

法から事実を見るのか？

事実から法を見るのか？

事件を見る視点と思考スタイル

大 村 賢 三*

目 次

- 1 はじめに
- 2 新潟県少女監禁事件の概要・経過
- 3 裁判の経過・争点
- 4 この事件から学ぶこと
- 5 あるべき思考スタイルとは？
- 6 人間味のある判断
- 7 「事実を動かす嘘」も「見て見ぬふり」も出来ないときは、
どうするか？
- 8 法以前の正しい解決の直観
- 9 現在、係争中の事件
- 10 おわりに

1 はじめに

法律上の紛争（事件）の解決に当たって、具体的な『紛争の事実・内容』とそれに関係する『法律の解釈・適用』とは、それぞれどのような関係にあるのか？¹⁾

筆者は、行政の世界で長く仕事をしてきたが、行政不服審査制度の一つである、公務員の公務・通勤災害の認定を巡る行政不服審査の裁決を起案する仕事に従事している際、ふと、上記のような疑問を持つに至った。

* おおむら・けんぞう 立命館大学大学院公務研究科教授

1) 本稿は、筆者が明治大学の法科大学院で行った講義内容を加筆したもの。

法から事実を見るのか？事実から法を見るのか？（大村）

この問題意識について、「新潟県少女監禁事件」「水俣病・川本輝夫事件」「立川反戦ピラ入れ事件」「政党機関紙配布事件（目黒社会保険事務所職員）」など、いくつかの裁判事例を取り上げて、具体的に、論じてみたい。

2 新潟県少女監禁事件の概要・経過

被告は、平成元年6月に、女子小学生に対する強制わいせつで、懲役1年・執行猶予3年を受けていた。本件事件は、その猶予期間中に起きた。平成2年11月、被告（28歳）は、下校途中の少女A（9歳、4年生）をナイフで脅迫し、車のトランクに押し込めて、自宅の2階に連れ込んで監禁し、ナイフやスタンガンで脅し、9年2ヶ月の長きにわたって、継続的に脅迫・暴行を加えて、筋力低下・骨量減少等の傷害を負わせた〔本件第一の犯行〕。

また、被告は、平成10年10月、A用に下着キャミソール（2,464円）を店頭で万引きした〔本件第二の犯行〕。

この事件は、平成12年1月、犯行が発覚し、日本中を驚かせ、その時の警察の幹部の対応など、様々な波紋を及ぼした。

当初の起訴の時点では、〔本件第二の犯行〕は、まだ発覚していなかった。担当検事は、9年以上の長期にわたる少女の監禁という異常な事件に対して、10年以下の懲役の逮捕監禁致傷罪でしか罪を問えないことに、納得ができず、執念で起訴後も他の犯行を探していたところ、〔本件第二の犯行〕の事実を確認して追起訴した。

この時の担当検事の執念の捜査について、「ドキュメント検察官」²⁾の中で、次のように書かれている。

「苦肉の余罪捜査 新潟地検の検事，和久本圭介（43歳）は，ホームセン

2) 「ドキュメント検察官」（読売新聞社会部，中公新書，2006年）281頁。

ターのコンピューターの記録を見て、『これで追起訴できる』と思った。2000年6月上旬のことだ。

新潟県で同年1月、明るみに出た女性監禁事件。9歳から19歳まで9年2ヶ月間も監禁した前代未聞の事件で、同地検が加害者の男(42歳)を未成年者略取、逮捕監禁傷害罪で起訴して3ヶ月が過ぎ、公判も始まっていた。しかし、この罪だけでは最長でも懲役10年しか科せられない。それでは女性が監禁された期間と大差がない。上司から『ほかに起訴できる事件はないか』と聞かれるまでもなく、和久本自身も『起訴できるものはすべて起訴する』との思いで、男の調べを進めていた。

男は、女性に着せる衣類などをホームセンターで万引きしたことを自供していた。だが、万引きは通常、現行犯で摘発される。男の場合、その回数あまりに多すぎて、一件一件の犯行の日時と場所を特定するのが難しかった。過去の万引き被害を問い合わせても、被害すら把握していない店舗がほとんどだった。

捜査に焦りが出始めたころ、『1回だけ万引きをした店がある』と男が供述していた店が特定できた。オープンして数年の新しい店だった。和久本は自ら店に足を運び、協力を求めた。店には幸い、男が盗んだキャミソール4枚(約2千4百円分)の仕入れ記録が残っており、被害が確認できた。

和久本は、同年6月26日、窃盗罪で男を追起訴した。それは、起訴分と併せると、懲役15年まで求刑できることを意味した。

.....

女性にとって、監禁された9年2ヶ月は心身の成長に重要な時期で、人生そのものを奪われたに等しい。『罪の重さに見合った量刑を』と考えてきた和久本は、今でも『もっと重い罪はなかったのか』と自問することがあるという。」

～新潟県少女監禁事件～

事件の概要

平成元年6月	女子小学生に対する強制わいせつ 懲役1年・執行猶予3年
平成2年11月	下校途中の少女A(9歳)をナイフで脅迫

法から事実を見るのか？事実から法を見るのか？（大村）

車で自宅の2階に監禁（犯人28歳）

継続的に脅迫・暴行。筋力低下・骨量減少

〔本件第一の犯行〕

平成10年10月

A用に下着（2,464円）を店頭で万引き

〔本件第二の犯行〕

平成12年1月

犯行発覚（9年2ヶ月後）

裁判の争点

〔第一の犯行〕

未成年者略取罪

略取行為と逮捕監禁は、一個の行為が同時に数

逮捕監禁致傷罪

個の罪名に触れる観念的競合（刑法54条）の關係にあり、重い逮捕監禁致傷罪の刑で処断

〔第二の犯行〕

窃盗罪

併合罪 (刑法45&47条)	{	未成年者略取罪（刑法224条：3月以上5年以下の懲役）
		逮捕監禁致傷罪（刑法220条&221条：10年以下の懲役）
		窃盗罪（刑法235条：10年以下の懲役）

なお、本件で問題となった逮捕監禁致傷罪の法定刑は、その後の法改正で引き上げられている。この事件も、一つの教訓となったものと思われる。

3 裁判の経過・争点

この事件では、事実関係については、争いはない。

併合罪は、重い罪の長期の刑の1.5倍に加重することができる（刑法47条）。〔第一の犯行〕の未成年者略取罪と逮捕監禁致傷罪は、1個の行為で2個の罪名に触れる観念的競合となるため、重い逮捕監禁致傷罪によって処断される。

争点は、〔第一の犯行〕の逮捕監禁致傷罪（3月以上10年以下の懲役）

と〔第二の犯行〕の窃盗罪(10年以下の懲役)との併合罪が成立するとき、その量刑は、如何にあるべきかが問題となった。

検察官は、「刑法47条は、併合罪を構成する個別の罪について暫定的にせよ刑の量定を行うことなく、併合罪を構成する各罪全体について包括的に1個の処断刑の枠を決め、その処断刑によって併合罪を構成する各罪を一体として評価し、統一的な刑の量定を行うこととする趣旨の規定である。」として、〔第一の犯行〕の刑の1.5倍の15年を求刑した。

これに対して、被告の弁護士は、軽微な窃盗事件で、5年も刑を上乗せするのはおかしいと主張していた。

新潟地裁³⁾の裁判官は、「窃盗の犯行は、その犯行態様が同種の事案と比べても、非常に悪質とまではいえず、またその被害額が比較的少額であり、しかもその犯行後被害弁償がなされ、その被害者の財産的な被害は回復されて実害がない等の事情」があることは認めつつも、「本件の処断刑になる逮捕監禁致傷罪の犯情には特段に重いものがあるといわざるを得ず、その犯情に照らして罪刑の均衡を考慮すると、被告人に対しては、逮捕監禁致傷罪の法定刑の範囲内では到底その適正妥当な量刑を行うことができないものと思料し、同罪の刑に法定の併合罪加重をした刑期の範囲内で被告人を主文掲記の刑に処することにした」と述べ、検察官の主張をほぼ認めて、懲役14年の刑を言い渡した。新潟地裁の裁判官は、「併合罪関係にある各罪ごとの犯情から導かれるその刑量を単に合算させて処断刑を決するのではなく、その各罪を総合した全体的な犯情を考慮してその量刑処断すべき刑を決定すべきものと」した。

ところが、東京高裁⁴⁾の裁判官は、「併合罪全体に対する刑を量定するに当たっては、併合罪中の最も重い罪につき定めた法定刑の長期を1.5倍の限度で超えることはできるが、同法57条による再犯加重の場合とは異なり、併合罪を構成する個別の罪について、その法定刑を超える趣旨のもの

3) 新潟地判平成14年1月22日判時1780号150項。

4) 東京高判14年12月10日判時1812号152項。

とすることは許されない……これを具体的に説明すると、……例えば、逮捕監禁致傷罪につき懲役9年、窃盗罪につき懲役7年と評価して全体について懲役15年に処することはできるが、逮捕監禁致傷罪につき懲役14年、窃盗罪につき懲役2年と評価して全体として懲役15年に処することは許されず、逮捕監禁致傷罪については最長でも懲役10年の限度で評価しなければならない」として、懲役11年を言い渡した。逮捕監禁致傷罪と窃盗罪それぞれの犯行の量刑を考えた上で合算すべきもので、本件の場合、併合罪であることを理由に、逮捕監禁致傷罪で10年を超える刑に処することはできず、また、窃盗罪は、A用に下着（2,464円）を店頭で万引きしたもので、この程度の犯罪で4年の懲役を加算するのは、法制度上許されないと考えたようである。

