

琉球大学学術リポジトリ

駐留米軍の合憲性あるいは憲法判断適合性について
— 大学構内への米軍ヘリ墜落事件を契機として—

メタデータ	言語: 出版者: 琉球大学法文学部 公開日: 2008-12-19 キーワード (Ja): キーワード (En): 作成者: 大城, 渡 メールアドレス: 所属:
URL	http://hdl.handle.net/20.500.12000/8596

駐留米軍の合憲性あるいは憲法判断適合性について

大学構内への米軍ヘリ墜落事件を契機として

大 城 渡

はじめに

冒頭において、本稿執筆を促す契機となった、4年前に発生した大学構内への米軍ヘリ墜落事件についてその概要を記しておきたい⁽¹⁾。

2004(平成16)年8月13日午後、沖縄本島中部に位置する駐留米軍普天間飛行場に隣り合う、付近には多くの住宅も密集している、沖縄国際大学構内に、米軍ヘリが爆発音をあげて、墜落、そして激しく炎上した。ヘリの乗員3人が重軽傷であったが、奇跡的に幸いなことに、大学関係者や周辺住民にはけが人はいなかったという。ただ、後日、精神的ショックに苛む住民は少なくなかったという。この事件では、その惨状もさることながら、奇妙にも、基地内ではなく、大学構内で発生したにもかかわらず、法的根拠は全く不明なままに、米軍は、事件後直ちに現場周辺を数日間立入り禁止にして、墜落した事故機の回収等を図った。この間、付近の住民はもとより、沖縄県警や大学関係者でさえ立入りが事実上できなかった。県知事を始めとして、県内の関係者は当然ながら厳しい抗議声明等を公にした。この事件は、現場に居合わせるだけでその凄

⁽¹⁾ 2004(平成16)年8月14日沖縄タイムス朝刊を参照。この日の新聞は、アテネ五輪の開幕を大きく報じた全国紙とは対照的に、この事件のニュースにほぼ全面的に割かれている。現場写真付きの事件の詳細については、例えば、沖縄タイムスのHP(<http://www.okinawatimes.co.jp/>)を参照。なお、事件から4年後、今度は北京五輪の開幕と並行して、この事件の検証を図る連載記事が2008(平成20)年8月11日沖縄タイムス朝刊から掲載されている。なお、筆者が本稿執筆の契機としてとり上げている大学構内への米軍ヘリ墜落を「事故」として表現する向きもあるが、偶然偶発的な印象を抱かせるので適切ではない。日米の安全保障関係によって構造的にもたらされた、あくまで人為的な「事件」として理解することが適切である。

惨さが如実に伝わるものであったが、通常の手続とは異様に異なる、駐留米軍をめぐる特別な取扱いにあらためて県民は反発することとなった。そして、この事件の対応をめぐって面談を要請した当時の稲嶺恵一知事に対して、当時の小泉純一郎首相は夏休みを理由にして面談にも応じなかった。さらに県民感情を逆撫でするように、事件後も同型機の飛行は続けられ、従来からの沖縄の政治課題でもある普天間飛行場の返還問題は、事件後も、結局は相変わらず遅々として具体的な進展がない状況である。これが、政府の行為による“戦争の惨禍”を自覚して位置づけられたはずの、わが国の平和主義“憲法原理”の下で頻繁に発生している沖縄の“現実”である。ここで、“憲法原理”と“現実”との乖離をあらためて指摘するまでもない。私にとってさらに深刻だったことは、関係者に衝撃が走ったこの間の報道に、残念ながら「憲法」の文字を一切見出せなかったことである。沖縄では、県知事その他多くの関係者にとって、駐留米軍のあり方が実は憲法問題としては既に受け止められず、政府の自由な裁量の範囲内で政治・外交上の問題として取り扱われる現実に鑑みて、私はあらためて、駐留米軍の憲法上の取扱いについて、果たして根本的な問題がなかったのかどうか、深刻に考えさせられることになった。

前述の事件に限らず、駐留米軍基地に関わる事件・事故は、これまで沖縄を含めて全国各地で続発し、その度毎に、憲法上の平和主義の原理を脅かす問題として、憲法学においても批判的に検討されてきたはずである。実際に、これらの事件・事故を契機として提起された憲法裁判も少なくない。しかしながら、わが国の憲法学は、残念ながら、駐留米軍基地に係る諸問題について、例えば憲法裁判における住民側の勝訴にも結びつくような、現状の改善にとって有効な主張を展開することには成功し得なかったように思われる。

個人的なことではあるが、沖縄における大学の憲法講義においても悩みは少なくない。憲法が保障する平和主義の原理について論じながら、他方で、駐留米軍基地の存在に起因して頻発する県内の事件・事故に対して、人権保障を意

図した憲法上の統制もままならない現状を否応なく痛感せざるを得ない。そして、時には無力感を、時には憤り等を県民に感じさせながら、やむを得ず繰り返し展開される地元自治体の首長や議会による、日本政府当局や米軍関係当局への陳情・要請活動の結果の数々を間近に見て、思うところ少なくはない。こうした憲法が保障する平和主義の原理とは明らかに矛盾すると思われる現実の中で、どうしても私の頭の中によぎり、その都度払拭する、平和憲法が存在しながら何故の「憲法のかぎりない存在の軽さ⁽²⁾」か、と歎じざるを得ない憲法の現実に直面せざるを得ない一研究者・大学人の苦悩を、率直にここで吐露しておきたいと思う。

本稿は、日本国憲法前文や第9条で保障される「平和主義の原理」と、それをめぐる現状との関係の理解について、戦後憲法学が蓄積した膨大な諸文献を十分渉猟しながら、必ずしも体系的な確固たる自説を構築しえているわけではない段階であるにもかかわらず、憲法が保障する沖縄住民の生命や自由、財産を極度に脅かした前述の事件を目前にして、発言を取敢て控えることで一憲法学研究者としての良心に恥じることにならぬよう、今回の事件を契機として、平和主義に関わる私の問題意識の一端を簡単ながらも披露するものである。

憲法上の平和主義の原理に関する問題は数々あるが、本稿で取り扱う主たる問題は、すなわち、駐留米軍の合憲性あるいは憲法判断適合性についてである。

⁽²⁾ 紙谷雅子「憲法のかぎりない存在の軽さ」同編著『日本国憲法を読み直す』（日本経済新聞社、2000年）10頁。具体的な論点は多岐に渡るが、紙谷教授にとって、「憲法のかぎりない存在の軽さ」をもたらす要因は、「憲法が思い描く日本という国の姿について」一般国民が対話をしないことにこそあるのだから、「多くの人々がもっと積極的に行きわたる観点から対話して」いくことが「憲法の存在の軽さを変化させていくのではない」と主張される。思うに、駐留米軍のあり方についても、政治・外交上の問題としてのみならず、平和憲法の下で多様な観点から一般国民によって対話がなされることも、基地問題における「憲法の存在の軽さ」に変化をもたらすためには当然必要である。

時事的な観点から説明した本稿における私の問題意識については、ここで少く憲法学らしい理論的な観点からの説明にも敷衍して述べておきたい。

憲法の平和主義の原理について論じる際に、自衛権の有無を論じることが常であるが、私は、国家の自衛権の法的性質について、国際法学や政治学で論じられることが多かった従来の「国家に固有の自衛権」というよりも、あらゆる国家権力の正当性の源泉が国民にあるとする国民主権の原理の下では、国民にその正当性の源泉を有さない「国家に固有の」権力の存在は許されるものではなく、国民が当然有している、憲法13条に根拠を有する、自らの生命・自由・財産を守る個人の権利として、換言すれば、「個人の自衛権」に由来するものとして理解すべきであると思う。それ故、憲法13条「個人の尊重」原理に由来する個人の自衛権にその淵源を有する安全保障体制の構築は、現行憲法下でも可能であると思われるし、むしろ要請されるべきものであろう。但し、以上の論理からすれば当然の帰結ではあるが、「国家に固有の」ではなく、あくまで憲法13条に基づく個人の自衛権に由来する国家の自衛権は、その権能の基盤である個人の権利を脅かすかたちで行使されることがあってはならない。ここに、国家の自衛権に基づく安全保障体制に対する憲法上の重大な制約が認められる。個人の権利を侵害するかたちで具体化される安全保障体制は、本末転倒な体制であると言わざるを得ない。以上の意味において国家の自衛権を理解する限りにおいて、外敵から国民の生命や自由、安全な生活を守るための自衛権さえ認められないという学説には、現時点では、私には容易に与し得ないところがある。

わが国の安全保障体制については、当然のことながら、自己の生命や自由等に対する個人の自衛権を考慮しながらも、憲法前文や9条に適用かたちで構築されなければならないが、必ずしも憲法が特定の安全保障方式を命じているわけではない点で、政治部門による裁量の余地を完全に否定することはできない。わが国の憲法の下で、自衛隊の位置づけや個別的あるいは集団的自衛権に関す

る考え方の対立等、予め決着をつけなければならない論点は少なくないが、建前としては、憲法の趣旨に適合する裁量の範囲内で、例えば、多くの諸外国との間で平和友好条約等を数多く締結して、わが国の安全保障体制を構築することは可能であろう。ただ、現実にはわが国の安全保障体制の根幹をなしている日米安全保障条約そのものは、残念ながら、駐留米軍の存在を基本とする現在の内容では憲法に抵触するところが少なくないと思われるが、憲法の趣旨に沿う内容に規定し直すことで憲法上の疑義を払拭することはなお可能であると思われる。

