慶應義塾大学学術情報リポジトリ
Keio Associated Repository of Academic resouces

Title	「一種の宗教行為としてなされたものであつたとし」たらどうなるか：信教の自由と違法性、違法性の意識の可能性
Sub Title	Mistake of law caused by religious creed : criminal law and freedom of religion in the constitution of Japan
Author	守田, 大悟(Morita, Daigo)
Publisher	慶應義塾大学大学院法務研究科
Publication year	2019
Jtitle	慶應法学 (Keio law journal). No.43 (2019. 12) ,p.269- 322
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	リサーチペーパー West Law賞受賞論文
Genre	Departmental Bulletin Paper
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AA1203413X-20191227-0269

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the KeiO Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

West Law賞受賞論文

リサーチペーパー

「一種の宗教行為としてなされたものであつたとし」たらどうなるか

――信教の自由と違法性、違法性の意識の可能性――

守　田　大　悟

Ⅰ　はじめに
　1　加持祈禱事件判決により残された問題
　2　具体的な検討手順
Ⅱ「一種の宗教行為としてなされたものであつたとしても」の意義
　1　分析の区分
　2「一種の」
　3「宗教行為」
　4「としても」
　5「一種の宗教行為としてなされたものであつたとしても」
Ⅲ　刑法上の枠組みでの議論
　1　詐欺事件における「欺罔行為」の認定
　2　違法性、違法性の意識の可能性
Ⅳ　最終的な基準
　1　アメリカ憲法判例との比論
　2　刑法第 24 章
　3「社会」という基準
Ⅴ　結び――信教の自由と違法性、違法性の意識の可能性

Ⅰ　はじめに

1　加持祈禱事件判決により残された問題

「信教の自由に関する最初の最高裁判例」[1] とされるいわゆる加持祈禱事件判決[2]

1）山本一郎「判解」最判解刑事篇昭和 38 年度 93 頁、95 頁（1973 年）。
2）最大判昭和 38 年 5 月 15 日刑集 17 巻 4 号 302 頁。

は、病気平癒のために行われた加持祈禱により人を死亡させた僧侶が傷害致死罪（刑法 205 条）で起訴された事案について、以下のように述べて、被告人側の主張すなわち被告人を刑法 205 条で処罰することは憲法 20 条 1 項の保障する信教の自由を侵害するものであるから許されないとする主張を退けた。

［A］「しからば、被告人の本件行為は、所論のように一種の宗教行為としてなされたものであつたとしても、それが前記各判決の認定したような他人の生命、身体等に危害を及ぼす違法な有形力の行使に当るものであり、これにより被害者を死に致したものである以上、被告人の右行為が著しく反社会的なものであることは否定し得ないところであつて、憲法二〇条一項の信教の自由の保障の限界を逸脱したものというほかはなく、これを刑法二〇五条に該当するものとして処罰したことは、何ら憲法の右条項に反するものではない。」[3)]

さらに、第一審以来被告人側が主張してきた、本件行為は刑法 35 条の正当業務行為に該当し違法性が阻却される旨の主張については、「なお、被告人の本件行為が、刑法三五条の正当な業務行為と認め難いとした原判決の判示は、その確定した事実関係の下においては、当裁判所もこれを正当と認める」と述べている[4)]。原判決（大阪高判昭和 35 年 12 月 22 日刑集 17 巻 4 号 333 頁、336 頁）は「被告人の原判示所為が正当な業務行為に該当せず、かつこれを傷害致死罪に問擬することが被告人の信教の自由を侵害するものでないことは原判決が……詳説するところ」と述べているから、正当業務行為についての判断は、第一審（大阪地判昭和 35 年 5 月 7 日刑集 17 巻 4 号 328 頁）の判断が、最高裁に至っても維持されていたことになる。そこで、第一審の該当箇所を以下に引用する。

［B］「……信仰又は宗教行為であつてもそれが明かに犯罪を構成するような場合、憲法が信教の自由を保障しようとしているその精神を尊重しつつも、なお当該行為につき刑事上の責任が追及せられることがあるのは事理の当然である。

これを本件について見るに、被告人の所為は［被害者］の精神異常の回癒を祈願するため、線香護摩による加持祈禱の行としてなされたものであるが、既に認定した被告人の加持祈禱の動機手段方法及びそれによつて同人の生命を奪つた暴行の程度等に徴する

3）刑集 17 巻 4 号 305 頁（下線強調は筆者）。
4）同上。

と、健全な社会人の常識に照らし、著しく公の秩序善良の風俗に反するものがあると言う他なく到底刑法第三五条にいわゆる正当な業務行為とは認め難い。」[5)]

この判決は「信教の自由に関する最初の最高裁判例」であり、また有罪という結論自体に異論はない[6)]。しかし、「信教の自由」の判例と位置付けられなおかつ結論に争いがない判例であるからこそ、再検討の余地があると思われる。まず、信教の自由の判例である以上、この判決に対する批判は概ね憲法論に終始している。しかし、行政裁量の枠組みの中で憲法論が論じられるように[7)]、寧ろ刑法の体系上の枠組みの中で憲法論を論じる視点も必要であると思われる。次に、結論に争いがない以上、先行研究においてこの判決の理論上の問題点は指摘されながらも、そこには結論を覆そうとするような切迫性がない。既存の議論におけるこの判決に対する批判として主たるものは、公共の福祉論の抽象性という点及び信教の自由の重要性をいかに反映するかという点であり、いずれも憲法的な関心に基づくものであり[8)]、刑法的な検討とは言えない。この判例はあくまで刑集所収の刑事判例であるのに、結論の自明性という了解があまりに当然かつ広範に共有されてしまったことにより、憲法論が刑法論に投影されることが十分にはなされていないのである[9)]。

5）刑集 17 巻 4 号 333 頁（下線強調は筆者）。

6）山本・前掲注 1）95 頁等参照。また、安念潤司「信教の自由」樋口陽一編『講座憲法学 3』190 頁、194 頁（日本評論社、1994 年）は「他人を悶死せしめることが許されなければどうしても貫き得ないような信仰など、まず考えられないのである」と指摘している。

7）例えば、エホバの証人剣道履修拒否事件（最二判平成 8 年 3 月 8 日民集 50 巻 3 号 469 頁）では、信仰上の理由から剣道の履修を拒否した学生に対する退学処分という行政処分について、行政裁量の適法性判断という枠組みで、信教の自由という憲法上の権利が考慮された。

8）玉蟲由樹「判批」長谷部恭男＝石川健治＝宍戸常寿編『憲法判例百選 I（第 6 版）』88 頁、88–89 頁（有斐閣、2013 年）、高柳信一「宗教の自由――神に対する義務と国家に対する義務の衝突――」有倉遼吉教授還暦記念『体系・憲法判例研究 II』113 頁、129 頁（日本評論社、1974 年）等参照。

9）刑法上、加持祈禱事件判決に言及する論考は少ない。原田保「宗教活動に関する刑法の適用」宗教法 7 号 25 頁（1989 年）においては、同判決及びこれと類似する事案の判決（大判明治 32 年 12 月 8 日大刑録 5 輯 11 巻 22 頁、大判昭和 10 年 3 月 25 日大刑集 14 巻 5 号 339 頁、東京高判昭和 31 年 11 月 28 日高刑集 9 巻 12 号 1251 頁、札幌地判昭和 36 年 3 月 7 日下刑集 3 巻 3 ～ 4 号 237 頁）について、刑法上の観点から分析が行われ、また憲法上の信教の自由との関係についても問題提起がなされている。また加持祈禱事件判決類似の事案である大判明治 32 年 12 月 8 日大刑録 5 輯 11 巻 22 頁の評釈である木村静子「判批」小野清一郎編『宗教判例百選』196 頁、197 頁（1972 年）や、東京高判昭和 31 年 11 月 28 日高刑集 9 巻 12 号 1251 頁の評釈である中山研一「『狐落し』治療術と暴行の犯意」法学論叢 63 巻 4 号 87 頁（1957 年）も加持祈禱師の迷信治療行為を刑法上論じるものである。しかし、いずれの論考においても、いかなる場合にいかなる理論構成に基づいて宗教行為

本稿は、この判決に対する新たな視座を提供することで、憲法上の信仰の自由と刑法の関係を考察することを目的とするものである。信教の自由を保護すべきだからといって、宗教行為として行われるものすべてにつき、刑法上の罪に問われないとすることはできない[10)]。そこで、刑法と憲法20条の各々の要請が衝突する場合の調整を理論的に基礎づけることが必要であろう。加持祈禱事件は、「発生した結果が人の死、しかも無抵抗の精神病者の死という、極めて重大で悲劇的なものであったうえに、侵襲行為が『加持祈禱』という時代離れしたものであった」ので、「結論に異論はなかった[11)]。しかし、そうだとすれば、具体的な事案の内容によっては、より先鋭にぶつかり合い、結論を見定めることが困難になり得よう。例えば、発生した結果が人の死に至らないようなものであり、悲劇的ないし重大なものと評価することができない程度のもので、当該行為が、「時代離れ」したものではないというような場合には、有罪という結論が自明とは言えない可能性がある。こうした場合に対して加持祈禱事件判決が先例的価値を有するとすれば、この判決を刑法上の視点から[12)]、結論を覆すかのような切迫した態度を敢えて演じながら検討することが要請されよう。

もっとも、具体的な問題点として、そもそもこの最高裁判決の刑法理論上の位置づけが定かではないと思われる。上記引用箇所の［B］が刑法35条の正当業務行為につ

についての刑の減免がなされるべきか、刑法理論に憲法上の要請をいかに具体的に読み込むかといった問題についてまでの言及はなされてはいないと思われる。特に、加持祈禱事件判決以前の議論は加持祈禱行為を治療行為と捉えて違法性阻却ないし責任阻却することの可否を論じており（中山・同89–99頁参照）、憲法との関係は殆ど意識されていないと思われる。

他方、憲法学上、加持祈禱事件判決に関連して、刑法上の論点に触れる先行研究はあるが（安念潤司「【憲法判例50年】〔11〕信教の自由――政教分離・信教の自由（2）」法教209号49頁、52頁（1998年）、小泉洋一「判批」高橋和之＝長谷部恭男＝石川健治編『憲法判例百選Ⅰ（第5版）』84頁、85頁（2007年）等参照）、いずれも体系上そのように言及するにとどまっており、刑法上の議論として詰めた検討はされていないと思われる。

10）玉蟲・前掲注8）88頁参照。

11）安念・前掲注6）194頁。なお、具体的な行為態様としては、以下のようなものであった。「線香護摩」による加持祈禱行為により、被害者がその熱気のためにもがき暴れだしたのに対し、被告人は被害者の近親者らとともに被害者を取り押さえ、緊縛したうえ、「狸が咽喉まで出かかつていると称し、『ど狸早く出ろ』と怒号しながら同女の咽喉部を線香の火で烟らせ、同時に同女の背中を押さえつけ、手で殴る等し、かくして同日午前四時頃まで約三時間に亘り、線香約八〇〇束を燃やし尽くした」とされ、「その間被告人及び周囲の者は次第に上昇する熱気と線香の煙とに居堪まらず、銘々その途中で室外に逃れて新鮮な空気に触れ、あるいは休息したのに拘らず［被害者］に対してはそのような措置をとらせることなく、終始燃えさかる護摩壇のすぐ傍に引き据えたままにしておく等して暴行を加え」たとされている（刑集17巻4号329–330頁参照）。

いて論じていることは明らかであるが、［A］については、いかなる刑法上の論理に基づいて有罪との判断をしたのか、判決の文面上は明らかではない[13)]。敢えて［A］を刑法上理論構成するとしたら、以下の三つの方法が考えられる。まず、被告人の行為が刑法 205 条の「暴行」すなわち「不法な有形力（物理力）の行使」[14)] に当たると判断し、それに基づいて処罰しても信教の自由の侵害に当たらないと述べていたことが考えられる。次に、被告人が「暴行」の故意を有していたことについて判断したと読むことができる[15)]。或いは、憲法 20 条 1 項に基づく法令行為（刑法 35 条）としての違法性阻却事由又は憲法 20 条の趣旨から超法規的違法性阻却事由という理論構成の下で、本件はこうした場合に当たらないことを判断したものと解することも可能である。

このように多様な読み方が可能であるが、以下の三つの理由から、本稿ではこの

12）管見の限り、この判例を扱う刑法の体系書は見当たらない。違法性阻却事由の一例として宗教行為に言及するものは存在するが、後述する牧会活動事件（神戸簡判昭和 50 年 2 月 20 日刑月 7 巻 2 号 104 頁）に言及するに留まる（山口厚『刑法（第 3 版）』63 頁（有斐閣、2013 年）等参照）。また、違法性阻却事由として宗教行為を取り上げる体系書においても、宗教行為についての解説は、争議行為についての記述に比べて分量も少ないという傾向がある。このことは、戦後の可罰的違法性論が実務的要請に即して主として公安事件や労働争議事件において展開されたことの影響が大きいと思われるが（前田雅英『可罰的違法性論の研究』9 頁（東京大学出版会、1982 年））、いずれにせよ、この加持祈禱事件はあくまで憲法判例としての位置づけを与えられ、刑法学上の問題関心の外に置かれていると指摘することができよう。

13）安念・前掲注 9）52 頁は、「……外形的に可罰的な行為であっても、それが宗教上の信条に基づいて行われた場合には、そうではない場合には適用される罰条の適用が免除され、あるいは緩和される可能性があることを認めていたのかも知れない」と、宗教行為であることにより何らかの刑の減免措置が取られる可能性があることにつき非常に慎重な言い回しによって言及しているが、これが刑法理論上いかに位置づけられるかについては言及していない。なお、玉蟲・前掲注 8）89 頁は、本判決につき「可罰性を論証したもの」とする。

14）大谷實『刑法講義各論（新版第 4 版補訂版）』37 頁（成文堂、2015 年）、最二判昭和 29 年 8 月 20 日刑集 8 巻 8 号 1277 頁。

15）傷害罪の前提となる「暴行」を本文において述べたように「不法な有形力（物理力）の行使」と解すると、被告人が自身の行為により病気が平癒すると考えていれば、被告人は自身の行為が「不法」（「違法」とは区別される法的評価以前の事実状態としての「不法」（「不法である」という認識と故意の関係について髙山佳奈子『故意と違法性の意識』246–247 頁（有斐閣、1999 年）参照））であることを認識していなかったことになり、暴行の故意を欠くという主張が論理的には可能である。なお、被告人が自身の加持祈禱行為により被害者の病気が平癒すると考えていた以上、暴行の故意を認めることはできないとする主張は第一審以来述べられており、先行研究にもこの点について言及するものがある。清水望「判批」芦部信喜＝若原茂編『宗教判例百選（第 2 版）』12 頁、13 頁（1991 年）、高柳・前掲注 8）121 頁参照。

［A］が違法性阻却事由について述べたものと解した上で検討したい。まず、少なくとも［B］は違法性阻却事由の議論であり、刑法35条の正当業務行為を問題にするのであればその他の違法性阻却事由も検討する余地がありそうである。次に、構成要件ないし暴行の故意の問題として処理するとしても実際上の考慮としては社会通念上の相当性といった違法性阻却事由の判断に類似したものになると思われる。そして、最高裁が原判決を是認したのは、傷害致死罪の成立を前提としているためであり、傷害致死罪が成立するには違法性阻却事由が不存在でなければならない。そこで、この点を補う解釈論として宗教行為であることを理由とした違法性阻却事由についての理論を提供することも、有用な作業であると言えよう。

宗教行為であることを理由とした違法性阻却の議論の前提として、宗教行為を違法性阻却事由として論理構成する際の理論枠組みとして、本稿では以下の三つの方法を念頭に置くこととする。㋐正当業務行為（刑法35条）としての違法性阻却、㋑憲法20条1項に基づく法令行為（刑法35条）としての違法性阻却[16]、そして㋒超法規的違法性阻却事由として刑法上の処罰が許されないとするもの、の三つである。

2　具体的な検討手順

具体的には以下のような手順で加持祈禱事件により残された問題を検討することにしたい。まず、上記引用箇所［A］の下線部の意義を検討することで、この判決の問題点を具体的な形で提示する（Ⅱ）。次に、この下線部の意義が刑法上の枠組みにどう当てはめられるか、検討する（Ⅲ）。この二つの考察で示されたこの判決に対する本稿の問題意識を踏まえて、アメリカ憲法判例及び刑法第24章の犯罪[17]について検討することで、加持祈禱事件における問題との対比を行う（Ⅳ）。以上を踏まえて、この判決の残した問題から、憲法と刑法の接する局面における合理的な解釈論の方向性を一応提示し、結びとする（Ⅴ）。

16）なお、憲法上の権利の保障を違法性阻却という形で刑法理論上に位置づけることは、可能であると思われる。例えば、表現の自由（憲法21条1項）との関係であるが、岩手県教組学力テスト事件判決（最大判昭和51年5月21日刑集30巻5号1178頁）の団藤重光裁判官の反対意見においては、「憲法二一条によつて保障される表現の自由の行使として、刑法三五条によつて違法性が阻却される」（同1201頁）との論理構成が示されている。

17）大石眞『憲法と宗教制度』270頁（有斐閣、1996年）は、刑法188条1項について、「国民の宗教的感情や行為に対する配慮を示すもの」と位置づける。

Ⅱ 「一種の宗教行為としてなされたものであつたとしても」の意義

1 分析の区分

本章では、本稿が問題とする「一種の宗教行為としてなされたものであつたとしても」という一節について、これを分割して検討する。まず「一種の」とはいかなる意義を有する修飾語なのか、信教の自由をめぐる他の判例との対比の中で明らかにする（後述 2）。次に、「宗教行為」とは何なのか、日本の憲法学における「宗教」という概念への向き合い方に留意しつつ検討する（後述 3）。「としてなされたものであった」との箇所は字義通り解したうえで、「としても」とは、いかなる含意があるか、かかる仮定的な言い回し[18]の背景に控える憲法上の意義を検証する（後述 4）。そして、これらの分節がいかなる相互作用を以てこの一節を形作っているのか、考察する（後述 5）。

2 「一種の」

「一種の」宗教行為とはいかなる意味なのか。これを考察する手がかりとして、エホバの証人剣道履修拒否事件[19]との対比を試みる。この事案は、信仰上の理由から剣道の履修を拒否した学生に対する退学処分という行政処分について、校長の裁量権の逸脱、濫用を認めた事案である。この判決では、「被上告人が剣道実技への参加を拒否する理由は、被上告人の信仰の核心部分と密接に関連する真しなものであった」と認定しているところ[20]、これが校長の行政裁量に「慎重な考慮」を要請した一要

