

宗教活動に対する刑法の適用

——加持祈禱を中心として——

原田 保

(愛知学院大学)

序 言

御紹介戴きました愛知学院大学の原田でございます。私は宗教学会会の末席を穢しておりますが、元来は刑法を専攻している者であり、国家・社会の法益に対する犯罪の構造分析を主たる研究テーマとしておりますところ、その一環として、宗教に関わる犯罪についても若干の検討をしたことがあるという程度の初心者であります。今回は御案内のタイトルで報告させて戴く機会を給うことができましたが、刑法の犯罪論や刑罰論が宗教学法の体系といかなる関係を持ち得るものであるのか、また、宗教学法の中で刑事判例がいかなる位置付けを有するものであるのか、といった事柄について、私にはまだ全く判らないということを率直に告白しなければなりません。それ故、本日の報告は、本学会に相応しくないと、あまりにも未熟なものではないか、あるいは、およそ宗教学の名に値するものとは言えないのではないかと恐れておりますが、この場を拝借して私の拙い考察を申し述べ、先生方の御批判・御指導を給って、今後の研究の糧としたいと存じあげる次第でございます。どうぞ宜しくお願い申し

上げます。

一 問題提起

それでは、報告に入らせて戴くことと致します。本日は、加持祈禱の結果として人を死に致した場合の罪責を中心として報告申し上げますが、私は、かつてたまたまこの問題に関する判例を読む機会を得た際に、現在の判例は傷害致死罪ということと一致しているものの、大審院時代には過失致死罪とした判例があることを知って、この違いは何であるのかという疑問を持ち、このような結論の相違を生じた理由を明らかにしたいと考えました。これが、このテーマの研究に着手する契機でありました。

そして、若干の検討の結果が本日の報告でございますが、大審院判例と戦後の判例との相違点がどこにあるのか、それが何故であるのか、また、必然的なものであると言えるのか否か、といったことにつきましては、まだ、確信を以て断言し得る程のものございません。それどころか、かえって、この問題に付随して、宗教活動に対する刑法上の評価に関する判例の態度について、根本的に疑問を生ずることとなってしまいました。それ故、本日の報告も、研究成果の発表というよりはむしろ、現在までに私が勉強したところの中間報告であると言えますよう。先生方の御教示を給りたいと考える所以のものでございます。

二 オカルティズム規制立法

さて、本論に入ることと致しますが、まず、加持祈禱に代表されるオカルティズムに対して、立法上どのような規制が加えられてきたのかを明らかにしておきたいと存じます。資料Ⅰを御覧下さい。ここに書きました表は、私が検索した限りで、オカルティズムを対象とした明治維新以降の法令を、その趣旨毎に整理したものでございます。即ち、第一に、単にオカルティズムを禁止するということを規定するのみでその理由等も一切掲げることなく罰則も規定していないもの、第二に、他人に対して害を加えることを目的としたオカルティズムに対する規制、第三に、オカルティズムに対して人を惑わすものであるという位置付けを以て規制対象としたもの、そして第四に、本報告の中心テーマたる、病人治療目的のオカルティズムに対する規制、という四種類の分類を試みしました。それぞれの法規の文言は資料Ⅱに記載致しましたので、御覧下さい。もとより、この分類は私人の試論であり、またオカルティズムに対する規制立法の全てを網羅しているという保証はございません。見落とし等御気付きでしたら、御教示給りたいと存じます。

ところで、この表によりますと、明治六年頃を境として、オカルティズム規制立法の態様に大きな変化が生じていることが指摘できると思われます。即ち、明治六年以降は、理由も何も示すことなくただ一切禁止するという単純禁令、および、加害目的のオカルティズムに対する規制立法は姿を消し、替わって、オカルティズムは人民を眩惑する行為であるという位置付けを以てこれを規制し、あるいは、治療目的のオカルティズムを、その行為者の意図とは逆に、身体に有害な行為として規制するという方向が打ち出されていると言うことができるので

あります。

これは、所謂科学的合理主義が法の前提となってきたことを示すものであると言えましょう。これを典型的に示すのが、加害目的のオカルティズムに対する規制が廃止されたことであります。即ち、明治元年の仮刑律における「妖術毒薬を用人を殺」の規定は明らかにオカルティズムによって現実的效果が生ずることを前提としたものでありますし、明治三年の新律綱領における「魔魅人」の規定は、その法文において、「殺シタル」ではなく「殺サント欲スル」と規定しているところからすれば、オカルティズムによって人が死亡する可能性が全く存在しないことを前提とするものではありませんが、なお、そのような行為を現実的な加害行為と同様に処罰しようとするものでありますから、いずれにせよ、このような規定の背後には、オカルティズムの現実的效果を信じ、恐怖を感じる国民一般の意識があつたと推定することは十分に可能でありましょう。これに対して、明治六年の「魔魅人條例」は、治療目的のオカルティズムを、その行為者の意図とは逆に、身体に対する加害行為として、今日で言えば、傷害罪・傷害致死罪のような形で処罰するものでありますから、その趣旨とするところは、これ以前の立法とは全く異なります。即ち、加害目的のオカルティズムは「迷信犯」として刑法解釈上所謂「不能犯」の典型とされて法的規制の対象外とされ、オカルティズム規制の根拠は、それがもたらす非合理的恐怖心から、合理的に予見される危険性へと転換されたのであります。ここにおいて、オカルティズムの現実的效果を信じることはもはや立法の前提とはなり得ず、逆に、排斥されるべき冥蒙とされることとなり、オカルティズムに対する国家の態度は大きく変化したと言うことができるのであります。これが当時の所謂文明開化の一環であつたことは容易に肯定できましょう。