これに対して、駐留米軍の存在は、日米安保条約に基礎を置くものではあるが、国民との関係では憲法上極めて問題が多い。わが国の憲法も依拠する“立憲主義”は、主権を有する国民が設定した国民国家の枠組みにおいて、当該国家の諸行為によって国民の基本的的人権が侵害されることがないように保障すべきであるとする憲法思想である⁽³⁾。駐留米軍が国民の自由や権利を侵害する具体的な場面で、果たして立憲主義憲法は外国の権力装置である軍隊やその活動に如何なる統制を加えうるのか。わが国ではあくまで政治外交上の統制を、不十分ではあるが、図るにとどまり、憲法に基づくその効果的統制はほとんど考慮されてはいない。憲法と条約の関係について一般に憲法優位説が採られるべきにもかかわらず、後で見るように、駐留米軍のあり方が憲法の枠外に事実上置かれてきたからである。自衛隊活動に対する憲法上の統制の問題と比較しても、駐留米軍に対する憲法上の効果的統制を模索し直すことが、現在にまで持ち越されている、憲法学に課された喫緊の課題であるとあらためて認識したことも本稿執筆の原動力になった。

⁽³⁾ 例えば、1789年フランス人権宣言3条、16条等を参照。

駐留米軍の合憲性をめぐる憲法裁判例と従来の憲法学説の状況

まず本節では、周知の事柄ではあるが、駐留米軍の合憲性をめぐる憲法裁判例や従来の憲法学説の状況等をあらためて整理し直し、本稿の主題に即して必要な範囲で適宜検討を加えることにしたい。駐留米軍の合憲性をめぐる憲法裁判例も従来の憲法学説も、当時の政治的・社会的状況を踏まえながら主張されているはずなので、現在の政治的状況等においてこれらを捉え直すことは、新たな意義を見出せる可能性がある。

1 憲法裁判例

駐留米軍の合憲性については、いわゆる砂川事件において厳しく争われた。本件に係る事実の概要は次のとおりである。

1957（昭和32）年7月8日、東京調達局は、東京都北多摩郡砂川町に在る駐留米軍・立川飛行場の拡張のため、同飛行場内の民有地の強制測量を開始したが、この測量に反対する住民らが飛行場の有刺鉄線の境界柵を倒して飛行場内に侵入した。この事件について、検察官は、被告人7名を「日本国とアメリカ合衆国との間の安全保障条約第3条に基づく行政協定に伴う刑事特別法」（以下、「刑特法」という）2条違反として起訴した。刑特法が、1960（昭和35）年改定前の旧日米安全保障条約及びそれに基づく行政協定を根拠としているために、本件は単なる刑事事件ではとどまらず、旧日米安保条約や駐留米軍の合憲性を争う全国の注目を集める本格的な憲法裁判となった。

第1審東京地裁は、1959（昭和34）年3月30日、主文として被告人については無罪であるとの判決を言い渡した。本稿の主題に即して、判決理由において示された、駐留米軍の合憲性に関する判示は次のとおりである⁽⁴⁾。

「わが国が外部からの武力攻撃に対する自衛に使用する目的で合衆国軍隊の駐留を許容していることは、(当該軍隊に対する日本国の) 指揮権の有無、合衆国軍隊の出動義務の有無に拘らず、日本国憲法第9条第2項前段によって禁止されている陸海空軍その他の戦力の保持に該当するものといわざるを得ず、結局わが国内に駐留する合衆国軍隊は憲法上その存在を許すべからざるものといわざるを得ないのである。」

本判決は、本件を担当した伊達秋雄裁判長の名前から「伊達判決」とも称される、当時の政治状況の下で、旧日米安保条約や駐留米軍の存在を憲法違反と明確に断じてみせた著名な下級審判決である。

このような伊達判決を、検察側や日本政府が到底受け容れられるはずもなく、刑訴法406条、刑訴規則254条に基づいた検察側からの異例の跳躍上告を受けて、最高裁は、異例の早さで1959(昭和34)年12月16日に判決を下した。駐留米軍の合憲性に関する判示は次のとおりである⁽⁵⁾。

憲法9条2項が「その保持を禁止した戦力とは、わが国がその主体となってこれに指揮権、管理権を行使し得る戦力をいうものであり、結局わが国自体の戦力を指し、外国の軍隊は、たとえそれがわが国に駐留するとしても、ここにいう戦力には該当しないと解すべきである。」「アメリカ合衆国軍隊の駐留は、

⁽⁴⁾ 東京地判1959(昭和34)年3月30日下刑集1巻3号776頁(判例時報180号2頁、判例タイムズ89号79頁)。なお、余談ではあるが、本件事案が置かれた当時の状況を鑑みたとき、政治・外交・憲法学界・法曹実務等各方面に渡って極めて大きな影響を与えたであろうと容易に推測できる本判決のボリュームの少なさに、学部のゼミ報告に備えて初めて本判決を資料として目にした学生時代の私にとっては意外さを覚えた記憶がある。なお、本判決の意義については、例えば山内敏弘・太田一男『憲法と平和主義』(法律文化社、1998年)170～173頁等を参照。

⁽⁵⁾ 最大判1959(昭和34)年12月16日刑集13巻13号3225頁(判例時報208号10頁、判例タイムズ99号42頁)。最高裁判決としては極めて異例の、伊達判決から1年もたたない短期間のスピード判決には、当初から政治的な臭さも指摘されてはいた。最近、砂川事件に対する、米国政府サイドによる露骨な司法(最高裁判所)への政治介入が報道された。毎日新聞2008(平成20)年4月30日朝刊1面、沖縄タイムス2008(平成20)年4月30日朝刊9面など参照。

憲法9条、98条2項および前文の趣旨に適合こそすれ、これらの条章に反して違憲無効であることが一見極めて明白であるとは、到底認められない。」

厳密に検討すると、本判決は、駐留米軍の合憲性について必ずしも明確な判断を示したのではなく、むしろ9条2項の「戦力」に該当しないとすることによって、駐留米軍の憲法判断適合性を否定したものと解することができる余地がある。ただ、駐留米軍の現状を鑑みたときに、駐留米軍に対する合憲判断を示すことと、駐留米軍がわが国の憲法判断の俎上には載らないと判示することとの間に、如何ほどの実際上の差があるのか、にわかには断じ難いところはあるが…。論者によって、本判決をもって駐留米軍の合憲性を判示したものと解することも故なきことではないと思われる。

なお、本件に限られず、日米安保条約や自衛隊法等に関する憲法9条関係訴訟の一つとして、司法権の独立の観点から、本判決の意義を、安全保障政策形成への不介入として、その効果を「最高裁判所が政治の場面で、9条問題の展開に翻弄されずに、いわゆる司法権の独立を維持している」と分析してみせる者もいる。但し、この論者は、「日本では、司法権の独立の意味について、…（通常の意味に付加して）司法権が政治部門の行為に介入しないことをも重要なことだ」と理解される点も併せて、適切に注意を促している⁽⁶⁾。

このように、駐留米軍の合憲性に関する裁判所の対応は、第一審東京地裁と最高裁とでは、極めて対照的である。そして、この事件以降、少なくとも駐留米軍の根拠となっている日米安保条約の合憲性については、本件最高裁判決の枠組みが、本件当時の旧日米安保条約の内容とは異なるにもかかわらず、例えば沖縄県知事代理署名拒否訴訟最高裁判決⁽⁷⁾など、判例として今日まで維持

⁽⁶⁾ 戸松秀典『憲法訴訟』（有斐閣、2000年）416～417頁。

⁽⁷⁾ 最大判1996（平成8）年8月28日民集50巻7号1952頁（判例時報1577号26頁）。なお、本判決についての解説・評釈は、交告尚史「職務執行命令訴訟」磯部力・小幡純子・斎藤誠編『地方自治判例百選（第三版）』（有斐閣、2003年）202頁以下とそこに掲げ

されているとされる。しかしながら、他方で、東京地裁判決も、憲法学における日米安保条約・駐留米軍違憲論の形成に大きな刺激を与え、また、反安保の運動を展開する人々にとっても一つの理論的な拠り所とされていった⁽⁸⁾。

これまで見たように、日米安全保障条約や駐留米軍を「一見明白に違憲ではない限り」司法審査の対象外とし、駐留米軍を憲法9条2項の関知するところのものではないとした最高裁判決の論理枠組みは、国民の生命、自由、安全を現に脅かすこともある駐留米軍の活動に対する憲法上の効果的統制のあり方をきわめて不明確かつ不十分なものとし、今日に至るまで暗い影を落としてきたように私は思う。少なくとも、わが国の安全保障のあり方をめぐる政治的対立に裁判所が巻き込まれることを極度に恐れて、駐留米軍による如何なる人権侵害に対しても、その救済がどこまでも政治・外交上の問題としての枠組みを越えるものではなく、裁判による救済の道を事実上閉ざしてしまった効果は、国民にとって目を覆うばかりの不幸であった。特に駐留米軍基地を抱える地方公共団体の住民にとっては、判例変更が格段に求められるべき最高裁判例の一つとなった。

