

Title	出口雄一著『戦後法制改革と占領管理体制』
Sub Title	Deguchi, Yuichi, The postwar legal reform and the occupation and control regime after the World War II in Japan
Author	小石川, 裕介(Koishikawa, Yūsuke)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	2019
Jtitle	法學研究：法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.92, No.10 (2019. 10) ,p.107- 115
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	紹介と批評
Genre	Journal Article
URL	<a href="https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-20191028-0107">https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-20191028-0107</a>

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the Keio Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

## 紹介と批評

出口雄一 著

### 『戦後法制改革と占領管理体制』

#### 一 本書の視角

本書の帯には、「戦前と戦後は断絶しているのか、それとも連続しているのか？」との大きな問いかけが記される。この難問が、五〇〇頁を超える大著である同書を貫く一大テーマとなる。一般歴史学から見れば、同問題はすでにある程度は乗り越えられた議論であるとの指摘もあろう。しかし、法学分野、ことさらに日本法制史分野においては、実証的あるいは理論的に、いまだ課題を積み残したままにある。そもそも、ほんの一昔前まで、日本法制史の時代の下限はせいぜい一九四五年八月であって、占領期を含む戦後期については射程外であり、場合によっては実定法学等の領域とさえ認識されていた。そういつても過言ではないだろう。このように、学問分野としての確固たる答えを持ち合わせていなかったといえる。

この「断絶」「連続」の問題に関しては、本書「序論」において詳しく議論状況が整理される。たとえば天川晃に代表される占領史研究の蓄積においては、戦時総力戦体制から「逆コース」の時期を含めて「戦後改革」とされ、これらは通時的な変化として把握される。この理解は、「実定法学の立場と、基本的には順接的な関係」（三頁）にある。しかし、日本国憲法に代表される「戦後民主主義」の価値を高く見積もる「戦後法学」の立場からは、戦前との「断絶」の視点が強調される。著者は、未だ日本近代法史に強い影響力を保つ『講座 日本近代法発達史』（一九五八―一九六七年）にて戦時が近代法「崩壊」期と位置づけられたこと、また「現代法」論における渡辺洋三の議論を引きながら、法学内部における理解の振幅を指摘する。

これら既存の対立的構図に対して、著者が用いるのは比較法学的な把握である。フランス法学者・比較法学者である野田良之の議論を援用し、上述の、特に「断絶」局面の相対化を試みたことに、本書は特徴付けられるだろう。法継受という側面から、占領期をアメリカ法の摂取期と理解し、さらにその当時の日本の態度は単純な外圧だけでは収まらないとする（「自覚的摂取」）。すなわち、占領期を「アメリカ法の「大量継受」であつても「全面継受」では

なかった」(六頁) 時代とするのである。この観点にもとづき、GHQ側・日本側双方の資料を縦横に用いて、「改革を進めるGHQ側とそれに抵抗する日本側という図式を超えて「日米間のクロス・ナショナルな同盟関係の成立の変容の過程」を動態的に描き出すことを企図」(同頁)した。これが本書第一部「戦後法制改革の過程——刑事司法を中心に」の視角となる。

さらに本書の論点は、戦後法制改革における「断絶」「連続」の問題に留まらない。第二部「占領管理体制と憲法秩序」では、占領期の法構造そのものを描き出すことが目指される。占領下においては新旧憲法の「最高法規」性は貫徹せず、いわゆるポツダム命令は「超憲法的」効力を有した。これが占領軍による「間接統治」を特色づけるのであるが、同時に、「連合国による日本占領が、単なるアメリカ軍の軍事力の無制限な行使ではなく、占領管理においては「占領統治の実施システムそのものによる法的な箍が嵌められていた」ことを著者は指摘する(一〇頁)。これと同じく日米両国の資料を用いて実証的に明らかにするのが第二部の内容となる。

以上のような視角にもとづき、二つの側面から、占領期の法構造およびその特色を描き出すことを企図したのが、

本書『戦後法制改革と占領管理体制』である。

## 二 本書の構成と内容

本書は、上述のように、二部構成をとる、五〇〇頁を超えた大著である。このため以下にまず目次を掲げ、参考に初出年を付す。

序論——本書の分析視角

第一部 戦後法制改革の過程——刑事司法を中心に

第一章 戦後法制改革研究の現況(二〇〇七年)

第二章 GHQの司法制度改革構想

第一節 GHQの司法改革制度構想から見た占領期

法継受——戦後日本法史におけるアメリカ

法の影響に関連して(二〇〇〇年)

第二節 裁判所法の制定と国民の司法参加——占領

期法継受における陪審制度復活論(二〇〇

一年)

第三章 戦後刑事法の形成

第一節 検察庁法の制定と検察審査会制度(二〇〇

九年・二〇一〇年)