18）この文言を仮定的な意味としてとらえる見解として、駒村圭吾「信教の自由と加持祈禱治療（加持祈禱事件）」佐藤幸治＝土井真一編『判例講義憲法Ⅰ』55 頁、55 頁（悠々社、2010 年）参照。これに対して、これを仮定的な言い回しと捉えない読み方も可能である。例えば、野坂泰司「公教育の宗教的中立性と信教の自由：神戸高専事件に即して」立教法学 37 号 1 頁、9 頁（1992 年）は、この加持祈禱事件に言及する際、「最高裁は、宗教行為として行われたものであっても、……と判示した」と要約している。最高裁において本件加持祈禱行為が宗教行為として行われたものであると認めたものと読むようである。かかる読み方自体は、文理上十分に合理的であり、これを前提としていると思われる先行研究も多い（憲法判例研究会編『判例プラクティス憲法（増補版）』86 頁（信山社、2014 年）［小島慎司］等参照）。本稿はこうした読み方を否定するものではない。しかし、結論を覆すかのような切迫性を演じることとした以上、合理的な疑いを容れない心証が形成できているのかという刑事的な問題意識から、敢えて「としても」を仮定的な含意として、テクストの妥当性を厳格に検証する読み方を採用することとする。

19）最二判平成 8 年 3 月 8 日民集 50 巻 3 号 469 頁。

20）民集 50 巻 3 号 477 頁。

因であったと読むこともできる[21)]。

他方、本件の加持祈禱行為は、「一種の」宗教行為と言及されているところ、これは「核心的な」宗教行為ではないという含意があると読むことも可能であると思われる。すなわち本件宗教行為は、「核心的な」宗教行為ほどに要保護性が高くはないという評価が、この文言に現れていると捉えることができる[22)]。

このこと自体は、認定ないし法的評価の問題であり、理論上の問題はそう大きくはないとも思われるが、「としても」との仮定的な言い回しとの関係で問題を生ずる。この問題については後述4において言及することとする。

3 「宗教行為」

まず、宗教行為の定義を最高裁は行っていない[23)]。もっとも「行為」自体は刑法上「意思に基づく身体の動静」と定義され[24)]、広く解されているようである。この定義を「宗教行為」の「行為」に妥当させることについては、特段の問題はないと思われる。寧ろここでの問題は、「宗教」概念をいかに解するかという点に存する[25)]。憲法学上の宗教にしろ、宗教学上の宗教にしろ、いずれも定義は「頗る困難」なのである[26)]。そうだとすると、加持祈禱事件判決は「宗教」の定義が困難であるという

21）駒村圭吾「公立学校における信教の自由と政教分離（エホバの証人剣道実技拒否事件）」佐藤幸治＝土井真一編『判例講義憲法Ⅰ』61頁、62頁（悠々社、2010年）、小島・前掲注18）92頁等参照。もっとも、退学処分という不利益の重大性といった要素も校長の裁量権の逸脱濫用を認める要因となっている（LS憲法研究会編『プロセス演習憲法（第4版）』32–34頁［駒村圭吾］（信山社、2011年）参照）。

22）「一種の」との文言が保護の要請の低い宗教行為であるという評価を含意すると解することは、裁判所が宗教行為ないしそれに対する信仰心に対して低い価値評価を下すことになり得るとの疑義があろう。しかし、「有形力による侵襲を伴う加持祈禱行為が、真言宗の信仰の中核をなすものではなく、それゆえ、そうした行為を刑法の当該罰条が結果的に禁圧することになっても、信仰に対する重大な妨げとはならない」ことが、有罪の根拠の一つであるとも解される（安念・前掲注6）196頁）。そうだとすると、「一種の」という文言に非核心性の示唆を読み取ることは一応可能であると思われる。もっともこの一節の「としても」という部分と合わせて考えると、この「一種の」という評価は必ずしも断定的なものではないと思われる（後述Ⅱ4及び5参照）。

23）玉蟲・前掲注8）89頁。

24）山口・前掲注12）27頁。

25）この点について、粕谷友介「『宗教的』行為の意味」芦部信喜ほか編『日本国憲法の理論――佐藤功先生古稀記念』233頁、244頁（有斐閣、1986年）は、本判決が「治療行為」該当性を検討していることから、「『宗教的』ということよりはむしろ『行為』に着目したとしても不思議ではない」としつつも、「宗教」の理解が重要であることを指摘している。

消極的な理由から「宗教行為」を定義しなかったと捉えることも可能であろう[27]。他方で「宗教」概念を明確に定義しない立場には積極的な理由もある。それは、宗教を定義すること自体が、宗教についての価値観の押し付けになるという危惧である[28]。宗教概念を定義することは、そのこと自体によって、既に一定の宗教観を多かれ少なかれ表明することになるからである[29]。そうだとすると、日本の最高裁が、宗教の定義を避けることには合理性があると言えよう[30]。

次に、同じく宗教行為について違法性阻却事由の有無が問題となった事案である牧会活動事件判決について、上記のような宗教の定義の問題はいかに処理されたのか、という点を検討する[31]。この事件でも、「宗教行為」を定義することはしていないが、牧会活動を「定義」したうえで、これが正当業務行為（刑法 35 条）に該当するか検討しており、一見すると加持祈禱事件よりも明確な枠組みを提示したうえで解決しているようにも思われる。しかし、牧会事件判決は、形式的な論理展開の明確さにもかか

26）津地鎮祭事件高裁判決（名古屋高判昭和 46 年 5 月 14 日行裁例集 22 巻 5 号 680 頁）は「……敢えて定義づければ、憲法でいう宗教とは『超自然的、超人間的本質（すなわち絶対者、造物主、至高の存在等、なかんずく神、仏、霊等）の存在を確信し、畏敬崇拝する心情と行為』をいい、個人的宗教たると、集団的宗教たると、はたまた発生的に自然的宗教たると、創唱的宗教たるとを問わず、すべてこれを包含するものと解するを相当とする」と宗教の定義を述べたが（行裁例集 22 巻 5 号 735 頁）、この判決においても、「一口に宗教といつても、極めて多元的多義的であるのでこれを定義づけることは頗る困難」（同 735 頁）と指摘されている。なお、津地鎮祭事件は、政教分離が問題となった事案であり、加持祈禱事件は信教の自由が問題となった事案であるが、宗教概念の不明確性という点については、仮に政教分離における宗教概念と信教の自由における宗教概念を峻別する立場をとったとしても、一致すると思われる。

27）なお、津地鎮祭事件最高裁判決は、宗教を定義することはしなかった。この点について同判決調査官解説（越山安久「判解」最判解民事篇昭和 52 年度（1981 年）233 頁）は「宗教の定義そのものが極めて困難であり、また、これを示すことは本件において必ずしも適当ではなく必要でもないと考えられたためであろう」と述べている。

28）玉蟲・前掲注 8）89 頁参照。

29）大石・前掲注 17）236 頁は「新興宗教や新宗教運動」について、「宗教の定義いかんによって、それらも『信教の自由』を標榜できるかどうかが左右されることとなり、難しい問題を含んでいる」と指摘する。

30）玉蟲・前掲注 8）89 頁は本判決が宗教行為の定義をしていない点を指摘したうえで、「一種の宗教行為としてなされたものであつたとしても」との言い回しを「仮定的」と評し、信仰内容に国家の価値判断が入り込むことを防止する観点から、このような「一見中途半端な判断」を是認している。

31）神戸簡判昭和 50 年 2 月 20 日刑月 7 巻 2 号 104 頁。なお、この判決は「簡裁判決ではあるが、キリスト教教会の牧師の牧会活動と呼ばれる宗教活動を正面から取り上げて、はじめて信教の自由の問題として論じた注目すべき判決」であるとされる（久保田きぬ子「判批」重判昭和 50 年度（ジュリ臨増 615 号）12 頁、13 頁（1976 年））。

わらず、必ずしも明確な論理的な内容を伴って違法性を阻却した判決であるとは言えないと思われる。同判決は、牧会活動に関して「一般にキリスト教における牧師の職は、ある宗教団体（教会等）からの委任に基き、日常反覆かつ継続的に、福音を述べ伝えること即ち伝道をなし、聖餐の儀式をとり行なうこと即ち礼拝を行ない、又、個人の人格に関する活動所謂『魂への配慮』等をとおして社会に奉仕すること即ち牧会を行ない、その他教会の諸雑務を預かり行なうことにある」と、説明している[32)]。たしかに、この説明は、おそらく一般的には受け入れ可能なものであろう。しかし、「個人の人格に関する活動」とは何か、を考えるとこれ自体は主観に依存するものであり、客観性を欠いていることは明白である。そしてこれを言い換えた「魂への配慮」に至っては、非常に宗教感溢れるが故におよそ客観的にその内容を述べることが不能な文言である。そうだとすると、結局のところ、実行行為と正当な宗教行為（刑法 35 条参照）との間に牧会活動という中味の曖昧な媒介項を置いたというだけで、実質的には宗教行為を正面から定義することを避けた加持祈禱事件と同じ問題――宗教自体の特質故の曖昧性――を温存していると評価することも可能であろう[33)]。牧会活動も加持祈禱行為も、ともに宗教が関わる行為である以上、裁判所が踏み込むことができない要素が残されているのである。

4 「としても」

刑事事件にあっては、合理的な疑いを容れない心証の形成が要請されており、民事訴訟における心証よりも厳格である[34)]。そして、信仰の核心部分たる宗教行為か、核心部分を離れた「一種の宗教行為」であるかの区別は、その性質上自明のものとは

32）刑月 7 巻 2 号 111 頁。なお、この点について、前田光夫「判批」芦部信喜＝若原茂編『宗教判例百選（第 2 版）』24 頁、25 頁（1991 年）は、判決における牧会の説明を「プロテスタント的用法」とする。そして、プロテスタントにおける牧会、カトリックにおける司牧はともに“Pastoral”の訳であることを指摘したうえで、いずれも「救霊の聖務の個人ひいては社会への外面的実際的適用行為であることは同一である」とする。かかる宗教学的な知見からの説明は一見説得的であるが、それでもなお、宗教である以上当然に含まれる内面的な要素、例えば「救霊の聖務」といった語を使用せざるを得ない。このように、宗教的な用語については、いかに説明を尽くしても、客観的な形で――他の法律用語において行うような形で――理論水準を高めるのは困難な作業であると思われる。

33）もっとも、当該牧会活動と正当業務行為の関係について、大谷実「判批」重判昭和 50 年度（ジュリ臨増 615 号）123 頁、125 頁（1976 年）参照。なお、粕谷友介「判批」芦部信喜＝高橋和之編『憲法判例百選Ⅰ（第 2 版）』（1988 年）80 頁以下参照。

34）酒巻匡『刑事訴訟法』471 頁以下（有斐閣、2015 年）参照。

言えない。しかし、本判決は「一種の宗教行為としてなされたものであつたとしても」と言及することで、本件の実行行為が信仰の核心部分である可能性を事実上黙殺したと言って良いだろう。確かに、結論に争いのない本件において、おそらく本件実行行為が信仰の核心部分とは言えない点について疑問を持つ者は少なく、そうであるからこの判例は結論において支持されるのである。しかし、信仰の核心部分であれば、非核心部分すなわち「一種の宗教行為」である場合よりも保護の要請が高まるものである以上、仮に今後類似の事案で核心部分か非核心部分か曖昧な事案が発生した場合、その事件の弁護人としては当該実行行為が信仰の核心部分であることを主張するべきであろう[35]。そしてこの弁護人は先例として加持祈禱事件を参照するであろうが、核心とは何か、この先例から発見できないのである。このこと自体は個別の事案ごとに判断する司法権の作用[36]からしてやむを得ない。しかし、加持祈禱事件判決がこうした理論上の問題を残しているという点については留意するべきであろう。

5 「一種の宗教行為としてなされたものであつたとしても」

上記 3 における検討から、判例の立場では、宗教とは何かについて裁判所が判断することが避けられていることが見て取れる。そうだとすると、宗教とは何かの判断についての考え方は、以下の三通りの方法があり得る。第一に、自身の行為を宗教行為と主張する個人を判断主体とすること、第二に、国家でも当該個人でもない何者かを判断主体とすること、第三に、いかなる判断主体の存在をも否定して何が宗教かを判断しないという了解の下で議論を進めること、である。しかし、まず、第二の、国家でも当該個人でもない第三者に宗教性の判断を委ねることは、想定し難い。信教の自由は精神的自由の中でも特に内面的なものであり[37]、そもそも第三者に委ねることが妥当ではないと思われる。また、宗教とは何か、その問いの答え自体が宗教間で異なることが予想されるし[38]、場合によっては宗教的多数派が宗教的少数派を圧迫する

35）信教の自由に対する制約について義務免除説をとるとすれば、加持祈禱事件で行われたような暴力的な加持祈禱が信仰の核心をなし、かつ祈禱者が病者の真摯な嘱託のもと加持祈禱行為をした場合には結論が異なってくる可能性が示唆されている。安念・前掲注 6）196–197 頁参照。

36）芦部信喜（高橋和之補訂）『憲法（第 7 版）』347 頁以下（岩波書店、2019 年）等参照。

37）例えば、「宗教は世俗的権力の介入を許すことができないほど、余りに個人的であり、神聖であり、かつ至純なものである」との指摘がある。津地鎮祭事件高裁判決（名古屋高判昭和 46 年 5 月 14 日行裁例集 22 巻 5 号 680 頁、753 頁）参照。

38）例えば、一神教的な宗教観を有するユダヤ教、キリスト教的な宗教観と、それ以外の宗教における宗教観のいずれを前提とするかによっても、宗教とは何かという問いに対する答えは相当に異な

結果にもなりかねない。こうした信教の自由の特殊性に鑑みれば、表現の自由に関して、映画の内容を映倫管理委員会が事前に審査することと同様に考えることはできず[39]、宗教性認定の第三者機関を想定することは困難である[40]。次に、第三の、何が宗教かを判断しないという了解の下で議論を進めることは、結果的には事実上個人にその決定を委ねるに等しい。加持祈禱事件判決は宗教行為を定義しなかったが（本稿Ⅱ3参照）、こうした態度も結果的には宗教とは何かという判断を個人に委ねたものと見ることができると思われる。そこで、本稿では、〈宗教行為であること〉の判断は専らそれを行う個人に委ねられているものであると考えることとする[41]。

そして、宗教とは何かを裁判所が判断せずこの問題を専ら個人の内面に委ねるという準則に忠実に従いつつ、違法性阻却事由の不存在について合理的な疑いを容れない程度の心証を形成したことを示したのが、「一種の宗教行為としてなされたものであつたとしても」という一見すると曖昧な一節であったということになると思われる。核心的な宗教行為に当たらないことについての了解を「一種の」との文言で冒頭に示したうえで、「としても」と仮定的な言い回しを最後に置くことで、「宗教行為」という文言を、その曖昧性が問題にならないように前後から注意深く支えている構造になっている。そうだとすると、この一節の中心は「宗教行為」であって、「宗教とは何かについての判断は個人の内面に留保されなければならない」という準則に規定されており、この準則が最高裁の「宗教」概念に対する向き合い方であることがわかる[42]。

そして、このような一見曖昧な判示の正当性は結論に争いがないことに担保されていると言える。結論に関わらないことから、敢えて宗教行為とは何か突き詰めた検討

ってくると思われる。大屋雄裕「宗教の近代性とその責任――空知太事件」駒村圭吾編著『テクストとしての判決』269頁、276–282頁（有斐閣、2016年）参照。

39）わいせつ物頒布等罪（刑法175条）の「わいせつ」性の認定を国家機関が事前に行うことは表現の自由という憲法上の権利との関係で緊張を生じさせる。そこで、こうした事態を防ぐために、国家機関ではない機関による事前の審査が行われる場合がある。黒い雪事件判決（東京高判昭和44年9月17日高刑22巻4号595頁、607頁）参照。

40）なお、安念・前掲注6）199頁は、表現の自由の保障における思想の自由市場の議論との対比を念頭に「宗教が、非宗教や無神論に対してはもとより、他の宗教、宗派に対しても非和解性をもたざるを得ない」点を指摘したうえで、「信教の自由には、表現の自由のそれには吸収し切れない別種の正当化根拠が要請されよう」と指摘する。

41）なお、この点に関連して、松井茂記『日本国憲法（第3版）』430頁（有斐閣、2007年）は、「信教の自由保障の趣旨からは、『宗教』の意味は広く理解されるべきであり、その人がそれを宗教だと理解していれば、それは宗教だと考えるべきであろう」としている。

42）類似する指摘として、玉蟲・前掲注8）89頁参照。

が要請されていない。そうだとすると、この事案の射程は、こうした結論が明らかな事案にしか及ばず、宗教行為とは何かという点について明確な基準を要請するような限界事例は射程の外に置かれていると考えるべきであろう[43]。そしてそれと同時に、このような限定的な射程を有する判決であったからこそ、敢えて刑法上の体系を厳格に検討する必要がなかったとも言える。このように、この判決にあっては憲法論と刑法論の関係は必ずしも明確に示されてはいないと思われるところ、Ⅲでは、既存の憲法論上の議論が、刑法の体系にいかに位置づけられるのか、検討する。

Ⅲ　刑法上の枠組みでの議論

加持祈禱事件判決における違法性阻却事由の有無については認定の問題であり、本判決の結論自体は妥当であると思われる。そこで、加持祈禱事件における「被告人の右行為が著しく反社会的なものであることは否定し得ない」点については、これを前提に議論を進める[44]。本稿では寧ろ、故意を欠く可能性について検討する[45]。故意の対象は、（客観的）構成要件該当事実と違法性阻却事由該当事実であり[46]、加持祈禱事件判決における前者の問題については、既に指摘されている[47]。そこで、ここでは後者の場合すなわち「一種の宗教行為としてなされたものであつたとし」たら違法性が阻却される場合があることは前提とした上で、自身の行為がそのように違法性の阻却される「一種の宗教行為としてなされたもの」と信じた場合に、故意が阻却されるのか、検討する。

