

原田保先生報告「墓地埋葬法と刑法」

1 序説

【刑法と法益】

愛知学院大学の原田です。刑法を中心にして、話をしていきます。レジュメはA3を2枚折にして、A4で8ページになります。

最初に、刑法でどのようなものが規定されているのかですが、各則24章が、(不明)として188条から192条まで規定されています。内容は罪名を見れば、大体見当が付くかと思えますので、省略いたします。刑法の趣旨として、犯罪類型というのは、何かの利益を守るために罰則を設けるのだという考え方で、法益と呼ばれますけれども、現在、刑法では、一般に個人法益、社会法益、国家法益の3分類が行われております。

各則24章については、従前から「国民の宗教的感情という社会法益である」と説明されてきました。ただし192条だけは別です。これは犯罪史の可能性を想定して、捜査対象を特定するための国家法益保護の行政犯であると一般に理解されております。軽犯も同様に記載しています。

ところが近年では、葬送は実際に宗教と相当に結びついているものだけれども、概念としては別物だという考え方がだいぶ有力になってきております。法益に関しても、最近出た教科書では、「国民の宗教的感情」という言葉を使わず、「死者に対する公衆の敬虔感情」や、「死者の尊厳・平穏」といった言葉で説明する文献がだいぶ増えてきております。いずれも通説的な見解になるだろうと推測されます。

このように、従前は弔いイコール宗教という捉え方が一般的だったのですが、区別する流れになってきています。しかし、いずれにしても遺族などの個人法益ではなく、社会法益でありますから、遺族もこれらの犯罪の主体となりえます。

ここで、葬送あるいは葬祭の義務ということが論じられておりまして、この義務に違反して、親族の死体を放ったらかしにした場合は、不作為による死体遺棄罪であるということが昔からいろいろと認められてきました。ただ、最近はちょっと怪しくなっている危険はあるのですが。

不作為で処罰するためには、「やらなければいけない」という法的義務が論証されなければいけないのですが、法律の明文規定はありません。どこから持ってくるのかは必ずしもはっきりしません。民法の祭祀承継から持ってくる考え方もあるかもしれませんが、「それがおおよそ人の道でしょう。情義です」という話の可能性もあります。どの本を見ても、「親族にとっては当たり前だ」という前提だけになっております。

【葬送と罰則】

さて、主題である墓埋法です。内容はご承知と思いますので、ざっと飛ばしますが、罰則の話にご関心があるということでしたので、とりあえず相談件数だけ、件数を調べてきまし

た。レジユメの7ページに、過去69年分の『統計年報』から数字を拾ってきました。

起訴された人数。それから不起訴処分になった人数です。おおむね被疑者として、捜査対象になった人数とほぼイコールと捉えていいかと思います。大まかな流れとしてはだいぶ減ってきているのですが、ただ、平成5年に異常な数字が出ておりまして、これが何なのか、まだ調べがついておりません。これは人数ですから、例えば一つの団体に関して、関係者全員を包括したりすると膨大な数になります。この年は不起訴がこれだけありますが、ほとんどは起訴猶予ですから、検察官は犯罪成立すると判断したということと言えます。

平成29年のデータは、多分今日は公表されていると思います。レジユメを作った時点では、まだ分かりませんでしたので、とりあえず単純集計と年平均を下に書いておきました。これをどう分析するのか、私の現在の能力を超えますので、とりあえず数字の報告だけにしておきます。

さて、罰則に関しては、20条、21条、22条ですが、10条違反の無許可の墓地など、それから19条に規定された改善命令等々に違反した場合は、懲役もありですが、それ以外の違反については罰金だけという形になっております。なお、行旅死亡人などに関わる話で、9条では埋葬・火葬を行う者がいなかったら、「市町村長がやれ」と書いてあるのですが、この義務の違反に対する罰則規定は、墓理法にはありません。これは刑法の190条が適用されるという理解でよろしいかと思われます。

行旅死亡人、似たような話を書いてあります。あと刑事施設という話も、人数はそう多くはないのですが、刑務所では毎年百何十人の人が受刑者のまま死んでいます。多いときは300人近いです。中には引き取り手のいない死体もあります。そのような場合は、墓理法9条は適用しないで、「施設長が埋葬火葬を行うものとする」と書いてあります。少年院、少年鑑別所についても同様です。法務省令の施行規則を見ますと、「施設長が管理または使用する墓地」という文言が出てきます。実際に刑務所で独自にきちんと許可を得て、持っている所もあるそうです。

ただ、ちょっと驚いたのですが、婦人補導院に関しては、被収容者の埋葬・火葬の規定がありません。ですが、省令の方を見ますと、「施設長が葬儀をやれ」と書いてありまして、葬儀義務を規定しているものはこれだけです。葬儀の上で、仮埋葬。施設自体の埋葬場所の規定がありませんから、一時的にとということだと思えます。どうしてこのような違いになっているかは、残念ながら私には分かりません。

あとは、さらに特殊な場面として、船員法で、船長の水葬権限が規定されております。ただ、火葬埋葬は定義規定が墓理法にあるのですが、水葬については定義規定がありません。なぜかはよく分かりませんが、ひょっとしたら疑義になるのかもしれない。

船員法施行規則で、水葬の条件、方法等々について、規制がありまして、これに違反した場合の罰則があります。水葬権限は、当然、条件によっては船長が義務を負うわけですが、それ自体についての罰則はないので、その辺りも刑法190条を適用するという趣旨であると理解できます。この船員法執行規則の中でも、5条で、後ろに括弧書きにしていますが、

「儀礼を行え」と書いてありまして、ここは注目しておいていいかと思います。

このような法令、葬送法規という名前を勝手に付けましたが、「葬」という文字を付けて、死体の取り扱いについて規定しています。これが葬祭や葬送などと言われる行動です。当然ながら墓埋法にも書いてあるように、公衆衛生という配慮があるにしても、ドブネズミの死体とは違います。人の死体は丁重に葬られなければならないという社会的な要請があるということが、見て取れるであろうと思われま

