

正当な理由が「ある」のに

——日米地位協定刑特法2条の適用違憲論——

森 川 恭 剛

- 目次
- 1 はじめに
 - 2 緊急逮捕の特例
 - 3 米軍の「3条管理権」と基地立入罪の関係
 - 4 結びにかえて

1 はじめに

1 沖縄島中北部には多くの基地（日米地位協定2条1項の「施設又は区域」）が所在し、住民の日常生活は基地と隣接して営まれている。基地内への立入りは、日米地位協定の実施に伴う刑事特別法（以下、刑特法と記す）2条によって規制されている。かつて米国統治下沖縄の米国民政府布令144号2.2.8は米軍の許可なき立入行為を禁止した。これは⁽¹⁾占領国の命令であった。しかし刑特法2条の罪は「正当な理由がない」行為を問題にしており、この点で住居侵入罪（刑法130条）や軽犯罪法1条32号の罪と同じである。

住居侵入罪の「正当な理由がないのに」の意義については、令状による搜索（刑訴法218条）などの場合が例外的に除かれるとする趣旨であり、違法阻却事由に該当する事実が存在しないことをいうとされる。これに対して同罪の旧規定の「故なく」について、「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」を認める趣旨を明らかにするものであるとする見解

(2) があった。これは構成要件論に対して行為論を優位させる解釈の方法に踏み込むものであり、注目に値する。本稿は、この方法を原則とする立場から刑特法2条の「正当な理由がないのに」の意義について検討を加える。はじめにその問題意識について補足する。

2 2015年1月5日、2人の少年が「パトカーから逃げるため、基地内に入った」として刑特法2条違反の疑いで緊急逮捕された。⁽³⁾ナンバープレートのない2人乗りバイクを追跡中の警察官は、少年らが基地内に入るのもっぱら逃走するためであると認識したと思われる。このような行為は一般的に基地の管理上好ましいことではなく、おそらく管理権者（当該基地司令官）の意思に反する。しかし少年らの行為は、その意味の被害を米軍に与えるからであるというよりは、相当ではない別の理由（逃走目的）をもっているから容易に「正当な理由がない」と判断できる。

一般的に法益侵害（被害）の事実があるとは、違法であると評価される犯罪類型上の結果が現実生じたということである。この「結果」の類型該当性の判断（事件性の有無の価値判断）が、責任実践の出発点にあるというのは、その通りであると思われる。しかし、その事実があったのであれば、原則としてその行為の違法推定がはたらくとする犯罪体系論には大きな問題がある。なぜなら、行為責任を問う責任実践で犯罪結果を行為者に結びつけるのは行為であるが、その行為者の基本的人権は手続的に尊重されねばならないからである。

軽犯罪法には適用上の注意があって、安易な違法推定による強制処分を戒めている。例えば最1小判平成21・3・26刑集63巻3号265頁は「専ら防御用」の催涙スプレアの携帯について「日常生活上の必要性」を認め、同法1条2号の「正当な理由がないのに」にあたらなかった。この実体法上の結論を肯定するとき、訴訟法的にも「携帯者がその『本来の用法』のために携帯したかという点」が問題になると指摘されている。⁽⁴⁾

正当な理由が「ある」のに

さらに、一般的に違法・責任の「阻却事由が存在する疑いがある場合」には「現行犯たりえない」とする見解がある⁽⁵⁾。そうであれば訴訟法的には、実質的に違法であると認識できる行為が犯罪の行為類型に該当する、とする原則論を提起すべきであると思われる。

しかし刑法学はそう考えてこなかった。例えば最2小判平成20・4・11刑集62巻5号1217頁は、政治的意見を記載したビ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管理権者の意思に反して立ち入っ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。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」であり、正当な理由があるとはいえない侵入行為であった、と。住居侵入罪における「侵入」と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）。表現的「侵入」行為の違法性を例外阻却しないと結論が、被害の程度と行為の憲法上の価値を一応見比べた上で、後者の価値実現のための手段の相当性を欠くことを理由として導かれたといえる。

同様の判断方法は最2小判平成21・11・30刑集63巻9号1765頁でも採用された。立入行為の態様に照らし、「法益侵害の程度が極めて軽微なものであったということではできず」、したがって違法である、と。たしかに正当な理由の有無は、「結果」の原因としての行為の相当性に関する問いである。しかし違法推定という理論上の負荷がかかるため、表現の自由等の一応の正当な理由が認められる場合であっても、軽微とはいえない法益侵害の事実があるとされ、相当ではないと判断される。「表現が許されるかどうか」は刑法学の問題にならないとまで論じられる⁽⁶⁾。これに対して第1審東京地判平成18・8・28刑集63巻9号1846頁は、立入りの目的、その時間と場所、その場所の利用状況、プライバシー侵害の程度、社会通念等を検討した結果、「正当な理由がない」とは認められないので犯罪の行為類型に該当しない、と判断していた。

犯罪類型は違法有責な行為類型として標識機能を有するがゆえに行為規範として掲げられる（ここでは故意または過失があるものを有責行為とする）。そのように行為類型は設けられるべきである。いいかえれば刑罰法令に書いてある犯罪行為は、現実の違法有責な行為に対して当てはめられるべき有意味な行為として類型化されている。しかし構成要件論によれば、客観的に記述できる、価値的に中立な「客観事実」としての行為なるものがある。そのような「もの」としての行為（例えば「催涙スプレー」の「携帯」がそうであるという）を典型的に記述するのが構成要件であり、実際にこれを認めたならば、それは原則として違法であると推定できるという。しかし行為とは、そのような「もの」ではない。それはつねに意味を帯び、価値評価の対象としてある（なぜ「それ」を携帯するのかという問いとともに「その携帯」がある。しかし構成要件論によれば、イヌが「催涙スプレー」をくわえていても「携帯」の行為なるものがあると記述できる）。意味のない行為は存在しないのに、客観的にはそれ、つまり無意味な行為が認められるとしてきたために、違法であるとはいえない行為、例えば一見して被害軽微な行為に対しても違法であるとの推定（いわゆる主観的な意味づけ）がはたらく。

犯罪の行為類型は、訴訟法的には、裁判規範として具体的な行為に適用される。その条件として「相当な嫌疑」（通常逮捕）や「充分な嫌疑」（緊急逮捕）、あるいは「各種の証拠資料を総合勘案して合理的な判断過程により有罪と認められる嫌疑の心証」（起訴）がある。なぜなら被疑者の刑事人権は保障されねばならないからである。「結果」だけではなく、これらも責任実践の前提である。そしてこれは「行為者」（犯人性）に関することであると同時に「行為」に関することであり、すなわち、相当程度以上に違法有責であると合理的に認識できる行為が「あった」ということである。

つまり犯罪の嫌疑の有無の判断の是非は厳格に問われねばならない。構成要件論の違法推定をもって訴訟法上の嫌疑が認められてきたのであ

正当な理由が「ある」のに

(7) れば、それは刑事人權論上の大問題である。政治的な象徴的表現行為が原則として違法であると推定され、留め置きや警告の対象にされ、場合によっては制止されることが起きるだろう。さらに、この行政警察作用に対する取るに足りない有形力の行使が、逆に違法であると推定され、現行犯逮捕されることにもなる。(8) それゆえ以下では、まず、訴訟法上の観点から、刑特法2条の「正当な理由がないのに」の意義を限定的に解釈すべきことを論じ、次に、実体法上の観点から、これが緩やかに広く解釈されてきたことを問題にする。

