場合には先行行為により惹起された危険の放置は既に成立した故意犯の評価に包含されるので、不作為犯が別途成立することはない。また、先行行為が非故意無過失である場合の作為義務存否は不明確であるが、民法上の不法行為責任を刑法上の作為義務の根拠と解するなら、不法行為不成立の故に刑法上の作為義務も否定されることになる。奥田菜津「不真正不作為犯における作為義務の根拠論」同志社法学71巻3号（令元）57頁、121頁は、この点を「帰責性」として論じている。

44 入院契約約款にその旨の記載があれば疑義なく契約に基づく義務を肯定できるが、約款に記載されていなくても契約内容に包含されると解する余地がある。これを否定するとしても、死体放置が社会通念上許容されるとは認め難いので、条理上の義務としても十分に肯定可能である。

条理としても十分に肯定可能である。

このような論理によって被告人に死体監護引渡義務を認めれば、義務違反の違法行為につき民法上の不法行為が成立することになる。しかし、この義務を以て不作為死体遺棄罪の根拠たる刑法上の作為義務を肯定することには、なお問題がある。それは義務の相手方・法益の主体という問題であり、この問題は要扶助者遺棄罪と死体遺棄罪とが法益を異にすることから生じるものである。

前述した死体監護引渡義務は遺族に対して負うものであり⁴⁵、義務違反は遺族の個人法益に対する侵害を内容としている。これに対して、死体遺棄罪の法益は社会法益であるから、その不作為犯を根拠付ける作為義務は社会に対して負うものであり、義務違反は社会法益に対する侵害と評価されるものである。遺族に対する義務・遺族の権利に対する侵害が直ちに同時に社会に対する義務・社会法益に対する侵害になる訳ではなく、両者を直結させることは義務の相手方・法益の主体が異なることを無視する明白な論理飛躍である。

要扶助者遺棄罪に社会法益を認める見解を採用するなら要扶助者に関する義務から生じた死体に関する義務を直ちに社会に対する義務と解することも不可能ではないが、要扶助者遺棄罪は純粋な個人法益犯罪であると解する今日の通説的理解を前提とする限りそのような論理は採用できない⁴⁶。逆に、死体遺棄罪に遺族の個人法益を認めるなら個人法益侵害としての不作為死体遺棄罪が成立するという理解の余地があるが、同罪は純粋な社会法益犯罪であると解する今日の判例・通説の下でそのような論理を提示することはできない⁴⁷。

45 橋爪・前掲註 4 論文257頁、松尾・前掲註 4 論文83頁参照。

46 被害者死亡時期不明のため客観的行為が保護責任者遺棄（致死）罪か死体遺棄罪かの明確な特定ができなかった事案に関する札幌高判昭61・3・24高刑集39巻1号8頁の第一審・旭川地判昭60・8・23は、両罪間の符合を肯定して軽い後者の成立を認める際に、前者に社会法益を認める見解を前提としている。遠い昔ならともかく、今日では異説と評すべきものである。

47 大二刑判大4・6・24刑録21輯15巻886頁は死体領得罪が個人法益保護の趣旨で

勿論、死体占有者が遺族に対して負う義務に違反して死体引渡を行わないことによって遺族は社会に対する義務を履行できない状態に置かれ、結果的に葬祭不履行という社会法益侵害状態となることは明白である。しかし、この事態推移を根拠にして遺族の不作為を通じる社会法益侵害状態を死体占有者に帰責する論理は間接正犯構成に他ならず、それが現行刑法上採用できない論理であることは既に述べた。

このように、死体遺棄罪という社会法益犯罪の成立を認めるためには被告人自身が社会に対する義務を負うことの論証を要し、それは社会が要求する葬送の義務でしかあり得ない。遺族の個人法益を保全する内容の死体監護引渡義務は、社会に対する義務を導くものではなく、同罪成立の根拠になり得ない。

そして、葬送は原則的に親族固有の義務であるから、非親族が当該義務を負うのは、親族との合意に基づいて義務履行に係る行為を受託した場合に限られる筈である。例えば、葬儀業者が遺族からの依頼に基づいて死体を保管する場合、遺族の葬送義務に対する履行補助が契約内容に含まれている。故に、葬儀業者が建物外で死体を受領した後に屋内収容も納棺もすることなく屋外に放置したなら、遺族に対する義務の不履行と共に社会法益を侵害する不作為であると評価できるので、不作為死体遺棄罪の成立は肯定可能である。

しかし、加江田塾ミイラ事件において、遺族と被告人との間で葬送義務の履行に関する合意は存在しない。控訴審判決の論じる死体監護引渡義務は、遺族に対する義務に留まり、社会に対する義務であるとは認められないから、不作為死体遺棄罪の根拠になり得ない。控訴審判決の法解釈は、義務の相手方・法益の主体に関する齟齬を看過した誤謬に陥っている。

更に言えば、本件で被告人が負う義務は、遺族への死体引渡で完了する

ない旨を明言しており、これに反対する学説は見当たらない。「葬送の自由」が人権であると論じて葬送を純粹に個人の権利と位置付ける主張もあるが、現行法解釈論としては成立し得ない。

ものではない。それは、本件が通常の病院における患者死亡の場面と全く異なるからである。病院では担当医師が死亡診断書を作成して死体と共に遺族に引き渡すことで病院側の法的義務履行は完了するが、本件死体については死亡診断書が存在しない。故に、本件死体に対する適法な措置のためには検視・死体検案を要するから、まず警察の関与が必須である。従って、死体所在場所を占有する被告人は当然に公務員への申告を要する。この義務を履行することなく警察の関与がないまま被告人が死体を遺族に引き渡すなら軽犯罪法 1 条 19 号の死体現場変更罪が問題になり、遺族がそのまま葬送を遂行するなら刑法 192 条の変死者密葬罪が問題になる。この点からも、本件被告人には死体不申告罪の成立を認めるべきである。

IV 結 語

以上の通り加江田塾ミイラ事件における刑事宗教法上の問題について検討したが、批判の余地は多々あると推測される。刑事宗教法という分野を認めない見解によれば、法学を論じているとは認識されないであろう。外国文献依存症患者から見れば、日本刑法解釈を論じながらドイツ刑法に関するドイツ人研究者の所説を引用しない本稿は研究の名に値しないと評されるであろう。それでも、日本法解釈・日本司法に幾許かの寄与になることを念じる次第である。

(令元・9・14稿)