【埋葬の義務】

ところが、そのような葬送を誰が行うのか、あるいはどのようなことを行うべきなのかの具体的な明文規定がありません。刑務所や船などの特殊な場面では、「誰々が」ということが書いてありますが、大部分の普通の死者については、「親族が当然弔いをするはずだ」という前提で、あとは、やり方の規制をするというだけの形になっております。

これは刑法のとこに申しあげました、「刑法上の作為義務がある」と言いながら、根拠がどうもはっきりしないというところ

です。昔は当たり前だという理解で、そのまましているということであろうと思います。このよう

なところから、必然的に明文規定がないですから、慣習や風俗、社会通念という社会規範を持ち出すしかないのですが、いかにも不明確で、内容がはっきりいたしません。また地域差も考えられますし、時期的に変遷してくることももちろんあります。このような事情をうかがわせる事例も実際にあるのですが、長くなりますから、そこは省略します。

従前、ここ百何十年かで、多くの人

がやってきた事柄、これは社会通念、風俗と言え

でしょうが、それを前提にして葬送法規は作られているという現状です。このように、今まで多くの人

2 刑法と墓埋法—規制対照物の範囲

【遺骨】

2ページに行きます。刑法と墓埋法の比較の関係で、まず行為の対象、規制の対象となる物、どのようなものが挙げられているか、ざっと書きました。定義規定があるものは、墳墓と墓地について、墓埋法に書いてあるだけです。「死体」という言葉は、これは最も基本になる事柄ですが、定義はありません。人の死体だということが当然前提ということです。同じ言葉が死体解剖保存法にも書いてありますし、臓器移植法や刑事訴訟法などでも出てきますが、定義がありません。

「遺骨」について大審院判例がありまして、「遺骨とは死者の祭祀・記念のために保存し、または保存すべき骨である」。火葬場の残留骨は遺骨ではないので、それを領得しても、遺骨領得罪にはならないと言った高山火葬場事件の判例です。これをどの教科書も引用して、通説的な見解と認められます。今のところはっきり言えることはこれだけです。

あとは問題になりそうなところは、ざっと挙げましたが、死亡胎児が刑法には書いてありません。軽犯罪法には書いてあるのですが、刑法には書いていないというおかしな状態になっております。判例によりますと、「人の形を備えていれば刑法 190 条の死体になる」という言い方をしています。

事案としては全て妊娠 4 か月を超えたものばかりなので、墓埋法ではご承知のとおり、「4 か月以上の死亡胎児を含む」と書いてあります。具体的なそごは生じておりませんが、概念としては完璧一致ではありませんので、ずれる問題が必然的に生じてきます。

それから 2 番目、学術研究の対象とされる死体や骨ですが、刑法の教科書を見ますと、190 条に規定された死体保持には該当しないと書いてあります。墓埋法ではちょっと微妙でして、昭和 20 年代に県からの問い合わせに対する回答として発せられているのですが、この話をしておきますね。死体解剖保存法で、「医学部および病院では個別の許可なく保存できますが、それ以外で保存する場合には、個別に知事の許可が必要」ということになっています。その許可を得て、保存していたものを廃棄するときはどうしましょうかという問い合わせがありまして、当時の厚生省は「墓埋法に従って、埋葬火葬にしろ」と回答をしています。

これに若干、関連するのですが、死体解剖保存法の適用対象という話で、文化財保護法に基づいて、埋蔵文化財扱いされる人骨については、死体解剖保存法の適用対象になりません。つまり、許可なく保存していいという話です。「それでよろしいでしょうか」と、文化財保護委員会の方から照会がありまして、当時の厚生省は「その解釈で結構です」と回答しています。

それから、それ以外の昔の死体や骨が出てきた場合にするかという話で、これも幾つかの教科書で、「そんなのは刑法 190 条の対象にならない」と書いてあるものもありますが、墓埋法の運用に関して、新潟県でしたか、実際に道路工事をやっていたら非常に昔の骨が出

てきたという事案がありました。それに対して、当然どこの誰だか分からない、死亡届などはあるわけないし、死亡診断書はこのような骨何本かだけで死体検分をしますかという話ですけれども。これに関しては、発見の状況を細かく聞いて、調査した上で、埋葬火葬許可証に代わる書面を市町村で発行しなさいと回答しています。ですから、ちょっと無理はありますが、やはり「墓埋法の規定に従って吊いなさい」ということが厚生労働省の考えだと見ることができると思います。

【遺灰】

それから4番目です。粉末化した遺灰と呼ばれるものでございます。書いてある教科書は、それほどないのですが、これも遺骨の一種で、当然190条の対象になることが刑法では普通の理解になると思われまます。

古い、刑法学者の泉二新熊さん、司法官僚だった方で、刑法学者でもある、私たちの業界では有名な人です。この人の教科書で、刑法典には「遺灰」という言葉がないです。遺骨というと、ぱっと見て、骨だと分かるものばかりだという解釈の可能性があります。「それはけしからん」。ですから、「遺灰ということを明記した方がいい」と言っています。

ところが、某行政官の阿部泰隆さんお一人が、「骨だと識別できなければ、刑法の遺骨には該当しない」と明言しておられます。一部の撒骨業者はこれを援用しています。遺骨でなくなったら便所で流しても遺骨遺棄罪にならないはずですし、あした撒骨しようと思っている遺族から奪っても遺骨領得罪にはならないはずですけども、その結論でいいと考えているのか、そこまで考えていないのかは、私には分かりません。いずれにしても全くありえない論外の妄説でございます。このようなことを援用する撒骨業者がいることが重大な問題だと思えます。墓埋法の適用上、どうなるかについては分かりませんが、多分やはり遺骨扱いでしょう。高山火葬場事件判例と、墓埋法の対象をそろえることが厚生賞の考え方のようですから、当然、これも墓埋法の対象でないと考えられます。