2 憲法学説の状況

上記砂川事件を契機として、一般的に、米軍のような外国の軍隊が日本領土に駐留することは特に憲法9条2項の「戦力」不保持規定に反することにならないかにつき、憲法学においても、ニュアンスの異なる諸説が多岐に分かれて主張されることとなった。それ故、本稿において、基本的枠組みとしては合憲説あるいは違憲説に分類された⁽⁹⁾ 諸説にあっても、細部まで点検すると、実

られている参考文献等を参照。

⁽⁸⁾ 樋口陽一ほか『憲法判例を読みなおす (改訂版)』(日本評論社、1999年) 22～23頁(山内敏弘執筆)。

⁽⁹⁾ 学説の整理については、芦部信喜『憲法学』(有斐閣、1992年) 292～294頁や、野中俊彦ほか『憲法 (第3版)』(有斐閣、2001年) 182～184頁(高見勝利執筆)等を参考している。

は日米安保条約の特異性等留保が付いたものも少なくないので、諸説の細部にまで渡る精緻な理解については下記の分類に必ずしも捉われてはならない注意が必要である。

合憲説（あるいは、そもそも憲法判断の対象とはならない（結論としての現状容認）という説も含まれる。）なお、合憲説については、その理由付けの相違から、ニュアンスの異なる幾つかの説に細かく分かれる。

i 駐留軍非戦力説 憲法9条2項においてその保持が禁じられている「戦力」とは、我が国が指揮・管理権を有する戦力を指すものであり、駐留米軍のような外国の軍隊は、それが日本に駐留するとしても、憲法が禁ずる「戦力」には該当しないとするものである⁽¹⁰⁾。上記砂川事件最高裁判決の採る立場がその代表であり、合憲説の中では多数を占めるとされている。思うに、指揮・管理権の有無を、憲法上その保持が禁じられる「戦力」かどうかのメルクマールとしているところがこの説の特徴である。形式的には比較的単純明快な判断基準であるが、逆にその形式性に厳しい批判も寄せられるであろう。但し、肝心の指揮・管理権の有無の判断についても、あくまで形式的に条約の明文の規定を根拠にして法的に判断するのか、あるいは諸状況も鑑みた事実上の判断でもよいのかによって、この種の説の内部にあっても、恐らくニュアンスの違いは生じるであろう。この説が憲法学説全体において占める地位には変遷があり、東京地裁伊達判決までは学説の多数を占めていたように思われたが、それ以降、現在に至るまで学説としては数的に減少傾向にあると思われる。

この説のように、憲法が禁止する「戦力」には該当しないとすることで、例えば、駐留米軍の武器装備・軍事訓練等のあり方などはわが国の憲法が関知で

⁽¹⁰⁾ 基本的に合憲説を採る（と思われる）ものとして、横田喜三郎『自衛権』（有斐閣、1951年）210～211頁、田畑茂二郎「集団的安全保障制度と第9条」清宮四郎ほか編『憲法講座1』（有斐閣、1963年）262頁、佐藤功『憲法（上）（新版）』（有斐閣、1983年）133頁、伊藤正己『憲法（第3版）』（弘文堂、1995年）175頁等がある。

きるところではなく、どこまでも政治・外交上の課題となってしまう効果には現在ではもはや容認し難いものがある。

ii 過渡的措置説 憲法9条は、「国際連合による安全保障の方式をみとめているものであり、その意味で、日本の安全が、多かれ少なかれ国際的な集団保障の方式により、さらにまた、そういう方式の完成に至る過渡的措置として、外国軍隊の駐在により、保障される可能性を否認していると解するのは、良識に反する。」それ故、過渡的措置としての「アメリカの軍隊の駐在によって、日本の安全が保障されることが、政治的に見て、のぞましいかどうか、また賢明かどうか、は別として、それが憲法に反すると解する根拠は見出しにくい」とする。そして、「日本国内に外国の軍隊の駐在をみとめることが、かように、かならずしも憲法に違反するわけではないとすれば、同じ理由により、外国の軍隊のために、日本が軍事基地を提供することも、かならずしも憲法違反と見るべきではなからう⁽¹¹⁾」とする。

この説については、まず、そもそも憲法9条が、いわゆる5大国(2008年現在では、米国・ロシア・フランス・英国・中国)の政治的影響を現在でも払拭できていない国際連合による安全保障方式を当然に認めているのかどうか自体が、一考に値する課題である。また、国際連合による安全保障の方式に至る、あくまでも「過渡的措置」として論者が容認した米軍の駐留も、現時点まで早50年以上を経過している。むしろ、恒常的な措置となった感もある米軍の駐留を論者はどのように捉えるであろうか。現在の駐留米軍については、少なくとも日米両政府に、このような「過渡的」という認識が到底見受けられない以上、現在では採り難い見解となった。

iii 準国連軍説 「現に駐留するアメリカ軍を国際連合軍と同視してよいかにはかなりの問題があるが、日米安全保障条約は、国際連合憲章第52条の定める地域的取極に準ずべきものであり、またアメリカ軍は実質的には国際連合軍

⁽¹¹⁾ 宮沢俊義(芦部信喜補訂)『全訂日本国憲法』(日本評論社、1978年)179~180頁。

の中核をなすものであるから、いちおうこれを国際連合軍に準じて考え、その駐留を憲法に違反しないものと見たいのである⁽¹²⁾。」

この説は、国際連合による安全保障方式に期待を寄せ信頼する点で、前記の過渡的措置説と類似の認識があるので、同じ説として取り扱われることもあった。近年の米軍によるイラク侵攻をめぐる状況を一例として言及するまでもなく、一国の軍隊を果たして国際連合軍に準ずるものとして容易に同視できるものかどうか。わが国も含めて、世界平和の構築に向けて多様な立場があり得る190カ国以上の国家が存在する国際社会では、現時点においては極めて問題は多い。

iv 自衛力補完説 「外国軍隊の駐留が憲法上許されるかどうかは、その軍隊の駐留がわが国の防衛力の不足を補うことを目的とし、その行動が限定されているかどうかによって定まるものであろう⁽¹³⁾」とするものである。これだけでは駐留米軍の合憲性について判断が明確ではないが、安保条約に対する論者の評価に鑑みて、合憲説の一つとされている。しかしながら、現時点においてはむしろ、駐留米軍が「わが国の防衛力の不足を補う」にとどまるものか、「その行動が限定されているかどうか」の評価次第では、一転して違憲説に転じる可能性はある。

違憲説（あるいは、憲法判断における批判的な検討対象となり得るといふ説も含む。）

駐留米軍の違憲性を明言した上記砂川事件第一審判決と、その判旨を基本的に支持する学説の採る立場が代表的なものである⁽¹⁴⁾。特に近年の学説状況に

⁽¹²⁾ 法学協会編『註解日本国憲法（上巻）』（有斐閣、1953年）239～240頁。

⁽¹³⁾ 橋本公巨『日本国憲法（改訂版）』（有斐閣、1988年）446頁。

⁽¹⁴⁾ 基本的に違憲説を採る（と思われる）ものとして、小林直樹『憲法講義（上）（新版）』231～232頁（東京大学出版会、1980年）、隅野隆徳『日米安保条約』芦部信喜ほか編『演習憲法』（青林書院、1984年）101～102頁、有倉遼吉ほか編『基本法コンメンタール』（日本評論社、1986年）42頁（長谷川正安執筆）、深瀬忠一『戦争放棄と平和的

においては、多数説と思われ、上記砂川事件最高裁判決を批判するかたちで展開される。最高裁判決の論理に対する代表的な批判としては、次のようなものがある⁽¹⁵⁾。

憲法9条2項は「自国の軍隊が危険だから保持しえないというのに、なに故に他国の軍隊ならば危険でなく保持しうるということになるのであろうか。むしろ他国の軍隊の方が、日本政府の、ひいては日本国民の指揮管理下に服さないだけに少なくとも日本国民にとってはより一層危険と見るのが常識的というものであろう。」駐留米軍は「日本政府の意思によって、あるいは『政府の行為』によって日本の領域内に軍隊の存在を認めることにほかならない。憲法前文や9条が自国の軍隊の保持を禁止している以上、当然にこのような他国の軍隊の保持をも禁止していると捉えるのが、むしろ自然な解釈であろう。」

ただ、従来は違憲説として分類されてきたものの中にも、その表現上のニュアンスには相違があって、例えば、厳密には、必ずしも駐留米軍に対する憲法判断を明示しているわけではないが、「日本の指揮下でない外国の戦力であっても、米駐留軍のように、それが同時に、条約により、日本の意志にもとづいて駐留している戦力ですとすると、憲法上の問題が起こらないとはいえない⁽¹⁶⁾」として、上記 i 駐留軍非戦力説を問題視し、駐留米軍の存在が憲法

