

## 判例研究

# 立川自衛隊宿舎反戦ビラ入れ事件 無罪判決

法科大学院教授 古川 純

東京地裁八王子支部判決平成16年12月16日（平16（わ）488号・618号，被告人らが「自衛隊イラク派兵反対」などと記載したビラを投函する目的で防衛庁宿舎に立ち入った行為について，刑事罰に値する程度の違法性があるものとは認められないとして，いずれも無罪とされた事例，判例時報1892号150頁）

【参照条文】刑法130条，憲法21条

## I 事実

1 本件各公訴事実の要旨は以下の通りである。

（1）平成16年3月19日起訴に係るもの（ただし第4回公判期日において訴因変更がされた後のもの）被告人A・B・Cは，共謀の上，「自衛隊のイラク派兵反対！」などと記載したビラを防衛庁立川宿舎（以下，「立川宿舎」）各室玄関ドア新聞受けに投函する目的で，管理者及び居住者の承諾を得ないで，平成16年1月16日午前11時過ぎ頃から午後0時頃までのあいだ，立川宿舎の敷地に立ち入った上，同宿舎の3号棟・5号棟・6号棟・7号棟の1階出入り口から4階の各室玄関まで立ち入り，もって正当な理由なく人の住居に侵入した。（継続犯として解される住居侵入罪にかんがみ，立川宿舎の敷地に立ち入った時点から各室玄関前に至るまでの全体を同罪の実行行為と捉えているものと解される。）

（2）平成16年3月31日付追起訴に係るもの（ただし第4回公判期日において訴因変更がされた後のもの）被告人B・Cは，共謀の上，「ブッシュも小泉も戦場には行かない」などと記載したビラを立川宿舎各室玄関ドア新聞受けに投函する目的で，管理者及び居住者の承諾を得ないで，平成16年2月22日午前11時30分過ぎ頃から同日午後0時過ぎ頃までのあいだ，同宿舎の敷地に立ち入った上，同宿舎の3号棟・5号棟・7号棟の1階入り口から4階の各室玄関前まで立ち入り，もって正当な理由なく人の住居に侵入した。（実行行為については（1）に同じ。）

2 被告人A・B・C・Dは「甲野団」と呼ばれる団体の構成員であるが、同団体は、昭和47年、当時の米軍立川基地への自衛隊移駐に際して反対する労働団体や市民団体等種々の団体によるデモなどの抗議行動が大規模に展開された中で、同基地に隣接する公園に設置された抗議団体のテントの連絡体として結成されたものである。同団体には明文の規約は存在せず、入会・退会の要件や形式も明確に定まっておらず、毎週行われる会議に出席し月刊の機関誌の作成に携われれば、事実上構成員として認知される。この意味の構成員は現在、被告人らを含めて約7名おり、従前も構成員数はおおむね10名足らずの範囲内で推移してきた。甲野団の活動に協力的な者もあり、構成員・非構成員の線引きには曖昧なところもある。構成員中、代表の立場にある者はいるが、構成員間に権限や義務の差はなく支配・服従関係は存在しない。同団体は、他の団体と共闘して集会やデモなどの活動に及ぶことはあるが、特に上部団体や傘下の団体があるわけではなく、また特定の政党との関係を有しておらず、基本的に無党派の立場で活動を続けている。甲野団は、「自衛隊解体」を掲げて立川基地反対、反戦平和を主要な課題として、毎月行われる定例のデモや立川基地の式典への抗議などの示威運動、同基地の動静の監視、毎週宣伝車で同基地ゲート前に赴いて15分から20分程度の演説を行う「反軍放送」、立川駅頭でのビラ配布による情宣活動、ビラを請願として同基地の宿直担当者に手渡すという基地に対する申し入れ活動等に従事している。

3 甲野団は、過去に立川宿舎に文書を投函したことがある。同団体は昭和51年に月刊新聞を発行し、昭和59年に廃刊するまでの間、この月刊新聞を立川基地ゲート前で自衛官に手渡したりダイレクトメールで自衛官宅に郵送したりしたほか、自衛官に確実に読んでもらう最善の方法として、本件各公訴事実と同ように立川宿舎の各室玄関ドア新聞受けにも投函した。

4 自衛隊のイラク派遣に反対する甲野団のビラの投函行動は、以下のように行われた。同団体は平成15年夏合宿において、自衛隊のイラク派遣に反対するビラを立川宿舎に配布することを決定し、同年10月から平成16年2月にかけて毎月1回ずつ計5回にわたり、同宿舎へのビラ配布活動が行われた。それらのビラは、「自衛官の皆さん・家族の皆さんへ イラクの派兵が、何をもたらずといふのか」、「自衛官の皆さん・家族の皆さんへ 殺すのも・殺されるのもイヤだと言おう」、「イラクへ行くな、自衛隊！ 戦争では何も解決しない」という内容のものであり、本件各公訴事実の配布活動の際のビラは、「自衛官・ご家族の皆さんへ 自衛隊のイラク派兵反対！ いっしょに考え、反対の声をあげよう！」、「ブッシュも小泉も戦場に