2 緊急逮捕の特例

1 前述の少年らは、基地内で米軍の警察に逮捕され、そして日本側の警察に引き渡され、緊急逮捕された。刑特法12条2項によれば、「検察官又は司法警察員は、引き渡されるべき者が日本国の法令による罪を犯したことを疑うに足りる充分な理由があつて、急速を要し、あらかじめ裁判官の逮捕状を求むることができないときは、その理由を告げてその者の引渡を受け、又は受けさせなければならない」。もし「充分な理由」が認められないときは、その者は直ちに釈放される(同3項)。この緊急逮捕による引受は、刑事訴訟法210条の例外を広く認めるものであり、一説によれば、憲法31条、33条違反である「疑いが濃い」。(9)

これに対して同法の立案担当者らによる逐条解説書によれば、米軍の警察によって「犯罪があったもの」として逮捕された者を、日本の警察(検察官又は司法警察員)が充分な嫌疑ありと認めて緊急逮捕することは違憲ではない。(10) たしかに刑特法2条違反を理由として基地内での身柄拘束が先行するのであれば、それはあたかも刑事訴訟法213条の現行犯逮捕である。そして同214条によれば、「検察官、検察事務官及び司法警察職員以外の者」により現行犯人として逮捕された者は、直ちに検察官又は司法警察職員に引き渡されねばならない。実際にこのように引き渡された前述の少年らの緊急逮捕は何ら問題視されなかった。しかし、それ

は警察官らがナンバープレートのないバイクの追跡を阻まれたからであるという事情（逮捕の必要性）があったからであると思われる。

判例によれば、緊急逮捕は「罪状の重い一定の犯罪のみについて」合憲である（最大判昭和30・12・14刑集9巻13号2760頁）。刑特法12条2項は、このような罪種による制限をしない。したがって米軍の警察が、例えば基地内でわいせつ物を頒布した者や差別的に人を侮辱した者を逮捕した場合、これらは「3年以上」の懲役または禁錮にあたる罪の行為ではないので、日本の警察が被疑者を引き受け、重ねて緊急逮捕する理由は、基地内で先に逮捕されたから、いいかえれば、基地内に入って逮捕することができなかったが、その必要性があるからである、と説明するほかないと思われる。

というのは、まず、日本の警察は「正当な理由がないのに」基地内に入った者が基地外に出るのを待って「現に罪を行い終った者」として逮捕することができる。次に、刑特法10条1項は米軍の同意を得て行い、または米軍に囑託して行う基地内での逮捕の処分を排除しない。これらは「日本の当局の意思に基く逮捕」である。それゆえ、この10条の場合は、基地内での逮捕時から「刑事訴訟法第203条第1項、第204条第1項の時間を起算するのが、被疑者の人権を尊重する所以」である。これに対して12条の場合は「日本の当局の意思と関連なくして合衆国軍隊によって逮捕されて引き渡された被疑者を日本の当局が逮捕するのであるから、引受の際初めて逮捕が行われたものと考えるのが妥当」である。それゆえ引受時が起算点である（12条4項⁽¹¹⁾）。

つまり刑特法2条違反の十分な嫌疑に基づく緊急逮捕は、米軍の裁判権に服さない者が基地内で発見され、その「入っている」という行為を終了させたい、という米軍の意思に基づく逮捕が先行した場合には行われる。しかし、米軍の警察作用は日本の刑事訴訟法上のそれではなく、その逮捕も「⁽¹²⁾実際上とり押さえるという意味」である。ここに法的な問題がある。その基地内に「入っている」者が、刑特法2条の罪等の犯罪の

正当な理由が「ある」のに

現行犯人であるとは限らないという問題である。というのは、米軍には日本国法令に対する尊重義務があるとはいえ（日米地位協定16条）、米軍人が、例えばわいせつ性や公然性を日本国の刑法の意味で理解した上で、わいせつ物の頒布者や差別発言をした者を逮捕する、ということろまで必ずしも期待できないと思われるからである。

仮に基地内で非公然の差別発言または非公然のわいせつな行為をした者が、その現場で取り押さえられたとする。この場合に日本の警察が、基地内での逮捕が先行するからといって、公然の行為であった可能性を否定できないとして緊急逮捕できる、というものではない。これらはそれほど罪状の重い罪ではないので、刑特法上の手続であるという理由だけで、犯罪類型に該当しない疑いがある行為までも合憲的に緊急逮捕できるとは考えられない。つまり、わいせつ性という規範的要素や公然性という行為事情要素を満たして現にその行為があると基地内で判断されたとき、このときに限り、その後に緊急逮捕を重ねることが、その必要性が認められる場合に、辛うじて肯定されている、ということではない。しかし、行為の公然性はともかく、わいせつ性に関する適切な（日本法の意味での）規範的評価を基地内の警察に見込めるか、という疑念はぬぐえないと思われる。この勝れて規範的な意味で刑特法2条の「正当な理由がないのに」の意義は憲法上の問題を提起する。

2 前述の1952年発行の逐条解説書は、米軍の警察によって「犯罪があったもの」として逮捕された者を、日本の警察が緊急逮捕するのだから違憲ではないと説明した。しかし、刑特法2条の罪の客体は「合衆国軍隊が使用する施設又は区域であつて入ることを禁じた場所」であり、この場所には、その境界に英語と日本語で「許可なき立入は日本国の法令により処罰される」旨を記載した標識を設けて、管理権者の意思を明確にすることになっている（日米合同委員会刑裁判管轄権分科委員会合意事項8）。そのため米軍の警察が、その許可の有無に従って基地内に入っ

た者を逮捕することがないとはいえない。しかし許可の有無と正当な理由の有無は同じではない。無許可立入行為を現認したからといって、刑法2条の「犯罪があった」ことにはならない。許可があるから正当であるとはいえるが、許可なきことから原則として違法であると推定できるかと問えば、単純にそうであるとは答えられない。

逐条解説書の合憲論は、旧行政協定旧17条3項(b)の「専属的逮捕権」を前提にしていた。⁽¹³⁾つまり「合衆国の軍法に服する者」だけではなく、その他の者であっても、基地内で発見されたならば、何を理由にその者を逮捕するか否か、その理由の有無を判断するのは米軍の警察であった。基地内で取り押さえられたならば、それ相応の理由があったのだろう。「犯罪があったもの」として逮捕される、というのはこの意味である。しかし、1953年9月に置き換えられた旧協定新17条は、属地的に排他的なその特権を削除した。つまり属地的には日本国法令が基地内にも適用され、日本国により司法警察権が行使される。「合衆国軍当局が日本国民を逮捕するということは条約上当然にはできなくなった」⁽¹⁴⁾。すなわち基地内であっても日本国法令に照らされており、軽々しく米軍の判断基準で「犯罪があったもの」とみなすことは許されなくなった。それでも日本の警察が基地内で当然に逮捕権を行使できるようにはなっていない。この点で米軍による逮捕は、私人による現行犯逮捕と同列に並べえないものである。それゆえ緊急逮捕による引受は「行政協定に基く特例措置として認められるものと解される」と説明するほかなくなった。⁽¹⁵⁾

この「特例措置」の範囲をあらためて問わねばならない。前述の少年らの場合がそうであったと考えられるが、「正当な理由がないのに」入る行為をしたか否かは、その行為を見て、つまり入る場所やその入り方、また、そこで行われたこと等を勘案して判断することができる。これは単に見て取れた諸々のことからする判断である。基地のゲートで「軍法に服する者」であることの身分証明証を示して入ったのであれば、それはそのもっとも疑問の余地なき正当な理由を見せたのである。それゆえ、