存権』（岩波書店、1987年）394～398頁、杉原泰雄『憲法 統治の機構』（有斐閣、1989年）141～142頁、佐藤幸治編著『要説コンメンタル日本国憲法』（三省堂、1991年）71頁（岩間昭道執筆）、山内敏弘『平和憲法の理論』（日本評論社、1992年）116～119頁、樋口陽一ほか『注解憲法』（青林書院、1994年）166頁（樋口陽一執筆）、高野真澄『現代日本の憲法問題（改訂版）』（有信堂、1995年）73頁、水島朝穂「安全保障体制」高橋和之ほか編『憲法の争点』（有斐閣、1999年）45頁、野中俊彦ほか『憲法の解釈 総論』（三省堂、1989年）158頁（浦部法穂発言）、野中ほか・前掲注（9）184頁（高見勝利執筆）等がある。

⁽¹⁵⁾ 山内・前掲注（14）『平和憲法の理論』117頁。

⁽¹⁶⁾ 清宮四郎『憲法（第3版）』（有斐閣、1979年）118頁。清宮説における表現上のニュアンスには特に注意が必要であると思われる。山内・前掲注（14）『平和憲法の理論』112頁でも的確に指摘されるように、清宮博士は、砂川事件に関する両判決が下される以前の『憲法』初版（1957年）83頁では、「外国軍の駐留及び軍事基地の提供は、いずれもそれによって日本が戦力を保持することにはならないから、政治的当否とはにかく、直ちに違憲となる状態ではない」として明らかに合憲説に立つものとされて

判断の対象となりうることを示すにとどまる説もある。駐留米軍があくまでも憲法判断の対象とはならないとする駐留軍非戦力説に比べると、明確な憲法判断は伴わなくても、少なくとも憲法判断の対象となりうることを明確に示した点で、この学説の歴史的意義はなお大きいものがある。

しかしながら、これまでの憲法裁判の状況を顧みながら、駐留米軍をめぐる現状の改善にとって有効となる主張を展開するためには、以上の専ら憲法9条2項に基づいた違憲説とは異なる、違憲判断の枠組みの模索が試みられてもよいのではないかと思われる。ここにも本稿のねらいの一端がある。

“憲法の欠缺”説

駐留米軍の憲法適合性判断について合憲説・違憲説いずれを正当なものとするか、わが国の安全保障や外交をめぐるこれまでの状況を顧みながら、憲法解釈論のレベルで明らかにすることを困難なものとする、あるいは逡巡を示す学説もありうる⁽¹⁷⁾。(但し、少なくとも憲法学は具体的課題に対して、実定憲法に基づき「規範(～すべし・～すべからず)」を示そうとする役割を果たそう

いるが、同判決以後の新版(1971年)115～116頁からは、当該文章はすべて削られ、本文で引用したものに改められている。判決前後において、果たして清宮は改説したのかどうか、厳密には必ずしも明らかではないが、表現上のニュアンスの相違に鑑みて、改説したものと評価してもあながち不当ではないと思う。

⁽¹⁷⁾ 例えば、戸波江二『憲法(新版)』(ぎょうせい、1998年)104～105頁では、駐留米軍の合憲性について、「憲法の本来の理念に照らせば、特定の国と軍事的協力関係を結び、その軍隊を日本に駐留させることは消極的に評価されなければならないであろう」としながらも、他方で、「自国の軍隊を保有することとは性質が異なること、同盟によって共同防衛体制を整えることが諸外国の国際関係において一般的であること、日米安保条約がすでに四〇年以上にわたって継続し、日米関係が日本の外交上重要なものとなっていることなどを考慮すれば、少なくとも現段階で違憲と判断することは躊躇されよう」とする。

実は、近年数多く出版される憲法の教科書・概説書の類において、その性質上やむを得ない部分はあるにしても、駐留米軍の合憲性について、前述した砂川事件の東京地裁判決と最高裁判決の内容に触れるのみで、自らの立場について言明し、自説を積極的に展開するものがあまり見受けられないのも、戸波教授が率直に吐露する、かような「躊躇」も一因にあるのではないかと思う。この点は、駐留米軍の合憲性に関する憲法学説全体の動向把握の困難さにも反映しているように思われる。

とする学問であると思われるので、如何に困難な憲法学上の課題とはいっても何ら「規範」らしきものを示そうとしない学説には疑問が残るが…。)

このような学説の中で、趣の異なるものとして特に注目されるのは、“憲法の欠缺”説とされる大西芳雄教授の次のような見解である⁽¹⁸⁾。すなわち、「今日の米国軍隊駐留の事態は、一方において、日本国憲法が一切の軍備・戦力を保持しないと定めたことと、憲法制定後に起こった国際情勢の変化、特に朝鮮戦争の結果、によって生じてきたことであって、憲法制定当時はかかる事態は予測されていなかった」とし、これは、すなわち「憲法がいずれとも定めていない事態」である「憲法の欠缺」であって、憲法「解釈の限界をこえた問題」であるとする。もしこのような問題を最高裁判所が判断しようとするならば、「裁判所が憲法制定作用をするに等しい結果」となるため、「最高裁判所はその判断・決定を差しひかえるのが至当であり、結局のところ、憲法制定権者（である国民）にその問題の決定を留保するのが正しい態度」であるとする。

この説に対しては、好意的な評価もある一方で、「単に制憲時に予測されなかったというだけで、安易に憲法の欠缺を認めることは解釈的努力を放棄するものであ」とし、「たとえ、憲法典に欠缺が認められるとしても、憲法の欠缺は、あたかも自然の秩序が欠缺をもちえぬように、通常の場合には考えられないのであるから、憲法典に欠缺があるならば、一般的法原理から問題の解決を引き出さなくてはならない⁽¹⁹⁾」とする批判もなされている。

思うに、大西説を、具体的問題の解決に向けられた、解釈者の価値判断を含む解釈学説として把握しようとする、解釈者が「安易に」その「解釈的努力を放棄するもの」という批判も成り立つかもしれないが、むしろ、「憲法の欠缺」として憲法のありのままの現状の認識を標榜しようとする科学学説として

⁽¹⁸⁾ 大西芳雄『憲法要論』（有斐閣、1964年）32頁。なお、大西教授が言及する「憲法の欠缺」という概念については、同『憲法の基礎理論』（有斐閣、1975年）75頁以下を参照。

⁽¹⁹⁾ 芦部信喜監修『注釈憲法（1）』（有斐閣、2000年）481頁（高見勝利執筆）。

評価する観点からすれば、大西教授の所説は、科学学説としてはある程度成立する見方ではないのかという感想を抱く。但し、大西教授による憲法の解釈学説と科学学説との区別が曖昧なために、少なくとも「憲法の欠缺」という認識から最高裁判所の「正しい態度」に結びつけていく箇所については、解釈学説として、従来の統治行為論と内容的にほとんど変わらない結論を採る学説となっており、私にとって興味深い要素を多分に含む学説ではあるが、異論の余地もやはり大きいと思う。

以上、憲法学説を整理・検討してみたが、憲法学界全体の動向として、果たしてどれが多数を占める学説であろうか。私が渉獵した限りでは、全体として、特に近年では、基本的に違憲説を示すものが多数説であるように思われるが、一方では、「一般に判例と同様な解釈や駐留米軍も準国連軍であるという理解に立って、駐留米軍の存在の政策的是非は別にして、憲法に反するとまでは解していない⁽²⁰⁾」とする見解もあり、他方では憲法判断を明確に決していない論者も相当数存在すると思われるので、この点についての判断は決め難いところがある。しかしながら、判断を明確にしている学説を基準としてなおその動向を評価すれば、憲法学界としては、違憲説がやはり多数説といえるのではないかと思う。

3 政府見解

政府は、主として自衛隊の合憲性に関する1952年の吉田茂内閣（第4次）統一見解以来、憲法上その保持が禁止されている「戦力」とは、わが国が保持の主体である戦力であって、わが国を守るために米国の保持する軍隊である駐留米軍は、憲法9条の関するところではない、という立場を採ってきた⁽²¹⁾。上

⁽²⁰⁾ 大沢秀介『憲法入門（第3版）』（成文堂、2003年）42頁。

⁽²¹⁾ 駐留米軍の合憲性をめぐる政府見解については、例えば、樋口陽一・大須賀明編『日

記砂川事件最高裁判決や、上記憲法学説 合憲説のうち i 駐留軍非戦力説とはほぼ軌を一にする見解である。むしろ、理解の正確さを期すならば、時期的には、それらに影響を与えた公的見解として恐らく把握すべきものなのかもしれない。

政府見解の下では、その政治的立場からすれば当然のことと思われるが、わが国に駐留する米軍のあり方は基本的には憲法問題とはなり難く、わが国と米国との間の政治・外交上の問題としてほとんど取り扱われることになる。駐留米軍のあり方を、国民の主張や裁判所の法的判断によって大きく左右される憲法判断の対象とはしたくない政府の思惑に適合する格好の憲法解釈⁽²²⁾となっている。

4 小 括

本節においては、駐留米軍をめぐる憲法裁判例・憲法学説の状況や政府見解を整理し、現在の観点から評価分析し、検討してきた。これまでの駐留米軍の憲法上の取扱いを見ると、違憲判断を明示する憲法裁判例や憲法学説も存在するが、駐留米軍は憲法 9 条 2 項がその保持を禁止する「戦力」ではないとする最高裁判決や政府見解が行政実務では大勢を占めていることがあらためて確認できた。駐留米軍に対して違憲判断を明示してきた判決や学説もそれ自体として現時点においても魅力的ではあるが、主として憲法前文や 9 条の平和主義の原理に照らして理解しようとする点では、最高裁判決や政府見解と議論の土俵を共通にしている。しかしながら、駐留米軍のあり方は、日本国憲法にとって、果たして平和主義にのみ係る問題なのであろうか。必ずしも平和主義にのみ係

