
種 別： 研究ノート

タイトル： 武器等製造法における銃砲無許可製造罪について——3D プリンター銃事件を契機として——

著 者： 牧 耕太郎

所 収： 『上智法学論集』第 60 卷 1-2 合併号（平成 28 年 11 月）41-78 頁

発行元： 上智大学法学会

本頁は書誌情報頁です。適宜論文本文の前に付してご利用下さい。



上智大学法学会

研究ノート

武器等製造法における銃砲無許可製造罪について——3D プリンター銃事件を契機として——

牧 耕太郎

- 第1 はじめに——問題意識と共に——
- 第2 立法の沿革と立法理由
 - 1. 沿革
 - 2. 立法理由について
 - 3. 小括
- 第3 保護法益
 - 1. 許可要件に見る保護法益
 - 2. 事例バリエーションと被侵害等利益
 - 3. 銃砲無許可製造罪の保護法益——小括にかえて——
- 第4 罪質論——危険犯としての銃砲無許可製造罪——
 - 1. 抽象的危険犯と準抽象的危険犯
 - 2. 銃砲無許可製造罪と危険
- 第5 銃砲概念とけん銃概念
 - 1. 検討の前に
 - 2. 製造法上の「銃砲」と「けん銃」
 - 3. 「けん銃」とは——けん銃概念から見る銃砲概念——
- 第6 「製造」の意義
 - 1. 「製造」と既遂時期
 - 2. 能力を低下させる改造について
- 第7 営利目的について
 - 1. 総説
 - 2. 目的犯について
 - 3. 営利目的銃砲無許可製造罪の「営利の目的」
- 第8 おわりに

第1 はじめに——問題意識と共に——

最近、3Dプリンターという、誰でも入手が可能な道具を用いて、けん銃を作ったとして、武器等製造法中の銃砲無許可製造罪を理由に検挙・起訴され、有罪判決のなされた事件があった⁽¹⁾。この武器等製造法(以下、製造法という)という法律は、理論的には、これまであまり見向きがされてこなかった法律である。

本件有罪判決の実体法上の根拠は、製造法31条1項の銃砲無許可製造罪である。製造法は3条で武器等の製造には経済産業大臣の許可を要する旨規定し、同法4条本文で、許可を受けていない者による武器等の製造を一般的に禁止している。これに反した場合には右31条以下で刑罰が科され得ることになっている。

ところで、銃砲は製造法2条1項1号により同法の武器概念の中に含まれている。しかし、銃砲の内容は製造法では特定されていない。対して、銃砲等の所持、使用等に関する危害予防を目的とする銃砲刀剣類所持等取締法(以下、銃刀法という)はその2条1項で銃砲概念の中にけん銃、小銃、機関銃、砲などを含めている。また、製造法施行規則(昭和28年9月1日通商産業省令第43号)2条1項1号イが「銃砲」中の銃とは、けん銃、小銃、機関銃を指すことを規定する。一見すると、製造法施行規則により製造法上の銃砲概念が画されているように見えるが、製造法には銃砲概念の詳細な定義、内容について下位の法規に委任をした規定は見当たらない。つまり、製造法施行規則のこの部分に関する規定は、委任命令ではなく、必ずしも法的拘束力を持つものではない⁽²⁾。仮に、製造法施行規則の示すとおり、製造法上の銃砲概念の中にけん銃が内包されるとしても、そのけん銃の定義もなく⁽³⁾、結局いかなる特性を有していれば本法の銃砲に当たるのかは解釈に委ねられているといわざるを得ない。なお、銃砲に関する規制の主なものとしては、製造段階では製造法の銃砲無許可製造罪で処罰し、製造後の所持については、銃刀法の無許可所持罪

(1) 横浜地判平成26年10月20日LEX/DB25505122。

(2) 後掲第5の2参照。

(3) なお、製造法2条1項6号の委任を受けた製造法施行令3条1号は口において唐突に「けん銃の機関部体」という言葉を用いており、製造法の銃砲概念の中に「けん銃」が含まれることを臭わせてはいる。だがやはり、銃砲の定義やけん銃の定義は製造法施行令にも存在していない。

(銃刀法 31 条の 3) で規制・処罰されている。両罪は併合罪だと考えられている⁽⁴⁾。

そこで、本稿は、これまであまり検討されてこなかった銃砲無許可製造罪について、その罪質にまで遡りながら、検討を施そうとするものである。ただ、本罪の罪質を正面から詳細に説いたものは見当たらず、そのため、立法の沿革や立法理由などを見ながら、まずは製造法 3 条から 5 条の武器製造許可処分制度が何を目的とするものかを明らかにすることが先決となろう。それにより侵害される法益等が明らかになるものと思われる。そして、そこから導き出された製造法上の具体的な目的を基に、武器等製造法内部の構造やあるいは関連法令といえる銃刀法によってその罪質を明らかにすることができよう。それは、ひいては、製造法上の銃砲概念の理解にも結び付いてくることとなろう。

第 2 立法の沿革と立法理由

1. 沿革

わが国での銃砲などの武器製造に関する法令について遡ると、戦前には「銃砲火薬類取締法」(明治 43 年 4 月 12 日法律第 53 号)が存在していた。この法律では広く許可制がとられていた。ここでは「軍用銃砲」と「非軍用銃砲」の区別が存在したのみである(同法 1 条参照)。

戦後、連合国最高司令官から「経済統制、生産増強其他経済再建ノ諸措置ニ関スル指令」(昭和 20 年 9 月 22 日指令第 3 号)が発せられ、その 4 項に基づき、ポツダム勅令による「兵器、航空機等ノ生産制限ニ関スル件」という商工・農林・文部・運輸共同省令が昭和 20 年 10 月 10 日に発せられた。その後、昭和 25 年に上記省令が一部改正され、猟銃、捕鯨銃、捕鯨用標識銃、救命索発射銃、空気銃の製造が許可制となり、さらに昭和 27 年 4 月に上記省令の改正によって兵器の生産が許可制となる。しかし、講和条約の成立によって昭和 27 年 10 月 24 日に兵器等の製造を基礎づけていた上記省令が失効したことで、武器等の製造について法律上の根拠が失われ、空白期間が生まれることとなった。そこでこの法的空白状態を埋め、また朝鮮戦争⁽⁵⁾による特需が発生し、米軍からの武器の発注が増えたことに対応するため、第 15 回特別国会に武器等製造法案が提出され、第 16 回特別国会で成立し、昭和 28 年 8 月 1 日に法律

(4) 前掲横浜地判平成 26 年 10 月 20 日でも併合罪とされている。

(5) 1950(昭和 25)年 6 月 25 日～1953(昭和 28)年 7 月 27 日休戦。

第145号として公布され、同年9月1日に施行に至った。なお、この空白期間中、武器等の製造業者の業務上の武器等の保持を基礎づけるために銃刀法の前身である銃砲刀剣類等所持取締令の一部が改正されている。

その後幾度かの改正を経ている⁽⁶⁾⁽⁷⁾が、その実体にかかる改正は多く銃刀法の改正に伴うものであった⁽⁸⁾。とりわけ第6回改正(昭和52年)は、暴力団のけん銃所持・使用に着目してなされており、現在に連なる規制の端緒といえる。なお、平成28年5月現在の直近の改正は平成26年改正であるが、これは行政不服審査法の改正に伴うものである。

2. 立法理由について

続いて、立法理由について確認しよう。製造法も他法同様にたびたび改正されており、本項においては制定当時の立法理由と、以後の改正における改正理由に目を向ける。

(1) 制定当時

-
- (6) 第1回改正(昭和30年7月4日法律51号)から第9回(昭和59年5月1日法律23号)までは、伊藤栄樹ほか編『注釈特別刑法 第7巻 公害法・危険物法編』(立花書房・1987)(以下、同書は脚注内では単に『注釈』とする)714頁以下〔増井清彦〕参照。
- (7) 第10回改正から現在に至るまでを列挙しておく。第10回改正(平成5年6月15日法律第66号)銃刀法及び製造法の一部改正(法定刑の引き上げ);第11回改正(平成5年11月12日法律第89号)行手法施行に伴う改正;第12回改正(平成9年4月9日法律第33号)民間活動にかかる規制及び行政事務の合理化のための通産省関係法の一部改正に伴う改正(企業組織変更手続の簡素化);第13回改正(平成10年10月7日法律第116号)対人地雷製造禁止等法改正による改正(2条1項3号の「爆発物」から対人地雷を除く旨新設);第14回改正(平成11年7月16日法律第87号)地方分権推進法改正に伴う改正;第15回改正(平成11年12月8日法律第151号)民法改正に伴う改正;第16回改正(平成11年12月22日法律第160号)中央省庁再編に伴う改正(通産省から経産省へ);第17回改正(平成12年5月31日法律第91号)商法改正に伴う改正;第18回改正(平成19年11月30日法律第120号)銃刀法改正に伴う改正(営利目的銃砲無許可製造罪及び銃弾製造罪の法定刑引上げ);第19回改正(平成21年7月17日法律第85号)クラスター弾等製造禁止等法による改正(製造法2条1項2号の銃砲弾にクラスター弾等を含め、3号の爆発物からクラスター弾等を除く旨明記);第20回改正(平成23年6月24日法律第74号)情報処理高度化対応のための刑法改正に伴う改正;第21回改正(平成26年6月13日法律第69号)行審法改正に伴う改正(不服申立てが廃止され、審査請求に一元化された)。
- (8) 上記改正のうち、手続や手数料関係等実体に関わらない改正は全21回改正中13回であり、実体改正は8回であった。そのうち、銃刀法と共に改正されたのが6回である。

製造法は戦後の早い時期に成立しているが、その際に立法理由とされたのは、それまで武器製造を根拠づけていたポツダム勅令による共同省令が失効したことで、これを根拠づける法令が存在しなくなった、いわば無法律状態を解消するため⁽⁹⁾というのが第1である。より実質的な点としては、製造法1条が掲げるものがそれである。すなわち、「武器の製造の事業の事業活動を調整することによつて、国民経済の健全な運行に寄与する」こと、及び「武器及び猟銃等の製造、販売その他の取扱を規制することによつて、公共の安全を確保すること」である。前者に関わる立法理由にはさらに2つのものが内包されている。1つは歴史的背景を備えるものであり、立法当時いわゆる朝鮮戦争のためにいわゆる朝鮮特需が発生していた。そこで武器製造業者が濫立することで出血受注のようなことを避け、生産分野等を整理して無用な競争を排除しようという、業界保護的の視点があつた。もう1つは武器産業は国民生活にとってプラスになるものではなく、不生産的なものであるために、必要最小限に抑えるべきだという発想である⁽¹⁰⁾。この2点が武器製造に関する経済行政的側面についての立法理由ないしは立法目的である。そしてもう1つが、製造法1条後段の公共の安全の確保である。この公共の安全確保について、警察官僚であつた林修一郎氏は、製造法における公共の安全は、火薬類取締法における公共の安全が暴発等による災害の予防であるのに対して、武器利用による治安攪乱を防止することにあると説明している⁽¹¹⁾。もっとも、通産官僚の諸口昭一氏によると、当時の治安状態を改善するということを企図していたわけではないともされている⁽¹²⁾。その意味では、武器製造を（許可制という制限の下ではあれ）許すことで将来生じ得る治安悪化を防ごうという趣旨もあつたといえる。

(2) 改正を経て

以上が立法当初の製造法の立法理由であつた。製造法も、他の法律同様、昭和28年の制定後に複数回の改正を経ているが、本法の改正のほとんどは銃刀法改正に伴うものであり、製造法特有の事情からの改正、とりわけ製造法の趣

(9) 第15回国会参議院通商産業委員会議録12号(昭和27年12月17日)4頁小笠原三九郎通商産業大臣説明。

(10) 林修一郎「質疑応答武器等製造法」警察時報8巻12号(1953)28頁。なお、通産官僚であつた諸口昭一氏は、過当競争が生じると当時の主たる発注者であつた駐日米軍に対して迷惑を及ぼして国際的信用を失うということも含めている。諸口昭一「武器産業の再開と規制の方向——武器等製造法案の解説——」時の法令(1953)14頁。