【火葬残留骨】

それから、近年非常に問題になる火葬場残留骨ですが、先ほどから言っています、高山火葬場事件では、ご承知のとおり、火葬場の処分に委ねた、当時のその会社ではそうになっているときは、遺骨概念から外れると言っています。従って、売ったり買ったりしても、遺骨領得法にはなりません。これは通説的にも認められております。

その後、昭和初期の判例で、火葬場職員がかじった行為に対して、財産問題になった事例がございます。254条です。これは占有離脱物横領なのですけれども、この判例の中で、大審院は、直接的には骨灰に混ざっている金歯くずが動機です。金歯くずが混ざった骨灰全体の領得は犯罪事実として訴追されています。大審院が言うには、「遺族が所有権を留保しているなら遺族の所有物だが、放棄したのであれば、これは火葬場経営者の所有物になる」と明言しています。そうすると、財産犯罪の対象になりうる話になってきます。

これがいろいろと問題が生じるわけですね。厚生省では、この高山火葬場事件で言っている遺骨概念をそのまま墓埋法の焼骨の規制対象に使っております。ですが、残った骨について

は、幾つか調査がありますが、合葬の墓、正規の墳墓を持ち、入れる所もあります。墓地ということにはなっていないけれども、「遺骨の保存場所です」という形で、事実上、限りなく墳墓なのですが、礼拝の可能な形で、みんな入れてしまうということをやっている所がかなりあるようです。法律上の墓地墳墓ではないけれども、事実上、ほぼ墓地・墳墓だという、ちょっと妙な状態になっております。

廃棄物としてはどうなのだということですが、環境省の見解によると、これは中日新聞の記者さんから聞いた話ですが、問い合わせたところ、「火葬場から廃棄物が出るという認識はしていない」ということだそうです。従いまして、全て適用対象外であるというのが、現在の環境省の理解だそうです。

財産犯罪はどうなるかという話もありますが、これは問題がそれてしまいますので、省略いたします。このような占有離脱では対象物ありませんので、刑法 190 条の遺骨には当たらない、でも墓埋法では葬らなければいけないという話になりますと、墓地でない所にこっそりと埋めたら無罪です。遺骨遺棄ではありませんから。けれども、「葬った」と言える行動をとると、墓埋法違反で有罪になります。墓標を立てたら有罪です。スコップでたたいて、分からなくしたら無罪です。という、理路整然とした、どうにもおかしい結論になるわけです。

私はこれをととても納得できないわけです。墓埋法の対象にするということは、詰まるところ、葬送の対象にするわけですから、だったら刑法 190 条に該当しないと、おかしいだろうというのが、私の個人的な意見です。このように整合性を持たせた方がいいのではなかろうかと思えます。

また、学術研究対象については、刑法 190 条から外すことが、大半の教科書に書いてあるのですが、厚労省の方では、「もし廃棄するのだったら、墓埋法で手続きを取りなさい」と言っているわけですから、だとしたら、私の昔の論文では、「葬送が放棄された」という表現にしたのですが、本当に放棄されているのでしょうか。むしろ留保されていると考えた方がいいのではなかろうかと、今、考えています。

即身仏・ミイラについても同様ですが、文化財だったら、多分廃棄は想定しないとは思いますが、葬送の放棄と言ってしまっているのかどうか、留保という概念を使った方がいいような気もするということが、私の今の悩みの一つでございます。

また残留骨は刑法 190 条の対象にはならない、墓埋法の対象にはならない、このような骨が大量に毎日あちらこちらで出るわけですが、「これは何なんだ」という話になります。現状ではただの「物」です。財産的価値を認めれば、財物になります。取引・処分が自由です。それでいいのかという問題提議が、あちらこちらで起こっていることは、ご承知のことだと思いますから省略します。

火葬場の実務として、やはり残留遺骨を保存しているという現状があるし、売っていることに対して、市民から激しい抗議があつて、売ることをやめた所もあります。売ることは昭和初期にもやっているのです。そのようなことを見ると、社会の実態としては、やはり「た

だの物とは違う」と多くの人が考えているのでしょう。

それで、私が勝手に作った言葉ですが、「準葬送対象物」や「葬送対象近似物」というべき概念範疇は、この社会には現実に存在しているのではないのでしょうか。だとしたら、これに対応できるような法制度が必要になってくるだろうということを問題として、提起しなければいけないと思います。

3 処罰対象行為の範囲

【埋火葬】

急いで3ページ目に行きますが、どのような行為が、どの犯罪になるのかという話です。刑法の通説的な論理としまして、「犯罪とは、犯罪構成要件に該当する違法かつ有責な行為である」と定義されます。まず、さまざまな法律で、「何々したものは、これこれに処する」と刑罰が規定してあります。この行為類型を犯罪構成要件と言いますが、これに当てはまるかどうかは第一段階の判断です。当てはまれば原則有罪ですが、正当防衛や法令で加えるなど書いてあるものは例外的に許される場合、これは違法性阻却です。「違法性阻却事由があれば、構成要件該当でも無罪になる」このような論理になるのです。

まず行為を、埋葬火葬に当たる行為、それ以外の行為に分類します。埋葬火葬については、墓理法の規制にきちんと適合する行為、違反する点のある行為というように、三つに分類できようかと思えます。

墓理法の規制に適合する埋葬火葬、そのようなものは犯罪になるだけでもう分かり切った話ですが。墓理法の規制に違反する埋葬火葬は、墓理法違反罪が成立します。しかし、埋葬火葬と言えない行為になりますと、墓理法違反の構成要件は「規制に違反する埋葬火葬」ですから、埋葬火葬でないのだったら墓理法の判断になるはずがないです。そうすると、それらは専ら刑法190条の死体遺棄や器物損壊などの犯罪の問題ということになってきます。よくある事案ですが、人殺しが証拠隠滅のために被害者の死体をこっそり埋めた場合ですが、これは無許可埋葬罪とは言いません。これは単純に死体遺棄罪です。

【墓理法違反】

それに対して、墓理法違反の刑事事件は判例集に載っているものが3件しかないのですが、その貴重な1件が、1番、東金簡易裁判所の判例です。これは墓理法に関わる話がありますので、ちょっと詳しくに言います。

