

憲法 95 条とサンフランシスコ講和条約に関する 政治学的一考察

佐藤 学

憲法 95 条の扱い

(1) 第 8 章「地方自治」

日本国憲法第 8 章「地方自治」は、第 92 条【地方自治の基本原則】、第 93 条【地方公共団体の機関、その直接選挙】、第 94 条【地方公共団体の権能】、そして第 95 条【特別法の住民投票】から構成される。第 8 章「地方自治」は、第 2 章「戦争の放棄」と並び、大日本帝国憲法を改正して制定された日本国憲法の中で、全く新しい章として、日本国憲法を特徴づける規定である、とは、学部「憲法」授業で政治学学生が学んだことである。

憲法 92 条の「地方自治の本旨」は、今日に至るまで、その解釈、憲法体系における意義が議論されてきた。「地方自治の本旨とは住民自治と団体自治である」との公的解釈は、高校生時代に覚えさせられた。それが、何を意味するのかは、今も争点になる。松下圭一が『市民自治の憲法理論』で主張した、住民自治こそが「地方自治の本旨」であり、「団体自治」の強調は、日本の公法学の国家上位の悪しき伝統を引き継ぐ理解である、という理論構成は、住民起点で憲法、国家を捉え直す視点を提供した。憲法 93 条の「地方公共団体の長と議会の直接選挙」規定の下では、これまで、日本の地方自治体を、現行の、二元代表制と呼ばれる、長と議会を別個の選挙で選び、両者が並立する形態だけが許されると解釈されてきた。この定説を、2021 年に鈴木庸夫が「松下圭一「市民自治の憲法理論」はなぜ学界から無視されたか」『自治総研』2021 年 3 月、4 月で、真っ向から批判し、この限定的な解釈は、国家法人説に基づく狭小なものであり、日

本国憲法の下でも、Weak Mayor System の採用が可能であるとの緒論を展開している。Weak Mayor System とは、首長が議会の中から選ばれ、独自の行政の長としての役割を持たない自治体政府の形態である。これに対して Strong Mayor System は、独自に選ばれた首長が、単独で行政の長として機能する形態である。Weak Mayor System は、実質的に議院内閣制であり、その下に、自治体における行政機関の幹部職員が任命される。日本における通説は、Strong Mayor System のみが認められ、それ以外の自治体政府の形態は認められない、とし、自治体改革や、地方議会改革の幅を非常に狭く限定している。が、鈴木論文にみられるように、現在に至るまで、92条、93条は議論の対象としても活きていると言えよう。

憲法94条は、条例制定権の根拠であり、分権改革の成果として全国で制定された自治基本条例の法的地位が、石垣市自治基本条例の争点化に代表されるように、議論されている。自治体の権能は、日々の自治を規定する条項である以上、憲法94条は、参照せざるをえない存在である。

他方、憲法95条は、どのように扱われているか。初学者向き概説書や、大学生向け教科書では、全く触れていない書物も散見される¹。憲法理論上、国会の立法権の上位に、住民自治の権利を置くという、地方自治の優位を確立する根拠と見るべき条文が、ほとんど「無いもの」扱いられているのは、いかなる理由であろうか。全部で103条しかない日本国憲法の暦とした1条が、実質的に消されている。

佐藤功は、憲法95条の根拠を、アメリカ合衆国における自治立法の優位、連邦政府からの介入に対する抵抗権に置き、合衆国の自治の形態・伝統を日本国憲法に入れ込んだ経緯を指摘している²。この合衆国起源であることが、憲法95条が日本の自治にそぐわない異物として扱われてきた理由であるとする論も多い。しかし、合衆国起源である、ということは、日本国憲法全体に言えることであり、95条のみがそぐわない異物とされる理由

1 沖縄国際大学図書館で確認した、芦部信喜『憲法第5版』岩波書店、2011年、長谷部恭男『憲法講話：24の入門講義』有斐閣、2020年など

2 佐藤功「憲法95条の諸問題」杉村章三郎古稀記念『公法学研究上』有斐閣、1974年、359-362頁

は希薄である。

(2) 実際の地方自治特別法

それよりも、憲法 95 条が実際に行使された地方自治特別法の内容が、その価値を減ずるようなものでしかなかった、という点が、憲法 95 条が役に立たない条文であるという判断を生み、それが定着してきたのであろう。「一の地方公共団体のみに適用される特別法は、法律の定めるところにより、その地方公共団体の住民の投票においてその過半数の同意を得なければ、国会はこれを制定することができない。」この条文に「基づき」実際に憲法 95 条の住民投票が使われた法律を見ると、

- (1) 原爆被爆地の平和記念都市建設法、国際文化都市建設法 2 自治体
1949 年 広島市、長崎市
- (2) 国際観光温泉文化都市建設法 3 自治体
1950 年 別府市、伊東市、熱海市
- (3) 国際港都建設法 2 自治体
1950 年 横浜市、神戸市
- (4) 国際文化観光都市建設法、国際観光文化都市建設法 3 自治体
1950 年 奈良市、京都市、松江市
- (5) 国際文化住宅都市建設法、国際親善文化都市建設法、国際観光温泉文化都市建設法 3 自治体
1951 年 芦屋市、軽井沢町、松山市
- (6) 伊東国際観光文化都市建設法の改正 1 自治体
1952 年
- (7) その他、首都建設法 1950 年 旧軍港都市転換法 1950 年 横須賀市、佐世保市、呉市、舞鶴市 4 自治体