(11) 林(修)・前掲注(10)29頁。

(12) 諸口・前掲注(10)14頁。

旨の変遷を窺わせるような独自の改正というのは見当たらない⁽¹³⁾。そうすると、現在の製造法の理解については、当初の立法理由のみならず、改正について銃刀法の影響を強く受けてきたという事情も考慮する必要がある。

3. 小 括

ここで若干のまとめをしておくと、このような立法目的について、現在の製造法の理解としては、経済行政目的は後退しつつあるように思われる。上記のように、製造法は立法当初は、とりわけポツダム共同省令の失効及び朝鮮特需という2つの社会的背景に支えられた法律であった。だが、現在の日本ではこの2つの事情が欠けている。国内でけん銃などの銃砲をはじめとする武器の需要が相当数あるということはない。現況、日本で適法に武器を持てるのは海上保安官等を含む広義の警察官憲と自衛隊及び駐日米軍隊員くらいであり、かなり限定されている。また、国内的にも、そして国際的にもけん銃所持等については取締りなどが強化されており⁽¹⁴⁾、武器所持については厳格化が図られている。このような観点からは、今後防衛需要・軍需が増大しない限り、武器の需要が増えることは考えられない⁽¹⁵⁾。また、数次に亘る改正が銃刀法改正と共になされ、その主な理由が国内でのけん銃等を用いた凶悪犯罪の増加や暴力団抗争であったことを考えると、武器産業の統制という側面はあまり強調されておらず、その目的は、むしろ、治安の攪乱を防止するという意味での公共安全にあるといえよう。

しかし、製造法の改正の多くは罰則強化や手数料改定などにあったことを考えると、同法の骨格の部分は動いてはいないとみるべきであろう。上記のような理解が妥当といえるかどうか、今一度その法律構造、とりわけ許可要件との関係等から検証しなおすことが必要となろう。そこで、以下で順次、確認・検

(13) 前掲注(6)～(8)参照。

(14) 1995年に開催された第9回国連犯罪防止会議では、「銃規制の国内法制」、「適正な銃規制の推進」、「国連機関等に対する銃器規制推進への積極的貢献の促進」等を内容とする決議が採択されるなどしている。衆議院調査局内閣調査室『銃砲刀剣類所持等取締法及び武器等製造法の一部を改正する法律案(内閣提出第5号)に関する資料——内閣委員会参考資料』(2007)61頁参照。

(15) なお、諸口・前掲注(10)12頁も「武器産業の性格を検討する場合、第一に考えられることは、その基本的性格があくまでも一国の軍備を可能ならしめる一つの基盤になるという点である。したがって、それは、軍需等の経済的需要に依存するものであり、政治的要因によつて多く左右されるものである」と指摘する。

討していくこととする。

第3 保護法益

1. 許可要件に見る保護法益

(1) 法益析出の視点——行政救済法を参考にして——

行政法において、当該処分の名宛人以外の者が抗告訴訟を提起するときには、その原告適格に一定のハードルが課されている。抗告訴訟の典型である処分取消訴訟の原告適格については行政事件訴訟法9条が定めを置き、その1項で「法律上の利益を有する」ことを要求する。これについて、判例⁽¹⁶⁾は「当該処分により自己の権利若しくは法律上保護された利益を侵害され、又は必然的に侵害されるおそれのある者をいうのであり、当該処分を定めた行政法規が、不特定多数者の具体的利益を専ら一般的公益の中に吸収解消させるにとどめず、それが帰属する個々人の個別的利益としてもこれを保護すべきものとする趣旨を含むと解される場合には、このような利益もここにいう法律上保護された利益に当たり、当該処分によりこれを侵害され又は必然的に侵害されるおそれのある者は、当該処分の取消訴訟における原告適格を有する」という定式を立てている（なお、行政事件訴訟法9条2項も参照）⁽¹⁷⁾。この定式の適用場面では、当該の処分を根拠づけている法令及び関連法令がいかなる利益を保護しようとしているかの分析を要求する。このような判断は刑法上の保護法益の析出においても有用であろう。そこで、武器等の製造許可要件を確認しながら、その許可要件がいかなる理由で設けられたのかを検討する。

(2) 個別の許可要件の検討

武器の製造については、製造法3条が経済産業大臣の許可を要求し、同4条により許可を受けずになされる場合の武器等の製造の一般的禁止を定められている。そして、右3条の許可要件は同法5条1項が定め、1号で技術基準の適合性を要求し、2号は武器保管設備についての省令適合性、3号は許可による武器製造能力の著しい上昇の不存在、4号は事業遂行の経理的基盤の存在、5

(16) 例えば、最大判平成17年12月7日民集59巻10号2645頁（小田急高架化訴訟）。以下の引用文は同判決のものである。

(17) 処分の名宛人が原告となる場合にも理論上はこの枠組みに乗ってくるが、名宛人は当然に「当該処分により自己の権利若しくは法律上の保護された利益を侵害され、又は必然的に侵害されるおそれのある者」だと考えられている。中川文久「取消訴訟の原告適格について（1）」法教379号(2012)68頁参照。

号は申請者の人的欠格事由の不存在をそれぞれ要求しており、これらの要件をすべてクリアした場合には、処分庁たる経済産業大臣は許可が義務づけられる⁽¹⁸⁾。

1号の技術要件については、法案解説において「乱立抑制、生産系列の確立等事業調整上の必要も考慮して、設備面から製造事業を営むに必要な製造設備及び検査設備を備えることを要求するものである」と説明されている⁽¹⁹⁾。したがって、立法当初の理解としては、本要件は武器製造事業という経済的側面を勘案して置かれた要件であり、事業者としての適切性という観点が含まれていることになる。これは4号の経理的基盤についても同様だといえる⁽²⁰⁾。

他方で2号の要件である保管設備要件は、「主として公共の安全すなわち治安維持の観点から必要とされる設備の基準であり、(中略)製造又は部品を保管する場所の構造、設備等について亡失及び盗難予防の立場から規定される」と説明されている⁽²¹⁾。したがって、単に技術的・経済的に製造能力があるだけでは足りず、製造された武器等が何者かにより奪取されるようなことがないように、厳重な取扱いを求める要件だといえよう。

3号は、翻って、事業調整を目的とし、無計画な過剰投資や企業の乱立を防止するものとされている⁽²²⁾。

5号は製造法に反したこと(イ、ロ、ホの一部)や成年被後見人(ニ)というそもそも意思能力に問題がある者という、比較的わかりやすいものに止まらず、ハが「最近三年以内に、他の法令の規定に違反して罰金以上の刑に処せられ、その情状が武器製造事業者として不適当な者」という特徴的な欠格事由を置く。これは、「その情状が武器製造事業者として不適当」という制限はあるものの、製造法の中に一般的な法秩序に対する遵法意識が入り込んでいることを示唆しているように思われる。実際に法案解説の段階でも「治安の確保が強く要求されている実情に鑑み」と説明されている⁽²³⁾のである。

(18) ここでは、効果裁量(行政行為をするかしないか、するとしてどの処分をするのかという点に存する裁量)が認められておらず、このことは少し特徴的だといえるかもしれない。なお、製造法21条2項参照。

(19) 諸口・前掲注(10)15頁。

(20) 諸口・前掲注(10)15頁はこの点について「特に現在の武器生産が大部分特需によつている点から品質、納期等で違約することは、国際的信用を失う結果ともなるのでかかる規定を設けた」とする。

(21) 諸口・前掲注(10)15頁。

(22) 同上。

これらを通覧すると、武器製造許可処分にはやはり経済行政目的と公共の安全の確保という目的のいずれもが含まれているということは疑い得ない。そうすると、銃砲無許可製造罪の保護法益は国家の経済政策と治安としての公共の安全だということになりそうである。だが、現実の事案を見てみると、後者はともかく、前者が保護法益となっているかは相当に疑わしい。

2. 事例バリエーションと被侵害等利益

前項では、銃砲を含む武器等の製造許可がいかなる利益を保護しようとしているのかということ、許可要件から析出した。だが、実際にあり得る事例で侵害あるいは危殆化される利益が上記のそれと一致しているのかを考えてみたい。

(1) 事例のバリエーション

それでは、事例のバリエーションを考えていこう。

実際の事案で従来から多く存在しているのが、暴力団などが自らモデルガンなどを改造するパターンである⁽²⁴⁾。これと同質なのは、いわゆるガンマニアが自らの趣味の一環としてモデルガンに金属性弾丸の発射能力を付与する改造を行う場合である。さらに、これらの派生型としては、私的な範囲で、技術のある者にモデルガンの改造を金銭的対価をもって委託し、改造後に、例えば同時履行の形でその対価と改造銃を引き渡し合ったような場合が考えられる。

次に考えられるバリエーションとしては、一般的な販売目的で銃砲を製造する場合である。この場合には、例えばインターネットでの闇取引を目的とするようなことが考えられよう。もっとも、購入者としては、主として国内のガンマニアや暴力団員となろうから、上記の場合をより一般化した場合といえるかもしれない。

第3には、輸出目的で銃砲を製造することが考えられる。この場合には、しかし、輸出に関する法令である「外国為替及び外国貿易法」(外為法)などの輸出関連法令に阻まれることになろう(外為法48条及び輸出貿易管理令別表第1の1の項)。そうすると、密輸出目的だということになり、外国の正当な政府等による調達に応じるものではないということが推測される。

(23) 同上。

(24) 第124回国会衆議院地方行政委員会議録第11号(平成3年4月19日)25頁警察庁関口祐弘刑事局保安部長答弁参照。

(2) バリエーションに応じた法益への影響

それぞれの場合にいかなる法益侵害ないしその危殆化が生じるであろうか。

まず、市民が自作する場合、通常彼らにはそもそも適法に銃砲を持つ権限がない(銃刀法3条及び同法4条参照)。そうであれば、仮に適法な製造許可を得たところで、他の一般市民には(有償無償問わず)譲渡できないのであって(なお、譲渡については銃刀法3条の7も参照)、製造業者の特権的な製造・販売の利益が侵害されているということはできず、むしろ上記のような制約があるからこそ一般市民が自ら製造するのである。そこで考えるべきはそのように自作・改造されたけん銃による公共の安全への影響である。すなわち、そのけん銃によって、市民の生命・身体・財産等の基本的権利が侵害されるおそれが生じるのである(なお、本人には使用する意思がなくとも、盗難等に遭えば、やはりその危険が生じる⁽²⁵⁾)。したがって、この場合には、そのような意味での公共の安全についての危殆化が生じるものとみるのが適当である。この場合、有償での取引を前提とすると、製造の動機づけが強まり、銃砲が世間に広まる可能性を高め、それによって公共の安全はより危殆化されるといえよう。したがって、その意味で営利目的は主観的違法要素及びそれに応じた加重的な責任要素であるといえるであろう⁽²⁶⁾。

続いて、一般的な販売目的であるが、これもそれが銃砲の所持権限のない者に対して譲渡することを目的とする場合には上記と同じである。もし、警察等の調達に応じようとするものであれば、一見、既存の許可を得た製造業者の製造・販売利益を侵害するものとみえるが、この場合には、調達の要件に許可を得た製造業者により製造等されたものであることが事実上加わってくるため(地方自治法234条1項・2項、同法施行令167条、会計法29条の3第3項・4項等参照)、現実味がない。したがって、この場合も許可を得た製造業者の利益侵害はなく、公共の安全が危殆化されるだけである。

第3の輸出の場合、それが実質的には密輸出である限り、国内の安全ということは一見疑わしい。むしろ、適法な製造業者が適法な輸出によって得る経済的利益を侵害しているように見える。だが、いくつかの点で疑問もある。すなわち、密輸出である以上、受取側も密輸入になっているはずである。そうすると、相手国側も適法な調達をしているわけではなく、購入者は傭兵やマフィアのような存在か、あるいは外国市民ではないかと思われる。前者は日本国内に