まず、行為者の認識に宗教性が絡む問題として、いわゆる霊感商法のような行為が詐欺罪に該当するかという点が実務上問題になることが多いことから[48]、こうした事例を題材に、宗教行為がいかなる形で刑法に関わってくるのか、検討する（後述 1）。そして、これを踏まえて、上記の問題に対する一応の答えを提示する（後述 2）。

43）加持祈禱事件判決の射程の限界につき、高柳・前掲注 8）131 頁参照。

44）刑集 17 巻 4 号 305 頁。

45）同判決について故意阻却の余地を検討するものとして、山本・前掲注 1）96 頁、清水・前掲注 15）13 頁、小泉・前掲注 9）85 頁等参照。

46）山口・前掲注 12）101−102 頁。

47）前掲注 15）参照。

48）前田雅英「宗教的行為と刑法」東京都立大学法学会雑誌 45 巻 1 号 7 頁、9 頁（2004 年）は、「現代社会で最も宗教との接点の多い犯罪は、詐欺罪」であると指摘する。

1　詐欺事件における「欺罔行為」の認定

「宗教行為」として、祈禱料などの名目で多額の金員を信者等から集めることは、詐欺罪に該当するのか。この点につき憲法学上、「ある組織の活動が宗教的なものであるか、あるいはもっぱら（または主として）営利活動であるかという点について、信教の自由などに配慮した慎重な判断が必要である」とした上で、「宗教活動として保護すべきものと、その枠を超えるものとして保護を認めるべきでない活動とをどのようにして識別するか」という問題点が指摘されている[49]。ここに言う「信教の自由などに配慮した慎重な判断」は、実際に行われているのであろうか。行われているとすれば、Ⅱで検討したように個人の内面に判断が留保されるべき「宗教行為」と裁判所が客観的に認定できるはずの「欺罔行為」がいかなる形で折り合いをつけられているのであろうか。以下、関連する裁判例を参酌しつつ検討する。

(1) 最三決昭和 31 年 11 月 20 日

まず、旧い判例ではあるが、最三決昭和 31 年 11 月 20 日刑集 10 巻 11 号 1542 頁では、祈禱料等の名目での金員等の授受について詐欺罪、恐喝罪の成否が問われた。最高裁は以下のように述べて、有罪とした原審を正当とした。

> 「祈禱師が自己の行う祈禱が実は全然治病の効能なく、また、良縁、災難の有無、紛失物の行衛を知る効もないことを信じているにかかわらず、如何にもその効があるように申し欺いて祈禱の依頼を受け依頼者から祈禱料等の名義で金員の交付を受けたときは詐欺罪を構成するものというべきであるから、第一審判決が判示第一の各事実に刑法二四六条一項を適用したのは違法でないとした原判決は正当である。また、第一審判決判示第二の事実は恐喝罪を構成すると解すべきものであるからこれに刑法二四九条一項を適用した第一審判決を肯認した原判決に違法はない。」[50]

さらに垂水裁判官の補足意見は、祈禱行為の「効能」についてその可能性を信じる人も信じない人も現にいることを指摘したうえで[51]、こうした効能への信用と詐欺罪の欺罔行為との関係について、以下のように述べる。

49）大石・前掲注 17）287–288 頁。

50）刑集 10 巻 11 号 1543 頁（下線強調は筆者）。

51）同 1543–1544 頁参照。

「かように依頼者が効能を期待せず且つ祈禱者において依頼者のかような意中を察して有料の祈禱等を約する場合には、たとえ祈禱者が予め依頼者に対しそれが効能あるもののように申し述べても、彼は依頼者が効能がなくても祈禱料をだすことを知つているかぎり、それだけでは彼は依頼者を欺く意思を有するものということはできない。また、祈禱者等が自から効能の可能性が多少でもあることを信ずる場合には依頼者に対し効能があると―余りに誇大でなく―申し述べても彼を欺く意思があるものということはできない（効能を余りに誇大に、しかも相手方を欺くことのできる程度に、吹聴するときはその点で欺く意思があるといえるであろう）。」[52]

ここで注目すべきことの第一点目は、法廷意見も補足意見も、個人の信仰心について抽象論では語りつつも、具体的個人としての被告人や被害者の内面的な信仰については、一切触れていない点である[53]。確かに、この判決について「不幸にして本件被告人は、祈禱の効能がないことを信じていたものと認定されたことが、致命的な作用をしたことになる」との指摘があり、「実際は、効能がないと信ずる科学者的な心性と、効能があると信ずる未開人的な心性との両極端のあいだに、無限のヴァライエティが存する」ことから、詐欺罪の適用に消極的な見解もある[54]。しかし、この評釈の言葉に引き直して本判決を説明すると、「効能があると信ずる未開人的な心性」について裁判所は沈黙し、「効能がないと信ずる科学者的な心性」の存在を指摘するにとどめていると言える。ここで裁判所が判断した行為者の内面は、あくまで「効能がないと信ずる科学者的な心性」としての内面であり、信仰心のような意味での内面すなわち「効能があると信ずる未開人的な心性」には一切踏み込んでいないということができる。

第二点目として、法廷意見のいう「如何にもその効があるように申し欺」くこと、垂水補足意見のいう「効能を余りに誇大に、しかも相手方を欺くことのできる程度に、吹聴する」こととといった言い回しに現れているように、裁判所は、被害者に対する行為者らの働きかけの態様を斟酌して欺罔行為の存在を認定したものと思われる点が注

52）同 1544 頁（下線強調は筆者）。なお、この補足意見は、本判決の引用する大審院大正 3 年 10 月 14 日（『法律学説判例評論全集三（下）刑法』244 頁）と同趣旨である旨の指摘がある（西村克彦「判批」小野清一郎編『宗教判例百選』206 頁、207 頁（1972 年）参照）。

53）前田・前掲注 48）11 頁は、宗教と詐欺罪の関係について、従来、被害者が「効果を信じている」以上、詐欺罪の成立は難しいと考えられがちであった点を指摘している。

54）西村・前掲注 52）207 頁。

目に値する。ここでこの働きかけが、垂水補足意見の指摘するような程度に至らなければ、欺罔行為に当たらないことになるのである。ここでも、あくまで内面の信仰には立ち入ることなく、その他の事情から欺罔行為の認定がされていると言うことができよう。

ここで取り上げた二つの点から指摘できることは、宗教行為の欺罔行為性が問題となる場合、「効能がないと信ずる科学者的な心性」や被害者への働きかけの態様などから欺罔行為が認定されているということであり、これら自体は、宗教に対する信仰とは少なくとも直接的には関係のない事柄である、ということである。もっとも、判例評釈等によれば、このような判示であってもなお、信教の自由に対する侵害が危惧されていた[55)]。こうした危惧自体は正当であろう。しかし、時代が下り、社会における宗教の位置づけの変遷もあってか、次第に信教の自由を理由に詐欺行為等の起訴が躊躇される点が問題視されるようになったようである[56)]。

(2) 東京地判平成 17 年 7 月 15 日

宗教法人の代表者らが修行料ないし法納料名目で金員を集めた行為が詐欺行為に当たるとして刑事責任を問われた東京地判平成 17 年 7 月 15 日判時 1933 号 131 頁は、宗教行為と詐欺罪が関連する事案において欺罔行為の具体的な認定方法を知るうえで有益な判決であると言える。なお、この事案については高裁、最高裁においても判断がされているが（それぞれ東京高判平成 18 年 12 月 1 日東京高等裁判所判決時報刑事 57 巻 1 ～ 12 号 74 頁、最二決平成 20 年 8 月 27 日判タ 1301 号 124 頁）、いずれも一審の内容を是認するものであり、かつ判示も簡潔であるから、ここでは詳細な事実認定の行われた第一審を取り上げることとする。

本件では、教団内における勧誘に際してのマニュアルやシステムの内容を検討したうえで、これらが被害者らから金員をだまし取るためのものであったことから、被告人らの欺罔行為やそれについての故意を認定したようである。例えば、教団創設当初から被告人らが収益活動に関心を有していたこと、嘘をついてでも相談者を不安に陥

55）西村・前掲注 52）207 頁、大嶋一泰「判批」芦部信喜＝若原茂編『宗教判例百選（第 2 版）』222 頁、223 頁（1991 年）等。これに対し、前田・前掲注 48）13 頁は、本件について犯意の立証の困難さを指摘したうえで、犯意を証拠上明らかにし得た点につき、その意義を指摘している。

56）田近肇「判批」重判平成 14 年度（ジュリ臨増 1246 号）11 頁、12 頁（2003 年）、山口広「高島易断による霊感商法の実態――民事上の違法性と詐欺罪――」宗教法 29 号 33 頁、53–54 頁（宗教法学会、2010 年）、大石・前掲注 17）285 頁等参照。

れる方針をとっていたこと、執拗な勧誘により修行への参加を決めた者に対しては早期に多額の金員を調達することを求めていたこと、既存の宗教との違いを強調し恰も現実的な効果があるかのようなことを喧伝していたこと、教団職員らはいわゆるバックマージンを獲得していたし勧誘ノルマをも課せられていたこと等、あらゆる観点から団体の詐欺的な性格を根拠づけている。そして、憲法 20 条 1 項の信教の自由の侵害についての弁護人の主張に対して、「教団が宗教法人として、一定の宗教活動を行ってきたことは明らか」としつつも、以下のように述べてこれを退けた。

> 「しかし、被告人両名が、現実にした各行為は、そのような教義理解をはるかに逸脱し、自分又は家族に病気等の問題を抱え悩んでいる被害者らに対し、共犯者らと共謀の上、自ら又は共犯者らを介して、『修行に参加すれば病気は治る。』などとあからさまな嘘を言って、その旨誤信させて法外な金員を要求し、これを交付させたという詐欺行為そのものである。これらの行為や著しく反社会的で違法なものであることは明らかであり、憲法二〇条一項の信教の自由の保障の限界を逸脱したものというほかなく、これを詐欺罪として処罰することは、何ら憲法の前記条項に反するものではない。
>
> 三　したがって、本件行為は、司法判断の対象となるし、その判断により被告人両名の信教の自由を侵害するものでもないのは当然である。すなわち、宗教活動という名の下に行われた本件行為が、たとえ犯罪として刑罰法規に抵触しても、その適用を免れ、その判断さえ許されないなどという理屈はない。」[57]

このように、本件は、行為者の内面における信仰を直接に判断しなかった点においては、最三決昭和 31 年 11 月 20 日と共通していると思われる。もっとも、時代の変遷から、最三決昭和 31 年 11 月 20 日を一定の方向へと深化させた判決と読むことも可能であろう。すなわち、最三決昭和 31 年 11 月 20 日は、宗教行為の特殊性[58]を踏まえてどの程度の行為であれば欺罔行為に該当するかという点を明らかにしたと言えるが、本判決は組織的な詐欺行為の増加という社会問題を背景に、宗教を口実にして詐欺行為を行うことに対する法的な対応の必要性が強まったことから[59]、いかに当該行為が非宗教的なものであったかということの認定に集中した検討がされている。

57）判時 1933 号 161 頁（下線強調は筆者）。

58）この点について最三決昭和 31 年 11 月 20 日の判例評釈の中には、祈禱行為に一定の詐欺的要素が含まれ得ることはやむを得ないことを指摘するものもある。西村・前掲注 52）207 頁、大嶋・前掲注 55）223 頁等参照。

そのことの帰結として、欺罔行為それ自体についての事情だけでなく、その背景である組織のシステム、マニュアルなどについての事実を広範に集め、それらの間接事実から欺罔行為の非宗教性を認定したように思われる[60]。

(3) 宗教行為と欺罔行為の関係

効能の誇大化が欺罔行為性を基礎づけるという最三決昭和31年11月20日が示した枠組みは東京地判平成17年7月15日においても継承されているところ、このような効用の誇大化の認定には、二つの視点が必要であろう。まず、効能とは、当該「一種の宗教行為」によって、「ある出来事」が「起こる又は起こらない確率」のことである。この「ある出来事」が明確であればあるほど効能の誇大性が認められ易いことになる。他方で、「起こる又は起こらない確率」については、これを高度のものと主張すればするほど誇大性が認められ易いことになる。例えば、決して交通事故に遭わないというのは、「決して」という文言により、確率が高く設定されているし、「交通事故」という出来事がかなり具体的であるから誇大性は強いと言える。しかし、例えば「決して不幸にはならない」とか、「おそらく交通事故に遭わない」といったものであれば、前者は想定される事態が抽象的であること、後者は実現可能性が低く設定されていることによって、「決して交通事故に遭わない」という場合よりも誇大性は緩和されていると言えよう。つまり、「ある出来事」の具体性と、「起こる又は起こらない確率」の高さの相関関係の中で効用の誇大性は認定されると思われる。この誇大性の認定について、宗教性が問題とされることはなく、あくまで客観的に認定することが可能であろう。しかし、行為者が、自身が効能を誇大化したという事実に気づいていないとしたら、これは「欺罔行為」に当たらないことになるのではないか。例えば、行為者が自身の祈禱行為により、交通事故に遭う確率が 0％になると信じていたとしたら、人を欺いたことにならず、詐欺罪は成立しないのであろうか[61]。詐欺罪の成立を肯定すると、個人の内面の信仰に否定的な価値判断を下すことになり、「宗教とは何かについての判断権が個人の内面に留保されている」という判例上の準

59）木村光江「判批」廣瀬久和＝河上正二編『消費者法判例百選』248頁、249頁（2010年）は、宗教活動に名を借りた詐欺事件、金融詐欺事件について「いずれも組織化された詐欺集団によって行われている」ことを指摘している。

60）木村・前掲注59）249頁参照。また、田近・前掲注56）12頁参照。

61）なお、伊達秋雄「判批」民商38巻2号134頁、138頁、木村光江『詐欺罪の研究』252頁（東京都立大学出版会、2000年）参照。なお、誇大性の認定に関連して、大阪高判昭和42年6月29日判タ215号198頁、199−200頁参照。

則（本稿Ⅱ参照）に抵触するのではないかという疑問が生じる。反対に、詐欺罪の成立を否定すると、宗教行為として行うことで犯罪の成立があまりに容易に否定され妥当ではないと思われる。

ここで、東京地判平成 17 年 7 月 15 日の事実認定はこの二つの問題を巧みに回避したものであると思われる。同判決はあくまでも行為者の科学的な認識や被害者への働きかけの態様、或いは宗教が全くの仮装であることなどを認定している。言ってみればこれは、「宗教でない」ことを認定しているのであって、「宗教」でないことを認定しているのではない。一見同じことなのだが、ある種のレトリックとして前者の形をとることで、世俗性を推認させる間接事実だけを集めればよいことになる。この枠組みでは内心の世俗性を推認すればよいから、内心の宗教性を直接論じる必要はない。従って、裁判所は巧みに個々人の内面的な信仰に対する関与を回避することができているのである。行為者の内心における世俗性を推認させる間接事実を積み重ねて、行為者の内心が世俗的であったことを合理的な疑いを容れない程度に証明できれば良いからである[62)]。このような裁判所のスタンスは、Ⅱにおいて考察した判例の準則、すなわち「宗教とは何かについての判断が個人の内面に留保されている」こととも整合し、かつ宗教行為であるがゆえに容易に処罰が免れられてしまうという問題を回避することもできているのである。

2　違法性、違法性の意識の可能性

Ⅲ 1 で検討した詐欺罪の欺罔行為の認定においては行為者の内面が問題となり、あくまで構成要件という体系的位置づけにおいて、宗教と刑法が接していた。これに対して、加持祈禱事件や牧会活動事件にあっては、体系的には違法性阻却事由の有無において、宗教性が問題となる。そこで、以下、後者のような事案における刑法理論上の構成について検討する。まず、宗教行為が違法性阻却事由に該当するとした場合の理論上の問題点を指摘し、宗教行為であることを理由とした違法性阻却を認めるべきではないことを論証する（後述（1））。次に、〈宗教行為であることの認識〉は、刑法理論上どのように位置づけられるか、検討する（後述（2））。そして、〈宗教行為であることの認識〉が違法性の意識に関連することを指摘し、かかる認識により違法性の意識の可能性を欠くことになる場合の理論の構築を試みる（後述（3））。さらに、〈宗

62）なお、このような認定の仕方は、宗教行為の関係しない事案における欺罔行為の認定とほとんど異ならないと思われる（木村・前掲注 59）249 頁参照）。詐欺的商法の欺罔行為性について、木村・前掲注 61）230–240 頁参照。

教行為であることの認識〉についての責任論の本質をいかに解するべきか検討する（後述（4））。（3）及び（4）を踏まえて、〈宗教行為であることの認識〉の存在を理由として違法性の錯誤を認める場合及び違法性の意識の可能性を否定する場合における具体的な判断枠組みを検討する（後述（5））。最後に、加持祈禱事件判決において示唆された、宗教行為であるがゆえに認められる可能性のある処罰範囲の限定を刑法理論上いかに位置づけるのが適切か述べ、本項の総括とする（後述（6））。

（1）宗教行為であることを理由とした違法性阻却という構成の問題点

宗教行為であることを理由とした違法性阻却が可能であるとすると、当然にその錯誤も問題になろう。既に提示した通り、この錯誤とは、「一種の宗教行為としてなされたものであつたとし」たら違法性が阻却される場合があるとして、自身の行為が実際は違法性阻却がされない行為であるのに、違法性の阻却されるような「一種の宗教行為」であると信じた場合のことである。これが刑法体系上どこに位置づけられ、いかに帰結するか。まず①体系上故意に位置づけたうえで、①－（ⅰ）違法性阻却事由該当事実の錯誤として故意を否定するか、①－（ⅱ）違法性阻却事由の評価の錯誤として故意を否定しないという二種類の帰結があり得、次に、②体系上責任に位置づけたうえで、②－（ⅰ）違法性の意識の可能性を否定する余地を認めるか、②－（ⅱ）違法性の意識の可能性を否定する余地を認めないという二種類の帰結があり得る[63]。①については宗教行為が違法性阻却事由であるとした場合にのみ成り立つ構成であるから（1）において検討する。②は宗教行為が違法性阻却事由に該当しない場合も成立し得る構成であるところ、これについては、（3）以降で検討する。

まず、故意の対象は、（客観的）構成要件該当事実と違法性阻却事由該当事実である。宗教行為が違法性阻却事由であるとすれば、自身の行為がそのような宗教行為であると誤信した場合は、違法性阻却事由該当事実についての事実の錯誤として、故意が阻却される。これが①－（ⅰ）という帰結である。しかし、自身の行為を「客観的に違法性が阻却される正当な宗教行為」と認識していたとき、即ちある信仰を有する行為者が、自身の行為は法律的に評価したときに違法性が阻却されるような宗教行為であると信じた場合に、こうした帰結を導くことは可能であろうか。換言すれば、このような誤信が「違法性阻却事由該当事実の錯誤」として事実の錯誤に該当するので

