

琉球大学学術リポジトリ

米軍北部訓練場の刑事特別法 2 条違反事件に関する 意見書

メタデータ	言語: 出版者: 琉球大学法文学部 公開日: 2018-08-13 キーワード (Ja): キーワード (En): 作成者: 森川, 恭剛, Morikawa, Yasutaka メールアドレス: 所属:
URL	http://hdl.handle.net/20.500.12000/42245

[資料]

米軍北部訓練場の刑事特別法 2 条違反事件に関する意見書

森川 恭 剛

本稿は那覇地裁 2016（平成 28）年（わ）363 号事件に関する弁護士提出の意見書・原案である。本誌掲載にあたり新たに後注 i～vi を付し、幾つかの文章を補正した。作成依頼の趣旨は「刑特法」の違憲性を論じることであったが、事案の性質に鑑み、刑法的な観点から適用違憲を指摘した。「2 つの法体系論」が説いたように憲法体系と安保法体系の矛盾があるが、ともかく「刑特法」は憲法下にある法律として運用されねばならない。また、戦後沖縄の厳しい現実の連続性を前提にするならば、象徴天皇制の「平和国家日本」と「軍事要塞沖縄」の表裏の関係（新崎盛暉『日本にとって沖縄とは何か』岩波新書、2016 年）、つまり日本国憲法の平和主義と平等主義の関係を問い直す必要がある。本件の背景にあるのは「沖縄問題」、具体的には 2016 年 7 月から 12 月にかけて強行された沖縄防衛局の米軍北部訓練場ヘリパッド移設事業であり、本稿の適用違憲論が通用しないのであれば、その日本国法令の適用は差別的であると考えられる。

沖縄防衛局の同事業については阿部岳『ルポ 沖縄 国家と暴力』（朝日新聞出版、2017 年）、越境広場刊行委員会編集・発行『越境広場』3 号（2017 年）の特集「沖縄・抵抗の〈原場〉—高江・辺野古へ／から」等に詳しい。関連する他の刑事事件については、山城博治さんたちの完全無罪を勝ち取る会編集・発行『裁判闘争中間報告』『同 II』（2017 年）がある。さらに森啓輔「統治と挑戦の時空間に関する社会学的考察—戦後沖縄本島北部東海岸をめぐる軍事合理性、開発、社会運動」（一橋大学博士論文、2016 年）は北部訓練場の系譜学を試みる（校正中に戦後沖縄刑法史研究会編集・発行『沖縄平和運動裁判を考える』、沖縄平和サポート編集・発行『高江が潰された日』、森川恭剛「刑事人権と沖縄の平和主義」けし風 97 号 31 頁以下も出ている）。なお、本案作成にあたり、2017 年 7 月 5 日の第 71 回刑事弁護士事務研究会（龍谷大学）で助言をもらい、また、沖縄平和市民連絡会の北上田毅氏、以前のキセンバル事件弁護団に属した照屋寛徳氏から諸資料の提供をうけた。

目次	1	はじめに
	2	論点の整理
	3	入る行為の場所の問題・・・論点①の説明その1
	4	行為客体の存否・・・論点①の説明その2
	5	法益侵害の有無・・・論点②の説明その1
	6	標識の解釈論の誤り・・・論点②の説明その2
	7	適用違憲論その1
	8	正当な理由の有無・・・論点③の説明、適用違憲論その2
	9	おわりに

1 はじめに

本意見書は、2016年10月26日付起訴状記載の日米地位協定の実施に伴う刑事特別法（以下、刑事特別法）2条違反に関する公訴事実第1について検討し、以下の5つの結論を導くものである。

第1 罪となるべき事実が特定されておらず、公訴は無効であること（刑訴法256条3項、338条4号）。

第2 罪とならないこと（刑訴法336条）。

第3 犯罪の証明があったとして有罪の言渡をするのは憲法21条1項（表現の自由）、31条（罪刑法定主義、実体的適正原則）に違反すること。

第4 基地内への立入許可を得ていない者として被告人を起訴したことは憲法14条1項に違反し、無効であること（刑訴法338条4号）。

第5 象徴的表現行為をした者らの中で被告人だけを起訴したのは憲法21条1項に違反し、無効であること（刑訴法338条4号）。

これらは相互に関連するので、はじめに論点を整理し、それから各論点について検討を加えていく中で適宜に上記第1～5の結論を引き出したい。

2 論点の整理

刑事特別法2条は、「正当な理由がないのに、合衆国軍隊が使用する施設又は区域であって入ることを禁じた場所に入り、又は要求を受けてその場所から退去しない者は、1年以下の懲役又は2千円以下の罰金若しくは科料に処する」

旨を規定する。

本件における解釈論上の論点は3つである。①基地であって米軍が「入ることを禁じた場所」（立入禁止区域）が行為客体であること、②入る行為による法益侵害を要する侵害犯であること。③入る行為は正当な理由がないと認められる不相当な行為でなければならないこと。

これに対して公訴事実第1は次のように記す。被告人は「正当な理由がないのに、平成28年9月24日、アメリカ合衆国軍隊が使用する施設であって、入ることを禁じた場所である沖縄県国頭郡所在の在沖米軍北部訓練場内に入った」。

この被疑事実のうち、被告人が同日に北部訓練場内に入ったことは、甲号証の映像（公訴事実第2の行為時及びその前後の状況が記録されたもの）によって認めることができる。しかし、①被告人が入ったのは立入禁止区域であったのか、②北部訓練場内に入る行為による法益侵害があったのか、③正当な理由がないのに北部訓練場内に入ったのかは、確認できない。

また、その映像からは、被告人の他に数人程度の同行者がいたこと、さらに被告人のブログ記事「高江のリアル」に関する2016年10月27日付捜査報告書によれば、同年9月15日頃から30日頃にかけて複数回にわたり、多いときで30人程度の者らと一緒に、被告人が北部訓練場内に入ったことを認めることができる。これらの事実は、特に9月24日の被告人の「入った」行為について、刑事特別法2条が執行されたことを意味する。したがって、その嫌疑の心証がどのようにして得られたのかは、重要な関心の対象である。同法の実体規定は、主権免除の特権を有する在日米軍の利益保護を目的とする必要最小限度の特則であり、それゆえ国民主権と基本的人権の尊重という憲法基本原則に照らし、謙抑的に解釈され、運用されねばならない。一般論としてそうである。

つまり本件は、憲法31条の実体的適正原則の1つの内容である謙抑性の刑法原則に留意して真相を明らかにすることの求められる事案である¹。①～③

¹ 刑法の謙抑主義について平川宗信『刑事法の基礎（第2版）』（有斐閣、2013年）163頁以下。

の各論点について合理的な疑いを超える立証がなければ被告人は無罪である。それだけでなく、もし上述の憲法基本原則の観点から「入った」行為を評価することなく、犯罪事実があると認められるようなことがあれば、それは必要最小限度の基準を満たそうとしない法適用であり、適用上の違憲があると指摘せねばならない。

以下で①～③の各論点について順に検討を加える。

なお、本意見書で「基地」と呼ぶのは、日米安全保障条約6条及び日米地位協定2条1項の規定に基づき米軍が日本国内で使用を許された施設又は区域のことである。「米軍」は日本国に駐留する合衆国軍隊のことである。

3 入る行為の場所の問題・・・論点①の説明その1

(1) 北部訓練場は広大な森林地であること

公訴事実第1によれば、被告人は、米軍が「入ることを禁じた場所である」「北部訓練場内に入った」。しかし、沖縄県知事公室基地対策課編『沖縄の米軍基地』(2013年3月)は、北部訓練場の「施設の現状及び任務」として次のように紹介する。

北部訓練場は、そのほとんどが起伏の激しい森林地であり、国頭村及び東村にまたがる本県最大の演習場である。海兵隊の管理の下に、海兵隊の各部隊のほか陸軍、海軍、空軍の各部隊が対ゲリラ訓練、歩兵演習、ヘリコプター演習、脱出生還訓練、救命生存訓練及び砲兵基本教練などの訓練を実施するなど、対ゲリラ訓練基地として使用されている。

同訓練場は、NTA1a、1b、2a、2b、2c、3a、3b、3c、3d及び3eに細分され、ベースキャンプ地区の2aはキャンプ・ゴンサルベス(Camp Gonsalves)と呼ばれ、教室、診療所、部隊事務所、運動場等があり、3bには火力支援基地がある。演習場内には、22カ所のヘリパッドもある。

同演習場では、現在、実弾射撃訓練は実施されていない。

なお、同訓練場には沖縄県の管理する主要地方道国頭東線のほか、一般県道2号線(使用延長約4km、使用開始昭47.5.15)がある。

同訓練場一帯は、沖縄本島随一の森林地帯として県土保全、水源かん養林の大きな

機能を果たしており、また、国の特別天然記念物（特別鳥類）のノグチゲラや天然記念物のヤンバルクイナの生息地として、国頭村側の一部に国指定やんばる（安田・安波）鳥獣保護区を平成 21 年に県指定から国指定に設定している。

北部訓練場内には県道 70 号線を含む計 9 件の共同使用区域（地位協定 2 条 4 項 (a)）がある。その場所は、米軍が入ることを禁じていない。したがって「北部訓練場＝立入禁止区域」ではない。

では、「入ることを禁じた場所である北部訓練場」とは、「入ることを禁じた場所ではない北部訓練場」を除いた残りの北部訓練場を指すのだろうか。しかし、その北部訓練場は県道 70 号線によって分割される。そのどの部分に「入った」ことが被告人の問題なのだろうか。つまり公訴事実第 1 の行為客体は、その場所の特定を欠いている。その特定された区域に入ることが実行行為であることからすると、時間の記載もないのだから、これでは訴追の対象行為を特定することができない。

また、同書によれば、北部訓練場は 1977 年から 2007 年までに計 7 回にわたり一部返還されており（計 9,958 千㎡）、その範囲に変動がある。例えば 1987 年 11 月 26 日には北部ダム用地として約 3,193 千㎡が返還され、翌 27 日に北部ダム貯水池等約 2,817 千㎡が訓練施設として追加提供（地位協定 2 条 4 項 (b) による一時使用）された（なお新川ダム貯水池は公訴事実第 2 の現場から遠くない）。さらに本件後の 2016 年 12 月 22 日、約 40,100 千㎡のいわゆる過半返還があった。米軍はそれだけの区域を事実上使用していなかったことになる。このように不使用部分と共同使用部分を含み、また範囲の変動も多い森林地である北部訓練場のどこに、なぜ立ち入るべきではないかは、刑事特別法 2 条の問題である前に、日米地位協定の運用上の問題であることを考える必要があるだろう。

実際に本件当時の北部訓練場内ではヘリパッド移設事業の工事が進められており、多くの日本国民等（米軍法に服さない者）が基地内の森林地に頻繁に立ち入っていた。その中で 9 月 24 日の被告人の入る行為だけが、刑事特別法 2 条の対象であるとされている。はたして米軍は、10 地区に細分されるという広大な北部訓練場のどこを立入禁止区域にしていたのだろうか。工事現場は、そ

の立入禁止区域内にあったのだろうか。せめて検察官は、その場所を特定し、被告人が入ったのは、まさしくそこであるという「罪となるべき事実」を記載して公訴提起すべきであった。

(2) 警備基地と非警備基地の区別

刑事特別法 10 条 1 項は、米軍が「その権限に基いて警備している」基地における逮捕等の人身を拘束する処分は、米軍の権限ある者の同意を得て行い、または米軍の権限ある者に嘱託して行うものとする旨を規定する。これによると基地は、同法上、警備基地と非警備基地に分けられる。北部訓練場の 10 地区のうち 2a のキャンプ・ゴンサルベスは、部隊事務所等があることから、警備基地である可能性がある。これに対して被告人の入ったとされる一帯は、県道 70 号線を挟んでキャンプ・ゴンサルベスの反対側に位置しており、軍警備員がまったく配置されていなかったことからすると、非警備基地であると考えられる。

もちろん非警備基地であれば立入禁止区域ではない、ということにはならない。しかし、この非警備基地について、1953 年 10 月 7 日の法務省刑事局通牒(刑事 27695 号)は、「合衆国軍隊が使用する施設又は区域であっても、合衆国軍隊が現に実力を以て警備していない限り、日本国の当局の行う捜査は何等の制限も受けない」と明記した²。つまり日本国の捜査機関は非警備基地内に入って「日本国の法令違反に係る犯罪事件に関し、日本人のみならず合衆国軍隊の構成員、軍属、またはそれらの家族を逮捕し得る」³。

それゆえ、その非警備基地が立入禁止区域でもあるときは、日本国の捜査機関が基地内に入って刑事特別法 2 条違反の現行犯人を逮捕することができる。いいかえれば日本国の捜査機関は、立入禁止区域であっても、非警備基地内に入ることができると考えられている。では、私人による現行犯逮捕は認められるか。国民主権と逮捕の必要性の観点から、捜査機関に限る合理的な理由はないと考えるならば、非警備基地内において日本国の刑罰法令違反の行為が