以上、16 の地方自治特別法が制定され、18 自治体で住民投票が実施され、法が発効した。

最後に実施された伊東国際観光温泉文化都市建設法の一部改正に対する

住民投票のみが、1952 年 8 月と、1952 年 4 月 28 日のサンフランシスコ講和条約発効以後であり、他、1951 年 8 月 15 日の軽井沢国際親善文化都市建設法まで全てが講和＝「主権回復」前の例であることに留意すべきである。すなわち、「独立」後、新たな地方自治特別法制定のための住民投票は 1 件もない。伊東国際観光温泉文化都市建設法の一部改正は、1950 年に成立した同法の、泉源保全を目的とした一部改正であり、新たな立法ではない。これは異様な経緯ではないか。

1950 年の首都建設法は、1956 年の首都圏整備法の制定に伴い廃止されたが、この時に、特別法の廃止を、特別法によらない＝憲法 95 条の住民投票を実施しない方式で実施できるのか、という法理論上の議論が起きたが、廃止の住民投票は行われなかった。

これらの住民投票の投票率は、高いものでは旧軍港都市転換法の佐世保市で 89.0%、呉市で 82.2%、軽井沢国際親善文化都市建設法が 81.2%と、80%超えの例から、京都国際文化観光都市建設法 31.5%、横浜湊都建設法 39.5%と、40%に満たない例まで、一様ではない。

概観するに、実際に住民投票により成立した地方自治特別法は、特定の自治体に対する財政援助を目的とした、毒にも薬にもならない「おめでたい」特別法がほとんどを占めている。それぞれの自治体には、切実な要望があったのであろうが、温泉や観光を文化と紐付けて地域振興を目指すという、単なる観光キャンペーンのような内容がほとんどである。これが、わざわざ憲法に条文を一つ設けて実現すべきことであろうか。

(3) 憲法 95 条本来の意味

先の佐藤功論文によれば、「当初、特別法とは、特定の地方公共団体に對して何らかの不利益を課すものであり、また、特定の地方公共団体の組織や権能について地方自治法の例外を設けるものを指すと考えられていた」ために、これら 15 特別法は特別法に該当しないとする議論があったという³。

3 佐藤功、同上、367 頁

また、渋谷秀樹は、憲法 95 条が、憲法 41 条の国会を唯一の立法機関であるとする国会単独立法の原則に対する唯一の例外であるとし、その制度の根拠として以下を挙げている。

第 1 に特定の地方公共団体のみを特別に取り扱い、その点で他の地方公共団体と差別するものであること、第 2 に特定の地方公共団体の住民を含む全国民を代表する議員によって構成される国会によって制定されたものとはいえ、その動機または過程において必ずしも常にその地方公共団体の権能または住民の意思を反映しているとはいえない場合があり、それによってその地方公共団体の県央または住民の権利義務がその意思に反して差別されるおそれがあることにある⁴。

更に、渋谷は「特別法は、地方政府の地方統治権の内容・運営・組織編成についての定めのほか、地方参政権についての定めが含まれることはあきらかである。」とし、憲法 95 条の住民投票権は、憲法 92 条の「地方自治の本旨」に認められた地方参政権の侵害を防ぐためにあるとしている。

あえて、憲法的一条文を地方自治特別法の成立に、住民投票を義務化した意図が、特定自治体への財政支援を行うためであろうはずがない。それは、地方自治特別法など使わなくとも、通常の立法で如何様にでもできるし、そのように実施されてきた。また、そのような支援策は、憲法 95 条住民投票など実施せずとも、当該自治体が受け入れることは自明である。憲法 95 条が、このように「捨てられてきた」背景には、大きな意図が隠されているのではないか。

ともあれ、憲法 95 条は、国会の立法により不利益を課され、その権能や組織に重大な変更が行われ、住民の人権や、当該地方公共団体における「地方自治の本旨」が損なわれる場合に、当該地方公共団体と住民に、強力な「拒否権」を与えたと考えざるをえない。そうでなければ、憲法条文に盛り込まれる意味がない。

佐藤功によれば、憲法 95 条の起源は、民政局法規課長アイロ・E・ラ

4 渋谷秀樹『憲法 第 2 版』有斐閣、2013 年、744 頁

ウエルのレポート「日本の憲法についての準備的研究と提案」(1945年12月6日)に、既に盛り込まれている⁵。その後の憲法草案の変遷を経て生き残った憲法 95 条は、本来、中核的な機能を持たされていたことが明らかである。

実際の地方自治特別法が確定したことは、「一の地方公共団体」が、「ひとつの」ではなく、特別法の下で該当する特定の、を意味することで、それは、「旧軍港都市転換法」が、1本の法律を4地方公共団体が住民投票にかけたことから分かる。これは、国会の立法が1つであっても、それに該当する特定の地方公共団体が、住民投票で承認する必要がある、ということであり、この点は本稿の議論のために特記すべきである。

(4) 憲法 95 条の現在の意義

山元一は、憲法 95 条の趣旨は、「①各自治体に平等権の保障を及ぼし自治権の侵害を阻止すること②住民自治の理念に基づき住民意思を尊重すること、にあるとされている」としている。「特別法」とは、「自治体そのものの組織・機能・運営等に関わる法律を意味することについて、ほとんどの学説の見解は一致して」いるとしている⁶。

また、特別法と一般法の分類自体が「相対的な観念であり、何をもってして「一般」「特別」と観念するかは、実は必ずしも判然としない。」とまとめているが、この点は、渋谷秀樹も、「何が特別法にあたるかの判断が難しいこともあって、現在はあまり活用されていない」と記している。そして、憲法 95 条には、今も「国家法による地方自治への不当な介入に対する防御装置としての役割を期待されている」と結論づけている⁷。

