

〔判例研究〕

## 瑞源寺仏具刀剣事件

名古屋高金沢判昭27・6・20高刑集5巻9号1459頁（昭27（う）19）

原 田 保

### I 序言

本件は、仏教寺院で仏具として所持されていた日本刀につき、当該寺院の住職が刀剣類不法所持罪で起訴されて罰金および日本刀没収という刑を科された事例である<sup>1</sup>。本稿筆者はかつて刑事宗教法に関する研究として本件判例評釈執筆の機会を頂いた<sup>2</sup>が、その際には紙数制約もあったため、評釈の主眼である宗教法と直接的関係のない諸問題への論及を避けることとした。

しかし、本件における宗教法以外の諸問題もかなり重大なものと評し得るところであり、その放置が許されるとは考え難い。それ故、前稿で割愛した問題を含め、本稿で改めて本件の検討を行うこととした次第である。論述上やむを得ず前稿と重複する部分も少なからずあるが、予め御容赦を頂きたい。

---

1 田口守一ほか編『寺社をめぐる刑事判例（下級審篇）』愛知学院大学宗教法制研究所紀要28号（昭56）12頁「寺院仏具としての刀剣所持の違法性」は表題付記出典判例集の再録である。

2 原田保「寺院仏具としての刀剣所持」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）16頁。

## II 銃砲刀剣類規制立法の沿革

本件に関して論じる前に、まず関係法令の制定経緯および内容を概観しておく<sup>3</sup>。

明治維新から第二次世界大戦敗戦までの日本において、銃砲刀剣類の規制は主に「授受」「携帯」等に対するものであり、刀剣の単なる「所持」は規制対象外であった。そのため、一般民家に日本刀が存在することも特に異常な事態ではなかった。

これに大変革を加えたのは、第二次世界大戦直後の占領軍である。日本が昭和20年8月にポツダム宣言を受諾して降伏した後、同年9月に「帝国憲法第八条第一項ニ依り「ポツダム」宣言ノ受諾ニ伴ヒ発スル命令ニ関スル件」(昭20勅542・官報号外(同年9月2日)1頁=全書同年同月勅13頁)<sup>4</sup>が制定された。同勅令は、占領統治・国家主権制限の下で、連合国最高司令官の要求を実施するため必要である場合に命令を以て所要事項を規定すると共に罰則を設けることを、日本政府の権限とするものであった<sup>5</sup>。憲法上の法律事項であっても帝国議会・国会の審議を要せず政府による立法が可能になるのであるからナチス・ドイツの「授権法」と類似するものであるが、同勅令は現行憲法施行後も昭和27年4月の講和条約発効による

---

3 小暮豊作(槇野勇監修)『銃砲刀剣類等所持取締令の解説』(港出版合作社、昭26)12頁~20頁、関根広文『改正銃砲刀剣類等所持取締令の解説』(警察図書出版、昭30)10頁~13頁、西川清次=加山文雄『銃砲刀剣類等所持取締法の解説』(警察図書出版、昭33)6頁~10頁、木宮高彦『特別刑法詳解第一巻危険物』(日本評論社、昭36)3頁~4頁、中島治康『銃砲刀剣類等の取締り(改訂増補版)』(警察時報社、昭56)16頁~18頁、米澤慶治『銃砲刀剣類所持等取締法』(平野龍一ほか編『注解特別刑法第6巻危険物編』I、青林書院、昭61)1頁~7頁、伊藤榮樹ほか編『注解特別刑法第七巻公害法・危険物法編』(立花書房、昭62)377頁~380頁(阿部純二・北野通世)、谷直樹『銃砲刀剣類に関する戦後の規制の変遷』警察学論集48巻8号(平7)131頁、132頁~136頁、法務総合研究所『改訂銃砲刀剣類所持等取締法』(法務総合研究所、平24)1頁~5頁(加藤昭)等参照。本稿論題との関係が薄い事項は省略する。

4 現代法制資料編纂会編『戦後占領下法令集』(国書刊行会、昭59)21頁。

5 命令の意義や法定刑制約等の詳細については、煩瑣回避のため省略する。

「ポツダム宣言の受諾に伴い発する命令に関する件の廃止に関する法律」（昭27法81・官報7577号（同年4月11日）1頁＝全書同年4月法21頁）<sup>6</sup>の施行まで存続し、現行憲法施行前後を通じて多数の勅令・政令がこの昭20勅542に依拠して制定された。所謂「ポツダム勅令」「ポツダム政令」であり、本件で適用された法令もその一例である。本稿ではこれらの制定根拠とされた昭20勅542を「授権勅令」と表記する。

占領開始後、連合国最高司令官は、占領への反抗を未然防止するため、昭和20年9月～10月に一連の命令<sup>7</sup>を発し、民間保有の武器を悉く回収して引渡すことを要求した。本稿ではこれを「刀狩り命令」と表記する。日本政府は、この要求を実施するため、授権勅令に依拠して、昭和21年6月に「銃砲等所持禁止令」（昭21勅300・官報5813号（同年6月3日）9頁＝全書同年同月勅3頁）<sup>8</sup>を制定した。同禁止令は、1条で除外事由不該当の銃砲刀剣類所持を禁止し、2条で違反行為に対して3年以下の懲役・禁錮または5000円以下の罰金を規定すると共に裁判または行政処分による没収を規定していた。こうして、明治維新以後初めて刀剣類の「所持」自体が原則的に禁止されることになった。同禁止令に規制基準規定はなかったが、同禁止令3条に基づいて制定された「銃砲等所持禁止令施行規則」（昭21内務省令28・官報5825号（同年6月17日）105頁＝全書同年同月省令2頁）<sup>9</sup>が1条3号で刃渡り15cm以上という刀剣類規制基準を規定していた。

昭21禁止令の施行から約11ヶ月を経た昭和22年5月に現行憲法が施行されることとなり、帝国憲法下で制定された各種法令の有効性・存廃に関する検討が必要となった。帝国議会は、現行憲法施行直前の昭和22年4月に「日本国憲法施行の際現に効力を有する命令の規定の効力等に関する法律」

6 現代法制資料編纂会編・前掲註4書26頁。

7 昭和20年9月2日「民間武器引渡準備命令」、同年同月24日「民間武器回収命令」、同年10月29日「民間武器引渡命令」。

8 現代法制資料編纂会編・前掲註4書453頁。

9 同規則は、更に、許可手続違反に対する罰則をも規定していた。

(昭22法72・官報6076号(同年4月18日)174頁＝全書同年同月法106頁)<sup>10</sup>を制定し、1条で現行憲法上の法律事項を規定する命令は同年12月31日まで法律と同一の効力を有するものと規定した。現行憲法上の法律事項につき同年内の法律制定を予定する趣旨は明白である。ところが、現行憲法施行後の国会は、その期限到来直前に同法の改正法(昭22法244・官報6288号(同年12月29日)1頁＝全書同年同月法219頁)を制定して1条の2を追加し、1条の規定は授権勅令に依拠する命令の効力に影響を及ぼさないものとした。これによって、現行憲法上の法律事項たる罰則を規定する昭21禁止令は、勅令という法形式を持たない現行憲法の施行後も、期限の限定なく有効とされることとなった。