本国憲法資料集 (第 4 版)。(三省堂、2000年) 34頁 「保安隊は戦力ではない」、宮沢・前掲注 (11) 170頁、佐藤(功)・前掲注 (10) 122~123頁等を参照した。

⁽²²⁾ 高橋和之ほか「(座談会) 憲法 9 条の過去・現在・未来」ジュリスト1260号 (2004年) 7頁以下において、安念潤司教授は、本文とは異なる自衛権・自衛隊をめぐる文脈においてではあるが、「この半世紀にわたる日本政府の憲法 9 条解釈は、政治の激動の中における法解釈のアートとして、絶品だったと思」う (15頁) とまで述べ、高く評価している。

る憲法問題ではないというのが、本稿で明らかにされる私の主張の一つである。

思うに、駐留米軍が、9条2項においてその保持が禁じられた「戦力」、すなわちわが国の憲法が統制しうる国家権力に基づく「戦力」ではないとした効果として、例えば、冒頭で紹介した大学構内へのヘリ墜落事故に際して、明らかに適正手続に反すると思われる駐留米軍の行動について憲法上の令状主義等適正手続の原則に従うべきか否かという点まで、そもそもわが国では憲法問題とはなり得ないという奇妙な結果もまた惹起することとなってしまうのではないか。

かつてわが国も経験した、戦争に勝利した他国の軍隊が当然のように駐留を続ける敗戦占領時であればともかく、平時においても一国内に外国の権力装置（軍隊）が存在することは、国民の基本的人権を保障して、国家権力の民主的統制を追求する立憲主義のあり方に、本来は根本的問題を投げかけるものではないのかという疑問点が、現在に至るまで、見落とされ続けている感を私は感じ得ないのである。

この点については、さらに次節で少しく検討することにしたいと思う。

憲法が統制する“国家権力”の性質と駐留米軍の憲法判断適合性

前節で見た駐留米軍をめぐる最高裁判決や、駐留米軍の合憲性に関する学説や政府見解を検討したことによって根本的に感じる疑問がある。すなわち、駐留米軍の存在は、要は9条2項でその保持が禁じられている「戦力」に該当しないとするのみで、ここまで容易に違憲の疑いを完全・確実に払拭できる性質のものなのか⁽²³⁾。安全保障として自国の領土内に外国軍隊を駐留させる

⁽²³⁾ 林修三『憲法の話』（第一法規、1973年）71頁では、「安保条約は、もはや憲法上の問題ではな」く、「わが国の防衛が、こういう安保体制に依存することの是非という観

方式が、立憲主義憲法上、そもそも許容されうるのか。もし許容されうるとすれば、あらゆる国家権力に対して憲法上の統制が及ぶべきだという立憲主義憲法の前提に、うまく番外地が設けられた印象さえ残る。私に限らず、憲法学としては甚だ疑問を感じてもよいところであろう。本節では、この点を少しく掘り下げて検討を試みることにしたい。

わが国の憲法も立脚する近代立憲主義憲法とは、例えば、「権利の保障が確保されず、権力の分立が定められていない社会は、すべて憲法をもつものではない」と規定する1789年フランス人権宣言16条において端的に示される、専断的な権力を制限して広く国民の権利を保障するという、近代立憲主義の思想に基づく憲法のことである⁽²⁴⁾。

憲法が統制の対象とする国家権力とは、いうまでもなく自国の国家権力である。そして、憲法から授権されることのない国家権力は、わが国のものと雖も、その存在が許されないことは立憲主義憲法の当然の帰結である。立憲主義憲法にあってわが国の憲法9条は、その改正が成立しない限り、わが国がかつての日本軍のような国家権力を「戦力」として有することを厳に禁じたものである。

しかしながら、わが国の憲法が統制する国家権力の性質を当然のことながら自国のものと考えるとき、果たして、憲法がそもそも統制の対象として本来は予定していないはずの、アメリカ合衆国の権力装置である軍隊を、我が国の政府の行為による日米安全保障条約の締結によって駐留させることは、平和主義原理の問題よりも前に、そもそも立憲主義憲法の構造上可能であったのだろうか。確かに、わが国の憲法には、例えばオーストリア憲法のように「オーストリアは...あらゆる将来において、如何なる軍事的な同盟にも加わらないし、自らの領土内に外国の軍事基地を設けることも認めないものとする⁽²⁵⁾」として

点から論議されるべき政策問題となっている」とまで明白に述べる。

⁽²⁴⁾ 芦部信喜（高橋和之補訂）『憲法（第3版）』（岩波書店、2002年）5頁。

外国軍隊の駐留を明文で禁止する規定はない⁽²⁶⁾。しかしながら、外国軍隊の駐留禁止規定の不存在をもって必ずしも特定の外国軍隊の駐留をわが国の憲法が許容する趣旨では決してなく、むしろオーストリア憲法の方が立憲主義に基づく当然の帰結を確認的に規定したものととして解されるのではないか。前記の砂川事件最高裁判決によって示唆されるように、仮に駐留米軍がわが国の憲法に基づく統制の対象とはならない権力装置であるというならば、そもそも、わが国の憲法上、その国内における存在の正統性を根拠づけることさえ恐らくできないはずである。

立憲主義憲法とその統制が及ぶ国家権力の性質との関係を考えてとき、果たして、憲法に明文の規定が存在しないにもかかわらず、国民の基本的人権の保障に深刻な影響を及ぼしうる米軍の駐留を許容することは、わが国の立憲主義憲法上本来的には不可能ではなかったかと根本的な疑問を覚える。

わが国の憲法が、憲法上の統制を及ぼしうる自国の軍隊を敢えて保持しない、放棄するかたちで、平和主義を実現した代償として、前述の砂川事件最高裁判決によれば、憲法上の統制の及び得ない外国の国家権力による軍隊を駐留させてきた現実、自国の国家権力を徹底的に民主的に統制して国民の権利や自由を確保しようとする立憲主義のあり方として、灯台下暗しの感もあるが、極めて問題であるといわざるを得ない。

従来の憲法学説は、外国の軍隊と雖も、わが国の憲法の統制下に置くことを意図したが、効果的な憲法上の統制を確立することに成功できなかった。何故、駐留米軍に対する憲法上の効果的な統制が確立されえなかったのか。ここでは、わが国の立憲主義憲法がその統制の対象としている“国家権力”の見極めにつ

⁽²⁵⁾ 阿部照哉ほか編『世界の憲法集 (第2版)』(有信堂、1998年) 125頁「オーストリアの中立性に関する1955年10月26日の連邦憲法」1条2項参照。

⁽²⁶⁾ 尾吹善人『日本憲法 - 学説と判例』(木鐸社、1990年) 53~54頁では、「日本の憲法にはオーストリア憲法のように外国軍隊の駐留を禁止する規定がない」ことを、必ずしもその趣旨は明確でないところもあるが、前述の砂川事件東京地裁伊達判決に対する批判的な評価の論拠の一つとしている。

いて、従来の学説に間隙がなかったかどうかを指摘するにとどめたいと思う。

なお、最近、本稿でいう“国家権力”の見極めについては、本稿とは視点が異なるが、興味深い言説も学説の中で表れている。すなわち、長谷部恭男教授によれば、「外敵の侵入から自己の生命・財産を守るための防衛サービス」はいわゆる「公共財」の一つであり、例えば砂川事件最高裁判決に見られるように、本来は憲法によって拘束されることのない、「最終的には主権者たる国民が決定すべき問題」の一つであるとしているのも一理あるとする。しかしながら、「防衛サービス」という「公共財の供給のあり方」について、主権者たる国民が決定するには、諸々の理由によって「民主政の欠陥」があまりにも深刻であるために、予め「主権者たる国民の決定権を縛ることに憲法9条の意義がある」とするもの⁽²⁷⁾である。憲法9条の意義を新たな視点から把握した興味深い学説である。

ただ、本稿の関心からすれば、長谷部教授の説は傾聴に値する見解であると思われるが、「防衛サービス」という「公共財の供給のあり方」の内容として、駐留米軍のような外国の権力装置の存在が長谷部教授の立場からは如何に評価されうるか、明らかにして欲しい。例えば、立憲主義から見ても受け容れうるものなのか、あるいは「防衛サービス」をめぐる「民主政の欠陥」が如実に表れたかたちと評されるものか、その評価が待たれるところである。

以上の考察に基づき、憲法が統制し得る国家権力の性質を鑑みれば、アメリカ合衆国の権力装置にしか過ぎない駐留米軍の存在を容認することは立憲主義

⁽²⁷⁾ 長谷部恭男『憲法(第3版)』(新世社、2004年)67~72頁参照。なお、長谷部教授は、本稿のような立場も含め、「軍備を限定する立場をとる場合には、さらに、いかにして理想とは程遠い現在の世界においてなおかつ平和を確保しうるかについて積極的な政策提言を行う必要がある」とも言及する。本稿では、紙幅の関係上、平和の確保に関する「積極的な政策提言」を展開する余裕はないが、今後の研究の展開として当然に意識されなければならない課題であると考えている。