正当な理由が「ある」のに

米軍側が見たとおりのことをすべて伝えて逮捕の理由を合理的に説明したならば、これに基づき日本の警察が十分な嫌疑を認めることが不合理であるとはいえないと思われる。つまり、単なる行為観察という知覚情報に依存する簡便な判断方法で間に合う範囲において「特例措置」として刑法2条違反の緊急逮捕を認めうる。いいかえれば、それを認めうるのは、米軍の警察による取り押さえを事実上追認することに、行為の一義性を理由として、法的に問題がないとみなせる場合があるからであり、その限りにおいてである。ただし、これはあくまでも日本の警察が基地内で現行犯逮捕することを認められていないという観点からの「特例措置」であるから、逮捕の必要性が認められない場合は、言うまでもなく、直ちに釈放せねばならない。

これに対して立入りが表現行為でもある場合など、一応の正当な理由を具体的に認識できるとき、その行為は、正否の判断の分かれうる二義的なものとして現れている。これは違法なのか、合法なのか。この問いを素通りして行為者を逮捕できるとは思われない。この場合には法律や憲法の解釈をする必要が出てくる。公権力の作用として逮捕の処分をするのであればなおさらであり、二義的だから一応逮捕できるというのは憲法が尊重されていないし、非人間的な（ヒトをイヌのように扱う）法律論である。これは行為観察が勝れて規範化する場合であり、単に行為を見ているだけでは決して結論に至らない。それゆえ基地内に「入っている」という行為を終了させる必要に迫られた米軍の警察によってもかく取り押さえられたからといって、これを単に引き受けて緊急逮捕できるとはいえない。したがって「正当な理由がないのに」は徒に緩やかに解釈されてはならない。

そうはいつても、例えば米軍人等を嘲笑し、侮辱する内容の表現行為を目的として立ち入る場合など、明らかに相当ではないと見て取れる表現行為もあるだろう。ここで検討しているのは、一見極めて明白に刑法2条違反である場合でなければ米軍による逮捕を追認できないか否か

ではない。しかし、前述のとおり、米軍の警察権は、日本国の裁判権のみに服する者との関係では、司法警察作用を含まない。したがって、たとえ米軍側が「正当な理由がない」と確信して逮捕したと通告したとしても、それは事実上の取り押さえであり、この事実上の身体拘束そのものは、特例的な緊急逮捕の合憲性の根拠にはならない。二国間協定上の根拠に基づく事実上の身体拘束後の緊急逮捕が違憲判断を免れうる理由は、その身体拘束、すなわちすでに逮捕されていることにあるのではなく、その事実の前一憲法的な、いわば自然的な正当性にある。厳密に言えば、米軍による事実上の逮捕を法的に追認できるのは、この場合である。この論理を国内法化する方法としては国際人権法を米軍の警察に積極的に適用することが考えられる。

このように理解した上で、これを単なる私人による現行犯逮捕と比較してみる。私人であっても、住居侵入の正当な理由の有無を不問に付し、居住者の意思に反するというそれだけの理由で取り押さえる、ということではないと思われる。法律や憲法の内容を知悉していないとしても、それは正当ではないという認識または少なくともその誤認があつての逮捕行為であると考えられる。しかし、これに対して米軍の警察は、正当な理由の有無を不問に付し、軍事上の理由を前面に押し出して逮捕することを必ずしも妨げられていない。そのような米軍側の事実上の取り押さえには主権免除の法的な問題が残る（米軍側の逮捕者が刑特法2条を知らないとしても、国内法的には、その逮捕は同条違反を理由にすると説明するほかない）。すなわち、それは前一憲法的な問いに開かれている。いいかえれば、法一外在化するおそれに対する法的な歯止めが用意されていない。この意味で日米地位協定には刑事人権の観点から看過できない問題点があることを強調せねばならない。

したがって、基地内で逮捕されたからといって「正当な理由がない」と即断してはならないのであって、刑特法12条2項は、緊急逮捕による引受を一概に合憲であるとする趣旨の規定ではありえない。ここでの

正当な理由が「ある」のに

「充分な嫌疑」は、実質的にみて違法であるに違いないと余裕を持って判断できる場合に満たされるというべきである。それゆえこの問題は、仮に刑特法2条違反の行為を3年以上の刑の罪に重罰化するならば解決する、というものではないのである。

付言すれば、米軍は日米安全保障条約6条の目的のために日本国内に駐留する軍隊であり、刑特法上の罪は、日本国政府が「合衆国の設備、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、並びに適用されるべき日本国の法令に基づいて犯人を罰するため」に設けられている（日米地位協定23条）。それは刑法的には「もっぱら合衆国の財産又は安全のみに対する罪」であり、この種の罪については米軍が「合衆国軍隊の構成員又は軍属に対して裁判権を行使する第一次の権利を有する」（同協定17条3項(a)）。2条の罪との関係では、米軍から「日本国の警察機関に対し、合衆国軍隊の構成員、軍属又はそれらの家族に対して『立入禁止』とされた地域及び施設」が通知されることがある（日米合同委員会刑裁判管轄権分科委員会合意事項6）。しかし、この場合であっても「日本国側が軍人・軍属等を検挙する権限はない」とされ、⁽¹⁶⁾「必要あるときは合衆国側の警察機関に違反のあることを連絡する」。軍属・家族は平時において軍法会議の管轄権から外れるが⁽¹⁷⁾、ここでは家族を含めて「検挙する権限がない」とされている。そして家族の中には、日本国の裁判権のみに服する「日本国民または日本国に通常居住する者」（同協定17条4項）が含まれる。つまり、日本国内に駐留する米軍の安全を保護する刑特法2条の罪に対する裁判権は、もちろん日本側にあるのであるが、⁽¹⁸⁾しかし属人的に裁判権が制限されており、さらにそれ以上に逮捕権が制限されている。この意味で「軍法に服する者」であることの身分証明証を所持するか否かは重要であり、事実上、米軍の意思で刑特法2条の罪の成立を否定できる場合があるといえる。しかし、その反対は認められない。基地内で逮捕されたからといって、そこから原則として刑特法2条違反の「犯罪があったもの」とみなすことはできない。

3 米軍の「3条管理権」と刑特法2条の罪の関係

1 刑特法2条の「正当な理由がないのに」の意義を限定的に解釈しなければ、12条2項の適用の合憲性を担保できないと述べた。なぜなら刑特法12条1項、2項の手続は「日本の当局の意思と関連なくして合衆国軍隊によって逮捕されて引き渡される被疑者を日本の当局が逮捕する」場合であり、それゆえ被逮捕者の立入行為の違法性と米軍による逮捕行為の正当性に疑いを差し挟みうるからである。いずれにせよ日本側の逮捕時に犯罪の行為を現認することはできないのであって、それゆえに「違法であったか否か」に特に関心を示す必要がある。このことによって、緊急逮捕の範囲が限定される。つまり「充分な嫌疑」のハードルは高く設定しておいたほうがよい。

しかし、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、基地に関する「米側の立入り禁止権は、協定及び合同委員会合意上特に定める場合を除き、日本側公権力にも対抗し得る点に特色がある」として次のように記す。「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」としては以下の①～⑦がある。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、この場合を除き、「米側の個別の同意を必要とする」⁽¹⁹⁾と。

- ①演習場への立入り（米軍訓練に支障のない限り住民の生計目的のため一定の条件で演習場への立入りが許される。）
- ②港湾施設への立入り（米軍及び日本政府双方において承認及び同意を得た証明書を所有する日本側公務員は公務を遂行するために必要な場合は、提供施設に立入ることができる。）
- ③施設・区域内での検証（日本国の民事裁判所は、施設・区域内で検証することができる。関連施設・区域の司令官は、裁判所の要求があるときは、これを許可し、かつ、護衛兵を付すものとする。）