この事例は、被告人は既婚女性です。年齢は分かりません。夫が急死しました。この夫婦はいわゆる分家です。自分の所の墓地を持っていませんでした。それで本家に電話をしました。「本家の墓地に埋葬させてください」と言いまして、夫の兄の嫁が電話で対応しまして、「ああ、いいですよ」と言われたので、役所では「その墓地に葬る」という埋葬許可をもらってきました。

ところが、その晩になって、本家から電話がかかってきて、「やっぱりだめだ」と、いきなり断られたのです。理由が、宗派が違うことが、まず一つです。本家の墓地は真言宗

寺院の墓地ですが、被告人方は前の年に日蓮教宗に改宗して、創価学会に加入しています。当時厚生省は「宗派が違ったら拒絶していい」と言っていました。「お寺から文句を言われたら困るので」ということが理由の一つです。それから、「本家の墓に分家は受け入れていない」という、この二つの理由で断られてしまいました。でも埋葬許可証をもらっていますし、さて、「さあ、どうしよう」と大変困りました。仕方がないので、自宅敷地内の山林に葬って、きちんと墓標を立てました。これがポイントだと思います。これが墓地外埋葬罪で起訴されました。墓埋法違反です。結論は、実は「無罪」です。その理由が、墓埋法違反の構成要件該当行為が違法だということは認めているのですが、「他に葬る場所がなかった」「適法行為がおよそ期待できない状況だった」ということで、超法規的、例外的に、責任阻却、無罪という結論です。

背景事情として、昭和30年代ですが、創価学会に対する寺院の埋葬拒絶はかなり社会問題化しつつあった時期でもありますし、それから判決の中で触れられているのですが、多くの方が、「墓埋法なんて法律を知らん」と。「法律を知らないといったって、有罪にできるよ」と刑法38条3項で書いてはいるのですが、「役所が周知させようと努力した形跡もない」。ここの地区の共同墓地は満杯です。他に葬れる場所がどこにあるのか、知りようがないです。実は、無許可墓地がそこら中にあっただけです。

このような状態で、周知措置も取らず、いきなり処罰といったら、これは国に対する信頼を著しく損ねる行動だと、裁判官はかなり厳しく言っております。ちなみに、このおばあちゃんが起訴されてから、ここでは、「あれ、いけないんだって」とみんな驚いて、墓地の許可申請が続出して、ちょっと困ったという話もあったのだそうです。

ごめんなさい。合葬が具体的には書いていません。新聞記事を探しても、新聞記事にも載っていないのです。ですから、現時点では具体的に特定はできません。これは、判例集に載っている事案です。裁判所の刑事判例集に載っています。「きちんと周知させろ」と裁判所が言ったということは、かなり重く捉えるべき事案だろうと、ちょっと長くなりましたが、ご紹介させていただいた次第です。

このように、埋葬火葬と認められるかどうか、それともただの死体遺棄か、どのように区別するのだろうかといったら、やはり誰にも言っていないのですが、「ここにこの人を葬りました」ということが、はたから分かる公然性がポイントになるのでしょうか。殺人犯人の死体遺棄は、分からないようにしますね。

ですから逆に言うと、立派な墓標を立てたら墓地埋葬法罪であって、死体遺棄ではないということになるかと思いますが、そのようなことをする殺人犯は普通いませんから、そこはあまり気にしなくてもいいかもしれませんが、構成要件要素を指摘するべきだろうなということ、今、考えています。

【埋火葬と違法性阻却】

それから2番目の問題です。墓埋法に完璧に適合する埋葬火葬、これは刑法190条の罪にもなりません。全く当たり前の話ですが、非常に困ったことに、刑法の教科書、注釈書を見

ましても、無罪の理由がはっきり書いてありません。大体このような話を真剣に論じている刑法研究者はほとんどいない状態でありますから、ほぼ必然です。

考え方として、言葉としては、火葬は損壊です。けれども、刑法で禁止する損壊という違法性請求を受ける行為ではない、あるいは、埋めることもおうちに帰ってしまうから、遺棄と、言葉としては言われるのですが、犯罪としての「損壊」「遺棄」には該当しない、構成要件に該当しないから無罪なのだという考え方と、刑法 190 条の死体の損壊・遺棄という構成要件には該当するけれども、墓埋法で「やれ」と言っているから法令の基づく行為として違法性阻却だという考え方があります。これも、『大コンメンタール』ではこのような解釈になっています。違法性阻却をいうのだったら、法律の明文規定に必ずしもよることなく、社会的相当行為という話も可能ではありますが、そのような文献は見当たりません。

それから一部の見解では、埋葬は構成要件に該当しない、火葬は構成要件に該当の違法性阻却だと区別する見解もあります。私自身の見解からいいますと、構成要件該当行為といったら、原則的に禁止される違法性推定を受ける行為ですから、普通に行われている埋葬行為や火葬に、法益侵害性があるかといいますが、私は全くないと考えます。社会が「そうしろ」「そうするものだ」とみんなが認めていることをやるわけですから、これは法益保全行為であって、侵害行為とはおおよそ言えないです。そのようなことを構成要件該当行為だというのは著しく不合理だと私は考えます。社会通念に適合する埋葬火葬、水葬も含めてですが、そうであれば構成要件には該当しないと考えるべきだと、私は考えます。

埋葬火葬を区別するとすると、もう土葬原則思想でございますから、最後に言いますが、これをいい加減にやれよ、と私は考えております。

それから墓埋法違反の埋葬火葬は、併せて刑法 190 条の罪になるかどうかですが、これもほとんど書いていないのですが、構成要件に該当しないという②の点で考えるならば、基準は社会通念適合性でありますから、社会通念に適合する埋葬火葬である限り、「墓地外であった」「たまたま許可をもらう前にやっちゃった」でなくても、社会通念適合性に違反するわけではありませんから、刑法の罪にはならないと解していいだろうと思います。