加藤一彦は、近年における数少ない憲法 95 条に関する詳細な論考において、「沖繩駐留軍用地特別法」について以下を指摘している。

1997 年改正過程をみれば、本法制定・改正が地方自治特別法における「地方自治の本旨」に適合的な 住民投票を課す典型事例

5 佐藤功、同上、362 頁

6 山元一「地方自治特別法」『憲法の争点 ジュリスト増刊』有斐閣、2008 年、322～323 頁。

7 渋谷秀樹『憲法 2 統治 第 7 版』有斐閣、2019 年、2214 頁

として憲法制定者が想定した概念と一致する。しかし逆にだからこそ、内閣も国会も住民投票回避のために、従来の国主導型立法は地方自治特別法ではないと強弁せざるを得なかったのであろう⁸。

ここから、加藤一彦は、憲法 95 条を回避することが、政府の基本的な方針になってきたことを示している。そして、憲法 95 条の限られた期間における実例が、その実効性を損なったことを指摘している。

地方自治特別法制定の過去の 16 例が、地方公共団体の要請に基づき議員立法として、しかも基本的には地域振興の立法であったという歴史的経緯は、憲法 95 条の地方自治特別法の制定の契機をある意味限定化したように思われる。

日本政府は、明らかに沖縄県「のみ」を対象とする法律も、全国に適用される一般法であると強弁し、憲法 95 条を回避してきた。また、この 1997 年の軍用地特措法以降、名称に「沖縄県」を入れないという、露骨な回避策も採ってきた。憲法 95 条の現在の意義は、条文の根拠・意図とは正反対に、地方自治の本旨を正面から損なう手段となっている。

2. サンフランシスコ講和条約と憲法 95 条

本稿は、このあと、サンフランシスコ講和条約は、憲法 95 条の住民投票を実施すべきであったという仮説を検証していくこととする。問題の所在は、サンフランシスコ講和条約を可決した 1951 年 10 月の国会に、沖縄県選出議員がいなかったのみならず、沖縄県に衆議院、参議院とも、議席が配分されていなかった事実から、明瞭に、沖縄県民が全く代表されない国会が、沖縄県を廃止し、沖縄県民を日本の施政権から切り離す決定をしたことが、憲法上、なぜ許されてきたのか、という疑問である。

(1) 沖縄はいつ、日本国憲法の下から「切り離された」のか

筆者が、日本国憲法制定過程で、沖縄県民が排除されていた事実を知っ

8 加藤一彦「地方自治特別法の憲法問題」『現代法学』東京経済大学、2009 年、46～47 頁

たのは、古関彰一「沖縄にとっての日本国憲法」(『法律時報』日本評論社 1996 年 11 月)を初めて読んだ 2015 年である。それまで、日本国憲法制定時の衆議院議員選挙が、沖縄県では実施されず、さらには沖縄県には議席も与えられていなかった、その国会が日本国憲法を作ったという事実を、恥ずべきことに、全く知らなかった⁹。

そこで考えたのは、沖縄がいつ、日本国憲法の下から切り離されたのか、という問題である。2017 年の逢坂誠二・衆議院議員提出の「沖縄県における日本国憲法の適用開始の時点に関する質問主意書」に対する内閣総理大臣答弁は、

昭和四十七年五月十五日の沖縄の復帰前においては、日本国憲法は、観念的には同地域に施行されていたが、現実には、日本国との平和条約(昭和二十七年条約第五号)により米国が施政権を行使していたため、実効性をもって適用されることはなかったと考えている。

したがって、沖縄については、米国から施政権が返還された昭和四十七年五月十五日以降、日本国憲法の規定が実効性をもって適用されることになったと考えている。

と記している。沖縄県民は、一貫して日本国憲法の下にあったが、米国の施政権下では、実効性をもって適用されなかったとの、これまでの日本政府の公式見解である。

1952 年 4 月 28 日のサンフランシスコ講和条約発効後ですら、沖縄県民は日本国憲法の下にあった。よって、1951 年 11 月 28 日の批准時には、当然、日本国憲法の下にあり、沖縄の施政権も日本が持っていた。であるならば、サンフランシスコ講和条約の国会での可決には、憲法 95 条の住民投票が必要であったのではないか。

明治大学の国際法教授であった宮崎繁樹は、「沖縄分断の法的構造」で、1968 年に以下を記している。

9 沖縄県に議席の配分がなく、その国会は「全国民を代表していない」との重大な指摘は、古関彰一『平和憲法の深層』筑摩書房、2015 年、116～119 頁)。小林武「日本国憲法制定時における沖縄の位置—帝国議会議の審議から」『法経論叢』愛知大学法学会、2014 年 9 月、1—42 頁からも多くを学んだ。

平和条約締結のさいに、沖縄の人びとは、その意見をのべる機会も代表を会議におくる資格もあたえられなかった。日本政府が連合国にたいして、沖縄とその住民の将来の地位の決定について、住民投票の規定を挿入するように要望するぐらいのことは、前例もあることであり、また終戦後六年もへっていた当時の国際情勢や、アメリカの支持のもとに作成され、すでに発効していた日本国憲法九五条の規定などから、それほど困難であったとは思えない¹⁰。

この宮崎論文が収録されている『沖縄問題を考える』の、資料 2「沖縄問題にかんする資料」に、沖縄違憲訴訟（渡航拒否に関する損害賠償請求事件）訴状（抄録）が収められている。その「請求の原因」、「二、右損害は、左記理由により、国が賠償すべきものである。」とする中、