² 法務省刑事局『外国軍対に対する刑事裁判権の解説及び資料』検察資料 66 号(1954 年) 340 頁。

³ 警察庁刑事局『地位協定と刑事特別法』刑事警察資料 141 号(1968 年) 71 頁。

あることを現認した者は、立入禁止区域であるか否かを問わず、何人であれ、立ち入って逮捕行為をすることができる。つまり、この限りで基地は、立ち入ることができる場所になる。

しかし、いずれにせよ被告人の入ったとされる一帯で、警察官らは決して逮捕権を行使しなかった（被告人は公訴事実第2の罪の疑いで通常逮捕された）。これはその一帯が、もし立入禁止区域であったならば、同時に警備基地であって日本国の捜査機関の司法警察機能が制限されていたと考えるとき、よく理解のできる態度である。さもなければ、そこは立入禁止区域ではなかったのである。あるいは、立入禁止区域ではあったが、あえて警察官らが立入規制をしなかったのであれば、むしろ、その一帯に入る行為には正当な理由があるとみなされていたのである。もしそうであれば、況や被告人においてをや。違法性の意識の可能性はないだろう⁴。しかし、9月24日に「入った」という理由で被告人は起訴された。

警察の考え方を示す資料があるので紹介しておく。内閣衆質 192 第 26 号答弁書（2016年10月7日、質問者照屋寛徳）である。これは9月28日午後1時頃、ヘリパッド建設現場であるH地区脇の急斜面で、警察官らが工事用の標識ロープ（いわゆるトラロープ）で「市民らを縛り上げ、拘束するという暴挙と呼ぶべき事態」が起きたことについて、この行為は逮捕だったのか、という質問に対する答弁である。これを読む限り、沖縄県警は刑事特別法2条違反の事実を認めていなかった。つまり、その一帯が立入禁止区域であるという認識は、その現場になかったのである。

沖縄県警察によると、平成28年9月28日、北部訓練場のヘリコプター着陸帯の移設工事に反対する多数の人々が、北部訓練場内安波地区の樹木伐採工事が行われて

4 本意見書は、刑事特別法2条違反の犯罪事実を認めないので、違法阻却事由の錯誤の有無を問わないが、本件の論点④として、相当な理由をもって正当であると認識して「入った」行為には犯意を認めえないことを指摘しておきたい。一般的にいて、多数の警察官の面前で、正当であると認識して行った行為が、黙認されて継続的に行われたとき、当該行為者は罪を犯す意思をもたないと考えられる。

いた現場付近の斜面下に集っており、伐採された樹木等と接触するおそれがあったこと等から、沖縄県警察本部長の指揮の下で、沖縄県警察及び福岡県警察に所属する警察官によって、現場における混乱及び事故の防止等のために必要な警備活動が行われていたとのことであり、政府としては、警察法（昭和29年法律第162号）第2条に規定する警察の責務を達成するための業務が適切に行われたものと考えている。

4 行為客体の存否・・・論点①の説明その2

(1) 立入禁止区域とは何か

しかし検察官の考えでは、その一帯は立入禁止区域であり、被告人は正当な理由がないのにそこに入ったとされている。では、その一帯とは具体的にどこを指し、その場所が立入禁止区域であるといえるのはなぜなのか。そもそも立入禁止区域とは何か。

日米地位協定3条1項は、「合衆国は、施設及び区域内において、それらの設定、運営、警護及び管理のため必要なすべての措置を執ることができる」としている。これは「3条管理権」（あるいは「排他的使用権」）と呼ばれ、「米側がその意思に反して行われる米側以外の者の施設・区域への立入り及びその使用を禁止し得る権能並びに施設・区域の使用に必要なすべての措置をとり得る権能を意味する」とされている。ここに米軍の基地内での「警察権を行う権利」（同協定17条10項(a)）と基地内への「立入り禁止権」の根拠があり、後者は「日本側公権力にも対抗し得る点に特色がある」とされる⁵。

基地内のどこが立入禁止の場所であるかを決めるのは米軍である。そして、その場所（立入禁止区域）の境界（bounds of facilities and areas into which unauthorized entry is prohibited）は、正当な権限を有する米軍の機関、例えば当該基地の管理権者において、「許可なき立入りは日本国の法令により処罰される」旨を日英両語で記載した標識等を設けて「明確に」されるべきもの（shall

⁵ 琉球新報社編『外務省機密文書 日米地位協定の考え方・増補版』（高文研、2004年）51頁。

be clearly marked）とされている（日米合同委員会刑事裁判管轄権分科委員会合意事項8）。

つまり米軍が「立入り禁止権」に基づき立入禁止を明示した場所が、刑事特別法2条の罪の客体である。ここに住居侵入罪の客体との違いがあることは重要である。米軍の「立入り禁止権」は、居住者の許諾権よりもはるかに強力な権能であるが、その刑法的保護の方法は限定的である。すなわち、入ってはならない場所として、標識等によって、その境界が「明確に」されている場所が、刑事特別法上の立入禁止区域である。

（2）立入禁止区域の存否を問うこと

しかし、北部訓練場内を通る県道70号線沿いには、ゴンサルベス・ゲートやFルート入口（通称N1ゲート）等のいわゆるゲート前を除けば、この旨を表示する標識は立てられていない。もちろん北部訓練場の外周は基本的にフェンスが設置されていない。そうすると県道沿いのどの辺りからが基地であり、そのどの部分が立入禁止区域であるかは一般的に知りえない。少なくとも一般的な車両通行者はこれを知りえないし、そもそも県道（共同使用区域）の単なる通過者にはそれを知るべき理由もない。このような場合、刑事特別法の立案担当者らによる逐条解説書によれば、以下に引用するとおり、2条の罪の行為客体を認めうるかは、重要な問題であるとされねばならない⁶。

立入禁止の場所であるかどうかということは、法律問題であり、従って、本罪の成立要件としてはその場所についての認識さえあれば十分であって、進んでその場所が立入禁止の場所であることの認識までは必要としないとする考え方もあるであろう。これは要塞地帯内において、そこが要塞地帯であることを知らずに、写真を撮影したという旧要塞地帯法違反の事件について、違反者がその場所が要塞地帯であることの認識を欠いていても、法律の不知であって犯罪の成立を阻却しないという判例（昭和12.3.31大判）や、禁猟区域内の銃猟に関する狩猟法違反事件について、禁猟区域

6 津田実、神谷尚男『行政協定に伴う刑事特別法解説』（立花書房、1952年）30頁以下。

であるか否かの認識の有無は犯罪の成立に影響がないとする判例（大正11.11.28大判）と考え方を一にするものであるが、要塞地帯や禁猟区域等は、その区域を国法で明確に定められたものであって、国民はこれを知っているべき義務があるとされていたのであり、且つ、永年の間に国民一般に周知徹底されていたものであるのに反して、本条の立入禁止の場所は、合衆国軍隊の当局が一方的に決定する区域であって、国民の普ねく周知するところではないのであるから、これを要塞地帯と同様に論ずることはできないであろう。すなわち、立入を禁ぜられた場所であるかどうかということは事実問題であって、この認識を欠くときは、犯罪の成立を阻却すると解すべきである。

立入禁止区域であるかどうかは「事実問題」であるとは、一例をあげれば、自己の占有する物が「他人の物」であるといえなければ横領罪は成立しない、という趣旨であると考えられる。物の他人性は法益侵害があったことを認識するための前提事実であるから、「他人の物」であると思ひ込んで自己の物を費消しても罪にはならないが、では横領罪の行為客体はそもそも存在したのか、という問題を提起できる。いいかえれば、行為者の入った場所が立入禁止区域であるといえなければ刑事特別法2条の罪は成立しないが、では被告人がそれを認識しない場合に行為客体、すなわち立入禁止区域は存在したのか、と問うことができる。そこで、ひとまず被告人には行為客体が認識されえたのか、ということの問題にすることができる。

しかし、これは認識主観における錯誤の有無ではなく、立入禁止区域の境界が「明確に」されていたかを客観的に検証する作業である。ここでは人と物の関係（物の法的な帰属）ではなく、場所そのものの法的な性質が問われているからである。つまり、そこが立入禁止区域であると「明確に」されていなければ（「明確に」認識できなければ）、そこに立入禁止区域が「ある」とは認められない、つまり客体が「ない」のである。

（3）退去要求と立入禁止区域の認識

被告人の入ったとされる一帯に立入禁止区域があったのか。これが問題である。肯定的な考え方としては、立ち入った者が退去要求を受けたならば、そこ

が立入禁止区域であることは分かるはずである、というものがある。

前述の甲号証の映像は、ヘリパッド建設工事の事業主である沖縄防衛局が撮影したものである。そこに同局等の防衛省職員（以下、防衛局職員）らが、被告人とその同行者らに対し、「退去して下さい」「来た道を帰って下さい」などと述べたことが記録されている。被告人らはこれに応じ、「退去する」「帰ろう」などと述べながら工事用道路であるモノレールルートを進もうとしている。口頭による立入禁止の意思表示があったかに見える。

ところが防衛局職員らは列をなして立ちはだかり、被告人らの歩行（つまり退去）を妨げている。さらに職員らの背後には数人の警察官の姿が見え、同様に道を塞いでいるように見える。本件負傷者の供述調書（2016年9月27日付員面調書、同年10月14日付検面調書）によれば、防衛局職員らは、ヘリパッド建設現場（N1）に接続し、ダンプトラックや重機等の工事関係車両が頻繁に通過するFルートに被告人らを向かわせないように、「前に立ち塞がり」「阻止しよう」としていた。これに対して被告人らは、「来た道」ではなく、そのFルートを通って帰ろうとしていた。その理由は分からない。ともかく、一方で被告人らが何とか前に進もうとし、他方で防衛局職員らが、警察官らの助勢をえて、執拗にこれを阻もうとした。こうして公訴事実第2の傷害結果または転倒事故が起きた。

防衛局職員らは「ここは提供区域内です。速やかに退去して下さい。」（前掲10月14日付検面調書）「ここは提供施設区域内です。許可なく立ち入ることはできません。直ちに退去して下さい。」（同月21日付検察官捜査報告書・防衛局職員からの事情聴取結果について）などと述べたとされる。この退去要求（または無許可立入禁止の意思表示）は、あたかも刑事特別法2条違反を示唆する警告であるかのような内容になっている。しかし、もしそうであれば、防衛局職員らが「来た道」からの退去を求める必要はなかった。そこにこだわる理由は同法2条からは説明できない。

被告人らの前に立ちはだかった防衛局職員らは、ヘリパッド建設工事の警備の職務に従事していた。この警備の職務を超える警察機能は、もちろん防衛局職員の職務権限の範囲内になかった。警察官らにしても防衛局職員らの工事警備に助勢したのであって、それは刑罰法令違反の警告的な意味合いのある職務

行為ではなかった⁷。彼らがFルート方面に被告人らに向かわせないようにしたのは、工事警備の職務上の理由からであった。それゆえ被告人らに対する「来た道」からの退去要求は、基地内の工事現場付近に立ち入ってはならない、という趣旨で発せられている、とみなされる可能性があった。つまり、この退去要求からは、その場所（工事中のモノレールルート）が刑事特別法2条の行為客体である立入禁止区域であることは、「明確に」ならない。

もう1つの問題は、公訴事実第1が問題にしているのは被告人の「入った」行為であることである。正当な理由をもって入った場合に不退去（退去しないで滞留すること）が問題になるのであるから⁸、いずれにせよモノレールルート上での退去要求は、その近辺に立入禁止区域の境界があったのであればともかく、入る行為に対する注意喚起にはならない（後注i）。本件は、不退去の罪の被疑事件ではない。

（4）行為客体はどこにあったのか

では検察官は、被告人が北部訓練場のどこに入ったことを問題にしているの

7 ヘリパッド建設工事現場におけるダンプカーによる機動隊輸送に関する内閣衆質192第58号答弁書（2016年10月21日、質問者照屋寛徳）を読む限り、本件後の10月になってからも、沖縄防衛局と沖縄県警の間で、刑事特別法2条違反の犯罪事実は問題になっていない。以下に引用する。「沖縄県警察によると、平成28年10月11日午後零時52分頃、沖縄防衛局から同県警察に対し、北部訓練場のヘリコプター着陸帯の移設工事に反対する人々が同訓練場内安波地区の工事現場に向かっており、事故や事件等に発展するおそれがある旨の通報があったところ、警察官が待機していた沖縄県道70号線の同訓練場の進入路前から当該工事現場まで約2キロメートルあり、徒歩による速やかな臨場が困難であったこと、警察用車両では車高が低く当該工事現場まで走行することが困難であったこと等から、現場における混乱及び事故の防止等のため、同日午後1時頃、警察官約50人が工事用車両3台に分かれて乗車し、当該工事現場に臨場したとのことである。政府としては、同県警察において、警察法（昭和29年法律第162号）第2条に規定する警察の責務を達成するための業務が適切に行われたものと考えている。」