正当な理由が「ある」のに

- ④現行犯人等の逮捕
- ⑤施設・区域内での搜索等
- ⑥税関職員の立入り検査（軍当局の管理する施設・区域内から入国する場合には、税関職員はその入国場所での検査権を有する。）
- ⑦作業場への立入り検査（施設・区域で働く日本人従業員の作業場に関して、我が国の労働法令の規定上必要とされる検査は、一定の手続に従い、日本側当局の要求により、米側と調整の上実施することができる。）

このうち④⑤が日米地位協定に規定がある場合であり、その他は日米合同委員会で米軍が立入りを認めている場合である。これらは違法ではないとみなされる立入りの例であるが、上記の場合を除き、「米側の個別の同意」がなければ違法なのか、という点は明確にされていない。従来の考え方によれば、それは原則として違法であるということにかならない。

2 演習場への立入りに関する日米合同委員会の合意内容は、外務省ウェブサイト⁽²⁰⁾で以下のように情報公開されている。

演習場の立入に関する事項

演習場への立入、責任並びに警戒予告

昭和27年12月の日米合同委員会において次のように合意されている。

1. 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。
2. 訓練期間中、一週一回、春秋少なくとも一週づつの立入を特別考慮する。
3. 米側に故意重過失なき限り、立入の結果射撃演習その他による傷害損傷に対しては、米側は行政協定18条3項関係の責任を負わない。
4. 演習場使用に当っては、7日前の予告を米側は出す。
5. 日本側地方代表者と現地司令官との連絡方法に関し規定する。

しかし演習場への立入りについては、より詳細な合意内容が「陸上訓練場又は演習場の区域の立入に関する件」として、国警本部刑事部捜査

課通達（1953年3月17日、刑発捜47号）の中で紹介されている。これによれば取極事項は全部で7点であり、上記5点のほかに「特別区域」に関する2点が含まれている。その概要は次のとおりである。「訓練場及び演習場の区域の中の、特別区域」とは、「定着物、設備のあるキャンプ敷地、射撃を容易にし、又は標的を操作し若しくはこれに記入する装置のある射撃場及び射撃場以外の存在する地区を含むもの」をいう。この特別区域を除いては、訓練に支障のない生計目的の立入りに「許可証の交付を受ける必要はない」。特別区域への立入りに関しては日本側の地方当局が「立入許可証を受くべき者を指定し、之に対して許可証を発給する」。許可証を受けた者は「現地米軍部隊長の定める規則を遵守するもの」とする。この規則に「故意に違反する者は立入許可の取消を受け⁽²¹⁾」。この取消は「現地米軍部隊長と協議の上、日本側地方当局が行う」。

つまり基地は、立入禁止区域と非禁止区域に分けられるが、これとは別に特別区域と非特別区域の区別がある。そして特別区域への生計目的の立入りは、日本側の発給する特別な許可証がなければ、米軍の訓練に支障があるか否かにかかわらず、認められない。つまり立入りが禁止される。他方で、非特別区域への生計目的の立入りは、米軍の訓練に支障のない限り、許可証がなくても、包括的に認められる。ただし、生計目的のうち「耕作の為の立入りは該耕地の保有が合同委員会で特に認められたものについてのみ許される」。

これは複雑な仕組みであり、実際にこの通りに運用されているかも分からないが、興味深いのは、許可証のない立入りが違法ではないとみなされていることである。これは、非特別区域とは立入禁止指定のできない場所であるという趣旨ではなく、そこは立入禁止区域でもありうるが、合同委合意により、包括的に立入りの同意が与えられたから、そこにはもはや米軍の被害を認めないという論理であると思われる。被害者の同意論が用いられている。しかし、ここに問題がある。つまり、この論理は、生計目的の立入りにには正当な理由がある、とする考え方を予め排除

正当な理由が「ある」のに

している（適正な治療のためであっても他人の体を「傷害する」行為として原則的に正当であるとは推定されないのと同じである）。

仮に日本側発給の特別な許可証を得ていない者が、採草目的で特別区域に入ったとする。採草行為は正当であり、しかも米軍側に実質的な被害は生じていない、と行為者は考えている。これに対し、採草目的であっても、許可証がなければ立入りを認めないという合同委合意があり、米軍の「立入り禁止権」を尊重するならばこれを遵守し、入るべきではないとする考え方がある。この土俵に上がれば、行為者は特別区域に入ったことを知らなかったのだから犯意がない、と主張するほかないだろう。合同委合意は日米地位協定のいわば実施細則であり、日米両国政府を拘束するが、原則として公表されない。それゆえ行為者が、特別区域と非特別区域の区別を知らず、前者への立入りには特別な許可証が必要であることを知らないことは十分にありえる。これに関する不知は刑法38条3項の法律の不知にはあたらない。この非公表細則を適用し、または実施することは、行政裁量権の範囲において可能であるとしても、「その権限の行使によって新たに住民の権利を制限したり、住民に義務を課すことはできない」と考えられねばならない⁽²²⁾。要するに刑特法2条は適用できない。では、正当性の誤信なるものは、行為者の側にあるのだろうか。

米軍には「立入り禁止権」があり、立入禁止区域と非禁止区域、また特別区域と非特別区域を指定することができる。それゆえ、せめて立入禁止区域の境界にフェンスや標識を設けてもらわなければ、刑特法2条の罪の客体の場所が明らかにならない。しかし、仮に無許可立入禁止の標識があったとしても、非特別区域への立入りには「許可証の交付を受ける必要はない」。そして、その標識には「正当な理由がない立入りは処罰される」とは記されていない。なぜなら米軍は、前述のとおり、日本法の意味における正当な理由の有無を判断した上で基地内の逮捕権を行使するとは限らないからである。米軍としては、逮捕の判断基準は許

可の有無であるが、この米軍の意思は日本国憲法に服さないのであり、そのものとしては刑法的に要保護性が認められない。この意味で刑特法2条の罪の法益は米軍の「立入り禁止権」（基地内への立入り許諾権）ではない。つまり法律（正当な理由なき立入禁止）と標識（許可なき立入禁止）の間に齟齬があるのであり、もし后者の趣旨で刑特法2条が適用されるならば、行政裁量権の範囲を超えて立入行為者に不利益を課すことになる。⁽²³⁾

そこは基地であるが、立ち入っても支障がないという理由で立入禁止・非禁止の区別が明瞭ではないという基地の利用実態がある場合に広く提起されるのが、この問題である。生計上の理由で利用してきた場所が、日本国政府によって基地として提供される。この政府の行為によって基地が立入禁止になるのではない。しかし米軍がそこを立入禁止区域として指定し、その境界が標識等によって明確にされたとき、刑特法2条の罪の客体が現れる。そのとき立入行為の相当性が問われる。そして「米側の個別の同意」があれば違法ではないといえる。しかし米軍は基地を立入禁止にした上で、個別の同意を与えることもできるが、個別の同意を与えずに、単に立入規制をしないこともできる（非特別区域）。この場合に日本国政府が米軍の意思に仮託して刑罰権を行使するのであれば、その根拠を問い質さねばならない。いいかえれば、むしろ米軍の意思に反する場合、または事実上その意思が不明瞭である場合における、不正であるとは即断できない立入行為のどこまでを「正当な理由がない」ものとすることができるか、その法的判断が求められている。

それゆえ、前述の外務省資料が示唆する考え方、すなわち「米側の個別の同意」がなければ原則として違法であるとする解釈論は、採用できない。それだけではなく、立入禁止区域に入れば（すなわち構成要件に該当する行為があれば）原則として違法である、と推定する違法論を前提にすることもできない。なぜなら「主権の存する日本国民」の正当な立入行為を違法であると判断する国の行為が、単なる米軍の意思に基づ