その後、連合国最高司令官は、昭和25年5月の指令<sup>11</sup>により刀狩り命令を廃止して爾後の銃砲刀剣類規制を日本政府の責任に委ねることとした。これは、刀狩り命令の目的が達成されたとの認識に基づき、昭和26年に調印される講和条約を見越した措置である。日本政府は、この指令を受け、やはり授権勅令に依拠して、昭和25年11月に「銃砲刀剣類等所持取締令」(昭25政334・官報7155号(同年11月15日)195頁＝全書同年同月政18頁)<sup>12</sup>を制定した。同取締令は、1条で刀剣類規制基準を刃渡り15cm以上と規定し、2条で除外事由不該当の銃砲刀剣類所持を禁止し、26条で違反行為に対して3年以下の懲役または5万円以下の罰金を規定していた。

昭25取締令制定の前提として予定されていた講和条約の発効による主権回復は連合国最高司令官の超憲法的権力の消滅であるから、これによって現行憲法は文字通り「最高法規」となる。故に、連合国最高司令官の要求に応じるため授権勅令に依拠して制定された法令は制定根拠を失うので、現行憲法に適合する立法を要することになる。国会は、前記の昭27法81で授権勅令廃止を講じる前に「ポツダム宣言の受諾に伴い発する命令に関す

---

10 現代法制資料編纂会編・前掲註4書22頁。

11 昭和25年5月29日「日本国民間人所有の武器引渡に関する指令」。

12 現代法制資料編纂会編・前掲註4書453頁。

る件に基づく警察関係命令の措置に関する法律」（昭27法13・官報7565号（同年3月28日）1頁＝全書同年同月法17頁）を制定し、昭25取締令が講和条約発効による主権回復以後「法律」としての効力を有するものと規定した<sup>13</sup>。

そして、昭和27年4月の講和条約発効による沖縄・小笠原切り捨て主権回復から6年後の昭和33年に「銃砲刀剣類等所持取締法」（昭33法6）が制定された。これが現行法であり、表題中「等所持」から「所持等」への変更を含めた多数次の改正を経て今日に至っている。

これらの法令による所持規制の内容は、いずれも幾つかの「除外事由」を規定すると共に「除外事由不該当の所持」を禁止して違反行為に対する刑罰を規定するものであり、不法所持罪の構造は一貫して同一である。故に、本判例は今日なお判例としての意義を担い続けていると評価できる。

尤も、昭21禁止令と昭25取締令との間には軽視し得ない相違がある。それは、昭21禁止令で選択刑として規定されていた「禁錮」が昭25取締令に規定されていない点である。禁錮は非破廉恥罪に対する刑であり、故意犯においては確信犯を対象とする。故に、昭21禁止令は占領への抵抗という政治犯を想定していたが昭和25取締令はこの想定を行わない、という方針変更があったと認められる。保護法益という観点から見れば、昭21禁止令の不法所持罪は占領軍将兵の安全や占領統治の円滑を含めていたが、昭25取締令の不法所持罪は専ら日本国の社会的安全のみであり、法益の内容に変化があったと理解される<sup>14</sup>。

いずれにせよ、日本は銃砲刀剣類所持の原則的禁止という敗戦直後の方針を維持して世界屈指の厳格な規制を行い続けているものの、除外事由の

13 授権勅令を廃止した昭27法81は授権勅令に依拠して制定された法令につき法律による存続・廃止の措置がなければ授権勅令廃止から180日間に限り法律としての効力を有する旨を規定していたが、昭25取締令は存続措置が執られたのでこの期限の適用を受けない。

14 昭21禁止令につき、最一小判昭24・5・6刑集3巻6号869頁。昭25取締令につき、最大判昭33・2・12刑集12巻2号209頁。両者の対比につき、伊藤ほか編・前掲註3書379頁（阿部・北野）、谷・前掲註3論文136頁、法務総合研究所・前掲註3書2頁～3頁（加藤）参照。

範囲は概して新法制定・改正の度に拡張されてきた。現行法4条1項7号には「祭礼等の年中行事に用いる刀剣類その他の刀剣類で所持することが一般の風俗慣習上やむを得ないと認められるもの」の所持許可規定がある。「祭礼」との規定は宗教活動を想定するものであり、「年中行事」云々は例示であるから、宗教活動としての葬儀も対象となり得る。故に、今日では神社・寺院において宗教活動上必要な刀剣所持について許可を求めることが可能である。

しかし、この除外事由は現行法で新設された類型である。昭21禁止令の除外事由は、法令に基づく職務の場合（1条但書）および有害鳥獣駆除・狩猟業者・美術品刀剣・産業用火薬（同条1号～4号）に関する許可を得た場合であった。昭25取締令でも、除外事由は、法令に基づく職務・公務員による試験等・狩猟等の許可・文化財等の登録（2条1号～4号）であり、若干の拡張があった<sup>15</sup>ものの、宗教活動を想定した規定はなく、その後2回に亘る同令改正でも宗教活動関係事項が規定されることはなかった。こうして、本件当時を含む昭和33年までは、宗教活動上必要な刀剣に適用できる所持許可規定がなかったため、許可を求めることすらできなかったのである。ここに本件における問題の根源があることを、予め指摘しておく。

### Ⅲ 事実および判旨

#### 1 事件概要

出典判例集によれば、本件刀剣に係る事実関係の概略は次のようなものである。

---

15 公務員による試験が追加された他、「美術品」から「文化財」への変更も除外事由拡張である。夕刊北国新聞（後掲註19）昭26・5・5夕2面によれば、石川県下で戦前3万振あった刀剣がこの頃5千振に減少して更に散逸傾向があったところ、刀剣が文化財になったことを契機に保存協会が発足した由である。

石川県鳳珠郡（当時は鳳至郡）穴水町所在の洞乗山瑞源寺（曹洞宗）<sup>16</sup>には住職に相伝される寺有の刀剣1振があったが、昭和4年の大火に類焼して焼失した<sup>17</sup>。その後、昭和19年頃に<sup>18</sup>、同寺の某檀家がその代替品として刀剣1振を寄進したので、同寺ではこれを受領して継続的に所持することとし、檀家での葬儀に際して魔除の仏具として使用していた。遺体安置の際に刀剣を添える慣習は特に珍しいものではなく、刀剣の「所持」を規制する法令は存在しなかったため、法的問題はなかった。

ところが、昭21禁止令の施行により刀剣の「所持」自体が禁止されることとなった。瑞源寺では、住職・檀家の協議に基づいて鍛冶職に依頼して当該刀剣を3身に分断し、従前通りの目的のために引き続き所持・使用することとした。

尤も、分断された3振のうち本件訴追に係る1振は刃渡り55cmであったので刃渡り15cm以上という所持禁止の対象から外れる訳ではなく、故に分断は法的に無意味であって、規制への対応がこのような措置に留まった理由は不明である。また、他の2振の刃渡りや所在も不明である。昭21禁止令施行の時点で警察が当該刀剣に関して何等かの対応を行ったか否かも不明であるが、少なくとも刑事立件を窺わせる事情は認められない。

16 同寺の沿革等については、堀由蔵編『大日本寺院総覧（下巻）』（大5、名著刊行会復刻、昭49）2111頁、長谷進編著『穴水町の集落史』（穴水町教育委員会、平4）150頁～152頁参照。