（二）仮に、右の主張がみとめられないとしても、平和条約第三条の国内的効力の次元においては、右条約は憲法九五条の規定する「一の地方公共団体のみに適用される特別法」と解すべきであり、したがって、「法律の定めるところによりその地方公共団体の投票においてその過半数の同意がなければ国会はこれを制定できない」わけであるから、右沖縄県民の住民投票を経ていない前期条約は国内的効力に関する限り、憲法九五条所定の手続きを欠如したものとして無効である。

憲法 95 条の住民投票を受けていないサンフランシスコ講和条約は無効である、という主張が、1965 年の時点で、裁判の訴状という公式文書で展開されていたのである¹¹。

1972 年の施政権返還まで、沖縄には日本国憲法が「適用」されなかったという政府答弁に、異論を突き付けるのが、1970 年国政参加選挙とそれに至る過程での、「沖縄県民」の参政権・被選挙権の実態である。

先に引用した逢坂誠二・衆院議員の質問主意書は、以下を含む。

10 中野好夫編『沖縄問題を考える』太平出版社、1968 年、63 頁。

11 中野好夫編、同上、317 頁

三 沖縄の本土復帰に先立ち、一九七〇年十一月十五日、沖縄住民の国政参加特別措置法に基づき、沖縄の国政参加選挙が行われているが、この時点で沖縄では日本国憲法の適用はなかったという認識でよいか。政府の見解を示されたい。

四 三に関連して、日本国憲法の適用が行われない下で選出された国会議員の地位は、日本国憲法により担保されていないか。政府の見解を示されたい¹²。

これに対する答弁が前記の内容である。ここで問うているのは、国政参加選挙が、施政権返還前に実施され、沖縄から選出された議員が、即座に、正規の議席を持った根拠である。大田昌秀「復帰運動と国政参加問題」¹³によれば、国政参加選挙が実現した過程は、憲法理論に依拠した決定ではなく、日米政府の純粋な政治判断による。大田昌秀は、佐藤功の議論を引用し、佐藤功が、国政参加選挙は出来ないという憲法判断をしていることを明かしている。また、佐藤功は、先に引用した「憲法 95 条の諸問題」で、復帰特別措置法が憲法 95 条の適用を受けなかった最大の理由は、復帰前に沖縄に憲法が適用されていなかったため、と説明している。

この場合、そこに、いわば形式的な問題であるが、きわめて特殊な問題があったことを見落としてはならない。それは何かといえば、これら特別措置を定める法律は沖縄の復帰前—沖縄返還協定の発効前—すなわち日本国憲法第 95 条が沖縄に適用されることとなる以前に制定され、沖縄の付記・返還協定の発効と同時に施行さえるものであった、という事実である。すなわち、沖縄の復帰前にはそもそも日本国憲法第 95 条は沖縄には適用されないものであるから、これらの法律を第 95 条の特別法として沖縄住民の住民投票に付することは論理的に不可能であったのである¹⁴。

12 沖縄県における日本国憲法の適用開始の時点に関する質問主意書 (shugiin.go.jp) (shugiin.go.jp)&cvid=ae56d65ab17f4889b28b704a0008e986&aqs=edge..69i57j69i65i2.5149j0j9&FORM=ANAB01&PC=LCTS

13 大田昌秀『近代沖縄の政治構造』勁草書房、1972 年

14 佐藤功、同上、402 頁

しかし、国政参加選挙が復帰前に実現したこと、のみならず、1962 年第 6 回参議院通常選挙全国区と、1965 年第 7 回参議院通常選挙全国区に、1962 年は、安里積千代、1965 年は安里積千代と大田政作が立候補し、彼等の得票が確定している事実と、佐藤功の結論は矛盾している。国政選挙は、国権の行使である。米政府は、沖縄在住の安里積千代が参議院選挙全国区から立候補することを、1962 年、1965 年の 2 回にわたり認めた。また、1965 年の大田政作は、沖縄から東京に移り、弁護士を開業した中で、自由民主党公認候補として、参議院全国区に立候補が認められた。安里積千代の 1962 年選挙における得票（言うまでもなく、沖縄「県」外に限られる）は、87,874、1965 年では、69,250 であり、大田政作の 1965 年得票は、221,417 の多きに達する¹⁵。言うまでもなく安里積千代は沖縄社会大衆党委員長を務め、大田政作は琉球政府行政主席の後、1972 年復帰後復活初の沖縄県知事選挙に自民党から立候補し敗れた、二人共に大物政治家であり、隠れて見逃された、というような事態はありえない。

彼等の立候補が許されたことは、米軍が、沖縄への選挙区設定は認めていないものの、沖縄の人々の被選挙権を認めていたこと、すなわち、この点において、日本国憲法が、彼等に適用されていたことを意味するのではないか。だとすると、佐藤功の 1970 年の沖縄に憲法 95 条は論理的に適用しないという主張は、破綻する。前記、内閣総理大臣の質問主意書への答弁の「実効性をもって適用されなかった」という記述には、「実効性」には幅がある、ということではないか。

国政参加選挙についての、当事者証言によれば、旧自治省官僚であった、当時の日本政府沖縄事務所長・岸昌（後の大阪府知事）が、米国の施政権に触れず、憲法問題にも触れないで、国会の問題として、「(前略) 第二として、公職選挙法の特例規定を設け、国会議員の定数を衆議院、参議院各若干名増やし、その定数だけの国会議員は、琉球政府の定める手続きにより選挙すべき旨を定める。第三として、右の手続きによって選挙された沖

