

論 説

軽犯罪法1条2号の罪について再び考える ～最近の高裁無罪判決を契機として～

岡 本 洋 一

〈目次〉

- I はじめに～本稿の全体構成について～
- II-1. 総説～第2号の罪を再び論じる意味と他の法律との比較参照の妥当性について～
- II-2. 各説～第2号の罪について～
- III. おわりに～本稿のまとめ、本判決の意義と問題の深刻さについて～

I はじめに～本稿の全体構成について～

1. 本稿は、香港の有名映画俳優に憧れた被告人が、趣味として練習するために、車内にヌンチャク数本を載せていたことが、軽犯罪法1条2号の罪（以下、第2号の罪と略。）に問われ、第1審では有罪とされたが、第2審の広島高裁岡山支部において逆転無罪判決が出され、確定した2017（平成29）年の裁判例（以下、本件と略）⁽¹⁾を契機として、第2号の罪についてのみならず、その前提となる同罪の運用実態、その解釈の指針、他の法令との比較参照のあり方についても論じようとしたものである。本稿における問題意識は、最終的には、第2号の規定が有する問題の深刻さへの再認識に至ることになる。

第2号の罪は以下のとおりである。

論 説

軽犯罪法（昭和23年法律第39号）左の各号の一に該当する者は、これを拘留又は科料に処する。

同第2号 正当な理由がなくて刃物、鉄棒その他の人の生命を害し、又は人の身体に重大な害を加えるのに使用されるような器具を隠して携帯していた者

本件については、執筆時点において2つの評釈が存在する⁽²⁾。本稿において、これらの評釈を十分に参考にはするが、とはいえ、これらは「評釈」という性格上、裁判当時の、いわば同時代的な時間軸における本件の位置づけを考察の中心にしている。すなわち、本件までの第2号の罪についての裁判例や解釈という流れの中における本件の意義、あるいは位置づけなどについてである。

本稿では、本件を契機として、より深くかつより広い考察を進めたい。具体的には、第2号の罪をめぐる現状と、その解釈の指針であるべき軽犯罪法4条について検討し、第2号の罪においてしばしば比較参照される他の法令の規定との妥当性をもふくめた検討をしたい（Ⅱ-1）。そしてその後、これらの知見を前提として、第2号の罪についてのあるべき姿を論じ（Ⅱ-2）、本稿を閉じることとしたい（Ⅲ）。

2. とくに本件を論じるに当たって、本件第1審、第2審ともに引用しており、強い先例としての影響力を持っていると言えるのが、本件から8年前の、最1小判平成21・3・26刑集63巻3号265頁（以下、平成21年判決と略。）である⁽³⁾。第1審、第2審ともに同じように引用、参照されているとは言え、本件第1審有罪、第2審無罪という判断のちがいは、判例評釈でも指摘されているように、平成21年判決への理解へのちがい、とくに第2号の罪の「隠して携帯」という同罪の主観的要件と「正当な理由」への理解のちがいが存在している。この平成21年判決についても、いくつも判例評釈がある⁽⁴⁾。

筆者・岡本もかつて9年前に、平成21年判決を契機として、第2号における「正当な理由」の意義と判断方法について論じたことがある⁽⁵⁾。本稿執筆時点においても、同号の「正当な理由」の判断基準、判断方法につ

軽犯罪法1条2号の罪について再び考える
～最近の高裁無罪判決を契機として～

いての基本的な理解は、その時と変わってはいない。とはいえ、本件と平成21年判決との事案のちがいや両者のあいだにある9年という時代的あるいは社会的な変化も存在する。その点も考慮しつつ考察を進めたい。さらに、本件と平成21年判決にはいくつもの判例評釈が存在するが、判例評釈のそもそもの限界として、各裁判所の判断があった当時と、その後予測しうる影響だけしか論じることができないことが指摘できる。本稿においては、平成21年判決がもたらした、その後の影響なども考察に含めたい。

II - 1. 総説～第2号の罪を再び論じる意味と 他の法律との比較参照の妥当性について～

それではなぜ、第2号の罪について再び9年ぶりに考察しようとするのか。その理由について端的に答えようとするならば、第2号の罪が、軽犯罪法全体においてここ20年ほど統計上大きな位置を占めており、しかも、それは政府による犯罪対策からの影響が推測できるからという点を指摘したい(1.)。また、本稿の後半部分においては、第2号の罪における「あるべき姿」を考察するが、その際に、しばしば比較参照される、他の法律上の規定との関係性は、本当に正しいことなのか、その妥当性についても考察を進めたい(2.)。

1. 第2号の罪と軽犯罪法全体における位置づけについて

(1) まず、最初に指摘すべきなのは、軽犯罪法違反全体に占める第2号の罪の統計上の割合の高さと、その占める地位の重要性についてである。すなわち、前稿(2010年)の時点でも確認したように、第2号の罪は、2004(平成16)年から2008(平成21)年の軽犯罪法全体において、かなりの割合を占めていた⁽⁶⁾。

以下では、その分析の時期をさらに広げ、第2号の罪の位置づけを明らかにしたい。まずは、平成21年判決の前までとして、2001(平成13)年か

論 説

ら2008（平成20）年までの送致件数を表1とした⁽⁷⁾。

なお、その際には、第2号の罪とともに軽犯罪法1条3号の罪（以下、第3号の罪と略。）の送致件数も表に入れた。第3号の罪は、軽犯罪法制定当時の国会審議の政府説明、その後の多くの説明においても、以下の3点について第2号の罪との共通性が指摘されていた。すなわち、第1に、第2号の罪における暴力事犯、第3号の罪における侵入事犯のように、両罪の後に想定される犯罪を防止するための抽象的危険犯であるという犯罪の性格、処罰根拠が共通すること、第2に、各号に定められた器具などを「隠して携帯」する行為が処罰されるということが共通すること、そして第3に、軽犯罪法になってからの新設規定であるという点についても共通するという点、である⁽⁸⁾。

軽犯罪法第1条3号

正当な理由がなくて合かぎ、のみ、ガラス切りその他他人の邸宅又は建物に侵入するのに使用されるような器具を隠して携帯していた者

（2）以下、送致件数において比較した軽犯罪法全体、第2号そして第3号の罪である（表1）。

表1 第2号と第3号の罪の送致件数：2001（平成13）年から2008（平成20）年

年	2001 平13	2002 平14	2003 平15	2004 平16	2005 平17	2006 平18	2007 平19	2008 平20
送致総数	8007	6748	7712	11595	11181	15617	18478	17851
第2号 (%)	1488 (18.5)	1675 (24.8)	2783 (36)	6266 (54)	5816 (52)	9004 (57.6)	10322 (55.8)	8803 (49.3)
第3号	312	363	391	297	237	324	286	240

表1から分かることは2つある。すなわち、まず第1に、第3号の罪の送致件数は、徐々にではあるが、年を経るごとに漸減傾向にあるということである。これは、第3号の罪と補充関係にあるとされるピッキング防止法が2003（平成15）年に成立したこと相関関係があるのかもしれない（ただし、確認はできなかった）。この漸減傾向は、その後も続いていること

軽犯罪法1条2号の罪について再び考える
～最近の高裁無罪判決を契機として～

は以下の表2からも確認できる。

第2に、軽犯罪全体の送致件数に占める第2号の罪の割合が、2004（平成16）年から、急激に、約半分を超える状態となったことが注目される。とくに、第2号の罪の送致件数における、2004（平成17）年の6266件、2005（平成18）年の5816件から、2006（平成18）の9004件、翌2007（平成19）年の1万322件という突然の急増は、異様な印象を与えるものである。

この背景に、どのような理由があったのか。本稿で、それほど詳しく論じることはできない。とはいえ、この時期の第2号の罪における送致件数急増の要因の1つとして、同罪の運用の背景となりうる政策変更、官邸から警察庁における政策的な動きがあったことだけは指摘できる。というのも、この時期から、政府が内閣総理大臣を中心に、第2号の罪から発展しうる、ひったくり、傷害などの、いわゆる街頭犯罪や、第3号から発展しうる侵入窃盗などの犯罪に対して、政府の政策課題の1つとして本格的に取り組み始めた時期に重なるからである。すなわち、当時の小泉純一郎内閣総理大臣が主宰する「犯罪対策閣僚会議」が、「「世界一安全な国、日本」の復活をめざし、2003（平成15）年9月2日に閣議で口頭了解され、その後、「犯罪に強い社会の実現のための行動計画（仮称）」策定」が計画され、毎年2回に定期的に開催され、それは現在の安倍内閣においても継続して行われている。また同年12月18日の会合で報告された、「犯罪に強い社会の実現のための行動計画（案）」の中では、犯罪増加と社会の不安をあおる一因として、路上でのひったくり、侵入窃盗などが取り上げられ、翌2004年の第3回会合での（資料1-2）には、「犯罪に強い社会の実現のための行動計画」フォローアップでも街頭犯罪への対処などが計画されていたこと、である⁽⁹⁾。

そして、これらの官邸の動きを受けてのことと推測できることとして、2004（平成16）年8月の国家公安委員会・警察庁作成の「平成15年 街頭犯罪・侵入犯罪の発生を抑制するための総合対策の推進に関する総合評価経過報告書」には、街頭犯罪・侵入犯罪の発生を抑制するための総合対

論 説

策の推進状況として、ピッキング防止法制定とその検挙状況、1999（平成11）年から2003（平成15）年までの第2号の罪の検挙状況が報告されていた⁽¹⁰⁾。このような一連の動きは、第2号そして第3号の罪の積極的運用と結びつきうる背景的な事情と言える。

とはいえ、警察庁ホームページなどに、これら官邸の政策的な動きと、警察用の運用上の動きとが関連付けられることを直接伺わせるようなものは、今のところ確認することはできなかった。とはいえ、以上のような官邸と、警察庁における政策的な文脈においても、第2号の罪が、2000年代の初めに、軽犯罪法全体の中においても、重要な地位を占めつつあったことは推測できる。

反対に言えば、それ以前の第2号の罪について言えば、統計上、上記のような傾向を見て取ることはできない。すなわち、1990年代（平成ひとケタ）より前の各種統計を確認してみても、第2号の罪は、軽犯罪法全体の統計上、それほど目立ったものではなく、重要な地位を占めるものとは言えないのである⁽¹¹⁾。

このような軽犯罪法全体における第2号の罪の統計上の重要な地位と言ったものは、表1の時期よりは、それほど極端なものではないが、現在においても、似たような傾向は続いていると言える。すなわち、その後の8年間、2009（平成21）年から2016（平成28）年、つまり本件直前までの軽犯罪法全体の送致件数、第2号の罪そして同第3号のもの推移、とくに第2号の罪の軽犯罪法の送致件数全体に占める割合をパーセンテージとすると以下ようになる（表2）⁽¹²⁾。

表2 第2号と第3号の罪の送致件数：2009（平成21）年から2016（平成28）年

年	2009 平21	2010 平22	2011 平23	2012 平24	2013 平25	2014 平26	2015 平27	2016 平28
送致総数	18643	16265	14260	12612	10366	10690	10373	9789
第2号 (%)	9258 (49.6)	6056 (37)	3145 (22)	3109 (24.6)	2776 (26.7)	2990 (27.9)	3101 (29.8)	3315 (33.8)
第3号	220	222	243	172	141	113	135	124

軽犯罪法1条2号の罪について再び考える
～最近の高裁無罪判決を契機として～

表2から分かることも2つある。すなわち、まず第1に、第3号の罪については、上記表1の8年間と同じく、年々漸減傾向にあるということである。表2の8年間では、220件から124件と約半減しており、それ以前の表1と併せた16年間で見ると、312件から124件に約3分の1にもなっている。このことは、やはり、2003（平成15）年にピッキング防止法が成立したことと関連しているのであろうか。残念ながら、両者の関連性について、これ以上明らかにできることはない。第2に、第2号の罪の送致件数についていえば、軽犯罪法全体に占める割合としては上記表1よりは下がっており、とくに2010（平成22）年以降は第1位からの座からは落ちている。とくに2009（平成21）年から始まる第2号の罪の送致件数の減少傾向が、第1審、第2審の判断を覆して無罪判決を出した平成21年判決の影響なのか否かについて、現時点で確認することはできなかった⁽¹³⁾。とはいえ、その原因はともあれ、平成21年を境にして、それまで増加傾向にあった第2号の罪の送致件数の流れが変わったことだけは指摘できる。

(3) とはいえ、これら表1、表2のような、2000年代における第2号の罪の軽犯罪法の各罪全体への割合の高さは、制定当時から本件裁判までの長いスパンにおける統計上の数字にも大きな影響を及ぼしていると言える。すなわち、表1、表2のように、送致件数ではないが、それより以前の段階の、1948（昭和23）年から2016（平成28）年の約70年間の軽犯罪法1条各号違反の総検挙人員からも、第1位は、第2号の罪となっており、第2位は貼り札などの第33号の罪、第3位は立入禁止場所への立入りなどの第32号の罪となっている⁽¹⁴⁾。

このように、第2号の罪は、軽犯罪法全体において統計上、重要な位置を占める犯罪であることが確認できたと考える。そしてその背景には、2000年代の急激な変化と官邸や警察庁などの政策的な変化が指摘できた。このことから、軽犯罪法全体に対する第2号の罪の統計的、政策的な重要性を指摘することができる。

以上が、第2号の罪を改めて現時点においても論じる意味の1つでもあ

論 説

ると言える。

2. 第2号の罪とピッキング防止法4条との比較参照について

(1) 上記表1、表2でも指摘したように、第3号の罪の統計上の送致件数の増減の背景にあるものとして、ピッキング防止、正式名称、「特殊開錠用具の所持の禁止等に関する法律（平成15年法律第65号）」との関係が指摘できる。

(2) というのも、ピッキング防止法の制定過程においては、他の多くの刑事立法の制定の場合と同じように、検察・警察官僚などから、同種の既存法令だけでは現在の状況に対処が難しいという趣旨の説明、要するに、新たな立法の必要性が唱えられており、その例の一つとして軽犯罪法1条3号の罪が引き合いに出されていたからである。

たとえば、国会審議における警察官僚の説明では、ピッキング防止法制定が必要な理由として、2002（平成14）年までの街頭犯罪と侵入窃盗の増加とその対策の必要性、そして既存法令がそのような状況に対処するには不十分であることの一例として、第3号の罪の法定刑の低さやそれゆえの逮捕勾留などの要件が厳しいなど（刑事訴訟法60、199、217条参照）、もっぱら捜査上の不都合が指摘されていた⁽¹⁵⁾。

特殊開錠用具の所持の禁止等に関する法律
（指定侵入工具の携帯の禁止）

第4条 何人も、業務その他正当な理由による場合を除いては、指定侵入工具を隠して携帯してはならない。

第16条 ……第4条の規定に違反した者は、1年以下の懲役又は50万円以下の罰金に処する。

第2条3号 指定侵入工具 ドライバー、パールその他の工具（特殊開錠用具に該当するものを除く。）であって、建物錠を破壊するため又は建物の出入口若しくは

軽犯罪法1条2号の罪について再び考える
～最近の高裁無罪判決を契機として～

窓の戸を破るために用いられるもののうち、建物への侵入の用に供されるおそれが大きいものとして政令で定めるものをいう。

(3) すでに指摘されているように、条文に定める特定の器具など、正当な理由なく、隠して携帯していたことを処罰する規定は、第2号以外には、第3号の罪そしてピッキング防止法4、16条だけである⁽¹⁶⁾。

後に述べるように、たしかに第2号、第3号の法定刑と、ピッキング防止法4条の法定刑との大きなちがいは存在する。とはいえ、基本的には、第2号の罪について検討する際には、ピッキング防止法4条は、ある程度は比較参照すべきものとは言えよう。この点については、さらに後述する。

3. 第2号の罪と銃刀法22条の罪との比較参照について

(1) 第2号の罪と他の法令との関係で言えば、軽犯罪法制定当時における国会審議での説明もそうであり、現在までも、銃砲刀剣類所持等取締法(昭和33年法律第6号、以下、銃刀法と略。)22条などの罪が、第2号の罪とのあいだで、いわゆる一般、補充関係にあるとして、常に比較参照の対象とされてきた⁽¹⁷⁾。

(刃体の長さが6センチメートルをこえる刃物の携帯の禁止)

第22条 何人も、業務その他正当な理由による場合を除いては、内閣府令で定めるところにより計つた刃体の長さが6センチメートルをこえる刃物を携帯してはならない。(以下、略)

第31条の18 次の各号のいずれかに該当する者は、2年以下の懲役又は30万円以下の罰金に処する。

(第1号、第2号略)

3号 第22条の規定に違反した者

このような従来の考え、要するに、銃刀法22条との比較参照の是非について、本当に単純に比較参照すべきものなのかどうかについて、考察しておきたい。

論 説

(2) ちなみに、とくに銃刀法違反のうち、とくに第2号の罪と関係する、刀剣類の検挙件数について、2001(平成13)年から2008(平成20)年を表3、続いて2009(平成21)年から2016(平成28)年までのものを表4とした⁽¹⁸⁾。