(25) 本罪は使用目的が要求されていない点で、極めて厳格な規制の下におかれている。

(26) この点については第7で詳述する。

影響を与えないように思われるが、必ずしもそうではない。とりわけマフィアのような存在であれば、日本国内で何らかの暴力的活動をしたり、あるいは日本の暴力団等と銃砲の取引を行う可能性もある。そうすると、このような形で日本の治安に影響を与える可能性がある。傭兵に密輸した場合であれ、例えば自衛隊が紛争地域派遣されたような場合には、彼らに危害が加えられる可能性もあろう⁽²⁷⁾。

問題は、このような場合を製造法の無許可製造罪の保護法益として取り込めるかということである。上記のような場合は、日本国内での公共の安全の保護には、相当「遠い」ということができる。つまり、危殆可能性は、相当に小さいのである。日本法は原則として日本国内での法益を保護するものであり、必ずしも外国でのそれをも含むものではない。外国での法益を保護対象とするためには、国際協約等の他に、原則として当該の国内法においても外国での法益を保護する趣旨であることと示されるべきものと解すべきである⁽²⁸⁾。そして、製造法には、外国の法益をも保護する趣旨の規定は存在しない。そうであ

(27) 沓脱和人『武器輸出三原則等』の見直しと新たな『防衛装備移転三原則』立法と調査 361号(2015)61頁注11は「従来、政府は、PKO協力法第25条に関し、物資協力に武器、弾薬、装備は含まれておらず、国連事務総長から要請があっても断る(第121回国会衆議院国際平和協力等に関する特別委員会議録第6号13頁(平3.10.1))、国際機関から我が国に対して、人を殺傷し、または武力闘争の手段として物を破壊することを目的とする武器弾薬の供与を要請されることは想定されておらず、譲渡される物資の中に武器弾薬が含まれることはない(第142回国会衆議院安全保障委員会議録第9号17頁(平10.5.12))との答弁を繰り返してきた。これに対し政府は、これまでの国会答弁は各国のPKO部隊が武器弾薬等を自給自足するという当然の前提のものであり、今回のような緊急事態にまで弾薬供給を禁ずる趣旨のものではないと説明している(平成25年12月24日菅内閣官房長官記者会見)」と説明し、適法な移譲を前提とする場合には、自衛官らに危害が及ぶことは想定されていないものと思われる。

(28) 条約の自動執行力についてはいくつかの議論があるところである。外務省国際法局長等を歴任した小松一郎元内閣法制局長官は、「日本国政府は、条約の国内的实施には、通常は立法上の手当(新規立法、既存の法律の改正等)を必要とするが、条約の規定がそのままの形で国内的に適用し得る性質のものである例外的な場合、換言すれば、いわゆる『自動執行力のある条約』(self-executing treaties)については、当該条約の規定を直接国内的に実施できるという方針をとっている。何をもちて自動執行力のある条約というのかについては、学問的には種々の議論があるところであるが、実務の立場からせんじつめれば、『国内の裁判所が権利義務関係についての争いの裁定に当たって、裁判の準則として国内法を媒介することなく条約の規定に直接依拠することができるもの』を自動執行力のある条約として取り扱っている」と説明する。小松一郎(御巫智洋ほか補訂)『実践国際法〔第2版〕』(信山社・2015)287頁。

れば、上記で示した「遠い」危険までも保護法益としての射程に含めるべきかは議論の対象となり得よう。だが、ここまで広げてしまつては、過度の処罰になりかねない。また、このような「遠い」危険は、まさしく外為法などの輸出入規制により保護の対象となっているものと考えられる⁽²⁹⁾⁽³⁰⁾。そうだとすれば、製造法の射程として、ここまで遠い危険を捕捉する必要はないと思われる。したがって、密輸目的のような場合を念頭に無許可製造罪を理解する必要はないと考えるべきである。

このように考えて来ると、銃砲無許可製造罪は、もっぱら、国内での使用を前提とする銃砲の製造を対象とすべきであり、海外への密輸出の場合は観念する必要がない。

3. 銃砲無許可製造罪の保護法益——小括にかえて——

製造法は立法当時、その1条で明言するように、武器製造に関する産業統制をその第一次的目的としており、同時に、武器というものの性質上発生し得る、治安の攪乱を防止するという公共の安全の確保もその目的とされてきた。ところが、度重なる改正は、その多くが銃刀法と共になされてきた。このことは、製造法の産業統制的側面よりも、公共の安全に対する社会情勢に適うように改正がなされてきたことを示している。加えて、製造法の制定当時は、戦後間もない、いわゆる朝鮮特需が生じている時であり、日本経済の復活が期されていた時期でもあり、国家の積極的介入を比較的容易に是認し得たといえるであろう⁽³¹⁾。だが、時代は変わった。現在、国際的な銃規制が進んでおり、と

(29) 「防衛装備移転三原則」(2014年4月1日閣議決定)は「防衛装備の海外移転は、平和貢献・国際協力の積極的な推進に資する場合、同盟国たる米国を始め我が国との間で安全保障面での協力関係がある諸国(以下「同盟国等」という。)との国際共同開発・生産の実施、同盟国等との安全保障・防衛分野における協力の強化並びに装備品の維持を含む自衛隊の活動及び邦人の安全確保の観点から我が国の安全保障に資する場合等に認め得る」と明言する。

(30) さらに、2013年4月2日に武器貿易条約(The Arm Trade Treaty)が国連にて採択され、日本では2014(平成22)年4月23日に国会で承認を得、同年11月6日に条約第16号として公布された(同年12月24日より発効している)。本条約は、2条1項(h)によって「小火器及び軽兵器」を移譲制限の対象としている。なお、本条約の趣旨には、「通常兵器の不正な貿易を防止し根絶する必要、並びに不正な市場又は許可されていない最終用途及び最終使用者(テロリストによる行為の遂行を含む。)への通常兵器の転用を防止する必要」(前文。また同条約1条参照)も含まれている。

(31) もっとも、憲法論上も同様といえるかは疑問の余地を残す。とりわけ、自由競争主義

りわけ市民が銃を持つことについては相当否定的な情勢となっている。

立法事実は変化し得る⁽³²⁾。このことは製造法も例外ではない。武器製造について、その経済政策的側面を支えていた、武器の急激な増産が図られるということは、現在ではもはや考えにくい⁽³³⁾。現在、武器は公共に危険をもたらし得るという性質を有するが、それと同時に、警察機構や自衛隊などの治安維持機関が利用する必要があるのも事実であり、これらが利用するのに必要な数以上の武器の製造を防ぐために、許可制を敷くという発想は十分に成り立つのであり、その限りで産業統制の側面が働いているということはいえよう⁽³⁴⁾。もっとも、そういう意味での産業統制が必要になるのは、武器が人の生命・身体を脅かすものであり、それが大量に製造されることで、そのような危険が高まることを危惧するからであろう。加えて、製造法の実質的改正は銃刀法の改正と付随して行われてきたことを考えると、国内法の側面から見れば、もはや公共の安全の確保をその第一次的法益としていると見るのが相当だと解される。

このような見方については、とりわけ許可要件の解釈のレベルにおいて、その多くが経済政策目的のために設けられていることとの関係が問題視され得よう。許可要件を定めた製造法5条1項は5つの許可要件を置くが、そのうちの3つが経済政策目的に関わるものであり、中でも3号と4号の両要件はその色彩が相当に強い。そうすると、無許可製造罪の保護法益を公共の安全に純化することは無理があるようにも見える。しかし、製造法31条は銃砲無許可製造

を貫けば、経済統制目的の許可制は過度な制約だと見ることも十分にできよう。だが、武器が生命・身体への危険を及ぼし得るため、製造法が公共の安全の確保も目的としており、この点から許可制自体を違憲とすることはできない。そうであっても、個々の要件については、なお議論の余地があるかもしれないが、本稿では検討を留保しておく。

- (32) 近時、家族法分野において最高裁による憲法判断が多く行われているが、非嫡出子の法定相続分を違憲とした最大決平成25年9月4日民集67巻6号1320頁や、待婚期間を定めた民法733条1項について、その100日を超える部分を違憲とした最大判平成27年12月16日民集69巻8号2427頁は、いずれも立法事実の変化を理由として違憲としている（そのため、判例変更ではないというロジックを採っている）。
- (33) もっとも、最近の政策変更には注意が必要である。武器輸出三原則等（昭和51年2月27日）が変更され、前掲注(29)の「防衛装備移転三原則」に改められた。
- (34) 私設法制意見局「武器等製造法案について」ジュリスト29号(1953)17頁は、製造法5条1項3号の要件について、「製造能力が特需発注の見透しに対して大きくなりすぎないようにするといった経済的危険に対する考慮にもとづくものとみられる。また、それは、上述したような対外的な政治的配慮（筆者注：製造過多による他国の不信感の払拭。同16頁参照）をも合わせ考えているのかもしれない」と論ずる。

について、2項で営利目的の場合に刑の加重を規定しており、1項の単純無許可製造罪との法定刑の差は相当に大きい。実際に両罪の法定刑の確認をすると、現行法においては、単純無許可製造罪は3年以下の有期懲役であるのに対し、営利目的無許可製造罪は無期もしくは5年以上の有期懲役、または、これに3000万円以下の罰金併科を可能としており、営利目的の有無でかなりの開きがある。そうだとすれば、経済政策目的については、もっぱら営利目的無許可製造罪にて保護の対象とされていると理解すべきである。

したがって、銃砲無許可製造罪としては、公共の安全を第一次的な保護法益としており、営利目的の場合には、経済政策目的をもその保護法益として包摂していると理解するべきである。なお、営利目的の法的性質の詳細については、後述する(第7)こととする。

第4 罪質論——危険犯としての銃砲無許可製造罪——

1. 抽象的危険犯と準抽象的危険犯

さて、本罪の保護法益を、上記のように、主位的には公共の安全だと理解すると、銃砲の無許可製造によりそれが危殆化されると理解するのが自然である。問題は、本罪を危険犯だと理解するとして、これを抽象的危険犯だと理解してよいかである。

伝統的な危険犯の分類としては、条文中に、危険発生を要求するものを、一種の結果犯としての具体的危険犯とし、これを要求しないものが抽象的危険犯だとされてきた。だが、山口厚教授が、助手論文⁽³⁵⁾において、準具体的危険犯、準抽象的危険犯の理解⁽³⁶⁾を示されて以来、より実質的な検討も必要であるとして、現在では、抽象的危険犯と具体的危険犯について、当該の構成要件該当性について必要な危険性の程度の差が内包されていると考える見方が一般化している⁽³⁷⁾。伝統的な理解をも踏まえると、銃砲無許可製造罪は文言中に危険発生が要件化されていないために、広義の抽象的危険犯ではあるが、十分な危険発生がなければ構成要件該当性が認められない、準抽象的危険犯だと解

(35) 山口厚「危険犯の考察(1)～(5・完)」法学協会雑誌97巻10号1379頁、同12号1683頁(以上、1980)、同98巻2号235頁、同3号435頁、同5号647頁(以上、1981)。それに加筆等を施し、まとめられたものが『危険犯の研究』(東京大学出版会・1982)である。以下、本稿では『危険犯の研究』を参照・引用する。

(36) 山口・前掲注(35)『危険犯の研究』248頁以下。

(37) 例えば、塩見淳「危険の概念」『刑法の争点』(2007)25頁を参照。

する余地もあろう。これは、「銃砲」該当性または「製造」該当性にダイレクトに関わってくる。そこで、この点を少し詰めて考えておく必要がある。

山口教授が『危険犯の研究』において準抽象的危険犯の例として示された犯罪は、遺棄罪と公務執行妨害罪であった⁽³⁸⁾。遺棄罪については、「行為者と客体である者との間に場所的・空間的離隔を生ぜしめる行為——これは一般的に十分に危険ではない——を直ちにすべて『遺棄』と見ることはできないように思われる。客体とされる者に対して、ある程度の危険をもたらすような隔離行為であってはじめて『遺棄』とすることができよう」として、「客体とされる者に対する危険——準抽象的危険——が『遺棄』行為を認めるためには必要となる」⁽³⁹⁾と述べて、遺棄概念の中に危険判断を内包させる。また、公務執行妨害罪については、「『暴行』『脅迫』が、公務執行の『妨害となるべきもの』であることが必要である——『暴行』『脅迫』の内容は『おのずからその保護法益によって限定を受ける』——とすれば、準抽象的危険が必要であると解される」⁽⁴⁰⁾と述べられている。それは、まさしく、構成要件解釈・適用の中に危険判断を織り込むということを意味している⁽⁴¹⁾。だが、典型的に抽象的危険犯だとされる現住建造物等放火罪（刑法108条）は焼損が生じた段階で公共及びそこに現住等している人の生命等への危険が生じると考えられているのなら、これは実は準抽象的危険犯だということにもなろう。そうなると、狭義の抽象的危険犯と準抽象的危険犯の境目は至極曖昧なものとなり、準抽象的危険犯というカテゴリー自体の必要性も問題となつてこよう。

