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

Title	〔刑法二六〕深夜墓碑を押し倒した行為が刑法第一八八条第一項にいう公然の行為にあたるとされた事例(最高裁昭和四三年六月五日第二小法廷決定)
Sub Title	
Author	筑間, 正泰(Chikuma, Masayoshi) 刑法研究会(Keihō kenkyūkai)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1971
Jtitle	法學研究 : 法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.44, No.9 (1971. 9) ,p.116- 119
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	判例研究
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19710915-0116

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.

〔刑法　二六〕　深夜墓碑を押し倒した行為が刑法第一八八条第一項にいう公然の行為にあたるとされた事例

（礼拝所不敬、窃盗、窃盗未遂被告事件　最高裁昭和四二年（あ）三〇六四号　昭四三・六・五第二小法廷決定　棄却、刑集二二巻六号四二七頁　一審　岡山地裁、二審　広島高裁岡山支部）

【参照条文】　刑法一八八条一項

【事実】　被告人は、ほか一名の者と共謀のうえ、昭和四一年九月一三日午前二時頃岡山県児島郡興除村大字東畷六三七番地通称東畷共同墓地で、酔ってT外八名方の墓所の墓碑合計四〇本余及び台石等九個位を順次押し倒し、もつて同墓所に対し公然不敬の行為をしたものとして起訴された。

弁護人は、礼拝所不敬の訴因につきその公然性に疑問がある旨主張したのに対し、第一審は、礼拝所不敬罪における「公然」とは不特定または多数の者が覚知し得る状態をいい、その可能性があれば足り、現実に多数人に覚知されたことは必要でない。被告人両名の本件犯行は深夜の墓地で敢行されたものではあるが、証拠によれば本件墓地は県道につながる村道に近接しており、かつ他人の住家も遠からぬ位置に散在するものであり、また午前六時頃以降の日出後においてはその犯行が終了しその結果が多数人に歴然として見得る状態にあつたものであるから、その公然性について欠くところがないとして、有罪判決を言い渡し、控訴審では単に量刑不当が主張され、判断されただけであつた。

これに対し、弁護人は、刑法一八八条の「公然」とは、不特定又は多数人の直接認識し得る状態下においてと解すべきことは従来の観念である。ところで捜査官に対する供述調書によると日中は附近の道路に人馬の往来が繁く道路上より墓所の様子が見えるとは云つているが午前二時頃即ち真夜中頃は人通り少なく本件の行為時の際は人の通つている気配はなかつたと云うのであるから、本件は公然といえない。もし、これをも公然の行為ということになると、拡張解釈を禁止する罪刑法定主義の理念が破壊され、憲法三一条の保障する基本的人権を侵犯することになる。原判決は、まさにこの違法をあえてするものである、として上告した。

【判旨】　最高裁判所第二小法廷は、憲法違反の主張は単なる法令違反の主張であつて、上告理由に当らないとしたうえ、括弧内で、刑法一八八条一項にいう公然の行為とは、不特定または多数の人の覚知しうる状態のもとにおける行為をいい、その行為当時、不特定または多数の人がその場に居合わせたことは、必ずしも必要でない

ものと解するのが相当である。そして原判決の是認した第一審判決によると、被告人らが墓碑を押し倒した共同墓地は、県道につながる村道に近接した場所にあり、他人の住家も遠からぬ位置に散在するというのであるから、たまたま、その行為が午前二時ごろに行なわれたもので、当時通行人などがなかつたとしても、公然の行為というに妨げないものというべきである、として上告を棄却した。

【評釈】判旨に賛成する。

本件は礼拝所不敬罪の「公然性」の概念が、最高裁判所ではじめて問題となつた事例である。先例としては、「原判示墓所に対する不敬の行為が公然なされたものであることは関係証拠とくに……に徴すればまことに明らかであつて、よしや夜間ひそかにこれを押し倒したとしてもその公然性が失われるものではない。」とした東京高裁判決（昭和三五年八月一二日判例総覧刑事編一八巻八一頁）が参考となる。

「公然」という言葉は、刑法一七四条の公然猥褻罪、一七五条の猥褻物陳列罪、二三〇条の名誉毀損罪、二三一条の侮辱罪および一八八条一項の礼拝所不敬罪に使用されている概念である。