表3 銃刀法、とくに刀剣類の不法所持の検挙件数：2001(平成13)年から2008(平成20)年

年	2001 平13	2002 平14	2003 平15	2004 平16	2005 平17	2006 平18	2007 平19	2008 平20
刀剣類の 検挙件数	157	195	201	126	140	203	627	175

表4 銃刀法、とくに刀剣類の不法所持の検挙件数：2009(平成21)年から2016(平成28)年

年	2009 平21	2010 平22	2011 平23	2012 平24	2013 平25	2014 平26	2015 平27	2016 平28
刀剣類の 検挙件数	233	209	184	144	143	139	131	134

上記表3と表4をともに見ると、2001年から2016年までの期間においては、刀剣類の不法所持の検挙数だけで見ると、2007(平成19)年の627件だけが突出してはいるが、それ以外では、150件から200件程度で推移している。残念ながら、これらの表では、上記表1、表2のような経年変化のような、目立った傾向を見て取ることはできない。

(3) また、表5では、第2号、第3号の罪とピッキング防止法4条、そして銃刀法22条の罪についてをそれぞれ比較している。

表5 各要件比較：軽犯罪法1条2号、3号、ピッキング防止法4条そして銃刀法22条の各罪

罪名	客体	行為	正当な理由など
軽犯罪法1条2号、3号	各号所定の器具	隠して携帯	「正当な理由」
ピッキング防止法4条	4号所定のもの	隠して携帯	「業務その他正当な理由」
銃刀法22条	22条所定のもの	携帯	「業務その他正当な理由」

ここからも明らかなことは、以下の3点である。まず第1に、第2号、

軽犯罪法1条2号の罪について再び考える
～最近の高裁無罪判決を契機として～

第3号の罪は、その成立要件については、所定器具以外は、すべて同一要件であること、第2に、第2号、第3号の罪とピッキング防止法4条とは、「隠して携帯」するという行為類型においては同一ではあるが、ピッキング防止法4条とでは「業務その他正当な理由」との部分異なること、そして第3に、上記3つの罪と、銃刀法22条とでは、まず、「隠して携帯」なのか、公然と「携帯」している場合も含むのかというちがいがあること、ただし第4として、「業務その他正当な理由」については、ピッキング防止法4条と銃刀法22条とでは共通の要件であることである。

このように銃刀法22条については、ピッキング防止法4条との共通性として「業務その他正当な理由」という共通の要件があるが、とはいえ、とくに銃刀法22条と、第2号の罪とは、所定器具の大きさによって区別される規定、とくに後述のように「隠して携帯していた」との要件の関係において、第2号の罪と銃刀法22条とを単純に比較し、第2号の罪の判断の際に、銃刀法22条をそのまま参照し、判断の基準とすることには大いに疑問がある⁽¹⁹⁾。

その理由としてここでは3点ほど指摘しておく。すなわち、第1に、軽犯罪法制定以降、第2号の罪との軽重関係にあるとされた銃刀法22条の罪との関係は、その後上記のように、第2号とほぼ同じの第3号、そして第3号と類似の規定をもつピッキング防止法が制定されたことで、その直接的な比較関係に変化があったと言えること、また第2に、下記表6で示したように、各罪の法定刑の大きなちがいが、そして第3に、表5のように、銃刀法22条の処罰される行為は、「携帯」とだけされており、上記3つの罪のように、「隠して携帯する」とはしていないことの意味をどのように考えるかの3点である。

このうち、第2の、法定刑の比較という視点から、第2号、第3号の罪と、ピッキング防止法4条そして銃刀法22条の法定刑を表6で示してみた。その際には、拘留、懲役という身体拘束による身体的不利益を被る自由刑と、科料や罰金という経済的不利益を被る財産刑という分類もしている。

論 説

表6 法定刑の比較：軽犯罪法1条2号、3号、ピッキング防止法4条そして銃刀法22条の各罪

罪名	自由刑（＝身体的な不利益）	財産刑（＝財産的な不利益）
軽犯罪法1条2号、第3号	1日以上30日未満の拘留 (軽犯罪法1条本文、刑法16条)	1000円以上1万円未満の科料 (軽犯罪法1条本文、刑法17条)
ピッキング防止法4条	1年以下の懲役 (ピッキング防止法16条)	50万円以下の罰金 (ピッキング防止法16条)
銃刀法22条	2年以下の懲役 (銃刀法31条の18)	30万円以下の罰金 (銃刀法31条の18)

まず、第2号、第3号の罪とピッキング防止法4条の罪との法定刑を単純に比較しただけでも、自由刑による身体的不利益という側面では約12倍、経済的ないし金銭的不利益という側面では50倍もの差がある。さらに第2号、第3号の罪と、銃刀法22条の法定刑を単純に比較すると、身体的不利益という面では約24倍だが、とはいえ、経済的ないし金銭的不利益という面ではピッキング防止法4条よりも少ない30倍となっている。このように考えてくると、第2号と第3号の罪と上記2つの罪の単純な比較参照にはやはり疑問符がつく。すなわち、単純に、同じ文言であるから、類似の文言であるから、同じような法益であるからと言って、ピッキング防止法はもちろん、銃刀法22条との単純な比較はできないという結論に至る。

以上の観点を前提として、以下の第2号の罪についての比較検討に進む。

Ⅱ－２．各説～第2号の罪について～

以下では、上記の観点から、大きく2つのことを考察する。すなわち、まず第1に、本件における各裁判の認定事実と、有罪そして無罪と判断が分かれた本件簡裁判決と高裁判決との比較、そこで問題となっていた第2号の罪の要件について明らかにし、そして第2に、本件と平成21年判決との比較、さらにこれまでの第2号の罪についての理解と裁判例とを併せて考察し、第2号の罪における問題性と、求められるべき要件についての考察を行う。

軽犯罪法1条2号の罪について再び考える
～最近の高裁無罪判決を契機として～

0. 考察の前提：軽犯罪法の運用実態と同4条の趣旨について

とはいえ、以下のように検討する際には、その前提として、本件や平成21年判決の事例など第2号の罪をふくめた軽犯罪法の運用の実態と、その解釈の指針としての軽犯罪法4条の役割について触れておく必要がある。

(1) まず、本件そして平成21年判決の被告人も、第1審簡易裁判所の判決を不服として控訴している。とはいえ、このような被告人たちの行動は、第2号の罪をふくめた軽犯罪法違反事件全体の通常の刑事手続の実態から言えば、非常に珍しいことと言える。というのも、まず、通常、第2号の罪をふくめた軽犯罪法違反事件の刑事手続は、簡易裁判所を第1審とする略式手続（刑訴法461条以下参照）で処理される⁽²⁰⁾。もちろん、本件も、平成21年判決も第1審は、いずれも簡易裁判所であった。とはいえ、ここから非常に珍しいと言えるのは、いずれの被告人も、第1審簡易裁判所の判断を不服として控訴したことである。たしかに、統計上、軽犯罪法違反事件における第1審簡易裁判所の判断を不服として控訴審に控訴した統計を確認することができなかった。とはいえ、2009（平成21）年と本件の2017（平成29）年の簡易裁判所から控訴審へと不服申し立てをした上訴率は、統計によれば、いずれもほぼ5%程度である。すなわち、軽犯罪法違反事件を含めて簡易裁判所の判断に対する控訴は、ほとんど存在しないというのが実情と言える⁽²¹⁾。

このように、本件と平成21年判決における各被告人の行為は、統計から見ても非常に珍しいものであり、その結果として、両者とも第2号の罪における重要な先例となるべき裁判所の判断を引き出している。もちろん、そこには、控訴したことによる各被告人の時間的、経済的な不利益など短期的な利益が犠牲にされている。このことは、日々膨大な裁判例を目にする（刑事）法学者は気にも止めないかもしれないが、まぎれもない事実であり、忘れてはならない事実でもある。

しかも、その法定刑ゆえに、軽犯罪法1条各号の罪も、あたかも重要性の低い、簡単な法律違反かのように思えてくるが、それも錯覚である。た

論 説

しかに本件でも、平成21年判決でも、ともに第1審簡易裁判所で被告人に下された刑罰は、科料9000円程度であった。とはいえ、制定当時から指摘されてきたように、第2号もふくめて軽犯罪法もまた刑法と同じ、いわば小さな刑法であって、強制力を伴う国家刑罰権の発動条件である実体刑法の「犯罪」と「刑罰」であることに変わりはない⁽²²⁾。

一般人にとっては、刑罰のみならず、捜査、起訴、公判そして裁判まで、たとえ結果として無罪となったとしても、刑事手続において被疑者・被告人として取り扱われた社会的、経済的そして時間的な負担は計り知れない。結果として、無罪判決を得たからと言って、実名報道や社会的なバッッシングなどの過去が消えてなくなるわけでもない。とくに第2号または第3号の各罪は、「隠して携帯していた」という処罰行為の特徴から、パトロール中の警察官による職務質問、所持品検査などの過程からの発覚、逮捕が問題となった裁判例もいくつか存在している⁽²³⁾。しかも、このような第2号、第3号の罪の規定方式が、これらの犯罪の性質と相まって警察官の職務質問ないし捜査、身体検査などにおける濫用の危険性の高いとの指摘は、制定当時の公聴会においても複数の専門家から指摘されていた⁽²⁴⁾。

たしかに、軽犯罪法1条各号の罪の制定当時においては、特殊な政治的、時代的・社会的な背景を持っていたことは確かではある⁽²⁵⁾。とはいえ、そこから70年以上たった現在においては、より非政治的な、つまり、軽犯罪法1条の各号の本来の、時代を超えた普遍的な性格である一般生活上の行為への刑罰的な介入という側面が前面に出てくる。それを考慮に入れるとき、むしろ、同法1条各号の罪の法定刑が軽いゆえに、その害悪も軽いと見なされることは、刑法などよりも深刻なことかもしれない。

そのことは、第2号制定の理由として国会で説明されていた日常的な暴力の予防という側面からも問題となりうる。すなわち、第2号の制定理由の裏返しとして常に日常生活への刑罰的介入が問題となることが、同号に内在化されていたとも言えるからである⁽²⁶⁾。警察官僚の説明でも、当時、青少年犯罪を中心に、社会一般に暴力、とくに「小さな暴力、小暴力」が

軽犯罪法1条2号の罪について再び考える
～最近の高裁無罪判決を契機として～

蔓延する事態の是正、被害者の泣き寝入りなど法の実効性を喪失させる状態、あるいは刑法犯罪への予防や道徳律の倫理的規制力を維持しようとする軽犯罪法の重要性が強調されていた。そして第2号の罪も、おなじような文脈において、当時の「不良青少年や愚連隊が刃物を持ち歩くことへの社会的不安を解消するため」に、「社会公共の秩序と平穩を維持するための必要性から」、その立法趣旨が語られていた⁽²⁷⁾。

(2) このように、第2号そして第3号などにおける処罰行為が、日常的に行われる行為であり、それを「犯罪」とすることが、警察官の職務質問などの日常生活への過度な介入を招きかねないということは制定当時の国会議員にも共有されていた。それは戦前の刑事司法の経験からのものとも言えようが、これらの問題意識から、軽犯罪法の政府提案時には存在しなかった4条が、審議途中から議員から提案され、承認されたのである。

第4条 この法律の適用にあつては、国民の権利を不当に侵害しないように留意し、その本来の目的を逸脱して他の目的のためにこれを濫用するようなことがあつてはならない。

可決成立までに議論が紛糾し、紆余曲折あった4条の趣旨について、共同提案者代表の言葉を要約すれば、以下のとおりとなる。すなわち、軽犯罪法の前身である戦前の警察犯処罰令（明治41年内務省令第16号）が、その本来の目的を越え、犯罪捜査のために利用され、国民の権利を不当に侵害するかのとき状態にあり、とくに正当な労働運動や農民運動を抑圧していた顕著な事実を踏まえて、今回制定される軽犯罪法が、その目的を逸脱し、いたずらに官憲により濫用される結果、権利の侵害となる事態を防ぐためである、と⁽²⁸⁾。同旨説明として、裁判例やいくつかの解説も存在する⁽²⁹⁾。とはいえ、上記のような4条制定当時の趣旨を踏まえつつも、検察官を中心に、同条はあくまでも、注意事項にすぎず、犯罪成立を妨げる事由でも、刑の減輕事由でもないことを強調し、その法的拘束力を否定ないし減殺するような説明も多い⁽³⁰⁾。

論 説

このような同法4条の歴史的な背景や法的意義を減殺しようとする傾向は、制定当時の国会審議における政府委員の4条規定への冷ややかな態度から始まったと言える。いわく、同法4条のような規定は、理論的に考えるとまったくの不要であり、社会ないし議員たちが軽犯罪法の運用について、非常に心配されていることについての「一応注意的なものを加えるという趣旨」においては、反対はしないという旨の答弁である⁽³¹⁾。

とはいえ、これらの見解であっても、少なくとも解釈の指針としての4条の役割を否定するものではない⁽³²⁾。たとえば、平成21年判決の第1審や、それ以前の裁判例にも、解釈の指針として4条の趣旨に触れた裁判例は存在する⁽³³⁾。本稿でも、第2号の罪を解釈する際の指針として、4条の趣旨を十分に考慮する。それは、成立から約70年を経た軽犯罪法制定当時の反対論からの懸念に改めて向き合うことでもある。すなわち、制定当時の議論において、立法への反対論の1つの主張として、たとえば、第2号、第3号における「正当な理由」や「隠して携帯していた」との文言が、「官憲の主観的な認定、広い解釈を許容するような概括的要件の規定」の例であり、「取締官の感情に流れる危険性が高く、濫用のおそれが高い」と指摘され、それを受けて、賛成論からも、軽犯罪法の濫用、たとえば、労働運動抑圧の目的に利用することは、濫用を防止する条項によって対応できると主張されていたことから裏付けられる⁽³⁴⁾。

なお、軽犯罪法4条のような、同種規定は、ピッキング防止法には存在しない⁽³⁵⁾。同法が対象とするドライバーなどの工具の日常での頻繁な使用を考えるならば、軽犯罪法と同じような日常生活への国家刑罰権介入を批判し、4条と同様の規定を提案する方向もあり得たであろうが、その旨の質問もなかったし、議員たちからの提案もなかった。この点は、軽犯罪法制定当時（1948＝昭和23年）とピッキング防止法制定当時（2003＝平成15年）の時代背景、国会議員の刑事立法への認識のちがいがから来るものと言えよう。戦前からの刑事司法における時代的な経験は、世代交代が激しい国会議員の中においては共有されることも、継承されることもなかった

軽犯罪法1条2号の罪について再び考える
～最近の高裁無罪判決を契機として～

ということの証左であろうか。

(3) 以上のように、以下の第2号の罪を考察する際には、第2号の罪をふくめた軽犯罪法の実態、刑事手続との関係、さらには日常生活に介入しやすい小さな刑法としての性格、そして軽犯罪法4条の制定の趣旨を踏まえて、あるべき要件を解釈していきたい。そして以下では、まず、第2号の罪についての考察をする前に、本件第1審である簡裁有罪判決と、第2審である高裁無罪判決の論理をたどり、その判断のちがいをまとめ、明らかにすることによって、以下の考察につなげたい。

1-1. 本件第1審・簡裁有罪判決についての要約

(1) 簡裁判決の認定事実を要約すると以下のとおりである(以下、便宜上数字を入れる)。すなわち、①被告人は、香港の有名俳優の影響を受け、持ち手が木製のヌンチャクを通信販売で購入し、さらに持ち手が鉄製ヌンチャクを2組作成した(以下、本件ヌンチャクと略)。②被告人は、出張先でも練習がしたいと考え、2015(平成27)年11月21日から同24日まで兵庫県赤穂市へ車で3泊4日の予定で出張する際に本件ヌンチャク3本を車に載せた。③同24日午後8時25分頃、岡山県備前市内コンビニエンスストアAの駐車場の車内で仮眠中、パトカーで警ら中の警察官から職務質問を受け、上記車助手席側後部座席下の木製ヌンチャク1組と鉄製ヌンチャク1組、運転席側後部座席の布団下の鉄製ヌンチャク1組を上記警察官に差出した。④裁判で、被告人側は、本件ヌンチャクを携帯していた客観的状况は争わなかったが、第2号の(ア)「隠して携帯していた」と、(イ)「正当な理由がなく」との要件を欠くとして無罪を主張した。

(2) 第1審簡裁判決は第2号の罪の成立を認め、科料9900円に処した。まず、被告人携帯の木製ヌンチャクは、長さ約30cmの丸型棒2本を金属の鎖で結んだもので、鉄製ヌンチャク2組は長さ約31cmの丸型鉄パイプ2本をワイヤーで結んだものである。この形状や材質からは、本件ヌンチャクは、比較的軽い力でも他人に大きな怪我を負わせることができ、その客観