17 昭和4年4月16日朝に民家の失火があり、フェーン現象のため瞬時に火勢が強まって、穴水町川島地区をほぼ焼き尽くした。人的被害は軽傷数名に留まって奇跡的に死者はなかったが、建造物210棟の全焼に加えて大規模な森林火災も生じ、穴水町史に残る大火災となった。火元と川を挟んだ位置にあった瑞源寺も全焼し、住職（本件被告人）は開山像・仏像を抱えて猛火の中から避難することしかできず、他の宝物類は伽藍と共に全部焼失してしまった。長谷編著・前掲註16書93頁、橋本真「川島の大火」図説穴水町の歴史編纂委員会編『図説穴水町の歴史』（穴水町役場、平16）128頁参照。同129頁にはこの火災に関する北国新聞（後掲註19）記事の一部が掲載されている。

18 出典判例集に代替刀剣寄進・受領の時期は記載されていないが、本判例で認定された所持が「昭和19年頃から」であることから、これが寄進・受領の時期であると推測される。

## 2 捜査・訴追の経緯

その後、昭25取締令の施行から半年を経て、当該刀剣 1 振につき瑞源寺住職X（男・本件捜査当時53歳）が同取締令違反の刀剣類不法所持罪で起訴されたのが本件であるが、Xに対する捜査の端緒は刀剣と無関係である。以下、本件起訴に至る経緯の概略を述べる<sup>19</sup>。

Xは瑞源寺住職であると共に昭和22年4月の選挙で当選して穴水町町長の職にあったところ、昭和23年11月頃から町政等に関わる幾つかの問題で町長・町議会の間で深刻な対立が生じ、町長辞職勧告・町長不信任決議・町議会解散・再選挙・招集延期・喚議会・リコール・各種訴訟、という泥沼状態の紛争になった。この間、町政の殆どが町長専決という異常事態に陥り、同町は「政争の町」と呼ばれていた<sup>20</sup>。Xは、リコール成立後もその無効を主張して裁判で争い続けたため失職を免れて任期を全うすることとなり、昭和26年4月の次期町長選挙に再度立候補した<sup>21</sup>。Xの他に医師1名が立候補して選挙はこの2名の間で争われたが、医師当選・X落選の予測が有力であった<sup>22</sup>。

そして、昭和26年4月23日の投票が終了した翌24日の午前2時頃に、町役場別館階上の労政事務所で火災が発生した。直後に階下の消防署に延焼

---

19 出典判例集に捜査・訴追の経緯に関する記載はなく、本文Ⅲ2の記述は北国新聞（YB341）、夕刊北国新聞（YB481）、石川新聞（YB1565）に基づく。紙名の後の括弧書きは国会図書館所蔵マイクロフィルム請求記号である。北国新聞は昭和24年末まで「北国毎日新聞」であり夕刊北国新聞は昭和25年7月まで「北国夕刊」であるが、煩瑣回避のため本註冒頭記載紙名で表記する。夕刊北国新聞は翌日付けで発行されており、発行日は日付の前日である。記事引用の際、被告人実名の部分はXと表記する。

20 北国新聞昭24・12・11朝2面、同紙昭25・1・17朝1面、同紙昭26・5・5朝4面、夕刊北国新聞昭26・5・8夕2面等。町議会によるX排斥動向の一因として、Xが穴水町公安委員会委員長および同町役場職員を殴打して昭和24年11月30日に暴行罪で輪島簡易裁判所に起訴されたという事実もあるところ、本稿論題事件との併合審理ではないので、既に終局していたと推測される。その結論に関する情報は得ていないが、本稿論題判例に同事件への言及はなく、本稿論題とは無関係であるので、探究していない。

21 夕刊北国新聞昭26・5・8夕2面。

22 北国新聞昭26・4・14朝2面、同紙昭26・4・22朝4面。

して消防車が焼失したため消火困難に陥り、周辺町村からの応援を得て消火活動が行われたが、町役場本館・別館等の公庁舎に加えて近隣の新聞社や12棟の民家も全焼した。死傷者はなかったものの被害金額は約6000万円に上り、昭和4年の大火ほどではなかったが、軽視し得ない被害であった。しかし、町役場で保管中の投票箱は選挙管理委員会職員および警察官により全部搬出されて被災を免れた<sup>23</sup>。開票は予定通りに遂行され、結果は、大方の予想通り、医師当選・X落選であった<sup>24</sup>。

火災の原因については、出火状況に鑑み、当初から放火の嫌疑が濃厚であった。警察は、出火前後のXの不審な行動に関する複数の目撃情報等に基づき、Xが開票の妨害や町長在任中の不正行為に関する証拠隠滅を目的として放火したと推測し、Xに対して昭和26年5月5日に任意同行を求め、出火当時のアリバイの他、同日朝にX宅で発見された本件刀剣の所持経緯や他の刀剣の所在を含めて、取調を開始した<sup>25</sup>。Xは、放火罪を否認したが、放火罪および刀剣類不法所持罪の嫌疑で同日夜に逮捕令状を執行された<sup>26</sup>。その後、勾留手続を経て取調が続いたが、Xは否認を貫き、東京から国家地方警察本部の警察官も参加しながら、Xによる放火の確証は得られな

23 北国新聞昭26・4・24朝1面、夕刊北国新聞昭26・4・25夕2面。

24 北国新聞昭26・4・25朝1面。これに対してXは当選者側の選挙違反を主張した認められなかった。北国新聞昭27・5・7朝2面、同紙昭27・5・8朝3面、石川新聞昭26・5・7朝3面、同紙昭26・5・31朝2面等。

25 北国新聞昭26・5・6朝3面、夕刊北国新聞昭26・5・7夕2面、石川新聞昭26・5・7朝3面。刀剣発見は任意同行当日朝にX宅で行われた搜索の結果であるところ、この時点で刀剣類不法所持罪の嫌疑を窺わせる事情はないので、放火罪に関する搜索の際に偶然発見されたと推測されるが、逮捕前の搜索であり、搜索差押令状が先に執行されたのか任意捜査であったのかは不明である。そして、同日中に他の刀剣の所在を含めた取調の上で放火罪・刀剣類不法所持罪による逮捕令状が執行されているから、被告人は同日中に刀剣の受領・分断を供述したと推測される。また、本判例認定の所持は「昭和26年5月5日まで」であるから、同日中に差押または任意提出があったと認められる。差押なら適法性に疑義があるが、この点には論及しない。

26 北国新聞昭26・5・7朝2面、夕刊北国新聞昭26・5・7夕2面、石川新聞昭26・5・7朝3面。

かった。<sup>27</sup> Xの親族からは失火の主張も行われた。<sup>28</sup> そして、膠着状態のまま勾留期間が満了し、Xは昭和26年5月27日に釈放された。<sup>29</sup>

その後、昭和26年6月27日に、Xは本件刀剣1振に係る刀剣類不法所持罪1件のみで起訴され、放火罪については嫌疑不十分による不起訴となった。<sup>30</sup> このような経緯により、警察・検察の主目的は達成できず、副産物みのの訴追に終わったのが本件である。

### 3 判旨

第一審・輪島簡判昭26・12・10は、「被告人は法定の除外事由がないのに昭和一九年頃から昭和二十六年五月五日まで、刃渡り五十五センチメートルの日本刀一振（証第一号）を[住所略]の肩書自宅で所持していたものである」との犯罪事実を認定し、昭25取締令2条違反として、同取締令26条1項・罰金等臨時措置法2条に基づく罰金1000円・不完納労役場留置日額100円および刑法19条に基づく当該刀剣没収を宣告した。<sup>31</sup>