憲法上不可能である。しかし、敢えて駐留米軍を憲法上容認できるかたちを追求したとしても、憲法上の効果的な統制が及ぶことを当然の前提にした、駐留米軍の存在を位置づける具体的あり方が模索されなければならないであろう。その内容をここで具体的に示すことはできないが、少なくとも、駐留米軍に憲法上の承認を与えることを目的とした「憲法問題国民投票」というかたちで、駐留米軍の存在自体を、主権者である国民が民主的に直接に統制する機会を設けることが必要不可欠ではなかったかと思われる。現在の駐留米軍は、その最低限度の憲法上の統制手段である、このような国民に対する憲法判断の機会がないままにその活動が当初から展開されているのである。

国家外交権の民主的統制 - “外交の民主化”と“外交の自由（主義）化”

これまで論じてきたこととは別に、駐留米軍をめぐる憲法問題は、憲法によって自国の軍隊を保有することを禁じられたわが国においては、特に日米安保条約やそれに基づく日米地位協定の運用の問題等に如実に見られるように、条約締結権を始めとする国家外交権を如何にして憲法上適正な民主的統制に置くかという問題と不可分なものとなって表れてくる。仮に駐留米軍の存在を憲法上適切に位置づけることができたとしても、駐留米軍をめぐる憲法問題はそれだけにとどまるものではないのである。

ここで確認のため定義しておくが、「国家外交権」とは、総じて、「外交交渉、外交使節の任免、批准書等の外交文書の作成など、交渉という手段によって行われる、国家の対外的関係の開設、維持、展開及び終結等に関する活動を行う国家の権能⁽²⁸⁾」をいうものとする。

⁽²⁸⁾ 「国家外交権」の定義については、佐藤幸治ほか編『コンサイス法律学用語辞典』

本節では、国家外交権に対する憲法上の統制という課題が憲法学上どのように取り扱われてきたか、簡単に見ておくことにする。

国家外交権に対する憲法上の統制への関心は、憲法思想史上、当初は必ずしも強いものであったとは言い難いようである。例えば、近代立憲主義憲法の確立に多大な思想的影響を与えた J.J.ルソーは、『山からの手紙』(1764年)において、少しく引用が長くなるが、次のように述べていた⁽²⁹⁾。

すなわち、「国家権力の対外的行使はけっして市民にふさわしいものではありません。」国家権力の対外的行使は、「指導者たちに決定を任せなければなりません。」指導者たちは、「この点ではつねに市民たちより精通しており、祖国に不利益な条約を外部に結ぶことにほとんどなんの利益も見出さないからです。」「各市民にとって本質的に重要なことは、国内における法の遵守、財産の所有、諸個人の安全です。これら3点が万事うまく運んでいるかぎり、外国との交渉や協定は諸評議会に任せておけばよいのです。あなたがたにとっていちばん危惧すべき危険が発生するのはそこからではありません。人民の諸権利を寄せ集めるべきは、諸個人の周囲にであります。」と述べるところからも明らかにされるように、意外ではあるが、国家外交権に対する憲法思想史上の関心の弱さが窺えるであろう。

しかしながら、当然のことながら、当時のルソーには予測できなかったであろう。駐留米軍基地問題にあらためて触れるまでもなく、現代における国家外交のあり方は、むしろ「各市民にとって一ばん大切な」「国内における法の遵守、財産の所有、諸個人の安全」に大きく関わるようになったことを。そして、現に憲法上の統制が及び難い点を的確に捉えれば、自国ではなく、外国の国家

(三省堂、2003年) 135頁 (“外交関係を処理する権能”の項目) や、大須賀明ほか編『憲法辞典』(三省堂、2001年) 41頁 (“外交”の項目) 等を参考にしている。

⁽²⁹⁾ J.J.ルソー「山からの手紙(第7の手紙)」西川長夫ほか訳・編『ルソー全集第8巻』(白水社、1979年) 366頁(川合清隆・訳)を参照した。

権力に起因する「いちばん危惧すべき危険」が国民生活にまで身近に及び得るようになったのである。現代における国家外交は、国民生活からまったくかけ離れたところにあるのではなく、ルソーが人民の諸権利を寄せ集めるべきであると主張する、「諸個人の周囲に」まで密接に関わっているのである。

憲法思想史については、もう一人、A.トクヴィルも挙げておこう⁽³⁰⁾。彼にとっても「民主政治が他の政治形態よりも決定的に劣っているように見えるのは」、外交作用においてであるという。「外交政策には民主政治に固有なほとんどすべての美点の使用は必要ではなく、むしろそれとは逆に民主政治にかけているほとんどすべての特性の発動が必要である」と。但し、ここには、彼の当時の民主政治に対する評価として、「民主政治が政策において理性に訴えるよりも感情に従い、興奮した激情の満足のために長い間熟慮された計画を放棄して顧みないという傾向が」国家の外交作用には不利益に働く、という見方が背景となっていることに注意が必要である。もちろん、主権者として民主政治を担う今の私たちが、実際に感情ではなく理性に従い、国政のあり方を的確に判断することができているかについては自己点検が求められるところもあろうが、少なくとも様々な憲法政治の経験を積み重ねる歳月を経た、成熟した民主政治にこのようなトクヴィルの見方が成立するものでないことは多言を要しないであろう。

かつて、宮沢俊義は、日本国憲法が制定される以前（1930年）に、「外交に対する民主的統制」という論稿⁽³¹⁾において、「立憲政」においては少なくとも「国家の成員の重要な多数がその国家作用に対して直接間接に統制　これを

⁽³⁰⁾ A.トクヴィル（井伊玄太郎・訳）『アメリカの民主政治（中）』（講談社、1987年）127～129頁を参照した。

⁽³¹⁾ 宮沢俊義「外交に対する民主的統制　「外交の民主化」の法律的考察」『憲法と政治制度』（1968年、岩波書店）91～93頁。なお、高見勝利『宮沢俊義の憲法学的研究』（2000年、有斐閣）77頁（注72）参照。

民主的統制 (democratic control) と呼ぶ を及ぼしうるような法律的機構が存在すること」を「主要なる特徴」とし、この観点からすると、「近代国家においては、国家作用の殆どすべてが民主的統制に服するよう機構づけられている」が、「外交作用のごときは、いずれの国においても民主的統制の服することの比較的少ないもの」として指摘していた。宮沢は、外交作用に対して「民主的統制の服することの比較的少ない」原因として、「外交乃至国際問題に対する一般国民の関心が内政問題に対するそれに比してきわめて微弱であったこと」、外交作用が民主的統制とは相容れぬ「秘密」を帯びていて、現代においてもその「秘密」性を絶縁することが困難であること、を指摘していた。国家外交に対する民主的統制のあり方を如何に考えるべきか、残念ながら宮沢自身はそれに関する積極的な主張を控えてはいるが、近代憲法のあり方につき追究すべき今後の課題の一つとして、諸外国の憲法の展開に早くから注目していた点は特筆に値すると評してよい。この論文における当時の宮沢の真意は正確には測り難いが、あるいは天皇大権の下にあった当時の外交作用についても、明治憲法の立憲主義的運用の下で、当時の帝国議会による民主的統制に服させるよう図ることが直接のねらいの一つではあったのかもしれない。

ただ、宮沢の指摘から70年以上経過した現代でも、国家が担う外交作用の本質が大きく変わったとは思われず、例えば、国家外交作用には相変わらず多くの秘密・機密の類を有している事実には変わりがない。例えば、平成13年から施行されている「行政機関の保有する情報の公開に関する法律」(平成11年法42)においては、国民主権の理念に則して、「国民的確な理解と批判の下にある公正で民主的な行政の推進に資すること」(第1条)を情報公開の目的として掲げながらも、他方で、第5条第3号において「公にすることにより、国の安全が害されるおそれ、他国若しくは国際機関との信頼関係が損なわれるおそれ又は他国若しくは国際機関との交渉上不利益を被るおそれがあると行政機関の長が認めることにつき相当の理由がある情報」、いわゆる「国家秘密」が、

法の定める情報公開原則の例外事由の一つとして位置づけられている⁽³²⁾。また、国家秘密と取材の事由をめぐっては、1972年の沖縄返還に係る密約に関する外務省秘密電文漏洩事件として最高裁まで争われたこともある⁽³³⁾。要するに、外交作用に係る国家秘密の取扱い如何で、民主権原理の具体的実現の実態や、公正で民主的な行政のあり方が大きく左右されることに変わりはない。

宮沢が外交作用に対して「民主的統制の服することの比較的少ない」原因として挙げていた「外交乃至国際問題に対する一般国民の関心」の程度は現在どうであろうか。思うに、外交そのものに対する一般国民の関心については、明治憲法下における状況とは比較にはならない程度に、現行憲法の国際協調主義（前文、98条2項）の下で高いものがあると思われるし、特に中央政府とは独自の「自治体外交」の可能性⁽³⁴⁾が論議される程に地方政治では高い関心を集めている様子ではあるが、他方では、住民の生命や自由、財産が関わる駐留米軍基地問題については、当該基地が存在する関係自治体を除いては、私が見る限りで、全国レベルで国民の高い関心を集めていると言い難いように思われる。駐留米軍に対する憲法上の統制のあり方が、こうした一般国民の関心の程度にも左右されるところがあるとすれば、駐留米軍基地問題をめぐる国民的な関心の程度の現状を憂い、これを改めていくよう仕向けていく諸作業が憲法上重視されなければならないことにもなる。