63）山口・前掲注 12）105–106 頁、130–133 頁参照。なお、この②－（ⅰ）の帰結については、更に違法性の意識を欠いたことに相当の理由があるか否かにより犯罪の成否が決せられることになる。後述Ⅲ 2（3）以下参照。

あろうか。この問題は一見宗教行為以外の問題と同様の解決――違法性阻却事由該当事実を誤信したのであれば事実の錯誤として故意を阻却し、違法性阻却事由に該当するという評価を誤信した場合には法律の錯誤とし故意を阻却しないという処理――が可能であるとも思われる。しかし、前章の検討で導かれた準則、すなわち判例の立場では、宗教とは何かについての判断が個人の内面に留保されていることと合わせて考えると、必ずしもその他の違法性阻却事由と同様には考えられないと思われる。「宗教行為」とは何かを判断するのが個人である以上、行為者の主観において当該行為が宗教であると認識されていない限り、「宗教行為」であるか否かを決することはできない。このことは「違法性の阻却されるような宗教行為」においても異なるところはない。そうすると、「違法性の阻却されるような宗教行為」は、外形的な事実のみでは完結せず、必ず個人の内面に留保された要素を含んだ概念である。従って、特定の信仰を有する行為者が、客観的には違法性の阻却されない宗教行為を行いつつ、その行為は「違法性の阻却されるような宗教行為」であると誤信した場合、これを事実の錯誤ということは困難であると思われる。もっとも、「『客観的に違法性が阻却される正当な宗教行為』であると信じること」それ自体が「事実」であると強弁し、事実の錯誤と考えることもあり得ないではない。しかし、この理屈により生じる帰結は不当であると思われる。なぜならば、「信じること」を「事実」とすれば、この違法性阻却事由について錯誤は観念できないことになるところ、信じるだけで故意が阻却され、過失犯ないし不可罰となるということは一般人ないし当該宗教を信じない者の認識に照らせば違法性阻却の余地のない故意の犯罪行為であることと比較して、あまりに不均衡である[64]。また、加持祈禱事件判決もこのような立場をとっているとは解し難い[65]。そうだとすると、〈宗教行為であること〉が事実であるという強弁を用いることには実益もない。従って、〈宗教行為であることの認識〉は事実の認識ではあり得

64）この点について、違法と責任を分けて考える以上、違法性の判断を個別的、主観的に行うべきではない（前田・前掲注 12）277 頁参照）。そこで、違法性の有無は一般人の認識を基準に判断されることになる。この一般人の認識に信教の自由（憲法 20 条 1 項）の趣旨を読み込み、ある程度宗教に配慮するような一般人の認識を措定しない限り、このような解釈は困難と思われるが、理論上一応は可能であろう。なお、前田・前掲注 48）18 頁は、信仰に基づく誤信について、一般人を基準に判断する可能性、本人を基準に判断する可能性、両様指摘している。なお、原田・前掲注 9）34–40 頁は、「国民一般における科学知識の普及の程度」（同 37 頁）に、加持祈禱行為の違法性、故意責任の法的判断の基準を求めている。

65）なぜなら、同判決は、「一種の宗教行為としてなされたものであつたとしても、……被告人の右行為が著しく反社会的なものであることは否定し得ない」（刑集 17 巻 4 号 305 頁）と判示しているところ、

ず、①－（ⅰ）という帰結は採りえない。

そこで、①故意体系での帰結は、①－（ⅱ）を採用するほかない[66]。違法性阻却事由の解釈を誤った場合、すなわち違法性阻却事由の評価の錯誤があった場合は、法律の錯誤であり、故意は阻却されない[67]。この帰結をとるのであれば、宗教行為ゆえに違法性が阻却されることについて誤認したことはおよそ法律の錯誤になるということになる。つまり宗教行為であることを理由とした違法性阻却事由は、誤信があってもおよそ故意阻却の余地が存在しない違法性阻却事由の類型であるということになる[68]。しかし、かく解することは、「違法性の阻却されるような宗教行為」という前提自体を覆すことになると思われる。ある事実の誤信が常に法律の錯誤となるのであれば、その錯誤対象は事実ではなく、評価であったことになる。常に法律の錯誤――法的評価を誤ること――になるような「違法性の阻却されるような宗教行為」という「前提事実」を措定することはそれ自体が既に背理といわざるを得ない。そうだとすると、本項冒頭で提示した前提すなわち、宗教行為であることを理由とした違法性阻却事由の存在自体を否定しなければならない。そもそも、〈宗教行為であることの認識〉が①－（ⅰ）事実の錯誤に当たるか、さもなければ①－（ⅱ）法律の錯誤に当たるかの二択を迫られることになったのは、宗教行為であることを理由とした違法性阻却事由を前提としたことに起因している。そしてこの二つの帰結がいずれも採用できないものとなった以上、当初の前提を否定する他に理論上の整合性を保つ手段は存在しない。そこで、宗教行為であることを理由とした違法性阻却の可能性それ自体を否定するべきである。例えば牧会活動事件のような事案は、宗教行為であるということ以外の事情から違法性が阻却されたに過ぎず、宗教行為を理由とした違法性阻却ではなかったと考えるべきである[69]。一見宗教行為であることを理由とした違法性阻却が認められるべきとも思われる事案であっても、違法性が阻却されるか否かの検討は

宗教行為であっても、処罰する余地を肯定していると言える。仮におよそ錯誤のあり得ない違法性阻却事由として「一種の宗教行為」を措定するのであれば、「一種の宗教行為としてなされたものであつたとし」たら、行為の反社会性等を考慮する余地なく、故意が阻却されていたはずである。

66）この点について、法的に「宗教である」と評価することに果たして意味があるのかという疑問を差し挟む余地が大いにあると思われる。しかし、ここでの議論は既に「宗教行為であること」が違法性阻却事由に該当し得ると仮定して議論を進めており、少なくともこの仮定が否定されるような理論的な破綻が起きない限り、〈宗教行為であることの認識〉を法的評価と位置付けることは、理論上可能である。そして既に事実の認識と位置づけることの不当性を論証した以上、ここでは〈宗教行為であることの認識〉は法的評価と位置づけざるを得ない。なお、この位置づけの不当性については後述する。

67）山口・前掲注 12）105−106 頁参照。

個人の内面に留保されていない事情、すなわち宗教行為以外の事情から決せられており、こうして違法性の阻却された行為が、実は偶然宗教行為でもあった、と考えることが理論上は妥当であると思われる。

(2)〈宗教行為であることの認識〉の刑法体系上の位置づけ

〈宗教行為であることの認識〉は刑法体系上どこに位置づけられるのであろうか。〈宗教行為であることの認識〉はあくまで主観を問題としているから、刑法上も主観として位置づけられるのが自然であろう。では、この〈宗教行為であることの認識〉は、刑法上の故意の消極又は積極の要件になり得るだろうか。故意の要素は、(客観的)構成要件該当事実と違法性阻却事由該当事実であり、前者の認識には意味の認識

---

68)原田・前掲注9)38–39頁は、加持祈禱事件判決と同判決と類似の事案であるにもかかわらず過失致死と判断した戦前の判決(大判明治32年12月8日大刑録5輯11巻22頁)を以下のように対比する。すなわち前者について、「被告人は……行為の外形……についての認識に全く欠けるところはないので、暴行の故意は認められ、被告人が、その行為によって患者の病気が治癒すると信じていたこと……は、違法性の錯誤であるから、……故意責任には全く影響しない」(原田・前掲注9)38頁)。(なお、木村・前掲注9)197頁は後者の判決について「[加持祈禱行為]が侵害行為であるか治療行為であるか、従って、法的に禁ぜられているか許されているかという評価は、違法性の認識であって、事実の認識ではない(厳密には、治療行為であるという認識は違法評価の基礎となる事実――構成要件該当事実ではない――の認識ということになろう)。」と指摘している。)これに対し後者について、判例が「一貫して違法性の意識不要説」であることを前提に、「狸を退治しようと思ったということを理由として故意阻却を認めることにあるとすれば、これは、そのような錯誤を事実の錯誤であるとしたものであると理解せざるを得ない」とする(原田・前掲注9)38–39頁)。そして「判例においては、病状や治療効果に関する、オカルティズム信仰を前提とする判断は、事実認識から法的評価へと、その位置付けを変更されたということになる」と指摘する(同39頁、傍点強調は筆者)。確かにこうした位置づけもあり得ると思われる。しかし、本稿のように、加持祈禱事件判決の射程をオカルティズム信仰に限定せず、宗教行為一般に拡大して考えるのであれば、本文で述べたような宗教行為一般の特性――外形的な事実のみでは完結せず、必ず個人の内面に留保された要素を含んでいる性質――を刑法上いかに捉えるかという問題に直面せざるを得ないと思われる。そしてこの問題は、事実認識と法的評価とを二分する刑法上の枠組みと宗教行為の憲法上の理解との整合性を問うことにつながるように思われる。

また、前田・前掲注48)17–18頁は、宗教的な誤信があった場合について、法律の錯誤、事実の錯誤いずれの構成も可能であることを指摘しているが、宗教性についての判断が内心に留保されていることを強調すると、本文で検討したように事実の錯誤になり得る余地を否定することが可能であると思われる。

69)牧会活動事件について、「牧会活動うんぬんするまでもなく、社会的に許容しうる範囲内の行為であるといえよう」といった指摘がみられる(大谷・前掲注33)125頁)。また類似する指摘として、前田・前掲注32)25頁。

が含まれる[70]。まず、〈宗教行為であること〉が違法性阻却事由に該当することを否定した以上（前述（1）参照）、〈宗教行為であることの認識〉が違法性阻却事由該当事実の認識についての消極又は積極の要件に当たることはない。次に、構成要件上「宗教行為であること」又は「宗教行為でないこと」が掲げられている犯罪など存在しないので、そうした意味において〈宗教行為であることの認識〉が（客観的）構成要件該当事実の認識の積極又は消極の要件に当たることはなさそうである。他方、〈宗教行為であることの認識〉が、意味の認識として、故意の積極又は消極の要件に当たることはあるだろうか。確かに〈宗教行為であることの認識〉は行為の属性の認識ではある。しかし、〈宗教行為であることの認識〉は「刑法が着目する属性の認識」[71]には当たらないと思われる。従って、〈宗教行為であることの認識〉は、故意の要件ではないと思われる。

もっとも、行為者は常に刑法上の故意の要素たり得るもののみを認識するわけではない。行為者が実現する事実には、本来「無限に多様な属性」があるのであり、そのうちの一部についての認識が刑法上の意味の認識と位置づけられるのである[72]。そうだとすると、〈宗教行為であること〉に刑法上の「意味」はなく、事実の有する「無限に多様な属性」の一つとして、刑法上位置づける他ないと思われる。本稿では、以下、こうした「無限に多様な属性」を「広義の意味」と呼ぶ。この中には刑法上着目される「意味」と、刑法上着目されない「意味」が含まれる。この二つの「意味」の前者を「意味（狭義）」とし、後者を「広義の意味のうち意味（狭義）に含まれないもの」とする。この用語法に従うと、通常の意味の認識とは、「意味（狭義）の認識」のことになる。そして、〈宗教行為であることの認識〉は「広義の意味のうち意味（狭義）に含まれないもの」の認識の一つである。

(3)〈宗教行為であることの認識〉と違法性の意識（の可能性）

（1）で示した見解は、宗教行為であることを理由とした違法性阻却自体を否定する点で[73]、処罰範囲の限定が不十分であり、刑法の謙抑主義の要請に反するとの批判

70）山口・前掲注 12）102–110 頁参照。

71）髙山・前掲注 15）184 頁以下参照。

72）この点について、髙山・前掲注 15）184 頁は、「刑法がある事実に介入するのは、その事実が人間の現実社会に対して有する特定の『意味』に着目したときである。ある事実には無限に多様な属性があるが、刑法はそうした属性（主として機能や効果）のうちでもさらに一定の属性に着目し、その属性を理由として、当該事実を構成要件要素によって規定しようとするのである。」と指摘している。

が想定される[74]。また、それ故に、結論の妥当性確保の上でも懸念が生じよう。そこで、処罰範囲の限定のための他の理論構成が問題となる。この点、責任阻却事由の一つとして、違法性の意識を欠いたことについて、「相当の理由」がある場合には、違法性の意識の可能性が否定され、犯罪不成立となるとされているところ[75]、〈宗教行為であることの認識〉により②－（ⅰ）責任体系において違法性の意識の可能性を否定する余地を認めるという構成が可能か、検討する。

違法性の意識（の可能性）について、判例は「違法性の意識は犯罪の成立要件ではないとする違法性の意識不要説」をとっているものとされる[76]。しかし、下級審裁判例においては、違法性の錯誤につき相当の理由がある場合に故意を阻却するとしたものがみられ[77]、これは、違法性の意識不要説は責任主義の見地から疑義があるとの学説からの批判の影響であるとされる[78][79]。こうした学説、下級審の動向の影響もあってか、判例変更の可能性が垣間見られる判例[80]も見られるようになっている[81]。そこで、本稿では以下、違法性の意識を欠いたことについて「相当の理由」

73）なお、前田・前掲注 48）29 頁は、「行為の違法性を基礎づける事実についても、宗教に関連していると言うことは、原則として、影響しないと解される」と指摘しているが、本稿は例外の余地なく違法性阻却事由に当たらないとする点で、かかる見解とは異なっている。

74）刑法上、可罰的違法性論の議論にあっても伝統的に刑法の謙抑主義の要請は重視されてきた。前田・前掲注 12）109 頁参照。
また、原田・前掲注 9）41 頁は、「判例は、信教の自由の限界について、刑法の構成要件の規定から独立した基準を設定してはおらず、かえって、構成要件該当性が認められれば直ちにその行為を憲法の保障の範囲外であると判断しているように思われる」と指摘し、これを批判している。

75）山口・前掲注 12）132−133 頁参照。

76）山口・前掲注 12）130 頁。もっとも、大審院時代より、若干の例外はある（大判昭和 7 年 8 月 4 日 11 巻 1158 頁）。

77）例えば、石油やみカルテル事件判決（東京高判昭和 55 年 9 月 26 日判時 983 号 22 頁）、羽田空港ロビー事件第二次控訴審判決（東京高判昭和 51 年 6 月 1 日高刑集 29 巻 2 号 301 頁）、黒い雪事件判決（東京高判昭和 44 年 9 月 17 日高刑 22 巻 4 号 595 頁）等。なお、これらの判決の内の一部が最高裁の判断を仰いでいないのは、「検察側が違法性の意識の可能性がない場合に故意または責任を阻却するという判例を作らないことを意図しているからだとも思われる」と指摘されている。西田典之（橋爪隆補訂）『刑法総論（第 3 版）』259 頁（弘文堂、2019 年）参照。

78）山口・前掲注 12）131 頁参照。

79）もっとも、前田雅英「［14］故意論の新展開」法教 140 号 54 頁、57−58 頁（1992 年）は、判例及び学説における故意についての理解を検討したうえで、「実質的故意概念を前提とすれば、違法性の意識の可能性を問題にしないことによる不当な処罰の拡大が具体的に生じることは、ほとんど考えられない」とする。

80）旧百円札事件判決（最一決昭和 62 年 7 月 16 日刑集 41 巻 5 号 237 頁）、羽田空港ロビー事件判決（最一判昭和 53 年 6 月 29 日刑集 32 巻 4 号 967 頁）など。

がある場合には、責任が阻却されることを前提として、宗教行為と違法性の意識（の可能性）の関係について検討する。

違法性の意識の内容は、「刑法的禁止の認識」である[82)]。そして、この禁止の認識は、「構成要件に該当する外形的事実」と「その事実の当罰性を基礎づけている意味」の双方に関連づけられている必要がある[83)]。そうだとすると、構成要件該当事実、違法性阻却事由の不存在及び「意味（狭義）」を正確に認識しているものの、〈宗教行為であることの認識〉を有していたので、違法性の意識を持たなかったということはあり得る[84)]。すなわち、行為者が「自身の行為は一般に禁止されるが、宗教行為として行うのであれば許される」と考えていた場合には、違法性の錯誤を認めることができると思われる[85)]。そこで②責任体系上の帰結としては、②－（ⅰ）を採用すべきであると思われる。そして、その錯誤について相当の理由があれば、違法性の意識の可能性が否定され、責任が阻却される。このような場合の、理論上の位置づけは、以上の表のようになろう[86)]。

81）西田・前掲注 77）259–260 頁。

82）髙山・前掲注 15）306 頁。

83）髙山・前掲注 15）312–315 頁参照。

84）東京高判昭和 31 年 11 月 28 日高刑集 9 巻 12 号 1251 頁、1253 頁は迷信による違法性の意識の欠如を明示的に論じていると思われる。木村・前掲注 9）197 頁は、同判決と加持祈禱事件判決とについて、「『病気平癒のため』に行なったという点については、被告人が誤った信念によって自己の行為が客観的には違法な暴行であることにつき価値判断を誤った（違法性の認識がない）」ということを指摘している（もっとも、加持祈禱事件判決においてはこの点につき明示的な言及があるとは言い難いと思われる）。

なお、違法性の意識の問題として処理されてきた判例、裁判例について、「事実の錯誤と見る可能性はなかったのか」という指摘がある（中山研一「違法性の錯誤の実体（6）――違法性の意識の可能性に関する判例の検討」判タ 971 号 87 頁、87 頁（1998 年））。しかし、本稿で問題とする〈宗教行為であることの認識〉と違法性の意識の問題については、「事実の錯誤と見る可能性」を問題にする余地はないと思われる。なぜなら、〈宗教行為であることの認識〉を事実の錯誤と見ることは、宗教行為性が外形的事実のみで完結する事柄ではなく、必ず行為者の内面に留保される要素が存在する点を無視した解釈論になりかねないためである。

85）この点について、髙山・前掲注 15）322 頁は、「『自救行為は一般に禁止されるが、精神病者に対しては許される』と行為者が考え」て、自救行為に該当する行為を精神病者に対して行った場合には、「結論として『禁止の認識』が本件事実へと関連づけられておらず、違法性の意識はない」と指摘する。