正当な理由が「ある」のに

くものであることはできないからである。正当な理由の有無に関する慎重な判断を経なければ刑罰法令は執行できない。しかし違法推定の原則論は、米軍標識に基づく刑特法2条の解釈と運用に道を開くのである。

3 行為の意味は基本的にその目的と結果から理解される。立入行為の相当性は、目的の観点抜きにしては判断できない⁽²⁴⁾。その価値実現のための手段・方法が相当性を欠くならば、行為は相当ではない。しかし、表現の自由や生計の目的による立入行為は、公共の福祉に反しない限り、最大の尊重を必要とする。もとより公共の福祉に反するとは、米軍の意思に反することではない。そうであるのに米軍の意思に基づく違法推定を行い、米軍の意思と憲法上の基本的人権を対立させる方法論を採用すれば、正当な理由の有無の判断は徒に困難になる。

前述の④の現行犯人等の逮捕のための立入りについて検討してみよう。米軍の「立入り禁止権」は、「日本側公権力にも対抗し得る点に特色がある」とされていた。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「排他的使用权」と呼ばれる。それは「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。これは、地位協定上の施設・区域の本質的な要素である」と説明されている⁽²⁵⁾。ここに「立入り禁止権」の根拠がある。また、その「すべての措置」の中の「警護」の権能について、米軍は、使用を許された基地内で「警察権を行う権利」を有し、軍事警察は「秩序及び安全の維持を確保するためすべての適当な措置を執ることができる」とされている（同協定17条10項(a)）。同協定合意議事録がこれを次のように敷衍する。

①「合衆国の軍当局は、通常、合衆国軍隊が使用し、かつ、その権限に基づいて警備している施設及び区域内ですべての逮捕を行うものとする。このことは、合衆国軍隊の権限のある当局が同意する場合又は重大な罪を犯した現行犯人を追跡している場合において日本国の当局が前記の施設又は区域内において逮捕を行うことを妨げるものではない」(10項に対する合意議事録1項前段)。

②「日本国の当局が逮捕することを希望する者で合衆国軍隊の裁判権に服さないものが、合衆国軍隊により使用されている施設又は区域内にある場合には、合衆国の軍当局は、日本国の当局の要請によりその者を逮捕することを約束する。合衆国の軍当局により逮捕された者で合衆国軍隊の裁判権に服さないすべてのものは、直ちに日本国の当局に引き渡さなければならぬ」(10項に対する合意議事録1項中段)。

これらは前述の1953年の旧行政協定17条改定に関する議定書に対する公式議事録と同じ内容である。この改定時に刑特法10条が、次の下線部を加え、また括弧内を削除して改正された。

10条1項 合衆国軍隊がその権限に基いて警備している合衆国軍隊の使用
する施設又は区域内における逮捕、勾引状又は勾留状の執行その他人身
を拘束する処分は、合衆国軍隊の権限ある者の同意(承認)を受けて行
い、又は(検察官若しくは司法警察職員から)その合衆国軍隊の権限あ
る者に囑託して行うものとする。

2項 死刑又は無期若しくは長期3年以上の懲役若しくは禁こにあたる罪
に係る現行犯人を追跡して前項の施設又は区域内において逮捕する場
合には、同項の同意を得ることを要しない。

下線部にある「警備している」とは、「軍が實力によって、妨害の排除並びに秩序の維持に任じ得る態勢にある状態」を指し、したがって「単に一般人の出入が禁止されているにとどまる場合のごときは含まれない」と説明されている。⁽²⁶⁾つまり、米軍が使用を許された基地は、米軍による警備の有無で区別することができ、このうち警備基地では、日本の警察は刑事訴訟法210条の緊急逮捕の対象を外れる比較的軽微な罪

正当な理由が「ある」のに

の現行犯人を追跡して基地内で逮捕することができない（ただし米軍側から刑特法10条1項の同意を口頭で得ることができるのであれば、現に追跡中であっても逮捕は可能ある）。しかし現行犯逮捕はできないが、「日本国の当局の要請」があれば、被疑者は逮捕される。前述のとおり、これは日本側の意思に基づく逮捕である。

これに対して問題は、米軍が使用を許されているが、警備していない基地である。刑特法10条1項によれば、日本側の要請による逮捕手続は警備基地におけるそれとして置かれている。警備基地とは、原則として日本側の公権力の行使が排除される区域である。それゆえ非警備基地の場合は、次のように考えられている。「合衆国軍隊の使用する施設および区域であっても、合衆国軍隊がその権限に基づいて警備していないものについては、日本国の当局は、当該施設または区域内における警察権行使につき何ら制限をうけない。したがって、かかる施設または区域内におい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であっても逮捕し得る」⁽²⁷⁾と。

この考え方によれば、仮に非警備の立入禁止区域があった場合、そこに入る行為が正当な理由をもたないと合理的に現認できたならば、日本の警察が同区域に立ち入って刑特法2条の罪の現行犯人を逮捕することは、正当な理由があることになる。これは米軍の「立入り禁止権」の「本質的な要素」、つまり「日本側公権力にも対抗し得る」という、その特色が失われたということである。正当な理由は、米軍の意思に勝る。では、この場合に、警察機関を除いては立ち入ることができない、という二重基準を採用する理由が残るだろうか。

前掲の「10項に対する合意議事録1項前段」の趣旨に鑑みれば、「常人による逮捕は認められないものと解する」⁽²⁸⁾こともできる。しかし、それは警備基地に関する合意事項であり、米軍の警察が警備するがゆえに米軍の同意によって日本側の公権力の行使が認められるという趣旨であ

る。問題は非警備基地であり、そこで現に罪が行われるとき、米軍による立入禁止区域の指定があり、またはその指定の有無が判然としなくても、私人による現行犯逮捕を排除する積極的な理由が残るかである。

というのも、そこが非警備基地であるならば、米軍としては、許可なく「入っている」という行為を直ちに終了させる必要性を基本的に認めていないということである。つまり米軍は立入規制に積極的ではない。したがって警備基地に比べれば、刑特法2条の罪による要保護性が低下している。それでも、非警備の立入禁止区域で保障されるべき平穩の利益が残らうと解し、これが現に害されており、そして立入行為からは正当な理由を了解できないときは、何人であれ、同区域に立ち入って刑特法2条の罪の現行犯人を逮捕する正当な理由があると考えられないだろうか。これを否定するのであれば、はじめから非警備基地については、米軍標識の有無にかかわらず、刑特法2条の罪を適用すべきではないだろう。

ところが1983年の前述の外務省資料は、「米軍が全く警備していない施設・区域では通常の逮捕・搜索等を日本側が行うことは排除されていないものと解される」と注記するのみである。⁽²⁹⁾「全く警備していない」という概念は、非警備の立入禁止区域を「警備している」基地の中に含める趣旨で用いられているのだろうか。それともこれは、一般的に基地では、警備・非警備、立入禁止・非禁止を問わず、重大な罪等の例外を除き、その内側に立ち入る現行犯逮捕が排除されるという趣旨だろうか。そうであれば、その立入規制の根拠は「3条管理権」そのものになっている。日本の警察は、非警備基地における警察権をいつ放棄したのだろうか。このような外務省の考え方が刑特法2条の罪の解釈論に忍び込み、原則非公表の細則上の例外を除き、「米側の個別の同意」がなければ、立入行為は「正当な理由がない」と考えられるようなことになれば疑問である。しかし、これは杞憂ではなく、事態はかなり深刻である。

正当な理由が「ある」のに

4 前述の外務省資料の中に、「全く警備していない」基地の例に即して興味深い記述があるので紹介する。大和田通信所は「米側が排他的に使用しているのは中心部の小部分を占める通信施設であり、その外側には柵が設けられているが、その周辺の施設・区域内には約700戸の民家が存在して日本国民が通常の生活、生産活動を行っている地区があり、施設・区域の境界自体には柵もなく住民等の通行は自由に行われている」。この地区の「法的性格」が次のように説明される。