被告人側は控訴し、本件刀剣所持が昭25取締令2条1号に規定された除

---

27 北国新聞昭26・5・8朝3面、同紙昭26・5・9朝3面、昭26・5・11朝3面、同紙昭26・5・18朝3面、同紙昭26・5・26朝2面、同紙昭26・5・27朝3面、夕刊北国新聞昭26・5・8夕2面、同紙昭26・5・13夕2面、同紙昭26・5・24夕2面、石川新聞昭26・5・8朝2面、同紙昭26・5・11朝3面、同紙昭26・5・14朝2面、同紙昭26・5・27朝3面。

28 北国新聞昭26・5・11朝3面、石川新聞昭26・5・11朝3面。

29 北国新聞昭26・5・28朝2面、石川新聞昭26・5・28朝2面。本註北国新聞には日本刀1振の所持を起訴するとの検察官言明が記載され、放火罪については同紙昭26・5・29朝3面に「X氏にたいする起訴不起訴はさらにこんごの捜査にまたなければ決定できない」との捜査当局言明が記載されているので、処分保留であったと認められる。

30 夕刊北国新聞昭26・6・28夕2面。記事には他の刀剣2振への言及がないが、起訴されていないので嫌疑不十分であったと認められる。3振が1個の被疑事実なら1振の起訴があれば他の2振が嫌疑不十分でも不起訴処分の対象ではない。なお、本註夕刊北国新聞によれば起訴は罰金2000円の意見を付した略式命令請求であるが、当時の刑事訴訟法に被疑者の異議に関する461条の2は規定されていないので、X側意向は不明である。また、出典判例集には通常の第一審判決が参照掲載されているところ、略式手続不相当により通常手続となったのか、略式命令後の正式裁判であったのか、不明である。

31 亀甲書き引用者。

外事由「法令に基き職務のために所持するとき」に該当する旨および刑法35条により違法性阻却される旨を主張した<sup>32</sup>。しかし、控訴審・名古屋高金沢支判昭27・6・20は、被告人側主張を全面的に斥けて控訴を棄却した。刀剣所持の違法性に関する控訴審の説示は、次の通りである。

「銃砲等所持禁止令の後掲法たる銃砲刀剣類等所持取締令第二条列举の除外事由、特に第一号の「法令に基き職務のために所持するとき」の律意には所論の如き寺院が葬儀の魔除の仏具として刀剣類を所持する場合を含まないものと解すべきであり、且つ右法条但書の規定は銃砲刀剣類等の所持行為につきその違法性阻却の原由を列挙限定した規定というべきであるから、所論所持に刑法第三十五条を適用する余地がないものといわなければならない。」

被告人側は上告したが、本件は上告棄却により確定した<sup>33</sup>。なお、第一審判決は講和条約調印後・発効前の占領統治中であり、控訴審判決および上告審裁判は同条約発効により昭25取締令に「法律」としての効力が付与された後である。

## IV 検討

### 1 処罰対象行為の範囲

まず、本判例で認定された刀剣類不法所持罪の「始期」から生じる問題を論じる。被告人側が処罰対象行為の範囲という問題を論じた形跡は認められないが、第一審判決は「昭和19年頃から」の所持を昭25取締令による

---

32 控訴審判決によれば控訴趣意には事実に関する主張もあったと認められるが、具体的内容の記載がなく、検討不可能である。

33 本稿筆者が前稿執筆の際に輪島区検察庁に照会したところ、記録廃棄済・上告棄却により確定との御回答を頂いた。本稿執筆の際に再度同検察庁に照会したが、裁判の内容のみならず、法廷・裁判形式・宣告年月日も知り得ないとの御回答を頂いた。

処罰の対象たる犯罪事実として認定しており、控訴審判決もこの点に言及することなく第一審判決を維持している。このように、本判例では、適用罰則施行前の行為が処罰対象犯罪行為に含められており、部分的遡及処罰となっている。

時系列に沿って本件に対する法適用を論じると、昭和19年頃から行われていた適法な刀剣所持が、まず昭和21年6月15日に昭21禁止令が施行されて同禁止令の不法所持罪に該当するところとなり、次いでその所持継続中の昭和25年11月20日に昭25取締令が施行されて以後は同取締令の不法所持罪に該当することになる。新法制定の通例通り、新法昭25取締令には旧法昭21禁止令の廃止（附則2項）および旧法当時の違反行為に対する旧法適用（附則3項）が規定されているが、本件において旧法の不法所持罪に該当する行為と新法の不法所持罪に該当する行為とは客観的にも主観的にも分断のない単一の所持である<sup>34</sup>。

してみれば、本件は継続犯実行中の法改正であるから、改正前後に跨る継続的行為の全体が1個の新法適用対象行為であって旧法適用事案ではなく、刑法6条による新旧法軽重比較の問題でもない<sup>35</sup>。故に、昭25取締令による処罰の対象に昭21禁止令違反の部分を含めることは可能である。しかし、昭21禁止令施行前の昭和19年頃から昭和21年6月14日までの間は刀剣類の所持を処罰する法令が存在せず、同期間の所持は実行当時の法令に照らして罪とならない適法行為であるから、これを処罰対象とする論理は

34 本文Ⅱで指摘した通り昭21禁止令と昭25取締令との間に法益の相違が認められるものの、この点は別個の罪として扱うべき根拠になる事柄ではない。法定刑種の相違は禁錮の有無だけであって懲役・罰金は同じく規定されているので日本国の社会的安全という法益の存在は一貫していると解され、構成要件の構造は同一であるから、同じ継続犯に関する実行中の法改正であったと解するべきである。なお、当初は1振の所持であったものが分断により3振の所持に変化しているので、客体の同一性や罪数に関する議論の余地があり、他の2振が後に発見された場合の処理方法も問題となるが、この点については論及しない。

35 本件と同じく昭25取締令施行前後に跨る刀剣類不法所持罪につき、札幌高判昭26・7・5高判特18号39頁。刑法6条の適用範囲については、団藤重光編『注釈刑法（1）総則（1）』（有斐閣、昭39）30頁（団藤）、大塚仁ほか編『大コンメンタール刑法第三版』1巻（青林書院、平27）111頁～112頁（古田祐紀＝渡辺咲子）参照。

絶対にあり得ない。

起訴状・判決では、不法所持罪・不法携帯罪の犯行日時について捜査員が規制物件の所持・携帯を現認して差押または任意提出により被告人の所持・携帯が失われた「終期」のみを記載する例が多い。終期頃の所持・携帯が立証されれば不法所持罪・不法携帯罪の成立自体は認定できるので、敢えて始期を明示して立証する煩瑣は不要であるとの見解もあり得るが、犯罪事実の特定という点で不十分であって量刑事情たり得る犯行継続期間の認定という点でも疑問の余地がある。始期の明示がなかったため審判対象行為の範囲に関する疑義を生じて長期裁判となった例もある<sup>36</sup>。

本件では、検察官・裁判所の意図はともかく、不法所持罪の始期を記載したこと自体は適切であったと評価できる。しかし、その始期の特定に重大な問題が存在していたのである。本罪に関する取調の際に本件刀剣の入手経緯が質問されているので、被告人は昭和19年頃に檀家から寄進された旨を供述したと推測される。検察官は被告人の供述した寄進時期をそのまま不法所持罪始期として公訴事実に記載し、裁判所はこれをそのまま罪となるべき事実と認定したと認められるが、どちらにも法令施行時期との関係を看過するという重大な誤謬があったと判断せざるを得ない。