さて、公然性を要求している犯罪はいずれも挙動犯として規定されているが、それぞれの犯罪の性質により公然性の意味内容に異なるものがあるように思われる。

まず、人的範囲についてであるが、「不特定かつ多数人」の認識しうる状態であるとする説（同旨泉二・日本刑法論各論六三四頁）および「特定・不特定を問わず多数人」の認識しうる状態であるとする説（宮本・刑法大綱三一四頁など）、「不特定または多数人」の認識しうる状態であるとする説（青柳・刑法通論II各論二七二頁、四一二頁、井上・刑法学各則七二頁、大塚・刑法各論上二四二頁、下一〇六八頁、香川・刑法講義各論二二五頁、熊倉・日本刑法各論上三三七頁、江家・刑法各論一八六頁、団藤・刑法綱要各論四一五頁など）の対立があり、通説・判例（最決昭和三二年五月二二日刑集一一巻五号一五二六頁、大判昭和三年一二月一三日刑集七巻七六六頁など）は後者に従つている（なお、上記三説とも刑法における「公然」の意義を一律に解するのに対し、柏木・刑法各論三〇六頁、三二五頁は、公然猥褻罪、猥褻物陳列罪、不敬罪については、「多数人」の覚知しうべき状態をいい、名誉毀損罪、侮辱罪については、「特定多数人または不特定人」の覚知しうべき状態をいう（四〇三頁）と区別している）。思うに第一説は、多数人であつても特定していると公然性にあたらないことになつて狭きに失するのに反し、第二説も、不特定である場合に多数人を要するとする点で狭きに失し、第三説が適当であると思われる。

右のように「公然」の意味を第三説に従つて「不特定または多数人」の認識しうる状態と解するのであるが、この「認識しうる状態」という場合の認識が直接的なものであることを要するのか、それとも間接的なものでも足りるのかが問題となろうかと思う。何となれば、刑法二三〇条の名誉毀損罪および二三一条の侮辱罪にあつては、保護法益の点で争いはあるが、特に、名誉毀損罪については、侵害の結果の立証の困難性から一種の危険犯（挙動犯といつてよいと思う）として規定されたもので、その犯罪の性質上、伝播の可能性を有する場合があるゆえにその可能性がある場合には伝播の結果、不特定または多数人が認識しうる状態があればよい場合が考えられることから、行為の際に必ずしも不特定または多数人が直接認識しうる状態を必要とせず間接的に認識しうる状態でも足ると考え

られるのに対し、刑法一七四条の公然猥褻罪、一七五条の猥褻物陳列罪にあつては、性秩序ないし健全な性的風俗を保護法益とし、その犯罪の性質上、伝播行為（真似した行為）そのものが独立性を有し、かつ視覚性を具有する点で、行為の際に不特定または多数人が直接認識しうる状態にあることが必要であると思われる（その意味では純然たる挙動犯である）。それに対し、刑法一八八条一項の礼拝所不敬罪にあつては、一般人の宗教感情を保護法益とするが、一八八条一項の文言上、例えば、多数墓参者の出入する共同墓地内にある他人の墓所の入口で「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ような真似をした場合は現実に放尿しなくても本罪が成立するとした事例（東高判昭和二七年八月五日高刑集五巻一三六四頁）のような場合には刑法一七四条の公然猥褻罪とか一七五条の猥褻物陳列罪の場合と同様に行為の際に不特定または多数人が直接認識しうる状態にあることが必要であるのに対し、他方、例えば、深夜、入口には施錠され、周囲を高塀に取り囲まれた墓所で墓碑を押し倒した場合のように行為の際には公然性がなくても宗教感情の侵害という違法状態が継続し原状回復もされなかつたので夜明け後に入口が開放された際、行為の結果が不特定または多数人に認識されうる状態になつた場合に不敬の意思も行為もともに継続しているとして本罪に問いうる（同旨か、平野・警察研究四二巻五号一〇五頁本件評釈）かが問題となる。確かに、刑法一七四条は「公然猥褻ノ行為ヲ為シタル者」と規定し、刑法一七五条は「公然之ヲ陳列シタル者」と規定し、刑法二三〇条は「公然事実ヲ摘示シ」と規定し、または刑法二三一条は「公然人ヲ侮辱シタル者」と規定しているので、法文上、行為の際に公然性の要件がそなわっていることを要するものと素直に読むことができるが、刑法一八八条一項は「公然不敬ノ行為アリタル者」と規定しているがゆえに、不敬の行為のあつたことが公然たりうればよいと解される余地がなくはないが、やはり、「公然不敬の行為をした者」と読むのが素直な解釈であり、したがつて、公然性は行為（動作）の際にあることを必要とし、それで足りるものと解したい。したがつて、行為（動作）の際に公然性の余地のない場合にはたとえ行為（動作）の結果が公然たりえても本罪を構成しないものと解することになる。