なお、この「魔魅人條例」は、明治六年四月に制定されたものでありますが、これは新律綱領を補充する多数

の単行立法の一つでありますところ、明治六年六月に改定律例が施行された際、これらの補充立法は一括して廃止されることとなり、「魔魅人條例」も当然にこのとき廃止されましたから、これはわずか二ヶ月程の生命でしかなかったこととなります。そして、改定律例は、新律綱領を廃止したわけではなく、前述の多数の補充立法を整理したものとされておりますが、その中にはこの「魔魅人條例」のような規定は置かれておらず、新律綱領の「魔魅人」に対応する規定もありませんから、刑法上のオカルティズム規制は、新律綱領の「魔魅人」が維持された形となっております。それにもかかわらず、これ以後は、明治七年教部省達書乙三三三号等に明らかを通り、治療目的のオカルティズムに対する規制は専ら医療妨害という位置付けを以て行われることとなりますが、これが、治療目的のオカルティズムを傷害罪として処罰することを止めるとの趣旨であるのか、それとも、傷害罪として処罰するのは当然のことであるから特に規定するまでもないと判断されたものであるのか、これを論ずるだけの資料を私は持ち合わせておりません。御教示を給うことができれば幸いと存じますが、いずれに致しまして、後に述べます通り、大審院判例では、病人治療目的のオカルティズムが当然に暴行罪・傷害罪を構成するという判断は示されておらず、むしろ、戦後の判例の中に「魔魅人條例」のような発想が認められることは、極めて興味深いと言えましょう。

三 加持祈禱致死に関する判例

次に、病人治療目的の加持祈禱の結果として人を死亡させた者の罪責が、判例においてどのように判断されたかを概観してみることに致します。資料IIIを御覧下さい。

公刊された判例集から検索した限りでは、この種の判例としては五件を挙げることができません。尤も、全ての判例集を十分に読み通すだけの時間的余裕はございませんでしたから、見落としの可能性もございます。これもまた、御気付きの点、御教示戴ければ幸いと考えております。

さて、五件の事実関係および判旨を簡単に説明することと致します。

①判例は、患者の身体に憑いた狸を追出す目的で多量の硫黄・線香を燻し、患者を押さえ付けて煙を吸入せしめたところ、患者は苦痛惱乱し、心臓麻痺を起こして死亡したというものであります。本件は旧刑法当時の事案であります。第一審は、現行刑法で言えば傷害致死罪に相当する殴打創傷致死罪の成立を認めました。控訴審がこれを破棄して過失致死罪としたところ、検察官は、被告人は煙を吸入させる意思を以て暴力でこれを実行したものであるから、患者の死亡を予期していなかったからといって過失犯になるわけではないと主張して上告致しました。これに対して大審院は、被告人は狸を退治する意思で行為したのであって患者を苦しめる意思ではなかったということと理由として上告を棄却し、過失致死罪の成立を認めております。

②判例は、患者の身体に憑いた病魔を退散させるべく、患者の身体を手で揉んでいたところ、強く揉み過ぎたために擦過傷を負わせ、これを放置していたため傷が化膿したのであります。被告人は何等の措置も執ることなくそのまま二週間も祈禱を継続し、その結果、患者は敗血症を生じて死亡したというものであります。本件では、第一審の判旨は判例集に掲載されておりませんので不明であります。控訴審・上告審ともに業務上過失致死罪の成立は当然のこととして、特にその理由も説明しておりません。

③判例は、患者の身体に憑いた狐を退散させるために数名で患者を押さえ付け、身体を強く押さえ締め付けた結果、患者は呼吸困難に陥り、首を締め付けられたことによる窒息のため死亡したというものであります。本件

につき、検察官が傷害致死罪として起訴したところ、第一審はこれを否定して業務上過失致死罪としたのでありますが、何故に傷害致死罪ではなく業務上過失致死罪であるのかは特に説明しておりません。検察官は控訴し、本件行為はその外形において暴行といふべき程度のものであり、被告人も自分の行為がその程度のものであることを認識していたのであるから、本件は暴行の故意による傷害致死罪に該当すると主張致しました。被告人は、治療行為であることを理由として反論したようでありますが、控訴審は、本件行為は治療効果を期待できないのみならず患者の生命・身体に危険をもたらす有害無益の行為であつて、医学的に承認された治療行為と同一視することはできないと述べ、また、被告人は違法な暴行に該当する外形的事実を認識しながら、迷信のためその価値判断を誤り、有効適切な治療行為であると誤信した結果、行為の違法性を認識しなかつたものであるから、暴行の故意は認められると判示し、検察官の主張を全面的に認めて原判決を破棄し、傷害致死罪の成立を認めました。