そもそも、条文に危険の発生の要否があるかどうかというその一事で危険発生の認定の有無が左右されていかどうかは問題である⁽⁴²⁾。抽象的危険犯の場合には、形式的に当該の構成要件の行為があれば直ちに犯罪性が肯定されがちである。だが、そのような抽象的危険犯であれ、およそ処罰に値しない、すなわち可罰的違法性を肯定し得ないほどの危険しか肯定できなければ、その時に構成要件該当性を否定する必要があるように思われる⁽⁴³⁾。そのため、具体的危険犯の場合には危険発生の認定を積極的に行う必要があるのに対して、抽象的危険犯の場合には、危険の不発生の認定によって構成要件該当性を阻却で

(38) 山口・前掲注(35)『危険犯の研究』252頁以下。

(39) 山口・前掲注(35)『危険犯の研究』253頁。

(40) 山口・前掲注(35)『危険犯の研究』253頁以下。

(41) 山口厚『刑法総論〔第3版〕』（有斐閣・2016）47頁参照。

(42) 議論状況について端的にまとめられたものとして、塩見・前掲注(37)25頁。

(43) 山口・前掲注(35)『危険犯の研究』243頁注(124)参照。

きるといふ点で、逆の方向を向いているといふことができよう。だが、このことはいわば認定論(・争点形成責任)のレベルの問題であり、構成要件解釈の問題ではない。構成要件要素のどこに危険発生の要素を織り込むかといふのが、まさしく刑法解釈論の任務となる。具体的危険犯と呼ばれるものは、文言中の「公共の危険」などにそれが特に担われているが、抽象的危険犯の場合には、例えば「遺棄」の概念や(公務執行妨害罪における)「暴行」・「脅迫」、さらには(現住建造物等放火罪の場合の)「焼損」といふものがそれを担っていたといふことができる。

だが、現住建造物等放火罪の場合には、「焼損」について多数説どおり独立燃焼説を採用して⁽⁴⁴⁾、焼損が認定されたとしても、なお、公共危険が発生しないという場面が念頭におかれて、抽象的危険の要否が論じられている。すなわち、(多数説の立場からは)独立燃焼はあり、「焼損」該当性を否定できないにもかかわらず、周囲の状況から、公共危険が発生しないという場面であり、ここではもはや公共危険の存否を「焼損」概念に担わせることはできない。そのため、一種の外在的制約、すなわち可罰的違法性の不存在(特に、絶対的輕微性)を理由に違法性を阻却するか、危険発生を不文の構成要件の結果として、危険がない場合を構成要件の結果が生じなかったものとして構成要件該当性を否定するといふ方途を考えざるを得ない。しかし、準抽象的危険犯といふカテゴリーを設定する場合、このような外在的制約は働かない。すなわち、その判断プロセスの實質においては具体的危険犯同様でありながら、条文中に「危険」の文言がないために、個々の構成要件要素のどこかに危険要件をはめ込むに過ぎず、危険不発生を外在的制約としたり、あるいは構成要件の結果の否定といふようなレトリックを用いたりすることはないものだといふことができる。その意味で、なお、準抽象的危険犯といふ概念を用いることには意味がある。

2. 銃砲無許可製造罪と危険

では、銃砲無許可製造罪は、抽象的危険犯なのか、準抽象的危険犯なのか。それは、すなわち、危険の不存在を違法性阻却または構成要件該当性阻却と構成するのか、そもそも、「銃砲」・「無許可」・「製造」などのどこかに公共への危険を織り込むのかといふ差となって現れる。個々の要件解釈に移る前に、こ

(44) 大塚仁ほか編『大コンメンタール刑法第7巻〔第3版〕』(青林書院・2014)23頁〔村瀬均〕参照。

の点を確定しておこう。

抽象的危険犯と準抽象的危険犯の区別は、上記のような理解からすれば、構成要件要素に危険性の有無をはめ込むかどうかは本質的ではなく、危険不発生が外在的制約となったり、あるいは構成要件の結果が否定されたりするというような場面が観念し得るかという点にある。

では、銃砲無許可製造罪はいかなるか。思考の順序としては、外在的制約というものが考えられるかどうかということになる。そこで考えてみると、例えば作り上げたけん銃様の物が金属性弾丸⁽⁴⁵⁾の発射能力をおよそ有していなければ、そもそも「銃砲」または「製造」に当たらないという評価をすることができよう。つまり、それはこれらの要件該当性の有無で判断すれば足りるのであるし、またそれは後述する裁判例の動向とも一致する。そうすると、銃砲を作り上げることが、それでも公共の安全を脅かさないという場面があるのかとなると、それはおよそ観念し得ない。作り上げた銃砲を絶対に安全なところに保管していたのに盗難に遭ったとしても、それは銃刀法や製造法上の事故(銃刀法23条の2、製造法26条)の問題であり、製造時の問題ではない。したがって、銃砲無許可製造罪は、準抽象的危険犯だと解するのが相当であろう⁽⁴⁶⁾。それ故、公共危険の存否は「銃砲」や「製造」といった概念の中に織り込んで解釈すべきこととなる。そこで、以下では、まず銃砲概念について検討していくこととしたい。

第5 銃砲概念とけん銃概念

1. 検討の前に

銃砲概念の検討に当たって、本稿の射程を少し限定しておきたい。

本稿では、主にけん銃(製造法施行規則2条1項1号イ(1))をその検討の対

(45) 『注釈』391頁〔阿部純二＝北野通世〕は、金属性弾丸について、「弾丸の素材として、金属が用いられるものをいう。これは、……金属が弾丸の素材として用いられた場合、優れて人畜殺傷の危険を有する……ことによる。現在、弾丸の素材として金属に相当する、あるいは用途によってはそれ以上の性質を有し得る非金属素材の合成も可能であるが、このような非金属素材で作られた弾丸の発射を目的として製造されたものであっても、金属性弾丸を装填すれば、それを発射し得る機能を有する場合にのみ銃砲に該当する。素材の性質の類似性から直ちに、このような非金属性弾丸も金属性弾丸に含まれると解すること(割注内略)は、不当な解釈に繋がる」と論じる。

(46) なお、後掲注(80)も参照。

象とする。なぜならば、(本稿冒頭で述べたように、そしてまた後述するように)製造法は「銃砲」が同法の「武器」に当たることを2条1項1号で定めているが、それ以上の定義を一切おいておらず、また上記のようにけん銃が銃砲に当たることは省令に定められてはいるが、それは製造法の委任を受けたものではなく、またけん銃の定義もなく、問題が大きいからである。さらには、現実の銃砲無許可製造罪の多くがけん銃製造によるものであるという、現実を生起している問題でもあるからである。

2. 製造法上の「銃砲」と「けん銃」

(1) 問題状況

まず、銃砲概念とけん銃概念の法律上の整理をしておく必要がある。ここでは問題状況を改めて確認しよう。

製造法2条1項1号が同法上の「武器」の一種として「銃砲」を定めており、同号括弧書きでは「産業、娯楽、スポーツ又は救命のように供するものを除く。」とされている。だが、製造法ではこれ以上の定義は置かれておらず、同法施行規則2条1項1号イ(1)が銃砲の1つとして「けん銃」を置いている。したがって、製造された物が「けん銃」に当たるのであれば、製造法2条1項1号の「銃砲」に当たり、その無許可での製造は31条により処罰の対象となるように見える。ところが、この規則の規定は、製造法の委任を受けたものではないため、直ちに法的拘束力を有するというにはならない。そこで、この規則の妥当性を検討する必要がある。

実務上の取扱いとしては、製造法の「銃砲」は銃刀法上の「銃砲」と同一であると考えられている⁽⁴⁷⁾。その理由としては、既述した沿革に加え、銃刀法2条1項が銃砲の中にけん銃を含めており、度重なる改正で両者が併行的に改正されてきたためとするのがおおよその理解である⁽⁴⁸⁾。このような理解は、銃刀法を見ても、一定程度支持し得るように見える。なぜなら、銃刀法3条1項7号・8号により、許可を受けて銃砲や猟銃等を製造等した場合には、その所持は適法なものとされており、両法での概念が一致することを前提にしているように見えるからである。

このような実務上の取扱いどおり、製造法上の銃砲ないしけん銃と銃刀法上のそれが一致するとすれば、自らが無許可で製造したけん銃を有していれば、

(47) 海江田鶴造「銃砲刀剣類等所持取締法の改正」警察研究36巻6号(1965)59頁以下。

(48) 札幌地判昭和50年5月7日判タ329号349頁(特に353頁参照)。

原則として所持罪にも当たることになる。製造法と銃刀法上の銃砲概念が一致し、その内容の一であるけん銃の概念も一致するとすれば、立法上製造法に先行する銃刀法⁽⁴⁹⁾上の理解から見るべきであろう。ところが、銃刀法どころかその下位規範にすらもけん銃の定義は置かれていない⁽⁵⁰⁾。したがって、ここから直接に何ものかを得ることはできそうにない。

もっとも、けん銃というものについて、東京高判昭和47年5月23日高刑集25巻2号219頁の示した定義は、銃刀法と製造法と共有されているようである。すなわち、「一般社会通念として、けん銃とは金属性弾丸を発射する装薬銃器で、片手で発射操作のできるもの」であるというものである⁽⁵¹⁾⁽⁵²⁾。

また、伊藤栄樹ほか編『注釈特別刑法 第7巻 公害法・危険物法編』の銃刀法の解説中には次のような記述がある。すなわち、「なお、武器等製造法にいうけん銃等については、その武器たる性質から、反復使用に耐えることが一つの要件であると考えられるが、本法にいうけん銃等については、要件とならないものと解される」⁽⁵³⁾というのである。そうすると、今までの前提であった「銃刀法上の銃砲と武器等製造法の銃砲、ひいては両法のけん銃概念は同一である」という点がズレてくる。そこで、まずは製造法プロパーの問題として⁽⁵⁴⁾、銃砲概念ないしはけん銃概念を特定できないのかが問題となろう。したがって、この点も検討の対象となる。

(49) 銃刀法は昭和25年制定、製造法は同28年制定であり、銃刀法が先行する。

(50) ただし、銃刀法施行規則別図には、模造銃器についての図があり、参考になる。

(51) なお、この事件では、モデルガンを改造して金属性弾丸が発射できるようにしたものが銃刀法上の「けん銃」に当たるかが問題となった。だが、この事件では製造法違反は問われていない。

(52) さらに、銃刀法2条1項が同法上の銃砲の定義を置くが、そこでは括弧書きの中で「人の生命に危険を及ぼし得るもの」という表現があり、この点も重要な点となっているものと考えられる。

(53) 『注釈』389頁〔阿部純二・北野通世〕。

(54) もちろん、このことは、そもそも銃砲の定義が下位規範にすら委任されていない製造法から直接導くことを意味するものではない。なお、銃刀法3条1項7号により、許可を受けて銃砲または刀剣類を製造した場合には、その所持は適法なものとされる。そのため、製造法の解釈において、「銃砲……に関する危害予防止に必要な規制について定める」(銃刀法1条)銃刀法の規定は参酌し得、それは例えば、既述したところでは、銃刀法3条1項7号・8号や、銃砲について「人の生命に危険を及ぼし得るもの」と言及する同法2条1項などであり、後述するところでは模造けん銃を規制する同法22条の2などがある。つまり、製造法プロパーの議論ということが、直ちに、製造法「のみ」から判断するという趣旨ではないことを確認しておく必要がある。