は行かない」という内容であった。

5 東立川駐屯地の立川宿舎管理者の補佐E・Fは、甲野団のビラが投函された平成15年12月に当時の情勢にかんがみてビラ投函の事態を重視し、Eは一切の部外者の立川宿舎への立ち入りを禁ずる趣旨の貼り札を作成して、同宿舎敷地各出入口の鉄製フェンス・金網フェンス及び5号棟から8号棟の1階階段出入口の掲示板に貼った。また、反自衛隊的内容のビラを投入又は配布している者を見かけたら直ちに東立川駐屯地に連絡するようという内容の宿舎便りを作成し、5号棟から8号棟の各入居者に配った。Fは、1号棟から4号棟の各入居者に対して各棟の連絡員を通じて、不審者を発見したら速やかに連絡するようになどという注意事項を口頭で伝え、前記宿舎便りと概ね同旨の依頼文書を作成・配布した。3号棟4階に居住する航空自衛官Gは、甲野団の3回にわたるビラ投函に強く不快感を抱いていたが、宿舎敷地内で被告人B・Cの姿を見て110番通報をした。7号棟に居住する別の航空自衛官Hは、被告人Aのビラ投函に対して強く詰問し、Aが「甲野団のビラ以外の広告や宣伝のちらしが投函されている事実」を指摘したところ、Hは「イラクへの自衛隊派遣反対とか言ってるようなビラはだめなんだ」と応じビラの回収を求めた。AはまずHの居室に投函したビラを回収し、さらにHの指示に従って隣室に投函したビラも回収した。その後Aは7号棟・6号棟の各室玄関ドア新聞受けにビラを投函した。

6 平成16年1月17日のビラ投函行動後に開かれた甲野団の定例会議では、被告人C・Bは立川宿舎の居住者から前記のような注意を受けたこと、関係者以外立ち入り禁止の貼り札があったことが話題に上ったが、自衛隊のイラク派遣反対のビラ投函行動に関する連絡が未だ一切甲野団になされていないことが確認され、ビラには甲野団の連絡先が明記してあるから立川宿舎の居住者がビラ投函打ち切りを求めらるのであればいずれ抗議の連絡があるはずだとして、それまでとりあえず様子を見ることになり2月のビラ投函も予定通り実施するという結論に達した。

7 E・Fは、対策を講じたにもかかわらず甲野団が再度ビラ投函行動に及んだことを重視し、平成16年1月23日、それぞれ警察に被害届を提出した。また、C・B及びAの2月22日のビラ投函行動に対しては（ただしAは起訴されていない）、3月22日にE・Fが被害届を警察に提出した。

## II 判旨

### 1 主文 被告人らはいずれも無罪

## 2 理由

### (1) 弁護人の公訴棄却の主張について

① 弁護人は、(ア)被告人らの本件ビラ活動は正当な目的のもとになされた相当な手段による表現活動であり、強制捜査を行って公訴提起することは当該表現活動の自由を侵害するだけでなく、表現行為一般に強力な萎縮効果を及ぼすこと、また自衛隊員の知る権利の侵害にもつながること、(イ)立川宿舎には飲食店のチラシ等の商業的宣伝ビラも日常的に投函されているにもかかわらず、それらの投函行為に伴う立ち入り行為は摘発されずに放置され、本件ビラ投函に伴う立ち入りのみが強制捜査を経て起訴されていること、などを指摘して、形式的に法益侵害が存在するにしてもきわめて軽微な侵害でしかなく、強制捜査を行って本件公訴を提起したことは表現行為の抑圧あるいは被告人らの所属団体の活動を抑制もしくは停止させることにほかならず、公訴権濫用を理由に公訴棄却の判決がなされるべきであると主張する。

② 検察官は、現行法制のもとでは公訴提起については広範な裁量権が認められているのであり、公訴提起は検察官の裁量権の逸脱によるものがあつたからといって直ちに無効となるものでないことは明らかである。確かに、その裁量権の行使については刑事訴訟法に種々の考慮事項が列挙されていること(同法248条)、検察官は公益の代表者として公訴権を行使すべきこと(検察庁法4条)、刑事訴訟法上の権限は濫用にわたってはならないこと(同法1条、刑事訴訟規則1条2項)などを総合して考えると、検察官の裁量権の逸脱が公訴の提起を無効ならしめる場合のありうることを否定することはできないが、それはたとえば公訴の提起自体が職務犯罪を構成するような極限的なものに限られるというべきである(最一小決昭和55年12月17日、刑集34巻7号672頁)。

③ 本件に関しては、確かに、立川宿舎の集合郵便受けや各室玄関ドア新聞受けにはテント村のビラの他にも商業的宣伝ビラ等が投函されていることは間違いないところ、それら投函者らも部外者でありながら同宿舎内に無断で立ち入ったという点では被告人らと同様であるにもかかわらず何ら刑事責任を問われることなく、被告人らのみが住居侵入罪を犯したとして強制捜査を受け起訴されるに至っている。(ア)被告人らの立ち入りの態様は、一般社会で日常的に行われている商業的宣伝ビラ等の配布行為と別段異なるところはないこと、(イ)立川宿舎では反自衛隊的内容のビラを投入ないし配布している者を見かけたら110番通報するようにという指示が出されていたこと、(ウ)本件で被害届けを出した防