8 刑法130条の不退去罪は、当初住居侵入罪が成立しない場合について認められる補充的な犯罪である（最決昭和31・8・22刑集10巻8号1237頁）。

だろうか。いいかえれば、行為客体はどこにあると認識されているのだろうか。

被告人の入る行為について、2016 年 10 月 21 日付の捜査報告書（防衛局職員からの事情聴取結果について）に説明がある。これによれば被告人を含む 10 数人が、本件当日の午前 7 時過ぎ頃から、北部訓練場内の「モノレールルート上に座り込んでいた」。「近くには、前日に反対派の人たちが通ってきたと思われる獣道があった」。この獣道（山道）が「来た道」であり、本件当日の被告人の「侵入経路」であるとされている。検察官は「被疑者らの侵入経路等」についてやや詳しく報告しているので、該当箇所をそのまま引用する。

- (1) 被疑者らは、本件当日頃は、F ルート出口付近に反対派の設置したテント周辺から、米軍提供施設となる山林地帯に入り、山中の獣道を通してモノレールルート上に出るという経路を使っていたと思う。

本件以後、H 地区方面からモノレールルートに出る別の経路も出来たようだが、本件当時は、F ルート出口付近からの経路を使っていたと思われる。

- (2) 被疑者ら反対派のテントは F ルート出口先の道路上にあるが、F ルート出口の北側にはバリケードが設置され、そこからは入れないようになっている。

F ルート出口先のテント周辺は、道路の東側の山林地帯からが米軍提供施設になっており、砂利の道路と、山林地帯に繋がる道路脇の樹木の生えた地帯の境目に、境界を表すものとして、数十メートル間隔で杭が打ってある。

被疑者ら反対派は、F ルート出口先のテントを 1 つの拠点として、この付近での抗議活動を日々行っており、被疑者も F ルート東側の山林地帯が米軍提供施設になっていることはよく承知していたはずである。

問題は「東側の山林地帯」が「米軍提供施設」であるか否かではない。その一带に立入禁止区域があるか否かであり（行為客体の存否）、そして、その存在を被告人が認識できていたかである（事実の錯誤の有無）。

被告人の入った場所として、検察官が指示したのは、モノレールルートまたはこの「東側の山林地帯」の他にはない。しかし、後者の山林地帯の範囲は画定されていない。東側は海岸線に続き、北側には県道 70 号線があるが、前述のとおり、この共同使用区域との境界は不明確である。また、F ルートの西側

にも基地があるが、そこは立入禁止区域ではないのだろうか。このように範囲未定の場所の境界を問うことは困難であるが、モノレールルートとそこへの「侵入経路」を含む「東側の山林地帯」が、検察官の考える本件の行為客体であると思われる。したがって、その場所が立入禁止区域であると認めうるか、すなわち、その場所は、隣接するFルート出口先の「砂利の道路」から、その中に入ってはならない場所として、標識等によって、その境界が「明確に」されていたかを問題にし、行為客体の存否に答えを出すことにしよう。

(5) 立入禁止区域と沖縄防衛局の工事区域

「砂利の道路」脇に、「東側の山林地帯」との「境界を表すものとして、数十メートル間隔で杭が打ってある」。その道路は、地元では「馬車道」と呼ばれる幅2メートル前後の林道である。分岐する農道から馬車道を北に進み、森の中に入っていくと、たしかに高さ約120センチの「USMC」と縦に刻まれた黄色い杭とその手前に高さ約10センチの「防」と刻まれた杭が、右側（東側）の山林地帯に添うように前後に並んで打ち込まれている。樹木が生い茂っており、「防」の杭は目立たない。「バリケード」までの約百メートルの間に、この2本ずつの杭が1つ、2つ、3つと3か所にある。そして「バリケード」に達すると、海兵隊太平洋基地の名義で立入禁止の旨を記した数枚のA4用紙がラミネート加工され、取り付けられている。その向こう側に沖縄防衛局が警備員を配置している。従来は、さらに北に数百メートル進んだ地点に、米軍が用いる一般的な形態の標識が1つ立てられており、馬車道をその先に進んではならないこと、つまり、その先に立入禁止区域のあることが一応示されていた。問題は、左右の山林地帯との関係である。右側に基地があることは認識可能であるが、左側はどうなのか。また、そのどこまでの範囲で立入禁止区域が広がっていると考えればよいのか。

しかし、2016年8月下旬頃、馬車道に「バリケード」が設置され、立入禁止の場所の範囲が広がられた。それは沖縄防衛局がヘリパッド移設事業を進めるためにした措置であるが、これによって立入禁止区域の範囲が一見して明らかに延長された。はたして「バリケード」に取り付けられた米軍作成名義の警告札は、立入禁止区域の境界を「明確に」する標示であったのかどうか。それ

ならばヘリパッド建設工事に伴い、境界の位置が数百メートルほど移動したのであり、従来の標識は正しく境界に立てられていなかったことになる。もし従来の標識の位置が正しいのであれば、米軍が入ることを禁じた場所と沖縄防衛局が入ることを禁じようとしている国有林野の範囲が単に違うのである。「バリケード」の措置は、こういう疑問を提起した。

参考までに、同年10月17日に北部訓練場内で器物を損壊したとされる者の起訴状を見てみよう。本件と同じ検察官が次のように公訴事実を記載している。「在沖米軍北部訓練場ゴンザルバスゲートから北東約1.8キロメートルの地点において、沖縄防衛局が前記訓練場内への侵入防止用に設置していた同局総務部長****管理に係る有刺鉄線1本をペンチで2か所切断し（損害額約2000円相当）、もって他人の物」を損壊した、と。

これと次の発言を比較してみよう。翌18日、記者会見で事件について質問を受けた防衛大臣が次のように答えた。「提供施設・区域内に侵入して、沖縄防衛局が設置した有刺鉄線を切断した者がいたことから、沖縄県警により逮捕されたというふうに承知いたしております。いずれにいたしましても、無断で提供施設・区域に立ち入ったり、また、他人の所有物を損壊するような違法な行為というのは、許されないことだというふうに思います」と⁹。これはおそらく「当該基地（「提供施設・区域」）＝立入禁止区域」という認識を前提にした発言である。しかし問題は、その認識が、確かな根拠に基づいていないことである。

この事件現場は地図上ではFルートの西側であり、前述のとおり、ゴンザルバス・ゲートとは県道70号線を挟んで反対側にある。つまり、一方で共同使用区域との境界、他方でFルートの「東側の山林地帯」との関係が問題になる場所である。検察官の書きぶりからすると、沖縄防衛局が設置した侵入防止用有刺鉄線が、共同使用区域との境界であり、同時に、そこからFルートの「東側の山林地帯」に続く立入禁止区域が広がっていることになるだろう。つまり「東側の山林地帯」は、馬車道の西側を含む、より大きな立入禁止区域の一面であることになる。

⁹ 防衛省ウェブサイトの大臣会見概要による (<http://www.mod.go.jp/j/press/kisha/2016/10/18.pdf>)。

しかし、その侵入防止用有刺鉄線が、立入禁止区域の境界を「明確に」するためのものであるかは、必ずしも明らかではない。それはヘリパッド建設工事区域に立ち入ろうとする者らに対して警備上の理由で設置されたものである可能性を否定できない。なぜなら検察官は「訓練場内への侵入防止用」有刺鉄線と書いたが、これに対して防衛大臣は、基地内に侵入して有刺鉄線を切断した者がいた、と述べたからである。後者は侵入防止用有刺鉄線が、共同使用区域との境界に設置されていないことを前提にしている。それは沖縄防衛局が工事警備業務上の理由で基地境界よりも内側に設置したものである、と防衛大臣は認識しているだろう。おそらくそれは間違いではない。

いずれにせよ、もし検察官が馬車道の西側を含む立入禁止区域の境界線を認識しているのであれば、その範囲を明確に指し示すべきだろう。同じことは、事件当時の防衛局職員らにもいえる。しかしながら、それが地図上で、いわゆる基地境界線として引かれているものと同じであるならば、これを根拠にして立入禁止区域が現実の行為客体として存在したとは認めえないのである。単なる基地境界線は、たとえ認識可能であったとしても、それだけでは、その内側が立入禁止区域であるとする根拠にはならないのである。

本件被告人が入ったとされる立入禁止区域の境界は、その場所で、その旨を表示する標識等によって「明確に」されていなければならなかった。しかし、馬車道の「東側の山林地帯」については杭が打ってあるだけであり、そこから枝分かれする獣道（山道）を通過して森の中に入ってはならないとする警告板等は、西側にも東側にも、存在しなかった（現在もそうである）。検察官は「被疑者もFルート東側の山林地帯が米軍提供施設になっていることはよく承知していたはずである」と書いたが、これは刑事特別法2条の罪の行為客体があるとする根拠にはならない。

そして、もし沖縄防衛局が、ヘリパッド移設事業の警備上の理由で、米軍名義の立入禁止の警告札を基地境界よりも外側に設置して工事区域を明確にしたのであれば、それは職権濫用の行為であり（後注ii）、また、刑法262条の2の境界損壊等の罪にあたる疑いがある。

（6）行為客体に関する疑問

以上の検討を踏まえ、検察官に次の3つの質問をしたい。第1に、被告人が入ったとされる「東側の山林地帯」は、いかなる理由でこれを立入禁止区域であると認識しているのか。第2に、その立入禁止区域であると認識されている場所の境界は、そのどこに標識等が設けられていたのか。そして第3に、被告人がそこを立入禁止区域であると認識していたと考える理由は何か。これらの点について合理的な説明が与えられるのでなければ被告人は無罪である。

検察官は立入禁止区域があったと認識しているようである。しかし、以上の検討の結果は、北部訓練場内にあるとされる立入禁止区域の境界は「明確に」されていなかった。沖縄防衛局が、工事警備上の理由で基地内に立入禁止の工事区域を設けようとしていたことは認められる。検察官は、その工事区域と立入禁止区域を区別していないのではないか。たしかに「3条管理権」との関係で「基地＝立入禁止の場所」であるとみなすのは1つの考え方であると思われる。おそらく防衛局職員らが「ここは提供区域内です。速やかに退去して下さい」などと述べたのも、そのように日米地位協定3条を解釈したからである。しかし、それは刑事特別法2条の罪の行為客体があるとする根拠にはならない。

起訴状で「ある」とされる立入禁止区域の存在は、現実には確認できないのであり、つまり「ある」とは認められない。したがって本件が罪となることはない【本意見書の結論第2】。その前に、公訴事実第1の「罪となるべき事実」は特定されないのであり、本件公訴は無効というべきである。したがって判決で公訴を棄却しなければならない【本意見書の結論第1】。

5 法益侵害の有無・・・論点②の説明その1

（1）法益の内容

行為客体である場所が存在しなければ、理論上、法益侵害は認められない。しかし、興味深いことではあるが、刑事特別法2条の罪の法益であるとされる価値そのものは、立入禁止区域である基地の境界が「明確に」されているか否かにかかわらず、害される可能性がある。

前述の逐条解説書によれば、日本国政府は在日米軍の「設備、備品、財産、記録及び公務上の情報の十分な安全及び保護を確保する」ために必要な措置を

とる義務を負っている（旧行政協定23条）。しかし「軽犯罪法第1条第32号の罪につき定められた刑を以ては、これらの物的なもの及び公務上の情報の保護に充分であるとはいえないのでこの点に関し特別の規定（第2条）が設けられた」¹⁰。これによれば刑事特別法2条の罪は侵害犯ではなく、危険犯である。例えば北部訓練場内に訓練時に使用する設備や備品があって放置された状態であれば、立入禁止区域であるか否かにかかわらず、立ち入った者によって持ち出され、あるいは損壊される可能性がある。

しかし、もちろん基地内で器物が損壊されたからといって、そこが立入禁止区域であったと後から述べることはできない。損壊行為には刑事特別法5条が適用されるが、予め行為客体が明確にあるのでなければ2条の問題は生じない。この限りで、立入禁止区域の境界がその場所で「明確に」されていなければ、米軍側の財産の危険という可能的な被害は、基地周辺の住民らの入る行為の価値との衡量上、刑法的に保護されないといえる。こうした価値衡量の判断こそは刑事特別法2条の解釈と運用における最重要の課題であり、そして日米合同委員会は、境界の「明確さ」を要求し、国民等の基本的人権を保障する方向で、2条の実体規定を運用すると取り決めた。

ただし砂川判決（最大判昭和34・12・16刑集13巻13号3225頁）の次の長官補足意見（田中耕太郎）以降、刑事特別法2条の罪は侵害犯であると解されるようになる。すなわち「私は、かりに駐留が違憲であったとしても、刑事特別法2条自体がそれにかかわりなく存在の意義を有し、有効であると考える」。「違法な事実を将来に向って排除することは別問題として、既定事実を尊重し法的安定性を保つのが法の建前である。…（中略）…その最も簡単な事例として、たとえ不法に入国した外国人であっても、国内に在留するかぎり、その者の生命、自由、財産等は保障されねばならないことを挙げることができる」。「本件において、もし駐留軍隊が国内に現存するという既定事実を考慮に入れるならば、国際慣行や国際礼讓を援用するまでもなく、この事実に立脚する刑事特別法2条には十分な合理的理由が存在する」と。