ところが墓埋法という実定法を根拠にする違法性阻却説ですと、墓埋法に違反があったら、墓埋法上違法ですから、では違法性は阻却されないだろうという結論になると考えられます。『大コンメンタール』を見ますと、岩村修二さん、当時刑事局検事ですが、墓埋法との関係は書いていないのですが、船員法違反の罪との関係では二罪関連適用だと言っています。私は納得できません。法益として重なり合いで共通点がありますから、これで二つの犯罪といたら、同一犯罪についての二重評価という問題が生じてくると、私は考えますので、これには私としては賛同できません。

それから最後、「埋葬火葬に当たらない行為をどうするのか」です。一般論としては、損壊、遺棄、領得であれば 190 条の構成要件に該当し、例えば法令に基づいて死体解剖や臓器移植のための取り出しということであると、違法性阻却で無罪です。このようなものがなければ、当然 190 条の罪が成立することになります。

【遺体遺棄罪と葬法】

損壊、遺棄、領得に当てはまらない行為であれば、構成要件に該当しえませんが、直ちに無罪です。ただ、「やっていいですよ」とおおよそ言えない行為も無罪になります。実際に事例が何件かありますが、女性の死体に対する姦淫行為、それから着衣はく奪全裸の死体を転がしておいたなど、非常にけしからん行為ですが、無罪になります。

これは実際に判例がありまして、山の中で若い女性を殺して、身元を分からなくするために服を全部脱がして、全裸にして転がしておいて、そのまま山を下りたという犯人がおります。この人は犯罪を山のようにやっていまして、死刑を宣告され、さらに無期懲役も宣告されたという人ですが、この件の死体遺棄罪だけは無罪とされています。

ちなみに、この人は同じような事件をもう1件やっていまして、やはり女性を山の中で殺して、全裸にして、転がして、ただ窪地に放り込んで、上から枯れ枝や枯れ葉をかけたという部分については、死体遺棄罪が成立ということです。つまり、発見を困難にしたのです。そのような話だと、死体隠匿と死体遺棄はどう違うのでしょうか。

昔は区別していたのですが、今は事実上、死体遺棄罪とされている事件のほとんどが死体隠匿です。改正刑法では隠匿という言葉も別に規定することを提案されておりますし、さらに死姦などの死体に対する凌辱行為も処罰対象に加えるという提案がなされていますが、いまだに改正されていないままに至っております。

これには一般論としても、いろいろと議論の余地があります。葬送という名称で遂行される場合にはどうなるか、これも先ほどの②の議論がそのまま反映することになります。社会通念に適合するのだったら、刑法190条には当たりません。違法性阻却説をとると、何しろ墓埋法でも全然規定されていない行動ですから、このようなものに墓埋法による拘束力はありえませんが、撒骨はもちろん、手元供養も全部犯罪という素晴らしい結論になります。私はそれがいいと言っているわけではないです。

ただ、社会通念適合性といいますと、「その社会通念をどうやって判断するのか」という大変困難な問題に遭遇します。確実なやり方としては、実定法を基準にします。実定法に書いてあるということは、社会通念適合ということが法的に確認されているのだと言えます。逆に「それ以外はだめよ」という解釈もありえるでしょう。しかし、社会通念とはまさに社会通念なのであって、実定法に拘束されるいわれはないだろうとも考えられます。そうすると、結局よく分からないグレーゾーンになります。埋葬、火葬、水葬以外でも、社会通念に適合するという判断によって、構成要件に該当しないと判断をする余地も出てくると考えられます。これは、いわゆる新たな葬法に関わる話で、次のページになります。

4 伝統的葬法と異なる新たな葬送行為

【新たな葬法】

新たな葬法、いろいろなものができております。合葬墓や、昨日今日、見学させていたでいる樹木葬は、基本的に墓埋法の範囲内ということです。無理やりいちゃもんをつけま

すと、木を植えて周囲半径1メートル以内で、「それを墳墓というか」といちゃもんをつける人がいるかもしれません。墓埋法では、「施設」と書いていますから、「施設といったら、人工的構造物だろう」といちゃもんをつける人がいるかもしれませんが、昔ながらの土饅も、あれも墳墓ですからね。あれでも施設でいいでしょう。ですから、半径1メートル範囲は墳墓だという理解で、その部分を掘ったら、従って墳墓発掘罪となり、ちょっと外れたら無罪ということになろうかと思われま

す。あとは送骨になると、インターネットでお申し込み、カード払いで宅配と、お手軽にやれるわけですが、墓埋法は、もちろんそのような取り扱いを全然想定していないので、これがいいのかどうかについては、相当問題があります。送られた寺院の方では、概して伝統的葬法で、合葬でしている所が多いようですから、その範囲では法律上の問題にはならないかと思われま

す。それから遺骨仏、一心寺が有名でございますが、私は論文で遺骨仏の話を書きましたが、一部の文献で「江戸時代からやっている」「ニカワを使う」などと書いてあったので、そのとおりに書いたのですが、先日一心寺に行きまして、執事をやっていらっしゃる僧侶の方からお話を聞いてきましたら、始まったのは明治時代だそうです。そのときに江戸時代から納骨された骨を使ったということだそうです。それから接着のためには、明治時代には、ふのりを使ったそうです。今はセメントを使っているということでした。

何しろ10年に1度しかやっていないので、約20万の骨が納骨されます。1人当たり、耳かき1杯分程度を取り分けて、それにセメントを混ぜて、仏師の方が約1年がかりで成形するということだそうです。残りの骨はというと、遺骨仏を置いてある建物は「納骨堂」ときちんと表示されていまして、正規の納骨堂ですが、その地下に巨大な空間があるそうでして、残りの骨は全部そこに収蔵しているという話でございました。実際に確認はしていませんが、執事からはそのようなお話でした。

このように成形する話は、もちろん墓埋法の中には全然書いていないわけですが、これだけを話しても随分時間がたってしまいますね。結論的には、私は全く問題にしないでいいと考えています。

ところがゼロ葬となりますと、火葬場で完全焼却をしてくれる所もありますし、それから火葬場で遺族が「これ、要らん」と言ったら、「ああ、そうですか」と言う所もありますし。一部には、「そんなこと言わずに、一部でもいいから持って帰れ」と言う所もあるそうでして、ばらばらのようでございます。