かようにして、罰則施行前の行為を処罰対象に含めたことは、明らかに罪刑法定主義違反の遡及処罰であって異論の余地なく現行憲法39条に違反する。部分的であるから犯罪成立自体への影響はないとしても、昭21禁止令施行前の行為を除けば不法所持期間は2～3割減少し、継続犯の犯行継

---

36 最二小決平16・2・16刑集58巻2号133頁では、ナイフの携帯を警察官が現認して差押を行った「終期」のみの記載を以て不法携帯罪の起訴が行われた後、公判で被告人側がホームレスの生活道具としての適法性を主張し、検察官が差押に先立つ示兇器脅迫罪を追起訴し、第一審が追起訴に係る公訴事実につき差押時点の適法な携帯とは別に不法携帯罪が成立すると判示したため審判対象行為の範囲に関して紛糾した。更に、控訴審が差戻を宣告したため控訴審の権限の範囲という問題も付加され、単純な事案であったにも拘らず法律論紛糾のために事件発生から裁判確定まで3年半を要するに至った。当初の起訴に際して不法携帯罪の「始期」が明示されていれば回避された筈の事態である。

続期間の長短は量刑に影響し得る事情である。爾後の動向・議論は不明であるが、この明白な憲法違反が看過されているなら、非常上告による是正を要するところである。

## 2 罰則の有効性

IIで述べたように昭21禁止令・昭25取締令には占領下の主権制限という特殊事情があるが、法規範としての有効性が検討不要となる訳ではない。

昭21禁止令は帝国憲法下で勅令として制定されたところ、勅令は大日本帝国の主権者たる天皇が発するものであり、帝国憲法8条1項で法律に代るべきものと位置付けられ、23条に規定された刑事上の保障も31条によって制約可能であった。それに加えて憲法を超越する連合国最高司令官の要求があり、昭21禁止令の罰則に疑問を提起する余地はない<sup>37</sup>。現行憲法施行後も、前記の昭22法72・同年法244により法律に基づく有効性維持があったと認め得る。

これに対して、昭25取締令は現行憲法施行後の政令であり、現行憲法下の政令は73条6号に基づき「憲法及び法律の規定を実施するため」に制定されるものであって政令に罰則を設けることができるのは同条同号但書により「特にその法律の委任がある場合」に限られる。昭25取締令の罰則は法律の委任なく規定された点で現行憲法に適合しないが、占領下にあった同取締令制定の時点では授權勅令に基づき憲法を超越する連合国最高司令官の要求を実施するための必要性も罰則制定根拠であり得たから、第一審判決当時の有効性はこの点を根拠とする他ない<sup>38</sup>。そして、国会が昭25取

---

37 最大判昭23・6・23刑集2巻7号722頁は、被告人側が授權勅令の無効を主張して昭21禁止令違反につき免訴判決を求めたのに対して、同禁止令の有効性を肯定して処罰を是認した。同判例評釈として、小野清一郎「新・旧憲法とポツダム宣言ノ受諾ニ伴ヒ発スル命令に関スル件及び銃砲等所持禁止令」警察研究21巻9号（昭25）65頁。同論文は、有効性肯定はまことにやむを得ない事情に基づく例外的立法形式としてのみ承認されるべきであるとの理解に基づき、判旨の広範な一般的有効性肯定の説示に批判的である。

38 小暮・前掲註3書18頁、124頁には、かかる論理の提示がある。

締令に講和条約発効以後「法律」としての効力を付与する法律を制定したのであるから、「政令」たる同取締令による処罰は爾後「法律」による処罰とみなされ、控訴審判決当時の有効性も肯定される。このように解すれば、罪刑法定主義違反・憲法違反はないことになる。

しかし、かかる理解には賛同できない。昭21禁止令の際に占領軍の刀狩り命令を実施するよう義務付けられていたのと異なり、昭25取締令の時点で刀狩り命令は廃止されて銃砲刀剣類規制は日本政府の責任に委ねられていた。特定分野だけでも占領軍の超憲法的権力からの解放を内容とする指示が日本憲法不適合の立法を根拠付ける「連合国最高司令官の要求」であり得る筈はない。銃砲刀剣類規制について授權勅令に依拠する立法の要件は存在しなかったのである。故に、罰則を規定するなら現行憲法に適合する「法律」以外の法形式はあり得ない。日本政府の責任に委ねるとの指示を受けて憲法不適合の立法を行うことは、日本政府の責任において憲法違反を犯すという言語に絶する事態を意味し、現行憲法99条の憲法尊重義務にも違反する。昭21禁止令で銃砲刀剣類と共に規制されていた火薬について同時期に「法律」が制定された<sup>39</sup>こととの対比を措いても、銃砲刀剣類について簡便な「ポツダム政令」の方法を採ったことは制定根拠不存在的の違法を看過する絶望的に安易な姿勢であったと評さざるを得ない。

このように、昭25取締令の罰則は、「法律」の委任によらない点において現行憲法に適合せず、かつ、現行憲法不適合の罰則制定を根拠付けるべき「連合国最高司令官の要求」が存在しない点において授權勅令に依拠する立法の前提が欠落しており、有効な制定根拠を見出すことができない。故に、制定の時点で無効と評価されるべきである。本件において、第一審判決はこのように無効な罰則による処罰という論外の違法判決である。控訴審判決は昭25取締令に法律としての効力が付与された後のものであるから有効な罰則による処罰と認めることも可能であるが、それは違法に制定

---

39 「火薬類取締法」（昭25法149）。現行法である。

された政令が後の法律によって制定上の瑕疵を治癒されたとの解釈を前提としなければならない。このような瑕疵治癒を肯定できるか否か、治癒の効果は制定時に遡及するのか、という検討を要するところである。

瑕疵が治癒されないなら、昭25取締令は無効のままである。昭25取締令が無効なら、その附則2項に規定された昭21禁止令廃止も無効であるから、昭21禁止令は廃止されていなかったことになる。しかし、占領軍の刀狩り命令が廃止された時点で、遅くとも授權勅令が廃止された時点で、昭21禁止令は制定根拠の消滅によって無効になったと解される。

被告人側が罰則の有効性を争った形跡は認められないが、本件行為を処罰する有効な罰則は存在しないという主張の余地は十分にあった。罰則の失効は刑の廃止の一場面である<sup>40</sup>から、昭25取締令は制定当初から無効であって昭21禁止令は刀狩り命令廃止または授權勅令廃止により失効したと解するなら、実体法上は昭21禁止令の不法所持罪成立が肯定されるが、刑事訴訟法337条2号に基づいて免訴を宣告するべきであったことになる。

### 3 刀剣所持の違法性

#### (1) 問題の所在

本件において、規制対象たる刀剣の所持があったこと自体は明白であるから、不法所持罪成立否定のためには、控訴趣意主張のように、「除外事由」または「刑法35条」を根拠とする他ない。

しかし、僧侶による寺院仏具としての刀剣所持が昭21禁止令・昭25取締令の除外事由に該当するとは認められない。主張された除外事由の文言に則して述べると、葬儀が僧侶の「職務」であるとしても、警察官のように「武器所持」に関する法令が存在しない限り「法令に基き」という要件に該当しないので、この除外事由の適用はあり得ない。

---

40 団藤編・前掲註35書35頁(団藤)、大塚ほか編・前掲註35書123頁～124頁(古田=渡辺)、平場安治ほか『注解刑事訴訟法中巻全訂新版』(青林書院、昭57)876頁(中武靖夫)参照。