論 説

的性能からも第2号の罪の所定器具に当たるとした。

(3) 簡裁判決は、上記(ア)についても以下の理由から被告人側の訴えを斥けた。(i) まず一般論として「隠して携帯」とは、「他人が通常の方法で観察した場合にその視野に入っていないような状態におくこと」、つまり、「普通では人の目に触れにくいように携帯していれば足り、特に捜索をしなければ発見できない程度にまで達している必要はない」。(ii) 本件ヌンチャクの状態は、職務質問をしたB警察官供述によれば車外から窓越しにヌンチャクは発見できず、被告人の申し出で初めてその存在に気付いた。したがって、本件ヌンチャクは、上記(i)に当たり、「隠して携帯」していたと言える。

(4) また簡裁判決は「隠して隠匿」の主観的要件も認める。被告人側は、本件ヌンチャクの後部座席上足下への移動は、他人の邪魔になるのを避けるため、布団下のヌンチャクは、布団を車に積む際、たまたま下敷きになっただけで、隠す意思はないと主張した。これに対して、簡裁判決は、隠す意思の有無は、本件ヌンチャクが他人が通常の方法で観察した場合にその視野に入っていない状態に置かれていることを認識していたか否かで判断するのが相当とし、本件被告人に、そのような認識はあったとした。

(5) 簡裁判決は、上記(イ)も次の理由から否定した。(i) 簡裁判決によれば、第2号における「正当な理由」とは、第2号の罪の所定器具を隠して携帯していたことが、職務上また日常生活上の必要性から社会通念上、相当と認められる場合を言い、その判断基準は平成21年判決を引用し、同判決の甲斐中裁判官の補足意見を引用して、必要もないのに、人の多数集まる場所などで所定器具を隠匿携帯する行為は、一般的には「正当な理由」がないとする。そして(ii)平成21年判決の催眠スプレーと比べ、本件ヌンチャクは攻撃的加害使用が十分に可能で、取締りの必要性、合理性があり、それゆえに第2号における「正当な理由」はヌンチャクを購入して自宅へ持ち帰るためだけになどに限定する。(iii)被告人側は、本件ヌンチャクを出張に持ち出したのは趣味としてヌンチャクの練習をするため、整体

軽犯罪法1条2号の罪について再び考える
～最近の高裁無罪判決を契機として～

師として必要とされる手首等の鍛錬も目的とする。これに対し、簡裁判決は、たしかに日常生活で趣味を楽しむことは、他人の権利と矛盾抵触しないかぎり個人の自由な行動として許容され、整体師である被告人は、手技で人の骨格の歪み等を整えることを仕事とする以上、日頃から手首等の鍛錬が必要とは認めるが、趣味として自宅外でも楽しみたいならば、発泡ウレタンのような安全な材質で作られたものもあり、あえて本件のような攻撃的な加害使用も十分可能なヌンチャクを出張先で使用しなければならない事情を見出すことは困難で、社会通念上ヌンチャクを携帯することが当然に認められる場合に当たるとは言えない。「正当な理由」は認められないと結論づけた。

1-2. 本件第2審・高裁無罪判決についての要約

本件簡裁判決に対して、弁護人は、①第2号における「隠して」には「隠す意思」が必要であり、隠した状態の認識では足りないこと、②簡裁判決が、同号の「正当な理由」を「取締りの必要性・合理性」という理由から厳格に解釈したことは失当であるとした。これを受け容れて、本件第2審・高裁判決は、簡裁判決を破棄し、無罪とした。以下、上記①と②についてのみ要約する。

(1) ①について高裁判決は、簡裁判決の言う、隠れた状態の認識だけでは足りず、携帯の態様や目的等から「隠す」ことに何らかの積極的な意思が必要とするが、本件被告人の携帯の態様では「隠す」ことへの強固な意思を推認することはできず、被告人の携帯目的も「隠す」必要性を高めるものとは認められないとした。

(2) 高裁判決は、②についても、簡裁判決の解釈適用は是認できないとする。

(i) 高裁判決は、同罪では「隠して携帯していたこと」が違法となる器具が一義的には定められておらず、同罪の器具には犯罪に用いられれば危険性が高いとみられる器具と同時に、職業上又は日常生活上必要ともい

論 説

える器具も多く含まれるために、簡裁判決のように携帯凶器の危険性の高さを理由に直ちに、「正当な理由」なしとはせず、特別の事情がある場合など客観面と主観面の諸事情を総合して判断するとした。

高裁判決によれば、簡裁判決は本件ヌンチャクの危険性を、平成21年判決の場合の催涙スプレー以上と見たようだが、催涙スプレーは器具自体が攻撃以外の使用目的や用途がないが、それに対して、ヌンチャクは、現代では武道や趣味など適法な用途に利用されるもので、その方が一般的であり、社会通念上、携帯が相当な場合が十分にある。したがって、上記「正当な理由」について総合判断を行う必要性は高いとした。

(ii) 高裁判決によれば、本件の具体的事実関係からは、本件ヌンチャクの被告人の用途や使用目的、携帯の動機、経緯等には相応の合理性が認められ、これを排斥できる事情は窺われないこと、本件ヌンチャクを載せた、被告人が午後8時過ぎにコンビニエンスストア駐車場の車内にいたことについても、被告人の職業、日常生活などから合理的説明があること、周囲の状況も簡裁判決の言うような多数の者がいたとも言えない。以上、被告人の本件ヌンチャク3組の携帯が、職務上または日常生活上の必要性から、社会通念上、相当と認められる場合に当たらないとするには合理的疑いがあると結論づけた。

1-3. ここまでの小括～本件第1審有罪判決と第2審無罪判決とのちがい～

以上、要約してきたが、ここで小括として、以下では、本件第1審有罪判決と第2審無罪判決という判断のちがいはどこから生まれたのか。その点について第2号の罪の各要件に則して明らかにする（以下、単に第1審、第2審とする。）。

(1) 本件第1審と第2審が認定した事実としては、通信販売と自ら製作した本件ヌンチャクを3本保有していたこと（1-1(1)①）、被告人の職業は整体師で、練習のために、本件ヌンチャク3本を車に乗せたこと（同②）、午後8時ころコンビニ駐車場で駐車させ仮眠中に、警察官の

軽犯罪法1条2号の罪について再び考える
～最近の高裁無罪判決を契機として～

職務質問を受け、本件ヌンチャク3本を自ら差し出したこと（同③）、被告人側が争ったのは、本件ヌンチャクは、たまたま外から見えない状態となったため「隠して携帯」という状態ではなく、「正当な理由」もあるということ、であった（同④）。これらの争点については、第2審でも同じであった（1-2）

（2）まず、本件ヌンチャクが第2号の罪の所定器具に当たるか否かについて、第1審は、本件ヌンチャクの客観的性能は、比較的軽い力でも他人に大きな怪我を負わせることができるものであり、同罪の所定器具に当たるとした（1-1（2））。この点は、被告人側も争わず、第2審でも問題にはなっていない。ただ、第2審においては、後述するように、「正当な理由」との関係で、本件ヌンチャクの客観的性能のみならず、一般的・社会生活上における用いられ方についても考慮されており、その点もまた、第2審で「正当な理由」が認められ、結論として第2号の罪が成立しない理由の1つになったと考えられる。この点は後述する。

（3）つぎに同罪の「隠して携帯していた」の当否について、第1審は、まず、「隠して携帯していた」の意義についての一般論を展開し、「他人が通常の方法で観察した場合にその視野に入ってこないような状態におくこと」、つまり、「普通では人の目に触れにくいように携帯していれば足り、特に捜索をしなければ発見できない程度にまで達している必要はない」として本件の職務質問をした警察官などの証言などから本件は「隠して携帯していた」に当たるとした（1-1（3）（i）（ii））。これについては被告人が主張せず、第2審でも問題にはなっていない。後述のように、この同罪の「隠して携帯していた」が問題となる事例については、これまでの裁判例からいくつかの類型化ができる。

（4）同罪の「隠して携帯していた」の主観的要件について、被告人側は、本件ヌンチャクが車後部座席下に隠れていた状態や布団下に隠れていた状態は、偶然そうなったものであり、積極的に隠し、携帯していたとは言えないと主張したが、簡裁判決はこれを斥けた。その理由は、上記（3）の

論 説

同罪の「隠して携帯していた」という客観的要件の認識として、同罪の隠す意思は、「他人が通常の方法で観察した場合に、その視野に入っていない状態に置かれていること」の認識だけで足りるとし（1-1（4））、それ以上のより積極的に隠す意思は必要ではないとした。この点は、高裁判決とは大きく解釈が異なる。高裁判決では、むしろ、本件被告人の携帯の態様においては「隠す」ことへの強固な意思を推認することはできず、本件では、趣味であるヌンチャクの練習のため携帯したという被告人の携帯目的では、「隠す」必要性を高めるものとは認められないとして、同罪不成立、つまり無罪を導く大きな理由となったからである（1-2（1））。

（5）第2号における「正当な理由」についても、本件第1審と第2審とでは判断が分かれた。第1審簡裁判決では、下記平成21年判決で示された第2号の「正当な理由」の判断基準を挙げつつも、同罪所定器具を隠して携帯していたことが、職務上または日常生活上の必要性から社会通念上、相当である場合だけとし、その理由として本件ヌンチャクの危険性とそれゆえの取り締まりの必要性、合理性を強調し、平成21年判決の甲斐中裁判官の補足意見を引用して、必要もないのに人が多数集まる場所に所定器具を隠匿携帯する行為は一般的に「正当な理由」がないとした。これは本件被告人が本件ヌンチャクを載せた車をコンビニ駐車場という不特定または多数の人が訪れうる場所に止めたことを念頭においたものであろう。そして本件被告人が本件ヌンチャクを携帯した目的は、趣味であるヌンチャクの練習のため、整体師として必要とされる手首等の鍛錬のためという被告人の主張に対して、そのような目的を認めつつも、その目的達成の手段のためには、本件ヌンチャクである必要はなく、より安全な材質でつくられたものに代替できるとして、攻撃的加害使用も十分可能な本件ヌンチャクを出張先で使用する事情を認めず、結論として同号の「正当な理由」はないとした（1-1（5）（i）～（iii））。

これに対して、本件第2審の高裁判決は、同号における「正当な理由」の判断において、第1審判決と同じく平成21年判決の判断基準を引用しつ

軽犯罪法1条2号の罪について再び考える
～最近の高裁無罪判決を契機として～

つも、同号所定器具の一般使用の可能性をも考慮して判断したと言える。すなわち、同罪所定器具は、一義的には定められてはならず、同罪所定器具には、犯罪に用いられる危険性が高いとみられるものもあれば、職業上または日常生活上必要と言えるものも多く含まれうるとして、第1審簡裁判決のように本件ヌンチャクの危険性の高さだけを理由にして直ちに、「正当な理由」がないとはせず、特別の事情がある場合など客観、主観の諸事情を総合して判断するとする。しかも高裁判決は、第1審簡裁判決が引用した平成21年判決の場合の携帯催涙スプレーと、本件ヌンチャクとを比較し、その客観的な性能のちがいに着目する。すなわち、平成21年判決の携帯催涙スプレーは、攻撃以外の使用目的や用途がないものだが、本件ヌンチャクは現代では武道や趣味など適法な用途に利用されうるので、その方が一般的であり、社会通念上、携帯が相当な場合も十分あるとして、同号における「正当な理由」の総合的判断の必要性を強調した(1-2(2)(i))。そして第2審高裁判決は、本件ヌンチャクの被告人の用途や使用目的、携帯の動機や経緯などには相応の合理性を認め、これを排斥できる事情は窺われないこと、被告人が本件ヌンチャクを載せ、午後8時過ぎにコンビニエンスストア駐車場の車内にいても、被告人の職業、日常生活などから合理的説明できること、周囲の状況も簡裁判決の言うような多数の者がいたとも言えない状況であり、被告人の本件ヌンチャクの携帯が、職務上または日常生活上の必要性から、社会通念上、相当と認められる場合に当たらないとは言えないとして同罪不成立とした(同(ii))。

(6) 以上、冗長であったかもしれないが、本件第1審有罪と第2審無罪と第2号の罪の成否について判断の別れた第2号の各要件を中心にまとめた。そこでの両者の判断のちがいは、むしろ、誰も争っていないことが影響している点にも注目しなければならない。すなわち、第1審でも、第2審も本件ヌンチャクが第2号所定器具に当たるということは争点ではなかった。とはいえ、第2号所定器具を「隠して携帯していた」とことと、その所定器具の大きさ、性能や一般的な用法などの相関関係、また第2号所

論 説

定器具を隠して携帯していたことに「正当な理由」があったのか否かについても、第2号所定器具の客観的な性能、あるいは一般的な用法が関連してくることが上記第1審、第2審を詳しく検討することによって明らかになってくる。

このように、第2号における「正当な理由」の当否の判断について、上記比較からは、本件簡裁判決においては、もし仮に本件ヌンチャクが人体に用いられた場合の危険性を考慮して直ちに、第2号所定器具に対する取り締まりの必要性、合理性のみから、平成21年判決の判断基準を当てはめたのに対して、第2審高裁判決は、より総合的な判断をしている。それは後述するように、平成21年判決における同号の「正当な理由」の判断基準への理解として正当なものであり、第2審高裁判決は触れてはいないが、軽犯罪法4条の趣旨に沿った同罪の条文解釈であると言えよう。そのような明言はせずとも、ほぼ軽犯罪法4条の趣旨に沿うような高裁判決の判断は、「隠して携帯していた」の認識についても、たしかに、第1審判決を破棄して自判するに足るは、本件事案に対する当てはめについての説明が少なく感じるものの、同条の趣旨を尊重しようとの姿勢は、垣間見えるし、肯定的に評価できる。

(7) 以上、本件第1審有罪判決と第2審無罪判決における第2号の罪の判断のちがいを明らかにしてきた。これ以上の考察、つまり、本件第1審と第2審の判断の意義をより広く、長いスパンに位置づけるためには、これら両者の判決が引用した平成21年判決を始めとする第2号、軽犯罪法1条第3号、ピッキング防止法4条そして銃刀法22条の各要件そして裁判例との比較参照が必要となってくる。

したがって、以下では、上記の視点を前提として、その背景をより深く分析するために、第2号の罪の各要件ごとの検討を、平成21年判決のほか、先例となるべき裁判所の判断や、これまでの第2号の罪への解説を参照しつつ、進めたい。ただし、その要件のうち、第2号の所定器具については、上記のように本件ヌンチャクも、また平成21年判決における携帯スプレー

軽犯罪法1条2号の罪について再び考える
～最近の高裁無罪判決を契機として～

についても、第1審から最高裁までの各裁判所も、これを肯定していた。

たとえば、平成21年第1審判決における携帯スプレーが第2号所定の器具に該当するという判断においては、以下のような認定事実が考慮されていたと言える。すなわち、被告人が携帯スプレーを購入したインターネットのショッピングサイトの注意書きには、この携帯スプレーの客観的な性能として、人体に用いたときの火傷、激しい皮膚炎症などが説明され、それは警視庁科学捜査研究所鑑定書からも裏付けられていたこと、その性能ゆえに世界中の警察、軍、治安当局のみに販売され、日本でも教育委員会・福祉委員会、郵便局・警察・官庁そして学校に数多く納品されていること、携帯して外出すると第2号の罪に触れる可能性があるとの説明を認定していた⁽³⁶⁾。

上記のように、第2号所定の器具の該当性については、本件でも、平成21年判決でも、争点とはなっていない。とはいえ、この器具の性質・性能といった客観的な属性、危険性、使用可能性については、第2号の罪の他の要件である「隠して携帯していた」行為（2-1）、その主観的要件である「隠して携帯していた」認識との関連（2-2）、さらに「正当な理由」の当否についての強い関連性も認められる（2-3）。したがって、第2号所定の器具の大きさや性能などは、これらの第2号の罪の各要件における重要な判断要素の1つと言える。この点は、以下の該当箇所でも改めて検討する。

2-1. 行為：「隠して携帯していた」ことの意義と程度について

(1) 上記「1-3. (3)」で指摘したように、本件第1審では、同罪の「隠して携帯していた」の意義、とくに、その前半部分「隠して」の意義について、「他人が通常の方法で観察した場合にその視野に入っていないような状態におくこと」、つまり、「普通では人の目に触れにくいように携帯していれば足り、特に搜索をしなければ発見できない程度にまで達している必要はない」としていた（1-1 (3) (i) (ii)）。