この補足意見には見過ごせない問題点があるが、ここではおき、米軍駐留の

¹⁰ 津田、神谷・前掲書24頁。

「既定事実」の刑法的要保護性が打ち出されたことに注目しよう（これを既定事実論と呼ぶ）。これを受けて差戻後の東京地判昭和36・3・27判タ117号58頁は、米軍による基地の使用という既定事実があるとして、刑事特別法2条の罪の法益は「その場所の平穏」であると解釈した。この「平穏」という価値は、「既定事実」としてのそれ、つまり刑事特別法2条が違憲であっても刑法的に保護される事実上の平穏を意味する。

同様に東京高判昭和53・4・6刑月10巻4・5号709頁は、刑事特別法2条の意義を次のように説明した。安保条約に基づき米軍の駐留を認める以上、「軍隊としての機能を全うさせる必要性と国際慣行ないし国際礼譲の見地から、合衆国軍隊の施設又は区域内の平穏を保護するため、刑事特別法2条の如き立法措置を講ずることは十分合理的な根拠があると認められる」と。

こうして刑事特別法2条の罪の法益は基地内の平穏であると考えられるようになった。この平穏の価値も、その場所が立入禁止区域であるか否かにかかわらず、事実上、害されることがある。

（2）事実上の平穏の侵害の有無

判例によれば、刑事特別法2条の罪の法益は、米軍の「立入り禁止権」（または「3条管理権」そのもの）ではない。これは既定事実論で説明可能な保護の客体、つまり米軍駐留が違憲であっても刑法的に保護されうる事実上の価値ではない。他方で、保護の客体として事実上平穏であるべきその場所は、立入禁止区域として、その境界が「明確に」されている場合に限り、行為客体として現れて法益を担うものとされる。この論理の中に、刑事特別法の実体規定は「必要最小限度の特則」であり、「一般国民の人権の保護についてできる限りの配慮がなされている」と記した法案起草者らのリーガルマインドが込められている¹¹。それゆえ、本件の行為客体が「ある」と認められてはじめて、その場所の平穏の侵害の有無を問うという違法論に進むことができる。

しかし、事実上、被告人の入った山林地帯の平穏が害されたか否かを問うこと自体は可能であるので、以下で平穏の侵害の有無を問うことにするが、その

11 津田、神谷・前掲書4頁。

場合のもう1つの留意点は、そこが米軍によっては警備されていない非警備基地であることである。米軍にとって、その場所の平穩の要保護性は、警備基地と比較して幾分か低下しているだろう。それゆえ、米軍にとって重要ではないとみられる軽微な平穩の侵害を取り上げる必要はないと考えられる。

さて、「東側の山林地帯」にはヘリパッド移設事業を進めるための工事現場があった。新しいヘリパッドは米軍が訓練で使用するために提供されるのであるから、沖縄防衛局の工事等の職務が妨害されるとき（後注iii）、米軍の利益が間接的に害されるといえる。しかし、ヘリパッド移設事業の円滑な進行そのものは、刑事特別法2条によって保護される平穩の価値ではない。問題は、その工事等の職務が威力をもって妨げられるような場合であり、たしかに平穩が害されたとしても、これは直接的に米軍という利益主体の価値が侵害されたといえる事態であるかである。例えば北部訓練場内で国内希少野生動物種に指定された昆虫が許可なく採集された場合に、絶滅種の保存法違反の行為があったことを理由として基地内の平穩が害されたと認めうるか。前者は防衛局職員にとって、後者は昆虫にとって、山林地帯の平穩が害された状態であるが、米軍との関係で基地内の平穩が害されたといえるか。

さらにいえば「沖縄県警によると、平成28年10月18日、大阪府警察の管区機動隊隊員として同県警察に派遣された巡查及び巡查部長それぞれ1名が、北部訓練場のヘリコプター着陸帯の移設工事に反対する個人に対し、それぞれ『シナ人』又は『土人』と発言した」とのことであり、同府警によると、同月21日、地方公務員法32条等の規定に違反することから、同法29条1項1号、2号及び3号の既定に該当するとして戒告の処分をした。これらの警察官は「いずれも『感情が高ぶる』などした結果当該発言をした」という（内閣衆質192第79号答弁書（2016年10月28日、質問者長妻昭））。このうち「土人」発言は基地内に設置されたフェンスの内側における違法行為であるが、これによって米軍との関係で基地内の平穩が、軽微な程度を超えて、害されたといえるか。

この点の結論を留保するが、本件で平穩の侵害が認められるとすれば、それは沖縄防衛局のヘリパッド移設事業との関係に注目する場合だろう。被告人は公訴事実第1として基地内に入り、そして公訴事実第2として防衛局職員に暴行を加え、その職務の執行を妨害し、さらに負傷させたと疑われている。公

訴事実第2は「東側の山林地帯」で同日にあった出来事であり、そこに平穩の侵害を認めて公訴事実第1を裏付ける。このように牽連犯を思わせる考え方で両者を結びつけるとき、たしかに被告人の「入った」行為を特に問題にする理由が与えられるように思われる。

（3）公訴事実第1と第2の関係

しかし公訴事実第1と第2は手段と目的の関係にあるのではない。それは次の供述から明らかである。本件負傷者によれば、本件前日は、「反対派の人たちと防衛局の職員がせめぎ合いになったりすれば、怪我人が出かねないということで、結局、モノレールルート上のある地点に木の棒が何かでラインを引き、そこから少し距離を置いたH地区側に反対派が座り込み、N1地区側に私たち防衛局職員が配置する」ことになった（前掲10月14日付検面調書）。本件当日も午前7時過ぎ頃から、被告人らは「座り込んでいた」。しかし、午後1時頃に警備業務を交替した別の防衛局職員らが、改めて拡声器を使って一斉に退去要求を繰り返したため、「せめぎ合い」の事態に発展していった（前掲10月21日付検察官捜査報告書）。

そうすると問題は、公訴事実第2を目的して「入った」のではないが、被告人が「入った」ことで、傷害結果または負傷事故を誘発しうるような「せめぎ合い」が誘発されたといえるかである。防衛局職員らの退去要求と立ちほだかりという2つの行為がなければ「せめぎ合い」にもならなかったことを考えると、因果関係論としては疑問であるが、「せめぎ合い」に至る事実経過を一方的に被告人の側から抽象化し、入る行為による侵害結果として「せめぎ合い」（平穩の侵害）があった、と認める考え方があることは否定できない。

しかし、まず、この因果関係論は、いずれにせよ結果的加重犯または過失犯におけるそれであり¹²、「せめぎ合い」を目的として入っていない場合に、この因果関係論を用いて入る行為の罪の故意犯を認めることはできない【本意見書の結論第2】。

次に、これは「東側の山林地帯」に入る行為の限度では、平穩の侵害はない

¹² 森川恭剛「致死傷の偶然と因果関係」琉大法学 89号（2013年）29頁以下。

と考えることに他ならない。モノレールルートへの「侵入経路」(獣道)を歩くだけでは山林地帯の平穩は害されない。そして「入った」だけでは違法ではないのであれば、どの場所に入り、どうなったことが平穩の侵害であると違法評価されて起訴されているのか。その内容が特定されない限り、「審判及び防衛に支障を来し」、刑事訴訟法256条3項に反し違法である(大阪高判昭和50・8・27高刑集28巻3号310頁)【本意見書の結論第1】。

そこで、あらためて公訴事実第1を読んでみよう。被告人は「入ることを禁じた場所である沖縄県国頭郡所在の在沖米軍北部訓練場内に入った」。まるで形式犯である。この書きぶりは、むしろ検察官において、刑事特別法2条の罪が基地内の平穩を法益とし、その侵害を要する侵害犯である、とは考えられていないのではないか、という疑問を提起する。

6 標識の解釈論の誤り・・・論点②の説明その2

(1)「東側の山林地帯」に平穩に入る行為

被告人の9月24日の行為に対してだけ刑事特別法2条の罪の有無が問われている。それは公訴事実第2があるからであると思われた。しかし、被告人が「東側の山林地帯」に入る限りにおいては平穩の侵害はなかった。そう考えると被告人の同行者らを含め、この頃、同じように北部訓練場内の工事現場付近に入り込んで行った多数の人々が、まったく起訴されていない理由が理解できる。

例えば山城博明の写真集『沖縄 抗う高江の森』(高文研、2017年)は、本件前後の「東側の山林地帯」で撮影されたと考えられる写真を多く収め、また、藤本幸久と影山あさ子の共同作品である記録映画『高江 森が泣いている2』(森の映画社、2016年)は、「米軍北部訓練場の内側を描く」という副題を付けている。このような表現行為をするために北部訓練場内の山林地帯に入る行為は、そこが立入禁止区域であるか否かが不明確であるとしても、おそらく平穩の侵害がないという理由で、事実上、容認されている。写真や映像に収められた多数の人々の入る行為も同じである。そして現在もこれは続けられている行為であり、例えば2017年6月14日の豪雨で「東側の山林地帯」の工事現場(沖縄防衛局の説明ではH地区近くの「資材置場」)から大量の赤土が流出する事故が起り、事故原因の調査等のために人々が基地内に入っているが(新聞報道による)、これに対し

て米軍と日本国の警察は警備活動をしておらず、法的にも問題にしていない。

（２）演習場の立入りに関する合意事項

ところで北部訓練場には、1952 年 12 月の日米合同委員会の合意事項「演習場への立入、責任並びに警戒予告」が適用される。その第 1 項には「訓練に支障のない限り生計目的のための立入を許可する」とある。「訓練に支障のない限り」とは、おそらく「軍隊としての機能を全うさせる必要性」を考慮しなくても差し支えないときに限り、という意味である。したがって、基地としての要保護性が低下している場合に、という意味であると解される。しかし「生計目的」の意義は明らかにされていないので、例えば生物学者が動植物の研究のために立ち入ることは、認められると解しうるのは判然とししない。特にフェンス等で囲われていない、つまり境界の不明確な演習場等の基地の場合はそうである。周知の読谷補助飛行場（2006 年返還）の例をあげれば、パラシュート降下・物質投下訓練のために使用された基地であり、投下物質による住民の圧死事故を含め、家屋損壊等の多くの事故が引き起こされてきたが、他方で、ほとんどフェンスが設置されていなかったため、住民らが自由に出入りしてキビや甘藷の黙認耕作を続けていた。訓練実施の当日は、県警が基地周辺を警備して立入りを制限していた。このような基地の黙認使用の法的根拠は明らかではなかった¹³。

しかし、事実上、住民らの黙認使用が認められていた。興味深いことではあるが、読谷補助飛行場には前述の演習場の立入りに関する合意事項の適用はなかった。この合意事項が北部訓練場に適用されることは、5・15 メモに使用条件として記載されているのであるが、5・15 メモとは、1972 年 5 月 15 日に開催された日米合同委員会で、日米両国が沖縄県における基地の使用について交わした協定のことである。沖縄県がこのメモの存在を知るのは 1973 年 3 月で

¹³ 沖縄県総務部知事公室基地対策室編『沖縄の米軍基地』（2003 年）252 頁以下、本間浩『在日米軍地位協定』（日本評論社、1996 年）215 頁。なお、1978 年に読谷村運動公園が基地内に完成するが、その建設をめぐる刑事特別法 2 条による立入規制が検討されたことがある。

あり、再三にわたる公表要請の末、1997年3月に全文が公表された（橋本総理大臣と太田知事の会談の場で）。このとき、演習場の立入りに関する合意文書も公表された。現在でこそ、その概要を外務省ウェブサイトで読むことができることを研究者等の専門家は知っているが、これは1996年12月のSACO最終報告における「一層公表することを追求する」ことの合意後の措置であり、日米合同委員会の合意事項が原則として非公表であることに変わりはない。また、ウェブサイト上の文書が合意事項の原文（またはその公式の和訳文）であるとは限らない（後注iv）。いずれにせよ、それは国民等に対する適正な周知方法ではない。

そうすると基地自体の境界が不明確である場合に、住民らの入る行為が事実上容認されるのは、基地内の平穏が害されないからであって、米軍の包括的な許可があるからではないということになるだろう。基地内に立ち入る行為をする住民らにとって、許可の有無、黙認の条件は判然としないのであり、そして読谷補助飛行場にはその許可がなかったのである。基地内に立ち入るが、平穏は害されない。現実の「事実問題」としてあるのはこれだけである。このような場合、米軍は、事実上、「立入り禁止権」に基づく立入規制をしないのである。

なお、公訴事実第2に関する捜査で実況見分調書が作成されている。これはその事件現場に入り、防衛局職員である負傷者を立ち合わせて実施されている。この捜査目的の立入りは、そこが非警備基地であるという前提で、当然のように行われたと考えられるが、そこは立入禁止区域であると仮定し、「3条管理権」を尊重するのであれば、米軍の個別の許可を得る必要があったと思われる。刑事特別法13条によれば、警備基地内における検証は、米軍の同意を得て行い、または米軍に囑託して行うものとされている。おそらく被告人を立ち合わせて実況見分が実施されていないのは、この種の同意が得られなかったからである。しかし、いずれにせよ実況見分によって非警備基地内の平穏は害されないので、警察官らは「3条管理権」との関係で事実上容認される、つまり黙認されると考え、捜査目的で立ち入ったと考えられる。もちろん以上は推測である。