補論 検察補佐官から検察事務官へ(二〇〇九

年)

第二節 刑事訴訟法の制定と運用——検察官・警察

官の關係を中心に(新稿)

第四章 GHQの法律家たち

第一節 「亡命ドイツ法律家」アルフレッド・C・

オプラー——異文化接触としての戦後法制

改革(二〇〇九年)

第二節 トーマス・L・ブレークモアと日本法——

東京帝国大学の学生として、GHQの法律

スタッフとして(二〇一〇年)

第二部 占領管理体制と憲法秩序

第五章 占領管理体制の法的特質(二〇〇九年)

第六章 憲法秩序の変動と占領管理体制

第一節 新憲法下の国会と「政令の濫用」(二〇一〇年)

第二節 占領管理体制とポツダム命令(二〇一〇年)

第七章 「占領目的に有害な行為」の創出と運用

第一節 占領下における刑事裁判権の制限(二〇〇五年)

第二節 「占領目的に有害な行為」と検察官の起訴

猶予裁量権(二〇〇五年)

第三節 「占領目的に有害な行為」に関する検察官

起訴猶予裁量の運用(二〇一一年)

結論 戦後法制改革と占領管理体制の交錯

第一部「戦後法制改革の過程」では、第一章にてまず先行研究の詳細な整理に注力される。ここで指摘されるのは、日本国憲法制定過程を除く、戦後法制改革研究における方法論的自覚の不在である。これを裏返せば、法制史学における「戦後日本法史」「現代日本法史」の欠缺あるいは不足という現在状況を示すだろう。本章にてなされる、広範な先行研究を分野横断的に再配置する丁寧な作業は、当該分野構築の第一歩を企図したものといえる。

第二章から第三章では、占領期の刑事司法制度改革を中心とした戦後法制改革が検討される。著者が述べるに、刑事司法改革の評価は大きく二つに分かれる。一つは、現状刑事司法が「検察官司法」であって、当初の立法趣旨からは乖離したと批判する立場である。もう一つは、現状実務を肯定的に捉え、実態的真实発見に寄与する「精密司法」と評価する立場である。「歴史認識」問題としては、前者を「断絶」、後者を「連続」的理解と分類可能であるが、

しかし同時に、二者択一的評価ではなく相互の關係性を重視すべきと著者は述べる。

G H Q による司法改革構想は、民間諜報局 (C I S) のものと、民政局 (G S) のものの二種が存在した。民間諜報局のマニスカルコの主導によるものは、G H Q 側の憲法改正作業「マツカーサー草案」に親和的であり、アメリカ型刑事司法制度の大々的な導入を企図するものであった (マニスカルコ提案)。そのなかでは、陪審制を復活させ、通常陪審に加えて起訴陪審を予定し、検察官については公選制の導入を示唆する。同提案の内容は日本側關係者に衝撃を与えた。

これに対して、民政局側ではオプラーおよびブレイクモアが中心となつて、マニスカルコ提案に反対する。オプラーは亡命ドイツ人法律家であつて大陸法に知悉しており、またブレイクモアは日本法研究のため東京帝国大学に留学した経歴の持ち主であつた。両者は、日本の刑事司法が大陸法系であつて、このためアングロ・サクソン系であるアメリカ法への急激な法体系の転換を疑問視する。さらに両名は、日本側司法關係者との交流を経て、改正草案作成を日本側に委ねることを主張した。

結局、G H Q の内部事情もあつてマニスカルコ提案は排

斥され、民政局が刑事司法改革を管掌することとなる。結果として、アメリカ型の刑事司法手続は刑事訴訟法改正により持ち込まれたものの、たとえば陪審制の問題は日本の主体的な判断に任されることになり、その復活は見送られた。また、検察の民主化の文脈では、日本側との折衝の末、公選制ではなく検察審査会制が導入された。これらは、G H Q 側と日本側の「協調的努力」によるものであつた。ただし著者は、この關係性が「かなり限定された状況の下でのみ実現可能な営為であり、民政局が主導した法制改革全般に一般化することが難しいことも、同時に確認しておく必要がある」とする (一九四〜一九五頁)。

第四章では、戦後司法制度改革に大きな影響を及ぼしたオプラーおよびブレイクモアの人物研究がなされる。アルフレッド・C・オプラーはヴァイマル下にて裁判官経験のある法律家であつたが、祖父母がユダヤ系であつたため、ナチス政権下にアメリカへ亡命する。そしてアメリカ移住により、大陸法と英米法の「比較法的差異」の認識を取得したという。日本法の専門家ではなかつたオプラーであるが、当該認識は「戦後法制改革において、既存の日本法を「新憲法の諸原理と調和させる」ために必要とされたものであり、その過程においては極めて有用」となつた (二三