以上の理由から、刑法一七四条、一七五条および一八八条でいわれる公然は、不特定または多数人が直接認識しうる状態をいい、二三〇条、二三一条でいわれる公然は、不特定または多数人が直接または間接に認識しうる状態をいうものと解したい（通説、反対、香川・前掲二二五頁、福田・注釈刑法四四頁以下(5)三）。また、右に分析・検討したとおり、「公然性」は行為の時に存在しなければならないものと理解したい。したがつて、第一審判決が「午前六時ごろ以降の日出後においては、その犯行が終了し、その結果が多数人に歴然として見うる状態にあつた。」ということをも公然性判定の一事由としているが、賛成できない。

なお、不敬罪の公然性について、公衆の面前においてなされることを要し、公衆がその行為を認識する必要はないとする考え方（安平・改正刑法各論下三〇〇頁、同旨、大場・刑法各論下五一五頁）があるが、公然性は構成要件要素であるから故意の内容として公然性を表象する必要がある（反対、昭和三二年一〇月一日東京高裁判決（東京高裁判決時報八巻一〇号三五二頁）は、公然わいせつ罪の公然について、「行為者において自己乃至関係者の行為が公然性を有することについての認識は必ずしも

これを必要とせず、客観的にその行為の行なわれる環境が公然性を有すれば足りる」としている。）とすれば、右のように解すると公衆が居合わせていたのにいなかったと思ったと弁解をすれば、それだけで故意が認められなくなつて（もつとも、未必の故意を認めるということができないわけではない。）、犯罪の成立が否定されることになり、また、現在のように、多くの人が密集して生活している状況のもとでは、屋外では、人がいつ来るかも知れず、また、いつ去るかも知れないのに、その存否によつて犯罪の成否がきまるというのは、いかにも偶然的であるということを考えると、行為の現場に不特定または多数人が居合わせることは必要でなく、単に不特定または多数人に認識されうるような状態にあればよいものと思われる。このように理解すると、認識されるような状態にありさえすれば、どんなにその確率が低くても公然ということになつて、実情に沿わないという議論がありうるが、処罰に値しないほどにその確率が低いものについては、認識されうるような状態にないものとすれば足りることになる（坂本調査官・本件解説・判例解説（刑事編昭四三年度一三八頁参照。）。

そこで、本件の行為が具体的に不特定または多数人に直接認識されうるような状態のもとで行なわれたかどうかであるが、被告人らが墓碑を押し倒した共同墓地は、宇野線妹尾駅から県道を約四〇〇メートル南進し、K金物店わきの十字路を左折し、村道を約五〇〇メートル東進した場所にあり、約七〇メートル離れた地点には、人家数戸が散在するというのであるから、たまたま、その行為が午前二時ごろに行なわれたもので、当時通行人などがなかつたとしても、行為の態様、日時、場所などを総合的に考察すれば、あながち行為の際に公然性がなかつたものとはいえないと思われる。

なお、抽象論であるが、わが国の刑法は、礼拝所及び墳墓に関する罪のもとに死者の平和に対する犯罪も宗教犯罪としてともに公然性を要件としているが、ドイツでは、宗教犯罪に公然性が要求されるのに反して、死者の平和に対する犯罪は宗教観とは関係をもたされておらず、信心に対する侵害と規定されて公然性が要求されていない（Eduard Dreher, Strafgesetzbuch 32. neubearb. Aufl. 1970, S. 678. ――場合によつて公共用物の損壊罪との観念的競合が認められるとしている（p. p. O., S. 1162）。このような相違は宗教の特質に対応するものと思われる（詳しくは、青柳・「礼拝所及び墳墓に関する罪――その日本的特色について――」研修二六五号一〇頁以下参照。）。

以上の理由により判旨に賛成する。

（筑間正泰）