最高裁⁵⁾では、この併合罪の考え方について、地裁の結論を支持して、破棄自判して14年を言い渡した。「刑法47条は、併合罪のうち2個以上の罪について有期の懲役又は禁錮に処するときは、同条が定めるところに従って併合罪を構成する各罪全体に対する統一刑を処断刑として形成し、修正された法定刑ともいうべきこの処断刑の範囲内で、併合罪を構成する各罪全体に対する具体的な刑を決することとした規定であり、処断刑の範囲内で具体的な刑を決するに当たり、併合罪の構成単位である各罪についてあらかじめ個別的な量刑判断を行った上これを合算するようなことは、法律上予定されていないものと解するのが相当である。」と述べている。

4 この事件から学ぶこと

併合罪について、重い罪の長期の刑の1.5倍に加重することが可能となっている。争点は、次の点であった。

A案 併合罪関係にある各犯罪を総合した「全体的な犯情」を考慮して、

5) 最一判平成15年7月10日刑集57巻7号903項。

重い罪の刑の1.5倍の範囲内で処断刑を決定するのか。

B案 併合罪関係にある「各罪ごとの犯情」から導かれるその刑量を合算して処断刑を決定するのか。

刑法47条の併合罪加重について、今回のような争点が問題となったのは、初めてであったようである。前例のない問題に直面したときに、法(条文・解説書)の中に答えを探すのか、事実を見つめる心・良心に尋ねるのか。

ここで、法から事実を見るのか、事実から法を見るのが、問題となってくる。

この事件の判断を通じて現れた新潟地裁と東京高裁の裁判官の「思考スタイル」は、好対照をなしている。具体的には、次のような点がまさに対立点となった。

『事件の事実・内容』と『法律の解釈・適用』の関係について、

法は、法としての客観性・普遍性をもっており、それを解釈、適用して、個々の事件を裁き、解決するのか。それとも、

法は、個々の事件を、社会正義の観点から、裁き解決するために、それに適した解釈をして、適用するのか。

また、「正義」という観点から、

逮捕監禁致傷罪に軽微な窃盗罪を追加し、併合罪加重して、刑の上限を懲役15年とすることが正義に反しないか。

懲役15年が刑の上限となるとしても、軽微な窃盗罪(これ単独では、通常は、実刑に至らない)の追加によって、4年の量刑を加重することは、正義に反しないか。

新潟地裁の裁判官は、事件の具体的な内容をみて、その事件の解決に適った判断・結論を決め、その結論に至る法(条文)の解釈、適用を考える。この事件に相応しい量刑を言い渡すためには、どのような法解釈をとるのが良いかという思考スタイルをとっている。(事実の認定 結論法の解釈・適用)

読売新聞（2009年11月26日）は、「罪と罰」という記事の中で、この事件の新潟地裁の裁判長を務めた榊五十雄氏（65）について、「……榊氏は証拠提出された被害者の調書と写真が忘れられない。監禁の後遺症で女性の体は歩けないほど衰弱していた。逮捕監禁致傷罪の法定刑の上限は、当時、懲役10年だったが、『それでは到底償いきれない。この罪に対し、10年以下の刑では誰も納得しない』と思った。……『併合罪の規定が許す限り、罪の大きさに見合った量刑をする』。そう心に決めた榊氏が、2人の陪席裁判官と合議の末にたどり着いたのが、懲役14年の判決だった。……『事件に即した納得できる刑を決める作業は、人間にしかできない。コンピューターでは無理なのです』……」と報道している。この記事の中で、「そう心に決めた」という部分に、まさに、法に頼るのではなく、法に答えを求めるのではなく、人間の心で何が正しいかを決めるという姿勢が窺える。

「ドキュメント裁判官」⁶⁾には、次のような記述がある。

「法の想定超えた監禁 繰り返し目を通してきた判決文なのに、裁判長・榊五十雄（57歳）は、こみあげるものに耐えきれず、しばしば朗読の声を止めた。2002年1月22日午後、新潟地裁第一号法廷。『被害者の少女は暴行を受けても、被告人が怒ることを恐れて声も出せなかった。暴行で目も開けられないほど顔が腫れ、それが引くのに一ヶ月以上もかかることがあった』……」

他方、東京高裁の裁判官は、事件の内容に照らして、適用すべき法（条文）とその解釈（通説・判例）を考え、それに事件の具体的な事実を当てはめて、判断・結論を出す。一般論として、この事件に適用する法の解釈は如何にあるべきかという思考スタイルをとっている。（事実の認定 法の解釈・適用 結論）

東京高裁の裁判官も、刑法の関係条文のあるべき解釈をして、この事件

6) 「ドキュメント裁判官」（読売新聞社会部，中公新書，2002年）41頁。

に適用して出した結論に、何か一抹の不安(本件のような卑劣極まりない事件に、このような軽い量刑で良いのか?)を感じたのであろうか、次のような一文を判決に加えている。

「なお、原判決は、本件逮捕監禁致傷罪の『犯情に照らして罪刑の均衡を考慮すると、被告人に対しては、逮捕監禁致傷罪の法定刑の範囲内では到底その適正妥当な量刑を行うことができない』とするが、そのような状況にあるのは、本件逮捕監禁致傷罪が法の予想するものを超えて著しく重大で深刻なものであることによるのである。本件のような犯行が生じ得ることを前提としたときに、国民の健全な法感情からして、逮捕監禁致傷罪の法定刑の上限が懲役10年では軽すぎるとすれば、将来に向けて法律を改正するほかない。」

道理・正義にかなった結論よりも法の概念・解釈の正統性を重視した結果、「量刑に文句があるなら国会に言え!」という訳である。国民が求めているのは、道理・正義にかなった結論であって、そこに至る過程や判断の善し悪しではない。これでは、裁判所に、正義の実現の意思はなく、門前払いに等しい。

被告の弁護士から、そもそも、この事件の性格から、逮捕監禁致傷罪の上限の懲役10年の刑は、しかたがないとしても、それを上回る刑は、いったいどこから来るのかと問われている。これに対して、新潟地裁の裁判官が、約2千4百円分の万引きを勘案して、懲役4年を加重したというのがおかしいというのであれば、東京高裁の裁判官が、懲役1年を加重したのも、この犯罪単独では、通常、実刑にならないことを考えると、どこか徹底していない。

最高裁は、地裁と高裁の量刑判断にそれぞれの苦悩が表れているこの事件について、新潟地裁の量刑判断を支持した。

本件の窃盗事件を、それだけ取り出して単独で見のではなく、この極めて悪質な事件の中において窃盗事件が果たしている役割に着目すると、

この犯罪の全体像の顔が見えてくる。そして、法から事実を見るのではなく、事実は如何なる正義を求めているかという心がなければ、最高裁が支持したような結論は得られない。

この点について、判例時報⁷⁾では、次のように解説されている。

「上告審判決は、本件窃盗罪を軽視し得ない実質をもった犯罪と評価しているものと思われる。そうした厳しい評価は、この下着窃盗が被害女性の監禁を続けるための手段として犯されたものであって、通常の万引事案とは同列に論じ得ないこと、被告人は、長期間にわたり同様の目的で類似の窃盗行為を反復していたもので、常習性が顕著に認められること等の事情と関連しているものといえよう。なお、窃盗行為の常習性については、一審、二審判決でも言及されている……このような厳しい評価からすると、本件窃盗罪を起訴した結果として処断刑の上限が懲役15年になることは、何ら正義に反しないということになるであろう。」

5 あるべき思考スタイルとは？

上記の例から、二つの思考スタイルが明らかとなる。一つは、個別の事件とは別に、画一的・客観的な法の解釈が存在しており、それに厳格に拘束されるべきという立場である。この立場では、具体的な事件に係る法の「要件」を確定し、事件の事実をその要件に当てはめると、「結論」が出てくる。結論がその事件に妥当であるかどうか、仮に疑問が残っても、法がそうなっているのだからやむをえない。それを改めるには、立法によるほかにないと考える。いわば、結論の具体的妥当性よりもそこに至る法的安定性を重んじる。

もう一方は、個別の事件に即して、自由に法の解釈を発見すべきという立場である。事件の具体的な事実関係の中から、それに即した具体的な社

7) 判例時報1836号，43項。

会的正義を見出そうと努め、得られた結論を、法によって理由付けして正当化する。いわば、結論を理由付けるため、それに適合するように、法を解釈によって運用していく。法は、立法者の意図を離れて、状況に応じて～事案の具体的な妥当性のために～様々な解釈・運用がなされていくこととなる。

ただし、以上のいずれの立場をとっても、判決文では、あたかも認定事実、画一的・客観的に法を適用して、自動的ないし必然的にその結論が得られたかのように、三段論法で記述されている。だから、いずれの判断過程を経たのか容易には分からない。

裁判の究極の目的は、道理にかなった事件の解決による社会正義の実現にあるのではないか。問題は、その結論(社会正義)は、法から演繹的に導かれるのか。裁判官の自由な心の作用ないし全人格的な判断を通じて、その具体的な事実・内容の中から見いだされるべきものなのか。