④判例は、患者の身体に憑いた龍神を追い出すため、患者を縛つて大数珠で数十回殴打し、全身に多数の打撲傷を負わせ、そのため患者は多量の皮下組織間失血により死亡したというものであります。本件判決は、③判例と同様、このような危険な行為を治療行為として承認することはできないとし、従つてまた、被害者の承諾を理由とする違法性阻却の余地もないとして、被告人の加持祈禱行為自体が違法な行為であると認め、被告人は主観的には自己の行為を治療行為であると誤信していたが、その暴行の事実についての認識を有していたので、傷害致死罪の責を負うと判示しております。

⑤判例は、患者の身体に憑いている狸を追い出すため、狭い室内で所謂「線香護摩」を行い、熱気と煙とを充満させ、患者の身体を線香で炙る等したところ、患者の全身に熱傷・皮下出血を生じ、そのためのショック等に

よる急性心臓麻痺で死亡させたというものであります。本件は「線香護摩事件」として有名な事案であり、信教の自由の限界を示す判例としてしばしば引用されているものでありますから、その内容は御承知のところと存じますが、被告人は、信教の自由に基づき、宗教教師としての正当業務行為であることを理由とする違法性阻却、および、病氣平癒の確信を理由とする故意阻却を主張致しました。これに対して、裁判所は、第一審・控訴審・上告審ともに、一貫して被告人の主張を斥け、傷害致死罪の成立を認めました。

以上に述べました通り、五件の事実関係は、いずれも被告人は病人治療という本来適法であるべき行為の意思で、客観的には治療効果を期待できない危険な有形力を患者の身体に行使し、その結果として患者の身体に傷害を生じて死に致した、というものであり、特に結論の相違を生じなければならないような事案の相違は認められません。それにもかかわらず、大審院の①②判例は過失致死罪とし、戦後の③④⑤判例は傷害致死罪とするという、明白に類型的な結論の相違が存在するのであります。即ち、大審院判例と戦後の判例との間には、加持祈禱行為に対する評価において、重大な法解釈の相違があると理解されることになるのであります。

この判例変遷の転回点は③判例であります。①判例と②判例との間には三〇年以上の空白がありますが、この間、同種の事案について、傷害致死罪か過失致死罪かが争われた判例は見当りません。これは、必ずしも、この間にこの種の事件がなかったということではなく、①判例が大審院判例として異論なく承認され、権威を持つていたことを示すものでありましょう。②判例では、先程述べました通り、過失犯か結果的加重犯かという問題は全く論ぜられておりません。本件では、過失犯の成立自体は当然の前提とした上で、過失犯について共犯が成立するか否かという問題が争点とされておられ、刑法の分野では、本判決は、過失犯について共犯の成立を認めた判例の一つとして引用されるものでありまして、判例集に掲載されたのも、宗教判例としてではなく、共犯に関する

る判例としてであると理解することができます。従って、ここでは、②判例は、この種の事案については結果的加重犯ではなく過失犯の成立を認めるといふ①判例の見解が、実務において完全に定着していたことを示唆する判例であると位置付けるべきでありましょう。そうしてみますと、③判例の第一審判決は、大審院の確立した判例に従ったものであり、これを破棄して傷害致死罪とした東京高判は、大審院判例と相反する判断を示したことになりません。そして、④判例がこれに従い、大法院判決である⑤判例において、この判断が判例変更として確認された、と言うことができますのであります。しかし、既に述べました通り、③判例の第一審も控訴審も、また、④⑤判例でも、先例との関係がどのように理解されたのか、いかなる理由からいかなる判例変更がなされたものであるのか、一切説明されておらず、判例の文言を読む限りでは、この点は全く不明なのであります。しかも、現行憲法によって信教の自由が拡大されたという理解を前提とするならば、類似ないし同一の事案について成立する犯罪が過失犯から結果的加重犯へと重く変更されたという、この判例の流れはかなり奇妙であると言わざるを得ず、むしろ、憲法の趣旨に逆行するのではないかという疑問さえ生ずるのであります。

四 判例変更の内容と背景

そこで、大審院判例と戦後の判例との間に、犯罪論のどの点についていかなる見解の相違があるのか、それがいかなる理由ないし背景事情によるものであるのか、ということを検討することと致します。戦後の判例は、一貫して、問題となった加持祈禱行為がそれ自体として暴行罪を構成するものであると述べておりますが、確かに、一般論として、殺意なく人を死亡させた行為が傷害致死罪になるか過失致死罪になるかは、その死亡の原因とな