撒骨、骨を保持しない、保存しないということは、墓埋法は全然想定していませんし、手元供養といって、生活領域内に留めて使うことも、墓埋法は全然想定していません。宇宙葬がありますが、本当に越えてしまうわけですし、人工衛星に乗せて回しているものもありますし、成層圏からばらまくという宇宙葬もございます。これは確認しています。というちょっと驚く話がいっぱいあります。

特に手元供養のいろいろな商品が開発されています。先日テレビで見たところでいいま

すと、遺骨真珠が開発されました。養殖真珠の核として、遺骨を使うそうでして、20%ほどしかうまくできないそうです。実際商品化する場合には1割弱で、かなり減りますが、それよりもちょっと多いのです。まだ確認をしていませんが、8割程度はうまくいかないわけですが、うまくいかなかった部分の骨はどうしているのでしょうか。これはちょっと気になるところです。場合によっては犯罪の可能性もありえるかと考えています。

国の法律は全く存在しません。一部の自治体で規制条例が作られておりますが、私は、条例制定には必ずしも全面的にもろ手を挙げて賛成はできません。というのは、「ここではだめよ」という規制をすると、それはすなわち「他はいいですよ」と許容することになります。国の法規違反として、一般的に許容されているという前提がなければ、条例による禁止は成り立ちえないのかもしれませんが。ここは行政の分野に関わってきますけれども、ちょっと深入りすると、いろいろと厄介な問題が出てきますので、やめておきます。条例については、逆に国としては撒骨を適法としているのだという根拠に使われかねないという点で、若干、私は危惧を覚えております。

葬儀業界誌を見ますと、来るべき団塊世代大量死にわくわくし、もう空前のビジネスチャンスとして、どのようにして利益を上げるかという意向がはっきり見て取れます。特に撒骨および手元供養のセット商品も販売されております。「こんなに売上を伸ばした所がある」というような話が業界誌に書いてありまして、壮烈な市場獲得競争になっております。

また人々は伝統的葬法を避ける傾向がだんだん増えてきて、難しいということもありますし、負担したくない、墓など嫌だと考えるなど、いろいろでございます。このように増えつつあることが現状です。

【撒骨】

しかし刑法 190 条、遺骨遺棄、遺骨領得等々の成立可能性は全然検討されていません。有罪の可能性があるので、どんどん流布しています。業者はもちろんですが、撒骨クルーズに仏教僧侶が同乗する例も珍しくはありません。私が確認したところでは、神社が自ら撒骨をやっている所が一つあります。「いいのかな」なのですが。

次の②です。私はこれが最大の問題だと考えています。平成 3 年、1991 年 10 月、「葬送の自由をすすめる会」が初めて公然撒骨をやりまして、記者会見で公表し、記者たちが法務省および厚生省に照会をかけました。このときの成り行きを、私は「適法評価偽装」という名前を、あえて付けております。

当時の世論調査によると、「撒骨いいですよ」という人が 2 割少し、「だめだ」という人が 56% でした。当時の世論からすると、撒骨を認める社会通念があるとはとても言えない状態です。この状態で撒骨をやり、法務官僚が新聞記者に答えました。後日、『月刊住職』の記者が取材して、もっと詳しく書いています。『月刊住職』の記事を見ますと、「参事官」と名乗っていますが、名前は出していません。『月刊住職』はさらに厚生省にも取材に行っていて、対応した厚生官僚は、地位、職名、氏名を全て公表しています。法務官僚は名前だけは出しません。それで「公式見解です」と明言しています。だからむちゃくちゃなのです。

が。

翌日の朝刊では、『朝日』と『読売』に出ました。『毎日』はなぜか朝刊には出ていません。なぜかなということが私には経緯は分かりませんが、夕刊で、しかも大阪本社版です。東京本社版には出ていないのです。何らかの判断があったのかと推測するのですが。

朝刊の第一報の二つを比べますと、封筒の中に資料を入れておきましたので、ご参照ください。二つ折りにしております。色刷りもので、『朝日新聞』のデータベースから取ってきたものです。

見出しの第一が「法務省は認めた」という話ですね。「法務省が認めた」という話を主題にして、『朝日』は報道しています。『読売』は「散骨が行われました」。どこに着目するかが明らかに違ってきます。「公式見解」と書いて、報道した所は『朝日』だけです。コピーの赤線は私が付けたものであります。

他の中で、その日の夕刊で、なぜ大阪本社が夕刊で記事にしたのかはよく分かりませんが、どうも法務省の態度がかなり大阪本社では気になったようでして、別途また問い合わせをやった様子がかがわれます。朝刊の第一報とは少し違う内容のコメントが掲載されていますから、さらに改めて聞いたのだというように推測されます。他の記事は大体請け売りでございまして、同じリソースに基づいて書いたものだと考えられます。

これを受けて、「葬送の自由をすすめる会」では、「国が公認したぞ」と言って、あちらこちらで喧伝いたしました。現在、撒骨を推進する団体、業者はみんな「法務省が認めた」ということを根拠にして、「全く法律の問題はありません」と自信満々に言っています。多くの人は、それを信じております。

ですが、これはうそが流布された恐ろしい例だと思います。約20年前、平成9年6月に、いわゆる酒鬼薔薇聖斗が逮捕されたとき、平成9年の後半から平成10年にかけて、あらゆるマスメディアが、あらゆるという言葉は不正確ですが、ほとんどのマスメディアは、「少年犯罪が未曾有の激増、凶悪化」という大キャンペーンをやりましたが、全くうそです。当時は激減していました。そのときに一時的に少し増えただけです。

ですが、少年犯罪の記事の件数は未曾有の激増です。私はちょっと数を調べましたが、普段の10倍を超える数の記事が報道されています。このような記事を見たら、「事件発生が増えている」と勘違いすることは当たり前です。少年法改正のための世論づくりが明らかでした。それと似たような現象が平成3年に起こっていたというのが私の認識です。