しかし、被告人は、9月24日に限り、その同じ「東側の山林地帯」に「入った」として起訴された。「入った」だけでは基地内の平穏は害されないが、「入った」行為は違法であるとみなされたのである。この謎は次のように説明できるだろう。

（3）米軍の標識の問題

基地内の事実上の平穩の価値は、立入りの許可や規制の有無とは切り離して、害されたか否かを判断することができる。それは砂川判決補足意見の既定事実論を読めば明白である。したがって、生物学者が研究目的でフェンスのないやんばるの森に入る行為が許されるか、という問いは立てるまでもなく、原則として違法ではない¹⁴。もちろん立入禁止区域の境界が「明確に」されている場合は、「構成要件に該当するが、可罰的違法性がない」と説明すれば足りる。しかし、境界が不明確である場合には、立入禁止の場所であるか否かを確認する方法が原則として日本国民等に与えられていないのであり、事実上の平穩が害されないのであれば、ともかく違法ではない、と考えるほかない。

この不明確さを前提にして、仮に刑法的な禁止規範を掲げるならば、故なく基地内に入った者は処罰される、という犯罪類型ができあがる。かつて団藤重光は、住居侵入罪の「故なく」とは、「外見上同種の行為が社会生活において正常に行われることがありうるので、違法なばあいにかぎって犯罪定型とみとめる趣旨」を明らかにする要素であると書いたことがある¹⁵。故なく基地内に入る行為の禁止。これは境界の不明確な基地と隣接して人々の生活が営まれている場合の行為規範として十分に合理的であると考えられる。しかし、「故なく」とは何をいうのか。その意義と判断基準について日米間で調整する必要が出てくるだろう。

それゆえ判断基準の明確さを期し、仮に法益主体の違いを無視して住居侵入罪のように、刑事特別法2条の罪が米軍の「立入り禁止権」を保護するとみ

14 宮城秋乃「東村高江・国頭村安波の自然と米軍ヘリパッド建設の影響」日本環境会議沖繩大会実行委員会編『沖繩の環境・平和・自治・人権』（七つ森書館、2017年）69頁以下。「2011年10月から、数人の生物研究者で、高江・安波のヘリパッド建設予定地周辺やFルート、河川沿いの生物分布調査を始めた」という。その結果、例えば次のようなことが分かった。「2016年8月5日から8日にかけて、毎晩、Fルート上の同じ場所に、やんばる・渡嘉敷島固有種、国内希少野生動物植物種、沖繩県指定天然記念物、絶滅危惧種のホルストガエルという大型のカエルが姿を現していた。しかし、同月半ばにその場所はヘリパッド建設にともなう工事で破壊された」。

15 団藤重光『刑法綱要総論（第3版）』（創文社、1990年）200頁。

なしてみる。これは判例の認めるところではないが、立入禁止区域における「立入り禁止権」が刑事特別法2条の罪の法益であるとしてみよう。そうすると立入禁止区域でなければ、米軍の「立入り禁止権」は特に刑法的に保護されないことになる。それは「日本側公権力にも対抗し得る」強力な権能ではあるが、日本国民等との関係では、立入禁止区域を除けば特に保護するに及ばない利益であることが明確になるだろう。

しかし、これでは「3条管理権」が十分に尊重されていないとする米国側の苦情を呼ぶかもしれない。そこで、立入禁止区域の境界に掲げられているように、許可なく基地内に入る行為は、原則として違法であると考えてみる。このとき基地の境界に幾つかの標識が立てられていることは、せいぜい処罰条件であり、地図上で示された基地境界線の内側が刑事特別法2条の罪の行為客体であるとされかねないだろう。境界の不明確さは法律上の問題でしかなくなる。こうして刑事特別法2条の罪が形式犯になっていく。これは米軍の標識を日本国の法律と取り違える解釈論である。しかし、要注意の陥穽である。

米軍の標識は立入禁止区域の境界を「明確に」するために設けられる。仮にこの目的のことだけを考えるのであれば、「立入禁止 Keep Out」と記して在日米軍の署名をすれば足りる。しかし、これ以上のことが標識に表されているところに問題がある。「故なく」の判断基準は日本国の司法権を行使して示されることになるが、許可の有無を決めるのは米軍である。米軍の裁判権に服する者であることを示す身分証明証を所持するか否かが、その最も明確な判断基準である。しかし、この「立入り禁止権」は単なる許諾権ではない。基地の境界に立てられる無許可立入禁止の警告板は、基地内では日本国法令ではなく、米軍の意思が支配することを表示している。

許可なく基地内に入る者は、米軍の意思を侵害する。それゆえ米軍警察によって逮捕され、日本国の捜査機関に引き渡される。その逮捕理由は、そこが日本国の領域内である以上、刑事特別法2条違反に求める以外にない。それゆえ米軍としては、許可なき立入りは日本国法令によって処罰される、と標識に記して警告を発する理由がある。しかし、「3条管理権」を尊重するあまり、日本側がこの文言を真に受けてしまうと、事実上の平穩の侵害のない限り、米軍としても進んで非警備基地の立入規制をするものではないことが見落とされ

てしまう。検察官はこの過ちを犯し、平穩は害されていないのに、許可なき立入りがあり、したがって違法であると考えたのではなかろうか。

なお、日本国政府として「3条管理権」を尊重しつつ、米軍の基地内の平穩を保護し、同時に国民等の基本的人権を尊重し、保障するために積極的にできることがあるとすれば、それは以下の措置をとることである。まず、立入禁止の場所の範囲が日本国政府に知らされている場合には、その指定された境界が「明確に」なるように防衛省の作成名義で標識を設け、そこに地図を描き、その場所を太線で囲って次のように表示する。「正当な理由がないのに基地であって米軍が入ることを禁じた場所（地図上に太線で示された場所）に入った者は刑事特別法2条により処罰される」と。次に、立入禁止の場所の範囲が日本国政府にも知らされていない場合には、必要に応じて基地の境界に標識を立て、「正当な理由がないのに基地内に入った者は軽犯罪法1条32号により処罰される」と記す。後者は、砂川判決の既定事実論が述べたように、不法に入国した外国人が占有する田畑に正当な理由がなくて入る行為が違法であるならば、米軍の意思表示があるか否かにかかわらず、日本国によって米軍に提供された基地には同程度の刑法的要保護性を認めることができるという趣旨の日本国政府の表示である。

7 適用違憲論その1

ここまでの検討の結果、本件に刑事特別法2条を適用することは、次の憲法違反にあたると思われる。

1つ目は憲法31条の実体的適正原則、つまり謙抑性の原則違反である。北部訓練場内の「東側の山林地帯」に入る行為は、基地内の平穩を害していなかった。そこは立入りが黙認されてきた場所であり、米軍によって警備されておらず、刑法的要保護性が低下していた。沖縄防衛局はそこにモノレールルートを作り、その近辺を工事区域として警備していたが、そこで偶発的に起きた「せめぎ合い」の責めを被告人の「入った」行為に求めるのは筋違いというべきだろう。刑事特別法2条は必要最小限度の特則としてあり、謙抑的に解釈され、運用されねばならない。行為客体の存在と法益の侵害が疑われる本件のような事案にこれを適用することは謙抑性の原則に違反する【本意

見書の結論第3】。

なお、違憲審査基準について、旧日米安全保障条約を違憲審査の対象にした前述の砂川判決は、「一見極めて明白に違憲無効であると認められない限りは、裁判所の司法審査権の範囲外にある」と判示した。同条約は「主権国としてのわが国の平和と安全、ひいてはわが国存立の基礎に極めて重大な関係を有するもの」であって、また、「高度の政治的ないし自由裁量的判断」により「適法妥当なもの」として国会の承認を経ているからである。同様に刑事特別法2条についても、それは「一見極めて明白に違憲無効」ではなく、一応合憲であるとされている（最3小判昭和57・11・16刑集36巻11号908頁）。しかし、後者の効力の問題は、前述の長官補足意見によれば、米軍駐留の合憲性の問題と「全く関連がない」のであり、また、「軽犯罪法1条32号や住居侵入罪との法定刑の権衡のごとき、結局立法政策上の問題に帰着する」という意味で、刑事特別法2条は、米軍駐留そのこととは異なり、日本国の存立の基礎には直接に係わらぬ事実上の利益を保護するにすぎない。それゆえ、その適用を個別審査する場合、さほどの消極的な審査基準を用いる理論上の理由はなく（統治行為論の対象外である）、必要最小限度性を厳格に判断する基準論を採り、米軍駐留という根本の規制目的と基本的人権の尊重という憲法基本原則の両立を図り、前者を念頭に置きつつ、国民主権の観点から、基本的に後者を擁護すべきであろう。

2つ目は憲法31条の罪刑法定主義、つまり明確性の原則違反である。刑事特別法2条が禁止する行為は、米軍が使用する基地であって「入ることを禁じた場所」に入ることである。この文言自体は不明確ではない。しかし、この立入禁止区域は、その境界に標識等を設けて「明確に」されることになっており、そして日本国民等にはこのことが知らされていない。したがって、その場所が「一見極めて明白に」とはいわないまでも、「明白に」境界が「明確に」されているのであれば、日本国民は、行為客体の場所がどこにあるかを特定することが容易ではないという状況を強いられる。本件の場合がそうであった。被告人は北部訓練場内の立入禁止区域の範囲が日米合同委員会合意によって明確にされることになっていることを知らされていなかった。つまり、どのようにして行為客体の場所を具体的に特定するか、その方法を知らない。そのため北部

訓練場内の全域が立入禁止の場所でありうるという錯誤に陥りえた。というのも「3条管理権」によって基地内では米軍の意思が支配するとされているからである。

もちろん北部訓練場の全域またはその特定の一部が、立入禁止の場所でありうることを被告人が認識しえたのであれば、ここから違法性の意識の可能性があったという結論を引き出したくなるだろう。しかし、行為客体の場所は明確にされることになっている。そのことを知らされていたならば、刑事特別法2条の罪の行為客体は「ない」と判断することもできたし、または警察官や防衛局職員らに境界の位置を質問するなどして立ち入る場所を取捨選択することもできた。このような機会を奪われ、あたかも漠然と北部訓練場内に入る行為をすることが刑事規制の対象であるかのような錯誤に陥る状況を強いられたことに憲法上の問題がある¹⁶。

境界が「明確に」されているか否かは事実認定上の問題である。しかし、「東側の山林地帯」という場所の境界が明確である、という判断自体に「明白さ」があるのでなければ、そこに憲法上の問題がある。「明白に」行為客体の場所が明らかにされているといえるのでなければ、基地であって入ることの禁じられた場所とそうではない場所の法律上の区別が、決して明確にはならず、刑事特別法2条は行為規範としてよく機能しない。個別具体的な場所との関係で、この機能不全を生じたとき、そこに明確性の原則違反があったといえる【本意見書の結論第3】（後注v）。

3つ目は、憲法14条1項の法の下での平等違反である。日本国において米国の軍法に服する者（米軍人・軍属またはこれらの家族）であることは、日米地位

¹⁶ 砂川判決後に次の指摘があったが、基地の実態をよく認識しているとはいえない。「入ることを禁じたこれらの場所については、立入を禁ずる旨が何らの方法で表示されている（囲壁をめぐらしあるいは監視人を置く等）のが通常であろうから、構成要件の客体が不明確であるという面で憲法31条違反の問題を生ずることもないであろう」と（藤木英雄「刑事特別法2条の意味について」法時32巻2号（1960年）85頁）。ただし、刑事裁判管轄権に関する合意事項の要旨が国会提出されるのは1960年3月であり、その第5項(1)が問題の合意事項8に相当するが、これがまだ刑事法研究者には知られていなかった可能性も否定できない。

協定上の身分である。このうち家族であって日本国民である者が「東側の山林地帯」に入ることは刑事規制されない（日米地位協定5条2項）。本件の「バリケード」に取り付けられた警告札は、その旨を表示するものでもある。したがって、もしその文言を真に受け、標識の内側に許可なく入る行為を違法であると評価し、そして刑事特別法2条が適用されることになれば、米国の軍法に服しない者は一般的に「許可なき者」であるという法律上の身分（つまりその違法評価に基づく身分）を有するがゆえに、個別の許可を得る等の例外事由にあたらぬ限り、その基地内に入る行為が、刑事規制の対象になる。

したがって、もし検察官が、「正当な理由がないのに」とは、もっぱら「米軍の許可なく」という意味であると刑事特別法2条を解釈して公訴事実第1を書いたのであれば、それは「許可なき者」であるという法律上の身分に基づく被告人の取り扱いである。しかし、家族であって日本国民である者（「許可ある者」と「許可なき者」が、それぞれ「東側の山林地帯」に入ることの間には事実上の有意な違いが認められない。前者の「許可ある者」が日本国の刑事訴追を免れる限りで刑事人権の問題は生じない。しかし後者の「許可なき者」だけが刑事訴追の対象になるのであれば、それは明らかに不合理な差別的取扱いであり、憲法14条1項に違反する。したがって本件起訴が、この標識の理論に基づくのであれば、それは違憲であり、無効であるといわねばならない【本意見書の結論第4】。