った行為それ自体について、行為者に暴行罪としての責を問うことができるか否かによって決定されることとなりますから、かような戦後の判例と対比して、大審院判例が傷害致死罪の成立を認めていないということは、大審院は、加持祈禱行為自体について暴行罪としての違法性または故意責任を認めていない、ということの意味するものであります。そこで、この二点について、大審院判例と戦後の判例との相違点を検討してみたいと存じます。

まず、違法性の点について考えてみますと、判例に現れたような加持祈禱行為が、人の生命・身体に対してかなり重大な危険性を有するものであることについては、おそらく異論の余地がないでありましょう。また、加持祈禱に治療効果が期待できないということも、当然の前提であると思われまふ。大審院判例もこのことを否定するものであるとは考えられません。加えて、資料Ⅰに記載致しました立法状況と対比して戴ければお判りになります通り、①判例が出された明治三二年の当時は、旧刑法四二七条一二号で財産犯的性格を有するオカルティズムが処罰対象とされ、また、治療目的のオカルティズムも、明治一五年内務省達戌三号によって医師の手を離れることが禁止されておりました。②判例が出された昭和一〇年の当時には、旧刑法四二七条一二号は警察犯処罰令二条一七号に引き継がれ、明治一五年内務省達戌三号は警察犯処罰令二条一八号に引き継がれてきたとみることが可能であります。より正確に言えば、前者においては財産的凶利目的が削除され、後者においては単なる禁止規定から処罰規定への変更がなされたのでありますから、①判例の当時と対比して、処罰範囲が拡張され、規制が強化されたと言ふべきでありましょう。いずれに致しましても、実定法の規定のレヴェルで、オカルティズムは違法行為以外の何物でもなかったと言わざるを得ないのであります。

これに対して、戦後は昭和三三年に現在の軽犯罪法によって警察犯処罰令が廃止され、③④⑤判例の当時には、

オカルティズムに対する規制立法は全て廃止されていたのでありますから、オカルティズムを直ちに違法行為であると評価すべき明文の根拠は消滅していたこととなります。加えて、先程述べましたように、現行憲法二〇条によって信教の自由の保障が強化されたものと致しますと、オカルティズムの違法性はむしろ否定されるべき方向にあったと理解することも可能であります。

ところが、戦後の判例は、その量刑事情として記述されているところからすれば、オカルティズムに対して思いつく限りの厳しい言葉を以て否定的評価を下しているのであります。ここでその言葉の幾つかを引用してみますと、「到底容認し難い野蠻違法な所為」、「一般予防の必要上軽々にこれを看過するを得ない」、「被告人等は無智迷信により行為の違法性を認識していなかった」、「いまだ迷信などを妄信する人びとの比較的多い山村で生じた事案である」、等というのであります。とりわけ、「線香護摩事件」に関する⑤判例では、その第一審判決の述べるところによりますと、「愚ものが迷信であることは今日健全な社会人にとって自明のことのように思われるが、世上のいわゆる狐憑き、狸憑きあるいは生霊憑き等と称する俗信がいま、なおかなり根強く残っており、そのため種々の人権侵害、社会的悲劇が発生している事實は憂慮に堪えない。これら一部の人々の無知を啓蒙するものもさることながら、人の無知と弱みにつけこみこれに寄生する市井のいわゆる『おがみ屋』ないし『おがみや』類似の行為は厳に撲滅排斥されねばならない」、というのであります。これらの判示は、その語調の激しさもさることながら、オカルティズムを無知の産物であるとし、これ自体が刑法上の予防の対象であるとしている点において大いに注目し値すると言わねばならないであります。即ち、被告人の行為は、その危険性や結果によって違法とされるのみならず、オカルティズムを信じること自体において重大な行為無価値が存在すると考えられているのであります。なお因みに、先程述べました明治六年の「魔魅人條例」の制定に際して、司法省

から太政官宛に立法提案の伺が提出されておりまして、その中に治療目的のオカルティズムの結果として人を死にさせる事件が生じていることについて「文明ノ今日ニ際シ人民ヲ眩惑シ以ノ外ノ悪習……云々」という表現があります。戦後の判例のオカルティズムに対する態度は、少なくとも判決文の表現に見る限り、この「魔魅人條例」制定伺と同一の発想によるものであるということができましよう。

かようにして、オカルティズムに対する違法評価は、戦後の判例の方がむしろ厳しいようにも思われるのであります。そうであるとすれば、これはどのように説明すべきでありましようか。この点について検討致しますに、大審院判例の当時には、加持祈禱自体が実定法上違法行為であるとされていたものの、その趣旨は、人を惑わす行為を禁止し、あるいは、人が科学的な医療から速きかることを阻止することにあつたと言うべく、決して、人の生命・身体に対する直接的な加害行為として処罰しようとするものではありませんでした。犯罪類型としての位置付けも、旧刑法においては達警罪、現行刑法においては刑法犯とは別の警察犯、即ち、今日言うところの「軽犯罪」に配属されていたのでありまして、このことからすれば、大審院判例の当時には、加持祈禱の有する違法性は「軽犯罪」程度の軽微なものであつて、このことが、加持祈禱行為に対する違法評価の上限として機能し、従つて、生命・身体に対する犯罪と言ふべき程の重大な違法性はむしろ否定されることになつたと解することができると思われます。