法務官僚の発言は、まず「法務省の公式見解」が大うそです。法務省にはこのようなことを決める権限はありません。刑法190条をどうするかという法解釈を決める所は、裁判所です。今のような照会制度もありませんし、法務省はそもそも発言権が全然ありません。

「事実上の」「非公式の」などと言うにしても、「法務省の見解だ」と言うのだったら、法務官僚たちが、この解釈に同意しているという事実が必要なはずですが、この話を刑法学者が言わないから知られていないのですが、先ほど配った資料の三つ目の下、右に少しずらして印刷していたものが、法務省見解なるものが出た、平成3年10月の1か月前に発行され

た本です。『大コンメンタール刑法』。日本で一番詳しい注釈書です。

この本で刑法 190 条の部分を担当した人が、当時法務省刑事局付検事です。同じ部署です。書いてある内容は、法務省見解とは違います。「節度がある」「適法だ」などという言葉は一言も出てきません。過去の文献を引用して、「そのままだとまずいかもね」「灰だったらいいかもね」程度の当たり障りのないことを書いています。

つまり、法務省の見解が本当に存在していたのだったら、法務省刑事局付検事はそのまま「節度があれば、適法です。これが法務省の見解です」と書かなければおかしいです。あえて違うことを書く理由はありません。同じ記述がないのはなぜか。法務省の見解などは存在しなかったからです。これだけで十分に証明されます。大うそです。

それから、これを開いていただきますと、もっと衝撃的な話になるのですが。これは『産経新聞』がやっている終活本からのコピーです。この終活本の編集部が法務省に問い合わせをしています。「1991 年 10 月のコメントは有効なんですか」と問い合わせをしたところ、3 段目の赤線で囲った部分です。応答した法務官僚は、「そんな見解出したことはありません」と回答しています。

つまり『朝日新聞』、他の新聞もそうですが、明らかに誤報です。だまされて誤報したのです。ところが、この記事を見ても、大誤報であった、だまされたという深刻な事態として捉える様子が全然見受けられません。ちょっと能天気かなという気がしないではありません。これは本当に組織的にうそがばらまかれた重大な事態として捉えていかななくてはいけないと思われま

す。法務官僚は「撒骨はどうです」などとはもちろん言わないですが、それを言う権限がないから言わないだけです。ところが撒骨推進論者は、「反対意見が出なかったぞ」「これは認めているんだ」という言い方をしています。権限ということが全く分かっていないから、このように混乱しているのもっと深刻に捉えなければいけないだろうと思われま

す。裏は『中日新聞』のコピーですが、一番下に赤線で囲みましたが。「撒骨、遺骨遺棄罪になりますか」という問い合わせに対して、「法務省の公式見解はありません」とはっきり答えています。

ということで、もう、大うそがばらまかれました。この犯人が誰なのかを私は知りません。職員録を見ますと、当時の刑事局の参事官は4名です。『大コンメンタール』を書いている岩村修二さんは、12月に異動で参事官になっています。この中の誰かでしょうか。

「葬送の自由をすすめる会」の安田さんは、元々は『朝日新聞』に勤務していましたから、これが『朝日新聞』が妙に突出した記事になった原因になっているかもしれません。これは、ただの憶測でございます。可能性を実は否定できないと思います。

現在、色々な世論調査をやると、昔よりは撒骨肯定派も増えているのです。5ページに行きます。私はこれを虚構の社会通念だと考えています。みんな法務省が認めたと言っているから「ああ、いいんだ」「考える必要はない」と思考放棄に陥っているだけです。真実を知ったら、考えを変える可能性があります。

それで実は、授業で学生に試してみました。最初は何も言わないで、「刑法 190 条の解釈問題ですよ」と言って、「あなたはどう考えますか」、それから「国はどのような考え方をとっていると思いますか」という無記名アンケートを取りました。

そのあと、授業が終わるときに論述課題を出すのですが、「撒骨についてどう評価するべきか、自分の考えを書きなさい」。その前に、先ほどのこの資料を見せて、学生には、「法務官僚一人の個人的見解に、法務省の見解というその名前が付いて、流れたのですよ」と説明をして、最後に意見を書いてもらって、アンケートの数字と対比してみると、想像を超える変化がございました。

「無条件で認めるべきだ」と言っていた人が 10 人から 2 人に減り、「全面禁止しろ」という意見が 5 人から 12 人に増えました。ただ、これは最終評価の対象になりますので、「原田はどうも迎合してきたな」というような印象もあり、減少した可能性がありますので、これをそのまま額面どおりに受け取ることは危険だということは、自分でも分かっていますけれども。

でも日本に住んでいる人たち一般でも、似たような傾向が出てくる可能性は否定できないだろうとしたら、今の時点でどう考えるかということ「社会通念だ」といって、これを法適用の前提にすることは危ないと、私は思います。従って、まずもって、「法務省が認めたという話がうそだ」ということをみんなに周知されなければいけないと私は考えるに至った次第です。

ですので、学術以外に、ホームページ、ブログでも、ぐちゃぐちゃとしようのないことをいろいろと書いて、封筒の中にも入れてきました。どれだけの人が読んでくれるか分かりませんが、「国が認めた」という事実は存在しないのだということを正しく知った上で、それでも「撒骨いいでしょう」と考えるのかどうかです。場合によっては「起訴されても構わん、確信犯だ」と言ってやるのでしょうか。真剣に考えた上で、社会通念を模索していくが必要があると思います。

【手元供養】

ただ、「考えろ」と言っても困るので、何をどう考えるのか。当然ながら、業者が言っている「粉末化しなさい」「海にしましよう」などという話ではなく、そもそも「まく」ことがいいのでしょうか。それから手元供養だと、そもそも手元に留めておくことがいいのでしょうか。使っていいのかという根本問題です。

伝統的葬法は完璧に適法なはずですので、これがどのような要素を持っているのかという分析です。昔から追慕および拒絶の二面性があると言われておりますが、さらに公然性という要素も必要だろうと私は考えます。