8 正当な理由の有無・・・論点③の説明、適用違憲論その2

(1) 「3条管理権」と刑事特別法2条

公訴事実第2の出来事に注目し、基地内の平穩の侵害を認めようとするれば、むしろ「東側の山林地帯」に入る行為の違法性を説明できなくなること、これに対して刑事特別法2条を無許可立入罪であると解釈すれば、平穩の侵害の有無を問わず、基地内に入る行為を違法であるとみなしうが、しかし、それは標識の解釈論であるにすぎず、憲法14条1項に違反することを指摘した。

本件の論点③は、「正当な理由」の有無である。前述の逐条解説書は、「立入禁止の場所であっても、その場所の管理権者等から立入を許諾された場合、天災等に際して緊急の必要で立ち入るような緊急避難と認められるような場合」

は、正当な理由があると述べ、さらに、正当な理由があると「解すべき」場合として次の2例を上げる。まず、米軍用地特措法による個人所有の家屋の接収に対して居住者が明渡しに応じないような場合であり、これに対しては特措法上の罰則の適用がありうるが、「事実上の居住の状態は保護を受け、合衆国軍隊による退去の要求に応じなくても、応じないことについて正当な理由があるものと解すべきである」と。次に、米軍に雇用されて基地内の立入禁止区域で就労中の従業員が「就労中に不当に解雇され、就労場所より退去することを要求された場合においても、その解雇が不当である限り、その立入禁止区域から退去しない行為は、正当な理由があるものと解すべきであろう」¹⁷と。

これに対して1983年に外務省が作成した内部資料「日米地位協定の考え方・増補版」は、「日本側が（公権力の行使との関係で又は国民が何らかの目的で）施設・区域への立入りを認められる場合」としては、日米合同委員会の合意事項に基づく演習場への立入りや重大な罪の現行犯人の逮捕等の7つ場合があるとした上で、これらは「地位協定、合同委員会の合意に明文の規定がある場合」であり、これらの場合を除き、「米側の個別の同意を必要とする」と述べる¹⁸。この見解は、それらの場合に正当な理由があると判断されるという趣旨であり、その逆を意味するものではない。この点は非常に重要である。なぜなら、外務省資料が問題にしているのは、米軍の排他的な基地使用权（「3条管理権」）との関係における、基地への立入りの可否であるからである。いいかえれば、立入禁止区域であるか否かにかかわらず、米軍の「3条管理権」との関係では、米国の軍法に服しない者が基地内に入る場合には、米国側の許可を要すると考えられている。

外務省の見解によれば、これは道路、公共駐車場、キャンプ場、農耕地等として日本側が使用する共同使用区域にも妥当する一般的な原則である。日米地位協定2条4項(a)によれば、米軍が一時的に使用していない基地について、日本政府が臨時に「みずから使用し、又は日本国民に使用させることができる」。ただし、それは米軍による当該基地の「正規の使用の目的にとって有害でない

17 津田、神谷・前掲書28頁以下。

18 琉球新報社編・前掲書51頁、56頁以下。

ことが合同委員会を通じて両政府間に合意された場合に限る」。この意味で米国側の許可がある。それゆえ、あくまでも外務省は次のように述べる（ただし30年前の見解である）。共同使用の場合でも「米側は、施設・区域の当該部分に対しいわゆる管理権を行使し得るものと解される。ただし、かかる共同使用に関する日米間の取極に従い日本側が必要な措置をとる場合には、米側の管理権の行使は、その限度で実際上排除される」¹⁹と。

しかし、刑事特別法2条の罪の法益は「3条管理権」そのものではない。共同使用の道路等は、もはや米軍が立入禁止区域として指定できる場所ではなくなっている。したがって北部訓練場内の県道70号線を通過する行為は、米軍の許可があるから正当な理由があり、違法性が阻却されるのではなく、その場所はすでに米軍が入ることを禁止できる場所ではなくなっているため、そもそも刑事特別法2条の犯罪類型に該当する行為ではない。米軍の「3条管理権」と基地内の平穩の価値の違いは、さしずめ私という法益主体の自己決定権そのものと自己の住居に関する利益の違いに相当する。明確に「No」の意思が表示された範囲内にある場所に限ってこれを行為客体とし、その場所の平穩を保護するのが刑事特別法2条である。

したがって、基地内の平穩の侵害が生じたとしても、米軍の許可を得ているならば、正当な理由のある立入りであって、決して違法ではない。この意味で「3条管理権」は強力である。しかし、これは米軍の許可を得ていなければ正当な理由がないと判断される、ということでは決してない。前述の逐条解説書が例示したように、正当な理由の有無に関する解釈論上の課題は、むしろ米軍の意思に反する立入りまたは不退去の行為のどこまでを正当な理由がある、と認めることができるか、という点にあるといえる。

なお、内閣衆質192第58号答弁書（2016年10月21日、質問者照屋寛徳）によれば、「警察官が、同訓練場のヘリコプター着陸帯の移設工事に関し、同訓練場区域内に立ち入ることについては」、米軍から「同意を得ているが」、それは刑事特別法10条の規定を根拠とするもの、つまり逮捕等の「人身を拘束する処分」を行うために同意を得たものではない、ということである。また、防

¹⁹ 琉球新報社編・前掲書40頁以下。

衛局職員らは、ヘリパッド移設事業の業務を遂行するために、日米合同委員会の承認を得て立ち入っていたと考えられる。これらはその場所が立入禁止区域であるか否かにかかわらず、警察官と防衛局職員らが、「3条管理権」との関係で必要であると考えられている手続を経て基地内に入っていたということである。これに対して被告人が米軍の個別の許可を得ていないというのは、そのとおりなのだろう。

（2）入る行為の相当性の判断方法

正当な理由の有無の判断方法について、立川公務員宿舍ピラ事件最高裁判決は、政治的意見を記載したピラを各室玄関ドアの新聞受けに投かんする目的で集合住宅の敷地等に侵入した行為をもって刑法130条前段の罪に問うことは、憲法21条1項に違反しないと判示した（最2小判平成20・4・11刑集62巻5号1217頁）。同判決によれば、生じた被害の程度は軽微ではなく、したがって被告人らの表現行為は「その手段が他人の権利を不当に害するようなもの」であった。つまり、それは「正当な理由がないのに」侵入した行為であった、と。この判断方法、すなわち、たとえ憲法上の表現行為であっても、その価値を享有するための手段の相当性を欠く場合には、違法阻却されないという判断方法は、本件でも参考になるだろう。なお、「侵入」とは、法益を侵害して入る行為を指し、刑法130条では管理権者の意思に反する立入りをいう（最2小判昭和58・4・8刑集37巻3号215頁）。

さて、被告人は北部訓練場内に「入った」とされ、起訴された。この入る行為が基地内の平穏を害し、そして、その場所が立入禁止区域であったのであれば、それは基地内に侵入する行為であったといえる。しかし本意見書はこれらを消極に解したので、以下では侵入行為の相当性という衡量論ではなく、単純に「東側の山林地帯」に入る行為の正当性を説明することにしよう。この作業によって、本件の「入った」行為が長期1年の懲役刑を定める罪に該当することをもって公共の福祉に反すると判断できるような軽い意義の行為ではなかったことは十分に示すことができるだろう。はじめに被告人の行為の目的を明らかにし、それから、その目的実現のための手段として不相当と解すべき余地はないことを指摘する。

(3) 入る行為の2つの目的—阻止と監視

被告人が、本件前後の頃、北部訓練場内のヘリパッド建設工事現場付近に入った理由は、前掲捜査報告書のブログ記事「高江のリアル①(9月21日)」「同号外(22日)」「同②(23日)」「同③(28日)」「同④(30日)」(以下では①、号外等と表記)によれば、阻止行動のためである。この阻止行動は「県道で阻止行動」(①)「ヘリパッド建設区域で阻止行動」(④)などと記されていることからすると、沖縄防衛局のヘリパッド移設事業に対する沖縄県民らの抗議行動として取り組まれていたものことであり、被告人はこれに参加していた。この抗議行動については連日のように新聞報道やウェブ上のブログ(例えば作家目取真俊「海鳴りの島から」)で写真等を添えて情報が発信されており、これが地域住民の生活環境ややんばるの森の自然環境等の価値を保全しようとする象徴的表現行為であることは広く知られていた²⁰。被告人は「ヘリパッド建設区域」での阻止行動について次のように報告している(④)。

ヘリパッド建設区域に行くためには、山道を片道約1時間かけて登らなければならない。…山道を登り切ると、モノレールルートに出る。

しかし、そこには防衛局員や警備員、機動隊がいる。特に防衛局員がズラリと並び、道を通らせないようにしている。

無理に突破しようとしてはダメだ。隙をみて森に入って突破するのがコツである。モノレールルートを右に行くとH地区ヘリパッド、左に行くとN1地区ヘリパッドに行ける。毎日、何処で座り込みをするのかは当日、山を登ってから決めるため、ベテランの指示を聞かないとダメだ。

今日はN1地区ヘリパッドとモノレールルートに二班に分かれて阻止行動した。

モノレールルートの班は、機動隊が続々と応援にやってきたため、阻止行動は殆ど出来なかった。

²⁰ 沖縄県議会「米軍北部訓練場ヘリパッド建設に関する意見書」(2016年7月21日)は「県民の生命、安全及び生活環境を守る立場から、政府が米軍北部訓練場ヘリパッド建設を強行に進めること」に対して抗議し、「建設を直ちに中止するよう」要請している。

これによると9月30日の被告人は、モノレールルート班の一員として、ベテランの指示に従い、モノレールルート上で座り込みをすることによってヘリパッド建設工事を阻止しようとした。同様に被告人は、22日にN1のヘリパッド建設現場に行き、23日は「約30人の同士とN1からHへ続く工事中の道路と、Hのヘリパッドで阻止行動をした」(②)。本件当日の記録はないが、その4日後の28日にもモノレールルートに入ったようである。しかし、このような阻止行動は、工事阻止の目的との関係では、「殆ど出来なかった」とあるように、必ずしも実効的ではなかった。それでも、もう1つの目的、つまり沖縄防衛局の「違法工事」を監視するという目的があり、この点で阻止行動は有効であり、また、必要であった。被告人も次のように報告する。

防衛局は違法伐採をしている。4cm以上の木を伐採するには、林野庁の許可が必要だ。防衛局は、許可なくやんばるの森を米軍のために伐採しているのが現状だ。(①)

先日、高江のヘリパッド建設を県が調査の実施と工事中止を要請したとRBCで報じられた。(号外)

今日は、約30人の同士とN1からHへ続く工事中の道路と、Hのヘリパッドで阻止行動をした。僕は初めてHのヘリパッド現場に行ったが、現場防衛局による違法伐採で、自然豊かなやんばるの森がなぎ倒されていた。(②)

この道路は、通称モノレールルートと呼ばれ、工事用資材をモノレールで運ぶと申請しているが、ダンプが通れるほどの幅がある。おそらくダンプで搬入するのだろう。砂利の高さも15cmと決まっているが、30cmもあった。道路の幅も本来のモノレール幅(70cm)後で許可を取っている幅は3mなのに5m以上ある。(③)

悔しいがモノレールルートの違法伐採は、ほぼ完了しただろう。…モノレールルート班は、山を降りてN1表ゲート前に向かった。30分位、N1ゲート前にいる間、ショベルカーを積んだトレーラー1台とワイヤーメッシュを積んだユニック車が搬入された。(④)

被告人は、ヘリパッド建設工事の阻止と監視を目的にして「ヘリパッド建設区域で阻止行動」をした。阻止目的の点でそれは象徴的言論であるが、監視目的の点では、それは緊急性のある行為であり、むしろ知る権利のためにやむを得ずにした行為であったといえるだろう。本件当日の24日は防衛大臣の現地

視察があり、また、土曜日でもあったので、その参加者は数十人に及んだ²¹。彼らもまた、被告人と同様に、「防衛局は違法工事を繰り返している」(③)と認識していただろう。それは次の事実に基づいている。

(4) 沖縄防衛局の「違法工事」を知る権利

内閣衆質 192 第 30 号答弁書 (2016 年 10 月 11 日、質問者仲里利信) によれば、北部訓練場の国有林野については、日米地位協定 2 条 1 項 (a) の規定に基づき在日米軍の使用に供するために、「沖縄防衛局長が、沖縄森林管理署長から使用承認を受けているところであり、当該使用承認の条件の 1 つとして、同局長は、立木を伐採しようとするときは、その内容等について同署長と協議の上、処理するものとされている」。しかし、同年 8 月 3 日、沖縄森林管理署は、「沖縄防衛局から事前協議なしに立木を伐採したとの説明」を受けたため、立木伐採を中止させた上で、同 5 日に現地確認を行い、「てん末書を提出させ、再発防止策を講じさせている」。

「使用承認の条件」とあるのは「使用承認書」(2013 年 3 月の 24 沖管第 604 号) 第 2 条を指すと考えられる。この文書は平和市民連絡会が情報公開請求により入手して公表したものである (平和市民連絡会とは前述の抗議行動に参加する市民団体の 1 つである)。同会によって沖縄森林管理署に使用条件違反が通報された (沖縄タイムス 2016 年 7 月 28 日)。