そうしてみますと、戦後になつてオカルティズム規制立法が全て廃止されたことは、加持祈禱に対する違法評価の上限の撤廃として機能することとなつて、大審院判例にはない重大な違法性を認めることを可能にしたと言ふことができるでありましよう。尤も、かような形で違法評価の実定法上の尺度が消滅したからといって、直ちに論理必然的に違法評価が増大するということにはならないはずでありまして、違法性の程度に関する判断は、

実定法の明文に拘束されることなく、裁判所の自由なる法解釈に委ねられることとなるのでありますから、大審院判例当時と同程度の違法性を認めることも、大審院判例当時よりも小さい違法性を認めることも、あるいは、違法性は全くないとすることも、同様に可能であつたと言わねばならないであります。戦後の判例が、これらの選択枝の中から、違法性を加重する方向を選んだのであるとすれば、この判断が憲法二〇条の趣旨に沿うものであると言えるか否か、私としては疑問を感じざるを得ませんが、この選択の合理的理由付けを得ようとするならば、国民一般における科学知識の普及の程度にこれを求める他ないように思われます。即ち、既に述べました通り、明治時代の立法の変遷においても、科学知識の普及が実定法の規定に反映していくプロセスを見出すことができると思われますところ、戦後になってオカルティズム規制立法が全て廃止されたという事実を、このようなプロセスの延長線上で理解するのであります。オカルティズムが現実的効果を全く持たないことは、今日の法体系にとってはおそらく当然の前提でありましょうが、しかし、それはまた、国民一般にとっても確固たる常識であると言うことが可能でありましょう。少なくとも裁判所はそのように考えていると思われれます。それ故、オカルティズム規制立法の全面的廃止という事実を、今日もはや国家において国民がオカルティズムの冥蒙に陥らないように特段の努力を払う必要はなくなつた、という判断の表明であると捉えることができるのであります。このように理解することができるとすれば、オカルティズムの有する「逸脱」性は、次第に大きくなつてきたと考えることが可能になります。即ち、大審院判例の当時には、国民の大多数が依然としてオカルティズムを信じる傾向にあり、従つて、刑罰を以てしてもこれを阻止する必要があつたのに対して、今日オカルティズムを信じるのは極一部の例外的少数者であり、従つて、法律を作つてオカルティズムを規制するまでの必要がなくなつた、とするならば、同じオカルティズムであっても、国家全体ないし国民一般という基準から見た場合の「逸脱」性

は、今日、より大きなものになった、と言うことができるのであります。実際、既に述べました通り、戦後の判例はいずれも、オカルティズムに現実的効果が存在しないことが国民の常識であつて、オカルティズムを信じるのは無知蒙昧の一部少数者である旨を強調しているのであります。また、これらの判例がオカルティズムを信じることに重大な行為無価値を認めている点は、只今述べましたような趣旨に理解することが可能でありましよう。かようにして、判例における加持祈禱に対する違法評価が戦後になって増大したのであるとすれば、それは、裁判所の認識するところの、「科学知識の普及に伴う国民の常識の変化」に基づくものであると言ふことができます。

次に、故意責任に関する評価について述べさせて戴きます。戦後の判例が一貫して論じているところによりますと、被告人は自分の行つてゐる加持祈禱の行為の外形、即ち、人の身体に対する違法な有形力行使であるといふ判断の素材たる事実自体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、その行為によつて患者の病気が治癒すると信じていたこと、従つて、適法な行為であると信じていたことは、違法性の錯誤であるから、それは被告人の故意責任には全く影響しない、とされるのであります。これに対して、大審院判例はこの点をどう理解しているかと申しますと、故意責任について論じているのは①判例だけでありませんが、その判旨は、被告人は、その行為に際して、狸を退治しようと思つていたのであつて、決して被害者に対して害を加える意思に出たものではない、ということを理由として、故意犯ないし結果的加重犯ではなく過失犯であるとしてゐるのであります。しかるに、違法性の錯誤に関する判例の見解は一貫して違法性の意識不要説であるとして理解されておりますので、この判旨が違法性の錯誤を理由として故意阻却を認めたものであると理解することは困難でありましよう。従つて、①判例の趣旨が狸を退治しようと思つ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こととなります。先程述べましたように、戦後の判例は、一貫して、そのような錯誤は違法性の錯誤であると判示しているのですから、この点において、大審院判例と戦後の判例とは、全く正反対の見解に立っている、即ち、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ります。