以下では、裁判例や行政法講学上の理解を参考に、両者をいかにして考えるべきかを考えてみたい。

(2) 札幌地判昭和50年5月7日判タ329号349頁

銃砲無許可製造罪被告事件において、直接この点を論じた裁判例がある。札幌地判昭和50年5月7日判タ329号349頁である。この事案では、ウインチエスター銃（ライフル銃の一種）のモデルガンを改造して金属弾丸の発射能力が付与したが、その性能や威力が劣小であったというものである。同判決は次のようにいう。すなわち、製造「法の場合、銃砲の範囲を画することは、本来法律事項に属するものと考えられるにもかかわらず、（製造）法には、銃砲の範囲を命令に委ねる旨の規定がなく、かつ、武器の種類を定める前記規則の法形式が省令であること、法三条は、武器の製造事業は行おうとする者は、工場又は事業場ごとにその製造する『武器の種類』を定めて通商産業大臣の許可を受けなければならないと定めていることなどに徴すると、右規則の規定は、これによつて、法の定義による銃砲の範囲を限定する趣旨のものとするべきではなく、武器の製造事業を行おうとする者が法三条に従つてする許可申請手続の細目を定めた執行命令と解するのが相当である」と理解するのである。執行命令とは、「権利・義務関係の内容自体でなく、その内容の実現のための手続に関するもの」⁽⁵⁵⁾であるため、この理解に従えば、製造法施行規則が定めた銃砲の種類とは別に、まさに製造「法」プロパーの問題として、製造法31条1項に該当する「銃砲」を確定することができそうである。

しかし、この理解には、若干の落とし穴がある。確かに、法律による委任がなければ、政令や省令は、法的拘束力を直ちにもつものではない⁽⁵⁶⁾。したがって、製造法施行規則を直接の根拠として、けん銃が直ちに銃砲に当たるとするのは、端的に言って誤りである。だが、執行命令であれ、行政の立場からすれば、製造法施行規則の定める「けん銃」であれば、製造許可が必要になるのである⁽⁵⁷⁾。製造法31条1項が「第四条の規定に違反して銃砲を製造した者」

(55) 塩野宏『行政法Ⅰ行政法総論〔第6版〕』（有斐閣・2015）105頁。

(56) いわゆる委任命令（塩野・前掲注(55)105頁）であるかどうかという問題である。委任命令であれば、それが委任元の法律の趣旨に反しない限り、それは法源として直ちに裁判・行政規範となる。対して、執行命令であれば、委任がない以上、裁判所を拘束することはなく、その意味で裁判規範としての法源性が否定される。しかしながら、行政一体の原則から、行政規範としての効力が否定されるものではない。

(57) 例えば、製造法16条の契約の届出についても、それを前提として届出の要否が判断される（製造法施行規則15条参照）。したがって、その届出がなされていないとなる

としており、それはすなわち、銃砲の製造許可を得ずに銃砲を製造したということに外ならない。したがって、行政がけん銃と考えるものを無許可で製造すれば、無許可製造罪の捜査の端緒となり、そのために刑事手続にさらされ、終局的には有罪とされ得るといことも否定し難い。そのようなリスクを避けようとする者からすれば、例え自らは「けん銃」だと考えずとも許可を得ることが必要となる（という一種の余計な手間が発生する）のである。そうすると、執行命令だとしても、法的拘束力を有しているということではできるのであり、国民の手続的権利と無関係ではない⁽⁵⁸⁾。そもそも両者の区別自体が容易ではなく、行政法学においてもこの点はつとに指摘されてきたところである⁽⁵⁹⁾。実際に、この昭和50年札幌地判も、執行命令だと判断した後に大部にわたって、製造法31条の「銃砲の範囲は、銃刀法二条に銃砲の例示として挙げられ、かつ、……他の装薬銃砲の所持の罪（……）よりも重く処罰されることとされている『けん銃、小銃、機関銃、砲』と同義であり、その範囲は、（製造法施行）規則二条一項一号に武器の種類として挙げられているものと結論において同一であると考え」と判示しているのである。ただ、この判示は若干わかりにくい。それというのも、「『けん銃・小銃・機関銃・砲』以外の装薬銃砲もまた（製造）法の定める銃砲に含まれる」が、当時の「製造法三一条後段の『銃砲』の範囲は、銃刀法三一条の二の不法所持罪を構成する『けん銃・小銃・機関銃・砲』と同一であるとし、これ以外の装薬銃砲の製造は、同条前段の罪に当たる」⁽⁶⁰⁾（いずれも、条文は当時）とするため、銃砲概念が定義条文と罰条で異なるからである。これはおそらくこの事件を担当した裁判所の苦肉の策であつたのであろう。

(3) 若干の検討

問題はこのような理解を現在も維持できるかである。上記の理解を現行法に

と、今度は製造法33条で刑罰の対象となるのであって、何ら根本的解決は与えられていない。後述するように、もはや立法の不備であることを認めるべきものと思われる。

(58) 高橋信隆「行政立法の法的規制」『行政法の争点』（2014）33頁。

(59) 塩野・前掲注(55)105頁、藤田宙靖『行政法総論』（青林書院・2013）296頁注(1)、宇賀克也『行政法概説Ⅰ行政法総論〔第5版〕』（有斐閣・2013）271頁等。近時は、このような問題意識から、行政の内部的規範であるとされている行政規則をも合わせて「行政基準」という語が用いられつつある。大橋洋一『行政法Ⅰ現代行政過程論〔第2版〕』（有斐閣・2013）141頁、宇賀・前掲269頁など。なお、本規則をいわゆる「解釈基準」とみる余地もあるが、省令という存在形式からすると、委任がない以上、執行命令とみるのが素直である。

(60) 匿名「判批」判タ329号(1976)350頁。

置き換えてみると、『けん銃・小銃・機関銃・砲』以外の装薬銃砲もまた製造法の定める銃砲に含まれる」ため、その製造には許可を要することとなるが、製造法31条1項の「銃砲」には当たらず、同法31条の3第1号に該当することとなるという理解である。ここで法定刑を見比べると、31条1項は3年以上の有期徒刑であるのに対し、31条の3柱書き前段は3年以下の懲役もしくは30万円以下の罰金またはこれの併科としているが、同後段は「猟銃の製造をした者であるときは」5年以下の懲役もしくは50万円以下の罰金に処し、またはこれを併科するとしているのである。そうすると、「その他の装薬銃砲」を31条の3第1号に当てはめるのはアンバランスだともいえる。なぜなら、猟銃無許可製造罪が銃砲無許可製造罪に比べて軽く処罰されているのは、武器たる銃砲が人を殺傷することを目的としているのに対し、猟銃はその主目的が害獣駆除等に用いられるためその主目的が異なるとはいえ、両者は共に人の生命・身体に危険をもたらし得るものであるからであって、それは「その他の装薬銃砲」であっても同じなのではないかと疑われるからである。これに対して、上記昭和50年札幌地判は、「本件改造銃は、その性能において」けん銃等が備えるべき殺傷能力を備えておらず、「これ以外の装薬銃砲と認められる」旨判示しており、銃砲概念を二分し、①許可の対象となる——つまり事業可能性の認められる「銃砲」と、②殺傷能力の有無を問題とする「銃砲」——すなわち「けん銃・小銃・機関銃・砲」と「その他の装薬銃砲」というカテゴリーを設定することによりクリアしようとした。そして、これはそれなりに首肯できると見える。

だが、このような理解は、製造法2条1項1号がわざわざ武器の定義に「銃砲」を括り出したことと抵触しないだろうか。加えて、製造法施行規則2条1項が「その他の装薬銃砲」といえるようなものを置いていないことからすると、「その他の装薬銃砲」は、現行の製造法施行規則を前提にすると、(わざわざ製造不許可処分取消訴訟を提起して、「その他の装薬銃砲」が銃砲に含まれるという判決を得るなどしなければ) およそ適法に製造し得ないことになる。それでいいという判断もあり得るのかもしれないが、それはいささか現実を見ない極論であろう。殺傷能力の高いけん銃や機関銃などは製造できるのに、それに至らない性能しか有さない「その他の装薬銃砲」はおよそ製造できないというのは、いかにもアンバランスだとも思える。確かに、事業性を認めるためには、(人を殺傷することが主目的であるはずの)「武器」としての能力に欠け、(もしくは) 需要がないのだというロジックはあり得る。しかし、それであれば、最初から製造法2条1項1号と同法31条1項の両銃砲概念を現行の製造法施

行規則の銃砲概念に統合させて、それ以外のもは銃刀法のみで規制すれば足りるという途も選ばれてしかるべきであろう。

そもそも、銃刀法は銃砲の所持それ自体を網羅的に処罰の対象としており（銃刀法2条1項、31条の3、31条の16参照）、製造法で改めて処罰をする必要性という観点からしても、疑義を呈し得るのである。けん銃をはじめとする殺傷能力を持つ武器や猟銃は、そもそもの製造を控えさせるインセンティブが強い。だが、そこまでいかないものであれば、「そもそも作るな」ということと「持つな」ということの間、どれほど違法性の間隙があるといえるだろうか。許可を受けたけん銃等の製造に事業性を認めるからこそ、その所持は適法性が認められる（銃刀法3条1項7号・8号）のであって、事業性が認められないものはそもそも所持すら許されない（このことは、銃刀法3条各号の定める適用除外事由を見ると明白である⁽⁶¹⁾）。すると、およそ持ち得ないものであれば、政策判断として「どの段階で」可罰的違法性を肯定するか（すなわち、どの段階で「持った」というのか）という、立法裁量的側面が出てくるというべきであろう。刑事法的発想からは、それが危険性の大小という形で現れることになる。そして、銃刀法と製造法では、銃砲の定義の仕方が異なっていることからすると、両者の銃砲概念が完全に一致すべきとまでは言い切れない。むしろ、このような差異を重要なものと捉えることすらできるのである。そして、殺傷能力の有無という点は、危険性の大小という観点から、そのような差異を肯定する理由となり得るものと考ええる。そうであれば、製造法の銃砲概念を、同法2条1項と同法31条で統一的に理解することは当然排斥されるべきだということにはならず、むしろ、製造・所持される物の性能等の差異が、「公共の安全（治安）確保」という目的から、可罰的違法性に影響を与えると考えることが是とされるべきである。また、そのような理解こそが、（広義の）抽象的危険犯である銃砲無許可製造罪と銃砲無許可所持罪の持つ、「抽象的危険」の曖昧さを縮減するものと考ええる。

もし、そのような殺傷能力を持たない「その他の装薬銃砲」製造の処罰を狙うのであれば、製造法施行規則の銃砲として書き込むべきである。そもそもは、現行の製造法の定義規定自体が決定的な不備を犯しているのであり、それ

(61) なお、例外として、美術的価値のある古式銃砲は銃刀法14条により登録を受けた場合には同法3条1項6号により適用除外となるが、歴史的・美術的価値を持っているのであり、かつ同法18条の2が刀剣類の製作の承認についての規定を置くのに対して、銃砲にはこのような条文がなく、およそ「新作」されることは念頭におかれていない。銃砲刀剣類登録規則4条1項柱書き。

を改めることが先決であろう。

もっとも、製造法2条1項6号及び同法施行令(昭和28年8月15日政令第198号)3条1号イ〜トが銃身をはじめとする、銃砲の部品を「武器」と認め、その無許可製造を製造法31条の3第1号のその他の武器の無許可製造罪とすることは十分に考えられる。いずれにせよ、殺傷能力を持たない銃砲様の物を製造法2条1項1号の「銃砲」に含むべきではない。

以上の立論からは、製造法の銃砲概念は、少なくとも殺傷能力を有するものであることが要求されることとなる。問題は、そこから、銃砲概念とけん銃概念のつながりが見出されるかにある。

製造法施行令は「けん銃」という用語を用いている(同令3条1号ロ〜ニ)。これは製造法2条1項6号の委任を受けたものであるが、そうすると、この部分は、委任立法ということになり、「権利義務の実体」に関わるものとなる。