論 説

(2) このような説明は、国会における政府の説明とほぼ同じものであり、そこではとくに、「隠して」については、「一般の社会生活上、これに接触する人に対し」、その「視界から隠されておる」、「視界からさえぎられておるという状態が必要」としていた⁽³⁷⁾。同旨の説明をする裁判例も⁽³⁸⁾、解説書も多い⁽³⁹⁾。

その理由として、ある裁判例では、第2号所定の器具を公然携帯している場合には人に警戒心をおこさせるから、その行為自体としては危険性が低い、隠して携帯の場合にはそのようなことがなく、一般に、その危険性が高いとみられるとの説を引用する⁽⁴⁰⁾。また、解説書においては、第2号所定の器具を、公然と携帯する場合には一般人への警戒心が芽生えることと同じ文脈において、反対に、「隠して携帯していた」場合には、事情を知らない一般人への接触可能性、つまり、実害への危険性が高まるがゆえという説明や、また行為者としても、第2号所定の器具を使用するような意図、つまり、人を害しようという意図があるならば、「隠して携帯」するのが一般的との説明もある⁽⁴¹⁾。

これと関連して、第2号の罪の処罰根拠については、従来から第2号所定の器具を用いての殺人、傷害、強盗、強姦、暴行あるいは脅迫などの对人的攻撃犯罪、凶悪犯罪に発展する状態を未然に防止するため、凶器などを隠して携帯しているという段階でこれを処罰しようとしたものとの説明は多い⁽⁴²⁾。この点は、「所持」とは異なる概念である「携帯」の意義にも関係する点であり、下記で再び取り上げたい。

(3) また第2号の「隠して携帯していた」の意義と範囲について、同罪とは所定の器具は異なるが、同じ行為を処罰するものとしてピッキング防止法4条があるが、その「隠して携帯していた」も第2号の罪と同じように説明されている⁽⁴³⁾。そして「携帯」という処罰行為に、なぜ「隠して」が求められたのかという点については、第2号、第3号の罪と同じように、もしピッキング防止法4条所定の器具を、その違法な目的である建造物侵入などに使用するつもりで携帯していたのであれば、通常隠すのが一般的

軽犯罪法1条2号の罪について再び考える
～最近の高裁無罪判決を契機として～

と言えるからという説明がなされていた⁽⁴⁴⁾。

このような違法ないし社会的に許されない目的のために使用するために、第2号、第3号そしてピッキング防止法4条所定の器具を隠して携帯することが、違法ないし社会的に許されないという、行為者のやましさの表れと考えることは、後述のように、「隠して携帯する」ことの認識、主観的要件の判断の一要素として考慮されうる可能性がある⁽⁴⁵⁾。

(4) 携帯の意義については、軽犯罪法制定当時の国会での説明やその後の文献などでも、より広い意味をもつ「所持」概念とは区別され、現に持っているという意味において事実上の支配下に置くこと、あるいは、すぐそばにあり、ただちに使用できるような状態であることが必要と説明される。たとえば、自宅のタンスの中に収納しておく状態では「携帯」とは言えず、「所持」に当たるとされるのである⁽⁴⁶⁾。

この点、同罪の携帯を「所持」と区別をしない見解もあるが、適切とは言えない。というのも、すでに先行研究における指摘にもあるように、上記3つの罪をふくめた「隠して携帯」する罪と、それ以外の所持罪とでは現行法上、各規定所定の客体の客観的な性能、その社会的な危険の度合いに応じて厳然と区別されているからである。すなわち、現行法体系においては、所定器具の所持は原則として禁止されており、例外として関係行政機関の厳格な手続の下における許可のある所持だけが許されており、他方で、携帯罪は、そのようなものではなく、通常、一般に流通販売されているものも多く、携帯罪においては日常生活上の必要性なども考慮され、このことは、後述の「正当な理由」についての判断要素にも大きく影響することも指摘されている⁽⁴⁷⁾。

(5) 第2号の罪の「隠して携帯していた」についての一般的な議論は、上記のとおりだが、それでは、このような定義は、具体的な事例においてどのように適用されているのか。たとえば、本件と平成21年判決とでは、たしかに同じように「隠して携帯していた」と各裁判所で判断された⁽⁴⁸⁾。

とはいえ、その「隠して携帯していた」所定の器具がどのような形状、

論 説

大きさのものであったのかに着目すると、本件と平成21年判決とでは事案が異なるものであったと言える。要するに、本件では、ヌンチャクを車に載せていた事例であり、他方で、平成21年判決は、服のポケットに催涙スプレーを入れていたという事案であった。すなわち、本件は、コンビニ駐車場に駐車されていた車内にヌンチャクを載せていた場合であり、いわば間接的な携帯とでも言える場合なのに対して、平成21年判決においては、催涙スプレーを着衣のポケットという直接身体に触れる程度に密着して保有しており、より直接的な携帯、語義としても本来的な携帯の状態にあったと言えるからである。

(6) 以上のような視点から、第2号や第3号そしてピッキング防止法4条の罪における「隠して携帯していた」が問題となった裁判例の事案から分類してみると、以下の3つの場合が考えられる。

すなわち、第2号、第3号あるいはピッキング防止法第4条所定の器具を、①手に持つ、あるいは服のポケットに入れるなど身体にほとんど接触している状態で保持している場合、②手荷物の中に入れて運んでいる場合、あるいは③本件事例のように、車など乗り物の中に載せている場合である。

たとえば、①の例としては、第2号所定の器具に当たる催涙スプレー1本をズボンの左前ポケット内に隠して携帯していたという平成21年判決の事例がある。さらに長さ約1.5m大の竹棒の先端部を削って尖らせ、その先端部分約一尺（約33cm）を新聞紙で包み手に持っていたという事例について、旗竿としての一般社会における使用方法などのちがいがから「隠して携帯していた」に当たるとした裁判例がある⁽⁴⁹⁾。

②の例で確認できたのは、1つだけである。すなわち、多数の鉄パイプを新聞紙で巻いて包装し、手提紙袋に入れて運んだ事例において、鉄パイプが紙袋から多少はみ出しているにもかかわらず、当該紙袋は、人の注意をひかない普通の外観であり、すべてを新聞紙で巻かれた当該鉄パイプは、一瞥して第2号の所定器具と即座に看破することは難しいとして、「隠して携帯していた」に当たるとされた裁判例である⁽⁵⁰⁾。

軽犯罪法1条2号の罪について再び考える
～最近の高裁無罪判決を契機として～

③の例は、一番多く確認できた。たとえば、i 詳細は不明だが、1.1m という木刀の長さと同該自動車の構造から考えて、車内の座席下に置くことも合理的に説明できるとして、「隠して携帯していた」について否定した京都簡裁の判断がある⁽⁵¹⁾。ほかには、ピッキング防止法の裁判例ではあるが、ii 午前2時18分ころ東京都台東区上野路上に駐車中の自動車内に、ドライバー1本を運転席ドアと運転席シートの間隙のトランクレバー下に置かれていた事案において、運転席ドアを閉めた時には外部から見る事ができないなどとして、ピッキング防止法4条の「隠して携帯していた」に当たると判断したものがある⁽⁵²⁾。これは、上記iの事例とほぼ同じだが、木刀よりも小さいであろうドライバーの大きさや自動車内部の形状などを考慮せずに、「隠して携帯していた」について、外部から見つけることができるか否かという、いわば形式的に判断したものと云えよう。iii 似たような判断として、車ダッシュボード内、助手席ドアポケット内などにマイナスドライバー、トランク内にパール各1本を入れていたものを「隠して携帯していた」とした裁判例もある⁽⁵³⁾。

「Ⅱ-1.3(3)」で指摘したように、第2号、第3号またはピッキング防止法4条のように「隠して携帯していた」ではないのだが、銃刀法22条の罪について、被告人が、カッターナイフを被告人車両コンソールボックス内の紙類の上に置いて蓋を閉めていた事案について、被告人は、いつでもコンソールボックスの蓋を開けてカッターナイフを取り出しその刃を出して固定し使用できる状態にあったとして、同罪の「携帯」を認めた裁判例もある⁽⁵⁴⁾。

これらの分類からも分かるように、「隠して携帯していた」否か判断の重要な要素は、その対象は何か、第2号、第3号またはピッキング防止法4条所定の器具に該当しうる物の大きさ、形状との相関関係にあると言える。当然のことながら、「隠して携帯していた」とされる器具の形状、大きさや重さなどから、被告人がどのように携帯するかの状態は変わりうるものと言えるからである。

(7) 以上の考察から得られる知見として指摘できることがある。すなわち、第2号、第3号またはピッキング防止法4条の所定の器具と「隠して携帯していた」との相関関係についてである。要するに、各事例において「隠して携帯していた」対象物は何か、つまり、第2号、第3号そしてピッキング防止法4条所定の客体がどのようなものであったのかということによって、その行為である「隠して携帯していた」の成立範囲も左右されるということである。そしてその際には、「隠して携帯していた」とされた器具の形状、大きさ、重量などという所定器具の客観的形状などとともに、それを、どのように「隠して携帯していた」のかという行為態様が、判断における重要な一要素となっていたと言えよう。ここでは、もちろん、「隠して携帯していた」とされた客体の大きさ、形状次第では、とくにポケットに入れられる形状、大きさのものであればあるほど、警察官の職務質問、任意とされる所持品検査時における深刻な争いになりうる可能性がますます高まると言えよう。そして、どのような器具を、どのように「隠して携帯していた」かどうかによって、その認識、これらの罪の主観的要件としての認識も認めることができるのかも問題となってくる。

したがって、以下では、上記のような視点から、「隠して携帯していた」ことの認識の要否とその程度についても考察検討する。

2-2. 主観的要件：「隠して携帯していた」ことの認識の要否と程度について

(1) 上記「1-3. (4)」で指摘したように、本件では「隠して携帯していた」という第2号の主観的要件について、第1審簡裁では、「他人が通常の方法で観察した場合に、その視野に入ってこない状態に置かれていること」の認識で足りる(1-1. (4))とし、有罪方向への大きな要因となったと言えるが、第2審では、むしろ、本件被告人の携帯態様においては「隠す」ことへの強固な意思は推測できず、ヌンチャクという趣味の練習のためという被告人の携帯目的では、「隠す」必要性も認められないとして、第1審とは反対に無罪判断を導く要因となったと言える(1-

軽犯罪法1条2号の罪について再び考える
～最近の高裁無罪判決を契機として～

2 (1))。

(2)この「隠して携帯していた」の主観的要件についての説明を、第2号、第3号の制定時の国会審議においては、見つけることはできなかった。とはいえ、かねてより、故意(刑法38条1項)の対象としては当然に、第2号の罪の客観的(構成)要件である、第2号所定の器具そして、「隠して携帯していた」ことの認識は必要とされていた⁽⁵⁵⁾。

問題は、どの程度、どういった経過で、「隠れた状態」が作出されたのかまでの認識まで必要とするかどうかである。たとえば、車内の座席に木刀を置いていた場合に、いわば偶然に荷物などが覆いかぶさっており、そのことは認識しつつも、そのまま放置していた場合などが問題となる。本件もそのような場合と言えよう。たとえば、そのような場合には、この「隠して携帯していた」ことへの行為者の積極的な意思(ないしその前提としての客観的な積極的な行為)を必要としていると理解できる裁判例もある。そこでは第2号の罪が日常生活で犯されやすい犯罪類型であることを考慮しつつ、軽犯罪法4条の趣旨から、そのような解釈を導くという論理が存在していた⁽⁵⁶⁾。そして、程度の差こそあれ、第2号所定の器具の「隠して携帯」する行為の処罰ないし取り締まりの必要性和同時に、その濫用防止の観点からも、「隠して携帯していた」ことへの積極的な行為ないし意思を必要とするというのが一般的な理解と言える⁽⁵⁷⁾。

(3)もちろん、すでに指摘したように、この「隠して携帯していた」ことの認識は、その対象である客観的な要件としての「隠して携帯していた」状況、さらには、その「隠して携帯していた」器具そのものの形状、大きさ、重さなども関連してくる。

上記「2-1.(6)」の分類に従えば、③の車内に各号所定の器具を「隠して携帯していた」かが問題となった事例として、京都簡判昭和48・2・19(註19)においては、問題となった木刀の長さ(1.1m)と車体の構造から考えて、座席上に置いた場合における運転時の木刀が激しく動くことによる運転などへの危険性や、木刀を座席の上に置いたままで、その上に

論 説

座った場合の不快さなどと比べた場合、座席下に置くことの合理性などを考慮して、「隠した」とは言えないと否定的に判断していた。他方で、上記③の類型には、同じような事例で別の判断をした裁判例もあり、ドライバーを車両の運転席シートの上の右横の床の上に置いていた事例について、ピッキング防止法4条の「隠して携帯していた」と認める事例もある⁽⁵⁸⁾。

両者は、正確に言えば、前者の裁判例が木刀、後者がドライバーと、大きさが多少異なることもあって、単純に同じものとして比較することはできないと考えられる。行為の対象の大きさも異なるため、客観的にも主観的にも「隠して携帯していた」と言える状況が微妙に異なるからである。とくに③の車内に放置しており、そのままそのことを失念していた場合には、「隠して携帯していた」との意思を認めることは難しいであろう。

また、発覚時の被告人の行動から、そのような意思を推測する裁判例もある。上記「2-1. (6)」②の分類に当たる事例である、新聞紙で包まれた鉄パイプを入れた紙袋を持っていた東京簡判昭和49・4・9（註29）においては、被告人たちが、パトロール中の警察官を見るや、当該紙袋を隠し、反対方向に一斉に逃げようとしたこと、当該携帯の紙袋の重さ（7～8kg）などを考慮して、「隠して携帯していた」の意思を認めている。この場合においては、やはり、自分もっていた紙袋の重さや、とっさに警察官からの逃げた客観的な行動から、自分のもっていた紙袋の中身への認識を間接的に推測したものと言えよう。ある程度の合理性はあると言える。

(4) とくに、上記東京簡裁昭和49年判決のように、被告人が、警察官から逃げたことをもって、事実上、「隠して携帯していた」の主観的な意図を推定しようとする考えもある。もし、そのことを認めるのであれば、同じように、通行している一般市民が突然に職務質問されたことの心理的抵抗から来る行動もまた考慮する必要もあるし、さらに、反対から言えば、本件や平成21年判決の事例における被告人のように、警察官の職務質問を受けて、第2号該当の可能性のある器具を自ら進んで警察官に提出した場

軽犯罪法1条2号の罪について再び考える
～最近の高裁無罪判決を契機として～

合には、そもそも上記のような隠す意思は無いとも言えるのではないのかということも言える⁽⁵⁹⁾。本稿も、そのような被告人の行為当時の客観的な挙動から、「隠して携帯していた」ことの内容内容を否定的に推定するような方向性は、原則として正当なものと言える。

とはいえ、上記(3)の京都簡判昭和48・2・19(註19)の無罪判決への論理については、検察官などを中心に批判・疑問も指摘されている⁽⁶⁰⁾。「隠して携帯していた」ことの客観的な行為または主観的な認識の内容にまで実質的に判断したことが不当だと考えられたのであろうか。また、上記東京簡裁昭和49年判決と比較して、「隠して携帯していた」の主観的要件をめぐる見解の相違ではないかとの指摘もある⁽⁶¹⁾。とはいえ、上記(3)のように、京都簡裁と、東京簡裁の両判決においては、車内にある木刀と、紙袋の中の鉄パイプという行為態様のちがいは明らかであり、それに伴って、「隠して携帯していた」ことの認識の認められにくさ(京都簡裁)、認められやすさ(東京簡裁)というちがいがあったと考えられる。要するに、事案の相違ということが大きく影響したと考えられる。

(5) 以上、ここまでをまとめよう。すなわち、「隠して携帯していた」ことの認識は、必要とするのが一般的ではあるが、各裁判例における個別具体的な事例において、被告人の行為当時の認識の程度、つまり、どこまでの認識を必要とするかについて、とくに積極的に隠してと言えるかについては、所定器具の形状、大きさ、あるいは一般的な用法との関係に左右される。とはいえ、本件は、車内における「隠して携帯する」という主観的要件が問題になったという比較的先例の多い事案ではあったと言える。

そして、本件は、着衣のポケットに入れているような平成21年判決の事案とは異なり、本件ヌンチャクを車内に載せていた場合であって、被告人が主張していたように、偶然の理由によって、隠れてしまっており、警察官の職務質問を契機に、改めて本件ヌンチャクの存在を思い出したということもまた不合理な説明とは言い難いからである。

2-3. 違法性阻却事由：「正当な理由」の判断要素とその具体的な裁判例について

(1) 第2号における「正当な理由」の一般的な基準そのものについては、上記「1-3. (5)」で分析・指摘したように、本件第1審有罪判決と第2審無罪判決とでは、ほぼ同じように平成21年判決のそれを、引用・参照していたと言ってよい。問題は、この「正当な理由」の判断基準に、第2号所定器具の客観的な性能やその日常的な用法までを考慮するか否かのちがいにあると言える。