東京高裁の判決では、併合罪の場合の刑の定め方は、如何に考えるべきかと、刑法の「概念」と「解釈」について、かなり詳細な検討を行っている。刑法の併合罪の規定は、このように解釈すべきであると述べた後、あるべき刑を決定している。

しかし、法的論争といえども、人間社会に起こる様々な事象を、人間が生み出した法をもとに、その正否を争うもので、人間の頭の中を離れた客観的な結論・物差・正義(道理にかなうこと)があるわけではない。

そうなると、個別の事件ごとに、事実認定 価値・正義判断 法による理由付けというプロセスを経ることが、人間社会の道理にかなった解決を生み出すために必要となるのではないか。その際、法の解釈は、人間社会の具体的な事象をどのように処理するのが妥当かという価値判断、そこには、時には、政策的な考慮や社会的な影響への配慮も入り込む。

法は、多様な解釈が可能であるとすると、それぞれの事件にあわせて「妥当な解釈」を求めることとなる。加えて、人間の価値・正義は、社会状況の変化や時代の推移によって絶えず動いているので、いつも結論が不

変という訳ではない。だから、個別の事件が起きると、その都度、判断していかなければならない。

個々の事実・事件に適した解決、道理にかなった結論を得るために、何とかできないものか。そのために、法の解釈・適用は如何にあるべきか。このような思考スタイルをとることによって、始めて創造的な解釈や運用の必要性が生まれてくる。法をみて事実を判断するという、法は如何に解釈すべきかを先行させ、法に正義を語らせようとする思考スタイルをとる限り、創造的なブレイクスルーは生まれない。

このように考えてくると、紛争・事件の事実を、法を抜きにして（法による解決を考える前に）、人間の心・情でみて、事件のあるべき姿を考えることの重要性が浮かび上がってくる。法の素人の国民が裁判に参加すること、裁判員制度の意義も、ここにあるのではないか。そのためには、裁判員が、（裁判官の助言によって）法に振り回されないように、法の条文の中に絶対的な答え～真理～はない。何が正義かは法の中にはない。一人ひとりの心の中にあることを、参加する裁判員に徹底しておくことが必要となる。

これまで、議論してきた思考スタイルについて、裁判実務に携わりながら、この問題を考え研究した中村治朗裁判官は、「裁判の客観性をめぐって」⁸⁾の中で、次のように述べている。（下線は筆者。……は省略した部分があることを示す）

【裁判における法創造の現実の姿】

「私たち（裁判官）⁹⁾が、事件に直面した場合、何よりもまず、その事件の妥当な解決は何か、ということを考える。それは、机上における抽象的な思考としての正しい結論ではなく、血あり肉ある個別的、具体的な事実

8) 「裁判の客観性をめぐって」(有斐閣、1970年)121項。

中村治朗裁判官は、この著作の執筆当時は、東京地裁の裁判官。その後、東京高裁の判事部総括から最高裁の裁判官となる。

9) ()は筆者が付記。

関係のインパクトの下における正しい法的解決という目的に向けられている。その場合、その具体的な事案は、わたしたちの中にある直観的な評価反応を生ぜしめ、いわば法以前の状態の下での妥当な結論の方向を示唆する。

わたしたちは、このようなリアクションを、既存の法規や法原理や法理論というような法材料を用いて反省的に吟味し、その示唆された結論が法的に正当づけられるかどうかを検証する。その結果が合致すれば、決定が容易であるが、そこに食い違いがあると、さきのいわば直観的な評価に誤りがないかどうか、考え足りない点がないかどうかを吟味しなおす一方、法的な正当づけに用いた法的原理や理論自体に再検討を加える。

このような、いわば法以前の正しい解決の直観 法的理由づけの可能性の検討 さきの直観的解決についての反省的吟味 法的理由づけに用いられる法規範命題そのものの再検討、という思考の循環とその複雑なからみあいの中から、一方において、その事件の結論が、他方において、法の解釈という形における一定の法規範命題が、その姿をあらわしてくる。……そうした過程の中から、裁判における法の創造が生ずるのである。」

中村治朗裁判官は、「法以前の状態の下での妥当な結論」の大切さを指摘している。法に頼らずに判断するとなると、自分の「心」に聞いてみるしかない。

現在、法学部や法科大学院では、具体的な紛争事件の処理は、事件から法律上の問題点を抽出して、それに法律を解釈・適用して、解決策たる結論を得るという方法を教えている。事実を分析して論点を抽出し、法律の通説的な解釈を用いて、論理一貫した論述を展開すると、その先に求める正義の「結論」があるとして、その能力を磨いている。

しかし、新潟県少女監禁事件の一連の顛末や中村治朗裁判官の指摘からは、それだけでは、不十分であることが分かる。

法学部も法科大学院も「法以前の正しい解決の直観」をみがくこととの大切さを教えるべきではないか。また、

望ましい結論に向けて、自分で判断ルートを見いだす知恵(思考ス

タイル）を身に付けさせるべきではないか。

「法的理由づけに用いる法規範命題」の検討のみに、時間を費やしているのは、「直観」をみがくことは難しい。人としての情、思いやり、他者への共感など、特に「目に見えない」ものを感じ取る感性が必要となる。「目に見えないものを感じ取る？ そんな馬鹿な！」と言われるが、「直観」は目に見えず、言葉で表現するのも難しい。数字や形で表せるものに至上の価値を置く現代の競争社会では、これを身に付けることがますます困難となっている。

また、中村治朗裁判官は、「思考の循環とその複雑なからみあい」の中から、求める結論が出てくると述べている。法的な理由は後付でしかない。後付の法的な理由付け（判断ルート）は必ずしも一つに限られる訳ではない、複数ありうる。望ましい結論に至るために、既存（判例・通説）の判断ルートを選ぶか、既存ルートでは到達できないときは、新しく開拓するという姿勢が大切である。どのルートを取るかによって重視する事実の見方も異なる。

法で、何が許されるか許されないかなどと、世の中の事象を見るのではなく。法を抜きにして、人間として正しい行いか否かをまず考えることが大切であろう。

その望ましい解決のために、如何に法を解釈すれば、法的に正統性を裏付けることが出来るか、という思考スタイルが、何よりも重視されなければならない。

公務員は、法律による行政、法曹は、法律による裁判。いずれも「法」というものを使用して、仕事をしている。法を使う行政官・法曹になるか、法に使われる行政官・法曹になるか。どのような思考スタイルを身に付けるかが分かれ目であろう。熟練した高裁の裁判官でも、知らず知らずのうちに、法の概念・解釈論争に陥っていることをみると、簡単なことではない。

6 人間味のある判断

心で判断するとなると、どうしても、良かれ悪しかれ、人間味が出てくる。人間味のある裁判について、大正時代に書かれた末弘巖太郎の「嘘の効用」¹⁰⁾に、次のような記述がある。(下線は筆者。……は省略した部分があることを示す)

【嘘の効用】

「今日われわれの世の中に行われている裁判がとかく人情に適しないとか、人間味を欠いているとか、または裁判官が没常識だとか、化石しているとかいうような小言を耳にするたびに、われわれは大岡裁判を思い起こします。そうしてああいう人間味のある裁判がほしいと考えます。……

当時の法律は、いかにも厳格な動きのとれないやかましいものであった。……しかも当時の裁判官はお上の命令であるところの法律をみだりに伸縮して取り扱うことはできぬ。法律は動くべからざるもの、動かすべからざるものであった。……しからばどうしてそれをやりえたか。その方法は「嘘」です。……大岡越前守は「事実」を動かすことを考えたのです。ある「事実」があったということになれば「法律上」必ずこれを罰せねばならぬ。さらばといて罰すれば人情にはずれる。その際裁判官の採りうべき唯一の手段は「嘘」です。あつた「事実」をなかつたといひ、なかつた「事実」をあつたというよりほかに方法はないのです。……

またわれわれは、徳川時代の御目付役は「見て見ぬふりをする」をもって大切な心得としていたということを聞きます。合理的にやかましくいえば、いやしくも犯罪を発見した以上、御目付役としてはすべてこれを起訴せねばならぬわけですが、ところが、それを一々起訴すればかえって世人は承知しない。その結果「見て見ぬふりをする」すなわち「嘘をつく」をもって御目付役の美德(?)とされていたものです。ところがこの同じ事はひとり旧幕時代のみに限らず明治、大正の世の中にも行われている。……学者の多数はいわゆる「便宜主義」と称して、犯罪を起訴するや否や

10) 末弘巖太郎「嘘の効用」(日本評論社、1992年)8頁。

は検事の自由裁量に一任されているものだと主張し、司法官もまたその考えを実行していたのです。「便宜主義」と名を付ければいかにもいかめしくなるが、実をいうと御目付役の見て「見ぬふりをする」のと同じことです。ところがこんどの新刑事訴訟法第279条¹¹⁾ではついにこれを法文の上に現わして「犯人ノ性格、年齢及境遇並犯罪ノ情状及犯罪後ノ情況ニ因リ訴追ヲ必要トセザルトキハ公訴ヲ提起セザルコトヲ得」と規定するに至った。いわば「嘘」を公認した代りに「嘘つき」の規準を作り、その結果「嘘からまこと」ができたわけなのです。……」