15 数字は、名護市が資料として公開している『毎日新聞』1962 年 7 月 3 日、1965 年 7 月 6 日記事を参照。sangiinsenkyo2019.xlsx (live.com)

縄住民の代表は、日本国内法上完全な権能を有する国会議員として扱う。」との案を作った。その背景には、同じく旧自治省官僚で、当時、読売新聞副社長（後の同社社長、日本テレビ社長、正力松太郎の娘婿）小林与三次がいた。そして、それを読売新聞で「スクープ報道」をして、当時日本政府が想定し大方が同意していたオブザーバー方式ではなく、完全な地位を持つ議員を、復帰前の沖縄から選出することを可能にした、と言う¹⁶。小林与三次は、1964年に沖縄を訪れ衝撃を受け、以下を記した。この当時、小林は住宅金融公庫副総裁である。

今までは、同じことは書かないつもりでしたが、事沖縄については、その禁を破ることにした。はっきり確かめない限りは、自信のない事実については書かないことにしていたが、その禁も、事沖縄については、破ることにした。(中略) 誤りや思い違いがあれば、陳謝して訂正しよう。そして機会があれば、何度でも繰り返そう。

こうして、小林が訴えるのは、日本社会が、沖縄が戦後20年経っても全く復興されていない地域、部門があり、それを自分たちが全く知らないことである。糸満の三和村となる旧集落の惨状を見て「こんなことは聞いたことがなかった。到底想像もできないことだった。私だけではなく、日本人のほとんどには想像もできまい。そんなことが現にあるのだ。私が見聞していない、そのようなことが、まだほかにもあるのではなからうか。」

そして、元自治官僚としては、施政権復帰や主権の問題よりも、

施政権は現に誰が行使するにせよ、日本は主権を有し、同じく日本の国土であり、日本の同胞である。文句なしに、今一つの県も、四十六の都道府県と同じでなければならず、五十九の市町村も、三千四百の市町村と同じでなければならぬ。九十数万の島民は、われわれと同じ行政の恵沢を受け、自由と繁栄を享受しなければならぬ。

と叫んでいる。この認識こそが、国政参加選挙を実現した原動力であろう

16 琉球新報社編、『世代わり裏面史』琉球新報社、1983年、245～252頁。

し、政権に連なる地位を占める人物としては、精一杯の問題提起であろう。旧自治省が、外務省と対立して沖縄での主権を維持するような地位を維持していたのは、広く知られているが、1965 年時点での小林のこの認識が、その中心にあったのであろう。ともあれ、施政権と主権は別な問題との規定は、重要である¹⁷。

同時に、「施政権返還とは切り離して沖縄の島民の唯今の生活が問題なのである」として、沖縄への財政支出を訴えるが、この図式は、復帰後の日本政府の政策の基本となっていく。それは、小林が「いやしくも本土においては、沖縄はすべて、内地と同様に取り扱われねばならぬ。それはアメリカとは何のかかわりもなく、日本自身のことである。」とする基本認識を捨てた、復帰後の日本政府による沖縄政策である¹⁸。

大田昌秀前記論文では、佐藤功の不可能論を引用した後に、可能論の一つとして「前沖縄北方対策庁沖縄事務局の岸昌局長の意見」と、簡単に触れているだけだが、これは、琉球新報による証言により、国政参加選挙の「裏面史」が明かされる前だったからであろう¹⁹。

ここまで国政参加選挙の実現過程を見たのは、復帰前であっても、沖縄県民が憲法上の権利を行使できた例であるからである。岸昌の案は、法理上無理がある。それを実現できたのは、法理ではなく、政治的判断のためである。岸見解には、

特に沖縄住民は、平和条約に基づいて沖縄が現在のような地位に置かれることになった際に、なんら意思表示をする機会も与えられなかったことを、甚だ遺憾としており、復帰後の沖縄の地位については、ぜひとも国政参加を通じて明確な意思表示をして、いやすべきだと考えている。ここに国政参加の必要がある。

と書かれている。これは、2つの意味で重大な意味を持つ。1つは、1968 年の時点で、日本政府の官僚が、サンフランシスコ講和条約批准・

17 小林与三次「今一つの日本の県 沖縄」『都道府県展望 沖縄問題特集』全国知事会、1965 年 5 月、12～15 頁

18 同上、15 頁

19 大田昌秀、同上、420 頁

発効に際し、沖縄住民が「なんら意思表示する機会もあたえられなかったこと」を遺憾としていることである。もう1つは、その救済としての国政参加選挙が、復帰特別措置法の成立において、沖縄県民の明確な意思表示がなされたとのアリバイ作りに使われたことである。「屋良建議書」が受け付けられずに、強行採決をした国会には、西銘順治はじめ、自民党の沖縄選出議員が入っていたのであるから、岸見解は、強行採決には沖縄も賛同した、という正当化のために国政参加選挙が実現されたという見方を証明するものである²⁰。

そして、国政参加選挙は、憲法学者の理論とは関係なく、日米政府の政治的判断で実現した。そこでは、沖縄に日本国憲法が適用されていない、云々の理屈は等閑視された。これは、復帰が決まり、ここで国政選挙を実施することで、沖縄県民も復帰特別法の成立に関わったという形を採ることの政治的利益が、不完全なオプザバー方式などによる沖縄の人々の反発という政治的損失を上回るとい判断が優先されたのである。憲法理論よりも、日米政府の政治判断が優位であった、ということである。