また、国家外交権（対外権）については、芦部信喜⁽³⁵⁾によれば、そもそも

⁽³²⁾ 情報公開法における、いわゆる「国家秘密」の取扱いについては、松井茂記『情報公開法』（有斐閣、2001年）第6章参照。

⁽³³⁾ 外務省秘密電文漏洩事件に関して、最高裁昭和53年5月31日決定刑集32巻3号457頁（判例時報887号17頁）参照。なお、本判決については、斎藤文男「国家秘密と取材の事由」芦部信喜ほか編『憲法判例百選（第4版）』（有斐閣、2000年）162頁以下も参照。

⁽³⁴⁾ 「自治体外交」の可能性については、大津浩「自治体の国際活動と外交権」公法研究55号（1993年）79頁以下を参照。

⁽³⁵⁾ 芦部信喜「条約の締結と国会の承認権」『憲法と議会政』（東京大学出版会、1971年）179頁以下（特に185頁、205頁）参照。なお、高見勝利『芦部憲法学を読む－統治機構論』（有斐閣、2004年）197～200頁も参照。

アンシャン・レジームにおいては国王の専権に、共和制国家にあっても国家元首に専属するものであり、しかも、「初期立憲主義の憲法において条約締結権を含むいわゆる対外権 (auswärtige Gewalt) が憲法理論にしめる地位はきわめて低く、例えば、「権力分立原理の重点は国内的な市民の権利・自由の問題におかれ、外交関係の領域には副次的な地位が認められたにすぎな」かった、とする。そして、このあり方を「根本的に変革する契機」となったのは、権力分立に基づく近代立憲主義国家の統治原理の歴史的な展開下においてである、とする。すなわち、19世紀後半から20世紀にかけて制定された西欧諸国の憲法において、特に条約締結作用を中心とする外交作用に対して、議会の条約承認権を始めとした議会の関与の範囲が拡大するようになり、このような議会の関与は、「対外作用の民主的統制の役割」の強化と、国家元首の役割が重要な位置を占める外交関係にあっては「主として国民代表の立法権を保護する目的」、「国際関係平和化の要素」を有するものとしてなされた、とされる。国家外交権の具体的行使による外交作用の法的性質について、芦部は、本質的に「国会と内閣の協働行為」であるとする。

思うに、国家外交のあり方につき議会による効果的な民主的統制を課そうとする課題の追究は、「国民代表の立法権」の保護や「国際関係の平和化」の観点に照らしても、現在においてなお一層重要である。ただ、議院内閣制を採用するわが国の憲法の下では、内閣による国家外交のあり方に対して国会による民主的な統制を課するという制度論を主張したところで、その主張そのものの意義は必ずしも否定はしないが、国会で多数を占めた政党の代表者が内閣総理大臣として内閣を組織する実態において、果たしてどれほどの憲法上の意義や効能が見出せるのか。また、恐らく国民の多数派の世論を背景とする政党が中心的な役割を占めるであろう国会による民主的統制といっても、例えば政府による国家外交権の行使の結果によって、国民の中のマイナリティーの人権が侵害されるとき、国会による民主的な統制にどれほど実効的な人権保障が期待で

きるというのであろうか。

要するに、国家外交権に対する憲法上の統制のあり方は、芦部が指摘したように、国家外交権に対する民主的統制を迫及すべきとする従来からの問題状況に加え、例えば、駐留米軍基地問題のように、国家外交権の作用から国民の人権を如何にして実効的に保障するかという深刻な問題状況の登場によって、さらに議論を複雑なものに変容させつつ、現在においてもなお憲法学上のいまだ未解明の重要課題であり続けている。

わが国の憲法は、条約の締結をふくむ国家外交権を民主的に統制するための諸規定を設けている。すなわち、内閣の助言や承認の下で行われるべき天皇の国事行為として、全権委任状及び大使及び公使の信任状を認証すること（7条5号）、批准書及び法律の定めるその他の外交文書を認証すること（7条8号）、外国の大使及び公使を接受すること（7条9号）があり、さらに内閣の職務として、外交関係を処理すること（73条2号）、条約を締結すること（73条3号）がある。そして、何より、内閣総理大臣は、外交関係について国会に報告すべきものとされ（72条）、特に条約の締結については、原則としては事前に、時宜によっては事後に、国会の承認を経ることが必要とされている（73条3号）。明治憲法の下では、議会の関与を認めずに、国家元首であった天皇に、以上の外交処理に関する権能が専ら与えられていたことと比較すると、現憲法下では格段に国家外交権の民主的統制が図られているとはいえる⁽³⁶⁾。

しかしながら、これら憲法上の規定の運用としては問題もある。憲法では、国会による事前の、時宜によっては事後の承認が求められる「条約」の範囲についての留保は明文上存在しないにもかかわらず、実際には、国会の承認が求められる「条約」の範囲について制約が課された運用となっている。昭和49年

⁽³⁶⁾ 明治憲法と日本国憲法における外交権限と議会による民主的統制の比較については、江橋崇「対外政策と議会」ジュリスト955号（1990年）175頁以下。

に明らかにされた政府見解によると、国会の承認を経る必要がある条約として、
 「いわゆる法律事項を含む国際約束」、 「いわゆる財政事項を含む国際約束」、
 「わが国と相手国との間あるいは国家間一般の基本的な関係を法的に規定するという意味において政治的に重要な国際約束であって、それゆえに、発効のために批准が要件とされているもの」であるとされており、また、国会の承認を経る必要のないものとして、 「すでに国会の承認を経た条約の範囲内で実施しうる国際約束」、 「すでに国会の議決を経た予算の範囲内で実施しうる国際約束」、 「国内法の範囲内で実施しうる国際約束」があげられている⁽³⁷⁾。学説上も、政府見解と同一のものではなくても、この種の区別を承認するものが多い。そして、実際にも、「国際関係の緊密化と複雑化に伴って」「格段に広範かつ多量の条約を締結する必要性」と、条約の締結が国民の権利義務に関わる側面を有していることに伴う民主的統制との困難な調整の狭間にあって、73条3号によって国会の承認が必要とされる「国会承認条約」と、国会の承認を必要としない「行政取極」との割合は、特に近年は後者の方が圧倒的に多くなっているとされる⁽³⁸⁾。

以上見てきたように、諸国の憲法と比べても⁽³⁹⁾、国家外交権に対する民主的統制の手段について形式的には一見すると十分と思われるわが国の憲法の下でも、現実に憲法の趣旨に則った民主的統制が果たして十分に行われているかどうかは、実は疑問も多いところでもある。今後は、国家外交権の行使やその作用について、国会を中心とした民主的な統制に服させるという“外交の民主化”という課題と、国家外交権の行使による具体的な外交作用から国民の自由

⁽³⁷⁾ 佐藤幸治『憲法（第3版）』（青林書院、1995年）175頁。

⁽³⁸⁾ 柳井俊二「条約締結の実際的要請と民主的統制」国際法外交雑誌78巻4号47頁

⁽³⁹⁾ 国家外交権に対する憲法上の統制に関する諸国の憲法について、例えば、資料としては古くなったところもあるが、奥原唯弘・西岡祝「資料 世界各国憲法における対外交権規定」、「比較法政第4号（1974年）、同第7号（1975年）を参照。

や権利を如何に保障するかという“外交の自由（主義）化”という課題をも、併せて追究することが憲法学として求められる。特に後者の観点については、駐留米軍をめぐる憲法問題を考えるに際して、前者以上にもまして、強く自覚されなければならない。

さらに本節の最後として付言しておくが、前節でも整理したように、国家外交権の裁判的統制を通じて、駐留米軍のあり方を統制し、平和主義原理を憲法秩序として確保することにつき、わが国の裁判所がほとんど機能してこなかったことはあらためて言及するまでもない。

結びに代えて - あらためて立憲主義から駐留米軍の存在を問い直すために -

本稿では、小論ながらも、駐留米軍をめぐる憲法問題を論じてきたが、最近のわが国の憲法学において恐らく「乏しい」と目される視点、すなわち「国政のあり方についての合意形成の原理・しくみと人権の具体的実現のための制度・手続とを、密接に結びついた意味のある全体として解明するという視点⁽⁴⁰⁾」に立脚することには努めてみたつもりである。具体的には、「国政のあり方についての合意形成の原理・しくみ」としては、特に駐留米軍の具体的なあり方に大きな影響を有する国家外交権の憲法上の統制の文脈において、他方で、「人権の具体的な実現のための制度・手続」としては、駐留米軍をめぐる憲法訴訟や憲法学説の分析評価の文脈において、である。それらを「密接に結びつ

⁽⁴⁰⁾ 大石眞・野坂泰司「刊行の辞」大石眞『立憲民主制 - 憲法のファンダメンタルズ』（信山社、1996年）（本書を始めとした『憲法叢書 統治の思想としくみ』全12巻シリーズ各巻冒頭に寄せられているもの）

いた意味のある全体」として統合し得たかどうかは甚だ覚束ないところもあるが、駐留米軍をめぐる憲法問題の、これまでの憲法学にはない私なりの論じ方の枠組みは臚げながらでも示すことはできたと思う。