すなわち、本件第1審は、本件ヌンチャクがもし人体に使用された場合の有害性、危険性、それゆえの取り締まりの必要性、合理性を強調し、そのような視点から、平成21年判決で示された第2号の「正当な理由」の判断要素を、より厳格に、制限的に本件事例に当てはめたものと言える。これに対して、本件第2審は、「正当な理由」の判断要素について、第1審判決と同じく平成21年判決の判断基準を引用しつつも、第1審のように、同号所定器具が人体に使用された場合の危険性のみを考慮せず、所定器具の範囲が法文上、一義的に定められているものではないことから、一般使用の可能性をも考慮してより広く判断したものと言える。そして第1審が強調した、平成21年判決における携帯催涙スプレーと本件ヌンチャクとの比較において、本件ヌンチャクは現代では武道や趣味など適法な用途にも利用されており、むしろ、の方が一般的と判断して、社会通念上、携帯が相当な場合も十分あるとしたのである⁽⁶²⁾。

本件の意義としては、すでにその評釈において、「隠す」ことについての積極的な意思の必要性、認定方法の明示をし、さらに「正当な理由」について、平成21年判決後に初めて判断した事例と評価されている⁽⁶³⁾。このように、いずれにしても、「正当な理由」についての判断基準、判断要素そのものは、本件第1審と第2審とでその理解にちがいはないが、その当てはめへの姿勢のちがいにある。すなわち、具体的には、第2号所定器具における文言の漠然性、一般性との関係から、一般使用の可能性を加味して考慮するか（本件第2審有罪判決）、否か（本件第1審無罪判決）に

軽犯罪法1条2号の罪について再び考える
～最近の高裁無罪判決を契機として～

あると言えよう。

(2) したがって、ここで重要になってくるのは、本件第1審・2審ともに引用した平成21年判決における第2号の「正当な理由」の具体的な判断基準、要素である。

平成21年判決において最高裁は、第2号の「正当な理由」について、①「同罪所定の器具を隠匿携帯することが、職務上又は日常生活上の必要性から、社会通念上相当と認められる場合をいい」という一般的な判断基準を示し、これに該当するか否かは、②「当該器具の用途や形状・性能、隠匿携帯した者の職業や日常生活との関係、隠匿携帯の日時・場所、態様及び周囲の状況等の客観的要素と」、③「隠匿携帯の動機、目的、認識等の主観的要素とを総合的に勘案して判断すべき」として、その具体的な判断要素を詳細に判示した。最高裁のこの判断基準は、第1審の上記判断基準とは似ているが、その第1審のように、「必要性、緊急性」などは求めてはならず、反対に、同罪所定器具を隠して携帯することが、職務上または日常生活上の必要性から、社会通念上相当と認められる場合で足りるとしており、第1審の判断基準よりは広く解釈していた。この点は、日常生活的に犯されやすい軽犯罪法1条各号の罪の性格を考慮し、権利保障と規定の濫用防止の確認をした軽犯罪法4条の趣旨から言っても、肯定的に評価して良いであろう。

(3) 以上のような、平成21年判決までは、上記②や③のような第2号における「正当な理由」についての具体的な判断要素については、確固としたものは明示されてはいなかったと言える。たとえば、軽犯罪法制定当時の国会審議においては、第2号、第3号における「正当な理由」とは、行為の違法性を表しているものとだけ説明があり、この要件を明記することによって、厳格に解釈し、運用することを意味する趣旨であるとだけ説明されていた⁽⁶⁴⁾。また裁判例においては、このような趣旨を敷衍し、軽犯罪の違法性は稀薄であり、軽犯罪該当の違反行為と正当行為とに一線を画することは極めて微妙な問題であり、同罪適用による一般市民の基本的

論 説

人権を侵害する恐れを予防する4条の趣旨から、「正当な理由」を解釈するとだけ一般論が展開されていた⁽⁶⁵⁾。

とはいえ、以上のような軽犯罪法4条の趣旨には即した、適切な解釈とはいえ、具体的な要素の明示までには至らず、「正当な理由」があるかどうかは、社会観念上相当な行為として正当なものなのかどうか、または具体的事案に即し社会通念によって決せられるべきと一般的な基準の提示のみにとどまっていた⁽⁶⁶⁾。

たしかに、このような一般的な基準のみで同号の「正当な理由」を判断することは、あまりに漠然とし過ぎており、判断は不安定なものと言わざるを得ず、ブラックボックスとの批判は免れることはできないと言える⁽⁶⁷⁾。

(4)そこで、平成21年判決より前では、主にピッキング防止法4条の「業務その他正当な理由」について判断した裁判例が参考になる。もちろん、すでに上記「Ⅱ-1.3(3)」で指摘したように、ピッキング防止法4条と、第2号、第3号との法定刑の軽重を考えると、たしかに単純な比較はできないが、日常生活上も用いられやすい器具の「隠して携帯」を処罰するという、第2号、第3号の罪の各要件の基本的な類似性を考慮して、なお、ここで一般論として参考にすべきところはあると考える⁽⁶⁸⁾。

たとえば、ピッキング防止法制定直後の裁判例においては、ピッキング防止法4条の趣旨として、犯罪の実態からは建物侵入の用に供されるおそれ大きい工具は、建物侵入という法益侵害に結びつく蓋然性が高いが、他方、これらの工具は日常生活で用いるために広く普及していることにも鑑み、規制対象物を危険性の高い工具に限定し、規制対象となる行為態様は軽犯罪法1条第3号と同じく正当な理由のない隠匿携帯にとどめたとする。同条趣旨から「業務その他正当な理由による場合」を、社会通念上、指定侵入工具を携帯することが当然と認められるような場合、たとえば、大工が業務のため工具として持ち歩く、運転者が自動車内に修理用工具として積む場合、一般の人が修理や引っ越しのために持ち歩く場合などとし、これに該当するかは、①指定侵入工具を携帯している状況等の客観的要素

軽犯罪法1条2号の罪について再び考える
～最近の高裁無罪判決を契機として～

に加えて、②その者の当該携帯に係る動機、目的、認識等の主観的要素を総合的に勘案して判断すべきものと解していた⁽⁶⁹⁾。

後にも、上記平成21年判決における第2号の「正当な理由」の判断基準とほぼ同旨の一般論と具体的な判断要素を展開する裁判例もある。たとえば、ピッキング防止法4条における「業務その他正当な理由による場合を除いて」とは、職務上あるいは日常生活上の必要性から、社会通念上正当と認められない場合をいうとし、その有無は、①携帯者の職業や携帯の状況等の客観的要素と、②その者の携帯に係る動機・目的・認識等の主観的要素を加味して総合的に判断すべきであるとする裁判例である⁽⁷⁰⁾。

これと併せて、ピッキング防止法4条における「正当な理由」の判断要素としては、「隠して携帯」する者が所持、携帯していた物品との関係、職業、時間的、場所的な合理性、言動、周囲の状況も含める説明もあった⁽⁷¹⁾。

これは、ピッキング防止法4条の趣旨から、主に同条所定器具を建造物侵入に用いる可能性の高さ、反対に言えば、日常生活上の使用の可能性がない時間帯、場所における「隠して携帯」する場合などを判断する要素と言えよう。

類似の裁判例としては、「業務その他正当な理由」についての一般論は展開してはいないものの、同条に該当し得るスパナ1本ほかをズボン左右ポケットに隠して携帯した事実は認められるが、自転車修理に使ったとの弁解を、不自然として直ちには排斥できず、排斥できる証拠も十分でないとして、同条成立を否定したものがある⁽⁷²⁾。

また、上記①②のような要素を加味して、ピッキング防止法4条における「正当な理由」がないとした事例も存在する。すなわち、上下黒の服装、軍手、懐中電灯、上履き用運動靴と同条所定器具に該当しうるドライバーを入れた布袋を、自転車の前かごに入れ、午前3時5分ころ、横浜市内の路上を無灯火で運転していた被告人には侵入窃盗など7回の前科があり、いずれも同種物を準備携行し、窃盗の時間帯もほぼ共通であったことなどから、「正当な理由」を認めず、同罪を肯定したものである⁽⁷³⁾。

論 説

さらに、被告人が、午後6時45分ころ、東京都荒川区の公園内で、職務質問した警察官に、手提げ鞆内の指定侵入工具ドライバー1本を自ら手渡した事案においては、被告人に常習累犯窃盗などの6犯の前科があること、しかも直近2犯が建造物出入口鍵を道具で壊して侵入するものであり、出所後も定職に就かず路上生活をしていたことなどを加味し、ピッキング防止法4条における「業務その他正当な理由」に当たらないとした裁判例もあった⁽⁷⁴⁾。

上記①と②を示した裁判例においては、とくに①の客観的要素を中心として、たとえば、被告人が通常、人の行動する時間と言えない深夜に、自転車で市中を徘徊し、しかもホームレス生活でありながら行為当時には、寝具、防寒具あるいは洗面用具など生活用具は携帯せず、ピッキング防止法4条該当のバールをはじめ、容易に窃盗用具に転用しうる工具類やマスク、軍手あるいは懐中電灯を袋に携帯しており、この携帯への経緯についての説明も二転三転していることなどから、同条における「正当な理由」は存在せず、同罪成立を認めている⁽⁷⁵⁾。

以上の裁判例をよく見ると、これら問題となった器具の「隠して携帯していた」状態が、「正当な理由」の判断要素として、被告人の日常生活上の使用のためかもしれないという事情が排斥できるのかを、携帯の時間、場所そして携帯していたときの被告人の服装、所持品などから判断していると言うことができよう。とはいえ、以上の裁判例にもいくつか存在していたが、行為当時の被告人の就業の有無、とくに無職のみを各規定の「正当な理由」を認めない方向、つまり、被告人に不利益な事情として考慮することは、無職などの偏見を助長するものとして許されないことは、かつて指摘した⁽⁷⁶⁾。ただし、その他の事情、とくにピッキング防止法4条の趣旨として、侵入犯罪との関係から、被告人の行為当時の状況、所持品、窃盗などの前科・前歴などを考慮する点については、同罪の抽象的危険犯という犯罪の性質からいってもある程度許される面はあると考えられる。

(5) ところで、すでに上記「Ⅱ-1.3.(3)」で批判したが、しかし、

軽犯罪法1条2号の罪について再び考える
～最近の高裁無罪判決を契機として～

なお、第2号における「正当な理由」の判断において、銃刀法22条における「業務その他正当な理由」についての従来の説明や裁判例などを、そのまま比較参照する見解は多い。

たとえば、平成21年判決の意義の1つとして、護身用のための催涙スプレーの「隠して携帯」する事例であっても、「正当な理由」ありと認められる場合があるとした、「極めて重要な事案」と評価される⁽⁷⁷⁾。

たしかに、それまでは、護身用であると称する場合にも、第2号における「正当な理由」は認められないとして、同罪が認められてきたし、平成21年判決の第1審もそのように判断していた⁽⁷⁸⁾。従来から、護身用という理由だけでは、銃刀法22条における「正当な理由」に当たらないとされた裁判例も存在していた⁽⁷⁹⁾。

そして、平成21年判決の第1審を支持した同第2審においても、銃刀法22条における「業務その他正当な理由」がないとした最3小判平成17・11・8刑集59巻9号1449頁を引用し、第2号における「正当な理由」においても、業務上の理由などが無い以上、単に護身というだけでは正当化されず、同罪が成立するとしていた。この平成21年判決第2審が引用した平成17年判決と、平成21年判決の事案のちがいがから、平成17年判決が平成21年判決の事例の先例にはなりえないことは、筆者もふくめて多くの論者から批判されている⁽⁸⁰⁾。

さらに言えば、そもそも銃刀法22条における「業務その他正当な理由」を参考に、第2号における「正当な理由」を判断するようになると、銃刀法22条のそれに合わせて、第2号の「正当な理由」も制限的な解釈となってくると考えられる。たとえば、よくある第2号における「正当な理由」が認められる例として、警察官が所定器具を携帯する場合、刃物業者が正常な取引のために携帯運搬する場合、あるいは野獣から身を守るために携帯する場合などがあげられる⁽⁸¹⁾。

これらの説明においては、銃刀法22条違反との関係においても、客体の客観的性能・性質、つまり、使用された場合の法益侵害への危険性ととも

論 説

に、携帯行為と正当な理由との相関関係が論じられていた。すなわち、論じられていたのは、人の身体、生命の危険の及ぶような所定器具の客観的性能・性質と、それを正当な理由なく携帯することとの相関関係であった。そこから、銃刀法22条違反の罪との比較は否定的なものとなる。すなわち、銃刀法22条が想定する客体である拳銃はもちろん、刃渡りの長い刃物を日常生活で持ち歩く必要性は、あまり一般的なものとは言い難い。それゆえにこそ、同条の「業務その他正当な理由」は、どうしても、第2号所定器具の「隠して携帯していた」場合における「正当な理由」よりは狭く、制限的な解釈とならざるをえないからである。両者を単純比較できない根本的な要因は、そこにある⁽⁸²⁾。

(6) 以上、ここまでの考察から、第2号の「正当な理由」における具体的な判断基準、ないし考慮されるべき要素としては、以下の①ないし④が合理的に説明可能であるならば、第2号における「正当な理由」は認められると考える。すなわち、①所定器具の一般社会的な用法における身体への危害の危険性の低さ、②第2号所定器具を「隠して携帯」し、それが発覚するまでの過程と経緯、行為時の被告人の服装、所持品あるいは挙動などと共に、③携帯場所と周囲の状況とその時間を基本に、さらに、④第2号の罪に関連する生命・身体に対する犯罪についての被告人の前科・前歴、つまり、被告人が、第2号所定の器具を使用する危険性の程度を行為時に判断するのである⁽⁸³⁾。

むろん、神ならぬ身である人間の判断として、行為時に被告人が使用する危険性をもって第2号所定の器具を「隠して携帯していた」ことの子測を求めることにそもそも無理があるという批判はもちろんありえよう。とはいえ、それは、第2号の罪を始めとした抽象的危険犯が有する犯罪が内包する問題であって、それゆえにこそ、軽犯罪法4条の趣旨もあるのである。平成21年判決における第2号の「正当な理由」判断基準に対する批判として、最高裁は、第2号所定の器具を持つことによって抽象的に危険のある者、とそうでない者とを区別できることは自明なことという前提があ

軽犯罪法1条2号の罪について再び考える
～最近の高裁無罪判決を契機として～

るのではないか、それは思想や人格、生活習慣によって不利益な判断とならないのかという根本的で的確な批判もあった⁽⁸⁴⁾。とはいえ、現行の第2号の罪の存在を前提とするかぎりにおける解釈論としては、上記のように考えざるを得ない。もちろん、同罪がそもそも漠然としすぎており、適法で適正な刑罰法令としてはふさわしくない(憲法31条)というのならば、また別のことではあるが。上記の①ないし④の要件は、第2号の罪が憲法に合致していると考えた上での解釈ということになる。

ところで、上記第2号の「正当な理由」における具体的な判断基準ないし要素には、ほぼ、すべての論者が言及するような、携帯の動機・目的と言った、いわゆる主観的要素を本稿では求めない⁽⁸⁵⁾。というのも、これらの判断要素に主観的なものを求めるのは、そもそも不要であり、しかも有害ですらあるからである。すなわち、不要と言ったのは、上記ピッキング防止法4条における「正当な理由」についての裁判例でも、各裁判所は、行為時の被告人の所持品、態度、過去の犯歴など、客観的な要素からその当否を判断していると言えるからである。被告人の動機、目的といった主観的な要素は、たしかに重要な要素にも思えるが、しかし、実際の判断においてそれほど重要視しているとは言えない。上記の裁判例においても、各裁判所は、客観的な事実から「正当な理由」の判断をしているし、現になしうると考えられる。

たとえば、京都簡判昭和48・2・19(註19)においても、第2号における「正当な理由」の当否の認定においては、被告人が供述した護身用という表現にこだわらず、具体的、実質的に判断すべきとしていた。そして、「正当な理由」の判断基準についての一般論は展開しなかったが、具体的に、被告人が正業に就いており、粗暴犯の前歴はなく、暴力団とも関係せず、また問題となった木刀は購入して9か月の間、喧嘩に用いたこともなく、むしろ、木刀は健康保持のための素振りに用いられたこと、木刀そのものはスポーツ店、土産物店等で市販されており、スポーツ用品の一種とするのが一般であることなどを考慮して、護身目的というのは、形骸化した内容