衛庁側も一般のアパートの集合郵便受けに自衛官募集のビラを投函していること、に照らせば、本件各公訴提起にはビラの記載内容を重視してなされた側面があることは否定できない。しかし、ビラの投函につき商業的宣伝ビラに対するものとは異なる不快感を抱いていたと認められる居住者の感情等に着目すれば、本件各公訴提起が弁護人の主張するような目的でのみなされたとは断定できない。本件各公訴提起について、検察官の職務犯罪を構成するような極限的な訴追裁量権の逸脱はみられず、弁護人の前記主張は採用できない。

### (2) 住居侵入罪の構成要件該当性の有無について

① 「住居」とは「人の起臥寝食に使用される場所」を指し、立川宿舎の各居室がこれにあたることは優に認められる。立川宿舎の敷地及び通路部分はいずれも同宿舎居室と一体をなして「住居」に該当すると評価すべきである。

② 同宿舎への「侵入」とは、同宿舎の居住者及び管理者の意思に反して立ち入ることをいうと解すべきである（最二小判昭和58年4月8日、刑集37巻3号215頁）。被告人らは、定型的に他人の住居への立ち入りが許容されている者に当たらず、また立川基地の関係者ではなく、同宿舎内に立ち入ることにつき居住者及び管理者いずれの同意も得ていない。被告人の各立ち入り行為は、居住者及び管理者の意思に反するというべきであり、「侵入」に該当すると認められる。

### (3) 違法性の有無について

一般に、社会通念上の違法有責行為類型たる構成要件に該当する行為は、それ自体、違法性の存在が推定されるというべきである。しかし、構成要件に該当する行為であっても、その行為に至る動機の正当性、行為態様の相当性、結果として生じた被害の程度等諸般の事情を考慮し、法秩序全体の見地からしても、刑事罰に処するに値する程度の違法性を備えるに至っておらず、犯罪が成立しないものがありうるというべきである。

① 被告人らの立川宿舎に立ち入った動機について 立ち入り行為という手段の是非は別に論ずるとしても、ビラを届けることで自衛隊のイラク派遣に関する甲野団の見解を自衛官らに直接伝えるという動機自体は、甲野団の政治的意見の表明という正当なものである（立川宿舎の管理に当たる関係者も敷地の外でビラを配ること自体は問題はない旨証言している）。

② 被告人らが立川宿舎に入った態様 被告人らの立ち入り行為は、暴力や騒音を伴うものではないのはもちろん、社会で一般にみられる、居住の玄関先まで訪れるのみならずインターフォンを鳴らすなどして居住者を呼び出し、面談を求

めるいわゆる訪問販売や各種勧誘行為、いきなり個々人に架電して応答を促す電話による勧誘等に比して、居住者に被らせる迷惑は少ないといつてよい。加えて、甲野団構成員が暴行、破壊活動等危険性の高い行為におよんだことはなく、立川宿舎居住者も過去に甲野団構成員がかかる行為をしたという認識は抱いていないと認められること、ビラの内容に脅迫的言辞や応答の要求、個々の自衛官に対する誹謗、中傷は見られないことをも併せ考えれば、被告人らの立ち入り行為の態様自体は、立川宿舎の居住者の日常生活にほとんど実害をもたらさない、穏当なものといえる。

③ 被告人らが立川宿舎に立ち入った結果について 検察官が指摘するとおり同宿舎関係者の被害感情が強いことを考慮しても、被告人らが同宿舎に立ち入ったことにより生じた居住者及び管理者の法益の侵害は極めて軽微なものというべきである。

④ 結論 被告人らが立川宿舎に立ち入った動機は正当なものといえ、その態様も相当性を逸脱したものとはいえない。結果として生じた居住者及び管理者の法益の侵害も極めて軽微なものに過ぎない。さらに、被告人らによるビラの投函自体は、憲法21条1項の保障する政治的表現活動の一態様であり、民主主義社会の根幹を成すものとして、同法22条1項により保障されると解される営業活動の一類型である商業的宣伝ビラの投函に比して、いわゆる優越的地位が認められている。そして、立川宿舎への商業的宣伝ビラの投函に伴う立ち入り行為が何ら刑事責任を問われずに放置されていることに照らすと、被告人らの各立ち入り行為につき、従前長きにわたり同種の行為を不問に付してきた経緯がありながら、防衛庁ないし自衛隊又は警察から甲野団に対する正式な抗議や警告といった事前連絡なしに、いきなり検挙して刑事責任を問うことは、憲法21条1項の趣旨に照らして疑問なしとしない。以上、諸般の事情に照らせば、被告人らが立川宿舎に立ち入った行為は、法秩序全体の見地からして、刑事罰に処するに値する程度の違法性があるものとは認められないというべきである。結局、本件公訴事実のいずれについても犯罪の証明がないことになる。