(イ) 地位協定上本来施設・区域とは米軍の排他的使用が必要であるが故に提供されているものであって、米軍の管理権も米軍による施設・区域の排他的使用を前提としたものである。しかし、このことが、米軍が何らかの理由で施設・区域の全体としての機能の維持に支障がないと認めたような例外的な場合に、合理的な範囲内で、本来米軍が施設・区域の排他的使用のために行使し得る管理権の一部を米軍自らの判断で行使しないこととすることを地位協定が排除しているとは解されない。

(ロ) 大和田通信所については、米軍が柵を設けている専用部分の内側については、このような本来の米軍による排他的使用が行われている部分であって、その周辺の地区については、米軍の施設・区域ではあるが、前記(イ)のような考え方に基づいて米軍が本来地位協定上行使し得る管理権の一部の行使を米軍自身が自制している地区である。

(ハ) 施設・区域に対する我が国の法令の適用は、属地的には排除されているわけではないから、米軍が本来地位協定上行使し得る管理権の一部を自制している場合には、仮に米軍がそのような自制を行わなかったならば、当然制限されるべき我が国の行政権の行使が米軍によるそのような自制の結果制限されないこととなる。

この考え方は「法制局とも協議済み」であると記されている。しかし(イ)(ハ)の論理は、全く警備されておらず、住民等が自由に通行する基地に限られた記述である、とは言い切れない。例えば米軍によって警備されていない演習場、すなわち前述の特別区域(日本側発給の許可証を得て立入可能な基地)と非特別区域(一定の場合に許可なく立入可能な基

地)のうち、特に后者では米軍の管理権の一部自制をいうことができるだろう。この場合の立入規制の根拠は何か。管理権の自制と立入禁止権の行使は、矛盾すると思われる。それゆえ、上述の考え方に対しては、米軍が管理権の一部を自制するのであれば、「当然そのような米軍の意思が施設・区域の提供合意等に明示されていて然るべきではないか」という疑問が生じる。外務省資料は、そう自問して次のように回答した。

実際には、大和田通信所の周辺地区について米軍が管理権の行使を自制するとの意思を明示した合同委合意等は存在せず、同通信所に関する合同委合意中に、同施設・区域周辺地区における住民の生活等は status quo である旨の記述があるに過ぎない。将来のことを考えれば、米軍が排他的に使用していない地区における米軍の管理権と我が国内法令の執行との調整を図っておくための合同委合意が必要であろう。

この点に関する日米合同委合意がすでにあるかは調査できていない。しかし、住民にとっての問題は、仮に日米間で米軍の管理権自制の意思が確認されたとしても、これが公表されなければ、なお全体としての米軍の管理権に基づき、そして原則違法推定の刑法理論の御墨付きをえて、日本国政府によって事実上の立入規制が行われうることである。これが顕在化するのが次の場合である。

5 非警備基地の一般的な例としては「使用していない射撃場又は演習場或は不時着陸飛行場等」が上げられる。⁽³¹⁾旧行政協定2条4項(a)は「合衆国軍隊が射撃場及び演習場のような施設及び区域を一時的に使用していないときは、日本国の当局及び国民は、それを臨時に使用することができる」としていた。この非警備基地を日本側が「臨時に使用する」とは、いわゆる共同使用のことであり、例えば道路、公共駐車場、キャンプ場、農耕地等のための使用である。この共同使用について、現在の日米地位協定2条4項(a)は、旧行政協定にあった「射撃場及び演習場」の例示を削除し、「あらゆる種類の施設・区域」について可能であると

正当な理由が「ある」のに

して対象範囲を拡げた。また、日本国政府は臨時に「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」と改め、日本国民が使用する場合は政府の許可を通じて行われることが明確にされた。ただし、共同使用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」(同但書)。したがって、外務省の考え方によれば、この場合でも「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⁽³²⁾」。

この考え方によれば、米軍が警備していない共同使用の基地では、前述の現行犯逮捕の問題が解消される。この基地への日本の警察の立入りは、日米合同委員会の取極に従って日本国政府がみずから執り行う必要な措置として、米軍の管理権を通して許可されている。しかし民間人の立入りは日本国政府の許可を通して行われる。このとき日本国政府の許可なく(またはその許可条件を遵守しないで)、共同使用の基地に入れば、間接的に米軍の「3条管理権」が害されるといえる。

しかし問題は、この米軍の管理権と日本国政府による立入規制の関係である。つまり、前述のとおり、当該基地を日本側が使用し、そこでは日本国の警察権が行使されると日米間で合意したならば、米側の管理権の行使は「実際上排除される」。「立入り禁止権」の行使も排除される、と考えられる。したがって、その場所が刑特法2条の立入禁止区域であるとみなすことは、できなくなっている。もちろん日本国政府が、みずから使用する基地を軽犯罪法1条32号で立入規制することはできる。しかし、実際には、日本国政府は、米軍の管理権に基づき、共同使用の基地への立入行為に対して刑特法2条の罪を適用している⁽³³⁾のである。

これは驚異的な論理である。なぜなら、第1に、日米両国政府は、基地の共同使用の条件について議論を始める前に、そもそも使用されていない空地、すなわち「米軍だけで使用するには時間的にも場所的にも

余裕がある」当該基地の「返還の可能性を検討する責務を負っているはず」であるからである。⁽³⁴⁾にもかかわらず、第2に、米軍の管理権の下で、日本側公権力が、合同委員会の取極に従うとされる何らかの、原則的に非公表の理由で、例えば共同使用の道路を通行止めにするれば、道路利用者は、その往来妨害の不利益をただ甘受せねばならない。そして第3に、この場合に、それでも生計目的や憲法上の表現の自由の価値実現のために道路を通行する行為の相当性が、もし許諾権者の許可がないという理由で否定され、そして刑特法2条の罪が適用されるのであれば、それは米軍の管理権のために、憲法上の基本的人権を制約する公共の福祉なるものがある、とはじめて想定されたということである。これは駐留軍用地特措法上の軍事的公共性とは異なる次元の問題である。刑特法2条の罪の法益は、日本国の安全保障上の利益（米国に軍事基地を提供する理由）ではなく、判例によれば基地内の平穏であるにすぎない。憲法12条の権利濫用の禁止の趣旨は、日本国民が、米軍の基地管理権のために、憲法の保障する権利を利用する責任を負う、ということではないと考えられる。米国の有する条約上の特権と基地提供の国益は区別される。

日本国政府が駐留外国軍の排他的基地使用権に仮託して国民等に対して刑罰権を行使することは、一見極めて明白に合憲であるといえる稀有な例外があるならばそれを除き、原則として認められない。したがって日本側が使用する共同使用の基地に関する米側のいわば「潜在管理権」を認めるとしても、それ自体を刑罰的に保護することはできない。そうでなければ、理論上、「全土基地方式」を採用する日米安保条約の下で、「全土」を刑特法2条による立入規制の対象にすることが、政府間の取極によって可能になってしまう。繰り返すが、刑特法2条の罪の法益は、米軍に許した基地の使用権（「日本側公権力にも対抗し得る」「3条管理権」）そのものではなく、基地内の平穏（米軍が特段の支障なく基地を具体的に使用できる状態が用意されていることと言い換えることができる）であるにすぎないと解されてきた。

正当な理由が「ある」のに

したがって日本国政府が刑特法2条によって共同使用の基地を立入規制することはできない。米軍から日本国政府が立入許可をえたからといって、米軍のために日本国政府が特例法により立入規制できるわけではない。米軍による、米軍のための、日本国政府の刑罰権行使は認められない。そのような政府の行為は、主権在民の原則の観点から、厳格に違憲審査されねばならない。それは、よく考えれば、極めて明白に違憲であると思われる。