現代は、裁判でも行政でも公開の時代。あった「事実」をなかったといい、なかった「事実」をあったという「嘘」をつくことはできない。また、「見て見ぬふりをする」ということも難しい。しかし、道理にかなった裁判を行う必要性は、今も昔も変わらない。法に使われずに、事実とどう向き合うか。その一例として、水俣病の被害者の代表として、長い間、加害企業のチッソと闘ってきた川本輝夫事件を見てみよう。

7 「事実を動かす嘘」も「見て見ぬふり」も 出来ないときは、どうするか？

川本事件の概要・経過

水俣病事件は、水俣市のチッソ工場の排水に含まれていた有機水銀で汚染された魚介類を食べた住民が発病。環境汚染と食物連鎖による間接的な中毒事件。手足のしびれや機能障害、視野狭窄などの神経疾患を引き起こした事件。

長い間加害企業が確定せず、水俣病（奇病）の発生の公式確認から、12年を経て、ようやくチッソの工場の廃液が原因であることが明らかとなった。

被害者の一人である川本輝夫が、他の被害者らとともに、チッソの本社

11) 現行の刑事訴訟法では248条。

に赴いて直接交渉をするため面会を求めるなどした際に、チッソの従業員と衝突、小競り合いがあり、川本輝夫が、チッソの従業員に負傷させたとして、1972年12月、起訴された。この事件では、双方に多数の負傷者ができているが、チッソ側は起訴されていない。チッソ側の負傷は、控訴審の認定によると「被害者の傷は日常生活において看過し得る程度のものでなく、暴行の態様も顔を殴つたり、腕に咬みつくなど身体に対する直接の攻撃であつて、軽視し難い面を有していることは確かであり、A(チッソ¹²⁾)の従業員であるからといって被害者がこれらを甘受しなければならない理由はない。」という程度のものであった。

当時、加害企業は明らかとなっていたが、企業側は、刑事事件で起訴はされておらず、被害者側の川本輝夫が傷害罪で起訴されていた。その後、被害者側が告訴して、1976年5月、元チッソ社長・元チッソ水保工場長が、患者を死亡させ、傷害を与えたとして、業務上過失致死傷害罪で起訴されるという経過を辿っている。

このような経過の事件について、東京地裁¹³⁾の裁判官は、検察側が懲役1年6月を求刑したのに対し、事件の事実に、刑法を適用して、罰金5万円、1年間の執行猶予を言い渡した。明らかな傷害の事実がある以上、「事実を動かす嘘」も「見て見ぬふり」も出来なかったのであろう。この地裁の判決は、罰金刑でしかも少額であるにもかかわらず、めずらしく、執行猶予を付けている。地裁の裁判官に、何か割り切れない気持ちがあったことが窺える。

これに対して、東京高裁¹⁴⁾は、次のような判決を言い渡している。この判決では、「法律の解釈・適用」によって、この事件を裁こうという姿勢がまったく見られない、優れた名文の内容となっている。いったい何によって裁いたのか？

12) ()は筆者が付記。以下同様。

13) 東京地裁1975年1月31日

14) 東京高裁1977年6月14日

「水俣病の被害は公害史上最大のものといわれ、今なお、多くの者が有効な治療法が見出せない状況のもとで、病苦に身を苛まれている。この悲惨さに対するとき、我々は語るべき言葉を持たない。胎児性水俣病患者の仕草の一つ、四肢を硬直させ痙れん発作を起こした患者の姿は水俣病のすべてを物語っているとさえいよう。公害は、民事判決も指摘しているように、一方的に惹起され、一方的に被害を与えるものであり、しかも土地を離れないかぎり逃れるすべがないばかりか、しらすしらすのうちに身体がおかされ、原因が明らかにされた時にはすでに手遅れの場合もある。そして、被害は多数の住民に及び地域全体に深刻な影響を与えるとともに家族全員が犠牲になることも少なくない。……

水俣病の前に水俣病はないといわれ、その原因究明に年月を要した水俣病であるが、はたしてこれを防ぐ手だてはなかつたであろうか。……熊本研究班による地道にして科学的な原因究明が行われた経過の中で、熊本県警察本部も熊本地方検察庁検察官もその気がありさえすれば、水産資源保護法、同法等に基づいて定められた熊本県漁業調整規則、工場排水等の規制に関する法律、漁業法、食品衛生法等弁護士が引用する各種の取締法令を発動することによつて、加害者を処罰するとともに被害を防止することができたであろうと考えられるのに、何らそのような措置に出た事績がみられないのは、まことに残念であり、行政、検察の怠慢として非難されてもやむを得ないし、この意味において、国、県は水俣病に対して一半の責任があるといつても過言ではない¹⁵⁾。……被害民の立場からすれば、A（チッソ）と異なる意味で国家もまた加害者であるといえよう。……

本件の各事実については、原判決も指摘するように、被害者の傷は日常生活において看過し得る程度のものでなく、暴行の態様も顔を殴つたり、腕に咬みつくなど身体に対する直接の攻撃であつて、軽視し難い面を有していることは確かであり、Aの従業員であるからといつて被害者がこれらを甘受しなければならない理由はない。しかしながら、これらの暴行は、補償の手がかりをつかもうとして必死に面会を要求する者とこれを阻止しようとした者との間で生じた出来事であつて、個人的に被害者に遺恨をも

15) その後、国と熊本県が規制権限を行使しなかったことが、2004年、最高裁によって、不作為の違法と認定された。（水俣病関西訴訟：国家賠償訴訟）

つて行つたものではない。被告人の行為を、水俣病に苦しむ多くの患者と
りわけ物言わぬあるいは物言えぬ患者の抗議であると思えば、被告人に対
する感情の何程かは減じるのではあるまいか。……

自主交渉の過程におけるトラブルでは、A側のみならず被告人ら患者及
び支援者にも多数の負傷者が出たことは前に述べたとおりであり、とりわ
けA工場の事件は、面会の約束をとりつけて赴いた被告人や報道陣に対し、
多数の従業員が有無をいわず力を振うという非常識なもので、当時各方
面から非難が寄せられたことは周知のとおりである。そして、この事件に
ついては不起訴処分がなされた。結局、これらを通して訴追されたのは患
者側だけだったわけである。……

ただ、どちらの側にも理由のある行為によつて生じた事件で双方に負傷
者が出ていること、そして片方は全然訴追されていないという事実は、も
う一方の訴追にあつて当然考慮すべき事情であると考えるのである。

このように本件事件をみまると、被告人に対する訴追はいかにも偏頗、
不公平であり、これを是認することは法的正義に著しく反するというべ
きである……。

当代の検察権は、すべからく時代のすう勢を達観し何が重要で、何が重
要でないか、活眼を開いてその指向すべき方向を見定め、常に清新にして
澆らつ真に国民の希求する検察の遂行を期することこそ肝要である。決し
て弱い者いじめに墮することがあつてはならないのである。……

検察官は、原審の最終意見において被告人に懲役1年6月を求刑し、原
判決は、公訴権濫用の主張は排斥したものの、被告人を罰金5万円に処す
るとともに一年間右刑の執行を猶予すべきものとした。……

当裁判所は、百尺竿頭一步を進め、本件は公訴を棄却することによつて
結着をつけるべきものと判断するのである。」

この高裁の判決では、警察と検察は、「すべからく時代のすう勢を達観
し何が重要で、何が重要でないか、活眼を開いてその指向すべき方向を見
定め、常に清新にして澆らつ真に国民の希求する検察の遂行を期すること
こそ肝要である。決して弱い者いじめに墮することがあつてはならない」
と強い語調で述べた後、地裁の判断を、百尺竿頭一步を進め、検察の公訴

自体を不当とした。

「百尺竿頭に一步を進む」とは、禅の言葉で、法律用語ではない。この判決には、法を超越して事件の解決を図ろうという裁判官の良心、心意氣が窺える。通常では、考えられない勇氣ある判断・決断というほかない。

これを受けた最高裁¹⁶⁾は、小法廷の5人の裁判官の意見が分かれた。そうであろう、「百尺竿頭に一步を進めて無罪」という判決は、前代未聞で、これを最高裁は是認できるのか？

2人の裁判官は、「被告人を訴訟手続から解放することは、本件のような場合における暴力の行使を容認するものなるやに誤解されるおそれなしとせず、私のとうてい賛同することのできない」「公訴の提起は、それが手続法規に従つて適法、適式にされた以上、つねに有効」などと反対意見を述べたが、道理になかった東京高裁の判断を覆すには至らず、結局、川本被告は、無罪（1980年12月）となった。

多数意見¹⁷⁾は、「……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場合に限られる。……本件についてみるのに、……犯行そのものの態様はかならずしも軽微なものとはいえないのであつて、……したがつて、本件公訴を棄却すべきものとした原審の判断は失当……」としたが、「しかしながら、……本件のきわめて特異な背景事情に加えて、犯行から今日まですでに長期間が経過し、その間、被告人を含む患者らとA株式会社との間に水俣病被害の補償について全面的な協定が成立して双方の間の紛争は終了し、本件の被害者らにおいても今なお処罰を求める意思を有しているとは思われないこと、また、被告人が右公害によつて父親を失い自らも健康を損なう結果を被つていることなどをかれこれ考え合わせると、原判決を破棄して第一審判決の執行猶予付きの罰金刑を復活させなければ著しく正義に反することになるとは