### Ⅲ 研究

#### 1 本事件の背景：市民のビラ活動に対する公安警察の異常なまでの弾圧

近年、普通の市民運動でよく見られるビラ入れ・ビラ配りに逮捕事件が続出しているが、これは大変異常としかいいようがない。立川自衛隊宿舎反戦ビラ事件もま

さにこの公安警察（現代の思想警察）の市民運動への弾圧の文脈で発生したと考えられる。なぜならば、立川の「この事件で警視庁公安二課は総勢六〇人以上を動員し、『テント村』の事務所や逮捕者宅など六カ所を家宅搜索。ここではパソコンがすべて開けられ、名簿をはじめ運動に関連するものが根こそぎ押収された」ことや、「逮捕者たちは警視庁公安二課の担当者から『住居侵入』の容疑とは関係なく、『北朝鮮に行け』……『立川から出て行け』『寄生虫』——などと、露骨な脅しと罵声を浴びせられている」ことから、明らかに判断できるのである（成澤宗男「市民の運動が今狙われる」週刊金曜日No.551, 2005. 4. 1）。それ以外の例をあげるならば、①中央区晴海のマンションの集合ポストにビラを投函した社会保険庁職員に対して警視庁公安部総務課の指揮のもとに10ヵ月にわたる尾行と張り込み・盗撮が続けられたが、同職員は2004年3月「しんぶん赤旗」の号外を投函した行為が国公法102条1項（政治的行為の制限）違反にあたるとして逮捕・起訴された。②2005年3月の卒業式に、都立高校校門前で「日の丸・君が代」強制反対」のビラ配りをしていた市民が3名逮捕されたり、公安警察がビラ配りをする市民をビデオ撮影するなどの事件がある（糟谷廣一郎「ビラ配布で公安が10ヵ月密着」および成澤・前掲、前掲・週刊金曜日）。

また、立川自衛隊宿舎反戦ビラ入れ事件の無罪判決の直後である2004年12月23日、葛飾区のマンション共用廊下部分を歩きながら各室玄関新聞受けに日本共産党発行の「都議会報告」および同党葛飾区議団発行の「葛飾区議団便り」「区民アンケート」「返信用封筒」を配布していたAさんが、警察用語に精通したかのような住人に配布行為を止められたものの配布行為の正当性を主張したところ警察に通報され、その結果10名を超える警察官が来て事情聴取を理由にパトカーに乗せられて亀有警察署に連行された後、住居侵入罪の容疑で逮捕されたという事件が起った。検察庁は勾留請求をなし、勾留満期の2005年1月11日にAさんを起訴した（参照、内田雅敏『これが犯罪？「ビラ配りで逮捕」を考える』岩波ブックレットNo.655, 2005. 7）。内田雅敏氏（弁護士）は、「公安はずっと以前から新左翼や赤軍派、そして次にオウム真理教などに対して違法あるいは違法まがいの捜査を繰り返してきました。しかし世の中は、こうしたことがあっても『あいつらだから仕方がない』と見逃し、放置してきたのではなかったでしょうか。その結果、今日のような事態になっているのだと思います。……彼ら〔戦前の特高警察〕は共産党を壊滅させると、横浜事件のように知識人や自由主義者、宗教者などに襲いかかり、ありもしないことをでっち上げ、拷問で共産党に仕立てて弾圧しました。戦前のドイツでも同

じです。最初に共産主義者がつぶされた後、社会主義者がつぶされ、最後に自由主義者が狙われたのです。現在の日本で起きていることは、こうした歴史の繰り返しではないでしょうか。」と指摘する（同「公安警察こそ民主主義の敵だ」前掲・週刊金曜日）。自由の抑圧に向かって「暴走」する公安警察に対して、裁判所は令状発給審査の厳格化をはじめ自由・人権の守護者としての役割を効果的に果たすことによって、有効に歯止めをかけなければならないと思われる。