〇(二三一頁)。一方、トーマス・L・ブレイクモアは当初より極東法の比較法研究のため、一九四一年から約半年という短期間ではあったが、東京帝国大学大学院への留学経験を有した。ブレイクモアには「知日家」との表現が当てはまるといふ。占領期において「比較法的差異」の認識をもつ兩名が、部分的には意見を異にしながらも「協働」したことは、民政局による法制改革に大きな影響を与え、アメリカ法の性急な受容を抑制したと指摘される。そして、それはGHQ・民政局と「日本側立法関係者との「クロス・ナショナル」な関係との複雑な結びつき」(二四八頁)につながったと示唆する。

さて、第二部「占領管理体制と憲法秩序」では、最初の第五章にて占領期の法的特質が語られる。著者が注目するのは、占領管理体制における「超憲法的」措置である。ほぼ無制限の委任立法を認容するポツダム緊急勅令は、明治憲法秩序とは相反するものであった。これは、戦時末期に戦時緊急措置法により広範な委任立法が認められたことと比較しても、帝国議会の関与を全く認めない点は決定的であった。このためポツダム緊急勅令等については、「占領終結後の最高裁判所が、その法的効力を「憲法外」において認めざるを得なかった」(二六三頁)のである。さらに、

占領下においては軍事占領裁判所が存在した。この「超憲法的」司法機関の管轄は、「連合国人」を対象としたものであったが、「解放国民」は政策的に排除された。著者は、この二例の検討を通して、占領管理体制において「新旧の憲法は「不磨の大典」でも「最高法規」でもなく、管理法令の一種であった」(二七八頁)と結論づける。そして、「戦後法学」が夙に指摘してきた、日本国憲法体制と安保体制という「二つの法体系」論との構造的連続性を指摘する。

第六章では、日本国憲法制定後におけるポツダム命令の位置づけが検討される。一九四七年法律第七二号によって「法律を以て規定すべき事項を規定する」現行命令は、その効力に期限が付された。これに対して、GHQ・民政局からポツダム緊急勅令およびポツダム命令の効力について、新憲法秩序との整合性の危惧が示される。このことが法律第七二号の改正法である法律第二四四号制定に向かわせたのであるが、著者はその立法過程を緻密に追うことによって、前章で示された占領管理体制の法的特質——「超憲法的」措置の議論を深めるとともに、これが新旧両憲法体制に通底する問題であったことを示す。

第七章においては、GHQによる司法の「直接管理」が

論じられる。軍事占領裁判所の設置過程および「占領目的に有害な行為」の処罰規定運用について検討される。「占領目的に有害な行為」は犯罪類型としてポツダム命令にて定められ、白地刑法領域を構成した。さらに、その手続については、起訴法定主義を明文にて採用する。これは、起訴便宜主義が定着していた日本側司法機関（検察）に動搖を与えた。ただし、その運用に際しては、事実上、起訴便宜主義に近い取り扱いがなされた。これは、日本側司法機関が地方軍政部との事前折衝を経ることを条件に、起訴便宜主義の運用をGHQ・法務局から承認されたからであった。これについて著者は、GHQ・民政局が有していたような「比較法的差異」の認識に基づくものではない、もう一つの「クロス・ナショナル」な関係が、GHQ・法務局（LS）と日本側司法機関に存在していたことを指摘する。

結論部にて、戦後法制改革と占領管理体制について、「戦後法制改革の側から見るならば、両者の交錯は、戦後改革が「占領改革」の一環として行われたことに伴う限界として現れる」（四七八頁）という構造上の限界とともに、「占領管理体制の側から見ると、両者の交錯は、軍事占領が「法」によって規定されるという、逆のベクトルとして現れる」（四八〇頁）という両者の相互関係性を提示

する。その上で、第一部および第二部で取り上げられた二つの「クロス・ナショナル」を評して、「第一部において検討した戦後法制改革が、アメリカ法の継受に慎重であったが故に、「戦後改革」の一端として占領終結後に「戦後体制」の一部をなしていったのに対して、第二部において取り上げた占領管理体制は、あくまで占領終結までの特別な権力関係を維持するための法的措置として、占領後の「逆コース」をも想定したものであり、その暫定性故に、アメリカ法継受が「政治的」に用いられる場となった」として、占領期の「重層的な構造」を整理する（四八一頁）。

### 三 本書の評価と若干の感想

本書は、法制史学においてほとんど未踏分野であった占領期について、先行する諸研究分野の成果をふまえながら、その法構造の一端を明らかにした、占領期法史／戦後法史／近現代法史のマイルストーンとなる著作といえる。その議論は日米両資料にもとづいた、極めて高いレベルの実証に即しており、アプローチにおいても立法・運用・学説・人物研究と隙がない。