16) 最高裁第一小法廷1980年12月17日

17) 中村治朗裁判官，刑事法学が専門の団藤重光裁判官を含む。

考えられず、いまだ刑法411条(破棄の判決)を適用すべきものとは認められない。」としている。

傷害事件があり、その内容が軽微でない以上、職責を全うして起訴した検察官の行為を不当と言うのは可哀想ではないか。しかし、地裁判決のように罰金刑に処するのは忍びない……かれこれ考え……と呟きながら、この最高裁の判決は、高裁の判断は失当であるが、地裁の判断を復活させることは適当でないと、なぜ無罪なのか、具体的に説明しないまま、高裁の結論を支持して終えている。最高裁の裁判官も、「事実を動かす嘘」も「見て見ぬふり」も出来ないで、「百尺竿頭に一步を進む」を黙認する以外の説明が出来なかったのであろう。

法から事実を見るのではなく、事実から法を見た(法を使わなかった)と言える。

なお、川本事件より、遅れて起訴されたチッソ側の元チッソ社長・元チッソ水俣工場長の業務上過失致死傷害罪での起訴は、地裁、高裁、最高裁(1888年)で、いずれも有罪で刑事責任が確定した。

この事件には、後日談がある。東京高裁の判決は、1977年に出されている。その時の3人の裁判官のうち、陪席裁判官に田尾健二郎という名前がある。この判決から、30年を経て、この方は、広島高裁長官を経て、2007年、あの弱い者いじめをするなど判決で叱責した警察庁を管理・監督する国家公安委員会の委員に任命されている。

8 法以前の正しい解決の直観

中村治朗裁判官は、「いわば法以前の正しい解決の直観 法的理由づけの可能性の検討 さきの直観的解決についての反省的吟味 法的理由づけに用いられる法規範命題そのものの再検討、という思考の循環とその複雑なからみあいの中から、一方において、その事件の結論が、他方において、法の解釈という形における一定の法規範命題が、その姿をあら

わしてくる。」と述べている。

これを簡略化すれば、「法以前の正しい解決の直観 法的理由づけの可能性の検討 結論」ということになる。

法学部や法科大学院では、「法的理由づけの可能性の検討 結論」の部分について、勉強している。しかし、「法以前の正しい解決の直観」が正しくなければ、以後の論理の連鎖も、誤った方向に行ってしまう。

では、「法以前の正しい解決の直観」とは、どのようなことを言っているのだろうか。表向きの理由の裏にある本音の理由。このような部分は、判決には記載されないので、なかなか分からない。

「ドキュメント裁判官」¹⁸⁾に、その片鱗が窺える次のような記載がある。

『『大所高所』の判断加え……公共の福祉と個人の人権をどう調和させるか。90年代を最高裁判事として送った行政法学者の園部逸夫（72歳）は、『下級審は現場の生の声を直接聞いて動かされる。最高裁では少し遠ざかり、大所高所からの判断が加わる』という。

例として園部が挙げるのが、靖国神社の玉串料を公費とすることは憲法の政教分離原則に反するとされた愛媛玉串料訴訟の大法廷判決（97年）だ。『支出を合憲とすれば、あっちでもこっちでも自治体が玉串料を支出し始めるかもしれない。その影響も考慮された』と園部は振り返った。」

最近、最高裁まで争われた事件に、立川反戦ピラ入れ事件と葛飾ピラ配布事件がある。これは身近に何処にでもありそうな事件で、事件の構図が極めて単純で解り易い。しかし、裁判では、地裁と高裁・最高裁とで、判断が分かれた。また、法学者には、最高裁の結論に異議を申し立てている人もかなり多いようである¹⁹⁾。これらの事件を足がかりに、「法以前の正しい解決の直観」を考えてみることにしたい。

18) 「ドキュメント裁判官」（読売新聞社会部，中公新書，2002年）189項。

19) 立川反戦ピラ事件最高裁判決を批判する法学者（148名）声明

（<http://www011.upp.so-net.ne.jp/tachikawatent/hougaku.html>）

【両事件の概要】

立川反戦ピラ入れ事件(地裁は無罪,高裁は有罪,最高裁は有罪)²⁰⁾

事件の舞台は,立川市にある防衛庁の職員宿舍の敷地。敷地のフェンス部分に「宿舍地域内の禁止事項 1 関係者以外,地域内に立ち入ること 2 ピラ貼り・配り等の宣伝活動 3…… 管理者」と書かれていた。宿舍棟の1階に集合郵便受けが設置され,各階の各室玄関ドアには新聞受けがついている。

市民グループ「立川自衛隊監視テント村」のメンバーである被告人3名が,2004年,敷地内に入り,「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!」などのピラを,いくつかの号棟の各室玄関ドアの新聞受けに投函した。ピラの投函は,以前にも行われており,警察に住居侵入の被害届が提出されていた。被告らは,住居侵入罪で起訴され,罰金刑が確定した。

葛飾ピラ配布事件(地裁は無罪,高裁は有罪,最高裁は有罪)²¹⁾

事件の舞台は,葛飾区内の共同玄関がオートロック化されていない7階建ての40戸の分譲マンション。玄関ホールに集合ポストがあるほか,「当マンションの敷地内に立ち入り,パンフレットの投函,物品販売などを行うことは厳禁です」などと張り紙がされていた。

被告は,2004年12月,エレベーターで7階に上がって下りながら,住宅のドアポストに,一人で共産党の議会報告や区民アンケートを配っていた。3階に至ったところを,住人に声をかけられて,本件ピラの投かんを中止した。住人が警察に通報した。被告は,住居侵入罪で起訴され,罰金刑が確定した。

法律の規定や法の概念・解釈を離れて,人として,これらの事実とどう向き合うか?

二つの事件とも,ピラ配りお断りと明示している宿舍の敷地又はマンションの中に,無断で入り込んで,各戸のドアポストにピラを配布した行為が,住居侵入罪として問われている。住人が,ピラ配布は「ここからは

20) 最高裁第二小法廷2008年4月11日

21) 最高裁第二小法廷2009年11月30日

「ご遠慮下さい」「ここではご遠慮下さい」と表示した一線を越えて、入り込んだことが問題となっている。

この両方の事件で「法以前の正しい解決の直観」として問われたのは、このような場合、われわれは、法律の規定や法の概念・解釈を離れて、人として、どのように振る舞うべきか、ということではなかろうか。

人間の社会には、法以前に、人の道として、「相手の身になって考える」「人が嫌がることはしない」「他人に迷惑をかけない」「私人の領域に勝手に入り込まない」などの社会常識²²⁾がある。

最近では、セクハラ事件でもストーカー事件でも、行為の本人よりも、相手側の気持ちを重視する時代となっている。

立川反戦ピラ入れ事件では、自分の夫、父親がイラクへ派遣の命令を受けないかと不安を感じて日々を過ごしている家族がいる中で、「ここからはご遠慮下さい」という表示を無視して、また、宿舎棟の1階に集合郵便受けが設置されているにもかかわらず、各階の各人の家の前まで出向いて、自衛官に対してイラク派遣命令を拒否するように促すようなピラを新聞受けに投函することが、果たして相手の気持ちになってみるとどうか。相手は、嫌がらせに感じないか。

葛飾ピラ配布事件では、「ここではご遠慮下さい」という表示を無視して、また、分譲マンションの入り口玄関ロビーにピラを受けるところがあるにもかかわらず、エレベーターで各階の各戸のドアポストまで行くことは、見知らぬ人が各階をうろつくことになるが、相手は、不安に感じないか。

これらの両方の事件は、犯罪とするような事件ではない。こんな程度の行為で、刑事罰を科すのかと誰でも疑問を感じる。全くそのとおりであろう。しかし、他人の気持ちを考えない、迷惑を理解できない、ご遠慮くださいを無視して入り込む人間が出てくる。そして、その非を指摘されても、表現の自由などを主張して、開き直るのであれば、一罰百戒の措置も必要

22) 「表現の自由」「権利の侵害」「可罰的違法性」などの法概念が生まれる前から人々の間にある倫理・モラル・道徳。

となるというのが最高裁の裁判官の本音ではないだろうか。

両方の事件とも、その場で直ちに、「無断立ち入り禁止」の警告表示を、故意に無視したことを認めて、二度と同じことを繰り返さないと謝罪し、求められれば始末書を書くなどして、反省の気持ちを示し、不愉快な思いをさせた相手側の理解を得るように努めていたら、刑事事件として起訴されるまでには、至らなかったのではないだろうか。

市民Aが相手の意に反する行為を市民Bに対して行った(第一の事件)。第一の事件に関して警察が市民Aに対して権力を行使した(第二の事件)。この第二の事件を、表現の自由や犯罪の構成要件該当性など法律上の概念・解釈を持ち出して不当・違法として争う立場は、結果的に、市民社会の迷惑行為という第一の事件を是認することとなる。最高裁は、第一の事件そのものの非を責めて、結果的に、警察が単なるピラ配りに介入するという異例な第二の事件が、今後、起こらないようにした。