(2) サンフランシスコ講和条約批准時に沖縄県民は日本国憲法の下にいたのか

日本国憲法の施行が1947年5月3日、サンフランシスコ講和条約の批准が1951年11月19日、そして発効が1952年4月28日である。サンフランシスコ講和条約発効後に、「正式に」沖縄県の施政権は米国に移された。潜在的/残存的主権は日本が有するが、施政権は、国連の信託統治領になるまで、米国が維持する、という、第3条により、沖縄県民は日本から切り離され、沖縄県庁は法的にも存在を止めた。

この期間、1947年5月3日から、1952年4月28日までの5年間、沖縄の憲法上の地位はどうだったのか。1945年6月23日に日本軍の組織的抵抗が終わり、米軍の沖縄占領が始まる。この段階で、米軍は、批准国としてハーグ陸戦条約を遵守する義務があった。同条約43条は、「第

20 琉球新報社編、同上、245頁

43 条：国の権力が事実上占領者の手に移った上は、占領者は絶対的な支障がない限り、占領地の現行法律を尊重して、なるべく公共の秩序及び生活を回復確保する為、施せる一切の手段を尽くさなければならない。」と定めている。所謂、現地法規遵守規定である。琉球大学・国際法教授であった新城利彦によれば、「占領軍は、単に暫定的な地位しか有していないので、根本的な制度に関する恒久的な変革をなしえない（後略）。」「何が根本的な制度であるかと、確信をもっていうことは非常にむづかしいことである。立法権の限界に関して、占領軍は現地の政治組織を変革しないというのが共通の認識である。」としている。一方、講和条約までの間は、「占領軍はその間戦時的基礎に立たないで、占領地を強制的に管理し続ける。この段階では 43 条の原則は文字通りには適用されず、戦争の政治的目的に照らして現地法規を改廃せざるを得ない。そうでなければ戦争には勝ったが平和は達成できないという結果に終わるからである。²¹⁾

この理解からは、占領下における大日本帝国憲法の改正は 43 条を超えるものであり、認められる。同じ『戦後沖縄の法と政治』で、琉球大学・刑事法助教授であった垣花豊順は、「戦時国際法にもとづいて占領されている間の法源は、(1) 戦時国際法、(2) 布告、布令、指令、(3) 旧日本法、(4) 立法、(5) 条例、である」としている。言うまでも無く、(4) 立法お呼び条例は、琉球臨時中央政府、および群島政府議会が制定したものである²²⁾。

1945 年 4 月 5 日に米国海軍軍政府を設立し、米国海軍軍政府布告 1 号から 10 号を発布した時点で、大日本帝国憲法を廃止、もしくは停止する権限を米海軍軍政府が持つか否かである。これは戦時占領そのものであり、占領地憲法を廃止・停止する権限は持ち得ないはずである。

米国による沖縄支配が、戦時占領から長期的な「統治」に移行する前に、米国の命令下で日本国憲法が施行された。1947 年の段階で、沖縄県は、実態は失われていたにしろ、法的には存続しており、沖縄の人々は沖

21 新城俊彦「国際法と沖縄」、宮里政玄編『戦後沖縄の政治と法 1945 - 1972』東京大学出版会、1975 年、303 ~ 304 頁

22 宮里政玄編、同上、325 頁

縄県民であった。それから、サンフランシスコ講和条約発効の1952年4月28日まで、沖縄の法的地位は変わっていない。

とするならば、1951年11月19日の批准時に、「沖縄県民」は、「日本国憲法」の下にあった」と結論づけられる。

(3) サンフランシスコ講和条約批准には憲法95条の住民投票が必要ではなかったのか

先に引用した、宮崎繁樹論文と沖縄憲法裁判訴状は、サンフランシスコ講和条約可決・批准には憲法95条住民投票が実施されるべきであった可能性を明瞭に示している。東京学芸大学の憲法学助教授であった星野安三郎は、1971年に、日本弁護士連合会沖縄問題調査特別委員会の研究会における佐藤功報告・発言を批判して、以下のように述べている。

(前略) というのは、いわゆる沖縄の本土復帰、すなわち日本国憲法への復帰のための住民投票は、実は、日本国憲法95条そのものを超えた問題として出されているからである。そのことは、日本国憲法そのものが、沖縄県民の意思とかかわりなく、本土だけで制定されたという厳然たる事実をみただけでも明らかである。要するに、現在問題になっている住民投票は、沖縄県民の意思を何ら反映されることなく制定された日本国憲法そのものを認め、その憲法下の一員となるか否かを問うことである。われわれは、沖縄が占領下、しかも日本国憲法草案が公表される以前の1946年1月と2月の連合軍最高司令部覚書によって、人的にも領域的にも本土から分離された事実を忘れてはならない。

これは、沖縄をもって、日本国憲法から排除することを意図した占領政策であり、平和条約第三条は、その既成事実を国際法的に核にしたものといえる²³。

23 星野安三郎「沖縄返還協定と住民の権利 岐路にたたされた日本国憲法」、『法学セミナー』有斐閣、1971年9月、13頁

サンフランシスコ講和条約は憲法 95 条の住民投票を必要とした、という仮説には、3 点の問題に答える必要がある。1 点目は、条約は、「一の地方公共団体のみに適用される」のではなく、全国に適用されるのはいか、という点である。しかし、「旧軍港都市転換法」の下で、4 市が特別法の住民投票を実施した例が確立したように、「一の」は一つとの意味ではなく、法の下で条件に適合する地方公共団体＝特定の地方公共団体、であるために、サンフランシスコ講和条約で日本の施政権から切り離される沖縄県と、北緯 27 度以南の鹿児島県の市町村は、憲法 95 条の定める「一の地方公共団体のみ」である。