伝統的葬法はそれをきちんと備えているわけですが、撒骨となりますと、追慕行為は全くありません。アメリカ軍が東条英機さんの骨を太平洋に捨てたことと、何も変わりません。あちらに某宗教団体教祖の骨をまくと言っている人がいるようですが、これもおよそ追慕、葬祭祀には絶対になりませんから、もしやったら完璧に遺骨遺棄罪になると私は確信して

います。犯罪遂行の費用を国が出すと言っているのですが、とんでもない、めちやくちやな話だと思います。

逆に手元供養をすると拒絶が全くないです。本人はどちらもいいかもしれませんが、よく言われている話で、撒骨をされると、他の人たちはどこに行ってお参りすればいいのか分からなくなって困ります。親族間でトラブルというのは、よく聞く話です。

それから手元供養にしても、骨に対して手を合わせたいと思っている人が、墓がなくて、「骨、どこにあるの」「ああ、ばあさんがペンダントで下げてるよ」と言ったら、おばあさんの家に行かなくてはいけないわけです。非常に困難になります。

また、拒絶が妨げられる危険性もあります。「骨、ここら辺にまかれてるんだって」ということに対して、拒絶感を覚える人はあります。海にまいても、「この海峡、骨が漂ってんだよな」ということに嫌悪感を覚える人はありえるでしょう。また、カロートペンダントは、知っている人は、「中に遺体の骨が入っているんだな。このばあちゃん、じいちゃんの骨、ぶら下げて歩いてるんだな」という人がすぐ横にいる満員電車になりますと、多分、不快感を覚える人もいるでしょう。

もちろん、そのような個人の感情が、直ちに違法評価を根拠付けるわけではなくて、問題は社会法益ですから、「その程度は我慢しなさいよ」ということなのか、それは刑罰をもってしても抑止しないといけないような公衆の感情に対する侵害と言えるのかどうか、これを検討すべきです。

【検討課題】

特に手元供養、撒骨は他者への配慮がまるっきり欠落しています。これが私事化です。別の言い方をしますと、私物化です。人はさまざまな人との関わりを持って、生きていたわけですので、関わり合いを持っていた人が、今後はその人のいなくなった世界で生きることを余儀なくされます。その切り替えをどうするかが問題ですので、一般にグリーフケアなどいいまして、大事な人が死んでしまいました、そのあとも、という話で語られることが多いですが、「嫌い」「憎しみ」も人間関係の一つです。

殺人事件の被害者遺族が、犯人の死刑執行を知って、大喜び歓喜という感想を私は聞いたことがないです。むしろ憎む相手がいなくなったことに対する喪失感を抱く被害者遺族の例も報告されています。犯罪被害者支援をひたすら犯人処罰しか考えていない人は、このようなケアはまるきり想定外ですが、人が死んだときに、周りの人に対して、どうするかに関しては、憎んでいた人が死んだ場合も一つの問題でしょう。墓があれば、墓の前で罵倒ができますからね。公然とやったら礼拝所不敬罪かもしれませんが。それも関わりの一つだと思います。

それで、撒骨がいいか悪いかきちんと検討しましょうと私は言いたいのです。適法が偽装を行われたことに鑑み、有罪説を仮説的に作りました。これはいずれホームページに載せて、適応説には、これに反論してみろ、反論できなければだめ、とやろうかなと思っています。

時間が来ましたので、最後に結語ですが、立法措置がどうしても必要です。価値観の多様

化などと言われて久しいわけですが、社会通念とは法律上の概念として、結論を分ける要素として使われている言葉なので、内容としては、大多数の人と同じように考えているという話です。価値観が多様化すると、これが縮小し、いずれは消滅していきます。

そうすると、事実上は裁判官の専権事項で、法解釈としてやるわけですが、裁判官が好き放題の判断をしても、「それはおかしい」と言えなくなってしまう危険があります。力を持つ者の判断を批判する方法が失われます。ですから価値観の多様化は、私は必ずしも歓迎することだとは思っていません。変えてもいいのですが、どう変えていいのか、本当に変えていいのかということを、きちんと検討しなければいけません。

撒骨の適法評価偽装のように、「いいと決まってるんだ」という結論を押し付けることは、絶対にやめるべきだと思っています。現在の墓理法を一部改正するのか、全面的な葬送法にするのか、いずれにしても新たな方法として、規制がないから行政違反もなしですので、全くのやりたい放題です。法律を論じる前に、もうおかしいはずです。

検討事項としては、社会法益に対する罪となっている各則 24 章を維持するのか、それとも純粋に遺族の個人法益に変えてしまうのか。具体的にいうと、「死体」という言葉の前に「他人の」という言葉を付け加えるということです。そうすれば、自分が所有する死体は何をやってもよろしいということになります。食べても、それは墓理法では禁止規定ありません。それがいいかどうか、きちんと考えてくださいということです。

それから葬送と宗教。これは切り離さないと仕方ないでしょうか。墓理法の目的で、宗教的感情という言葉を使っています。昔はそれでよかったのですが、今はちょっとそれでいいのか検討を要するだろうと思っています。土葬原則論は、いい加減にやめましょう。それから火葬場残留骨をただの「物」だということも、社会の実態からすると、やはりちょっと抜け落ちているところがあると私は考えます。事実上火葬場で保管していますが、これはきちんと法制度の対象に組み入れるべきなのではないでしょうか。

それから、誰がやるのか。先ほども話題になっていますが、「誰ができるのか」という話でもあり、「誰がやらなければならないのか」という話でもあり、「他人に譲れるのか」、委託はできるにしても、譲れるものかどうか、放棄できるものかどうか。これも非常に怪しくなってきましたから、もう法律で書かなければしょうがないでしょう。

絶対にやるべき事柄、何があってもやっちはいけない事柄があり、その中間で本人が選べる事柄や条件があるでしょう。これは法律にもういいかげんに書かなくてはだめだろうなと、私としては考えています。もうだいぶ時間が過ぎてしまいました。これにて（不明）。