

法理／最高裁／統治行為

蟻川恒正

過去と現在の間には不思議なドアがある。我々はこのドアの開け閉めにまだ習熟していないから、過去と現在の不意な衝突に虚を衝かれ、過去が現在と一向に交わらないことに待ちあぐねる。

このドアは、最高裁判決の前にも時に現われて、我々を翻弄することがある。

最近の例では、沖縄「密約」訴訟最高裁判決がある。1972年の沖縄返還に際して、日本政府はアメリカ政府との間で多額の財政支出の約束を取り交わし、日米両政府はこれを秘密とする合意を成立させた。沖縄が返還された1972年は、この「密約」をスクープした毎日新聞の記者が国家公務員法違反(秘密漏示そそのかし罪)で逮捕された年でもある。日本政府によって封印された沖縄「密約」は、だが、アメリカ国務省の沖縄返還関係資料の秘密解除を受け、2000年に「B.Y.」(吉野文六のイニシャル——引用者注)という手書きの書き込みが欄外にある公文書等が発見されたことにより、日本国民の知るところとなった。それでも日本政府は「密約」の存在を否認し続けるが、外務省アメリカ局長として「密約」文書のひとつに署名した吉野文六が「密約」があった旨を2006年に告白したこと等もあり、前記ジャーナリストらによって、まず2008年9月に「密約」関連文書の開示請求が、これに文書不存在を理由とする不開示決定が下されると、ついで2009年3月に文書開示を求める訴訟提起が、なされた。訴訟は、2014年7月14日の最高裁判決において、最高裁により「密約」文書の存在が認められることがないまま、上告人(原告)敗訴の判決を以て終結した。歴史の証人・吉野は、2015年に没した。沖縄「密約」訴訟最高裁判決は、過去と現在の間には横たわる約45年に及ぶ歳月の澱を弄ぶかのように、短く、素っ気ない。

最近のもうひとつの例に、砂川事件最高裁判決がある。判決は1959年のものである。この判決が最近の例を構成するのは、この判決が改めての脚

光を浴びるようになったのが最近の事柄に属するという意味においてである。1959年12月16日に下された同最高裁判決は、近時、二度にわたって、歴史の収蔵庫(アーカイヴズ)から取り出されている。

一度目は、米軍駐留を憲法9条違反であるとした砂川事件第一審判決を受けてアメリカ政府が日本政府関係者に接近を試み、ダグラス・マッカーサー駐日アメリカ大使が藤山愛一郎外務大臣や田中耕太郎最高裁長官とそれぞれ会談し、当該訴訟事件に関する情報交換をしていた経緯が2008年に明らかになったという事実である。第一審の違憲判決が日米安全保障条約の改定を間近に控えていた日米両国の政治指導者たちを震撼させたことは想像に難くない。アメリカ側は、藤山外務大臣に跳躍上告のアイデアを提供するとともに、田中最高裁長官からは訴訟日程の見通しを聞くなどして、条約改定と引き続いての米軍駐留とに支障なきを期したが、司法の独立との関係で憂慮すべき事態であったとの記事が出るとともに、2014年には、かかる事態を理由として当時有罪判決を受けた者らが再審請求を起こすに至っている。

二番目は、現政権が集団的自衛権の行使を可能とするための閣議決定をするに当たり、砂川事件最高裁判決が既に集団的自衛権の行使を容認する判断を示していたとして、同判決を援用する動きが2014年に見られたという事実である。日本政府はそれまで集団的自衛権は国際法上保有するけれどもこれを行使することは憲法上許容されないとする立場を各種の政府見解等で示していた。これらの政府見解は内閣法制局の法専門家的判断によって作成され定着を見たものであったから、これを変更するのは現政権にとっても容易なわざではなかったはずである。そこで、内閣は、事実上「憲法の番人」との評価がなされることも多い内閣法制局の権威に対抗すべく憲法81条に定位した最高裁の権威に依拠することを思い立ったのであ

ろう。だが、砂川事件最高裁判決の援用は、同判決が自衛権について集団的と個別的との区別を明示していないなどの指摘を受けて尻すばみとなった。現在における即席の利用のために唐突に召喚された過去は、検証に耐えることができなければ直ちに再び過去へと退場するほかはない。