2 点目は、条約は特別法ではない、というものである。しかし、憲法 95 条の趣旨を考えれば、広く国会の決定が対象と判断すべきである。条約が、沖縄県と鹿児島県大島郡（奄美群島）の市町村を日本の施政権から切り離した、という甚大な損害を住民に与えた事実を鑑みれば、「その地方公共団体の住民の投票」が必要であるのは、明白かつ当然ではないか。

佐藤功は、前記論文で「第 1 に特定の地方公共団体のみを特別に取り扱い、その点で他の地方公共団体と差別するものであること、第 2 に特定の地方公共団体の住民を含む全国民を代表する議員によって構成される国会によって制定されたものとはいえ、その動機または過程において必ずしも常にその地方公共団体の権能または住民の意思を反映しているとはいえない場合があり、それによってその地方公共団体の権能または住民の権利義務がその意思に反して差別されるおそれがあることにある。」としていたが、サンフランシスコ講和条約第 3 条は、「特定の地方公共団体のみを特別に取り扱い、その点で他の地方公共団体を差別するもの」以外の何物でもない。また、沖縄県は「必ずしも常にその地方公共団体の権能または住民の意思を反映しているとはいえない場合があり」どころではなく、全く反映していないし、反映させるための沖縄県代表を国会は持っていなかった。

結果として、沖縄県民、（および鹿児島県奄美群島の人々は）地方公共

団体の権能も、住民の権利義務がその意思に反して深刻に差別された、のである。渋谷が述べるように、憲法 95 条が、憲法の原則たる地方自治の本旨を保障する手段である以上、このような甚大な損害を地方公共団体の住民に与える条約も、当然、95 条の適用をうけるべきではないか。

第 3 点は、条約は国内法に優位するのではないか、という点である。しかし、条約は批准されるまでは、国内に効力を持たない。サンフランシスコ講和条約が、日本の外交的立場にどのような変化を与えようと、国会が可決し、内閣が批准するまでは、効力はない。すなわち、批准過程は、完全な国内立法過程である。それは、ウッドロー・ウィルソン大統領が提唱した国際連盟を、米国連邦連議会上院が批准せず、肝心の米国が参加しなかった故事からも明らかであり、また、現在、米国政府が中国に対して航行の自由を主張する「国際法」の根拠たる、国連海洋法条約を、米国は、上院の反対で批准していないのと同様である。米国では、影響が長期にわたる条約の批准は、議員任期が長い連邦議会上院の権限と憲法に定められている。

よって、サンフランシスコ講和条約は、批准、発効前に日本国憲法に優位するわけがない。仮に、米国占領下の日本が作った憲法は、米国の意図で、いかようにも操作できる、とするならば、それは、日本国憲法自体の有効性を否定する議論である。

サンフランシスコ講和条約による日本の「主権回復」は、「米国の自治領土」としての「独立」であるとする、金井利之の規定が、ここで鋭く問題を突き付ける²⁴。

議論を憲法 95 条に戻すと、ハーグ陸戦条約 43 条の例外として、先に引用した新城利彦は、戦時占領が、敵国の敵対的な法規を廃止する必要性を挙げているが、ここで問題となるのは、米国占領下で作らせた日本国憲法である。ましてや、第 8 条地方自治も、第 95 条も、米国の思想の下で盛り込まれた。それを米国が否定するならば、甚だしい自家撞着である。憲法の原則たる、地方自治の本旨、基本的人権の尊重を、憲法施行後わず

24 金井利之『行政学講義 日本官僚制を解剖する』ちくま書房、2018 年、164～167 頁

か 4 年で米国が自分で否定するのは、占領政策の放棄に等しい。

一方、この時期に、1949 年 10 月中華人民共和国成立、1950 年 6 月朝鮮戦争勃発、という東アジアの戦後秩序が劇変し、米国の日本占領方針が変わっていった。沖縄の関与、憲法 95 条という議論は、サンフランシスコ講和条約が、その激動の中で結ばれたという時空を無視した空論である、という批判を、ある国際政治研究者から受けたことがある。しかし、1951 年の批准時に、米国は沖縄の占領方針を確たるものとしていなかった、という事実、米国が日本の「全面講和論」を懸念していた事実を考えれば、サンフランシスコ講和条約を憲法 95 条住民投票にかけることで、沖縄占領を日本国内法からも正当化できたであろうし、基地建設ブームの前ではあるが、1951 年には沖縄の言論を統制し、経済、政治、司法も放縦に支配していた米国を支持する住民も多く出たはずである。にもかかわらず、その手続きすら経る必要がないと米国は判断した。そこに、これが日本の問題である証がある。日本社会が沖縄を、「戦争で負けて獲られてしまった」としか考えていなかったことの反映である。実際には、そうではなかったにもかかわらず。

小括 何が問題か

現時点で、憲法 95 条が適用されなかったことを以て、サンフランシスコ講和条約が無効であるという主張は、おそらく無理である。70 年間の既成事実があり、また、安全保障理事国のソ連が絶対に承認しない、沖縄の国連信託統治まで、という虚構の条件の下で、施政権を移し 3 条も、信託統治も何も関係ない返還協定で、一切を不問に付した返還からも 50 年、今、サンフランシスコ講和条約の正当性を法的に問う意味はないだろう。

しかし、問題は、なぜ、沖縄県民が排除された日本国憲法制定、沖縄県民が一切関わらないで、県民を日本の施政権から切り離したサンフランシスコ講和条約が、その実態が全く知られないまま、当然視されてきたか、にある。しかも、この問題の指摘は 1960 年代から行われているのだ。小