## 2 市民のビラ配布活動と表現の自由の「優越的地位」論

### (1) 表現の自由の「優越的地位」論

本判決は、被告人らの自衛隊宿舎立ち入り行為に住居侵入罪の構成要件該当性を認めたとうえで、立ち入りの動機の正当性、行為の態様の相当性、結果として生じた居住者および管理者の法益侵害の軽微さを理由に、「刑事罰に処するに値する程度の違法性」（可罰的違法性）は認められないとした。さらに「結論」を導く最後の論理過程で、被告人らのビラの投函自体について、憲法21条1項の保障する政治的表現活動ととらえ、民主主義社会の根幹を成すものとして、商業的宣伝ビラに比していわゆる「優越的地位」が認められる、と判示した。表現の自由の「優越的地位」論は、立法の違憲審査における「二重の基準」論（精神的・人格的自由制約立法の「厳格な審査」）を支える理論であり、人民の「自己統治」論（「代議制的自治」論）がその根底にある（参照、芦部信喜『憲法訴訟の理論』有斐閣、1973および同『現代人権論』有斐閣、1974など）。最高裁は、北方ジャーナル事件判決（最大判昭和61年6月11日、民集40巻4号872頁）において、「公共的事項」に関する表現の自由が「特に重要な憲法上の権利」であることについて、以下のように判示した。「主権が国民に属する民主制国家は、その構成員である国民がおよそ一切の主義主張等を表明するとともにこれらの情報を相互に受領することができ、その中から自由な意見をも自己が正当と信ずるものを採用することにより多数意見が形成され、かかる過程を通じて国政が決定されることをその存立の基盤としているのであるから、表現の自由、とりわけ、公共的事項に関する表現の自由は、特に重要な憲法上の権利として尊重されなければならないものであり、憲法21条1項の規定は、その核心においてかかる趣旨を含むものと解される。」同判決で谷口正孝裁判官の「意見」は、憲法21条1項・2項の保障する「公的問題に関する討論や意思決定に必要・有益な情報の自由な流通、すなわち公権力による干渉を受けない意見の発表と情報授受の自由」は、「活力ある民主政治の営為にとって必須の要素となるものであるか



ら、憲法の定めた他の一般的諸権利の保護に対し、憲法上「優越的保障」を主張しうべき法益であるといわなければならない」と、とりわけ公的問題に関する表現の自由の「優越的地位」に明確に言及し承認した。

本判決は、政治的表現活動たる本件ビラよりも憲法的価値序列において劣っている種々の商業的宣伝ビラを配布するための立ち入り行為が何らの刑事責任を問われずに放置されてきたにもかかわらず、「優越的地位」を保障されるべき本件ビラの配布に伴う立ち入り行為のみを（狙い撃ちとまで断定はできないとしつつも）いきなり検挙して刑事責任を問うことに疑問を提示している。本判決のこの判示部分は、立ち入りの動機の正当性・行為の態様の相当性・結果として生じた居住者および管理者の法益侵害の軽微さを理由とする可罰的違法性論に基づき違法性を阻却する理由付けには必ずしも関係付けられていない。被告人らの政治的表現活動についてのみ公訴提起した点では、公訴権濫用を理由とする本筋の公訴棄却に結びつけるべきであると思われるが、もち論そのような関連付けもしていない。率直に言って、この判示部分は判決の中で、その役割を正しく与えられずに「浮いている」と指摘しなければならないであろう。その意味で本判決の「優越的地位」論は、「判決理由」(ratio decidendi)ではなく、不当にも「傍論」(obiter dictum)の位置におかれているというべきではなかろうか。その原因は、私見によれば、本判決の住居侵入罪の構成要件該当性判断のあり方にあると思われる（後述する）。

## （２）政治的言論ビラ配布の基本的権利性

政治的表現の形態（媒体）であるビラの意義と機能については、一般には街頭におけるビラ配りとの関係で積極的に論じられる。吉祥寺駅構内ビラ配布事件判決（最三小判昭和59. 12. 18, 刑集38巻12号3026頁）の伊藤正己補足意見は、「特に、社会における少数者のもつ意見は、マス・メディアなどを通じてそれが受け手に広く知られるのを期待することは必ずしも容易ではなく、それを他人に伝える最も簡便で有効な手段の一つが、ビラ配布であるといつてよい。」「ビラ配布の規制については、その行為が主張や意見の有効な伝達手段であることからくる表現の自由の保障においてそれがもつ価値と、それを規制することによって確保できる他の価値とを具体的状況のもとで比較較量して、その許容性を判断すべきであ……る。」と述べる。本件ビラは、道路や駅前広場のような「パブリック・フォーラム」（同判決・伊藤補足意見）において不特定多数の市民に配布されるビラとは配布の「言論の場」および具体的な状況が異なることは言うまでもない。しかし、マス・メディアに登場する機会のない少数者が自分の意見を「他人に伝える最も簡便で有効な手

段]であるというビラ配布の特徴は共通するのである。したがって、ビラ配布行為に対する何らかの刑事罰の適用が行われる場合には、ビラ配布による表現の自由保障の価値とビラ配布規制によって確保される他の価値とを「具体的状況のもとで比較較量」して判断しなければならない。それは、ビラ配布行為に住居侵入罪を適用する場合も同じである。刑法130条の住居侵入罪の構成要件は、「正当な理由がないのに、人の住居に……侵入」することであり、そもそも構成要件該当性判断において裁判所は「正当な理由」の判断、すなわち上記の相対立する法益の比較較量を求められているといえるのである。

### 3 違法性阻却としての可罰的違法性論の意義と機能

(1) 本判決が、被告人らの立ち入り行為について住居侵入罪の構成要件に該当するとした上で「犯罪が成立しない」とする無罪判決を導いた論理を確認しておきたい。すなわち、(ア) 一般に、社会通念上の違法有責行為類型たる構成要件に該当する行為は、それ自体、違法性の存在が推定されるというべきである。(イ) しかし、構成要件に該当する行為であっても、その行為に至る動機の正当性、行為態様の相当性、結果として生じた被害の程度等諸般の事情を考慮し、(ウ) 法秩序全体の見地からしても、刑事罰に処するに値する程度の違法性を備えるに至っておらず、犯罪が成立しないものがありうるというべきである。