しかし、実体として同一の事柄が事実であるのか評価であるのか、というようなことが、単なる見解の相違とすることで説明しきれるものとは思われません。この点について検討致しますに、これもやはり、国民一般における常識の変化に基づく判例変更であると理解せざるを得ないであります。ここでは、事実の錯誤と違法性の錯誤との区別の基準如何、といった、刑法の錯誤論に深入りするつもりはありませんが、故意責任を認める前提たるべき事実認識とは、「そのような事実を認識したならば当然行為者は、それが法律上許されないといい正しい解答を出すことが期待できる」というようなものであるとするならば、加持祈禱を実行した被告人の認識していた外形的事実からすれば、明治時代と異なり、今日の国民一般の常識に照らし、その行為がただ生命・身体に対する危険をもたらすだけで治療効果を有するものではないこと、従って、それは違法な行為であることは、誰にでも判断可能であるとされることとなります。言い換えれば、裁判所の言うところの「非常識」極まるオカルティズム信仰を前提としない限り、その行為が適法行為であると判断されることはあり得ないのであります。即ち、オカルティズムに現実的效果はないということが今日国民一般の「常識」であるならば、そのような「常識」を有する国民一般にとって、それが違法行為であるという「正しい」解答を出すための事実認識は十分に備わっているのでありますから、加持祈禱実行者にもそのような「常識」的判断が当然に期

待可能であり、また、要求されることとなるのであります。かようにして、故意責任に関する判例変更も、科学知識の普及による国民一般の常識の変化を反映したものと理解することができると思われます。

五 信教の自由に対する判例の態度

かようにして、判例変更の内容と背景とを一応結び付けて説明することはできると思われますが、しかし、この判例変更が必然的なものであると言えるか否か、絶対にもこのような法解釈を行わなければならないものであるのか否か、という点につきましては、私は必ずしも確信を以て断言することはできません。オカルティズムが信教の自由の保護を受けるべきか否かという議論もあり得ましようが、少なくとも、オカルティズムが宗教の範疇から完全に外れてしまうものでない限り、オカルティズムに刑法上の行為無価値を認めてこれを予防の対象にする等という見解は、信教の自由を十分に尊重したものであるとは考えられません。以下、信教の自由に対する今日の判例の法解釈について、私自身の疑問を提起して、本報告の結論に換えさせて戴きたいと存じます。

今日の判例の見解とされるところによれば、各事案の加持祈禱は違法であり、憲法の保障の範囲外であるというのであります。まずこの点の論理には納得しかねます。即ち、③判例では、治療効果のない有害無益の行為であるということが違法評価の理由とされているのであります。治療効果がないということは、治療行為としての違法性阻却を否定する理由にはなるのでありましようが、宗教行為としての違法性阻却を否定する根拠として十分なものであるとは考えられません。また、④判例は、信教の自由の範囲に属するオカルティズムは念仏を唱えるに留まる旨判示しているのであります。念仏を唱えることが何等かの犯罪構成要件に該当することがあり

得るとはおよそ考えられませんから、この論理は、宗教の自由を理由とする刑法上の違法性阻却の可能性を一切否定するものであります。このような解釈をするならば、憲法二〇条の規定は、少なくとも刑法上は、あつてもなくても全く同じこととなり、その存在価値を失つてしまつてありましよう。更に、⑤判例では、生命に危害を及ぼす違法な有形力の行使であるから憲法の保障の限界を逸脱しているとされてゐるのでありますが、論理的には、生命に危害を及ぼすことが直ちにイコール違法であるということにはならないのでありまして、生命・身体に対する危険性があるということは、その行為に殺人なり暴行・傷害なりの構成要件該当性が認められるということを根拠付けるものでしかなく、その行為が違法性を阻却されないことの理由となり得るものではありません。確固たる通説の理解によれば、違法性阻却を論ずる対象となるのは構成要件該当行為に限られるのでありますから、生命・身体に対する危険性のある行為があつたという事實は、むしろ、違法性阻却を論ずる上での論理的前提でこそあれ、それ自体が違法性阻却を妨げるものではありません。また、ここで問題とされてゐるのは、憲法上の人権行使として違法性阻却が認められるか否か、ということなのでありますから、「違法であるから憲法の保障の範囲外である」と言つてみても、それは解答の反復でしかなく、解答の理由付けではありません。

こうしてみると、判例は、宗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ならず、かえつて、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のであります。しかし、これは論理としては明らかに誤謬であると言わざるを得ません。何故ならば、憲法の最高規範としての性格からすれば、刑罰法規の存在が宗教の自由に対する制限の根拠や基準になるということはあり得ず、逆に、宗教の自由に限界が存在するからその限界の外において刑罰法規の存在が許され

ることとなるはずだからであります。即ち、刑罰法規から独立した基準によって設定された限界の範囲内で、基本的人權の優越性が他の法益に対する侵害行為について違法性阻却という効果をもたらし得ることを肯定してこそ、人權規定は人權保障の機能を果たすことができるのであり、さもなければ、人權規定は、刑罰法規の前に足を止め、それ以上進んで人の行動の自由を保障する力を持たず、ただ人權の「限界」論が現に存在する刑罰法規を追認する論理として機能するに過ぎないこととなってしまうのであります。これでは、憲法の規定は、個別行為の救済手段にも立法批判の原理にもなり得ない、ただの飾りでしかありません。