86）この表においては客観系列のセルと主観系列のセルの区別が重要である。客観系列のセルの主観面の反映が主観系列のセルとなっている。客観－事実のセルは法的判断以前の外形的事実としての行為である。同行為の持つ「意味（狭義）」を示すのが客観－「意味（狭義）」のセルである。これに対して同行為についての刑法上意味のない意味を客観的に示すのが、客観－「広義の意味のうち意味（狭

表　〈宗教行為であることの認識〉を理由として違法性の意識の可能性を欠く場合の刑法理論上の構成

	客観	主観	刑法上の帰結
事実	A	A	錯誤があれば故意が阻却される。
意味（狭義）	a	a	
広義の意味のうち意味（狭義）に含まれないもの	【〈宗教行為であること〉については客観的に判断することができない】	宗教行為であることの認識	意味がない。
評価	違法性あり	違法性なし	錯誤があっても故意は阻却されない。

どのようにして〈宗教行為であることの認識〉が責任を阻却するのか、表に基づき説明する。まず、外形的な事実がAであるとする。そしてこの事実について「意味（狭義）」としてaという意味がある。これを客観的に、法的に評価すると違法である。では主観面はどのように整理されるか。ここでは混乱を避けるために行為者は自身の行為の外形的な事実及びその「意味（狭義）」については正確に認識していたとし、主観における事実もA、主観面の「意味（狭義）」もaであるとする。主観における事実がAで、意味の認識がaである以上、故意が阻却される余地はない。しかし、この行為者は〈宗教行為であることの認識〉を有しているところ、これにより〈違法性なし〉という評価を主観面において行うことが考えられる。これについて、宗教行為であるか否かの判断が個人に留保されている以上、当該行為が宗教行為であるか否

義）に含まれないもの」である。もっとも、刑法上意味のない意味を客観的に確定することは文字通り意味がなく、基本的には実益のないセルである。そして、これら三つの客観系列セルを踏まえて、行為の違法性を客観的に判断するのが、客観－評価のセルである。他方主観系列のセルは、客観系列のセルが主観面においていかに反映されているかを示すものであるから、主観－事実のセルは外形的事実をいかに認識していたか、主観－「意味（狭義）」のセルは刑法上意味のある意味をいかに認識していたかを示す。これが、一般的な意味の認識に相当する。そして、主観－「広義の意味のうち意味（狭義）に含まれないもの」のセルは、行為者が主観において認識した、刑法上意味のないもの全てがここに含まれる。当然、自身の行為が宗教行為であるという認識も主観のバスケットクローズであるこのセルに位置づけられることになる。そして行為者が以上の主観系列のセルを踏まえて自身の行為が違法性のあるものか否か判断した結果が主観－評価のセルである。これが一般的に違法性の意識と呼ばれるものである。

かについて、裁判所は判断することができない。あくまで、行為者において〈宗教行為であることの認識〉がなされているか、という判断が可能であるにとどまる。従って、この場合、客観－「広義の意味のうち意味（狭義）に含まれないもの」のセルは空白にならざるを得ない。〈宗教行為であること〉を客観的に認定することはできないからである。敢えて説明するのであれば「〈宗教行為であること〉については客観的に判断することができない」となろう。また、本来刑法上意味のない「広義の意味のうち意味（狭義）に含まれないもの」に過ぎない〈宗教行為であること〉を客観的に意味づける実益も存しない。これらの主観を踏まえて、「違法性なし」との主観的評価を行っているが、このような錯誤があっても――客観－評価のセルと主観－評価のセルが異なっていても――故意は阻却されないことについては、基本的に争いはなかろう[87]。そうだとすると、刑法的に分析して主観と客観がこのような状況下にある場合に、刑を減免するための途は、一つしか残らないことになる。すなわち、主観において〈違法性なし〉と評価したことを非難しないとすること、つまり宗教行為であることの認識に基づく違法性の意識の欠如について、違法性の意識の可能性を否定すること、これによる他ないと思われる。

もっとも②－（ｉ）という帰結は、実際にこの帰結から相当の理由があるとして責任が阻却されるとすれば、同様の行為を当該信仰を有しない一般人が行った場合との不均衡が批判される可能性がある。確かに、本稿でも①－（ｉ）という帰結を、信じるだけで故意が阻却される点の不当性を根拠に否定した[88]。しかし、②－（ｉ）という帰結はその後に相当の理由があるとされない限り、犯罪の成立が阻却されることはない。しかも、違法性の意識の可能性は限定的にしか否定し得ないため[89]、②－（ｉ）のような帰結を採用しても、無罪という結末が導かれる場合は相当に限定されるはずである。この点で、常に無罪という帰結を招く①－（ｉ）とは異なっている。

87）もっとも、厳格故意説をとると、このような帰結は支持できないことになろう。

88）〈宗教行為であることの認識〉を①体系上故意に位置づけたうえで、①－（ｉ）違法性阻却事由該当事実の錯誤として故意を否定するという帰結である。本稿Ⅲ 3（1）参照。

89）西田・前掲注 77）257–261 頁参照。さらに、違法性の意識の可能性が否定され得る典型的な事案類型（「法令の内容を知りえなかった場合」、「権限ある国家機関の指示・判断に従った場合」、「私人・私的機関の判断を信じた場合」）に該当しない場合は、「違法性の錯誤が相当と認められることは、一層困難」との指摘がある。中森喜彦「違法性の錯誤――違法性の認識（可能性）と故意犯としての処罰――」芝原邦爾編『刑法の基本判例』44 頁、46–47 頁（有斐閣、1988 年）。宗教行為と違法性の意識の問題は、こうした典型的な場合には該当しないから、実際に相当の理由が認められるのは限定的な場合であると考えることができよう。

また、逆に、そのような非常に限定的な不処罰の可能性すら残さないことは、却って加持祈禱事件判決の趣旨に反すると思われる。本判決が「一種の宗教行為としてなされたものであつたとしても」と言及したうえで反社会性の検討を行っている以上、「宗教行為」であることに何らかの意義を想定したと読むことができる[90]。ここで仮に宗教行為であることを理由に処罰範囲を限定する可能性を刑法体系上一切否定すれば、宗教行為も「ヤクザ間の抗争事件」と同じ扱いを受けることになるが、加持祈禱事件がこのような判断であったとは考えにくい[91]。従って、宗教行為ゆえの刑の減免という憲法上の要請を実現し得るような刑法理論上の受け皿が必要であり、上記のような理由から、責任体系上の違法性の意識の可能性を否定するという構成が最も適しているように思われる。

従って、本章冒頭で提示した問題に対する答えはさしあたり以下のようになろう。「一種の宗教行為としてなされたものであつたとし」たら違法性が阻却されるという前提は誤っており、「一種の宗教行為としてなされたもの」と信じた場合に、故意が阻却されることもない。もっとも、違法性の意識の可能性が否定される余地はある。

(4)〈宗教行為であることの認識〉についての責任論の本質

前項で検討した詐欺罪の欺罔行為においても、本項で検討している違法性阻却事由に関する錯誤さらに違法性の意識（の可能性）においても、いずれも主観の認定が問題となっている。一般に刑法における主観の認定は、その行為の時点における主観を問題とするものである。例えば殺人罪であれば実行行為時点での行為者の内心的事実としての殺意が問題となる。確かに従前の事情が行為者の実行行為時点における内心を推認する間接事実とされることはあるだろう。しかしそのときも、主要事実はあくまでも実行行為時の行為者の内心であり、行為時の内心こそが究極的な問題となっているのである。

しかし、宗教的な内面が関連する場合の内心の認定は、このようなものになってはいないと思われる。例えば先述した宗教団体が詐欺を行ったような事案では、実行行為時点での行為者の内心が世俗的であったか、宗教的であったかということは殆ど関

90）高柳・前掲注 8）129 頁、安念・前掲注 9）52 頁参照。

91）安念・前掲注 9）52 頁は、加持祈禱事件判決について、「外形的には暴力行為でしかない加持祈禱行為が信教の自由とはそもそも無関係であるゆえに、他の一般の傷害致死事件（例えば、ヤクザ間の抗争事件）とまったく同一の次元で刑法の規定が適用される、と述べたわけではない」と指摘する。

心の外に置かれている。問題となっているのは、この組織が純粋な宗教団体なのか、宗教団体であることを隠れ蓑にした組織的詐欺集団なのか、という点である。これは欺罔行為時点のその一点における内心を推認しているというより、寧ろ継続的な内心を問題としていると言えよう。加持祈禱事件や牧会活動事件についても同様の指摘ができる。その行為について、宗教的な内心を持って行っていたか、というよりは、その人物が宗教的な内面をもった人物なのかという視点が必要とされている。つまり、刑法の主観の問題に宗教が絡むとき、その認定は、行為時点の内心ではなく、行為時点に至る継続的な内心が問題とされているのである。

このように、通常の内面の認定の方法と宗教行為が絡む場合の内面の認定の仕方が異なっているところ、これらの相違をいかに理解するべきであろうか。まず、前者のような認定の方法は「個別の犯罪行為についての意思責任」を問題とする行為責任論[92]に馴染む発想であると思われる。これに対し、後者のような主観の認定プロセスの有する継続性は、寧ろ責任の本質をより継続的に捉えようとする人格責任論に親和的であると思われる。人格責任論は、「道義的責任論の立場をとりながら、当の行為だけではなく、その背後にある人格に責任の基礎をみとめるものである」とされる[93]。人格責任論は、行為責任論の問題点として、累犯加重（刑法 57 条）や常習賭博（刑法 186 条 1 項）のような刑の加重を、個別の犯罪行為についての意思責任を責任の本質とする行為責任論では説明しづらいことに加え[94]、単なる行為責任論では[95]、非難を軽減、減少する方向で働く人格形成過程を考慮することができないということも指摘している[96]。そうだとすると、憲法上の信教の自由として保障されている宗教に対する信仰を通じて、一定の信仰を有する人格を形成した行為者に対して、「人格環境の宗教性」[97]

92）西田・前掲注 77）221–222 頁。なお、最一判平成 26 年 7 月 24 日刑集 68 巻 6 号 925 頁、928 頁は、「裁判においては、行為責任の原則を基礎としつつ、当該犯罪行為にふさわしいと考えられる刑が言い渡されることとなる」と述べており、行為責任論が採用されているようである。樋口亮介「責任非難の意義――複数の視点の析出と構造化の試み」法時 90 巻 1 号 6 頁、13 頁（2018 年）参照。

93）団藤重光『刑法綱要総論（第 3 版）』258 頁（創文社、1990 年）。

94）団藤重光「人格責任の理論」法哲学四季報 1949 巻 2 号 100 頁、126–128 頁（1949 年）。

95）行為責任、人格形成責任、人格責任の用語の整理として、団藤重光「行刑と刑事訴訟との関連」刑政 56 巻 4 号 1 頁、7 頁（1943 年）は以下のように述べているところ、本稿における用語法もこれに依拠することとする。「行為責任と……人格形成責任とを併せて人格責任と称することを得ようか」（一部旧字体を改めた）。

96）団藤・前掲注 93）261 頁参照。

97）ここにいう「人格環境の宗教性」とは、必ずしも敬虔さや信念深さを有するというような意味での宗教的な人格までを必要とはしないと解するべきであろう。敬虔さや信念深さを欠いたとしても

を理由とした責任減少を認める余地もあると思われる[98]。すなわち、行為責任論を前提にしつつも[99]、こうした人格形成の過程が、信教の自由（憲法20条1項）の趣旨に照らして非難に値しないと判断されれば、責任が阻却されるという構成が可能であろう。人格責任論における違法性の意識の可能性の理論では、「一定の行為を許されたものと信じたこと、また信じるようになつたことが無理もないばあいであれば、はじめて、責任――故意と過失とを問わず――が阻却される」とされる[100]。そこで、信教の自由として保障されるような宗教的な人格環境において人格を形成した行為者が「自身の行為は宗教行為であるから違法ではない」[101]と考えたことが「無理もない」といえれば、責任の阻却が可能であると考えられる。

(5) 具体的な判断方法

上記のような枠組みにおける具体的な判断方法については、主に二つの問題があろう。まず、①宗教行為ゆえの責任阻却の趣旨とはいかなるものなのか。次に、これを前提として、②いかなる場合に違法性の錯誤が認められ、いかなる場合に違法性の意識の可能性が否定されるのか。

信教の自由は保障される一方、刑事責任の成否について敬虔さや信念深さを要求するべき根拠もないと思われる。

98）この点、井田良『刑法総論の理論構造』230頁（成文堂、2005年）は、「本人の責めに帰し得ない事情から、特に不良な生育環境に育ったというような『人格環境の異常性』は責任を軽減する方向で考慮されなければならない」という限度において、「行為責任論に立脚しながら、人格形成責任論の趣旨を生かすことは可能であり、そればかりか、そのような余地を残しておいてはじめて行為者に対する回顧的非難が正当化されると考えられる」としているところ、本稿においては、「人格環境の宗教性」を責任を軽減する方向で考慮する限度で、人格責任論の趣旨を生かすことが可能であると考える。

99）なお、樋口亮介「不遇な生育歴と責任非難」慶應法学40号177頁、178頁（2018年）は、「行為責任論を前提としても、不遇な生育歴という負因の存在が、全く責任非難に影響しないと断じることにはなお躊躇も感じられる」と指摘する。

100）団藤・前掲注94）132頁。

101）なお、宗教行為を理由とした違法性の意識（の可能性）の問題は、自身の行為が該当すると誤信した違法性阻却事由が、客観的には存在しない違法性阻却事由である（本稿Ⅲ2（1）参照）という点で、旧来の違法性の意識の可能性の議論と異なっていると思われる。しかし、「法秩序の認めない違法性阻却事由を認められるものと誤信した」場合と、「法秩序によって認められている違法性阻却事由にあてはまらないものをあてはまると誤信した」場合について、「いずれも故意を阻却しない」点では、異ならないところ（髙山・前掲注（15）173頁参照）、本稿ではこうした違いについては問題のないものと考える。

①宗教行為ゆえの責任阻却の趣旨

刑事責任における非難可能性について、以下のような指摘がある。

> 「『非難する』とは、非難する側とされる側とに一種の対等な関係を要求するものだということであるように思われる。非難する主体は国家であるが、それは、法秩序を担う個々の市民によって構成される。非難されるのは行為者である。そして、法的非難が成り立ちうるためには、非難する側の法秩序を担う人と、非難される人とが、対等性をもたなければならない。……ここでの『法秩序の担い手』たる市民は、……潜在的にすべての人と交換可能だという意味では、すべての人でもありうる。」「『非難可能性』が責任の要件であるというときは、この、処罰する国家法秩序の側に立つ市民が、行為者の立場に自分を置きかえてみたときの『非難可能性』が問題となるのである。……［非難可能性が肯定された］場合には、具体的な行為者と処罰する側に立つ人間とが、『法に従った動機づけ』の条件において対等であったと評価されたことになる。逆に、法秩序に従って自己の行為を動機づけるための条件を欠く者は、そのままでは法秩序の側に立つ人間と対等でない。その場合には非難が成り立たず、処罰は許されない。」[102)]

宗教行為ゆえの責任阻却においては、こうした刑法学における非難可能性についての理解に、信教の自由の保障の趣旨を読み込む必要があると思われる。なぜなら、既に述べたように、宗教行為であることは、刑法上は意味のない属性であり、この属性は、信教の自由の保障という憲法的な「意味」を読み込むことで初めて、刑法論において作用することが可能になるからである。

この点、国家には憲法 20 条によって、国民の宗教活動を妨げてはならないという客観法的な規範に基づいて行動することが義務付けられている[103)]。さらに、憲法学上、「各人がその宗教上の自己決定に基づいて自由に宗教活動を行うことができるよう積極的に配慮をすることも許される場合があると考えるべきではないだろうか」という指摘がある[104)]。例えば、エホバの証人剣道履修拒否事件判決において学生が信仰上の理由に基づいて格闘技の実技の履修を拒否した場合に学校の側の「慎重な考慮」を要請したこと、こうした配慮を政教分離原則違反とはしなかったことも、こうした文脈

102）髙山・前掲注 15）271 頁（下線強調は筆者）。

103）宍戸常寿『憲法 解釈論の応用と展開（第２版）』107 頁（日本評論社、2014 年）参照。

104）田近肇「宗教の公益性と憲法」佐藤幸治先生古稀記念論文集『国民主権と法の支配〔下巻〕』349 頁、366 頁（成文堂、2008 年）。

の中に位置づけることが可能であろう[105]。或いは本稿においても後述する刑法第24章の犯罪をはじめとする「特に宗教に配慮した法令の規定」についても同様の理解が可能であろう[106]。憲法はこのように――勿論、政教分離原則や平等原則に反しない限りで、という意味において――「宗教フレンドリー」な国家的態度を国家に要請しているし、国家は基本的にこうした客観法的な規範に従っているといえる。そしてこのような「宗教フレンドリー」な国家的態度のもとで信教の自由の保障を享受するのは、行為者に限られない。法秩序の側に立つ市民も、それを享受している。例えば、行為者Aが、一種の宗教行為として何らかの犯罪行為を行った場合において、信教の自由の保障を享受するのは、独りAのみではない。A以外の市民、例えばB、C、D、E、F……すべての市民がそのような保障を享受している。そうだとすると、「『法に従った動機づけ』の条件」において、AとB、C、D、E、F……が対等であるかにより非難可能性の有無は決せられる。それでは、「対等ではない」といえるのはいかなる場合であるか。信教の自由に基づく責任の阻却であれば、ここにいう行為者と行為者以外の市民の対等性も信教の自由の保障の文脈に即して、検討されるべきであろう。犯罪行為を行ったにもかかわらず責任を阻却すべきとされる場合とは、この行為者に対して国家が「積極的な配慮」を行う場合であると思われる。そしてこの積極的な配慮は、「宗教がわれわれの社会生活において重要な価値を有すること」を憲法が承認していることにより基礎づけられる[107]。そうだとすると、対等でない場合とは、Aの行為が、「社会生活において重要な価値を有する」宗教行為であるといえる場合であると思われる。「社会生活において重要な価値を有する」宗教行為を行う自由は、B、C、D、E、F……にも保障されているのであり、彼ら自身がそのような行為を行う自由を保障されていながら、自分たちの保障されているのと同程度の価値のある宗教行為を行ったAを非難することは、対等ではない、ということが可能であると思われる。確かに、Aは犯罪行為を行っている一方で、B、C、D、E、F……は犯罪行為を行ってはいない。或いは例えば、B、Cは、Aとは別の宗教に属していて、およそAが行うような宗教行為を行うことはないかもしれないし、また、D、E、Fは、特定の信仰を有しない人々であるかもしれない。しかし、彼らのいずれもが、信教の自由の保障を享受している以上、非難可能性に関しては、B、C、D、E、F……とAとは「交換可能」なはずである。従ってAが行ったと同様な行為をB、C、D、E、F