論 説

空虚なものとして、第2号における「正当な理由」の判断要素としては考慮していなかったと言える。

また、「実務上の参照価値が高い」と高く評価された平成21年判決においても、護身用として購入、携帯していたことが、第2号の「正当な理由」に当たるかが問題となった事案であった⁽⁸⁶⁾。そして、実際には、最高裁も第2号における「正当な理由」の当否を判断するにあたって、護身目的という被告人の供述をそれほど重視しているわけではない。より客観的な事実、要素、つまり、被告人に犯罪歴はなく、金融関係の仕事といった経歴・職業を始め、深夜に運動のための出かける必要があったことなど日頃の行動、携帯していた場所が東京新宿といった繁華街であることなどを加味して、判断を下していた。そこでは被告人の「隠して携帯していた」動機や目的は、いわば判断の端緒に過ぎないものとすら言える。護身という携帯の目的・動機だけで、同号の「正当な理由」の当否に用いられているわけではないからである⁽⁸⁷⁾。

本件においても、被告人の供述によれば趣味、娯楽とされた、本件ヌンチャクの「隠して携帯していた」行為も、同号の「正当な理由」の当否については、本件ヌンチャクそのものの危険性とその一般的な用法、被告人の職業、前科・前歴などの客観的な要素を加味した上での判断であって、第2号における「正当な理由」の当否判断において、主観的な要素がそれほど重要で必要不可欠な判断要素という訳ではない。

第2号の「正当な理由」の判断要素として主観的要素を求めないもう1つの理由は、現在の刑事司法が抱える問題、人質司法との関連である。というのも、身体拘束への恐れを対象者に抱かせることによって、事実上の自白を迫る、いわゆる自白偏重に基づく刑事司法の問題である。とくに、軽犯罪法という刑罰が比較的軽い割には、捜査段階での被疑者の心理的、身体的な負担が重いことの不均衡から、強要や誘導とまではいかないまでも本意ではない自白が獲得されかねないという懸念がある。

以上のように、第2号の「正当な理由」の判断要素として、被疑者・被

軽犯罪法1条2号の罪について再び考える
～最近の高裁無罪判決を契機として～

告人の供述に依存するような実体刑法上の主観的な判断要素を求める必要はないし、求めることは有害ですらあると言える。

Ⅲ. おわりに～本稿のまとめ、 本判決の意義と問題の深刻さについて～

最後に、ここまで考察してきた、総説（Ⅱ－1.）と各説（Ⅱ－2.）の内容をまとめ、結論へと至る道筋をつけたい。

1. すなわち、総説においては、本稿で、9年ぶりに第2号の罪を論じる意味（Ⅱ－1.1）と、各説において第2号の罪の犯罪構成要件を検討する際に、同じ軽犯罪法違反であり、法定刑も同じで、所定器具以外の要件も同じである第3号の罪と比較参照することは当然許されるとしても、それ以外の法令との比較参照の妥当性について検討を加えた。たとえば、第2号の罪とは、「隠して携帯していた」という処罰される行為態様が共通という理由で比較参照されるピッキング防止法4条（Ⅱ－1.2）や、第2号の罪の法益と同じように、身体への抽象的危険を処罰根拠とする銃刀法22条の罪との比較が、本当に妥当なものと言えるのか（Ⅱ－1.3）、である（表5参照）。

まず、本稿で第2号の罪について再び論じる意味は、まず、第2号の罪の統計上の意味と、政府の犯罪対策などの政策上の重要な地位が確認できたことから根拠づけられる。すなわち、2001（平成13）年から2008（平成20）年までの軽犯罪法違反の全体の送致件数（表1）は、2009（平成21）年から2016（平成28）年の時期（表2）においても、第2号の罪が大きな割合を占めていることを確認した。しかも、2005（平成17）年から送致件数が急増している背景として、2003（平成15）年の小泉政権時代に、総理大臣主宰の「犯罪対策閣僚会議」が発足し、第2号の罪から発展しうる街頭犯罪への対処が焦点とされ、それを受けた国家公安委員会と警察庁の政策計画書などで軽犯罪法が扱われたことを確認した。ここからも政府、警

論 説

察庁にとっても、第2号の罪が重要視されうる政策的な方向性を確認できた。平成21年を境に、それまで増加傾向にあった第2号の罪の送致件数の流れが減少傾向になったことも確認した。とはいえ、このような流れと、平成21年判決との直接的な関連性については確認することはできなかった(Ⅱ-1.1)。

第2号の罪の各要件において、ピッキング防止法4条を参照することの妥当性については(Ⅱ-1.2)、たしかに、両罪は、所定器具を「隠して携帯していた」という意味では現行法全体の中でも珍しく同じ規定形式を有しているとは言え、表6に示したような法定刑の大きなちがいから言えば単純に比較参照することは慎重にならざるを得ない。とくにピッキング防止法4条所定の器具が、一般的な用法で用いられるものとは限らないことも指摘しておくべきことと言える。また、第2号の罪と銃刀法22条との比較検討の妥当性について(Ⅱ-1.3)は、たしかに、これまで両者の犯罪の類似性、法益や処罰理由の類似性から、常に参照されてきた。とはいえ、やはり法定刑の大きなちがいはもちろん(表6参照)、第2号所定の器具と銃刀法22条所定の客体における使用された場合の人体への危険の程度の大きさのちがい、第2号所定器具とは異なり、銃刀法22条所定の客体は、一般的な日常生活における使用が考えにくいものも多く想定されている。以上の意味において、従来の一般的な見解とは異なり、本稿では、第2号の罪の各要件において、銃刀法22条の罪のそれを単純に比較参照することはしなかった。

2. 次に各要件を考察する前提として、本件や平成21年判決の事例など第2号の罪をふくめた軽犯罪法の運用の実態(Ⅱ-2.0.(1))と、それを踏まえた軽犯罪法4条の趣旨とその解釈の指針としての役割について(2)、確認した。

本件そして平成21年判決の被告人もともに、第1審簡易裁判所の判断を不服として控訴審に控訴しており、統計上、このことがいかに稀なことであるかを確認した。たしかに両者ともに下された刑罰は科料9000円程度で

軽犯罪法1条2号の罪について再び考える
～最近の高裁無罪判決を契機として～

あり、「刑事裁判の常識」から言えば、それほど「重い」刑罰とは言えないが、各被告人は、時間、労力そして金銭的な不利益を厭わず、「刑事裁判の常識」にあえて異を唱え、結果として本件や平成21年判決のような第2号の罪における先例として価値ある裁判所の判断を引き出したのである。これら被告人の行動の意義は、何度でも繰り返し強調すべきことである。

軽犯罪法もまた刑法と同じように、強制力を伴う犯罪と刑罰を定める法律であり、しかも、軽犯罪法そのものも、第2号、第3号の各罪もまた、その犯罪の性質上、日常生活上の行為への国家刑罰権の介入が問題となる場合も多くあり、また制定当時の国会審議でも指摘があり、現に後の裁判例でも問題となったように、パトロール中の警察官による職務質問、所持品検査などが問題となっていた。

それゆえに、本稿の考察に際しては、同法の濫用を戒める同法4条を解釈の指針とした。そのような考えは、4条を提案した国会議員たちが共有していた問題意識でもあった。とはいえ、4条の提案当時から、検察官、司法官僚を中心に、この4条の法的性格をできるかぎり減殺、否定しようとする説明が一貫してあった。これら司法官僚など、戦前の刑事司法を主導した官僚たちが、戦後もまた戦前への真摯な反省のないままに連続して戦後の刑事司法を担っていたことは、その人的な連続性はもちろん、その思想的な連続性も指摘されている⁽⁸⁸⁾。ここにも、その一端が表れていると言えよう。

このような規定は、いわゆるピッキング防止法には軽犯罪法4条のような規定はない。軽犯罪法制定当時（1948＝昭和23年）と、ピッキング防止法制定当時（2003＝平成15年）の、国会議員たちの刑事司法への姿勢・思想の断絶が表れていると言えようか。これらのことは、上記のような検察・刑事司法官僚たちの戦前・戦前との一貫した思想とは対照的に、歴史的教訓の断絶を意味しており、批判的な思考の弱さを示すものと言えよう。

3. 次に、IIにおける第2号の罪についての考察の前提として、本件における第1審簡易裁判所における有罪判決と、同第2審無罪判決における

論 説

論理を確認するために、両者を要約し（Ⅱ－2. 1－1、1－2）、本件第1審と第2審の有罪と無罪という判断が分かれた理由を探るため、そのちがいを中心に小括した（Ⅱ－2. 1－3.）。本件第1審、第2審で争点となったのは、第2号の罪の「隠して携帯していた」か否か、そして同号の「正当な理由」が認められるか否かであった。

ここで重要であると考えたのは、第2号の罪の所定器具の客観的な性能・性質と、同罪の他の各要件の当否との強い関連性である。すなわち、第1審でも第2審でも本件ヌンチャクが、第2号の罪の所定器具に該当することそのものについては、争いも、ちがいもない。とはいえ、各裁判所においても、本件ヌンチャクがもし人体に向けて用いられたときの危険性を認めつつも、本件ヌンチャクが一般販売されていることからの社会生活上あるいは日常的な用法を、同号の「正当な理由」の当否にあたって加味するかがちがいとなっていた。前者のみを強調するのが、本件第1審有罪判決であり、後者もふくめて、第2号の「正当な理由」当否を総合的に判断するとしたのが、第2審無罪判決であった。このように、第2号所定の器具の性質・性能といった客観的な属性、危険性、人体への使用可能性については、第2号の罪の各要件、「隠して携帯していた」行為（Ⅱ－2. 2－1.）、その主観的な認識（Ⅱ－2. 2－2.）、さらに「正当な理由」をめぐって（Ⅱ－2. 2－3.）の各当否の判断において強い関連性があることを確認した。

そして、第2号の罪の客観的成立要件である「隠して携帯していた」については、第1審とそれを前提とした第2審の理解は、第2号制定当時の国会の説明、その後の一般的な説明と同じであった。それは、第2号所定器具を用いた殺人、傷害などが発生しうる抽象的危険が処罰根拠との関連も指摘されていた。上記のように法定刑のちがいはあるとはいえ、ピッキング防止法4条の「隠して携帯していた」の意義も似たように説明されていた。ただし、現行法における「携帯」と「所持」との意義を等閑視し、両者を同列に比較参照することは本稿ではしなかった。すなわち、すでに指摘されているように第2号、第3号そしてピッキング防止法4条の「隠

軽犯罪法1条2号の罪について再び考える
～最近の高裁無罪判決を契機として～

して携帯していた」罪と、所持罪とは、その客体である器具などの客観的な性能、その社会的な危険の度合いに応じて、厳格に区別されており、所持は関連官庁の許可なしには原則禁止されているのに対して、携帯罪は通常、一般に流通販売されているものも多く、日常生活上の必要性をも加味しているからと言えるからである。

また、同じく「隠して携帯していた」場合においても、本件のようにヌンチャクを車に載せていた場合と、平成21年判決のように携帯催涙スプレーをズボンのポケットに入れていた場合とでは、状況は異なるし、被告人の行為当時における「隠して携帯していた」ことへの主観的な認識の程度、あるいはその認識の有無の合理的な説明も異なると言える。そこで第2号や第3号そしてピッキング防止法4条の罪における「隠して携帯していた」が問題となった裁判例を分類し、各規定の所定器具を、①手に持つ、あるいは服のポケットに入れるなど身体に接触している場合、②手荷物の中に入れる場合、あるいは③本件のように、車など乗り物の中に載せる場合と分類した。ここからは、「隠して携帯していた」対象が、どのようなものであったのか、その客体の長さ、大きさ、重さなどによって、「隠して携帯していた」ことの認否が左右されることも確認した。というのも、着衣のポケットに入れているような平成21年判決の事案とは異なり、本件のように、車内に載せていた場合には、被告人が主張していたように、当該器具が偶然の理由によって隠れてしまい、警察官の職務質問をきっかけとして、改めて思い出すということもまた不合理な説明とは言い難いからである。

第2号の「正当な理由」の具体的な判断基準については、本件第1審、第2審ともに平成21年判決のそれを引用・参照しており、そこにちがいはない。とはいえ、各裁判所の有罪と無罪という判断のちがいが「正当な理由」の当否と関連するならば、第2号所定器具の客観的なし一般的用法をどの程度まで考えるのか、そしてそのような所定器具を「隠して携帯していた」ことの「正当な理由」の判断を、職務上または日常生活の必要性

論 説

に限定するのか、それ以外の社会的に相当な場合も認めるのかに言える。

ともあれ、本件第1審、第2審は、同じように平成21年判決の判断基準に則している。すなわち、平成21年判決で最高裁は、第2号の「正当な理由」の判断基準として、①「同罪所定の器具を隠匿携帯することが、職務上又は日常生活上の必要性から、社会通念上相当と認められる場合をいい」、これに該当するか否かは、②「当該器具の用途や形状・性能、隠匿携帯した者の職業や日常生活との関係、隠匿携帯の日時・場所、態様及び周囲の状況等の客観的要素と」、③「隠匿携帯の動機、目的、認識等の主観的要素とを総合的に勘案して判断すべき」としていた。たしかに、このような要素を考慮することは、平成21年判決の第1審のような緊急性や必要性を強調しすぎるものよりは、はるかに軽犯罪法4条の趣旨に則したものと評価できる。とはいえ、このような一見細やかに見える基準であっても、本件第1審と第2審のように、たとえば、②の「当該器具の用途や形状、性能」と言っても、それが人に使用された場合の危険性に着目するのか、それとも一般的な使用方法、日常的な用法の側面をも加味するののかによって結論を異にしていることを前にするとき、その判断要件ないし要素も不安定なものと言わざるを得ない。

この平成21年判決において提示された第2号の「正当な理由」の具体的な判断基準、判断要素は、第2号制定時にはなく、むしろ、2003（平成15）年制定のピッキング防止法4条の「業務その他正当な理由」について判断した裁判例の積み重ねから発展してきたと言える。そこではピッキング防止法4条の趣旨、つまり、侵入犯罪が同4条所定器具によって犯されやすいという抽象的危険と、しかし、これらの所定器具が、ドライバーのように一般流通していることもあり、日常生活でも広く用いられることを考慮して、「業務その他正当な理由による場合」にのみ許されるという問題意識から、詳細な判断要素の提示へと至り、そこから上記平成21年判決のような「正当な理由」の判断基準、考慮されるべき要素へと至ったという発展過程を見て取ることができた。

軽犯罪法1条2号の罪について再び考える
～最近の高裁無罪判決を契機として～

上記「Ⅱ－1.3.(3)」でも批判したとは言え、たしかに、第2号の罪の「正当な理由」の判断の際に、銃刀法22条の「業務その他正当な理由」の従来の説明や裁判例などを比較参照する裁判例や見解は多い。しかし、両者の客体に着目してきた本稿においては、このような単純比較は、より慎重に考えるべきと言える。たとえば、銃刀法22条が想定する客体である拳銃はもちろん、刃渡りの長い刃物を日常生活で持ち歩く必要性は、第2号の罪の場合と比べても、あまり一般的なものとは言えない。それゆえにこそ、同条の「業務その他正当な理由」は、どうしても、第2号所定器具の「隠して携帯していた」場合における「正当な理由」よりは狭く、制限的な解釈とならざるをえないのである。両者を単純比較できない理由の根本的な要因は、そこにある。

ここまでをまとめると、第2号の「正当な理由」における具体的な判断基準としては、以下の①ないし④の各要素が合理的に説明可能であるならば、ひとまず認めることは許されると考える。すなわち、①所定器具の一般社会的な用法における身体への危害の危険性の低さ、②第2号所定器具を「隠して携帯」し、それが発覚するまでの過程と経緯、行為時の被告人の服装、所持品、挙動などと共に、③携帯場所と周囲の状況とその時間を基本に、さらに、④第2号の罪に関連する生命・身体に対する犯罪についての被告人の前科・前歴から、被告人が行為当時第2号所定の器具を使用する危険性の程度を判断するのである。むろん、神ならぬ身である人間の判断として、行為時に被告人が使用する危険性をもって第2号所定の器具を「隠して携帯していた」ことの予測を求めることにはそもそも無理があるという批判は甘受せざるを得ない。もはや、それは、第2号の罪を始めとした抽象的危険犯が有する犯罪が内包する問題であって、それゆえにこそ軽犯罪法4条の趣旨もある。第2号の罪の存在を前提とする解釈としてはそのようになろう。

本稿では、上記第2号の「正当な理由」における具体的な判断基準ないし要素には、ほぼすべての論者が言及する、携帯の動機・目的と言った、

論 説

主観的要素は求めない。というのも、そのような要求は不要かつ有害だからである。前者について言えば、現実の裁判例を分析すれば、むしろ、携帯の時間帯、場所、状況、携帯当時の被告人の服装、所持品あるいは被告人の犯罪・経歴などの客観的な事実の要素を重視しており、携帯の動機、目的などの主観的な要素を「正当な理由の」当否の判断に際して重視しているとは言えなかったからである。しかも、「正当な理由」の当否において主観的要素を採用することが有害な理由とは、人質司法と批判される現在の日本の刑事司法の現実を考えると、自白を過度に重視するあり方を助長しかねないとも言えるからである。とくに、第2号の罪など、軽犯罪法1条各号違反の罪の法定刑が、刑法などに比べれば軽い割には、捜査段階での被疑者の心理的、身体的な負担が重いことの不均衡や、その日常生活上への刑罰権の介入といった軽犯罪法4条の趣旨からも、同じことは言えるのである。