故に、問題は除外事由以外の理由による適法評価の可能性如何であり、これを検討する際に除外事由の位置付けおよび列举の趣旨が論じられることになる。即ち、除外事由は消極的構成要件か違法性阻却事由か、および、列举の趣旨は限定列举か例示列举か、という議論であり、これは種々の規制物件に関する不法所持罪・不法携帯罪に共通する問題である。

## （２） 除外事由の位置付けおよび列举の趣旨

除外事由の位置付けについては、構成要件および違法性阻却事由の各趣旨に基づく検討を要する。そこで、構成要件は法益に対する当罰的侵害・危険を生じる行為の類型であり違法性阻却事由は当該法益に対する侵害・危険を他の正当優越利益の故に許容するものであると理解する限り、除外事由の位置付けはその内容が法益に対する当罰的侵害・危険の存在否定か他の正当優越利益の提示かにより判断されるべきである。そうすると、職務上の必要性等の除外事由は規制物件に係る危険の存在否定ではなく別の正当優越利益の提示であるから、違法性阻却事由と解されることになる<sup>41</sup>。判例・通説は必ずしも理由を明示してはいないが違法性阻却事由説を採用している<sup>42</sup>。これに対して、消極的構成要件説は公訴事実・罪となるべき事実に「法定の除外事由がないのに」と記載されることおよび法定犯であることを指摘する<sup>43</sup>が、これらが必然的根拠になるとは考え難い。

列举の趣旨は、形式論理的に位置付けとは別の問題として相互独立に論

41 これは、除外事由の内容に基づく個別的判断であり、除外事由という規定方法に関する一般的判断ではない。例えば、刃渡り等の規制基準は当罰的侵害・危険の程度を内容とすることが明白であるから、もしも規制基準が除外事由として規定されたなら、これは当然に消極的構成要件である。

42 最一小判昭24・3・10刑集3巻3号281頁は、昭21禁止令違反の犯罪事実認定方法について違法性阻却事由説に基づく判断を示している。同旨判例として最三小決昭31・12・15刑集10巻12号1701頁を引用する文献もあるが、この判例は昭30法51による昭25取締令改正が刑の廃止ではない旨を判示したものであって、除外事由の位置付けに関する説示はない。学説としては、木宮・前掲註3書70頁、伊藤ほか編・前掲註3書412頁（阿部・北野）、安西温『改訂特別刑法[1]』（警察時報社、平2）39頁。

43 米澤・前掲註3書46頁。

じることとも可能である。しかし、消極的構成要件の例示という解釈には、犯罪成立否定の根拠法条という点で問題がある。明記された除外事由との類似性から適法と評価する場合には当該除外事由の類推適用・準用として当該除外事由が法文上の根拠となるが、明記された除外事由と無関係な理由による所持を適法と評価する場合に明文根拠として摘示できるのは刑法総則の違法性阻却事由だけである。故に、消極的構成要件例示列举説は除外事由の類推適用・準用を許容する論理に留まると解するべきである。

かようにして、問題は除外事由不該当の所持が除外事由と無関係な理由によって違法性阻却され得るか否かである。除外事由が消極的構成要件であるなら、除外事由不該当による構成要件該当性認定の上で刑法総則による違法性阻却如何を検討することが当然の論理過程である。これに対して、除外事由が違法性阻却事由であるなら、列举の趣旨が例示列举か限定列举かにより結論が異なる。例示列举なら除外事由以外の理由に基づく刑法総則上の違法性阻却が可能であるが、限定列举ならそのような議論の余地はなく、その限度で刑法総則の違法性阻却事由が適用排除されることになる。

本件において、刑法35条を援用する被告人側主張は除外事由に該当しない所持の違法性阻却を主張するものであり、これを排斥した控訴審判決は違法性阻却事由限定列举説を明示している。直接的判示は刑法35条についてであるが、説示内容に鑑みれば刑法36条・37条を含めた刑法総則の違法性阻却事由を全面的に適用不可とするものと解される。

しかし、違法性阻却事由限定列举説は、文言および形式論理の点で不合理であり、実質的にも結論の妥当性を欠く。

列举の趣旨は規定毎に検討するべきものであって、当然に限定列举であるという論理的必然性は存在しない<sup>44</sup>。また、除外事由を規定する各種法令に刑法総則の適用を排除する「特別の規定」(刑法8条但書)はない。

---

44 例えば、脅迫罪における加害対象法益列举は限定列举、緊急避難における保全対象法益列举は例示列举、と解されている。罪刑法定主義に鑑みれば、犯罪成立要件の例示はあり得ないが、犯罪成立阻却要件なら例示もあり得る。

除外事由を以て直ちに刑法総則の違法性阻却規定を適用排除する特別規定と解することは、必然性を欠く論理飛躍である。故に、刑法総則に規定された犯罪成立阻却事由の適用を明文規定によることなく排除するならば、それは明文規定によらない処罰という罪刑法定主義違反をもたらすことになる。

結論の妥当性という観点からも、違法性阻却事由限定列举説には重大な欠陥がある。犯罪の捜査や裁判に際して警察・検察・裁判の職にある者が証拠物たる銃砲刀剣類を「所持」することは当然にあり得るところ、これは「武器所持」に関する法令の規定によるものではない。故に、かかる所持は、「法令に基づき職務のために」という除外事由に該当せず、刑事訴訟法に基づく法令行為として刑法35条による違法性阻却を認めるべきところである<sup>45</sup>。また、銃砲刀剣類で違法な攻撃を受けた者が被害回避のために攻撃者の銃砲刀剣類を奪取した場合には、その時点で被攻撃者は銃砲刀剣類を「所持」しており、これを適法と認めるためには刑法37条による緊急避難を論じる他ない<sup>46</sup>。違法性阻却事由限定列举説はこれらの場合に悉く不法所持罪成立を認めることになり、その不当性は論じるまでもなく明

45 関根・前掲註3書55頁～56頁、西川・前掲註3書63頁～64頁、木宮・前掲註3書79頁～80頁、中島・前掲註3書95頁～96頁、米澤・前掲註3書47頁、伊藤ほか編・前掲註3書412頁（阿部・北野）、安西・前掲註42書39頁、大塚尚（辻義之監修）『注釈銃砲刀剣類所持等取締法』（立花書房、平23）46頁参照。

46 安西・前掲註42書39頁はこの設例で正当防衛を論じているが、賛同できない。正当防衛は侵害者への反撃であり、設例中の侵害者は銃砲刀剣類による攻撃者である。攻撃者の占有に対する侵害は正当防衛たり得るが、不法所持罪の法益主体たる社会は侵害者でないから社会への反撃はあり得ず、故に同罪構成要件該当行為が正当防衛になる可能性は論理的に存在し得ない。名古屋高判昭26・6・20高刑判特27号116頁、伊藤ほか編・前掲註3書413頁（阿部・北野）にも「正当防衛の結果銃砲又は刀剣類を所持するに至った場合」との記述があり、酌量して刀剣を振り回す侵害者からの奪取のみに関する正当防衛なら問題ないが、不法所持罪に関する正当防衛を論じる趣旨なら賛同できない。大塚・前掲註45書47頁も正当業務行為・正当防衛・緊急避難による不法所持罪成立否定の可能性を一般的に肯定しているが、正当防衛は否定せざるを得ない。これは、刑法8条但書のような総則規定適用排除ではなく、正当防衛による許容が侵害者に生じた法益侵害のみであるという内在的限界である。なお、本註名古屋高判は被害回避のための刀剣奪取の後に当該刀剣の所持を継続する行為は違法である旨を判示したものであるが、この点については論及しない。