しかし日本国の裁判所は、この種の高度に政治的な問題に取り組もうとしない。そのため米軍の「3条管理権」と憲法上の基本的人権を対立させる政治的現実が厳しく覆いかぶさる。それゆえ本稿はこれを刑法上の問題として解決する方法を示した。すなわち、刑特法2条の「正当な理由がないのに」の意義を狭く解釈し、立入行為が一応の正当な理由を示す場合には、明らかに不相当である例外を除き、これを消極的に解して相当程度以上の嫌疑を否定すること（逮捕・起訴しないこと）が合理的であり、合憲的な運用方法であると考えられる。

4 結びにかえて

米軍の管理権の一部自制による日本側公権力の行使という論理は、沖縄の黙認耕作地にも当てはまるとされているので、読谷補助飛行場⁽³⁵⁾（2006年返還）について触れておく。この基地は、滑走路・エプロンの老朽化のため、固定翼機の利用はなかったが、パラシュート降下・物質投下訓練が行われ、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を引き起こしてきた。他方で、ほとんどの区域にフェンスが設置されていなかったため、訓練が実施されないときは出入りが自由であり、建物と工作物部分を除いて施設内ではキビや甘藷の黙認耕作がなされていた。そして訓練実施の場合は、前日までに防衛施設局を通して沖縄県や読谷村に通知があり、実施当日は、県警が同飛行場の周辺を警備して立入りを制限していた。実施に先立ちエプロン上の監視ポイント

トにおいては、実施舞台の安全担当将校、海兵隊の訓練場管理者、防衛施設局の連絡官、県警の警備責任者の間で安全対策の確認が行われた。⁽³⁶⁾

このような基地の住民らによる黙認使用の法的根拠は明確ではなかった。しかし「黙認」とはいても、「米軍当局は、実際には耕作利用を公的に認めているのであり、『3条管理権』による使用許可に近い」と評された。⁽³⁷⁾ 日本国政府の考え方も次の国会答弁にあるとおりでである。「米軍が管理権に基づいて黙認しているということ、日本政府としましては施政権が米側にある当時からの実態という形でそれを黙認しているという状況にある」と（第94回国会衆議院予算委員会第1分科会議録4号11頁、1981年3月3日、防衛施設庁施設部長の答弁）。つまり、日米両国政府からみれば、あくまでも住民らは米軍から許可されて基地内に入っていた。しかし、法的な観点からみて重要なのは、日本国政府が米国の旧施政権下においても黙認されていた立入りを「正当な理由がない」とみなす理由は探せないことである。それゆえ本稿は、施政権返還後の沖繩では、米軍の管理権に基づく暗黙の許可があることではなく、むしろ個別の許可はないとしても、住民らの耕作利用には正当な理由があることを法的に重んじねばならないと論じたのである。

また、前述の大和田通信所で1983年に次のことがあった。「中心部分の柵に米軍が米国内法の条文を引用しつつ立入り禁止と違反者に対する処罰の警告を内容とする看板をかけたことが国会において問題とされ、政府は米軍に注意喚起を行い当該看板を撤去せしめた」。この件について外務省が示した見解は、「施設・区域の立入り禁止部分につき立入り禁止を担保するのは米国内法ではなく我が国内法たる刑事特別法第2条であるから、米側の行為は軽率のそしりを免れない」という厳しいものであった。⁽³⁸⁾ 米軍の意思ではなく、日本法の意味における正当な理由の有無に従って立入りの是非が判断されるという趣旨であると考えられる。しかし日本国政府は2012年にも普天間飛行場のフェンスに掲げられた同様の警告板の撤去を要請せねばならなかった。米軍は同飛行場へのオスプレイ配

正当な理由が「ある」のに

備に対する沖縄県民の抗議行動が飛行場周辺で活発になったので警告を発したとされる（琉球新報2012年11月14日）。

2017年4月6日、その普天間飛行場の野嵩ゲート前で、男性（84歳）が、基地内に入ったとして米軍の警察に取り押さえられ、約3時間後に刑特法2条違反の疑いで緊急逮捕された（翌日釈放）。複数の目撃者によると、「男性はイエローライン上でマイクを握り、基地撤去を訴えていた際、片足が基地側に出たところを米軍警備員に羽交い締めにされ、基地内に連行された」という。また県警警備1課によると、「米軍側は再三、ラインを超えないように警告していた」という（沖縄タイムス2017年4月7日）。国道330号線沿いにある野嵩ゲート前には横断歩道があり、これに隣接して基地境界線が引かれている。男性らは、このゲート前を往来して政治的表現行為をしていた。現場には境界線を跨いで日本の警察官らがいた。

このような基地ゲート前での逮捕事例が、2015年2月22日から2017年7月24日まで、辺野古（キャンプ・シュワブ）と普天間で計8件に及ぶ。2016年の辺野古海上（臨時制限区域）と北部訓練場の各1件、さらに2017年11月29日の辺野古海上（従来の第1水域）の1件を合わせると刑特法2条違反は計11件である。いずれにおいても現場に居合わせた日本の警察官または海上保安官らは、現行犯逮捕しようとはしていなかった。つまり犯罪を認めていない、または逮捕の必要性を認めていなかった。しかし、ゲート前の米軍の警察は、境界線が越えられるか否かに注意を向け、正当な理由の有無には関心を寄せていなかった。それゆえ彼らは逮捕の挙に出た。

1つ目の問題は米軍の逮捕行為の正当性である。現場の警察官らが犯罪を認めていないと考えられる場合に、日本国法令の尊重義務を有する米軍が、日本側の意思に反して逮捕することが認められるか。基地内に引き込まれた者には、憲法上の刑事人権が保障される、という保障がない。米軍が裁判権をもたない者を基地内に強引に引き込み、拘束する正

当な理由がありうるか。

2つ目の問題は緊急逮捕の正当性である。北部訓練場の1件を除く10件は不起訴処分（起訴猶予）であり、勾留請求もなかった。「十分な嫌疑」があるとする根拠は、境界線が越えられた、ということだけであると思われる。つまり正当な理由の有無は判断されていない。しかし、これでは憲法上の公共の福祉を誤解して刑事人権を軽視することにしかない。日本国憲法に服さない米軍の逮捕行為を違法推定論で追認してはならない。これらの事案ではすべて引受時に釈放されるべきであった。この点を本稿の結論として指摘しておきたい。

注

- (1) 「公認の管理者又は居住者から正式に許可を受けずに、禁止区域として指定された場所若しくは地域に立入り又はそこで発見される者又は合衆国軍隊若しくはその要員に割り当てられた家屋、倉庫その他構内に侵入する者は、断罪の上、2500円以下の罰金若しくは3月以下の懲役又はその両刑に処する」。いわゆる trespass の罪であり、正文は英語である（Any person who enters or is found within any place or area designated as a restricted area, or trespasses within any house, warehouse, or other enclosure of the United States Forces or assigned to personnel thereof, without being duly authorized by the authorized custodian or occupant thereof, may, upon conviction, be fined not more than ¥2,500 or imprisoned for not more than three months, or both.）。なお、自由刑の長期は3月であり、刑特法2条がこれよりも重い点に問題があると指摘されていた（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）9頁以下。
- (2) 団藤重光『刑法綱要総論（第3版）』創文社、1990年、200頁。
- (3) 沖縄タイムス2015年1月6日によると「在沖米海兵隊キャンプ・キンザーに侵入したとして、浦添署は5日、いずれも自称本島南部の塗装工少年（18）と左官工少年（17）を刑事特別法違反の疑いで緊急逮捕した。2人は『パトカーから逃げるため、基地内に入った』などと容疑を認めているという。（改行）同署によると5日午前2時10分ごろ、浦添市牧港の国道58号でナンバープレートのない2人乗りのバイクをパトカーが発見。停止を求めたがバイクが逃走したため、サイレンを鳴らして追跡したところ、約5分後に第4ゲートから同基地内へ逃げ込んだ」。また、琉球新報同日は「浦添署によると、米軍憲兵隊が基地内にいた少年2人を発見し、同署