4. このように、しかし、第2号における客観的要件として、i 所定器具の該当性を、ii 「隠して携帯していた」こと、iii 主観的要件としての、i と ii とくに「隠して携帯していた」ことの認識そしてiv 「正当な理由」の不存在を考察してきた。

とはいえ、ここまで考察してきた中で、改めて考えると、ここには、ある種のジレンマを抱えることになる。すなわち、筆者も含めて多くの論者が、当然のように、iv の第2号における「正当な理由」を集中的に論じ、しかも、それが平成21年判決以降に形成されてきた傾向の上で、理論によってより精緻化されればされるほど、他の第2号の罪の各要件である i ないし iii が、より形式的に判断される危険性である。

このような第2号の罪の犯罪の成否を判断する要件論が、iv の「正当な理由」に集中し依存すれば依存するほど、i ないし iii という第2号の罪の各要件が、より安易に認定されるのかもしれないというジレンマは、そもそも第2号の制定時の批判から始まったものなのかもしれない。その要因は、第2号の罪の文言の漠然性にある。

軽犯罪法1条2号の罪について再び考える
～最近の高裁無罪判決を契機として～

平成21年判決の意義として、下級審の形式的な事実認定に警鐘を鳴らしたことが指摘される⁽⁸⁹⁾。とはいえ、そのような意義のある平成21年判決が示した、第2号の「正当な理由」についての詳細な判断要素が、むしろ、上記のように第2号のiないしiiiの各要件を安易にそして形式的に判断される趨勢を作ったのであったとしたら、何とも皮肉な結果と言えよう。もちろん、このような事態は、日常生活への安易な国家刑罰権介入を戒める軽犯罪法4条の趣旨にそぐわない事態とも言えよう。

ではどう考えれば良いのか。要するに、第2号の罪の各要件が、上記iv「正当な理由」に依存、集中している現状を回避し、ivに過度に集中した判断要素を、分解し、再び、第2号の上記の各要件iからiiiにおける処罰に値するかを判断すべきと考える。すなわち、iその本来の用法が人体に危害を加えうる第2号所定の器具であるか否か、ii「隠して携帯していた」という行為においては、「隠して携帯」するまでの状況、経緯、普段の日常生活との関連そして周囲の状況、時間など、また被告人の服装、所持品、発覚時の挙動などの各要素を考慮しつつ、iとの関係での客観的危険性を判断し、iiiでは、上記iとiiという危険性の認識を判断し、そして、その他の被告人の前科・前歴など上記iからiiiに分解しきれないものを「正当な理由」に入れるべきである。

このような第2号の罪の各要件を処罰に値するものへと限定する方向での実質化は、それを可罰的違法性と呼ぶかは別にして、何人かの論者からも主張されている⁽⁹⁰⁾。

本稿では、本件を題材として、軽犯罪法第2号の罪についての各要件について検討し、その前提として第2号の罪の運用実態、軽犯罪法4条の趣旨そして、他の類似の法令との比較参照の妥当性などを考察してきた。たしかに、本件高裁判決や、平成21年判決の最高裁判決が、下級審判決の第2号の罪における、あまりに形式的な適用を戒めるものであり、その点では一定の意義があり、評価もできる。とはいえ、反対から言えば、それは全体としてあまりに形式的な運用が横行しているからという事態の深刻さ

論 説

を示すものとも言える。そのような傾向にも釘を刺したものとしての本件高裁判決の意義を指摘することができよう。そしてそれは、そもそも第2号の罪という条文が、そのような形式的な運用を横行させるような、つまり、司法官憲に広大な裁量権を与えるような、あまりに抽象的で、問題の大きなものであるという制定当時から専門家によって指摘されてきたことへと至る。ここに、問題の根深さがある。

とはいえ、以上のことは平成21年判決はもちろん、本件の被告人たちの勇氣ある行動の結果である。刑事法に関心があり、研究する者は、このことを常に胆に銘じ、このような第2号、第3号の罪をふくめた軽犯罪法違反の罪における問題性を、これからも研究、考察し、問題を公に指摘し、公表し続けなければならない所以である。

※本稿を退職記念として平田元先生、橋本眞先生に献呈する。両先生はともに、2014（平成26）年、わたしの大学院法曹養成研究科（当時）採用時に初めてお会いし、現在まで、研究、教育そして管理運営の各面において大変お世話になった。採用審査時にわたしが主要な業績として提出したのは、奇しくも（註5）の文献であった。それから5年経つ。本稿に本学着任以来の研究成果を十分に表現できたかは心許ない。とはいえ、現在できる精一杯のものとして、今後の更なる研鑽を誓いつつ、本稿を平田先生、橋本先生に献じることを、お許し頂く次第である（2019年11月29日脱稿）。

- (1) 玉島簡判平成28・11・8『判例時報』2354号112頁（以下、第1審あるいは簡裁判決と略、大野裕之裁判官）、広島高裁岡山支部判平成29・3・8『判例時報』2354号109頁（以下、本件第2審あるいは控訴審判決、大泉一夫・難波宏および村川主和の各裁判官）。
- (2) 松原和彦『刑事法ジャーナル』57号（2018年）115頁以下、菊池一樹『早稲田大学法務研究叢書』3号（2018年）259頁以下。

軽犯罪法1条2号の罪について再び考える
～最近の高裁無罪判決を契機として～

- (3) 甲斐中辰夫 涌井紀夫、宮川光治、櫻井龍子および金築誠志の各裁判官。この判決には甲斐中裁判官の補足意見がある（以下、肩書は当時、以下同じ）。平成21年判決の第1審は、東京簡判平成20・3・19刑集63巻3号276頁（長坂和仁裁判官）、同第2審は、東京高判平成20・7・9刑集63巻3号288頁（原田國男、田島清茂および松山昇平の各裁判官）。
- (4) 以下、便宜上番号を付す。①田川靖紘『法律時報』81巻12号（2009年）116頁、②門田成人『法学セミナー』654号（2009年）131頁以下、③宮地裕美（法務総合研究所教官）『研修』732号（2009年）402頁、④関喜貴（法務省刑事局付検事）『警察公論』2009年6月号105頁、⑤菊池浩（法務省刑事局参事官）『警察学論集』62巻10号（2009年）179頁、⑥松尾誠紀『刑事法ジャーナル』18号（2009年）109頁以下、⑦遠藤聡太『ジュリスト』1407号（2010年）164頁、⑧木村光江『ジュリスト臨時増刊〔平成21年度重要判例解説〕』（有斐閣、2010年）191頁、⑨松田俊哉（最高裁調査官）『最高裁判例解説刑事篇平成21年度』（法曹会、2013年）77頁、⑩大場史朗『久留米大学法学』68号（2013年）75頁。
- (5) 岡本「軽犯罪法1条2号の『正当な理由』の意義とその当否の判断方法について—最近の最高裁無罪判決を契機として」『関東学院法学』19巻4号（2010年）115頁。
- (6) 岡本（註5）133～134頁註2。
- (7) 警察庁ホームページ内から「軽犯罪法」で検索。 <https://www.npa.go.jp/>（2019年9月24日最終確認）。2001（平成13）年のものは、「61 軽犯罪法違反 違反態様別 送致件数及び送致人員」、以降の表では同じ題名の「63」から作成。なお、大場（註4⑩）79～81頁、同80頁の1998（平成10）年から2011（平成23）年の「軽犯罪法送致人員」、81頁の同期間の「軽犯罪法1条2号の既済人員」も参照。
- (8) 国立国会図書館「日本法令索引」から「軽犯罪法」で検索→「審議経過」から http://hourei.ndl.go.jp/SearchSys/frame/genkou_top.jsp（2019年11月23日最終確認）。第2回国会（参議院）司法委員会第6号昭和23年3月25日での國宗榮政府委員（法務庁事務官）による説明によれば、第2号、第3号の罪のいずれも、i 旧警察犯処罰令にはない軽犯罪法からの新設の規定であり、ii 公共の安寧の保持を目的とするものであり、iii 第2号所定のように殺生に使用されるような器具、第3号所定のように邸宅等に侵入するのに使用されるような器具を、正当な理由なく隠して携帯することが「それ自體でやはり不穩」と説明されていた。同旨の説明をする文献として以下のものがある（以下、便宜上番号を付す）。①新警察社編集部編『軽犯罪法詳解：警察犯処罰

- 令対照』(新警察社、1948年、国立国会図書館デジタルコレクション請求番号326.82-Si471k、以下、『詳解』) <http://dl.ndl.go.jp/info:ndljp/pid/1280934> (2019年8月9日最終確認) 2、25頁、②熊倉武『軽犯罪法』(日本評論社、1950年) 84～86頁とB表、86～87頁、③法務省刑事局軽犯罪法研究会『軽犯罪法101問』(立花書房、1995年) 37、54～55頁、④伊藤榮樹(原著)勝丸充啓(改訂)『軽犯罪法(新装第2版)』(立花書房、2013年) 48～49、66、12～14頁表、⑤井坂博『実務のための軽犯罪法解説』(東京法令出版株式会社、2018年) 8、14、56頁、なお大場(註4⑩) 110頁註4。
- (9) <https://www.kantei.go.jp/jp/singi/hanzai/dail/1gijisidai.html> (2019年11月26日最終確認)、<https://www.kantei.go.jp/jp/singi/hanzai/dai2/2gijisidai.html> (同日最終確認) <https://www.kantei.go.jp/jp/singi/hanzai/dai3/3gijisidai.html> (同日最終確認)
- (10) 平成16年8月の国家公安委員会・警察庁「平成15年 街頭犯罪・侵入犯罪の発生を抑制するための総合対策の推進に関する総合評価経過報告書」29頁以下の「行政課題3 街頭犯罪・侵入犯罪の発生を抑制するための総合対策の推進 第4 街頭犯罪・侵入犯罪の手段等となり得る行為の取締りの推進」→「2 推進状況 (1) 街頭犯罪・侵入犯罪の手段等となり得る行為の検挙活動の強化」に(ア)ピッキング防止法制定とその検挙状況、(イ)第2号の罪の検挙状況が報告されている。https://www.npa.go.jp/policies/evaluation/04jigo-hyouka/sougou_hyouka/03gaitouhannzai/keikahoukoku15.pdf (2019年11月26日最終確認)
- (11) 『軽犯罪法101問』(註8③) 20～21頁「第1表 軽犯罪法違反送致人員」によれば、軽犯罪法1条各号の罪のうち、1969(昭和44)年から1993(平成5)年の24年間の送致件数の総数4000件から5000件のうち、第2号の罪は400から500件に過ぎず、全体で5番目のものでしかなかった。ほかに、伊藤榮樹「軽犯罪法の20年」『時の法令』639号(1968年) 18～27頁、19頁「表1 軽犯罪法違反受理・処理人員」、同20頁「表3 軽犯罪法違反検挙人員」、同22～23頁「図4 検挙状況(2)」、井坂(註8⑤) 238～243頁「〔付録1〕軽犯罪法統計 第1表 軽犯罪法違反検挙人員(警察庁の統計による)」は、1948(昭和23)年から2016(平成28)年の軽犯罪法1条各号の罪の検挙人員を網羅するが、そこでも第2号の罪は他の罪、たとえば、浮浪(同4号)、窃視(同23号)、排せつの罪(同26号)、追隨(同28号)、立入禁止場所等侵入(同32号)の各罪の数字よりも少ない。
- (12) 註11と同じ方法で作成。ただ、2017(平成29)年のものは、「63 軽犯罪法

軽犯罪法1条2号の罪について再び考える
～最近の高裁無罪判決を契機として～

違反 違反態様別 検挙件数及び検挙人員」と変化しており、以前の「送検」とでは、その数字の性格も変わると考え、表には加えなかった。

- (13) たとえば、警察庁ホームページの「警察庁の施策を示す通達（刑事局）」の中において、もし仮に「第2号の罪について、先般平成21年判決が出され、捜査においては軽犯罪法4条の趣旨に従い、適正かつ厳正な捜査、取り締まりを願いたい、旨の通達などがあれば、平成21年判決とそれ以降の軽犯罪の送致件数減少との関連性の説明はある程度はできるであろうが、実際には、その類の通達は確認できなかった。

<https://www.npa.go.jp/laws/notification/keiji.html#souichi>（2019年11月28日最終確認）なお、警察庁丙生企発第55号、丙地発第16号 丙刑企発第71号、丙捜一発第15号 平成15年8月1日付の警察庁生活安全局長、警察庁刑事局長、警察庁交通局長、警察庁警備局長「特殊開錠用具の所持の禁止等に関する法律等の趣旨、要点及び運用上の留意事項について（通達）」は存在する。
<https://www.npa.go.jp/pdc/notification/seian/seiki/seianki20030801-2.pdf>（同日最終確認）。また、法務省ホームページには、そもそも通達・訓令の一覧は確認できない。NII学術情報ナビゲータ [サイニイ] <https://cinii.ac.jp/>で「法務省 通達 軽犯罪法」と検索しても確認はできなかった。

- (14) 井坂（註8⑤）17頁、同238～243頁「〔付録1〕軽犯罪法統計 第1表 軽犯罪法違反検挙人員（警察庁の統計による）の合計」の欄参照。
- (15) 国立国会図書館「日本法令索引」から「特殊開錠用具の所持の禁止等に関する法律案」で検索→「審議経過」から<http://hourei.ndl.go.jp/SearchSys/viewShingi.do?i=115601065>（2019年11月14日確認）。第156回国会（衆議院）内閣委員会第9号平成15年5月9日の山花郁夫・吉井英勝の各衆院議員の質問、同国会（参議院）内閣委員会第10号平成15年5月27日の長谷川清参院議員の質問に対する瀬川勝久政府参考人（警察庁生活安全局長）の各答弁、同日の白浜一良参院議員の質問に対する谷垣禎一法務大臣の答弁など参照。文献としては、坂口拓也（前・警察庁生活安全局生活安全企画課長補佐）「〈法令解説〉急増する侵入犯罪に対処」『時の法令』1703号（2003年）47～49頁、坂口「特殊開錠用具の所持の禁止等に関する法律の概要について」『法律のひろば』56巻11号（2003年）12～18頁、同法を含めた総合対策について、同号4頁以下の吉田英法（警察庁生活安全局生活安全企画課長）「街頭犯罪・侵入犯罪抑止総合対策の推進」『警察学論集』56巻12号（2003年）1頁以下の吉田「侵入犯罪抑止総合対策の現状と課題」と同38頁以下の坂口拓也「特殊開錠用具の所持の禁止等に関する法律の概要」、①重久真毅（警察庁生活

論 説

- 安全局生活安全企画課)「[特殊開錠用具の所持の禁止等に関する法律]について」『捜査研究』52巻9号(2003年)4～12、22～23頁。②重久「[特殊開錠用具の所持の禁止等に関する法律]について—制定の背景/他」『警察時報』58巻11号(2003年)15頁以下、堺瑞崇(警察庁生活安全局生活安全企画課)「特殊開錠用具の所持の禁止等に関する法律等の施行」『警察公論』58巻11号(2003年)19～20頁、田中伸一(法務省刑事局付検事)「5 研修講座 特別法シリーズ(135) 特殊開錠用具の所持の禁止等に関する法律について」『研修』681号(2005年)54頁註1、56～57頁。
- (16) 菊池一樹(註2)264頁註6。なお、警察実務研究会「クローズアップ実務「携帯」違反が成立する主な法令(第6回) 特殊開錠用具の所持の禁止等に関する法律」『警察公論』62巻7号(2007年)64頁におけるピッキング防止法4条などと軽犯罪法1条3号の各罪との比較を参照。
- (17) 第2回国会(参議院)司法委員会第6号昭和23年3月25日の國宗政府委員による第2号の罪についての説明、『軽犯罪法101問』(註8③)52～53頁、伊藤(註8④)56～57、60頁、井坂(註8⑤)46～46、49頁。
- (18) 以下、法務省ホームページ「平成18年度犯罪白書 統計資料」→「統計2-37 主要銃砲刀剣類不法所持の検挙件数等の推移(平成13～17年)」<http://www.npa.go.jp/hakusyo/h18/2shou/2-37.pdf>(2019年11月23日最終確認)、警察庁ホームページ「平成23年警察白書 統計資料」→「統計1-30銃砲刀剣類(拳銃等を除く。)不法所持の検挙件数等の推移(平成18～22年)」<http://www.npa.go.jp/hakusyo/h23/mokuji.htm>(2019年11月23日最終確認)、「平成28年警察白書 統計資料」→「統計2-22 銃砲刀剣類(拳銃等を除く。)不法所持の検挙件数等の推移(平成23～27年)」<http://www.npa.go.jp/hakusyo/h28/data.html>(2019年11月23日最終確認)そして「平成29年警察白書 統計資料」→「統計2-21 銃砲刀剣類(拳銃等を除く。)不法所持の検挙件数等の推移(平成24～28年)」<http://www.npa.go.jp/hakusyo/h29/data.html>(2019年11月23日最終確認)
- (19) 一般論として「本罪〔第2号の罪—引用者〕は銃砲刀剣類所持等取締法の補充的規定であるからとて同法における解釈原理がすべて本罪を解釈するについてあてはまるものと解すべきではない。」とする京都簡判昭和48・2・19『判例タイムズ』302号313頁(西沢豊)。なお、この裁判例は、本稿各箇所指摘するように、簡易裁判所のものでありながらも、第2号の罪の各要件への大きな示唆という意味で先例性をもつ「判例」と呼べるものである。
- (20) 『軽犯罪法101問』(註8③)20～21頁「第2表 軽犯罪法違反受理・処理人員」