ある行為に対して、それが犯罪構成要件に該当するという判断（違法性の推定）をしながらも「法秩序全体の見地からしても、刑事罰に処するに値する程度の違法性を備えるに至っておらず、犯罪が成立しない」とする理由付けで違法性を阻却する考え方は、「可罰的違法性の理論」（可罰的違法性論）に属する。可罰的違法性論とは、「形式的には構成要件に該当し違法性阻却事由も存在しない場合でも、処罰に値する量ないし質を欠くとして犯罪の成立を否定することを認める理論」（狭義の可罰的違法性論）であり、形式的には刑法上の構成要件に該当し正当化事由が存在しない場合であっても違法性が軽微だから不可罰にすべき場合（犯罪が成立しない場合）で、「結果ないし行為態様の軽微性のみで可罰性（構成要件該当性）を否定しうる絶対的軽微」と、「軽微性のみで可罰性を否定し得る程度ではないが目的・手段等を勘案すれば処罰する程ではない程度に違法性が減少する相対的軽微」の異なった2類型に分類される（前田雅英『刑法総論講義 第3版』東京大学出版会、1998、99頁-100頁）。これは、「実質的違法性論」と「柔らかい違法性一元論」的考え方を前提にするものである（田宮裕・板倉宏編『ホーンブック 刑法総論〔新

版)』北樹出版, 1996, (伊東研祐執筆) 135頁)。「実質的違法性論」は, 実定法規範の命令・禁止に違反しているという判断を意味する「形式的違法性論」とは異なり, 「違法性を規範の背後にある実体にさかのぼって実質的に把握しようとする立場, さらに, 形式的には実定法規範に違反していても法規範の背後にある実質的理念から見て許される場合を認めようとする立場」を意味するのであり, 「実質的違法性論」を基礎付けるのは, 法益(生活利益)侵害説または規範(倫理的・文化的社会規範)違反説であるが, 社会規範に違反する法益侵害とする二元説が有力化しているとされる(田宮・板倉編・前掲書, 同100頁-101頁)。実質的違法性論(法益衡量説)の観点から違法性阻却を考えると, 刑法35条(正当行為=法令行為・業務行為・一般正当行為または社会的相当行為)・36条(正当防衛)・37条(緊急避難)の違法性阻却事由の規定は, その根底に正当化(許容)規範を生じることを説明する一般的な原理をもつといわなければならない。すなわち, 「構成要件は法益侵害または危殆化する行為を類型化したものであるから, その侵害・危殆化が違法性を有しないとされるためには, ある法益の侵害・危殆化がそれを上回る法益(利益)の保全によっていわば帳消しにされ, ……その意味で侵害・危殆化そのものが存在しないことが必要である」とされ, これは「優越的利益の原則」と呼ばれて刑法所定の違法性阻却事由の背後にある原則である(田宮・板倉編・前掲書, 同108頁)。

過去の(下級審を含む)判例を見ると, 「違法性が完全には阻却されないが, もはや可罰的な違法とまではいえない程度まで阻却される場合」として, 「勤労者の団結権や表現の自由と関係する労働事件, 公安事件で問題になる」事例がある(平野龍一『刑法総論Ⅰ』有斐閣, 1972, 63頁-64頁)。下級審で可罰的違法性を欠くことを理由に無罪判決が登場したのは, 昭和30年代後半から40年代にかけてである(この十数年間に判例集に登載されたものだけで100件を遥かに上回る無罪判決が出されたといわれる, 前田・前掲書, 100頁注6)。ただし, 以下のような指摘がある。「公安条例違反の罪についても, 構成要件の実質的解釈や可罰的違法性が激しく争われた。昭和40年代後半に可罰的違法性論を採用した無罪判決が登場する。ただ, これらの判例における「可罰的違法性」とは, 公共の安全の秩序に対する一定程度以上の具体的な危険を指している。公安条例違反の罪における可罰的違法性論とは, 結局同罪を具体的な危険犯として理解する立場と重なってくるのである。」(前田・前掲書, 111頁注4)しかし, 違法多元論・違法相対性論に立つ東京中郵事件判決(最大判昭和41年10月26日)・都教組事件判決(最大判昭和44年4月2日)・仙

台全司法事件判決（最大判昭和44年4月2日）の判例変更を行って硬い違法一元論を採った全農林警職法闘争事件判決（最大判昭和48年4月25日，刑集27巻4号547頁）を転換点として，「昭和50年を境に可罰的違法性に関する判例の様相は一変する。可罰的違法性を欠くとする無罪判例は，ほとんど見られなくなったのである。そして，その状況が20年以上続いている」のである（前田・前掲書，100頁注6）が，本判決はいわばその状況を破った新判決といえるのである（ただし判決理由として妥当であるかは別問題であるが）。