この点について、加持祈禱以外の類型に関する判例を概観いたしますと、名古屋高金沢支判昭和二十七年六月二〇日・高刑集五卷九号一四五九頁（愛学宗研紀要二八号一二頁）が、同様の判断を示しております。この事案は、お寺の住職が、葬儀の際の魔除けの仏具として刀剣を所持していたことが、不法所持罪に問われたというものであります。今日であれば、このような刀剣は風俗慣習上やむを得ないものとして所持許可が与えられるのであります。しかし、本件当時の銃砲刀剣類等所持取締令には、このような場合の許可について定めた規定はありませんでした。しかるに、銃砲刀剣取締の趣旨からして、お寺の刀剣を取り上げて住職を処罰しなければならぬい実質的理由があるとは考えられません。本件当時風俗慣習による所持許可の規定がなかったことはむしろ立法の不備であり、それ故にこそ、裁判所は、宗教活動たることを理由として本件行為を無罪とし、憲法の人権規定を尊重すべきであったと思われまふところ、本件判決は、銃砲刀剣類等所持取締令違反について、条文に規定された禁止除外事由以外に刑法三五条による違法性阻却を論ずる余地は全くないとまで判示しているのであります。これでは、憲法と刑法との優劣関係が逆転しているとしか言いようがありません。こうしてみると、所謂「牧会権事件」に関する神戸簡判昭和五〇年二月二〇日・刑月七卷二号一〇四頁（愛学宗研紀要二八号三七七頁）は、

高く評価されるべき内容を持っておりませんが、同時に、信教の自由に関してこれまでの判例の傾向とは全く異なる判断を示していると評価することができるのであります。

次に、先程述べました通り、判例は、オカルティズムに現実的效果がないことは確固たる常識であるということとを前提としているのでありますが、そうすると、オカルティズムはおよそ一般的に人を信じさせ得る力を持つものではないということになるはずであります。ところが、「祈禱すれば願いが叶う」とか「金を出さないと罰が当たる」とかいった発言をして金品を得た行為を詐欺罪や恐喝罪に問うた判例が存在するのであります。詐欺罪の要素たる欺罔行為と言うためには、人を錯誤に陥れる力がなければならず、また、恐喝罪に所謂、人を畏怖させるにも、その前提として、加害行為があると人に信じさせなければなりません。従って、オカルティズムに現実的效果がないことは確固たる常識であるという判断は、明らかに、恐喝罪の成立を認めた広島高判昭和二九年八月九日・高刑集七卷七号一一四九頁(愛学宗研紀要二八号二四頁)や、詐欺罪の成立を認めた最(一小)判昭和三十一年一月二〇日・最刑集一〇卷一一号一五四二頁(愛学宗研紀要九号二八三頁)と矛盾するものであります。

最後に、これは所謂「被害者の承諾」の問題に関わると思われませんが、判例の趣旨が、オカルティズムには現実的效果があり得ないから、オカルティズムを前提とする法益放棄を違法性阻却の根拠として承認しない、というものであるならば、「靈感」による治療であると偽って何人もの女性を姦淫した事案について、これはその女性達の理性的な自己決定によるものであるから合意に基づく性交渉であると認めて準強姦罪の成立を否定した東京地判昭和五八年三月一日・刑月一五卷三号二五五頁は、この点について、これまでの判例とは全く異なる判断を示したものであると言いうことができましょう。

これらの判例自体の検討は本報告の目的とするところではありませんし、時間の制約もございますので、これ以上詳細に論ずることは別の機会に譲りたいと存じますが、いずれに致しましても、加持祈禱の結果として人死に致した事案における判例の論理は、決して十分に説得力のあるものとは思われず、また、その論理の過程に示された諸々の判断は、他の類型の事案に関する判例の前提とするところと一致しない点が多々認められるのであります。これらが、犯罪類型の相違から合理的に説明できるものであるのか、あるいは、戦後における更なる判例変遷であると理解すべきであるのか、単に相矛盾するものでしかないのか、なお慎重な検討が必要であろうと思われまふ。他日を期したいと存ずるところでございます。

結 語

以上をもちまして、私の報告を終えさせて戴きます。明確な結論のない、雑然とした報告でございますが、先生方の御批判・御指導を給うことができれば幸いと存じます。御静聴有り難うございました。

資料 I (オカルティズム規制法規一覽表)

明 1	單純禁令	加害目的	人民眩惑	治療目的
明 2	府縣奉職規則	假刑律「妖術毒藥を用人を殺」		
明 3	宣教師心得書	新律綱領「魔魅人」	教部省達二號	魔魅人條例
明 6				
明 7			旧刑法四二七条一二号	教部省達書乙三三三号
明 13				内務省達戊三号
明 15			警察犯処罰令一条一七号	警察犯処罰令一条一八号
明 41				

資料 II (オカルティズム規制法規法文) (傍線引用者)

明 1 假刑律「妖術毒藥を用人を殺」(岡琢郎編・司法資料別冊一七号・日本近代刑事法令集上(昭二〇)二七七頁)