最高裁は、両方のピラ配り事件において、「たとえ、表現の自由の行使のためとはいえ、……の意思に反して立ち入ることは、……の管理権を侵害するのみならず、そこで私的生活を営む者の私生活の平穏を侵害するものと言わざるをえない」という同じ文言を判決文で使用している。「他人の迷惑になるようなこと、嫌がることはしてはいけません」ということを、やや堅い表現で述べている。

これは、人間が社会生活を送る際の相互の気配り、思いやりの問題であろう。この問題を、そのけそのけ「表現の自由」が通る、「この紋所が見えないか……²³⁾」と考えて、「法的理由づけ 結論」と判断してしまっただけでは、心の良心で考える「法以前的な正しい解決」が見えなくなってしまう。

23) 「憲法21条の保障する表現の自由は、民主主義国家の政治的基盤をなし、国民の基本的人権のうちでもとりわけ重要なものであり、法律によってもみだりに制限することができないものである」、ましてや、住民や警察がみだりに制限を設けたり、介入したりすることは……。

政治的な表現の自由が、私生活の領域に何処まで入り込めるかの問題を、表現の自由そのものが処罰されていると考える。これでは、無断立ち入りした側の「法的な正当性」の主張にのみ意識がいて、無断立ち入りされた側の不快感・迷惑への配慮といった、法的論争の外にあるが、日常生活を平穩に送る上での「社会常識」の大切さを軽視していることになる。

両方のピラ配り事件とも、ピラを投函する目的で、集合住宅の共用部分に立ち入った行為が問題となっている。共用部分といえども、そこに生活している住人が、共用し共同で管理している部分である。部外者にとっては、他人の敷地であり、そこでは居住者の指示に従って、行動しなければならない。両方の事件では、いずれも共用部分でのピラの配布等を禁止する旨の表示がなされていた。

また、日常的に行われている商業的ピラ配布が摘発されずに、なぜ反戦ピラ配布が……という議論がある。同じピラの配布といっても、単なる商業的ピラと政治的意図をもった反戦ピラとでは、受け手の立場や場所、その時の状況などによって、受け手の感情（不快感）は大きく異なることは、受け手の立場になってみれば、容易にわかることではないだろうか。さもなければ、自分は善いことをしている、相手のためになることをしている、という自意識が強すぎて、相手が不快に思っている、嫌がっていることに気づいていない、と言えよう。両方のピラ配り事件とも、居住者側からの要請なり通報に基づいて、警察が動いている。

立川反戦ピラ入れ事件と葛飾ピラ配布事件は、ともに地裁では無罪となつて、高裁と最高裁では、有罪となっている。地裁では、被告側の主張に引きずられて、この事件を法的論争と考えたためであろう。

この事件の核心は、「法以前の問題」にあるとみるか、「法的な正当性の有無・理由付けを争う問題」にあるとみるか、まさに「直観」が問われる問題である。ここで「法以前の問題」とは、第一の事件。園部逸夫元最高裁判判官流に言うとは、『これを容認すれば、あっちでもこっちでもピラ配りを名目に、無断立ち入りという迷惑行為が横行し始めるかもしれない

い²⁴⁾。その影響も考慮しなければ』ということになる²⁵⁾。

興味深いのは、この問題を法的論争と考えている側(その支援者)は、かなり長文の論陣を張って、表現の自由や住居侵入罪の構成要件該当性など、法の概念・解釈論争を挑んでいる。これに対して、最高裁は、事件の核心は「他人の迷惑になるようなこと、嫌がることはしてはいけません」として、法以前の問題として捉えているためか、本件無断立ち入り舞台(場所)の事実の認定部分の数ページを除くと、判断部分はごくごく短い判決で応えている。

【立川反戦ピラ入れ事件：最高裁判決文(抄)】(下線は筆者)

「表現の自由は、民主主義社会において特に重要な権利として尊重されなければならない、被告人らによるその政治的意見を記載したピラの配布は、表現の自由の行使とすることができる。しかしながら、憲法21条1項も、表現の自由を絶対無制限に保障したのではなく、公共の福祉のため必要かつ合理的な制限を是認するものであって、たとえ思想を外部に発表するための手段であっても、その手段が他人の権利を不当に害するようなものは許されないというべきである。

本件では、表現そのものを処罰することの憲法適合性が問われているのではなく、表現の手段すなわちピラの配布のために「人の看守する邸宅」に管理権者の承諾なく立ち入ったことを処罰することの憲法適合性が問われているところ、本件で被告人らが立ち入った場所は、防衛庁の職員及びその家族が私生活を営む場所である集合住宅の共用部分及びその敷地であり、自衛隊・防衛庁当局がそのような場所として管理していたもので、一般に人が自由に出入りすることのできる場所ではない。

たとえ表現の自由の行使のためとはいっても、このような場所に管理権者の意思に反して立ち入ることは、管理権者の管理権を侵害するのみならず、そこで私生活を営む者の私生活の平穩を侵害するものといわざるを得ない。したがって、本件被告人らの行為をもって刑法130条前段の罪に

24) ピラのポスティングだけでなく泥棒のピッキングまでも考えると恐ろしいことになる。

25) 一方、第二の事件。もっばら、ここ(こんな程度で犯罪になるのか?)にしか目がいかないとすると、事件を見る目が、かなり片寄っている。

問うことは、憲法21条1項に違反するものではない。」

この両事件では、法の番人の最高裁が、市民の日常生活における社会常識（倫理・モラル・道徳）の番人をした、後者の番人を重視したことになる²⁶⁾。そのために、法を効果的に使用することを認めた。「事件全体の構図・流れ」をみて、罰金を科して戒める必要がある（法以前の正しい解決の直観）として、可罰的違法性を認めた。

まさに、法から事実を見るのではなく、事実から法を見た（法を使っただ）と言えよう。

「反戦ピラ入れと私生活の平穩」という「日常生活における社会常識」に関する最高裁の判決を、理解・納得できないとして批判声明を出した法学者が148名に達する。「思考スタイル」に、かなり深刻なギャップがある。

教育に携わる法学者の使命は、「表現の自由」のためなら、この程度の無断立ち入りや相手の意に反するピラ配布は構わないと、正当化するための知恵を授けることではなく、その非を諭し、他人の敷地内の禁止事項の表示に対して、如何に振る舞うべきかという、「社会常識」の大切さを教え示すことにあるのではないだろうか。

日常生活の倫理・モラル・道徳が乱れてしまっただは、法社会も廃れてしまう。

9 現在、係争中の事件

ピラ配りと類似の行為に、政党の機関紙の各住宅への配布がある。このような何処にでもあるような出来事が、刑事事件となって、しかも最高裁まで、法律問題として争われている。ここで取り上げる二つの事件は、いずれの事件の被告も、国家公務員で、厚生労働省の中堅の職員である。公務員の政治的行為の制限については、法学者をはじめとして、現行制度に

26) 第二の事件より第一の事件を重視した。

対する反対論が、かなり多くみられる²⁷⁾。

この二つの事件についても、「法以前的な正しい解決の直観」を考えてみることにしたい。

【両事件の概要】

政党機関紙配布事件(目黒社会保険事務所職員)(地裁は有罪,高裁は無罪,上告中)²⁸⁾

2003年11月の衆議院総選挙の前の休日に,目黒社会保険事務所の職員が,共産党の機関紙(赤旗号外など)を東京都中央区の自宅近くのマンションの郵便受けなどに配った。国家公務員法の公務員の政治的行為の禁止違反で起訴された。

政党機関紙配布事件(厚生労働省本省職員)(地裁は有罪,高裁は有罪,上告中)²⁹⁾

2005年9月の総選挙の投票日の前日の休日に,厚生労働省本省の職員が,職場から離れた世田谷の池尻住宅(警察官舎)の集合ポストに共産党の機関紙(赤旗号外)を投函した。国家公務員法の公務員の政治的行為の禁止違反で起訴された。

なぜ公務員は政治的行為が制限されているのか?

二つの事件とも,民間人が行えば,なんら法律上,問題視されるようなことではない。なぜ公務員にのみ,政治的行為の禁止の規定が設けられているのであろうか。

現行の制度は,アメリカの影響を受けて,立法化されている。アメリカの歴史をみると,建国後間もない頃は,政府組織の公務員のポストは,民主的に選ばれた政党の支持者が占めるといった時代が長く続いた。政権をとった政党の政策を実現するには,気心がしれた支持者を部下にするのが一番の方法であることは,誰にでも分かる。しかし,それでは,政権が変

27) 新たな監視社会と市民的自由の現在・法律時報増刊(日本評論社,2006年)

28) 東京高裁2010年3月29日

29) 東京高裁2010年5月13日

わる度に、連邦政府の各省庁の職員はもとより、地域の警察署長や消防署長など、様々なポストが大量に入れ替わることとなる。

国家（公務）の役割が小さいときは、これでも良いかも知れないが、社会経済が発展して複雑化し、公務が様々な分野で規制やサービスの提供を行うようになると、行政の継続性や専門性に支障が出てくる。例えば、不慣れな税関長の下で、通関の手に時間が掛かって、商売に支障が出るなど。反対政党の支持者には、公務の執行に当たって、差別的な取り扱いをするなどということもみられるようになった。