そもそも、銃砲概念の中心部分に「けん銃・小銃・機関銃・砲」があることは、当然に想定されていたとはいえる⁽⁶²⁾。すると、これらを銃砲から脱落させることは立法者意思に反するであろう。それどころか、「銃砲」という言葉よりも「けん銃や機関銃」という言葉の方が、市民にも「これは武器である」という認識を持たれやすさだろう。そうすると、製造法施行規則がなくとも、銃砲概念から「けん銃・小銃・機関銃・砲」が脱落することは考えられない。むしろ重要なのは、どのような種類のものがこれらに当てはまるのかである。製造法施行規則2条が執行命令だとすれば、まさにこの点にこそ意味が与えられなければならないはずである⁽⁶³⁾。しかし、製造法施行規則もけん銃の定義は置いていない。

3. 「けん銃」とは——けん銃概念から見る銃砲概念——

(1) 総説

では、けん銃とは、いかなるものなのか。銃刀法2条1項は「『銃砲』とは、けん銃、小銃、機関銃、砲、猟銃その他金属性弾丸を発射する機能を有する装薬銃砲」という言葉を用いており、ここでは、「けん銃」は「金属性弾丸を発射する機能を有する装薬銃砲」の例示としての機能も有している。したがって、けん銃の定義として「金属性弾丸を発射する機能を有する装薬銃砲」であ

(62) 第48回国会参議院地方行政委員会会議録第4号(昭和40年2月9日)警察庁大津英男保安局長答弁参照。

(63) このような意味でも、製造法には不備がある。

ることは、最低限の要請であるとみてよからう。それは、法令成立の先後関係において、銃刀法が製造法に先行していたということのみならず、製造法上作成された銃砲は銃刀法の銃砲に直ちに当たるといふ、これまでの実務上の取扱いからしても、是認される。また、先述した、東京高判昭和47年5月23日高刑集25巻2号219頁の示した「一般社会通念として、けん銃とは金属性弾丸を発射する装薬銃器で、片手で発射操作のできるもの」であるという定義とも符合する。むしろ、この昭和47年東京高判は、「片手で発射操作のできる」といふ点を、けん銃が他の銃砲との差異であることを示しているものと思われる。また、上記の検討から明らかになるところではあるが、公共危険を基礎づけるだけの殺傷能力も必要である。

ここでは、これまでの裁判例を前提に、上記の諸条件が具体的にはどのようなものなのか、あるいは裁判実務上付加されている要件はないのか、裁判例に現れたものを中心に検討していくこととする。もっとも、製造法違反事件は多くはなく、参照すべき裁判例は多くはないことに留意しておく必要がある。

ところで、東京高判昭和59年6月22日東高刑時報35巻6-7号44頁は、「その構造、機能、殺傷能力等に照らし、これを武器製造法にいう『銃砲』と認めるにいささかも妨げない」というように結論している。この昭和59年東京高判の指摘したこの3つに、形状を加えた4つを基準にするにしても、その具体的な中身を特定する必要があるだろう。また、前掲の『注釈特別刑法第7巻』が「耐久性」の必要性を説いていた。そこでこれらの点について1つずつ検討していく。

(2) 形状

形状の観点から銃砲の製造を否定し、製造法旧31条前段1号（現31条の3第1号）の銃砲以外の武器の製造を肯定したものとして、神戸地尼崎支判昭和48年4月11日判タ299号417頁がある。本件では、差押えの段階ではけん銃としては組み立てられず、部品として存在しており、鑑定の段階で組み立てられたという事情がある。

「組立て」まで必要なのであろうか。確かに、製造法2条1項6号が武器として「専ら前各号に掲げる物に使用される部品であつて、政令で定めるもの」を掲げており、単にけん銃の部品を作ったに過ぎない場合には、製造法31条1項の銃砲無許可製造罪ではなく、同法31条の3第1号のその他の武器の無許可製造罪、または製造法31条3項の銃砲無許可製造未遂罪の成立が検討されるべきである。実際、この昭和48年神戸地裁尼崎支部判決は、銃砲無許可製造罪について未遂処罰規定が置かれる前の事案であり、この事案と同種事案

が現行法の下で起きた場合にいかなるかは議論を残す。

また、組立ての意思をもって部品を製造したかどうかで、製造法31条3項・1項の銃砲無許可製造未遂と31条の2(現31条の3)第1号のその他武器の無許可製造を分ける見解として東京高判平成8年12月25日東高刑集49巻3号454頁があり、これは妥当なものと考えられる。

そうすると、現行法上は、銃砲無許可製造罪としては、けん銃をはじめとする銃砲の形状を備えておく必要があるものと解される。これは、けん銃のみに特化していえば、銃身を備え、片手で発射操作が可能である形状であることが必要だということになる。もっとも、この点で我々のイメージが大きく異なることは、あまりないのではないと思われる。その意味で、この点が大きな問題になることは少ないと思われる⁽⁶⁴⁾。

(3) 構造・機能

ア. 銃砲であることの主要な点としては弾丸が発射できることだとするのがこれまでの裁判例の流れとしては一貫しており、この弾丸は金属性のものであることが要求されている⁽⁶⁵⁾。なお、裁判例の中には「弾丸」とだけ判決文に書き込んでいるものがいくつかある⁽⁶⁶⁾が、鑑定での試射の際に実包が用いられていることからすれば、この要件を外したものだとは考えにくい。

また、装置等の観点から、照準器、排莖装置、安全装置がなく、ライフルやリーマ加工がなされていなくても問題がないとする裁判例がある⁽⁶⁷⁾。加えて、簡単かつわずかな措置を講じれば金属性弾丸を発射できる場合には、けん銃ひいては銃砲該当性を否定していない。具体的には、ガムテープで弾倉を固定したり、試射後の撃針バネの変形を容易に修理できるというようなことが指摘されている⁽⁶⁸⁾。

イ. 本稿の起点となった、横浜地判平成26年10月20日では、作成された「けん銃」⁽⁶⁹⁾の性質として、「(1) 本件3Dプリンター銃は、いずれも銃口内に

(64) この点で疑義が生じれば、罪刑法定主義の持つ、予見可能性の観点から問題が生じるであろう。

(65) 東京高判昭和59年6月22日東高刑時報35巻6-7号44頁、東京高判平成11年8月6日東高刑時報50巻1-12号61頁等。また、銃刀法2条1項参照。

(66) 例えば、神戸地尼崎支判昭和48年4月11日判タ299号417頁(ただし銃身製造の事例)、東京高判昭和61年5月8日判時1219号136頁など。

(67) 東京高判昭和59年6月22日東高刑時報35巻6-7号44頁。

(68) 東京高判昭和61年5月8日判時1219号136頁。

(69) 同判決では、主文の没収対象物として、「けん銃様のもの」という形で記載されてい

金属製のプレートが挿入され固定されており、そのままの状態では金属性弾丸の発射が不可能であったが、上記プレートを除去すれば金属性弾丸の発射が可能であったこと、(2) その除去作業は、神奈川県警察科学捜査研究所の技術職員をして、第1のものについては丸棒とハンマーを用いて10分程度の時間で、第2のものについてはドリルを用いて50分程度の時間でいずれも可能であったことが認められる。そうすると、本件3Dプリンター銃は、そのままの状態では金属性弾丸の発射は不可能であったが、ある程度の技術を有する者であれば、ごく短時間の容易な作業によりその発射機能を回復ないし付与することができるものであり、武器等製造法及び銃砲刀剣類所持等取締法にいう『けん銃』に該当することが明らかである」という判示があり、まさに従来の裁判例を踏まえたものであったといえる。

ウ. 蛇足の感もあるが、若干コメントを足しておくと、このことは、製造段階において、直ちに発射可能な状態に置かれていることを不要とするものだけといえる。なぜなら、3Dプリンター銃それ自体は樹脂でできており、そこに銃身作製後に金属製プレートがはめ込まれているからである。すなわち、その「後付け」の作業さえなければ発射可能であったという点が重要であると思われるのである。

そうすると、もし、製造段階で銃身が塞がれており、発射のためには、貫通作業を必要としていたような場合にはどうであろうか。これは、とりわけその障壁が「短時間でかつ容易に」取り除ける場合に、有意な差といえるのか、いえるとしたらそれはなぜなのかという問題を提起する。この点について、前掲昭和48年神戸地裁尼崎支判は「通常の手入れまたは修理を加えればその（筆者注：金属性弾丸を発射する）機能を有するに至る」という表現を用いており、また、『注釈特別刑法第7巻』も「改造けん銃の製造行為が既遂となるためには、でき上がった改造けん銃が、そのままでは又は簡単な修理等により、金属性弾丸を発射する機能を具備する程度のものであることを必要とすると解される」⁽⁷⁰⁾と明言するところである。これらでは、あくまで「手入れ」や「修理」の域を出ないことが念頭におかれているように読める。そうすると、上記のように、既に製作段階では銃身が貫通されていないような場合には、「手入れ」や「修理」の域を出、製造既遂とはならず、未遂に止まるという判断もあり得よう。問題はその理由であるが、次のように考えられるのではないか。すなわ

ることが目を引く。
(70) 『注釈』738頁〔増井清彦〕。

ち、銃砲の製造によって治安攪乱の(抽象的)危険が発生すると考えられるが、それは、当該の製作物が銃砲として利用可能だからであろう。そうすると、銃砲として利用可能なものを製造しなければ、既遂だと認めることはできない。対して、製造後の試射の段階で不具合が生じたり、あるいは他者に使用されることを防ぐために、プレートを仕込むような場合には一度「発射可能性を得た銃砲」の性能を制限したに過ぎない。そもそも銃身が製造段階から塞がっているような場合には、「発射可能性を得た銃砲」だとはいえず、いまだ「製造した」には当たらないものと考えられるのである⁽⁷¹⁾。一言で言ってしまえば、一度でも銃身の貫通がなされていれば既遂になるのであり、その後に塞いでも、それは既遂後の事情になるにすぎないのである⁽⁷²⁾。

だが、3Dプリンター銃事件(横浜地判平成26年10月20日)の判示では、「ある程度の技術を有する者であれば、ごく短時間の容易な作業によりその発射機能を回復ないし付与することができる」と、発射機能の「付与」まで含まれており、銃身がいまだ閉塞され一度も貫通されていないが、ただ、その貫通作業が容易な場合にも既遂性が認められるようにも読める。これは、もしかすると、3Dプリンター銃が樹脂製であり、貫通作業がそれほど困難でないことを反映したためなのかもしれない。確かにこの場合には、銃身の貫通後にそれを再度閉塞させた場合とあまり差がないようにも見えるが、これでは、例えば

(71) なお、東京高判昭和61年5月8日判時1219号136頁は、けん銃の組み立てが押収後になされた事案の下で、「原判決は……ドライバー、金づちなど簡単な工具を使えば比較的短時間(……)に拳銃に組み立てられるまでに準備されていたものにほかならず、かつ、これらの部品が被告人方居室のショルダーバックやテレビ台の中など場所的に近接したところに置かれていて、被告人が組み立てようと思えばいつでも容易に拳銃に組み立てうる状況の下に保管されていたこと……自体をもつて、拳銃の製造にあたる」として、「被告人が本件で検挙されるまで継続的に回転弾倉式モデルガンを改造して多数の拳銃を製造してきたことに徴すれば」、「本件の検挙がなかりせば、被告人がいずれ近い時期にこれらの部品を使用して拳銃に組み立てる意思の下に、これらの部品を右のような状況で保管していたものと容易に認めることができるのであるから、原判決がこれをもつて拳銃の製造にあたることは正当である」と論じ、組み立てを必ずしも要求していない。このことは、前掲昭和48年神戸地裁尼崎支判と矛盾抵触するように見えるため、後掲の「製造」の意義の箇所(第6の1)を参照。

(72) もっとも、より厳密には、一度でも銃身の貫通がなされ、その上で組立てが完了してけん銃としての形状を有したことが必要である。したがって、銃身を貫通させ、それを塞いだから組み立てたとしても、既遂性が否定されるわけではない。あくまで「一度でも銃身が貫通された」銃身を組立てに用いたことが重要なのである。もちろん、組立て後に銃身を貫通させれば、(遅くとも)その貫通時には既遂となる。