正当な理由が「ある」のに

- に引き渡した」と報じている。
- (4) 大場史朗「軽犯罪法1条2号にいう『正当な理由』の判断方法」久留米大学法学68号(2013年)103頁以下。
 - (5) 後藤昭, 白取祐司編『新・コンメンタール刑事訴訟法(第2版)』日本評論社, 2013年, 514頁(多田唇也執筆)。
 - (6) 十河太朗「ビラ等の投かん目的での分譲マンション共用部分への立入りと住居侵入罪」平成22年度重要判例解説(2011年)209頁。
 - (7) 現行犯逮捕は「即時的判断」を要するが、「構成要件該当性が認められる限り、違法性ないし責任阻却事由について疑いがあっても、逮捕できる」(伊藤栄樹ほか『新版注釈刑事訴訟法』第3巻, 立花書房, 1996年, 172頁, 藤永幸治執筆)と考えるのは疑問である。同じく違法・責任の阻却事由該当事実が「存在する疑いが濃厚に認められる積極的な事情がなければ」「現行犯として取り扱うことができる」(河上和雄ほか編『大コンメンタール刑事訴訟法(第2版)』第4巻, 青林書院, 2012年, 486頁, 渡辺咲子執筆)とするのも疑問である。これはイヌが催涙スプレーをくわえるならばともかく、ヒトがそれを携帯するならば逮捕してよいと説くようなものである。
 - (8) 警職法5条による犯罪の予防・制止の措置として基地ゲート前の座り込み参加者に対する強制排除と身体拘束が行われており, そのため公務執行妨害罪等で現行犯逮捕される者がでている(森川恭剛「日米安保と刑事人権論」法セミ751号, 2017年, 59頁以下)。なお, 2016年の高江ヘリパッド移設事業に際して実施された検問による「抗議参加者」に対する2時間以上に及んだ路上留め置きは, 違法であるとした地裁判決が確定している(那覇地判平成30年1月16日, しゅんさんブログ <http://shunji.ti-da.net/>で2018年1月18日から2月8日にかけて判決文や訴訟資料が紹介されている)。
 - (9) 九州安保研究会「刑事特別法」法時41(6), 1969年, 267頁。
 - (10) 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, 96頁。
 - (11) 津田, 神谷・前掲書88頁。
 - (12) 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, 157頁。
 - (13) 旧行政協定旧17条3項(b)は「合衆国の当局は, 合衆国軍隊が使用する施設又は区域内に於いて, 専属的逮捕権を有する。日本国の裁判権に服する者で前記の施設又は区域内で発見されたものは, 要請に基づいて, 日本国の当局に引き渡すものとする。」と規定した。また同項(c)は, 基地近傍では, 基地の安全に対する罪の既遂又は未遂の現行犯に係る者を「法の正当な手続に従って」逮捕できる旨を規定した。なお, 日米地位協定の実施

に伴う民事特別法1条は、米軍の構成員又は被用者が「その職務を行うについて日本国内において違法に他人に損害を加えたときは、国の公務員又は被用者がその職務を行うについて違法に他人に損害を加えた場合の例により、国がその損害を賠償する責に任ずる」と規定する。外務省の説明によれば、ここで「違法に」とあるのは、「ある者の行為が他人に損害を加えた場合における法律的な評価として、その被害者にこれを受忍させるのが正当であるというときが『適法に』ということであるのに対し、被害者にこれを受忍させるのが正当でないときが『違法に』ということ」である（琉球新報社編・前掲書175頁）。

- (14) 九州安保研究会・前掲266頁。
- (15) 津田実, 古川健次郎『外国軍隊に対する刑事裁判権』帝国判例法規出版社, 1954年, 60頁。
- (16) 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, 13頁。なお, 脱走米兵については, 逮捕要請がある場合には逮捕できるが, 「脱走米兵であることが確認できない者については, 米軍の法律執行員が到着する等によってこれを確認できるまでの間, 任意手段によりその者の監視を行なう」(同128頁)。
- (17) 警察庁刑事局・前掲資料24頁。「軍属に対する裁判権の行使に関する運用についての新たな枠組みの合意(2011年11月24日)」について http://www.mofa.go.jp/mofaj/area/usa/sfa/gunzoku_1111.html。
- (18) 「日本国の当局は, 合衆国軍隊の構成員及び軍属並びにそれらの家族に対し, 日本国の領域内で犯す罪で日本国の法令によって罰することができるものについて, 裁判権を有する」(日米地位協定17条1項(b))。なお, 旧行政協定旧17条2項は「合衆国軍隊の構成員及び軍属並びにそれらの家族(日本の国籍のみを有するそれらの家族を除く。)が日本国内で犯すすべての罪について, 専属的裁判権を日本国内で行使する権利を有する」としていた。
- (19) 琉球新報社編・前掲書51頁, 56頁以下。
- (20) http://www.mofa.go.jp/mofaj/area/usa/sfa/kyoutei/pdfs/03_04.pdf。立入りに関する他の公開済みの合意事項としては, 「合衆国の施設及び区域への立入許可手続について(1996年12月)」「日本の団体による在日米軍施設・区域への立入りに関して(1997年9月)」「災害準備及び災害対応のための在日米軍施設・区域への立入りに関して(平成19年4月)」がある。
- (21) 警察庁刑事局・前掲資料189頁以下。
- (22) 本間浩『在日米軍地位協定』日本評論社, 1996年, 66頁。
- (23) 米軍標識の論理について森川恭剛「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」琉大法学98号(2018年)1頁以下, 同「沖縄の

正当な理由が「ある」のに

- 法を考えよう一判決に寄せて」けーし風98号（2018年）58頁以下。
- (24) 行為の目的をみるというのは、違法を主観化することではなく、進行形の未完の出来事の中で行為の意味を把握するということである（森川恭剛「客観事実の犯罪論の問題」徳田靖之ほか編『刑事法と歴史的価値とその交錯』法律文化社、2016年、1頁以下）。
 - (25) 琉球新報社編・前掲書51頁。
 - (26) 津田，古川・前掲書52頁，警察庁刑事局・前掲資料71頁。
 - (27) 警察庁刑事局・前掲資料71頁。なお，1953年10月7日の法務省刑事局通牒（刑事27695号）において，「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」と明記されている（資料340頁）。
 - (28) 津田，古川・前掲書54頁。
 - (29) 琉球新報社編・前掲書159頁。
 - (30) 琉球新報社編・前掲書58頁以下。
 - (31) 津田，古川・前掲書52頁，警察庁刑事局・前掲資料72頁。
 - (32) 琉球新報社編・前掲書40頁以下。
 - (33) 森川恭剛「辺野古の臨時制限区域の問題」戦後沖縄法制史研究会編『沖縄平和運動裁判を考える』（2017年）71頁以下。
 - (34) 本間・前掲書197頁。
 - (35) 琉球新報社編・前掲書59頁。
 - (36) 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。
 - (37) 本間・前掲書215頁（黙認使用中の事故による損害の法的責任の所在を明確にするという文脈での指摘である）。
 - (38) 琉球新報社編・前掲書59頁。