林与三次が「こんなことは聞いたことがなかった。到底想像もできないことだった。私だけでなく日本人のほとんどには想像できまい。」と、沖縄戦の被災が復旧されていない状況を批判した、そのまま、第二次世界大戦後の沖縄の地位、日本政府、日本社会による扱いにも当てはまる。

沖縄の地位をきちんと国民の権利として認めなかった、その場しのぎ、事大主義の米国追従が、日本という国自体を規定しているのである。

貴重な憲法の 1 条を、全く意味のない地方自治特別法立法のみに使い、以後、捨象してしまったのは、鈴木庸夫が指摘するように、日本の憲法学が国家学の悪しき伝統から逃れられていないからである。住民投票を国会よりも上位に置く憲法 95 条は、何としても、抹消する必要があった。それが、サンフランシスコ講和条約を、このような形で批准し、遵守し続ける根拠になってしまったのではないか。あるいは、憲法 95 条と 41 条の明らかな対立を、憲法全体の矛盾を作り出す危険なものとして、95 条を事実上抹消することで、すなわち地方自治を軽視することで、解消したのであろう。形骸化、空文化が著しい、憲法の地方自治規定を蘇生させねばならない。その先に、「沖縄問題」の真の解決がある。そして、星野安三郎が半世紀前に断じたように、どのような日本か、どのような日本国憲法か、の重い問いを突き付けているのが、沖縄なのである。

人類の歴史において、ある国民が、他の国民とを結び付けてきた政治的なきずなを断ち切り、世界の諸 国家の間で、自然の法と自然神の法によって与えられる独立平等の地位を占めることが必要となったとき、全世界の人々の意見を真摯に尊重するならば、その国の人々は自分たちが分離せざるを得なくなった理由について公に明言すべきであろう。

われわれは、以下の事実を自明のことと信じる。すなわち、すべての人間は生まれながらにして平等であり、その創造主によって、生命、自由、および幸福の追求を含む不可侵の権利を与えられているということ。こうした権利を確保するために、人々の

間に政府が樹立され、政府は統治される者の合意に基づいて正当な権力を得る。そして、いかなる形態の政府であれ、政府がこれらの目的に反するようになったときには、人民には政府を改造または廃止し、新たな政府を樹立し、人民の安全と幸福をもたらす可能性が最も高いと思われる原理をその基盤とし、人民の安全と幸福をもたらす可能性が最も高いと思われる形の権力を組織する権利を有するという、こと、である。もちろん、長年にわたり樹立されている政府を軽々しい一時的な理由で改造すべきではないことは思慮分別が示す通りである。従って、あらゆる経験が示すように、人類は、慣れ親しんでいる形態を廃止することによって自らの状況を正すよりも、弊害が耐えられるものである限りは、耐えようとする傾向がある。しかし、権力の乱用と権利の侵害が、常に同じ目標に向けて長期にわたって続き、人民を絶対的な専制の下に置こうとする意図が明らかであるときには、そのような政府を捨て去り、自らの将来の安全のために新たな保障の組織を作ることが、人民の権利であり義務である。これらの植民地が耐え忍んできた苦難は、まさにそうした事態であり、そして今、まさにそのような必要性によって、彼らはこれまでの政府を変えることを迫られているのである。現在の英国王の治世の歴史は、度重なる不正と権利侵害の歴史であり、そのすべてがこれらの諸邦に対する絶対専制の確立を直接の目的としている。このことを例証するために、以下の事実をあえて公正に判断する世界の人々に向けて提示することとする²⁵。

これは、外ならぬアメリカ合衆国独立宣言の冒頭である。日米政府は、虚心坦懐に熟読してはどうか。

井端正幸先生への謝辞

2021年8月24日に、沖縄国際大学法学部憲法学・井端正幸教授が亡く

25 American Center Japan サイトより

なられました。闘病されていたことは存じていましたが、まさか、これほど早くに逝かれるとは全く予想しておりませんでした。井端先生は沖縄法政研究所所員としても、長らく貢献して頂きました。ここに御礼とお悔やみの気持ちを表したいと思います。

本稿は、井端先生への課題レポート提出という意味があるものです。沖縄が、戦後いつから日本国憲法から切り離されたのかという疑問にぶつかった2015年に、先生の研究室を訪ね、伺いました。先生のお答えは「そこを調べても、何も出てこないよ。憲法学はそこをやっていないから」とのことでした。憲法学の素人・門外漢の筆者は、こんな重要なことを、まさか、と、俄には信じられませんでした。しかし、機会があつて国会図書館で「沖縄 憲法」をキーワード検索し、1945年から1952年の間に書かれた文献、および、その期間に「ついて」書かれた文献を、膨大なリストから探したところ、驚いたことに、井端先生が言われた通り、ほとんど無いのです。リストが膨張するのは、1960年代の復帰運動後からで、この時期に書かれた、あるいは、この時期について書かれたものは、前記・古関論文、小林論文と、萩野芳夫『沖縄における人権の抑圧と発展』²⁶だけでした。

以来、憲法、国際法、歴史、いずれも専門外である政治学研究者が、井端先生にレポートを提出するつもりで、少しずつ勉強してきた成果が本稿で、井端先生には即座に不可を頂くことでしょう。これからも、井端先生から教えて頂いた問題意識を継いで、勉強を続ける所存です。

井端正幸先生の御冥福を、心からお祈り申し上げます。

法学部教授・沖縄法政研究所所長 佐藤学

26 成文堂、1973年。本書では、本稿の関心領域は論じられていない。