白である。

勿論、除外事由不該当の所持を具体的要件規定のない正当業務行為として許容することは法令または所轄官庁による正当優越利益の確認を経ない所持を許容することに他ならず、かかる論理の多用・濫用によって規制が「ザル法」になることは回避すべきである<sup>47</sup>。しかし、除外事由が規制物件の危険を凌駕する正当優越利益を完璧に網羅しているという保証はなく、前記例のように除外事由以外の正当優越利益は確実に存在するのであるから、そのような場合の適法評価を不可能にする論理を採用するべきではない。

よって、違法性阻却事由限定列举説は支持できず、同説を採用した控訴審判決は不当であると評さざるを得ない。加えて、本判例に先立って不法所持罪につき正当業務行為として違法性阻却される可能性を認めたと解し得る控訴審判例<sup>48</sup>があり、本判例はこれと相反すると評価し得る。被告人側が上告に際して判例違反を主張したか否かは定かでないが、少なくとも主張の余地は十分にあったと認めることができる。更に、本判例の後にも不法所持罪につき正当業務行為として違法性阻却される可能性を肯定する控訴審判例<sup>49</sup>があり、学説上も違法性阻却事由例示列举説が圧倒的な通説

---

47 例えば、雑踏で刀剣類を振り回したり規制薬物を使用して精神異常を惹起したりする行為を宗教活動あるいは芸術表現行為であるとの理由で違法性阻却するとの主張があるとしても、本稿筆者はこれに賛同する勇気を持ち合わせていない。弁護士行使としての違法性阻却を否定した判例として、札幌地判昭47・12・25判タ295号419頁。

48 大阪高判昭26・1・29高判特23号11頁。私人たる防犯委員の拳銃所持に関する正当業務行為の主張に対して、正当業務行為とは「法令又は一般の慣習上適当な業務の執行と認められる行為」と定義した上で、当該行為は「法令及び慣例上許される範囲を逸脱した」と認めて、不法所持罪成立を肯定した。

49 仙台高判昭29・10・26高判特1巻9号404頁。研磨を依頼された研師の刀剣所持につき、「研磨に必要と認められる相当期間所持することは、刑法第三十五条の正当の業務に因り為したる行為として乃至は銃砲刀剣類等所持取締令第二条第七号の趣旨からして、違法性がないものといえる」と判示した。但し、当該事案については、登録をも依頼されながら手続を執ることなく長期間所持していたことを理由に、不法所持罪成立を肯定した。

である<sup>50</sup>。本判例はこれらの判例・通説と異なる解釈を採用した唯一の例であり、「独自の見解」「異説」と評されるべきものである。

### （3） 信教の自由に基づく適法評価の可能性

以上に述べた通り、本件については、除外事由以外の理由による違法性阻却の論理的可能性を前提として、僧侶による寺院仏具としての刀剣所持が正当業務行為として刑法35条により違法性阻却されるか否かを検討すべきであった。この点を検討する際には、宗教活動であることから帝国憲法28条および現行憲法20条に規定された信教の自由による保障の範囲を論じなければならない。それは、宗教活動上の刀剣類所持が信教の自由の内在的限界を逸脱する行為であるのか否か、刑罰に相当する実質的違法性を有する行為であるのか否か、という問題である。本判例は憲法に全く言及しておらず、被告人側が憲法を援用した形跡も認められないが、これは信教の自由に関する憲法論を無視して結論を導き得る問題ではない<sup>51</sup>。

本件のような刀剣類所持は、加持祈祷としての有形力行使のように人の生命・身体に対する侵害・危険を惹起するものではなく、社会的安全という抽象的な社会法益に対する危険に関わるものである。危険物は法益侵害手段たり得る点で存在自体が危険であり、危険物使用による法益侵害は当然に防止されなければならない。不法所持罪はかかる法益侵害を想定する危険犯であるから、刀剣類所持許可の前提として、各所に刀剣類が存在す

50 木宮・前掲註3書70頁、79頁～80頁、伊藤ほか編・前掲註3書412頁～413頁（阿部・北野）、安西・前掲註42書39頁は、除外事由を違法性阻却事由と位置付けた上で除外事由不該当の所持に刑法総則による違法性阻却の可能性を認めており、明らかに違法性阻却事由例示列挙説である。米澤・前掲註3書46頁は消極的構成要件説であり、関根・前掲註3書55頁～56頁、西川・前掲註3書63頁～64頁、中島・前掲註3書95頁～96頁、大塚・前掲註45書46頁～47頁は除外事由の位置付けを明示していないが、いずれも除外事由不該当の所持に刑法総則による違法性阻却の可能性を認める点では同じであり、この点について学説上は異論が見当たらない。

51 山口智『信仰と法規制』神戸市外国語大学研究叢書55号（同大学外国語研究所、平27）3頁では「刑法の解釈論のみによる判断であり[略]信教の自由についてはまったく触れていない」との批判的言及が行われているが、信教の自由は本件で刑法35条を論じる前提であるから、本判例は刑法解釈も尽くしていない。

ることが社会全体として容認できるような社会的安定が必要である。武装攻撃による社会的混乱が危惧される状況では、刀剣類の所持は極度に制約されなければならない。本件に則して論じると、宗教活動上の必要性に基づく刀剣類所持を許容し得る社会的状況であったか否か、という判断によることになる。

第二次世界大戦直後の時点では、日本軍によって甚大な人的物的損害を被った末にその敵国日本を占領統治する連合国としては、日本軍が戦争末期に各地の戦場で全滅するまで絶望的な抵抗を続けていた事実を鑑み、敗戦後も同様の抵抗を危惧することは十分に合理的である。故に、一般民家の刀剣類のみならず神社・寺院の刀剣類についても、所持継続を許容する寛容は凡そ期待できない。占領軍が占領統治のために徹底的な刀狩りを必須と判断するのは当然であったと認め得る。そして、昭21禁止令は連合国最高司令官の要求に応じることを義務付けられた状況の下で制定されたのであるから、日本国として神社・寺院の伝統や宗教活動上の必要性を考慮する余地はなく、占領軍の判断をそのまま受け入れる他なかった。除外事由から外れる神社・寺院の刀剣類所持は、論理的には帝国憲法28条・現行憲法20条で保障された信教の自由に属するものとして刑法35条による違法性阻却の余地があるとしても、憲法を超越する占領軍が許容しない限り適法評価は困難である。してみれば、昭21禁止令の解釈としては、当時の状況下でのやむを得ない結論として違法性不阻却を受容する他ない。

しかし、昭25取締令の時点では、状況が異なる。この間、占領軍将兵への個人的犯罪行為は幾つかあったものの、占領への抵抗はないまま5年が経過し、日本はアメリカの忠実な下僕になるという方針が既に採用されていた。占領に抵抗する武装攻撃を危惧する必要性は既に消滅していた。この変化は、IIで指摘したように昭25取締令における禁錮不規定にも見出すことができる。このような状況の下で主権回復を目前にして銃砲刀剣類規制が日本政府の責任に委ねられたのであるから、それは占領軍の超憲法的権力に拘束されない日本国自身の立法政策判断に基づいて行われるべきも