撃鉄や引き金の動くモデルガンを作った場合に広く銃砲無許可製造未遂罪を認めることにもつながるかもしれない、過度の処罰をもたらしかねない。よって、私見としては、既遂犯成立（それは翻って「製造」）の最低限の要請として、一度は銃身を貫通させておくべきものとする。

（4）耐久性の要否

では、前掲の『注釈特別刑法第7巻』が指摘していた耐久性というのは、製造法にいう銃砲ないしはけん銃において実際に要件とされるべきであろうか。この指摘が理由としていたのは、「武器たる性質」である。したがって、製造法が規制の対象としている「武器」の性質を、同法の趣旨から特定していく必要がある。

製造法1条は「この法律は、武器の製造の事業の事業活動を調整することによつて、国民経済の健全な運行に寄与するとともに、武器及び猟銃等の製造、販売その他の取扱を規制することによつて、公共の安全を確保することを目的とする。」という目的規定を置く。既述したように、銃砲の単純無許可製造罪の処罰根拠は、それを武器製造業者の既得権侵害に求める財産犯的構成や経済政策としての武器製造規制に対する行政犯的構成よりは、公共の安全を確保する公共危険犯としての側面を主的に理解するのが妥当であり、また、営利目的の場合は刑が加重されるから、財産犯的・経済行政犯的構成はこちらで捕捉するというのが本稿の基本的理解である。

銃砲無許可製造罪をこのように理解するとき、治安の基本である人の生命・身体・財産などの基本的権利に対する危険を生ぜしめるものであれば、耐久性までを要求する理由はないように思われる。ただ、この点については、次の3点が気になるところでもある。つまり、第1点は、猟銃製造であれば、未遂犯処罰はされないし、許可権者も異なるということがこの解釈に何らの影響も与えないかという点である。そして第2点は、修理可能性との関係である。さらに、第3点として、銃刀法22条の2が禁じる模造けん銃が金属製に限られていることとの関係である。1つずつ考えてみる。

ア. まず第1点であるが、より端的にいうと、なぜ武器としての銃砲と猟銃は、殺傷能力に差はないと思われるにもかかわらず、これほどまでに取扱いに区別があるのかである。この点については、猟銃は経済的統制の必要はなく、もっぱら公共の安全の確保からの規制で足りるという説明がされている⁽⁷³⁾。このような理解に従えば、武器製造の場合には、例え営利目的でなくとも経済

(73) 『注釈』717頁〔増井清彦〕。

統制的観点が少なからず入り込んでいるものの、猟銃はそうではないということになる。だが、本稿は銃砲の単純無許可製造罪を純然たる公共危険犯として捉えており、この差は単に武器と猟銃の本質的な役割の差から生じているものと解される。したがって、この点が武器の強度・耐久性の点に影響を及ぼすことはない。言い換えれば、猟銃製造ですらその耐久性は問題とされないということになり得る。

イ. では、修理可能性の点についてはどうか。この点は、例えば、昭和59年6月22日の東京高裁判決との関係で問題となる。つまり、この判決では「試射後の撃針バネの変形を容易に修理できる」という点が指摘されているのであるが、もし1度の射撃で撃針バネが破壊される程度の強度しかなかった場合はどうか。もし、1発でも金属性弾丸を発射できるのであれば銃砲というに差し支えないというのであれば、この点は過大な判示ということになるし、そもそも、鑑定段階で1発試射が成功し、かつそれが殺傷能力を備えたものであれば、何ら問題はないということになるだろう。

この問題は、すなわち、いわば使い捨て銃の作成も銃砲製造に当たるということを承認するかどうかという問題につながる。銃砲規制は国家の武器産業に対する統制の側面があるとしても、そこから使い捨て銃は本法対象の銃砲に含まれないというのは論理的には出てこないし、またこのように限定する必要もないと思われる。確かに、産業的側面を強く押し出せば、例えば、日本において武器を使用することができる自衛隊、警察、海上保安官等の警察機構が使用する分には一定の強固さが必要だということになるであろうし、その他にも駐日米軍等が使用する際にも同様の考慮が働き得る。しかし、本邦の警察機構の場合には、基本的には諸調達法令の適用を受け、指名競争入札や随意契約によることになるが、その際不法な製造者から購入することは現実問題として考えにくい。それは駐日米軍でも同じである。また、他国への武器輸出に関しても同様の配慮が働き、密輸であればそれは外為法の捕捉対象となる。そうすると、厳に意を向けるべきは、国内の不法な製造により、暴力団等が所持したり、あるいはそもそも市民がそのようなものを手にしたりすることで生じる治安攪乱の危険である。そうすると、耐久性を云々するよりは、殺傷能力を持つ金属性弾丸発射装置が作成されたという1点に重きを置くべきである。

ウ. 最後に、模造けん銃所持罪との関係であるが、本罪はそもそも殺傷能力があることを理由とする犯罪ではなく、けん銃がしばしば脅迫の道具として用いられてきたということによって(74)。つまり、実際に殺傷能力があることが重要なのではなく、それをけん銃であると見紛うことによって生じる恐

怖心が利用されるために、そのような脅迫行為の予備にあたる模造けん銃の所持を禁ずるということが規制の趣旨なのであって、けん銃規制のそれとはおのずから趣を異にする。

エ、このような考慮を経れば、1発だけでも金属性弾丸を発射できれば、本法の銃砲に当たり、耐久性は要求されないものと考えられる。したがって、本法と銃刀法ではけん銃の概念を異にすることは、その耐久性の側面から見ても、ないと解するべきである。

(5) 殺傷能力／威力

実務では、一定距離からベニヤ板を打ち抜くことで、その殺傷能力を判断しているようである。その具体的なものを逐一挙げることは避けるが、裁判所との評価との関係である程度意味を持っていると思われるのを見てみると、銃砲該当性の考慮要素を示した前掲東京高判昭和59年6月22日の事案では、スタート用紙雷管3粒では射程距離10cmで厚さ12mmの杉柵目板を貫通、スタート用紙雷管4粒では射程距離30cmでもこの杉板を貫通した。このようなけん銃を、正規のけん銃よりも性能が劣るとしながらも、空気銃を上回るという認定がされている。しかし、前掲した札幌地判昭和50年5月7日では、おもちゃのライフル銃を改造し、それによって発射した弾丸が射程距離1.5m、厚さ3mmのラワンベニヤ板1枚を貫通、2枚目には当たって落ちたという事案で、改造けん銃の威力の半分だとする専門家証人の証言を容れ、改造けん銃の性能全般よりも劣ることを認定し、小銃には当たらないとしている。

けん銃ひいては銃砲にとって必要な性能は殺傷能力の1点に絞られる。この点は、技術的側面が非常に強いので、本稿でどの程度が「殺傷能力を備えたもの」なのかを論議することはできないが、少なくとも、重大な傷害を負わせることが可能であることは必要だと思われる⁽⁷⁵⁾。

第6 「製造」の意義

1. 「製造」と既遂時期

では、本罪でいう「製造」とはいかなる意味を持つのか。ここで意を向けな

(74) 『注釈』655頁〔阿部純二・北野通世〕。

(75) 銃刀法施行規則2条及び3条により、「 $E(J) = mv^2/2$ （ただし m は銃弾の質量(kg)、 v は銃弾の速度）とし、 $E/S \geq 20J/cm^2$ （ただし S は銃弾の底面積）をもって殺傷能力あり」とされている。同式は、青木康博「法病理学講義ノート」(<http://www.med.nagoya-cu.ac.jp/legal.dir/lectures/newest/lecturenotes.pdf>) 27頁（2016年3月1日閲覧）より採取。

ければならないのは、本罪が準抽象的危険犯であることをいかに反映するか、及び既遂時期について、前掲昭和48年神戸地裁尼崎支判と昭和61年東京高判の理解が齟齬を起こしているように見える点をどのように理解するのかということである。

本罪が準抽象的危険犯である以上、製造概念の中に治安攪乱の危険を実質的に織り込むことが必要である。

言葉の本来の意味としての「製造」は「原材料を加工して完成品とする」と⁽⁷⁶⁾である。もっとも、製造法上の「武器の製造」には、武器の改造や修理を含んで規定されており(製造法3条)、無許可製造罪でも改造や修理を含んでいると理解するのが自然である⁽⁷⁷⁾。本罪を準抽象的危険犯だと考えると、公共危険の判断を「製造」の中で行うことになる。そして、本罪が公共危険を持つのは、銃砲が殺傷能力を有するからである。したがって、公共危険の判断は、その実質においては、当該銃砲の殺傷能力の有無という形で現れるものと解される⁽⁷⁸⁾。そして、このような理解からは、(広義の)製造においては、治安の攪乱の危険が創出・維持・強化されているものと考えられる。

この理解により、既遂時期も「製造」が終了した時点、すなわち、基本的には、銃砲——けん銃としての形状を備え、殺傷能力を得た時点だと見るのが相当だと思われる。昭和61年東京高判は「そもそも拳銃の部品はもともと分解可能なものであり、「銃身はすでに切削開孔されていて貫通しており」、「簡単な工具を使えば比較的短時間(括弧内略)に拳銃に組み立てられるまでに準備されていた」上に、「これらの部品が……場所的に近接したところに置かれていて、被告人が組み立てようと思えばいつでも容易に拳銃に組み立てうる状況の下に保管されていたこと」及び「被告人が本件で検挙されるまで継続的に回転弾倉式モデルガンに改造して多数の拳銃を製造してきたことに徴すれば」、「本件の検挙がなかりせば、被告人がいずれ近い時期にこれらの部品を使用して拳銃に組み立てる意思の下に、これらの部品を右のような状況で保管してい

(76) 『注釈』732頁〔増井清彦〕。

(77) そのため、本稿では、改造や修理を含んだ「製造」を広義の製造と捉え、改造や修理を除いた原義としての「製造」を狭義の製造とするが、特に断りを入れない限りは、広義の製造を考える。

(78) もっとも、銃砲概念の中にも危険性の考慮は入り込んでくるが、それは、上述した種々の要件を満たしてしまえばもはや問う必要がなく、いわば、殺傷能力を有しているかどうかで収斂してしまう。したがって、実質的な問題は、そのような殺傷能力を有する銃砲が「製造」されたかどうかが決め手になるものと考えられる。

たものと容易に認めることができるのであるから、原判決がこれをもつて拳銃の製造にあたるとしたのは正当」と述べ、組立て前に既遂を認めてしまった。しかし、武器の製造が、それによって、「通常の手入れまたは修理」が可能な程度までに完了したとはいえないのではないと思われる。なぜなら、武器の製造はそれによって公共危険を生じさせるために可罰的であるのであり、組立てがなされていなければまだ金属性弾丸を発射し得ないのであり、(既遂としての)治安攪乱の抽象的危険はいまだ発生していないと見るべきである。もっとも、一度でも、貫通された銃身を利用して、組み立てられれば、その時点で既遂となるのであり、その後に分解や銃身を塞ぐ等しても、それは既遂後の事実に過ぎず、銃砲無許可製造既遂罪を肯定してよい。

このような理解からは、例えその後組み立てる意思があったからといって、一度たりとも組み立てられていなければ、製造既遂罪ではなく製造未遂罪(または、銃身等を造ったことにより、その他の武器の無許可製造罪(製造法32条の2))を認めるべきである。この見地からは、組立前に銃砲無許可製造既遂罪を認めた東京高判昭和61年5月8日判時1219号136頁は誤りだといわざるを得ない。

2. 能力を低下させる改造について

このような理解において疑義を生じるのは、特に改造の場合に、当該銃砲の性能を低下させる改造が行われた場合には本罪の「製造」に当たるのかである。この点については、準抽象的危険犯としての本罪の理解を素直に推し及ぼせば、「製造には当たらない」と理解することになる。だが、公共危険が失われていない場合には、いまだ「製造に当たる」という理解も成り立ち得る。では、いずれの理解を採るべきか。決め手になるのは、一度発生した公共危険を減じてもお、いまだその危険が残っているときに可罰的違法性を認め得るか、認め得るとしたらいかなる理由に基づくのかという点にある。