（2）刑法130条の「住居侵入罪」の構成要件は，「故ナク人ノ住居ニ侵入スル」（旧条文），「正当な理由がないのに，人の住居若しくは人の看守する邸宅，建造物若しくは艦船に侵入」（平成7年新条文）することである。したがって，「とくに不法な立入……のみを犯罪類型とする趣旨を示したもので，正当な立入行為は，はじめから——構成要件に該当するが違法性を阻却されるというのでなくして——刑法の関心の対象，すなわち構成要件に該当する行為から除外されているのである。」（藤木英雄『可罰的違法性の理論』有信堂，1967，27頁）

構成要件と違法性に関していえば，構成要件にどこまで違法要素を盛り込むかという問題がある。「構成要件は一定の法益の侵害または危険を規定したものであり，違法阻却は，右の法益と他の法益とを比較考量したとき違法ではなくなる場合である。しかし，この区別は絶対的なものではない。立法者は，部分的には，法益考量の結果違法とされる行為だけを構成要件として規定することも不可能ではない。たとえば，住居侵入は「故なく」なされたとき，はじめて構成要件に該当する。」（平野龍一『刑法 総論Ⅱ』有斐閣，1975，225頁）

つまり，住居侵入罪の構成要件には「正当な理由がない」ことが予め埋め込まれている。したがって，実質的違法性論の立場から見れば構成要件該当性判断の中に，法益衡量に基づく「正当な理由」の判断が含まれていなければならないのである。法益衡量の結果，「故なく」または「正当な理由がない」の要件に当たらないと判断されるのであれば，その行為はそもそも住居侵入罪の（可罰的）構成要件に当たらないということになる。これは，ある行為をいったん構成要件に該当する（違法性の推定）とした後に，諸般の事情を考慮して違法性が軽微であることを理由に可罰的でないとする本判決のような判断とは異なる論理である。

住居侵入罪の保護法益を「居住者の意思（同意）の保護」であるとすれば，居住者の同意なき立ち入り行為は法益衡量による実質的違法性の判断を拒絶してすべて「正当な理由がない」違法行為になるのであろうか。それでは実質的にみて，市民

的自由としての政治的表現（各室玄関前新聞受けへのビラ投入）の自由は、市民のある種のコミュニケーション・ルートから定型的に排除されてしまうことになる。保護法益が「住居の平穩」であるとするならば、「正当な理由」の判断は「優越的利益の原則」に準拠して実質的な法益衡量によってなされなければならない。「正当な理由」判断における実質的な法益衡量に次項の憲法的法益（「優越的地位」を主張しうるビラ投函＝表現の自由）に関する判断が含まなければならないのである。その意味で、本判決が判決文の末尾近くで「傍論」として述べた表現の自由の「優越的地位」論は、構成要件該当性判断の中の「正当な理由」判断に位置づけなおすことによって、主文を決定的に理由付ける「判決理由」たる位置を獲得しうることになるのではなかろうか。

### （3）実質的違法性判断における憲法的法益の衡量論

ビラ配布のような行動を伴う言論に関しては、道路交通や広場利用などの公益との衝突について「言論内容中立的規制」の審査基準（「時・所・方法の規制」の基準、「より制限的でない他の規制手段」＝LRAの基準など）によって調整され、保護されてきた（参照、芦部信喜『憲法 第3版』岩波書店、2002、177頁－178頁）。本件は行動を伴う言論と私益（居住者の意思＝同意の尊重、生活の平穩）の衝突に関して、「正当な理由がない」立ち入り行為として住居侵入罪が適用されるかを判断し、調整するものであるといえよう。しかし、本件の事実在即していえば、商業的宣伝広告ビラ配布に伴う立ち入り行為は不問に付されながら、本件のビラ投函に伴う立ち入り行為のみが詰問され逮捕・起訴に結びついている。すなわち、「7号棟に居住する別の航空自衛官Hは、被告人Aのビラ投函に対して強く詰問し、Aが『甲野団のビラ以外の広告や宣伝のちらしが投函されている事実』を指摘したところ、Hは『イラクへの自衛隊派遣反対とか言ってるようなビラはだめなんだ』と応じビラの回収を求めた」という事実認定に基づくならば、本件の起訴は明らかに「言論内容規制」を理由にした刑事罰の適用のケースといわざるをえないのである。住居侵入罪のような言論内容規制とは無関係な刑事罰の適用によって特定の言論内容を処罰する刑事法の運用は、明治憲法下のように言論内容そのものを処罰することはもはや不可能な現行憲法下において、公安警察が普通の市民警察の顔をして使いたがる常套手段の一つなのである。裁判所は、この問題を事案の正面に引きずり出して、憲法に基づく市民の正当な政治的言論活動を正面から保護する判断を示すべきであると思われる。