105）田近・前掲注104）365頁参照。
106）田近・前掲注104）350頁参照。
107）田近・前掲注104）366頁、また、同355頁も参照。

……が行う具体的な可能性を問う必要はない。そこで、行為者が行った社会的に重要な価値を有する宗教行為を行為者以外の市民が非難することは対等ではないと考えることができると思われる。

もっとも、このように考えることは、通常の違法性の意識の可能性の議論において、国家の側に何らかの具体的な不適切な行為があることが前提とされていることと、整合的ではないとも思われる[108]。第一に、具体的な見解の表示は存在しないし、第二に、宗教フレンドリーな国家的態度なるものは、憲法20条によって課された客観法的な規範に適合するもので、不適切なものでもない。これらの点で、宗教行為と違法性の意識（の可能性）の問題に通常の非難可能性の問題を応用することは困難であるとも思われる。しかし、第一の、具体性を欠いている点については、少なくとも抽象的な趣旨としては、このような非難可能性の欠如の根拠を措定することは可能であると思われる[109]。次に、第二の、国家の行為が不適切ではないという難点は、以下のように考えることで回避できると思われる。そもそも、こうした「行為者を非難する資格」の喪失が「禁反言法理」に基礎づけられるとすれば[110]、先行する国家の態度と国家による非難行為が矛盾していれば足り、必ずしも先行する行為が不適切である必要はないと思われる。映倫管理委員会の審査を通過した映画について刑法175条の犯意を阻却した黒い雪事件判決[111]も、国家の不適切な先行行為を前提とはしていないように思われる。同判決で示されているように、映倫管理委員会のような自主規制機関が設けられていたのは、国家が映画の倫理基準を保持するための規制を行うことは表現の自由の見地から望ましくないという趣旨によるものであった[112]。この場合、国家は何か不適切な行為をしたわけではない。映倫管理委員会に審査を委ねたのは、表現の自由の要請に適合した国家の行為であり、何ら不適切なものではなかった。そうだとすると、この判決の理論は、表現の自由という憲法上の権利の保障のために国

108）この点について、「刑罰を課そうとする法秩序の側に立つ人間が、行為者の地位に自己を置いてみたときに、これに向かって非難をなしうるか、すなわち、両者が対等な立場にあるといえるかが検討されなければならない。従ってまず一方で、処罰する国家の側において行為者を非難する資格を自ら失っているような場合には、非難の条件がなく、責任を阻却すべきである。」との指摘がある。髙山・前掲注15）329頁（下線強調は筆者）。例えば、旧百円札事件において、警察官の対応が不適切であったとすれば、被告人の非難可能性が減少すると考えることが可能である。

109）仮に、違法かどうか疑わしい宗教行為について、その行為を行う前に公的機関に問い合わせて、適法であるという見解の表示を待って当該行為に及んだものの事後的に違法な行為であるとされた場合に、違法性の意識の可能性の欠如を認めることは可能であると思われる。

110）樋口・前掲注92）9頁参照。

111）東京高判昭和44年9月17日高刑集22巻4号595頁。

家が「一歩引き」、まずは映画の倫理基準の認定に対する関与を控えて映倫管理委員会に委ね、次に映倫管理委員会の審査結果を信頼した場合について責任の阻却を認めたということが可能であろう[113]。そして、この理屈は宗教行為と違法性の意識（の可能性）の議論に応用可能であると思われる。表現の自由に関してのみならず、信教の自由についても国家は「一歩引く」ことが考えられる。国家はまず、宗教とは何かの判断を控え、これを個人に委ねることで、一歩引くことを実践した[114]。これは映画の倫理基準の認定に対する関与を控えて映倫管理委員会に委ねることと同様の構図である。そうだとすると、映倫管理委員会の審査結果を信頼した場合について責任の阻却を認めたのと同様に一歩引き、個人の判断に基づいて「一種の宗教行為」を行った場合に責任の阻却を認めるという構成も理論上は可能であると思われる[115]。

〈宗教行為であることの認識〉により違法性の意識の可能性の欠如を認めるに際しては、かかる抽象論を基底的な趣旨としたうえで、個別具体的な場合について違法性の錯誤が存在するか、存在するとした場合に「相当の理由」があるか問うべきであると思われる。

②いかなる場合に違法性の錯誤が認められ、いかなる場合に違法性の意識の可能性が否定されるのか

112）「そもそも映倫管理委員会の前身である映画倫理委員会が設立されたのは、第二次大戦後国家による検閲制度（活動写真『フイルム』検閲規則、映画法等）が廃止され、表現の自由が憲法上の保障をえたことにかんがみ、映画形式による表現の自由を映画業界関係者自らの手によつて守るために、そしてそのためには、観客の倫理的水準を低下させるような内容の映画は自主的にこれを排除して国家による検閲制度の必要性を事前に除去しようとする目的をもつて発足したものである」として（高刑集 22 巻 4 号 607 頁）、「本件映画以外には公訴の提起をみなかつたという事実は、前記のような憲法的事実の経過に由来する映倫管理委員会の審査制度に対する法の謙抑というべき」である（同 608 頁）と述べられている。

113）なお、大野真義「判批」重判昭和 44 年度（ジュリ 456 号）130 頁、132 頁（1970 年）は、「本件映画が猥褻図画と判断されながら、それが映倫審査を通過していることに違法性の認識の欠如を認めたことは、本判決によって映倫という映画人による自治的機関の自主規制の法的意義を肯定したことにもなるのである」と指摘している。

114）本稿Ⅱ 5 参照。

115）この点について、黒い雪事件では映倫管理委員会の審査はわいせつ性の有無の判断を行っており、これについての信頼が違法性の錯誤に直結するのに対し、宗教行為と違法性の意識（の可能性）の問題では、宗教とは何かの判断を個人が行うことと、客観的には違法な宗教行為について違法性の錯誤が生じることは必ずしも直接的に結び付く事柄ではない。この点で、両議論は完全にパラレルな関係と位置づけることはできない。しかし、相当に類似性は認められるし、抽象的な趣旨のレベルで類似性を肯定したうえで、結論の妥当性は相当の理由の有無に求めることも可能であると思われる。

以下、旧百円札事件判決の判断の枠組みを簡潔に示し、これが宗教行為と違法性の意識（の可能性）の問題にいかに応用可能か、検討する。

旧百円札事件では、被告人らは、旧百円札類似のサービス券を作成したことで通貨及び証券模造取締法 1 条違反の罪に問われたが、サービス券作成の適法性についての問い合わせに対する警察官の対応等から、被告人らは、「処罰されることはあるまいと楽観し」又は「格別の不安を感ずることもなく」同行為に及んだところ[116]、違法性の意識の有無及び違法性の意識の可能性の有無が問題となった[117]。最高裁は、被告人らが、「違法性の意識を欠いていたとしても、それにつきいずれも相当の理由がある場合には当たらないとした原判決の判断は、これを是認することができる」としつつ、「行為の違法性の意識を欠くにつき相当の理由があれば犯罪は成立しないとの見解の採否についての立ち入つた検討をまつまでもな」いと述べたうえで[118]、責任説を採用したとされる原判決の結論を是認した[119]。同判決調査官解説は、違法性の意識の具体的な内容を「自己の行為が法律上許されないものであることの認識」と理解したうえで、「自己の行為が法的に許されないものであることが、漠然とでも表象されていれば足りるのであって、それを確実なものとして表象したことまでは必要でないと解される」としている[120]。そして、同判決が違法性の意識の内実について述べていないのは、「おそらく違法性の意識の認定が微妙でその判断が困難であること、違法性の錯誤に『相当の理由』があるかどうかのほうが判断が容易」であり、本件でも後者の判断で犯罪の成否の判断が可能であったと指摘する[121]。

では、〈宗教行為であることの認識〉により違法性の錯誤の有無及び違法性の意識の可能性の有無が問題となるような場合について、こうした判断の枠組みからどのような示唆が得られるであろうか。まず、旧百円札事件判決の調査官解説が指摘する通り、違法性の意識の有無の判断の方が、違法性の意識の可能性の有無の判断よりも困

116）刑集 41 巻 5 号 240–241 参照。

117）もっとも、後述する通り、最高裁において違法性の意識の可能性の問題に正面から答えていたのか、あまり判然としない。この判決について、髙山・前掲注 15）24 頁は、「違法性の意識に関する一般論を自ら展開することを極力避けようとしたものだとも理解しうる」と指摘している。

118）刑集 41 巻 5 号 241 頁。

119）この点について、齋野彦弥「判批」山口厚＝佐伯仁志編『刑法判例百選Ⅰ（第 7 版）』98 頁、99 頁（有斐閣、2014 年）は、原審の責任説の採用に問題があるという含意で「結論」のみ是認したものであると指摘する。

120）仙波厚「判解」最判解刑事篇昭和 62 年度 138 頁、154–155 頁（1999 年）参照。

121）仙波・前掲注 120）156 頁

難なようである。そしてそれ故に違法性の錯誤の有無と違法性の意識の可能性の有無の問題が区別されなかったり、或いは安易に違法性の錯誤を肯定したうえで違法性の意識の可能性を否定したりするという下級審の傾向がみられることも指摘されている[122]。こうした傾向は宗教行為と違法性の意識の問題では一層顕著になり得ると思われる。〈宗教行為であることの認識〉ゆえに違法性の意識がない、というのは、端的に言えば「宗教行為であるから、違法ではない」という認識が主観において存在することである。そして宗教行為であるか否かについて裁判所が客観的に認定することはできないとすると、宗教行為であるという認識を有しているか、という認定にも裁判所は自ずと慎重にならざるを得ないと思われる。確かに、行為者の行為が宗教行為であるかを客観的に認定することと、行為者が宗教行為であることの認識を有しているかを認定することとは論理的に別のことである。日本の裁判所は基本的に前者を棚上げにし、後者に言及する[123]。そうする限り、「行為者が自身の行為を宗教行為であると認識していること」を否定しても、宗教行為であるか否かの判断自体は避けることができることになる。しかし、「被告人の行為は客観的に見て宗教行為ではない、だから被告人は宗教行為であることの認識を有していたとは言えない」という理屈も理論上は可能である。「行為者が自身の行為を宗教行為であると認識していること」を否定すれば、裁判所がこうした理屈に依拠しているのではないかという疑念が生じ得ると思われる[124]。いかに裁判所がその認定の過程を詳らかに判示しても、宗教が内面的で主観的なものであるがゆえに、その疑いの払拭は困難であろう。そうだとすると、裁判所としては、違法性の錯誤――「宗教行為であるから、違法ではない」という認識が主観面に存在すること――は一旦肯定したうえで、相当の理由があったかを判断する方式の方が、個人の内面との緊張を回避できる点で、採用し易い方式であると言える。

では次にいかなる場合に「相当の理由」が肯定されるか、検討する。旧百円札事件判決調査官解説は「相当の理由」について以下のように類型化する。ひとつが、「法令の発布を知り得ない特殊の事情がある場合」、もうひとつは「法規を解釈運用する

122）齋野・前掲注 119）99 頁参照。

123）加持祈禱事件判決については本稿Ⅱ 5、宗教と詐欺が絡む事案については本稿Ⅲ 1 を参照。なお、安念・前掲注 6）197 頁参照。

124）この点が、巧みなレトリックを用いて宗教とは何かという問題を棚上げにしてきた判例、裁判例に対して、真に内面に立ち入ることを避けることができているのか、という疑問が呈されてきた所以であると思われる。後述本稿Ⅳ参照。

職責のある公務員の公の言明に従った場合ないしこれに準ずる場合」とされる[125]。宗教行為と違法性の意識の問題は、これらの類型のいずれに該当するのか、或いは、いずれにも該当しない新しい類型なのであろうか。宗教行為と違法性の意識（の可能性）の問題を、行為者が宗教的な確信を有しているがゆえに、自身の行為が違法であることに気付かない、という場合であると構成すると、法令の存在を忘却しているという意味で、やや文言上無理はあるが、前者の類型に該当するとも考えられる。他方、前述した基底的な趣旨に照らすと、国家の諸行為を信頼した、という意味で非難可能性が減少するのであれば、後者の類型に該当する可能性がある。相当の理由を「明確に定義づけることは困難」であり、前記の二つもあくまで「ある程度の類型化」であるから[126]、両類型それぞれと類似する点はあるものの、いずれにも該当しない第三の類型と考えることも可能であろう。また、違法性の意識の可能性判断資料として、「行為者の認識した事情」、「行為の法的性質に関する補充的事情」、「行為者自身の個人的事情」、「行為者が行為の法的性質の検討のためにとった手段」、「法律の遵守を求める国家の側の事情」が挙げられている[127]。宗教行為と違法性の意識（の可能性）の問題については、宗教に対する信仰という「行為者自身の個人的事情」が主として考慮されるべきであろう。

そして、非難可能性が認められないことによる責任阻却である以上、上述した基底的な趣旨に沿った認定が行われるべきであろう。例えば、加持祈禱事件においては、「宗教フレンドリー」な国家的態度の下で市民に保障される信教の自由の内容に鑑み、そのような行為についての違法性の錯誤に相当の理由があるか、考慮すべきである。そして、このような反社会的な行為については刑罰による制裁が許されないという信頼は生じないであろう。従って、加持祈禱事件についてはこうした枠組みを採用しても違法性の意識の可能性を否定することはできないと思われる。

(6) 総括

宗教行為であるがゆえの違法性阻却事由は存在しないから、①故意体系上で犯罪の成立を阻却することはできない。それでもなお処罰をすべきでないとされるような極

125）仙波・前掲注 120）156–157 頁。

126）仙波・前掲注 120）156 頁（括弧内の傍点強調は筆者）。

127）松原久利「違法性の錯誤に関する一考察（二）：違法性の意識可能性の判断基準」同志社法學 34 巻 4 号 124 頁、129–131 頁（1982 年）参照。

限的な場合には、②－（ｉ）責任体系上の違法性の意識の可能性を否定する余地があるとすることが可能である。それではこれをⅠで提示した宗教行為に基づく違法性阻却の3つの場合すなわち㋐正当業務行為（刑法35条）としての違法性阻却、㋑憲法20条1項に基づく法令行為（刑法35条）としての違法性阻却、そして㋒超法規的違法性阻却事由として刑法上の処罰が許されないとするものと関連づけるとどのようになるか。Ⅱにおいて示された判例の準則、「宗教とは何かについての判断が個人の内面に留保されている」との関係にも留意しつつ検討する。まず、㋐について正当業務行為は、業務行為という外形に着目して認定することになるから、客観的な判断になじむと言えるので、正当業務行為の認定によって内面に踏み込んでしまう危険性は低く、判例の準則に従うことが比較的容易であると思われる[128)]。もっとも、そもそも宗教行為がこのような正当業務行為として類型化することになじむのか、という点は別途問題になろう[129)]。次に、㋑については、㋐と異なり、必ずしも類型的に判断できず、個々の事案についての判断となり、個々人の内心の信仰に立ち入る虞があるため判例の準則との抵触が問題になり得る。そして㋒についても㋑と同様の問題が生じることになろう。そこで、基本的に違法性阻却事由の判断は㋐㋑㋒の順に行われるべきである。しかし、これらは宗教行為を理由とした違法性阻却事由ではなく、宗教性以外の客観的な、内面の信仰に立ち入らずに判断できる要素から違法性が阻却される場合に限って認められるべきである。無論、こうした行為が偶々宗教行為であることはあり得る。こうした構成が不可能なときにはじめて錯誤が問題となるが、故意が阻却されることはない。ごく例外的な場合に限って、②－（ｉ）責任体系上の違法性の意識の可能性の否定の余地がある[130)]。そして、この②－（ｉ）にあっては責任の本質は人格責任論の趣旨を生かすことに注意が必要である。

128）もっとも、「正当な業務と因果関係がある行為すべての違法性が阻却されるわけではなく、正当な業務による正当な行為のみについて違法性が阻却されるにすぎない」（山口・前掲注12）62頁）ところ、正当業務行為についても違法性阻却に際して実質判断が必要であると思われる。しかし、正当業務という類型的な指針のない場合に比べれば、客観的な判断が容易であり、内面の信仰に立ち入らないように留意するとしたら、正当業務行為による違法性阻却の方が望ましいと思われる。

129）牧会活動について、当該牧会活動を正当業務行為とすることについて、牧会活動の多様性が正当業務行為の類型性になじまない点が指摘されている。大谷・前掲注33）125頁参照。

130）もっとも、違法性の意識の可能性が肯定された場合にも、期待可能性の欠如による責任阻却を認める余地は理論的には可能であろう。中山・前掲注9）99頁、松原久利「違法性の錯誤に関する一考察（一）：違法性の意識可能性の判断基準」同志社法学34巻3号82頁、123頁（1982年）参照。また、責任能力の問題になる場合もあり得る。加藤久雄「判批」判タ310号105頁（1974年）参照。

Ⅳ　最終的な基準

確かに、〈宗教行為であることの認識〉を刑法上意味のない属性についての認識と位置づけて、その刑法理論上の機能を違法性の意識（の可能性）に関する議論に限局することは、個人の内面的な宗教性の認識に対する裁判所の関与を避けるという意味では、最も合理的な方法であると思われる。違法性の意識とは、「構成要件的事実と意味とに関連づけられた、刑法的禁止の認識」である[131]。宗教性を刑法上意味のない属性と位置づけた以上、違法性の意識が関連づけられる「構成要件的事実と意味」について、宗教性が関係することはない。そして刑法的禁止の認識についても、宗教性は少なくとも直接的には問題とならず、こうした禁止の認識の有無をあくまで間接的に左右する場合がある、というだけである。Ⅲ 2（5）で述べたように、違法性の錯誤を緩やかに肯定するのであれば、宗教性が事実上問題とされるのは、違法性の錯誤の相当の理由の有無の問題に限局されることになり、その場合、宗教性の果たす役割は一層間接的なものになるだろう。