軽犯罪法1条2号の罪について再び考える
～最近の高裁無罪判決を契機として～

によれば軽犯罪法1条各号の罪の合計で、1969（昭和44）年から1993（平成5）年の24年間で、軽犯罪法違反としての受理総数が、4000件から2500件で推移し、うち起訴は2000件から1300件、うち略式起訴が、そのほとんどであり、公判請求の数は最も多くて1987（昭和62）年の308件で、同年起訴は2925件（受理件数の65%）、うち略式起訴は2617（89・4%）、したがって同年の公判請求は10・5%に過ぎなかった。反対に略式起訴の割合が1番高いのは、1979（昭和54）年の97・2%（起訴数2120件のうち略式2062件）、1980（昭和55）年の97・1%（同じく2006件のうち1948件）などが確認できる。ほかに、井坂（註8⑤）18～19頁、同245～247頁の〔付録1〕第3表 軽犯罪法違反の処理（起訴・不起訴）人員も参照。なお、刑事訴訟法461条以下の略式手続については、『軽犯罪法101問』（註8③）27頁。

- (21) 法務省ホームページ「平成22年版 犯罪白書」→「第2編」→「第3章」→「第4節 上訴審」。ちなみに、同2-3-4-1表「控訴審の終局処理人員（罪名別・裁判内容別）」に軽犯罪法違反の項目は存在しない。http://hakusyo1.moj.go.jp/jp/57/nfm/n_57_2_2_3_4_0.html#h02030401（2019年11月28日最終確認）、法務省ホームページ「平成30年版 犯罪白書」→「第2編」→「第3章」→「第3節 上訴審」と「2-3-3-1表 控訴審における終局処理人員（罪名別、裁判内容別）」にも上記『平成22年版 犯罪白書』と同じく軽犯罪法違反の項目はない（同日最終確認）。
- (22) 熊倉（註8②）5頁や伊藤（註8④）4、47頁の指摘でもある。
- (23) 第2号の罪について現行犯逮捕（刑訴法213条、212条1項）、逮捕現場での捜索・押収（同220条1項2号）が問題となった裁判例として、大阪高判昭和50・7・15刑事裁判月報7巻7・8号772頁。また第3号の罪について、警察官による任意同行から現行犯逮捕の適法性が争点となった裁判例として、浦和地裁決定昭和56・5・25刑事裁判月報13巻4・5号414頁、東京高判昭和60・9・13『判例時報』1182号157頁。
- (24) 第2回国会（参議院）司法委員会第16号公聴会昭和23年4月26日の團藤重光（東京大学教授）、第2回国会（参議院）司法委員会第17号公聴会昭和23年4月27日の風早八十二の各発言である。團藤はもちろん、風早は、ベッカリア『犯罪と刑罰（封建的刑罰制度の批判）』（刀江書房、1929年）、ベッカリア（五十嵐二葉との共訳）『犯罪と刑罰 改版』（岩波書店、1959年）の翻訳者として著名な刑事法学者である。
- (25) 熊倉（註8②）7、90～98、96～97頁A表B表は、軽犯罪法成立当時の時代的背景から、労働・大衆運動などへの同法1号各号の濫用的な適用を警告

論 説

- していた。たしかに、同時代的な背景を考慮すれば、そのような側面を否定することはできない。とはいえ、これらの罪が、熊倉の言うように「ある意味においては、まったく政治的、階級的要素によって決定される」（7頁）とまで断言して良いかにはその定義も含めて疑念も残る。町田充（警察庁保安局参事官）「軽犯罪法の趣旨と運用の基本問題」『警察学論集』15巻1号（1962年）3、6～16頁は、この熊倉の指摘を「極めて特異な政治的、思想的立場から書かれた偏向的な観察」とし、1950年という「当時の思想的、政治的背景のもとに多分に作為して書かれたもの」とし、軽犯罪法1条各号の罪の統計から反論しようとしている。
- (26) 第2回国会（参議院）司法委員会第6号昭和23年3月25日での國宗政府委員による第2号の罪が「人間を尊重いたしまして暴力を否定するという新憲法の本質とも一脈通ずるもの」との説明。同旨説明として東京高判昭和24・7・29高刑集2巻1号53頁、『詳解』（註8①）2頁、『軽犯罪法101問』（註8③）16頁、伊藤（註8④）3頁註2、井坂（註8⑤）2頁、なお、熊倉（註8②）77頁以下。
- (27) 乗本正名（警察庁防犯少年課・警視正）「軽犯罪法運用の現状とその対策」『警察学論集』15巻1号（1962年）17～19、24～25頁では第2号の罪の検挙数増加について、その原因を青少年の凶器所持と分析していた。町田（註25）15～16頁。
- (28) 第2回国会（衆議院）司法委員会第12号昭和23年4月13日の石川金次郎衆院議員の発言。
- (29) 東京簡判昭和49・4・9刑事裁判月報6巻4号384頁、『詳解』（註8①）108～109頁。
- (30) 『軽犯罪法101問』（註8③）34～35頁、伊藤（註8④）279～280頁、281頁註3、井坂（註8⑤）34～35頁。
- (31) 第2回国会（参議院）司法委員会第18号昭和23年4月30日の國宗政府委員の発言。とはいえ、國宗には戦前の司法省時代からの検察官、司法官僚としての経歴があり、戦前の刑事実務を知らなかったわけではないことは明らかである。國宗の主な経歴は、確認できる範囲内だけではあるが、戦前の司法省司法書記官兼行政局第3課長→司法書記官兼調査部第2課長→司法研修所指導官→陸軍司政官→東京控訴院検事→保護観察所補導官→司法書記官→東京地方検察庁次席検事→司法省刑事局長→法務庁検務局長、その後辞任、1952年4月5日に死去（51歳）。以上、ヨミダス歴史館・読売新聞1941年9月13日付、同1943年12月30日付、同1945年7月1日付、同1946年2月24日付、

軽犯罪法1条2号の罪について再び考える
～最近の高裁無罪判決を契機として～

同1947年6月19日付、同1948年2月15日付、朝日新聞社聞蔵Ⅱビジュアル
1942年9月1日付、同1947年6月17日付の各記事。

- (32) 岡本（註5）117～118頁。
- (33) たとえば、京都簡判昭和48・2・19（註19）。
- (34) 井坂（註8⑤）同6～8頁の制定当時の賛否論のうち、反対論（1）（ウ）と、（2）（ウ）。
- (35) 国会審議では、わずかに上記（註15）第156回国会（衆議院）内閣委員会第9号平成15年5月9日で吉井議員が軽犯罪4条の趣旨と成立経緯について触れるのみで、質問時間の関係からか、政府に質問したり、また4条類似の規定の提案をするといったことには至っていない。
- (36) このような理解は、これまでの第2号所定の器具についての解説にも沿ったものと言える。たとえば、乗本正名〔他〕「軽犯罪法第1条逐号解説」『警察学論集』15巻1号（1962年）55頁、伊藤（註8④）58頁、井坂（註8⑤）47頁そして松田（註4⑨）88～89頁。
- (37) 国会第2回国会（衆議院）司法委員会第3号昭和23年3月23日における鍛冶良作衆院議員の質問に対する政府委員（法務庁事務官）國宗榮の答弁、第2回国会（衆議院）司法委員会第5号3月25日の井伊誠一の質問に対する國宗政府委員の答弁。
- (38) 京都簡判昭和48・2・19（註19）、東京簡判昭和49・4・9（註29）。
- (39) 同旨説明として、『詳解』（註8①）26頁、乗本〔他〕（註36）55頁、『軽犯罪法101問』（註8③）48～49頁、伊藤（註8④）61～62頁、井坂（註8⑤）47～48頁。
- (40) 東京簡判昭和49・4・9（註29）なお、菊池一樹（註2）262頁。
- (41) たとえば、松原（註2）118～119頁、ほかに、伊藤（註8④）62～63頁。
- (42) 乗本〔他〕（註36）54頁、同旨のものとして、伊藤（註8④）56頁、『軽犯罪法101問』（註8③）52～53頁、井坂（註8⑤）45頁、菊池浩（註4⑤）184～185頁、松原（註2）118頁註8と註9、さらに平成21年判決の第1審判決。
- (43) たとえば、東京地判平成16・5・25『判例タイムズ』1176号314頁、田中（註15）62頁、重久（註15①）16～17頁、重久（註15②）32～34頁。警察実務研究会「クローズアップ実務「携帯」違反が成立する主な法令（第8回）特殊開錠用具の所持の禁止等に関する法律」『警察公論』62巻9号（2007年）103～104頁、須賀正行「元検察官のキャンパスノート（No.47）いわゆるピッキング防止法違反と軽犯罪法違反」『捜査研究』62巻4号（2013年）89～90頁。
- (44) 須賀（註43）90頁。
- (45) 菊池一樹（註2）266～268頁。

論 説

- (46) 第2回国会（衆議院）司法委員会第5号3月25日の井伊誠一衆院議員の質問に対する國宗政府委員の答弁、乗本〔他〕（註36）55～56頁、『軽犯罪法101問』（註8③）49頁、伊藤（註8④）63～64頁、井坂（註8⑤）47～49頁。
- (47) 大場（註4⑩）89～92頁、なお、須賀正行（元法務総合研究所研修第2部教官）「元検察官のキャンパスノート（No.46）銃砲刀剣類所持等取締法違反と軽犯罪法違反」『捜査研究』62巻3号（2013年）70～71頁は、携帯を判断する際に、場所、把持そして時間という各要素を考慮するという。なお、松田（註4⑨）92頁、93頁註1、94頁註4は、立法論として、都道府県条例を例に、第2号所定器具の販売、流通時の性能に応じた段階的規制、公的認証などの例を示すが、大場（註4⑩）107～108頁は、それは予防的機能を強調するもので、一般市民の生活に支障をきたすとする。後者に賛同する。
- (48) 菊池一樹（註2）267頁註16。
- (49) 高松簡判昭和27・9・4 LEX/DBインターネット文献番号25407450、類似の事例として高松高判昭和28・3・9高刑集6巻4号428頁がある。
- (50) 東京簡判昭和49・4・9（註29）。
- (51) 京都簡判昭和48・2・19（註19）。
- (52) 東京地判平成16・5・25（註43）。
- (53) 東京高判平成17・6・16高等裁判所刑事裁判速報集（平17）号123頁。
- (54) 東京地判平成16・5・25（註43）。
- (55) 『詳解』（註8①）25頁、乗本〔他〕（註36）55頁、さらに、ピッキング防止法を参考に、第2号の罪の主観的要件として、積極的な隠す意思が必要と指摘するのが、菊池一樹（註2）265頁、同註13。
- (56) 京都簡判昭和48・2・19（註19）。
- (57) 『軽犯罪法101問』（註8③）50頁、伊藤（註8④）62～63頁、大場（註4⑩）94～95頁、松原（註2）118～119頁。
- (58) 東京地判平成16・5・25（註43）。
- (59) 大場（註4⑩）99～101、同註50、菊池一樹（註2）266～267頁、同註14、同註15。
- (60) 『軽犯罪法101問』（註8③）50～51頁、伊藤（註8④）61頁。
- (61) 松原（註2）117頁。
- (62) 菊池一樹（註2）266～267頁。
- (63) 松原（註2）118頁。
- (64) たとえば、国会第2回国会（衆議院）司法委員会第3号昭和23年3月23日における佐瀬昌三衆院議員の質問に対する國宗政府委員の答弁、遠藤（註4⑦）

軽犯罪法1条2号の罪について再び考える
～最近の高裁無罪判決を契機として～

165頁。

- (65) 京都簡判昭和48・2・19（註19）。
- (66) 京都簡判昭和48・2・19（註19）、東京簡判昭和49・4・9（註29）。
- (67) 大場（註4⑩）86～87頁。
- (68) 岡本（註5）118～120、126～127頁。
- (69) 東京地判平成15・5・17『判例時報』1888号159頁、同旨と言えるものとして、東京高判平成16・4・27東京高等裁判所（刑事）判決時報55巻1～12号40頁。
- (70) 福岡高判平成18・3・10LEX / DBインターネット文献番号28145097、田中（註15）62頁、実務研究第8回（註43）104頁、松田（註4⑨）91～92頁。
- (71) 重久（註15①）17頁、ほかに須賀（註43）91～93頁。
- (72) 横浜家裁小田原支部決定平成8・6・27家庭裁判月報48巻10号185頁。
- (73) 横浜地判平成15・12・17LEX / DBインターネット文献番号28095132
- (74) 東京高判平成16・4・27東京高等裁判所（刑事）判決時報55巻1～12号40頁。
- (75) 福岡高判平成18・3・10（註70）、内容としても、原審無罪に対する検察官控訴後の有罪判決という意味でも、ほぼ同旨と言えるものとして、東京高判平成18・10・5東京高等裁判所（刑事）判決時報57巻1～12号51頁。
- (76) 岡本（註5）122～124、132～133頁。
- (77) 宮地（註4③）405頁、菊池浩（註4⑤）190頁と192頁註16。
- (78) 『詳解』（註8①）26頁、『軽犯罪法101問』（註8③）48頁、伊藤（註8④）61頁。
- (79) 東京地判平成16・5・25（註43）。
- (80) 岡本（註5）120～126、135頁註33、松尾（註4⑥）112～114頁、同112～113、113頁註12、13も参照、田川（註4①）117頁、遠藤（註4⑦）167～168頁、松田（註4⑨）84頁と同頁註2。平成17年決定は、行為当時まで不法な携帯が継続していた事例であり、前歴・前歴の有無、具体的なトラブルの存否など平成21年判決とは異なるものと言える。
- (81) 『詳解』（註8①）25頁、乗本〔他〕（註36）54～55頁、『軽犯罪法101問』（註8③）48頁、伊藤（註8④）60～61頁、井坂（註8⑤）45～46頁、松田（註4⑨）89～90頁、須賀（註47）66～75頁、関（註4④）107～109、107頁註1。
- (82) 大場（註4⑩）89～94頁は、銃刀法22条における「業務上その他正当な理由」を、携帯罪と所持罪という現行法体系上の差異から同列に論ぜず、第2号の罪を含む携帯罪の規定における「正当な理由」においては該当性が問題となった器具の本来的な用法など日常生活上の観点が必要とする。
- (83) 岡本（註5）126～127頁。遠藤（註4⑦）165～168頁は、第2号における「正当な理由」についてのあるべき判断要素について、各要素から判断した器具

論 説

の隠匿携帯行為の危険性と「職務上又は日常生活上の必要性」の程度を具体的にかつ詳細に、比較して考慮している。ほかに、松尾（註4⑥）113頁、田川（註4①）118～119頁がある。

- (84) 大場（註4⑩）106～107頁。
- (85) 岡本（註5）131～132頁からの一貫した立場である。
- (86) 松田（註4⑨）93頁。
- (87) なお、この京都簡判昭和48・2・19（註19）や平成21年判決の第1審で被告人側から主張された、正当防衛（36条1項）の前段階における準備行為にも違法性阻却事由が認められるべきとの主張については、理論的にはそのような場合も考えられるが、これら2つの裁判例においては、各裁判所が認定した事実を前提とするかぎり、正当防衛の「急迫不正の侵害」のような事情は認められない。したがって、これらの両者の事例は、正当防衛の準備段階における行為の違法性阻却事由の有無を判断する状況にはなかったと言える。
- (88) 萩野富士夫『思想検事』（岩波書店、2000年）iv、なお、岡本『近代国家と組織犯罪』（成文堂、2017年）182～183頁、183頁註113で、戦前の組織対策立法を主導した内務官僚の戦後における人的な連続性そしてその思想的な連続性も指摘した。
- (89) 大場（註4⑩）109頁。
- (90) 大場（註4⑩）101～103、114頁註56、菊池一樹（註2）268～270頁。