のであり、現に占領統治の円滑を法益から外す立法が行われたのである。ならば、占領軍の刀狩り命令から解放された当該立法に際しては、神社・寺院の伝統や宗教活動上の必要性を考慮することも可能になっていたのであり、信教の自由に対する憲法上の保障に鑑みれば当然に考慮するべきであった。かつて刀剣類の「携帯」のみが規制されていた当時でも宗教活動を考慮する携帯許容が法令に規定されており<sup>52</sup>、占領軍の刀狩り命令が廃止されたなら直ちに同様の考慮を復活させるべきであった。

かようにして、宗教活動上の必要性を考慮して神社・寺院の刀剣類所持を容認することが可能かつ必要な社会的状況は、遅くとも昭25取締令制定の時点で既に備わっていたのであり、現行法制定の昭和33年まで待つ必要はなかった。そして、規制基準に該当する限り、所轄官庁が刀剣類の所在を把握しておくことは必要であろう。故に、昭25取締令が許可対象除外事由として宗教活動を想定しなかったことは考慮不足による立法上の不備であり、宗教活動を想定する規定の創設が主権回復から6年後の昭和33年であったことは怠慢以外の何物でもない。法形式が「政令」であっても、宗教活動上の必要性に基づく所持許可を規定する法令がもっと早く施行されていれば、本件でも被告人は許可を求めることができた。本件処罰は、かかる立法の不備・怠慢から生じた事態である。昭25取締令は、政令という法形式の点だけでなく、除外事由の不備という内容の点でも、厳しく批判されなければならない。

そして、かかる欠陥法令を文言通りに適用して処罰を認めた本判例も同罪である。寺院仏具たる刀剣の所持を違法視するべき実質的根拠が失われているのに形式的文言該当のみで犯罪成立を肯定することは、刑罰の趣旨を失念した判断である。実質的違法性の認められない行為に処罰根拠は存在せず、人権行使を除外事由として規定しない罰則をそのまま適用して処罰することは理由なき人権侵害として当該罰則に関する適用違憲である。

52 「神興渡御ノトキ供奉者帯刀差許ノ件」（明9教部省達甲5全書同年1324頁）、「神興渡御ノトキ供奉者帯刀差許ノ件」（明11内務省達乙21全書同年238頁）。

裁判所は、本件においてこそ憲法を立法批判原理として機能させ、除外事由に不備のある罰則に関して刑法35条による違法性阻却を認めるべきであった。

しかし、従来からこのような問題意識が一般的に共有されていた訳ではない。最高法規たる憲法は当然に刑罰法令より優越し、憲法で保障された人権の行使は刑罰法令から独立した基準による限界の範囲内で構成要件該当行為の違法性を阻却するべきものであるのに、恰も刑罰法令が人権保障の限界を画するかの如き本末転倒の錯覚に陥り、人権の「限界」論が処罰を追認する論理に墮するという倒錯も稀ではなかった。本判例が信教の自由に基づく違法性阻却の可能性を全面的に否定したことは、憲法が最高法規として刑罰法令より優越することを看過した重大な誤謬である。<sup>53</sup>

## V 結語

以上に述べた通り、本判例は、除外事由について理論的にも結論的にも不合理な違法性阻却事由限定列举説を採用した不当性に加えて、無効な罰則による処罰・遡及処罰・憲法と刑罰法令との優劣逆転、という極度に重大な違法性を多々有している。法令の解釈適用に関する検察官・裁判所の誤謬は当然に批判されるべきであるが、被告人側主張に前記各種の重要な

---

53 線香護摩事件に関する最大判昭38・5・15刑集17巻4号302頁にも憲法と刑罰法令との優劣逆転があるが、それは人権保障の限界に関する「違法だから保障外」という説示の点に留まり、同判例が信教の自由に基づく適法評価の可能性を肯定した点は正当である。瑞源寺仏具刀剣事件判決は信教の自由に基づく適法評価の可能性を全面否定したのであるから、優劣逆転は線香護摩事件判決よりも遥かに重大である。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、41頁～42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『宗教法学の課題と展望』（成文堂、平4）135頁、155頁～156頁。なお、本註最大判評釈は憲法を中心として多数あるが、宗教判例として執筆された相澤久「信教の自由の保障とその限界」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）10頁、清水誠「加持祈祷としての有形力行使」若原編・前掲註2書12頁を掲げるに留めておく。

憲法論の形跡が認められないという弁護過誤も批判を免れ得ない。勿論、法令制定に関する政府・国会の怠慢・考慮不足も原因創出として批判されなければならない。

更に、本件の刀剣自体は元々日本国として特に重大視するようなものではなく、理論的な犯罪成立を前提としても、嫌疑がこの件だけであったなら起訴されたか否か甚だ疑わしい。刑罰謙抑を論じるまでもなく、警察がこのような刀剣所持を知った場合には行政指導により任意提出させて終わらせるのが常識的な処理であり、刑事立件・起訴はよほど悪質な事情がある場合に限られる筈である。本件では、町政を大混乱に陥れた前町長が開票妨害・不正行為隠蔽を目的として放火したという当初嫌疑が起訴できなかったため、重大犯罪の嫌疑で前町長を逮捕・勾留して東京の国家地方警察本部から応援の警察官まで参加するという泰山鳴動の大捜査の末に全面的不起訴という鼠も皆無の完全敗北を避けるべく、偶然に発覚した軽微な刀剣類不法所持罪で代替的に処罰して辛うじて鼠一匹を確保したとの疑念も払拭し難い。そうであるなら、検察官は訴追裁量権の不当行使も批判されるべきことになる。

本判例が仏教弾圧を意図した措置ではなかったとしても、結果的に仏教寺院に対する不当な弾圧となったことは否定できない。いずれにしても、二度とあってはならない（一度でも許容できないが）極めて不当な判例であり、判例としての意義を徹底的に否定されるべきものである。

なお、今日では本件のような刀剣も許可を得れば何の問題もなく適法に所持できるが、現行法下での無許可所持が違法性阻却される可能性について併せて論じておく。神社・寺院において御神体あるいは宝物として刀剣類が所持されている例はままあり、その中には法令上の規制に該当するものもあり得るが、必ずしも許可が得られているとは限らない。私見としては許可がなくても適法な所持と認め得ると解するが、文言上は規制に反するので、説明を要する。

これらの物件は宗教的権威を担っており、それ故に非公開であったり神

職・僧侶ですら普段は見たり触れたりすることも許されないという例も珍しくない。これらの物件が文化財保護の一環として保全・修理という世俗的作業の対象とされることもあり得るが、それは宗教活動上も有益な作業である。また、文化財としての取扱が宗教的権威を高めると評価する余地もある。

しかし、危険物としての規制は宗教活動にとって無用の事柄である。宗教的権威を担う物件を危険物として世俗的規制の対象とすることを強制するなら、それは宗教的権威に対する侵害に他ならない。宗教的権威の保持は宗教活動上軽視できない重要事項であるから、これを侵害することは憲法20条に違反する。比較衡量を論じるとしても、許可に基づく所持を規定する法制度における刀剣類の所在把握という行政上の利益は信教の自由より優越するものではない。故に、法令の文言上は規制対象となる刀剣類でも、それを所持する神社・寺院が宗教上の理由から許可の手續を取って回避するなら、それは信教の自由に基づく行為として刑法35条による違法性阻却を認めるべきである。

尤も、これは私見であり、大方の合意を得た解釈ではない。将来に亘って継続する現実的問題として、検討を要するところである。

(平成27年10月15日稿)