このような歴史の反省から、公務員の採用を、公正・中立に、そのポストに必要な能力・適性に基づいて採用する方式へと変わっていった。成績主義の原則に基づいて、採用された職員は、政治信条によって、処遇上の差別を受けないという身分保障を受ける。その一方で、如何なる政権の下であっても、公正・中立な立場で、忠実に職務を執行することが求められることとなった。加えて、公務員が党派的な政治的行為を行うことによって、その時の政権や国民との関係で信頼関係が失われ、公務の運営に支障がでる、公務が提供するサービスに不信を抱くことがないよう一定の制限を設けることとなった。

このようなアメリカの歴史的体験が、戦後、新しく制定された我が国の国家公務員制度に反映されているが、どのような政治的行為が禁止されているのであろうか。政治的行為は、思想の自由、表現の自由という基本的人権と密接不可分に関わる重要な問題であることは、誰しもが疑わない。

例えば、公務員は、自分の支持する政党（時の政権の反対政党）に加入できるのか。自分が支持する政党に寄付をすることができるのか。支持する政党のピラや機関紙を受けとることができるのか。更には、ある政策に反対するデモに参加し、又は署名運動に協力して署名することができるのか。答えは、いずれも OK。法律上は禁止されていない³⁰⁾。公務員は、国

30) 国家公務員法第102条（政治的行為）、人事院規則14-7（政治的行為）

民の一人として、選挙で自由に支持する政党・政策を選ぶことはもとより、自分の思想や政治信条を表明することは、制約されていない。

では、いったい、何が制限・禁止されているのであろうか。政党の役員となること、政党への寄付を求めること、政党のためにピラを配ること、政治目的のデモや署名運動を組織することなどを禁止している。

ここからは、公務員の政治的な思想信条に関わる意見の表明そのものを禁止している訳ではなく、他者に働きかけるなどして、積極的な政治的行動に出ることまでは、差し控えるように「制限」していることが分かる。

このような許容される行為(例;自ら政党へ寄付をする)と禁止される行為(例;他者に政党へ寄付を求める)の微妙な境界線からは、異なる政治信条の者達が上下・横の関係で仕事をするのは、やむをえないとしても、あからさまに政治的・党派的行動を行って刺激しない(方針・指示どおりに忠実に仕事が進められていないのではないかと不信の念をいだかせない)、組織内の相互の信頼・協働関係を損なわない、公務の公正・中立な遂行と公務の能率的な運営に支障を来さないようにしよう、という趣旨が窺われる。

国民もそれを期待しており、「公務の公正性、中立性に対する国民の信頼」とは、このようなことを前提としている。

法律の規定や法の概念・解釈を離れて、人として、二つの事件とどう向き合うか?

公務の組織であろうと、民間の組織であろうと、政権に就いた者、経営者、上司は、部下が自分の指示に従って、忠実に職務を遂行してくれるであろうかということが、最大の関心事となる。

民間の企業、例えば、T自動車会社の経営者が、新型モデルの新車の販売の促進に乗り出している最中に、末端の社員もしくは組合が、その製品の不買運動を行う、また、時の経営者を追い出そうと運動することは、常識的には、あり得ない。仮に、このようなことがあったとしたら、上下の

信頼関係が失われ、会社の業務（営業成績）にも大きな支障が出てくる。また、T会社の経営者が、どのような措置で反撃にでるか、想像に難くない。

また、S政党の本部事務局に勤める職員が、その政党に幻滅して心変わりし、そのまま勤務しながら、他の政党を支持するという場合も、政治的思想の自由や、その表現の自由の問題として、考えるだけでは済まされない、何が「法以前的な正しい解決」か、言わずもがなのことである。

公務の組織は、国民に政策を訴えて、その支持を得た政党が政権をとるという、政策＝政治を行う組織である。民間では、自社の「製品」を売っているのに、政治信条は、ほとんど関係がない。公務の組織は、その製品が「政策」であるということに特殊性があり、民間の企業にはみられない、その能率的な運営の難しさがある。現在の公務員制度では、成績・適性によって、職員の人事管理が行われ、政治信条によって選抜されてはいない。上司（政権政党）は、すべての部下を、自分の政策を支持してくれる、同じ政治信条の者になりたいという自由はない。だから、その時々政権の政策＝政治を支持できないと思っている職員も参加して、公務の組織が運営されている。自分は、この政権政党の政策には反対だから乗り気でない。それだけでなく、非協力的態度をとる、サボタージュするということになれば、公務の能率的な運営からは、ほど遠い状況となってしまう。

いわゆる「消えた年金記録」問題は、今回の両事件の被告の所属する厚生労働省で起きている。年金記録問題検証委員会結果報告書³¹⁾では、幹部職員の責任とともに、職員団体（組合）について、「オンライン化反対闘争等を通じて業務の合理化に反対し、自分たちの待遇改善を目指すことに偏り過ぎた運動を展開したことにより、職員の意識や業務運営に大きな影響を与え、ひいては、年金記録の適切な管理を阻害した責任がある」と述べている。国家公務員の職員団体（組合）の役員・幹部は、一般に、元

31) 年金記録問題検証委員会（総務省、平成19年10月31日）

公務員などの非公務員が専従していることが多く、職員の勤務条件の改善のほか、政治的なスローガンを掲げて、運動を行っている場合が多い³²⁾。現行の公務員制度は、職員がどのような政治的な信条をもっているか、職務の遂行は、公正・中立、かつ、能率的に行われるという建前をとっているが、年金記録問題検証委員会結果報告書からは、建前と現実との間に、かなりのギャップがあったことが窺える。

このように、公務員の政治的行為の制限の問題を、法律の規定や法の概念・解釈を離れて(憲法などを持ち出さずに)、事実とどう向き合うかという視点から考えてみると、次のようなことが言える。

「自分の所属する組織の売り物(自動車であると政策であろうと)を、組織の外で、批判する『運動』を行うのは、組織人としての節度・モラルに欠けるのではないか！」

公務員の政治的行為に関しては、特定の政党を支援するため、勤務時間外の休日に、職場から離れた場所で、私服で公務員であることを知られることなく、また、相手と対面することなく、ピラを郵便受けなどに入れるという行為であれば、問題がないのではないかと、と言われることがある。公務の組織が能率的に機能していくために不可欠な「一体感」、「信頼関係」という視点から考えてくると、公然と行ってはならないことを、隠れて行うことは、より悪質ではないかともいえる。

そもそも、自分の所属する組織のリーダー(政権をとっている政党・首長)と対立する党派を、職場外で支援する運動、いわば「反乱」は、バレなければかまわないというのは、マネジメントの実際を知らない発想と言える。これでは、かえって、組織内の疑心暗鬼を増長することとなる。組織というものは、上下が心を一つにしてこそ、能率的・効率的に運営することができるもので、このことは、国民・住民全体のための組織である公

32) 国家公務員の職員組合が、政府提案の法律案に反対して、政治目的のストライキを行った有名な事件として、全農林警職法事件がある(最高裁1973年4月25日)。民間企業の労働組合が、自社の新製品に反対して、ストライキをしたという事例は、聞いたことがない。

務においては、とくに重視されなければならない。

この問題が、裁判所や法学会を巻き込んで、大きな論争となっているのは、「国民の一人としての政治的思想の自由、その表現の自由の問題」と「政治に関わる組織の一員としての政治的思想の自由、その表現の自由の問題」を混同していることから、この問題の「法以前的な正しい解決」が見えなくなっているのではないか。いかなる組織にも、その組織に応じた構成員の守るべき規律があるように、公務の組織にも、政治に関わるというその特性から、求められる独自の規律がある。

また、職員がどのような政治的な信条をもっているとしても、職務の遂行は、公正・中立、かつ、能率的に行われるという「建前」を前提として、公務員の政治的行為の制限を批判している例がみられる。例えば；

【法というものの考え方】³³⁾(下線は筆者)

「公務員が全体の奉仕者であり、特定の政党にかたよっていけない、ということは、その公務に関してである。それは分かりきったことである。社会党员たる公務員が、行政の遂行過程で、社会党に有利な手心を加えたとしたら公務員として落第である。しかし、彼がたとえば、日曜日に社会党の応援演説に行くのが、どうしていけないことでありえよう。公務外の政治活動を禁ずべき理由は、何ひとつない。」

この批判も、政治に関わるという公務の組織の特性に意識がいておらず、現実に目が向いていない。「消えた年金記録」の事例が示すように、それぞれに異なる信条・感情をもった人間が集まって政治に関わる公務の組織は、「それは分かりきったこと」という「建前」どおりには、なかなか動かないという「現実」と、そこから法律による自製のルールが必要となったという「直観」がなければ、以後の議論は誤った方向に行ってしまう。

公務員の政治的行為の制限に関する見解の対立は、法の概念や解釈では

33) 渡辺洋三「法というものの考え方」(日本評論社、1989年)157頁。

なく、公務の職場の現実をどのように認識するかに起因している。机上の論理だけでは、「法以前の正しい解決の直観」に至ることはできない。

ましてや、「政党のピラ配りをしている男を、何名もの公安警察が尾行し、ビデオの隠し撮りしている異様な光景」といった側面だけを、クローズ・アップして見ていては、物事の本質は見えてこない。公務員の政治的行為に対して、刑事罰を科すことの是非が争点となっている。職場外での政治的行為も制限しようとする、人事担当者が、勤務時間外の夜間や休日に市中を徘徊して監視することは、事実上、不可能で、その監視は警察にしかできない。懲戒罰だけにとどめる場合は、職場外での服務違反を摘発するために警察が出勤する訳にはいかないことから、職場内や明らかに公務員とわかる場合以外は、事実上、規制できない。