しかし、そうであっても、最終的には相当の理由の有無を判断するときに、宗教ないし宗教行為の内容を参酌することは不可避であると思われる。具体的な個々の事案は「宗教行為」である点では共通しており、それでいて結論を分けるには、いかなる「宗教行為」であったか、問わねばならない。例えば、加持祈禱事件判決は、「被告人の右行為が著しく反社会的なものであることは否定し得ない」と述べており[132]、この判決の有罪という結論に争いはなく、この事案について違法性の意識の可能性を否定し、犯罪不成立とすることは不当であろう。また、仮に法に違反することこそを信仰の実践と位置づける確信犯的な宗教、いわば「法破り教」があったとして、「法破り教」の宗教行為についても違法性の意識の可能性が否定されるという結論は明らかに不当である。仮にこれを認めれば、爾後犯罪を始める前に新宗教を創始することが犯罪者たちの常套手段になり、こうした犯罪に対して刑罰を課すことができないとなることは刑法解釈論はもとより常識的にもあり得ない。他方で加持祈禱事件と異なり、結論に争いのある事案において無罪との結論を導くことができるとしたら、当該行為が、加持祈禱事件における加持祈禱行為や「法破り教」の「宗教行為」と異なることが論証されねばならない。そしてそれは加持祈禱事件の加持祈禱行為や「法破り教」

131）髙山・前掲注 15）312 頁。
132）刑集 17 巻 4 号 305 頁。

の「宗教行為」についての違法性の錯誤には相当の理由がなく、結論に争いのある事例における違法性の錯誤には相当の理由があることの論証でなければならない。違法性の意識を欠いた原因が〈宗教行為であることの認識〉である以上、相当の理由の有無はこの認識の内容に立ち入って価値判断を行う必要がある。ではこの価値判断は、いかなる内容の基準においてなされるのであろうか。

本章では、この問いに答えるために、まずはアメリカ憲法判例との比論を通じて、アメリカにおける、裁判所の宗教に対する向き合い方を検証する（後述 1）。次に、宗教が保護法益の側に位置づけられて刑法と関連する局面である刑法第 24 章の犯罪について取り上げる（後述 2）。以上を踏まえて、宗教性を違法性の意識の可能性の議論の中で機能させる場合に必要な、最終的な価値判断の基準を提言する（後述 3）。

1　アメリカ憲法判例との比論

上記の議論は専ら日本法を対象としたが、アメリカの判例においては、信教の自由を理由とした義務の免除が争われた事案が多数ある[133]。ここではこれらの中で、刑罰による制裁の関連するもののうち、内面の認定に関する本稿の問題意識との関係で重要と思われる事案について検討する。

(1) United States v. Ballard 判決

被告人が信教の自由条項を理由に無罪主張をした場合に裁判所や陪審員が被告人の内心に対してどのように向き合うべきかを示したのが、United States v. Ballard 判決[134] である。この事件で、被告人は郵便を詐欺に用いたことで起訴されたが、欺罔行為とされていたものが被告人の宗教上の教義や信念を含む表現であったところ[135]、アメリカ合衆国憲法修正第 1 条との関係が問題となった[136]。同判決によると、地方裁判所は、彼らの述べていたことが真実か否かは裁判所そして陪審員の関知するところではなく、陪審員が判断すべきことは被告人らが真にそして誠実にこれらのことを信じていたのかという点であり、そうであれば無罪で、そうでなければ有罪であり、この判断に宗教が入り込む余地はないとした[137]。これに対し巡回裁判所はこの判決を破棄し、被告人らが述べたことの内容の真実性の判断が必要であると述べ

133）例えば、良心的兵役拒否、宗教的事情に基づく義務教育の免除、宗教的事情に基づく社会保障費用の支払いの免除、宗教的理由に基づくペヨーテの摂取、宗教的な言説の詐欺罪の欺罔行為該当性等が挙げられる。

134）United States v. Ballard, 322 U.S. 78（1944）.

た[138]。本判決は以下のように述べて地方裁判所の見解を正当とし、本判決の見解に従った訴訟を行わせるために、差し戻された。

> （被告人）「の掲げる宗教観はばかげているとは言わないまでもほとんどの人にとっては信じがたいように思われるが、この真否を陪審員に判断させるとすれば、同じことが他の宗教・宗派についてもなされ得ることになる。そうなると、そのような任務を課された陪審員は、許されない領域に踏み込むことになる。修正第 1 条は、特定の宗派や宗教を選んで贔屓することはしないのである。」[139]

ここで本稿の問題意識から注目すべきことは、被告人の信仰について、陪審員によってそれを判断させることはできないとした点に、内面の信仰に立ち入ることを避ける日本の最高裁と類似した問題意識が存在することである[140]。もっとも、被告人らが真摯に本件行為を行っていたと認定する際にも、例えば本件のように「ばかげているとは言わないまでもほとんどの人にとっては信じがたい」宗教的少数派の宗教観は、真摯であると判断されにくいことも同時に指摘できよう[141]。

（2）Wisconsin v. Yoder 判決

更に、具体的な判断内容について注目に値するのが、Wisconsin v. Yoder 判決である[142]。

135）本判決によると、起訴状は、被告人らが「人の病気や疾患を治すことができ、疾患、怪我、或いは病気に苦しむ人々を回復させることができる超自然的な能力によって、彼ら三名が医療専門家によって治療可能とされているものから治療不能とされているものに至るまで、これを治すような能力や力を有していると人々を欺罔した、更にこの三名が、いずれか一人或いは全員の行為によって何百人もの病気や疾患に苦しむ人々を実際に治療してきたということも言った」ことなどを欺罔行為と解したようであり（*Id*. at 79–80.）、被告人らが「それが偽りであることを『よく理解していた（well knew）』」（*Id*. at 80）としたようである。

136）*Id*. at 79–81.

137）*Id*. at 81–82.

138）Ballard v. United States, 138 F. 2d540, 545（9th Cir. 1943）.

139）322 U.S. at 87.

140）山口智『信仰と法規制：アメリカ法の議論から』神戸市外国語大学研究叢書 55 号 36 頁（神戸市外国語大学外国学研究所、2015 年）は、「信念を真摯に抱いているのか審査するのは、非常に難しい」と指摘する。

141）諸根貞夫「信教の自由条項の解釈に関する一考察：アメリカ合衆国連邦最高裁判例における宗教の自由に対する『負担』の議論に触れて」龍谷法学 42 巻 4 号 1539 頁、1579 頁（2010 年）参照。

142）Wisconsin v. Yoder, 406 U.S. 205（1972）.

この事件では、文明社会から隔離された農耕生活を送るアーミッシュ派の信徒が、その子にウィスコンシン州の義務教育を受けさせることを一部拒絶したことで、罰金刑が科され、このことが当該信徒（子に義務教育を一部受けさせなかった親）の信教の自由を侵害しないかが問われた事案である[143]。本件の論点は多岐にわたるが、ここでは本稿の問題意識から重要と思われる二つの箇所を引用し、それらの関係性を検証する。

［A］「アーミッシュ派の特徴が多数派の目にいかに映ろうとも、記録によればアーミッシュ派のコミュニティは我々の社会における高度に成功した社会的単位の一つであることは確かであり、それはたとえ保守的な『主流派』からかけ離れたものであっても異なるところではない。アーミッシュの構成員は、生産的で、よく法を守る社会の構成員である……。」[144]

［B］「今日の多数派が『正しく』、アーミッシュ或いはアーミッシュのような人々が『誤っている』と思い込んではならない。ある生活様式が奇妙であったり常軌を逸していたりしたとしても、他人の権利や利益を侵害しない限り、異なるからという理由で、非難されてはならないのである。」[145]

［B］において、少数派の尊重がうたわれている。しかし、［A］で述べられていることは、いかに理解できるであろうか。例えば、もし、［A］で述べられているのとは反対に、ある宗教ないし宗派に属する人々があまり法を守らないような人々であればそうした宗教ないし宗派は保護されないということになるのだとしたら、アーミッシュ派の考察に［A］にあるような要素が考慮されているのは、ある種の社会的な価値観が背景に存在していることに起因すると思われる[146]。

(3) 小括

内面の信仰に対する裁判所の向き合い方については、いずれも、内面には立ち入ろうとしない点において、日米に大きな違いはないと思われる（1）。もっとも、宗教に

143）*Id*. at 205.

144）*Id*. at 222.（下線強調は筆者）。

145）*Id*. at 223–224.

146）*See*, *id*. at 246–247, (Douglas, J., dissenting in part). 山口・前掲注 140）37 頁、諸根・前掲注 141）1567 頁参照。

関する事例でも、アメリカにおいては一定の価値観が表明されていると思われる（2）。

2　刑法第 24 章

Ⅲまでは、加持祈禱事件を主要な素材として、宗教行為が刑法上の犯罪構成要件に該当するないし該当し得る場合、言い換えれば、憲法 20 条の保護する信教の自由と刑法上の保護法益が対立する構図の事例を検討対象とした。本章では、それとは反対の構図、すなわち憲法 20 条の保護する信教の自由と刑法の保護法益が対立しない構図を検討対象としたい[147]。

具体的には、刑法第 24 章に定められる礼拝所及び墳墓に関する罪を検討対象とする。これらの罪の保護法益について検討し（後述（1））、それを踏まえて、Ⅲまでの検討で提起された「宗教が刑法上問題になるとき、真に内心の信仰に触れないことができるのか」という問題意識に沿っていくつかの裁判例や学説を参照することにしたい（後述（2））。

（1）保護法益

刑法第 24 章の犯罪は、社会的法益を保護するものとされる。もっとも社会的法益に対する犯罪は、「かなり異なった性格の諸犯罪からなる寄合所帯」とされるころ[148]、刑法第 24 章の犯罪も「社会的法益」をより具体化した形で検討されるべきである[149]。まず、192 条の変死者密葬罪は、行政犯的性格の規定であり[150]、本稿の問題意識は刑法と宗教の関係にあるため検討対象から除外する。同章の他の犯罪[151]については、「一般通常人の有する宗教的感情、特に死者に対する敬虔感情を害する行為」が処罰対象とされている[152]。もっとも、こうした保護法益の捉え方についても争いはあるが、本稿ではこの通説的な見解を前提に議論を進めたい[153]。

こうした保護法益についての学説上の主たる問題意識は以下の二点になると思われ

147）もっとも、刑法第 24 章を社会的法益に対する犯罪とする以上、必ずしも憲法 20 条の信教の自由を保護する犯罪類型であるとは言えない。しかし、少なくとも、前章までの検討と異なり両者が対立するものではないという限りで、これら二つの構図を二項対立的に捉えることも可能であろう。なお、憲法 20 条を刑法第 24 章の保護法益の中に組み入れる見解につき、後掲注 153）を参照。

148）原田保『刑法における超個人的法益の保護』254 頁（成文堂、1991 年）。

149）井田良『入門刑法学・各論』188 頁（有斐閣、2013 年）参照。

150）井田良『講義刑法学・各論』516 頁（有斐閣、2016 年）。

151）礼拝所不敬罪（188 条 1 項）及び説教等妨害罪（188 条 2 項）、墳墓発掘罪（189 条）、死体損壊等罪（190 条）、189 条と 190 条の罪の結合犯たる墳墓発掘死体損壊等罪（191 条）。

る。①「感情」が不明確であることと、②宗教と刑法が関わるゆえに、宗教的価値観の押し付けに対する懸念が生じることである[154]。そして、これらの問題意識は、Ⅲまでの検討での問題と通底するものがあるように思われる。まず①については、前章においても「宗教」の不明確性故の問題が提起されていた。次に②ついては、これも宗教を定義しようとしない最高裁の価値判断と通底している。しかし、Ⅲまでの検討は憲法 20 条の保護する信教の自由と刑法上の保護法益が対立する構図の下で、宗教は個人的な憲法上の権利として問題になっていた。これに対して、Ⅳで検討対象としている刑法第 24 章の問題においては憲法 20 条の保護する信教の自由と刑法の保護法益が対立しない構図の下で、宗教は社会的法益として保護されるのである。この保護法益の違いは、この二つの異なる類型における宗教と刑法の間にどのような差異をもたらすのであろうか。次項では、保護法益に焦点を当てつつ、裁判例、学説の検討の中で、Ⅲまでに検討した類型との差異を検討することにしたい。

(2) 検討

以下では、裁判例、学説を参照しつつ実際の解釈において上記の保護法益の議論がいかに法解釈に反映されているか検討する。

①最二決昭和 43 年 6 月 5 日[155]

この判決では、酒に酔った被告人らが午前 2 時ころに、共同墓地において墓碑を押

152）井田・前掲注 150）511 頁参照。

なお、原田・前掲注 148）252 頁は、188 条の保護法益を「当該宗教に関わる人々の感情ないし自由」とし、189 条以下の三条については、「『死者は平穏に葬祭されるべきである』という理念が保護の対象」とする。確かに、宗教と死者に対する感情は厳密に一致するものではないから（平野龍一「刑法各論の諸問題（16）」法セ 224 号 68 頁、70–71 頁（1974 年）参照）、これを分ける実益はある。しかし、宗教と死者に対する感情は多くの場合は重なるため（同 70 頁参照）、本稿ではこれらを敢えて区別せずに論じる。

153）例えば、伊藤司「刑法における宗教感情に関する一考察――特に 188 条 1 項をめぐって」社会科学論集（九州大学）27 集 1 頁、46 頁（1987 年）は 188 条 1 項の保護法益を「神、仏、死者その他に関する思考を形成し又は決定する自由」とする。確かに、こうした捉え方は信教の自由との関係に着目している点で、本稿の問題意識から重要な指摘であるとも思われる。また、この説は「感情」ではなく「自由」を根拠とすることで、「様々な事情を考慮に入れた、余裕のある判断が可能となる」こと、「感情」よりも犯罪の成立に謙抑的になることをその利点として挙げている。しかし、少なくとも本稿の問題意識からすれば、本文に示した通説的見解と大きな相違点は生じないと思われる。

154）伊藤・前掲注 153）38 頁、平野・前掲注 152）71 頁等参照。

し倒したところ、この行為について、188 条 1 項の成否が問題となった。

本件ではまず、「公然」の文言の解釈が問題となった。この文言の定義自体は公然わいせつ罪（174 条）、わいせつ物頒布等罪（175 条）、名誉棄損罪（230 条）、侮辱罪（231 条）等と同様に「不特定又は多数人が認識しうる状態」[156] と解され、ほぼ争いがない [157]。大きく問題になったのは、第一に、不特定又は多数人の覚知し得る状態とは不特定又は多数人が居合わせる必要があるのか、第二に、公然性は行為時に存在する必要があるのかという点である [158]。

まず前者について、本判決は不特定又は多数人が居合わせる必要はないとするようである [159]。もっともこれに対しては偶々居合わせなかった場合に犯罪の成立を否定しないという意味で解するべきとの見解があり [160]、本判決も偶々居合わせなかった場合に犯罪の成立を否定しない趣旨と解することも可能かもしれない。ただ、公然性は行為時に存在しなければならないと解することとの関係で、判例は偶々居合わせなかった場合に犯罪の成立を否定しないという趣旨ではなく、端的に人が居合わせることの必要性を否定しているのではないかと指摘する見解もある [161]。次に、後者について「公然と不敬な行為をした者」との条文の文言及び本罪の保護法益を根拠にして、行為時に存在する必要があると解するようである [162]。

そして、このように公然性の解釈が大きな問題となっているのは、宗教感情を保護法益としたことに起因するとされる [163]。この保護法益の問題が大きく問題となっていた事案は、本最決のように墓石を倒すといった明らかな不敬行為ではなく、より法益侵害性が低いと思われる以下の事案であった。

155）刑集 22 巻 6 号 427 頁。

156）山口・前掲注 12）260 頁、大判昭和 6 年 6 月 19 日刑集 10 巻 287 頁。

157）坂本武志「判解」最判解刑事篇昭和 43 年度 135 頁、137 頁（1973 年）参照。

158）坂本・前掲注 157）137–139 頁参照。

159）坂本・前掲注 157）137–138 頁参照。その理由付けとして、これを必要としては犯罪の成否が人がいるか否かの偶然に左右されることになってしまうこと、公然要件についての故意の否定すなわち人がいたことに気が付かなかったということで容易に犯罪の成立が否定されることは不合理であること、処罰に値しないほど人が居合わせる可能性の低い場合には、覚知されうるような状態にはないとすれば足りることの三点を挙げる。

160）平野龍一「判批」警研 42 巻 5 号 105 頁、106 頁（1971 年）

161）香川達夫「判批」芦部信喜＝若原茂編『宗教判例百選（第 2 版）』204 頁、205 頁（1991 年）参照。

162）坂本・前掲注 157）138–139 頁参照。

163）伊藤・前掲注 153）3 頁参照。

②東京高判昭和 27 年 8 月 5 日[164]

本件では、被告人は以前にＳ方の強盗事件について被疑者として取り調べられたことがあったところ、以来被告人とＳは相反目していた。旧盆の時期に自身の家の墓参りをした被告人はその折にＳ方の墓地において「畜生意地がやけら、小便でもひつかけてやれ」と放言しながら、放尿する格好をしたところ、同行為について、刑法 188 条 1 項の礼拝所不敬罪の成否が問題となった。

本判決は以下のように述べたうえで本件被告人の動作を「その放言と相まつて一層これを見る者の宗教的感情を傷けるに十分であつたと考えることができる」とし、「一般国民の宗教的感情を著しく害するもの」と評価して、同罪の成立を肯定した原判決を是認した。

> 「思うに、同条は、国民の宗教的崇敬ないしは死者に対する尊敬の感情を害する行為を処罰するものであつて、そのいかなる行為がこれに該当するかは時代によつて同一ではないであろう。しかしながら、今日のわが国の公衆一般の感情としては、特に清淨を保つべき場所たる墓所の区画内において放尿するがごときはなお明らかに墓所の神聖を穢すものと観念されるのであつて、このことからさらに推して考えるならば、たとえ現実には放尿しなくとも、放尿するがごとき格好をすること自体、見る者をしてその墓所に対する崇敬の念に著しく相反する感を与えるものといわなければならない。」[165]