憲法上の平和主義原理のみならず、あらためて立憲主義から根本的に駐留米軍の問題を問い直すための基礎的作業として本稿では簡単な分析作業しか行い得なかったが、最後に、結びに代えて、これまでの文脈の中で言及することができなかった幾つかの事柄について、恐らく余談に属することかもしれないが、平和主義原理をめぐる問題や駐留米軍に対する憲法上の統制のあり方をめぐる問題に関する、今後の憲法学研究の私なりの展開を見据えて、備忘録的に最後に述べておきたい。

現行憲法施行後50年を経過した現在においても、平和主義原理をめぐる問題は、国民一般の目から見ても重要な憲法問題であり続けている。しかしながら、全体として、自衛隊や安保条約の合憲性をめぐる憲法施行初期の活発な議論状況と比べて、特に湾岸戦争を契機とした1990年代の自衛隊海外派遣を皮切りに、従来型の根本的論点に対する国民の関心が表面上あまり見受けられなくなったのは、気にかかる現象である。“時代に合わない”として、根本的な論点を曖昧にしたまま、いわば雪崩式に国際協調主義に結びつけるかたちで、平和憲法に反する国策を推し進めてきた政府に対して、あらためて国政に対する厳しい監視者として、主権を有する国民の役割が積極的に喚起されなければならない。

また、平和憲法制定に向けて絶大な原動力・推進力となった“戦争の惨禍”（憲法前文）の記憶が、戦後60年以上の時間が単に経過した事実と相俟って、国民の意識の中で確実に風化しつつあるのではないかと思われる（少なくとも“戦争の惨禍”を実際に体験した世代が国民全体として年々確実に少数となっている）現実が懸念される⁽⁴¹⁾。平和主義の議論がややもするとマンネリ化し、

基地問題に悩む自治体住民の個別の主張に対して、政府や国民全体がそのマンネリ化した反応を露骨に示す事例も現れている。このような状況に対しては、唯一の地上戦を経験してその後も20年以上米軍統治下にあった沖縄や、人類史上唯一の原爆体験を有する広島や長崎を始めとして、基地問題に悩みつつも、日本国憲法の当初の趣旨に忠実な平和主義の完全な実現を切望する、利害関係を共有する全国の住民たちが、個別に自らの地域の基地被害のみを自己主張するばかりではなく、いわゆる“平和同盟”を結成し、互いの基地被害やその対策に関する積極的な情報交換を図りながら、政府に対して働きかけることも、民主的な手法として地味ながらも考慮されてよいだろう。

憲法学らしからぬ素朴な社会運動論であると我ながら恥ずかしくも思うが、平和主義の実現をめざすこれからの憲法学が対峙しなければならないのは、恐らく、国家権力（政府）ばかりではなく、かつての“戦争の惨禍”から、単純であるが“忘却”という時間的距離を置きつつある国民世論も含まれてくるとすれば、国民の平和憲法意識を啓発することを意図した主張を具体的に展開することは、憲法学のあり方として論者によっては賛否両論ありうるとはしても、現実には今後なお一層の意義を有することとならざるを得ない。

⁽⁴¹⁾ 一例として、沖縄では大きく報じられた事件であるが、東京都の私立進学校の入試問題において、元ひめゆり学徒による沖縄戦に関する証言が「退屈で、飽きてしまった」とする趣旨の英文を出題していたことが問題となり、同校関係者が県知事や元ひめゆり学徒たちを訪ねて謝罪する事件が生じた。実は十数年前にも、沖縄の戦跡巡りをした本土の大学生が、沖縄戦に関するひめゆり資料館を「被害者顔をしている」、証言者が自分の語りに「酔っている」等と感想を記した報告書がまとめられ、問題となったこともあるという2005（平成17）年6月12日沖縄タイムス社説）。思うに、そもそも沖縄戦を如何に認識するかは個人の自由な価値判断に委ねられているはずだし、逆に、ある一定の認識に至るよう、むしろ教育上誘導することの方が憲法上問題となる一面もあるかもしれない。そのことを当然踏まえた上でなお、この事件に関して、沖縄戦に対する学校側の“認識不足”を指摘するのは容易である。むしろ、私にとっては、これまでの憲法学にとって恐らく自明の理であったはずの、憲法上の平和主義原理を強固に支えてきた「戦争の惨禍」に対する（政府ではなく）国民の認識が、戦後60年という容赦ない時間の経過の中で、もはや必ずしも自明の理ではない程に、揺らぎつつあるのではないかと疑わざるを得ない現実に対して、私自身が実は“認識不足”であったことがショックであった。

駐留米軍の合憲性あるいは憲法判断適合性について砂川事件最高裁判決が示した憲法解釈の論理枠組みの影響力は判決後長年に渡って絶大なものであった。しかし、真の平和主義の実現をめざす憲法論にとって、あるいは当該最高裁判決の判例変更を図ろうとする憲法訴訟において、砂川事件東京地裁伊達判決が示した憲法解釈もまた、最高裁判決の前では率直に言って通常は“泡沫判決”になりかねない下級審判決としては異例な程に、現在においてもなお色褪せることなく注目に値するものであり続けていることもまた事実である。

現在のわが国の憲法訴訟に関わる裁判官のあり方を考えるとき、画期的な伊達判決を下した伊達秋雄という人物（厳密には伊達判決に関わった3人の裁判官各々が、その世代として明治憲法下の影響の残滓も残るであろう、さらに憲法訴訟を扱う経験が少なかった当時の裁判制度の下で、どのように判決の基盤となる裁判官の資質を形成し、砂川事件に臨んだのか、私には興味深いところがある。著名な判決に携わった裁判官個人の研究については、アメリカでは比較的盛んになされているようではあるが、わが国では、裁判官本人が自叙伝的な書物の類⁽⁴²⁾を出版しない限り資料収集等の面で困難さがあるためか、あるいはその種の研究を惹起するに値する魅力的な憲法判断をなした判決が極端に少ない故なのか、あるいは裁判官個人の資質に注目しようとする裁判制度観につき学界全体としては必ずしも好感が得られていないためか、あるいはその多くは反対意見・補足意見として裁判官の個人的見解を述べ得る制度的な保障が現行制度上は裁判所法11条の最高裁判所の意見表示制⁽⁴³⁾以外に認められて

⁽⁴²⁾ スタイルは各々異なるが、団藤重光『実践の法理と法理の実践』（創文社、1986年）、同『この一筋につながる』（有斐閣、1986年）、違憲審査制の活性化を図るための憲法裁判所論として引用されることも多い伊藤正己『裁判官と学者の間』（有斐閣、1993年）や、ミスター最高裁とも称された矢口洪一による自伝『最高裁判所とともに』（有斐閣、1993年）等がある。

⁽⁴³⁾ 例えば、田中英夫『アメリカの社会と法』（東京大学出版会、1972年）277頁によれば、最高裁判所ばかりではなく下級裁判所の判決にも導入されている意見表示制が、「法は人によって運用されるものだ」という意識を否応なく形成し、裁判官の個性に対する関心も促されて、「裁判官の伝記が数多く出版されてアメリカ法の歴史あるいはア

いないためか、理由はともかく、ほとんど実績が見受けられない研究領域の一つである⁽⁴⁴⁾。ただ、法科大学院制度というアメリカの類似の制度に倣った法曹養成制度が導入され、新たな法曹養成のあり方が現に模索されている現状において、また平和主義の実現を図る憲法訴訟にとって、この領域における、これまでの憲法学の研究の蓄積がほとんどないことは残念なことだと言わざるを得ないように思う。

本稿のような小論において、これまでの平和主義原理や駐留米軍の問題に関する膨大な研究の蓄積に対して、果たしてどの程度の新たな成果を積み上げることができたか甚だ覚束ないところはあるが、ただ、これまでを振り返るに、砂川事件最高裁判決以来、「統治行為論」らしき論理的枠組みの下で、「法の支配」、しかも「憲法の支配」から離脱してしまった感のある、駐留米軍の合憲性あるいは憲法判断適合性の問題を、「憲法の支配」=立憲主義の下にあらためて位置づけ直そうとする憲法解釈のあり方(私自身の乏しい能力では甚だ分の悪い悪戦苦闘)に、今後も憲法学は緊喫に取り組むべきであるという、従来からの私の認識は本稿の執筆を通じてあらためて強くなったように思う。

本稿が、私にとって甚だ衝撃的だった、大学構内への米軍ヘリ墜落事件を契機として、主として、従来の駐留米軍の合憲性あるいは憲法判断適合性の問題を検討した作業等を通じて、駐留米軍をめぐる憲法問題の従来の分析視角につき、たとえ拙くとも狭くとも、新たな風穴を開くことができているれば幸いである。

メリカ法の実際の動きを知るための貴重な資料となって」いる。本書では、その他に、最高「裁判所の中の人的な構成の変化」や、「裁判所に対する外部の影響」、最高裁「裁判官の任命」等に対するアメリカ国民の深い関心についても適宜紹介されている。

⁽⁴⁴⁾ この領域における卓越した憲法学者の業績として、(但し、アメリカの判決を素材としたものではあるが)、蟻川恒正『憲法的思惟』(創文社、1994年)がある。