結論から示せば、可罰的違法性を認めるべきであろう。一番の理由は、それによって治安攪乱の抽象的危険が失われるわけではないということである。本罪の主目的は治安攪乱の危険の防止である。一度製造された銃砲はその危険を、その銃砲が存在する限り、有し続ける⁽⁷⁹⁾ (80)。そうだとすれば、その

(79) このような理解からは、銃砲無許可製造罪は(典型的な)状態犯だとして理解される。拙稿「不作為による死体遺棄罪とその終了時期」上智法学論集59巻3号(2016)181頁以下参照。

銃砲が滅失しない限り、あるいは殺傷能力を失わない限り、当該の銃砲は公共危険を有し続ける。このことは、製造段階から小さいが無視し得ないほどの殺傷能力を有した銃砲を製造すれば可罰性が肯定されることから明らかである。対して、銃砲が有すべき殺傷能力すら失うような改造は、もはや当該銃砲を銃砲たらしめなくするものとして、銃砲の滅失と同視すべきものと解する。これらの場合は、上記の治安攪乱の危険の維持にも当たらず、改造行為により治安攪乱の危険が残っている限りは「治安攪乱の危険の維持」があると解するべきである。

第7 営利目的について

1. 総説

製造法31条2項は「営利の目的で前項の違反行為をした者は、無期若しくは五年以上の有期懲役又は無期若しくは五年以上の有期懲役及び三千万円以下の罰金に処する。」と規定する。これは、1項の単純無許可製造罪の規定であ

(80) ただ、このような理解によると、むしろ、許可を得た場合の銃砲製造に可罰性がないことの説明が必要となろう。ここでは、この点について若干付言しておくたい。

許可を得ようとも、それが作られた時点で、製造された銃砲が潜在的に持つ危険性が失われるわけではない。しかし、許可を受けて製造された場合、それが一定の安全が確保された状況で保管されたり、あるいは流通に乗せられたりすることが予想されており、可罰性が否定されていると見ることもできる。そうだとすると、製造時の危険判断においては、このようなことを考慮することになるべきだということになる。この理によれば、製造後に、絶対に安全に保管されたり、製造後ただちに当該銃砲を破壊したような場面では、危険がないものとして可罰性を否定することになるはずである。

だが、このような事情は、本来既遂後の事情であり、危険判断に含むべきではない。あくまで危険判断の基礎となる事情(判断基底)は製造時の事情であるべきである。そうすると、そのような事後的な事情で可罰性が左右されてはならない。許可を受けた者であれば、そのような事後的に生じる危険が類型的に小さいことが製造時に存在しているといえるが、許可を受けていない者であれば、そのような類型的な安全性がないといえる。そもそも、銃砲の所持は原則禁じられているのであり(銃刀法3条1項)、その所持に直接結びつく製造は、銃砲を本来所持できない者がこれを違法に所持できる機会になる。その点で許可を受けた者との間で差が生じ、その実体的な可罰性の差は、上述のとおり、製造時に存在する類型的な危険性の有無というところに収斂せざるを得ない。したがって、製造後直ちに破壊するために製造した場合であれ、その可罰性は否定できないものと考え(さらに若干付言すると、製造時に破壊しようという意志を持っていたことは、その後の破壊を確実にしないため、違法性を否定するには及ばないのである)。

る「第四条の規定に違反して銃砲を製造した者は、三年以上の有期懲役に処する。」と比べると、相当に刑が加重されている。したがって、営利目的については、この大幅な法定刑の差を埋めるだけの理由づけが必要となる。

銃砲無許可製造罪は、その当初の立法理由からすれば、産業統制行政への背馳であり、また、許可を受けた事業者の既得権を侵害するものと捉えるのが素直であったが、現在ではこの立法理由を支えていた経済的背景が失われてしまった⁽⁸¹⁾。そのため、本稿では、単純製造罪は、純然たる公共危険犯だと解すべきだと考えた。しかし、そのことは、銃砲、ひいては武器製造事業の許可制を採る理由に、上記のような経済政策目的が失われたことを示さない。既に見たように、許可要件の中には、経済政策目的のための要件がなお存在しているのである。

そこで、本稿は、この経済政策目的を反映したものが、営利目的銃砲無許可製造罪だと理解する。以下、その理由となることを示していきたい。

2. 目的犯について

一定の目的を有することが成立要件とされている犯罪を目的犯という⁽⁸²⁾が、すると、営利目的銃砲無許可製造罪は目的犯だと位置づけられる。

目的犯において、この「目的」というものの理論上の位置づけは、必ずしも一致していない。そもそも、犯罪の種類においても様々に位置づけられ得る。例えば、林幹人教授は、内乱罪（刑法77条）の「国の統治機構を破壊し……統治の基本秩序を壊乱する」という「目的」は、「行為の結果としての客観的状況である場合」には「そのような客観的危険こそが不法内容であって、目的とされているものは、その認識、すなわち故意にすぎない」⁽⁸³⁾とし、通貨偽造罪（刑法148条）の「行使の目的」のように、自己の後の行為を目的とする場合には、「どのような意思内容であったかを明らかにしなければ、行為の不法を決定できないという場合はあり得る」ために、その場合には「例外的に、主観的違法要素」となることを認められている⁽⁸⁴⁾。対して、山口厚教授は、当該の目的が法益侵害の危険を基礎づける（それが落ちれば当罰性が欠ける）場合

(81) 本稿第2参照。

(82) 山口・前掲注(41)98頁、井田良『講義刑法学・総論（第4刷）』（有斐閣・2011）108頁、西田典之『刑法総論〔第2版〕』（弘文堂・2010）89頁、平野龍一『刑法総論I』（有斐閣・1972）123頁等。

(83) 林幹人『刑法総論〔第2版〕』（東京大学出版会・2008）103頁。

(84) 林(幹)・前掲注(83)104頁。

には主観的違法要素となるが、営利目的については、利得目的が責任を重くする場合を示唆され、この場合には、責任要素だと理解される⁽⁸⁵⁾。そして、責任要素が構成要件要素となるときは、それによって違法行為類型を限定ないし形成する類型化要素となる場合だと説明される⁽⁸⁶⁾。これは一見、法益侵害の危険を高める主観的違法要素との差異が明らかではないが、次のように説明できよう。すなわち、当該の事情がなくとも、法益侵害の危険の大小自体は変わりがないが、当該の事情によって類型的に非難の度合いが高まり、そこに処罰範囲を限定しようというものであると理解できる。このような理解は、客観的違法を原則とし、主観的要素は原則として責任要素とすべしという基本的理解と合致し、支持できるものである。

3. 営利目的銃砲無許可製造罪の「営利の目的」

では、営利目的銃砲無許可製造罪における「営利の目的」はいかなるか。思考の起点は、銃砲製造許可制度の目的は経済政策目的と治安攪乱の防止という2つの側面を有しているという点と、単純銃砲無許可製造罪は純然たる公共危険犯であるという点の2点である。

銃砲無許可製造罪は、営利目的の有無にかかわらず、銃砲製造許可処分を受けずに銃砲を製造したことが構成要件となっている。そうすると、銃砲を単に製造したということだけに当罰性が基礎づけられているのではなく、むしろ、許可を受けなかったという点に当罰性の重点があるものと考えられる。そうだとすれば、許可制度の目的が銃砲無許可製造罪の存在意義、すなわちその保護法益に反映されなければならない。そして、製造許可制度の目的が生産制限という経済政策目的と治安攪乱の防止という公共安全目的の2つを抱えているのに対して、単純無許可製造罪は後者の治安攪乱の防止のみを保護法益としているとすると、本許可制度の目的である経済政策目的の側面が銃砲無許可製造罪から脱落してしまう。したがって、これを捕捉する必要が生じ、それが営利目的銃砲無許可製造罪だと解される。そうすると、本罪は治安攪乱の危険を惹起する公共危険犯としての側面のみならず、この経済政策目的をフォローするものと解するべきである。この観点からは、営利目的によって新たな法益侵害・危殆化が生じており、主観的違法要素であると理解せざるを得ない。また、営利目的により、無許可製造のインセンティブが与えられ、多くの銃砲が製造さ

(85) 山口・前掲注(41)100頁。

(86) 山口・前掲注(41)97頁。

れる恐れがある。そうすると、治安攪乱の危険がより高められ、その意味で法益侵害の危険が高まり、違法性が強化されるといえる⁽⁸⁷⁾。さらにこれは銃砲製造の動機づけも強化しており、その限りで責任要素でもある⁽⁸⁸⁾。

第8 おわりに

以上のような検討を経ると、横浜地判平成26年の結論は妥当なものであったと考えられる。例え、3Dプリンターで作成された樹脂製のけん銃であって、耐久性に難があったとしても、金属性弾丸を1発でも発射でき、それに殺傷能力が備わっているのであれば、なんらけん銃、ひいては銃砲と違って差し支えない。

近時、3Dプリンターのように、技術の発展により、一般市民——素人が危険物を容易に作成することができるようになってしまった。また、銃砲の設計図などもインターネット上で頒布されているようである。このような設計図を好奇心などから容易に入手し、しかもそれを利用して容易に危険物が製造され

(87) 本稿では、営利目的を、それにより経済政策を侵害・危殆化する違法要素、かつ銃砲製造の動機づけの強化される責任要素である混合形式だと考えているが、同様に営利目的大麻密輸入罪を定める大麻取締法24条2項について、東京高判平成10年3月25日東高刑時報49巻1-12号13頁は、刑法65条2項を適用した。ここでは営利目的が犯人の身分性を基礎づけること及び違法要素であれば違法の連帯性の原則から刑法65条1項、目的が責任要素であれば責任の個別性の原則から刑法65条2項が適用されるということ前提に、裁判例では「営利の目的が動機としての責任要素であるという見解がとられているといえよう」と説明されている。西田典之ほか『注釈刑法第1巻』（有斐閣・2010）267頁〔西田典之〕。だが、大麻取締法であれ、営利目的により密輸規模が増大したり薬物の拡散可能性の増大から国民の保健衛生に対する危害が大きくなるというように理解すれば違法要素だと理解することもできるのであり、「営利目的だから責任要素である」というような一面的理解は成り立たない。西田ほか・前掲『注釈刑法第1巻』266頁〔西田典之〕、山口・前掲注(41)100頁など参照。なお、上記の裁判例や麻薬取締法上の密輸入罪で営利目的の有無で刑法65条2項を適用した最判昭和42年3月7日刑集21巻2号417頁の理解では、銃砲無許可製造罪についても刑法65条2項が適用されるであろう。『注釈』740頁〔増井清彦〕参照。

(88) この責任要素性が特に単独で意味を持つのは、有償でモデルガンの改造等を請け負ったような場合である。もちろん、この場合でもけん銃の流布拡大という意味では違法性にも影響を与え得るが、前掲注(87)で示した裁判例のように責任要素として理解することもできる。この場合には経済政策への違背が必ずしもなく、「新たな」法益危殆化を基礎づけ得ない場合もあり得よう。

得る現在において、科学技術の闇ともいえる部分に法がいかに介入していくべきかについては慎重な考慮が要求される。だが、少なくとも、銃砲だけに関しても、今や国際的潮流としても銃規制が進められている上、法治国家を標榜する以上、自己防衛の名を借りた私人の自力救済には強い歯止めが要求されるものと考えられる。現在の流れからすれば、規制が厳格化されることはあっても、緩められることは考えにくい。

本稿では現在の銃砲無許可製造既遂罪について、総花的で雑駁な検討に止まっている。それは、はじめに示したように、本罪がそれほど理論上はあまり見向きなされてこなかった武器等製造法という(一般的には)馴染みの薄い法律を基礎にしたものであり、それほど多くの(とりわけ学説上の)議論があったわけではないことによる。だが、上記で示したような、時代の変化によって、もしかすると、これからその活用の途を見ることになるかもしれない。また、それによって、本稿で示した立法の不備が幾ばくかでも解消すれば、本法の公法的側面として、立憲主義、そしてその刑事法的表現である罪刑法定主義がより前進するのではないかと期待する。

(本学大学院博士後期課程)