凡、妖術毒藥を用ひ人を殺すものは、各謀殺を以論、若、唯人をして疾苦せしめ、人を殺すの情無之者は、謀殺條二等を減す、(以下略)

明 2 府縣奉職規則 (法令全書二卷二八三頁)

一 邪宗門ハ勿論怪異ノ教法一切嚴禁タリ (以下略)

明3 宣教師心得書（法令全書三卷二頁）

一 希望ノ者有之候共禁厭祈禱之儀一切停止之事

明3 新律綱領「魔魅人」（法令全書三卷六三四頁）

凡魔魅ヲ行ヒ。符書ヲ造リ。呪詛シテ。人ヲ殺サント欲スル者ハ。各謀殺ヲ以テ論ス。止夕人ヲ疾苦セシメント欲スル者ハ。謀殺已行未傷ニ。二等ヲ減ス。

明6 教部省達二号（法令全書六卷ノ二・一六二七頁）

從來梓巫市子並憑祈禱狐下ケ杯ト相唱玉占口寄等之所業ヲ以テ人民ヲ眩惑セシメ候儀自今一切禁止候條於各地方官此旨相心得管内取締方嚴重可相達候事

明6 魔魅人條例（岡編・前掲書五三三頁）

瘋癲人ヲ僧巫ノ徒呪詛シ狐狸ヲ驅去スルト妄説シ湯火及ヒ白刃等ヲ以テ劫逼薰灼シ折傷ニ至ラシムルハ各鬪傷ニ一等ヲ減シ死ニ致ス者ハ絞

明7 教部省達書乙三三三号（法令全書七卷ノ二・一一二二頁）

禁厭祈禱ノ儀ハ神道諸宗共人民ノ請求ニ應シ從來ノ傳法執行候ハ元ヨリ不苦筋候處間ニハ之レカ爲醫療ヲ妨ケ湯藥ヲ止メ候向モ有之哉ニ相聞以ノ外ノ事ニ候抑教導職タルモノ右等貴重ノ人命ニ關シ衆庶

ノ方向ヲモ誤ラセ候様ノ所業有之候テハ朝旨ニ乖戾シ政治ノ障碍ト相成甚以不都合ノ次第ニ候條向後心得違ノ者無之様屹度取締可致此旨相達候事

明13 旧刑法四二七条(我妻榮編・旧法令集(昭四三)四四四頁)

左ノ諸件ヲ犯シタル者ハ一日以上三日以下ノ拘留ニ処シ又ハ二十錢以上一円二十五錢以下ノ科料ニ処ス

十二 妄ニ吉凶禍福ヲ説キ又ハ祈禱符咒等ヲ為シ人ヲ惑ハシテ利ヲ図ル者

明15 内務省達戊三号(法令全書一五卷三九四頁)

禁厭祈禳ノ儀ニ付七年六月教部省乙第三十三號達之趣有之候處病者治療ノ際之方爲投藥ノ時機ヲ誤リ候儀モ有之哉ニ相聞不都合候條今後信者ヨリ請求候節ハ先服藥之有無ヲ證明セシメ果シテ醫師診斷施療中ノ者ニ限り其望ニ應シ不苦候條其旨屹度可相心得此段相達候事

明41 警察犯処罰令二条(我妻編・前掲書四五九頁)

左ノ各号ノ一ニ該当スル者ハ三十日未満ノ拘留又ハ二十円未満ノ科料ニ処ス

十七 妄ニ吉凶禍福ヲ説キ又ハ祈禱、符咒等ヲ為シ若ハ守札類ヲ交付シテ人ヲ惑ハシタル者

十八 病者ニ対シ禁厭、祈禱、符咒等ヲ為シ又ハ神符、神水等ヲ与ヘ医療ヲ妨ケタル者

資料III 〔加持祈禱致死に関する判例の変遷〕

①大判明治三二年一月二日・大刑録五輯二卷二二頁（愛学宗研紀要六号六頁）

第一審 毆打創傷致死罪

控訴審 過失致死罪 〔罰金一五〇円〕

上告審 過失致死罪

②大判昭和一〇年三月二五日・大刑集一四卷五号三三九頁

控訴審 業務上過失致死罪 〔禁錮四月、同二月〕

上告審 業務上過失致死罪

③東京高判昭和三一年一月二八日・高刑集九卷二二号一二五頁（愛学宗研紀要二八号七二頁）

第一審 業務上過失致死罪 〔禁錮一年・猶子三年〕

控訴審 傷害致死罪 〔懲役二年・猶子五年〕

④札幌地判昭和三六年三月七日・下刑集三卷三ノ四号二三七頁(愛学宗研紀要一八号三〇五頁)

第一審 傷害致死罪 [懲役三年・猶予五年]

⑤最(大)判昭和三八年五月一日・最刑集一七卷四号三〇二頁(愛学宗研紀要九号三三〇頁)

第一審 傷害致死罪 [懲役二年・猶予三年]

控訴審 傷害致死罪

上告審 傷害致死罪

(本稿は、学会における報告原稿および配付資料に基づき、筆者において若干の加除を施したものである。)