少数派市民の政治的言論の乗り物であるビラは、送り手の法益のみでなく受け手

の法益を含むコミュニケーションの自由論によって評価されなければならない。立川宿舍管理権者が、画一的に外部から市民が居住者の各室玄関ドア新聞受けへ投函するビラ配布活動を禁止して非商業的情報＝政治的言論を一切排除することは、民主主義的政治過程において居住者市民の「知る自由」を妨げることを意味するのである。集合住宅における居室玄関ドア前の通路は、商業的情報の宣伝者に劣らず非商業的情報＝政治的言論の伝達者も平等にアクセスできる権利を保障されるべきである。いやむしろ、政治的言論・情報の伝達は「優越的地位」の自由を主張しうる活動であるというべきであろう。私はしかし、政治的言論のビラ配布のための宿舍立ち入り行為が具体的状況を全く無視して抽象的にいかなる場合にも「優越的」自由を保護されるべきだというわけではない。本件判決の事実認定に照らした具体的状況においては、「正当な理由」に関する実質的な法益衡量を行うことによって、本件立ち入り行為は住居侵入罪の（可罰的）構成要件該当性を否定されるべきだというものである。

#### 4 おわりに一本判決の評価

本評釈の立場は、本判決の主文に賛成しながら理由付けを異にするという点で、いわば最高裁判決の場合の「意見」に類似するものである。本判決で何よりも評価すべき点は、政治的表現の自由の「優越的地位」を承認する判断を示したという点である。つまり、①ビラの投函自体は憲法21条1項の保障する政治的表現活動の一態様であるという点、②それが民主主義社会の根幹をなすものであるとした点、③憲法22条1項により保障されると解される営業活動の一類型である商業的宣伝ビラの投函について、種々の商業的宣伝ビラが特に居住者の同意もなく居室玄関ドア前の新聞受けに投函されていることは周知のとおりであるが、そのような商業的宣伝ビラに比して被告人らの反戦ビラにはいわゆる「優越的地位」が認められるという点、の三点が憲法論的に注目すべきものであろう。

本判決の問題点についてはすでに詳論したが、一点だけ繰り返して言えば、本件のビラ入れ行為のみを起訴することは端的に公訴権濫用であるから、公訴棄却にすべきケースであったという点である。本判決は、公訴棄却については（最高裁判決に従う判断ではあるが）針の穴を通るよりも難しい検察官の職権濫用という狭い要件を設けて、ありそうもないようなケースを掲げるが、果たして妥当な判断といえるか、疑問がないわけではない。しかし裁判実務的にいえば、本判決は可罰的違法性論を復権させるような注目に値する無罪判決であり、高裁段階でこれを覆して有

罪とするのはそう容易なことではないと思われる（参照，立川・反戦ビラ弾圧救援会編著『立川反戦ビラ入れ事件 「安心」社会がもたらす言論の不自由』（明石書店，2005. 5）。

（なお，検察官の控訴趣意書（平成17年5月30日）に対して，被告人・弁護団からの答弁書（平成17年8月25日）が提出された。

〔付記〕本稿の校正の終盤において，一審を全部破棄し被告人全員を有罪とする（1名について罰金10万円，2名について各罰金20万円）控訴審判決が出された（2005. 12. 9 東京高裁第3刑事部）ので，若干付記する（朝日新聞2005. 12. 9 夕刊報道など）。判決要旨によれば，一審判決が本件事実の具体的状況を調べて可罰的違法性を否定した論点について，「いわゆる可罰的違法性について」という項目で次のように言う。「表現の自由が尊重されるべきものとしても，そのために他人の権利を侵害してよいことにはならない。本件のビラの投函行為は，自衛官に対しイラク派遣命令を拒否するよう促す，いわゆる自衛官工作の意味を持つものであることは，ビラの文面からも明らかであるが，ビラによる政治的意見の表明が言論の自由により保障されるとしても，これを投函するために，管理権者の意思に反して邸宅，建造物等に立ち入ってよいということにはならないのである。」本稿の「事実」に摘示した被告人ら投函のビラの内容のどこが，「自衛官に対してイラク派遣命令を拒否するよう促す，いわゆる自衛官工作の意味を持つものである」という客観的評価を与えられるのか，きわめて疑問であるといわなければならない。裁判所（刑事部）はいつから警視庁公安部のような公安警察（現代の思想警察）の役割を果たすようになったのであろうか。居住者も管理権者も営業的広告ビラの投函行為は野放しにしておきながら，自衛隊のイラク派兵に反対する内容の市民のビラ投函行為のみをターゲットにして警察に通報・逮捕させ，公安警察がビラの内容と市民団体の活動について取調べを行うというのは，言論に伴う行動（言論内容中立的な，その時・所・態様）の規制にかかわるものというよりも，ある特定の言論内容そのものの禁圧を意味するものにほかならない。公安警察が非言論規制的刑事罰を使って言論の処罰を行う現代型治安の取締りのあり方に対して，市民に最も簡便な方法での表現活動の自由を保障する観点から，司法的にチェックするのが裁判所に要請される役割であり，また使命でもある。私は，本控訴審判決に関与した高裁裁判官の公安志向に対して慨嘆するとともに，進行中の法科大学院による法曹養成教育の使命の重要性を痛切に感じる次第である。（2005. 12. 10付記）