この判決については、この程度の行為が刑法上の処罰に値するのか、つまり本件被告人の行為が「不敬の行為」に該当するのかという疑問が提起されている[166]。もっとも、この「不敬の行為」の文言の解釈は前記引用箇所の判示にみられるように本罪の保護法益についての理解、すなわち「国民の宗教的崇敬ないしは死者に対する尊敬の感情を害する行為を処罰するものであつて、そのいかなる行為がこれに該当するかは時代によつて同一ではない」という理解に起因するものである[167]。そして、宗教感情を保護法益と捉える本判決に対し、以下のような批判がなされている。

164）高刑集 5 巻 8 号 1364 頁。

165）同 1365−1366 頁（下線強調は筆者）。

166）新倉修「判批」芦部信喜＝若原茂編『宗教判例百選（第 2 版）』206 頁、206−207 頁（1991 年）は、旧刑法時代からの沿革をも参照したうえで、本判決に対して疑問を呈している。また、伊藤・前掲注 153）3 頁は、可罰的違法性が阻却される余地を認めている。

167）新倉・前掲注 166）206 頁参照。

「……当該行為を『見る者』の『墓所に対する崇敬の念』『宗教的感情』と『国民』『公衆一般』『一般国民』の『宗教的崇敬ないしは死者に対する尊敬の感情』『宗教的感情』とを、うまく結合させて比較的異論の少ない形で理由づけをしようという工夫がなされているように思われるのである。その意味で、日本の判例は、比較的良く考えられたものであるといえるし、『感情』の主観的側面を等閑視しているともいえないわけであるが、『公衆の［一般の］』宗教感情の技術性、虚構性の非難は、ここでも、あてはまらないわけではないように思われる。また、主観的側面の考慮も、結局は裁判官の主観に依存することになるのではないかという、宗教『感情』の主観性の非難が、やはり主張される恐れがある。」[168)]

本稿における問題意識から重要なのは、上記の下線を付した部分である。Ⅲでの問題意識は、「宗教」を客観的に定義することはできず、かつそれは国家が個人の内面の信仰に立ち入るべきではないという正当な価値判断に依拠しているのであるが[169)]、「一種の宗教行為」が刑法上の犯罪に当たり得る場合に、果たして内面の信仰に立ち入らない判断は可能なのか、というものであった。これに対し、188 条の問題では、上記引用の見解はまず「『公衆の［一般の］』宗教感情の技術性、虚構性の非難」を指摘する[170)]。ここでは、個人の内面の信仰ではなく、あくまで「公衆の［一般の］」法益について論じているのである。次に「宗教『感情』の主観性の非難」を問題としているが、これは「宗教」の主観性を問題としていたⅢの議論の構造とは異なっている。188 条の文脈で問題とされる主観性は、「宗教」の主観性ではなく「感情」の主観性である。

Ⅲで検討した問題とⅣで検討している問題の構造が異なるのは、本罪の保護法益が社会的法益である以上当然のことである。刑法第 24 章において保護されるのは個々の特定の宗教でも個々人の信仰自体でもない[171)]。その限りで、刑法第 24 章の主観性の問題は前章で検討したような宗教の定義の困難性や宗教の定義を回避すべき要請

168）伊藤・前掲注 153）38 頁（下線強調は筆者）。

169）小泉・前掲注 9）85 頁参照。

170）なお、伊藤・前掲注 153）は、刑法 188 条に類似するドイツ法上の犯罪の保護法益が、宗教感情という個人的な法益から、公衆の宗教感情さらには公共の平和という社会、公共的法益の保護へと変遷していったことを指摘している。

171）山口・前掲注 12）436 頁参照。

は働かないのである。しかし、社会的法益として保護するとしても、それを保護することが一定の「宗教」に対する関与になり得るという限りにおいて、潜在的には宗教の定義の困難さの問題さらには、宗教を定義すべきではないという要請はなお存在すると言える[172]。しかし、社会的法益としてこの犯罪をとらえたので、この困難さについての批判は「『公衆の［一般の］』宗教感情の技術性、虚構性の非難」と「宗教『感情』の主観性の非難」という形で現れることになる。そしてこれを裏から言えば、刑法第24章の犯罪は、保護法益を社会的法益と捉えることにより、宗教の定義についての困難性の問題を「『公衆の［一般の］』宗教感情の技術性、虚構性の非難」と「宗教『感情』の主観性の非難」という問題に棚上げしたのであり、これは、加持祈禱事件判決が「一種の」との文言と「としても」との言い回しによって「宗教行為」の曖昧性の問題を棚上げにしたことと同様の構造を有していると指摘できよう[173]。

3 「社会」という基準

(1) 基準の内容への疑問

アメリカの判例では、真摯であるかの判断をする場合にも、義務免除の許容性を語る場合にも、何らかの価値観が介在していることは否定できないと思われる。それでは、Ⅱ5で見た準則――宗教とは何かについての判断は個人の内面に留保されなければならないという準則――に従う日本の最高裁について、このような価値観の表明を行ってはいないと言い切ることはできるだろうか。

アメリカにおいて価値観の表明が不可避であったように日本でも何らかの価値観の表明は不可避であったのではないだろうか。例えば、世俗性を認定して、行為者の行為はあくまで世俗的な詐欺行為であったと認定することは、裁判所が触れなかった内面の信仰に対して黙示的に否定的な判断をしていることになり、少なくともその限りで内面の信仰に触れることになっているとも思われる[174]。違法性阻却事由の問題でも、結局何らかの価値判断がある程度行われている可能性があり、判決が宗教行為に言及している以上、その価値判断は宗教に関連せざるを得ないのではないかと思われる[175]。そ

172）ドイツ刑法において、精神的な議論に刑法が介入することに対する消極的な見解がみられるところ、かかる見解が日本法にも示唆を与えることを指摘するものとして、平野・前掲注152）71頁参照。

173）本稿Ⅱ5参照。

174）前掲注55）参照。

175）この点について、牧会活動事件判決が述べているように、「内面的な信仰と異なり、外面的行為……が、その違いの故に公共の福祉による制約を受ける場合のあることはいうまでもないが、その

して、この問題は、Ⅲにおいて提示した違法性の意識（の可能性）の問題として宗教性の認識を機能させる場合にも妥当すると思われる。

⑵「社会」という基準

こうした最終的な価値判断の内容をいかなるものとするかという問題は、刑法第24章においては、生じていないようである。しかし、刑法第24章の犯罪においても、「宗教」とは何かという点に対する明確な答えを裁判所は持っていないし、また持つべきではないことは、Ⅲで検討した諸事例と同様である。それでも刑法第24章の犯罪が、この問題を回避し得たのは、保護法益が社会的法益であり、個人的法益ではなかったためである。これを裏から言えば、保護法益論レベルでの「社会」への棚上げが、この問題を回避するための理論操作であったということができる。

この棚上げの理論操作は、Ⅲで検討した諸事例においても、寧ろ必要であったと思われる。これらの事例に関する裁判例は、判決上の文言を注意深く操作することで、少なくとも表面上は内面の信仰に立ち入っていないようなレトリックを形成し、おそらくは内面の信仰に踏み込むことを回避できていたと思われる。そして、その巧みなレトリックの中で示されていたのは社会的な価値観であったと思われる[176]。この点について、加持祈禱事件判決と牧会活動事件判決について、学説上以下のような指摘がある。加持祈禱事件については、「社会的義務に違反し、社会に対する犯罪を構成するものに当たる」のに対し[177]、牧会活動事件については「『社会的集団生活』の内在的基礎規律を侵害したか否かの判断が争訟判断の核心を構成することになろう」とする[178]。そして、この対比は以下のような議論により基礎づけられている。

「市民の自由と市民の自由とは共倒れしないための市民社会内在的な、古典的市民法

制約が、結果的に行為の実体である内面的信仰の自由を事実上侵すおそれが多分にあるので、その制約をする場合は最大限に慎重な配慮を必要とする」（刑月7巻2号112頁）。

また、こうした点に関連して、小林節「アメリカ憲法における『宗教』概念」法学研究（慶應義塾大学）62巻2号1頁、13頁（1989年）は、「『心』は自由だが、『行動』は自由ではないというのでは、それは、単に人権と公共の福祉の調整という当然の大原則を述べただけのことか、あるいは、むしろ、信教の自由の保障を結果として蔑ろにすること以外の何ものでもなくなってしまうのではなかろうか」と指摘する。

176）具体的には、加持祈禱事件の「著しく反社会的なもの」、東京地判平成17年7月15日の「著しく反社会的で違法なもの」との文言にこうした姿勢が表れていると思われる。

177）高柳・前掲注8）145頁。

178）高柳・前掲注8）135頁。なお、同論文時点では、牧会活動事件は判決には至っていなかった。

的な規律（「殺すなかれ、傷つけるなかれ、盗むなかれ、欺くなかれ、姦すなかれ」等々）の制約の下にあり、すべての市民はこれに服する限りにおいて、国家の市民法貫徹担保のための、主として司法権による干与以外の権力的介入干渉を受けないため、国家に対して自由であるわけである。」[179]

加持祈禱事件はこのような古典的市民法的な規律としての傷害罪が問題となっているのに対して、牧会活動事件で問題となる犯人蔵匿罪は国家的法益に対する罪であり、古典的市民法的な規律に違反している場合ではないとして、両事件を区別しているようである[180]。この立場を刑法理論に引き直すと、まず保護法益論において宗教行為であることを考慮したうえで[181]、次にその帰結は違法性阻却事由の有無により決せられるということになろう。しかし、この構成には二つの疑問がある。第一に、保護法益の区別のみで、柔軟な事案解決が図れるのであろうか。例えば本稿Ⅲ 1 で検討したような詐欺罪の事案における慎重な判断方法をこの理屈のみで説明しきれるかは疑問を容れる余地があると思われる。第二に、こうした価値判断の刑法上の位置付けを違法性の体系に置くことは、違法性という客観的な判断が要請される体系[182]に宗教性を位置づけることになり、宗教とは何かの判断を個人に委ねる判例上の準則との抵触が生じると思われる。

(3) 違法性の意識（の可能性）における「社会」という基準

上記のような問題点に鑑みると、「社会」という価値判断の基準は、違法性の意識（の可能性）の議論に位置づけることが適切であると思われる。違法性の意識（の可能性）の議論は、保護法益が何であれ可能であり、あらゆる犯罪に対して柔軟に、宗教行為であることを理由とした刑の減軽の余地を認めることが可能となる[183]。また、責

179）高柳・前掲注 8）146 頁。

180）高柳・前掲注 8）146–159 頁参照。

181）この点、高柳・前掲注 8）149 頁は、「ここに社会的義務に対する背反あるいは社会に対する犯罪といわれているものは、わが国の刑法の理論および実務で使われている分類における『社会的法益に対する罪』だけでなく、『個人的法益に対する罪』を含むものと考えてよいと思われる」と述べている。加持祈禱事件における傷害致死罪もこうした犯罪の一つに含める趣旨であろう。

182）前掲注 64）参照。

183）もっとも、宗教行為であることを理由とした刑の減免が広く行われるべきであるということを主張する趣旨ではない。あくまで加持祈禱事件判決が示唆した宗教行為であることを理由とした刑の減免の余地を認めるのに最もふさわしい刑法理論上の体系的地位は違法性の意識（の可能性）である、という趣旨である。

任という主観的な判断の体系に置かれているため、宗教とは何かの判断を個人に委ねる判例上の準則との抵触の問題は一応回避できると思われる。しかし、これはあくまで、一応回避できるというだけのことで、究極的には間接的にとはいえ関係せざるを得ないことについては既に述べた[184]。

さらに、こうした判断の位置づけはⅢ 2（5）①において述べた宗教行為ゆえの責任阻却の趣旨とも適合的であると思われる。そもそも、憲法学上、「各人がその宗教上の自己決定に基づいて自由に宗教活動を行うことができるよう積極的に配慮をすることも許される場合があると考えるべきではないだろうか」といった主張は、「宗教がわれわれの社会生活において重要な価値を有することを承認していると考えるべき」であることに基礎づけられていたのである[185]。社会生活における重要な価値への承認が、「宗教フレンドリー」な国家的態度の動機であるとするならば、かかる国家的態度により発生した信頼が責任阻却の根拠になり得るのは、あくまで社会生活における重要な価値が承認されるような宗教行為であることが前提とされるとみるべきである。こうした価値の存在の誤信が違法性の錯誤を招いた場合、違法性の錯誤に相当の理由はないとされるべきである[186]。加持祈禱事件を違法性の意識（の可能性）の議論において検討するのであれば、行為者は社会生活における重要な価値を有しない「著しく反社会的なもの」について、違法性の意識を有していなかったに過ぎず、この違法性の錯誤に相当の理由はないということになろう。また、前述した、確信犯的な「法破り教」については、そもそも自身の行為が社会生活における重要な価値を有しているという感情が欠如しているから、たとえ行為者の認識に従って当該行為が「宗教行為」であると認められたとしても、違法性の錯誤について相当の理由があるとは言えないと思われる。また、宗教と詐欺が関連する事案についての裁判例の判断は、欺罔行為性の認定という構成要件体系での議論ではあるものの、発想の方式はこうした解釈論と類するものと見ることができると思われる。すなわち、東京地判平成17年7月15日が、「宗教でない」ことを認定し、「宗教」でないことを認定しないと

184）Ⅳ 3（1）参照。

185）田近・前掲注104）366頁。

186）行為者は自身の宗教行為には重要な社会的価値があると誤信していたが、実際にはそのような価値はなく、責任阻却が成立するような行為ではなかった、という場合は、「責任阻却事由の錯誤」に該当すると思われる。しかし、このような錯誤を理由に責任を阻却することはできない。仮にこのような錯誤を理由に責任の阻却を認めると、「禁止行為に出る意思決定について、その禁止を行う刑法自身が自由を保障するという」矛盾をきたすことになると思われる。髙山・前掲注15）296–297頁参照。

いうレトリックにより世俗性を推認させる間接事実だけを述べたのであるが[187]、かかる判断方法は、「自身の行為は社会的に重要な価値を有するものではない」という行為者の認識を推認するための正攻法であり、この意味ではこの判決の内容は単なるレトリック以上の意義を有していたと積極的に評価することも可能であろう。

Ⅴ　結び――信教の自由と違法性、違法性の意識の可能性

加持祈禱事件判決には、結論に争いがないからこそ避けられてきた問題があった（Ⅰ）。本稿はこの問題に取り組むことで、以下のような結論を得た。まず、加持祈禱事件判決における重要な問題点は、〈宗教とは何かについての判断は個人の内面に留保されなければならない〉という準則の存在にあった（Ⅱ）。次に、この準則と刑法の関係を検討した。第一に、詐欺罪と宗教が関係する事案では判決文上のレトリックを通じて、この準則は「遵守」された。第二に、この準則に従う以上、宗教行為それ自体は違法性阻却事由とされていない可能性があり、〈宗教行為であることの認識〉は刑法上意味のない意味の認識であり、この認識が刑法上機能するとしたらそれは、人格責任論の趣旨を活かしつつ、違法性の意識の可能性の有無を問うことにおいてであると思われる（Ⅲ）。そして、この理論枠組みを採用した場合、宗教行為である点においては共通する諸事例について結論を分けるには、当該宗教行為の有する社会的な価値の重要性を問う必要がある。このことは、アメリカの判例や、日本の刑法第24章における問題の考察からも裏付けられよう（Ⅳ）。

このように、本稿は、宗教であるか否かの判断が個人に留保されている、という憲法的な問題関心を、公共の福祉論の抽象性や信教の自由の保障と言った憲法的議論に解消することを厳に慎み、あくまで刑法理論上の問題として扱うことに傾注した論考である。その意味で、本稿で展開した刑法論は常に加持祈禱事件判決の「一種の宗教行為としてなされたものであつたとしても」という一節――Ⅱ5で述べた通りで「宗教とは何かについての判断は個人の内面に留保されなければならない」という準則に規定されている一節――に強く規定され続けた。そしてこのことの帰結として、かかる準則に従う限りにおいて、宗教性にとって最も居心地の良い刑法理論上の体系的地位を、違法性の意識の可能性の議論に見出した[188]。宗教性は、構成要件該当事実でも、違法性阻却事由該当事実でもなく、結局のところ刑法上意味のない「意味」と理

187）本稿Ⅲ1（2）及び（3）参照。

解せざるを得ないものである以上、その刑法上の機能は違法性の意識の可能性の理論に限局されたのである。違法性の意識の可能性の内容は、構成要件ごとに可分な、刑法上の違法性の認識可能性であり[189]、これは宗教という色を帯びているか否か、直接的に検討する必要のない、いわば「無色透明な」議論である。違法性の錯誤の相当の理由の有無の判断に際し社会生活における重要な価値の有無を考慮するとはいえ、この点は「無色透明な」議論を介して間接的に斟酌されるにすぎない。その意味において、かかる体系的地位に宗教性を位置づけたことは、上記の準則に最も適合的な解釈論であったと言える。

従来、宗教とは何かという問題は、判例、裁判例の精緻なレトリックにより避けられてきた。しかし、いかに巧みなレトリックを用いても真に宗教に対する介入を避けられているのかという疑問を払拭することに成功したものはなかったと思われる。違法性の意識の可能性という「無色透明な」理論に宗教性を体系的に位置づけることができたのであれば、こうした払拭できなかった疑問に対する、一つの新しい答えになるのではないかと思われる。

188）先にも引用した東京高判昭和 31 年 11 月 28 日高刑集 9 巻 12 号 1251 頁の評釈は、加持祈禱行為と違法性の意識について、以下のように言及している。「事実の錯誤か法律の錯誤かの区別に本質的な意義をみとめず、規範的責任論による固有の責任原則からして、錯誤の本質が現実と観念の不一致のために行為動機に対する反対動機を構成する余地なき場合に故意責任を阻却するという点にあることをみとめるならば、本件の場合には、違法性の認識（反条理性の認識）なきものとして、当然故意は阻却されることになるであろう」（中山・前掲注 9）98–99 頁（一部、旧字体を改めた））。かかる言及も、加持祈禱行為について違法性の意識を問題とするものである。しかし、これは加持祈禱事件判決以前の議論であり、信教の自由を理由とした刑の減免の議論ではなく、本稿において述べた「準則」に制約されていない議論であったと思われる。従って、同論文における違法性阻却の議論は、治療行為該当性や被害者の近親者の同意を理由とするものであったし（同 89–91 頁）、違法性の認識の欠如や故意阻却の議論は、同行為が治療目的で行われたことを強調するものであって（同 98 頁）、行為の宗教性に着眼してはいなかったと思われる。

189）髙山・前掲注 15）398 頁。