今の時代、この話は、ここで終わることは出来ないであろう。

仮に、「政治に関わる組織の一員としての政治的思想の自由、その表現の自由の問題」であるとしても、政治的にも、経済的にも、社会的にも、時代状況が大きく変化しているときに、何時までも、同じ取り扱い(政治的行為の制限)でよいのだろうか。

東西の冷戦の時代は、政党の選択は、思想の自由を含め大きな体制の変革につながった。公務の組織内でも、支持政党の違いが明らかとなると、お互いに疑心暗鬼となる時代であった³⁴⁾。しかし、現在は、民主主義、自由主義、市場主義など、世界共通の政治体制の下に生活することが、普遍的になりつつある。政治的な意見の表明や意見の違いにも、今まで以上に寛容な時代となっている。異なる政党の支持者が、一緒に働くことに、昔ほどの違和感もなくなりつつある。霞ヶ関でも、若手の職員は、今度の選

34) 公務員の政治的行為の制限の問題は、公務組織の外にいる場合は、もっぱら、憲法などの法の概念・解釈論争から、その要否・是非が議論されるが、公務組織の内においてマネジメントに従事したことがある場合は、その際の「実感＝直観」が、その要否・是非の判断に当たって、大きな影響を及ぼす。中村治朗裁判官は、このことを「机上における抽象的な思考としての正しい結論ではなく、血あり肉ある個別的、具体的な事実関係のインパクトの下における正しい法的解決」(前掲)と述べている。

拳では、自分は 野党に入れたなどと、日常の会話の中でも、比較的自由に遣り取りがされる時代となっているのではないか。

そうすると、「政治に関わる組織の一員としての政治的思想の自由、その表現の自由の問題」も、自ずと変わっていくこととなる。

ただし、この変化を踏まえた「政策」の是非・転換、例えば、勤務時間外や公務員の身分を利用しない場合については制限すべきでないなどを、司法が判断すべきかどうか、疑問が残る。

特に、職員相互間の意識とは別に、政権交代の時代を迎え、その時々政権政党・首長が、部下として働く公務員の政治的・党派的な行動に、どの程度寛容になれるか³⁵⁾。職員や職員団体（組合）の側も、政治に関わる組織の一員として、どの程度節度ある行動をとれるか。国民・住民は、公務員の政治的・党派的な活動を、どのように受け止めるか。公務の能率が今より低下しないか、例えば、市役所内に、新市長派の職員と前市長派の職員が、旗幟を鮮明にして、同居する場合など。これらは、公務を取り巻く時代状況や公務の労使関係の成熟度などを見て、政治が政策的な視点から検討・判断しなければならない。

ここでも、政治家と公務員が共存・協働する公務組織の性格と内部の実情（そこで繰り広げられる人間模様）という事実に目を向けてから法をみる、法による制限・禁止の是非を論ずる必要があると言えよう。

さて、最高裁は、どのような判断を示すか？

35) アメリカでは、ある政党が長期政権となったときや、職員組合と近いと思われるときに、別な政党が政権交代すると、政治的任用のポストを新設なり増設するということが起きている。共和党アイゼンハワー政権が導入した Schedule C と、民主党カーター政権が導入した Senior Executive Service (SES) もその一例と言えよう。職員の政治的行為に関するハッチ法の規制を緩和した民主党クリントン政権から共和党ブッシュ政権に替わったときも、かなり大胆な組織・人事改革が行われている。

10 おわりに

これまでの論述の中で筆者が述べた「仮説?」、すなわち「法の概念・解釈による推論」よりも、まず「法以前的な正しい解決の直観」が何よりも大切ではないか。今回取り上げた最高裁の判例と、それに反対する法学者との見解の対立も、ここに起因しているのではないか。これがある程度の真実を語っているとすると。

現在は、まず「心眼」で見抜くことをせず、もっぱら「法の概念・解釈」で考える。本来人間が持っている「良知」を働かせず³⁶⁾、「法の概念・解釈」とその論理の流れに、すぐ答えを求めるという「思考スタイル」が蔓延していると言える。

理性(理屈)にばかり走りすぎると、人間の心情とか感情という、法では捉えきれない、人間社会を形成している大切な部分を見忘れる(軽視すること)になる。人間社会を把握しようとするときは、空虚な概念・解釈に囚われることなく、「現前の事実」と向き合うことから、出発しなければならない。法に頼らずして、事件に相応しい解決を見極めることができなければ、空虚な法の概念・解釈への依存症となる。「表現の自由」、「他人の権利」、「不当に侵害」、「可罰的違法性」などの概念に心を奪われて、事実そのものの是非を考える判断力(法以前的な正しい解決の直観)が失われることになる。

自分の思考スタイルのいわば「癖」は、自分では認識していないことが多いのではないかと。しかし、公害問題の全体像に心がいかず被害者を傷害罪で有罪とする、ピラ配りへの警察の取り締まりという権力行使に目がいって日常生活における迷惑行為を是認する(いや支援する)ということ

36) 特定の(例えば、思想や権力に対する)先入観やイデオロギーなどを払拭し、かつ、既成の法の概念・解釈や人権・権利意識から自由にならなければ、良知(主客一体化)は働かない。

になるとすれば、この「癖」は軽視できない。自分の癖に固執すると、別の思考スタイルで、何が重視されて異なる結論に至ったのか理解できないということになる。

法以前の正しい解決の直観は、法概念・解釈や法律の要件に該当する事実、例えば、傷害の事実だけを見るのではなく、事件の経過を長い目で、相手方や第三者の立場からなど多角的に、そして、枝葉末節に惑わされずに大局的に見なければ、浮かび上がってこない。加えて、事件の背後にある目に見えない、形に表れない関係者の心情などを見ようとする心がなければ、何がその事件の本質的な問題点かを感じることはできない。

以上、本稿では、冒頭の問題意識から、最後は思考スタイルにまで及んだ。

中村治朗裁判官は、「裁判の客観性をめぐって」の中で、次のような趣旨のことを述べている。

「歴史の評価において、裁判官として偉大たりうするためには、何よりもまず、時代の要求に対する深い洞察とそれに基づく実践が必要である。しかし、実をいえば、何が時代の要求であるかは、その時代のその社会に生きる者にとっては最もつかみにくい問題であり、現代のような対立と変動の激しい価値状況の下では、特にそうである。

理性的な人々の間でも見解がわかれるような基本的問題については、わたしたちは、究極的には自己の採る見解の正否を歴史の審判に賭けざるえないものであるかも知れません。」³⁷⁾

ほんとうにそうだと思う³⁸⁾。

(2010年11月19日 記)

37) 273項。

38) 筆者は、長年、法令や条約の立法作業、その解釈・運用の実務に携わってきましたが、今は、法概念・仕組や解釈などへの関心は、過去のものとなりました。今回、法と接する際の思考スタイルについて、観察、論評するという余り前例のない大胆な論考になりましたが、次世代の法曹・行政官・法学者を目指す若い方々に、一つの気づきになればと思い、書き残すこととしました。

(参考文献・資料)

- 「ドキュメント検察官」(読売新聞社会部,中公新書,2006年)
「ドキュメント裁判官」(読売新聞社会部,中公新書,2002年)
中村治朗「裁判の客観性をめぐって」(有斐閣,1970年)
渡辺洋三「法というものの考え方」(日本評論社,1989年)
末弘厳太郎「嘘の効用」(日本評論社,1992年)
川島武宜『『科学としての法学』とその発展』(岩波書店,1987年)
我妻 栄「法律における理屈と人情」(日本評論社,2006年)
ロナルド・ドゥウォーキン「法の帝国」(未来社,1995年)
井田 良「併合罪と量刑 『新潟女性監禁事件』最高裁判決をめぐって」
(ジュリスト No.1251,2003年)
- 判例タイムズ (No.1134,2004年)
判例時報 (1836号)
立川・反戦ピラ弾圧救援会
(<http://www011.upp.so-net.ne.jp/tachikawatent/index.htm>)
立川反戦ピラ事件最高裁判決を批判する法学者(148名)声明
(<http://www011.upp.so-net.ne.jp/tachikawatent/hougaku.html>)
立川反戦ピラ事件の被告人らの無罪を訴える法学者(115名)声明
(<http://www011.upp.so-net.ne.jp/tachikawatent/seimei4.html>)
松宮孝明「ポスティングと住居侵入罪」(立命館法学,2004年第5号)
安達光治「『立川自衛隊宿舎反戦ピラ入れ事件』に関する小考 刑法の立場から」
(立命館法学,2006年第6号)
市川正人「自衛隊宿舎へのピラ戸別配布のための立入りと表現の自由」
(立命館法学,2007年第1号)
青年法律家協会弁護士学者合同部会「葛飾ピラ配布弾圧事件の最高裁不当判決に抗議する」
(<http://www.seihokyo.jp/091212katusikabiraketugi.pdf>)
新たな監視社会と市民的自由の現在・法律時報増刊(日本評論社,2006年)
The Politics of Presidential Appointments (David E. Lewis,2008年)