立木伐採の問題はこれで終わらなかった。琉球新報 2016 年 8 月 28 日は、

²¹ 翌 25 日の沖縄タイムスの記事は次のとおりである。—— 稲田朋美防衛相が乗った自衛隊ヘリが 24 日午前 10 時すぎ、北部訓練場上空に現れると N 1 表ゲート前に集まった市民 200 人余りは「帰れ」「ヘリパッドはつくらせない」と拳を突き上げ抗議。N 1 地区上空付近でヘリが低空飛行すると「嫌がらせのようだ」との声も飛んだ。市民らは午前 7 時すぎから同ゲート前に座り込み、資材搬入を阻止。別の市民約 50 人は 3 グループに分かれ、早朝から H 地区のヘリパッド建設予定地に入り抗議行動をほぼ終日行った。市民らによると、これまで遠巻きに眺めるだけだった機動隊 70 ～ 80 人が、立木の伐採をする作業員の前に並んで壁をつくり“護衛”したという。チェーンソーや重機で次々と木が倒される様子を見たという名護市の女性 (28) は「見ていっただけで手足も出さず悔しい。もっと多くの人があれば止められると思う」と話した。

Fルート上での「沖縄防衛局の作業の様子分かる写真」を入手したとして、その写真を掲載し、次のように報じた。「写真では幹が20センチ以上あるとみられる太い樹木の切り株や、大きなはさみが付いた重機によって作業する様子が写っており、ヤンバルの豊かな森で大規模な伐採が行われている事実があらためて浮き彫りになった」「胸の高さで直径4センチ以上ある立木を伐採するには沖縄森林管理署との事前協議が必要だが、今回工事が進められている区域で事前協議が行われたかどうかは不明だ」と。これは次の記述からすると、Fルート出口方面の場所であり、従来の米軍標識の南側であると思われる。「写真が撮影されたあぜ道は25、26の両日にかけて沖縄防衛局がフェンスを設置したため、現在は通ることができない」。

9月下旬の本件前後頃に問題になったのは次の3点である。まず、沖縄防衛局に対する沖縄県の工事中止要請である。沖縄防衛局は、9月9日、沖縄県環境部に対し、7月に提出した「北部訓練場ヘリコプター着陸帯移設事業（仮称）環境影響評価検討図書」に一部変更点があるとして該当箇所の修正版を提出した。当初の計画では、H地区への資機材運搬のため、「下草刈りを行う程度」の工法で、全長約1.2キロのモノレールを設置する予定だったが、「全体の工期を加速するため、運搬能力の高い」方法に変更され、ダンプトラックのための運搬道路（本件モノレールルート）が造成されることになった（琉球新報2016年9月17日）。しかし、沖縄防衛局は、赤土等流出防止条例の手続を踏まなかった。そのため、伐採状況を新聞報道等で確認した沖縄県は、道路造成のためには不陸整正（重機で土地を均して平坦な路床面を造成して碎石をひく作業）が必要であり、これは同条例の申請対象であることから、9月21日、沖縄防衛局に対し、現地調査を行うまで工事を中止するように申し入れた。写真等で伐採状況を記録し、報道機関や県に情報提供したのは、阻止行動に参加した住民らであると思われる。しかし、沖縄防衛局は工事中止に応じなかった。こうして翌22日から、「調査までは市民の力で阻止」するために工事区域での連日の阻止・監視行動が始まったのである（沖縄タイムス2016年9月23日、琉球新報同年10月22日）。

次に、このモノレールルート造成について、沖縄防衛局は9月1日付けで立木伐採に関する協議書を沖縄森林管理署に提出し、同月6日、同署が同局

立合いの下、協議書を基に現地調査を行い、現地において伐採範囲及び伐採木を特定した上で、同月12日付けで同局に対して立木伐採に同意する旨の回答を行っていた。これによると伐採面積は5,700㎡であり、詳しくは「道路延長：1,409m、道路幅員：3.0m、伐採幅：4.0m」の範囲であった。しかし、「高江ヘリパッド建設反対現地行動連絡会のメンバー（元土木技師）らが22日に現地の10地点で測量した結果、全ての地点でその範囲を超えており、最も広い場所で道路幅が7.6mあった」（琉球新報2016年9月28日）。そのため再び同月29日に沖縄森林管理署は現地調査を実施した。その結論として同署は「道幅や伐採幅の明確な基準はない」とする観点から沖縄防衛局の工事を追認した。しかし問題は、道路の長さや幅で伐採面積が決まる点であり、伐採面積が許可条件を超えるのであれば適法であるとはいえないだろう。24日の被告人は、まさしくこのモノレールルート上で阻止・監視行動をした²²。

さらに翌10月になって大きく報じられたのは、沖縄防衛局が道路交通法違反（過積載）、ダンプ規制法違反（番号表示不記載）、道路運送車両法違反（不正改造）のダンプトラックを用いて工事を進めていたことである。沖縄タイムスの9月21日の調査では「ダンプ10台のうち5台で表示番号がないか不鮮明、7台でリアバンパーの長さが不足していた」（沖縄タイムス2016年10月15日）。この問題について沖縄総合事務局は車両使用者にハガキを送付して改善を求め、18台中15台から「是正した」との回答を得た。しかし沖縄防衛局と沖縄県警は、問題が報じられてからも、法令違反の有無について明確な判断を示さなかった。これは住民らの監視行動がなければ沖縄防衛局の「違法工事」が改善されないことを教える好例である。

以上の事実経過を踏まえると、多数の住民らが監視目的をもって「東側の山林地帯」に入る必要があると考えたことは合理的であったといえる。報道機関の記者等が同行したかは確認できていないが、あえてそこに立ち入る者がいなければ、沖縄防衛局の進める工事の問題が明らかになることはなく、改善もさ

22 公訴事実第2の実況見分調書によれば、モノレールルートの幅は、舗装部分が約3.3メートル、未舗装の砂利部分が約1メートル、さらに伐採された木々の積まれた部分があり、伐採幅は4メートルを超えているものと考えられる。

れなかったと考えられる。したがってそれは日本国法令の尊重義務が米軍に課される以上、「3条管理権」との関係でも、知る権利のためのやむを得ない緊急行為として、事後的に追認されるべき立入りであったと考えられる。いいかえれば、憲法的にはそれは知る権利に基づき、刑法的には米軍の推定的同意に基づく行為である。つまり、それは刑事特別法2条違反を認めえない行為である【本意見書の結論第2】。

したがって、9月24日の被告人の入る行為について、正当な理由がないとみなすのであれば、検察官は次のことを立証しなければならない。すなわち、阻止行動の監視目的との関係で、沖縄防衛局の工事が適法に進められたこと、または適法に進められたとはいえないが、これを改善させる他の相当な手段が具体的に選択可能であり、「東側の山林地帯」に入る行為は相当性を欠いていたことである。起訴状では何の説明もなく、被告人は「正当な理由がないのに」北部訓練場内に入ったと書かれているが、これは検察官に挙証責任のあることである。

（5）象徴的表現行為

次に、阻止行動の阻止目的との関係で、「東側の山林地帯」に入る抗議行動が、公共の福祉に反するものではないことを説明する。

新聞報道によれば、7月22日、沖縄防衛局は「約2年間中断していた工事に着手した。建設に反対する市民約200人と、全国から派遣された機動隊など約500人の警察官が衝突。男性1人が肋骨（ろっこつ）を折る大けがを負い、計3人が救急搬送されるなど、現場は大混乱となった。また、県警と機動隊は県道70号を一部封鎖状態にし、車と人の通行を遮断した」（沖縄タイムス2016年7月23日）。

この事態をうけて、同日午後、沖縄県知事翁長雄志は、「県民に大きな衝撃と不安を与えるもので誠に残念」（沖縄タイムス同上）「県民は長年にわたり過重な基地負担に耐えながら日米安保体制に尽くしているにもかかわらず、強行に工事に着手する政府の姿勢は到底容認できるものではない」と強く批判した（琉球新報2016年7月23日）。

機動隊によって強制排除された住民らの抗議行動は、(7)米軍輸送機オ

スプレイの訓練用施設として使用されるヘリパッド建設が、周辺住民に騒音被害と墜落の不安感を与え、生活環境を悪化させること、(イ)世界的にも貴重であるとされるやんばるの森の自然破壊の工事が進むこと、(ウ)軍事施設のための土地開発は、沖縄戦を反省し、平和を尊ぶ戦後沖縄の思想に反することなどを理由としていた。それは憲法21条1項で保障された象徴的表現行為であり、その保全価値は、さしあたり人権・自然環境・平和である。

これに対して県知事が問題にしたのは、ヘリパッド移設事業それ自体であるというよりは、警察力を借りて住民らの抗議行動を排除し、工事を強行しようとする政府の姿勢であった。県外から数百人の機動隊員が沖縄に派遣され、住民らの抗議行動が抑え込まれ、負傷者が出たのである。それは「県民に大きな衝撃と不安」を与えた²³。また、それがひいては県外在住の被告人にも抗議行動参加の動機を与えた。被告人はこう書き残している。「防衛局員の殆どは、内地の人間だ。沖縄県民の痛みなど何とも思っていない。僕ら内地の人間が高江で最前線の抗議をしなければならぬ」(号外)と。

北部訓練場内のヘリパッド移設事業は、SACO最終報告によれば、県民の基地負担軽減と日米同盟関係の強化のための日本国政府の事業であった。前者は北部訓練場の過半返還を指し、後者は、新しいヘリパッドを米軍に提供することで、日本国の平和と安全、並びに極東における国際の平和と安全に寄与するという日米安保条約の目的が推進されることをいう。しかし、この政府の事業が警察力を借りて強行されたのは、工期短縮のためであった。一般的には、仮にも県民の基地負担軽減が1つの目的であれば、政府は沖縄県と協議を重ね、県民に衝撃と不安を与えることのないように、慎重に移設事業を計画し、推進すべきであった。とりわけ北部訓練場の返還部分は、事実上の未使用状態にあ

²³ 7月21日に抗議行動参加者が警察車両にひかれ、負傷している(過失運転致傷の容疑で書類送検された機動隊員は翌17年5月31日付で起訴猶予)。なお、那覇地判平成30・1・16は警察官による「抗議参加者」に対する2時間以上の路上留め置きと1時間以上のビデオ撮影の措置について国賠法上の違法性を認めた(しゅんさんブログ2018年1月31日)。沖縄県は控訴せず確定した。

り、普天間飛行場のように、周辺住民の大きな負担にはなっておらず、この点で緊急性はなかったからである。しかし政府は工事を急ぎ、強行した。

こうして住民らの抗議行動は、強行される政府の事業に抗議する象徴的表現行為になっていく。その保全価値は地方自治、つまり政府に対する沖縄県の意思である。それは沖縄の自然と平和、県民の人権と福祉を保持しようとする行為として広く支持と共感を集めていった。それゆえ、前述のとおり、県による「調査までは市民の力で阻止」するために、そして生活道路として県道 70 号線を利用する周辺住民への影響を考慮するがゆえに、ヘリパッド工事現場付近に入る抗議行動が選択された。というのは政府が工事を強行したため、特に F ルート入口付近では、政府の利益と住民らの表現行為の価値が衝突することになり、そこでは警備業務を肥大化させれば衝突の激しさが増し、道路交通の安全と円滑も害されるという悪循環があったからである。9 月 15 日には県道 70 号線で斜め駐車をした 2 人が往来妨害罪で現行犯逮捕された。しかし、基地内の工事区域に入れば、その衝突が幾らか抑制された。こうして非暴力に徹しようとする住民らは機動隊の実力行使を避けようという点でも基地内で阻止行動をするようになった。これに対して政府は刑事特別法 2 条の適用を検討していると報じられたが²⁴、現在まで誰も逮捕されていない。このバランスの上に基地内での象徴的表現行為があった。

参考までに沖縄タイムス 2016 年 10 月 10 日は以下のように報じた。「威力業務妨害での検挙方針に切り替えた」とあるが、威力の行使はなかったものと思われる。被逮捕者は出ていない。

米軍施設・区域への立ち入り制限は、日米地位協定に基づく排他的使用权により米側が権限を持つ。（改行）防衛局は工事に支障が出ているとして市民らの排除や逮捕

²⁴ 9 月下旬の報道である。以下に引用する。「米軍北部訓練場のヘリコプター着陸帯（ヘリパッド）施設工事で、工事に反対する市民が同訓練場内に入って抗議をしたり、工事による環境への影響を調査したりしていることに対し、政府が近く刑事特別法を適用し、逮捕する方向で調整していることが分かった。複数の政府関係者が明らかにした」（琉球新報 2016 年 9 月 29 日）。