過去と現在の間にあるドアとは、アーカイヴズのことである。

沖縄「密約」訴訟最高裁判決と砂川事件最高裁判決。

このふたつの最高裁判決は従来あまり関連づけて論じられることはなかったが、昨今の情勢は、我々に、両判決の連関に注意を向けることを否応なく促している。そのことを、ここでは、三点にわたって指摘しておきたい。

第一に、どちらの訴訟も、国家の存立にかかわる事態に関係する高度に政治的な内容を有する国家間の取り決めをめぐって提起された争訟であるという事情がある。

第二に、実態的には第一の事情に主として規定されることによって、それぞれの訴訟の訴訟当事者(被告人と原告)による憲法にもとづく主張が両訴訟の最高裁判決によって斥けられているという事情がある。

第三に、第二の事情の存在にもかかわらず、最高裁がそれぞれの訴訟当事者(被告人と原告)の憲法上の主張を斥ける論理は、第一の事情それ自体でも、第一の事情をほぼそのまま「法理」化したものでもなく、政治部門ないし行政機関にとって必要とされる諸消息を最高裁が付度した上でそれらの諸消息を当該事案に固有の一般的「法理」へと鑄型づけたものであるという事情がある。

砂川事件最高裁判決は「主権国としてのわが国の存立の基礎に極めて重大な関係をもつ高度の政治性を有する」日米安全保障条約が「違憲なりや否やの法的判断」につき、「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のものであって、それは第一次的には、……内閣および……国会の判断に従うべく、終局的には、主権を有する国民の政治的批判に委ねるべきものである」と述べているが、この判示は、「アメリカ合衆国軍隊の駐留は、憲法9条、98条2項および前文の趣旨に適合こそすれ、……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」という判示とともに(傍点引用者)、日米安全保障条約改定までに国内

にくすぶる条約違憲の機運を封じ込め、最高裁による実質的な合憲判断を能う限りで国民に印象づける国家統治上の必要性に奉仕する¹⁾。これは、戦時中は終戦工作に関与し、戦後は文部大臣ならびに参議院議員を歴任した「政治家」田中耕太郎が、三権の長の一翼を担う最高裁判所長官として、最高裁の評議を指導した帰結であろう。「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」という留保を付したいいわゆる変則的統治行為論は、統治行為論の変型というよりは、最高裁による実質的な合憲判断を能う限りで国民に印象づける国家統治上の必要性を付度した上でそうした当該事案に固有の消息からアド・ホックな事例判断を導くのではなく、かかる固有の消息を一定の範囲で適用可能な「法理」へと鑄型づけたものというべきである。

同様に、沖縄「密約」訴訟では、各審級の裁判所が文書開示請求の認否を決する分水界を主張立証責任という法専門家的な「技術」の領域²⁾に託したが、第二審判決が、本件事案の際立った特殊性を前提に、当該文書「を秘匿する意図が強く働いていたことが窺われる」が故に「通常の方法とは異なる方法で、通常の場合とは異なる場所に限られた職員しか知らない方法で保管された可能性が高い」としたのに対し、最高裁判決は、同じく「その保管の体制や状況等が通常と異なる場合も想定されることを踏まえ」るも、これを「他国との外交交渉の過程で作成される行政文書」一般にいえることとして総合的判断の一要素にとどめる判断枠組みを以て、(文書を引き続き保有していると推認できるかについての)文書不存在にかかる主張立証責任の「法理」とし、本件文書不存在による不開示決定を正当化した。

はじめに一般的な「法理」があって、それを事案に合わせて変則化させているのではない。事案に合わせて拵えた規律を整形して一般的「法理」に仕立て上げているのである。

いつも我々に見えないのは、「法理」の影に隠された事案の際立った特殊性である。最高裁は、だが、この見えない際立った特殊性の場において、「統治」機関として振舞っているのである。

1) 参照、長谷部恭男「法と戦略」同『憲法のimagination』(羽鳥書店、2010年)91-92頁。

2) 参照、宇賀克也『新・情報公開法の逐条解説(第6版)』(有斐閣、2014年)126-128頁。