を検討。基地内で日本人を逮捕する場合、米軍の憲兵隊から日本側へ引き渡されるのが「慣例」となっているため、9月下旬、米側に憲兵隊や軍雇用の警備員などによる取り締まりを求めた。(改行) だが、在日米軍と米国防総省は広大な北部訓練場を警備するには一定の人数が必要で、別の施設の警備などに充てている人員を配置しないといけないことなどを理由に拒否。対応を日本側に委ねた。(改行) 防衛局は当初、刑特法で局職員による私人逮捕を検討した。だが、北部訓練場は施設区域の境界を示す明確なラインがないことや、局職員で数十人の市民を排除することは「不可能」(局関係者) との考えから刑特法の適用は困難との見方が強まった。(改行) 県警内でも過去に例のない刑特法の直接逮捕に「そんなことができるのか」と疑問の声が上がっていた。(改行) そこで政府は、機動隊による威力業務妨害での検挙方針に切り替えた。

(6) 平和のための象徴的表現行為

したがって、被告人の「入った」行為の相当性を判断するにあたり、象徴的表現行為によって政府の利益が損なわれえた点に目を奪われ、表現行為と日米同盟関係の強化という政府の利益を価値衡量するならば、それは問題を取り違えている。もし平和主義(または日米安全保障)という公共の利益に反するという理由で、被告人の行為に対して刑事特別法2条が執行されているのであれば、同様に被告人も平和主義を1つの保全価値として行為したのであり、本件裁判で、憲法の平和主義の内容をめぐる解釈論上の対立を争点化せねばならない。その場合には、日本国の戦力の不足を条件とする米軍駐留(前述の砂川判決の考え方)が、集团的自衛権の行使容認という2014年7月以降の政府の憲法9条解釈と整合するかを問う必要が出てくるだろう。それゆえ、もしこの理由で被告人の「入った」行為が相当ではないとみなされるのであれば、本件法適用は憲法前文と9条の平和主義に反するとする主張を追加せねばならない。

(7) 憲法21条1項違反…適用違憲論その2

しかし、刑事特別法2条の罪は、住居侵入罪と比べても軽い罪であり、その法益内容は基地内の平穏である。基地内の工事現場付近に入っていくという象徴的表現行為は、工事に多少の遅延を生じさせたが、その政府の不利益自体は、刑事特別法2条の罪の法益の侵害に当たらない。刑事特別法2条の罪

の保護の対象は基地でしかありえないが、抗議行動は北部訓練場という基地に対して行われたのではない。本件では刑法的保護の対象と抗議行動の対象が異なっている。そして後者の抗議行動は「公共の福祉に反しない限り」「国政の上で最大の尊重を必要とする」表現行為である。

住民らの抗議行動は、人権・自然環境・平和・地方自治という価値の保全を目的とする象徴的表現行為であり、ヘリパッド移設事業の工期短縮を図ろうとする政府の行為と対立した。しかし、ここから工事現場付近に入る阻止行動は公共の福祉に反し、刑事特別法2条に違反する、と考えることはできない。それでは単なる結論の先取りである。

次の2例と比較してみよう。(ア)2015年1月5日午前2時15分頃、ナンバープレートのないバイクに2人乗りをした少年らが、パトカーの追跡を逃れるため、牧港補給地区（キャンプ・キンザー）に入り、憲兵隊に発見された（琉球新報2015年1月6日）。(イ)2001年3月20日午後1時55分頃、長崎県の政治結社「正気塾」の街宣車が嘉手納飛行場第1ゲートを突破して基地内に入り、約5キロメートル走行したところで米軍側に止められた（毎日新聞2001年3月21日）。(イ)が公判請求されたかは調査できていない。(ア)(イ)は警備基地に入った事案であり、基地内の平穏の侵害を認めることができる。また、(ア)は逃走目的であることから正当な理由がなく、(イ)は相当な理由のない行為であるといえる。なぜなら(イ)については、「正気塾がホームページで米軍基地への抗議など反米・反基地活動を主張している」ことから、その旨の表現行為であったと考えられるが、その表現の自由を享有するために基地内に入る行為を選択する必要性や補充性はなく、また、それは政治的表現行為として有効な方法であるともいえないからである。つまり(イ)は手段の相当性を欠き、刑事特別法2条に違反するがゆえに、その文面上の合憲性を前提にする限り、公共の福祉に反する表現行為であるといえる。

これに対して被告人の参加した抗議行動は、表現行為である点で一応の正当な理由を有し、さらに、強行された工事に対して人権・自然環境・平和・地方自治という憲法的諸価値を保全しようとする、やむにやまれぬ行為である点で、不相当であるとは簡単にはいえなかった。その中でも基地内の工事現場付近に入り込む抗議行動は、機動隊の実力行使を幾らか避けることのできる手段でも

あった。その結果、一方で工事遅延のおそれという多少の政府の不利益が生じたが、しかし、これと引き替えに、他方でヘリパッド移設という安保条約上の利益と表現行為との価値衝突が抑制され、基地内の平穏も保たれていた。

したがって、「東側の山林地帯」に入る行為を刑法的に問題にする前に、むしろ政府が工事完成を急ぎ、沖縄県に対する十分な説明を尽くさず、「長年にわたり過重な基地負担に耐えながら日米安保体制に尽くしている」県民に対し、「大きな衝撃と不安」を与えるような方法で、はじめに象徴的表現行為を強制排除したことが、むしろ相当ではなく、次の意味で憲法上の問題があると考えられる。沖縄県の意思に反して日本政府が県内に軍事施設を建設し、日米安保条約の目的を追求することは、「政府の行為によって再び戦争の惨禍が起ることのないやうに」決意し、沖縄戦を反省する日本国民の憲法の平和主義の方法ではないと考えられることである。これは沖縄県民の多くに共有された認識である。それゆえ、ヘリパッド移設事業に抗議して工事現場付近に入った住民らの象徴的表現行為は権利の濫用ではなく、反対に公共の福祉のために権利を用いたと評価できるのであり、罪に問う理由があるとは考えられない【本意見書の結論第2】。もしこれに刑事特別法2条を適用するならば、それは憲法21条1項に違反する【本意見書の結論第3】。

それにもかかわらず、9月24日に入る行為をしたという理由で、被告人だけを起訴したことは、被告人の表現の自由に対する侵害行為であり、公訴権の濫用というべきである【本意見書の結論第5】。

9 おわりに

那覇地方裁判所で、政治的な象徴的表現行為に対する刑事特別法2条の適用の是非が問われるのは、1970年代後半のキセンバル裁判以来である。これは米軍キャンプ・ハンセンにおける県道104号線越え実弾砲撃演習を阻止するために、原水爆禁止沖縄県協議会等による抗議行動の一環として、1974年～76年にかけて数回にわたり、それぞれ数十～数百人の者らが着弾地に入ったという事件であり、1976年9月に沖縄県警が同基地内に入って4人を現行犯逮捕した。最初の「山中阻止闘争」から現行犯逮捕までの2年数ヶ月の間に、演習による県道封鎖の被害軽減のために全長約5kmの迂回道路の建設が進めら

れ、また、立入禁止の場所の境界を明確にするために、広大な演習場に約 30 km のフェンスが張り巡らされた。裁判で弁護人らは安保条約等の違憲性と行為の正当性を主張したが、「米軍の演習を中止のやむなきに到らせていること（すなわち、刑事特別法 2 条の保護法益である米軍基地の平穏を著しく侵害したこと）」などから有罪とされ（懲役 3 か月執行猶予 1 年）、控訴も棄却された（那覇地判昭和 55・5・20、福岡高判昭和 58・6・14、ともに判例集等未登載）。本件はこれ以来の「刑特法裁判」である。注目すべきは、那覇地裁が行為客体の存在を次のように認定したことである。

右施設及び区域の提供を受けたアメリカ合衆国は、地位協定 3 条 1 項に基づき、米軍がこれを管理し、同区域が立入禁止区域であることを示すため、その周囲に有刺鉄線 3 本を張りつけた高さ約 1.5 メートルの柵（全長約 3 万メートル）を設け、更に同区域への侵入可能箇所等約 60 か所に有刺鉄線を張った高さ約 1.7 メートル、長さ約 4 メートルのバリケードを置いたうえ、多数箇所に、「右柵内は米軍演習区域であり、許可なく立ち入ったときは日本国の法令により処罰される。」旨記載された防衛施設庁名義の立看板や表示板を設置していた。

前述の演習場への立入りに関する日米合同委員会合意事項が、北部訓練場と同様に、キャンプ・ハンセンにも適用されており、事実上、住民らの入る行為が容認されていた（県道 104 号線は「3 条管理権」による黙認使用である）。フェンスで囲われていなかった同基地は、刑事特別法 2 条による保護の対象ではなかった。それゆえ「山中阻止闘争」の開始後に、基地内の平穏を確保して演習を実施するために、境界を明確にして立入禁止区域をつくった。しかし、北部訓練場内の本件場所には、標識等によってその境界の明確にされた立入禁止区域は、存在しなかったのである。

米国統治下沖縄の布令刑法 144 号は基地への無許可立入罪を設けた。その検挙人員は 1960 年代末頃で毎年 100 人を超えていた²⁵。しかし、2006 年から 15 年までの 10 年間の検察統計年報を調べてみると、刑事特別法全体で全

25 垣花豊順「刑事特別法適用に伴う諸問題」琉大法学 12 号（1971 年）3 頁以下。

国の被疑事件の既済人員数は計70人であり（他の検察庁に送致された41人を除く）、概して刑事特別法は謙抑的に運用されている（ちなみに家庭裁判所に送致された3人を除く公判請求率は3.0%である）。その中でも2条の罪は、まず、行為客体の存否の点で、次に、正当な理由の有無の点で、いわば二重の絞りをかけて、犯罪行為が限定される。したがって、本件のように諸々の憲法的価値を保全しようとする象徴的表現行為に対する同条の適用は、明らかに行為客体が存在し、かつ不相当であると認められる例外的な場合に限られるといわねばならない（後注vi）。

本意見書は刑事特別法2条の法令審査ではなく、個別の適用審査について刑法学的に考察した。同法の立案担当者らが、これは「必要最小限度の特則」であり、「一般国民の人権の保護についてできる限りの配慮がなされている」と述べた理由を理解したからである。

後注

- i 一般的には「提供施設区域内」からの退去要求は、「提供施設区域内」への立入禁止の意味を帯びうるが、その提供施設区域が「北部訓練場」を意味するのであれば、それは刑事特別法2条違反の警告にはなりえない。その退去要求は「入ることを禁じた場所である北部訓練場」の範囲、つまりその境界線がどこに引かれているのかを示していないからである。いいかえれば北部訓練場内にある工事現場の警備の職務に従事する防衛局職員による退去要求は、基地内に入るべきではないという一般論に基づき、第一義的には工事現場付近への接近禁止の趣旨を伝達する目的で発せられていた。しかし北部訓練場でその一般論を繰り返すだけでは、立入禁止区域の境界を明確にして行為客体を顕在化させることができない。それゆえ刑事特別法2条違反の警告にはならないのである。——なお、10月21日付捜査報告書では「許可なく立ち入ることはできません」と警告したとされるが、映像でこの文言は確認できない。もちろん、こう述べたからといって「無許可立入禁止の場所」の境界が不明確であることには変わりがない。
- ii 森川恭剛「高江ヘリパッド刑事裁判（下）」沖繩タイムズ2017年10月13日。水島朝穂「沖繩『高江』から見えるもの—それにもかかわらず（Trotz alledem）」(<http://www.asaho.com/jpn/bkno/2016/0919.html>)で本件前の2016年9月中旬に写真撮

影された「バリケード」警告札を確認することができる。

- iii 意見書・原案では沖縄防衛局の「工事業務」と書いたが、「工事等の職務」と改めた。沖縄防衛局のヘリパッド移設事業や辺野古新基地建設事業は「強制力を行使する権力的公務」であり、威力業務妨害罪による保護の対象に含まれないことをはっきりさせたいからである。この点について森川恭剛「辺野古の威力業務妨害事件の公判傍聴記」前掲『沖縄平和運動裁判を考える』38頁以下。
- iv 「演習場の立入に関する合意事項」は5項目からなるが、国警本部刑事部捜査課通達（1953年3月17日、刑発捜47号）において、「陸上訓練場又は演習場の区域の立入に関する件」と題する全7項目からなる、より詳細な合意内容が明らかにされている（警察庁刑事局・前掲（脚注3）189頁以下）。
- v 日米合同委員会の「合意事項」について、「その法的性格は、協定の実施にあたる両当事者間の内部的な運用準則ともいうべきもの」であり、「これが公表されない取扱いとなっていることは、その性質上当然のことである」とされる。しかし「合意事項は、地位協定に関する内部的な運用準則についての日米間の合意であるから、地位協定の運用にあたる日米両当局の関係者がこれに従わなければならないことは当然である」（法務省刑事局『改訂 合衆国軍隊の構成員等に対する刑事裁判権関係実務資料』検察資料260号、2002年、4頁）。つまり、立入禁止区域の境界を明確にすることは刑罰法令の明確性原則の要請であり、米国側に課された法的義務である。日本政府が境界の不明確な立入禁止区域の存在を認めて国民等に不利益を課することはできない。この憲法上の重要な論点が二国間協定の「内部的な運用準則」に委ねられていることにも憲法上の問題がある。
- vi 米国統治下沖縄にあった無許可立入罪のように刑事特別法2条を解釈し、本件に適用するならば、あからさまに沖縄は日本国の「潜在主権」下に逆戻りするといえる。