特に評価されるべきは、占領期における法を、前述したような、構造として描き出そうとする一貫した姿勢であり、

さらには戦後の法学への接続を見据えた視点である。これは、法制史学外からも当該研究へのアクセスを容易にし、これからの議論の深化を期待させる。後者について一例を挙げれば、第七章では、「戦後法制改革にもかかわらず、我が国の刑事司法が「糾問的檢察官司法」の問題点を克服し得なかった」ことについて、GHQ・法務局と日本側檢察との「もう一つの「クロス・ナショナル」な関係が構築されていたこと」との連関性が示される（四二六頁）。現在の刑事法学への示唆を多分に含んでいるだろう。

本書の公刊によって、占領期——特に本書が重点的に論じた占領期前半——における法的議論については、以後はその基礎に本書の位置づけを求める必要がある。そして占領期を軸とした、戦時（戦前）および戦後への接続性／非接続性についても、あらためて問い直されるべき問題となるであろう。

ところで、本書のキー・チームとして使用された「クロス・ナショナル」概念は、政治史研究者である福永文夫からの借用であるが、はたして本書において適切に作用していたかどうかは気になるところである。本書著者と福永の用語法は、ややコンテキストが異なるように見える。福永の用語法は、「引用者注——新日本の建設」「改革」と、

日本経済の再建」「復興」という）二つながら、日米双方の諸政治勢力にとつて、戦後日本の創出に際し、その「統合」のためくぐり抜けなければならない課題であり、自らの活動を分かちつものとなった。この二つのテーマをめぐって、日米間、日米それぞれの内部で、どのような政治ドラマが展開されたのであろうか。本書では、日米の諸政治主体間で演じられた数々のドラマを、「改革」と「復興」をめぐり、日米間のクロス・ナショナルな同盟関係の成立と変容の過程として追ってみた」（福永文夫『占領下中道政権の形成と崩壊』、岩波書店、一九九七年、五頁）として、占領期の諸勢力のマトリクスの把握のなかでの、日米間の「同盟関係」として、「クロス・ナショナル」（な関係）が位置づけられる。

一方、本書においては、第一部にて「占領者・被占領者という対抗的な権力関係に置かれながらも「クロス・ナショナル」な関係を取り結ぶGHQ側・日本側の立法関係者の構図を動態的に描き出」（七頁）すことには成功しているが、第二部における「もう一つの「クロス・ナショナル」が果たして「同盟関係」といえるのかどうかは疑問が残る。すなわち、特に後者については単に「占領者・被占領者という対抗的な権力関係」という態様に収束されて

も、把握可能ではなからうか。もちろん著者自身も、「クロス・ナショナル」な関係の一般化の困難さを述べている(二九五頁)。しかし、そうであるならば、戦後法制改革において、たまたま「比較法的差異」の認識を持った人員を得たGHQ・民政局の、ある種の偶然性は、占領期の法構造の中での一部の特殊事例に過ぎないことになる。たとえば、議論のなかではやや等閑視されていた経済科学局(ESS)等はそのように位置づけられるのか。本書では、あえて「クロス・ナショナル」の語を借用して立論する必然性はなかったようにも思われた。

また、本書の議論において、その中核には野田良之の学説が使用される。野田は、日本の法摂取(法継受)を、

第一期(明治初年から明治民法典以下法典の整備まで)

——立法的摂取の時代(西欧制定法の模倣時代。)

第二期(法典整備から大正初年まで) —— 法学的摂取の

時代(整備された法典をドイツ法学の影響の元に解釈・適用した時代。)

第三期(大正初年から現在まで) —— 自覚的摂取の時代

(日本法の独自性を比較法的に自覚し自律的に外国法を外国法として研究・摂取する時代。)

の三期に区分した(野田良之「日本における外国法の摂取・序論」、『岩波講座現代法 一四 外国法』、岩波書店、一九六六年、一七六頁)。野田は、占領期についても、「敗戦による占領軍の外圧という条件が加わっていたにせよ、この場合でもその摂取の態度は本質的には比較法的自覚の上に立っていたのであり、決して明治初期における無自覚な大量摂取と本質を同じくするものではない。巨視的にみれば従って第三期のなかに含まれる一特殊時期とみて差し支えないのではあるまいかと考える」(同前書同頁)とする。この理解を受けて、本書では「戦前と戦後を「断絶」の位相において捉えようとする立場に対して、一定の相対化」(四頁)を図っている。

評者は、著者の意図自体は正当であると考える。しかし、一九六六年という半世紀前の、「現代」に記述された議論を、やや無批判に援用していることには戸惑いが生じた。私見であるが、野田による図式的理解は、先に挙げた区分の第一期および第二期に重点を置くものと理解される。これは、法摂取の態様において、一九六六年という「現代」から見た、日本の「近代」(すなわち第一期および第二期)の特殊性を強調する枠組みである。換言すれば、野田の図式は「近代日本法史」を議論するための必要的枠組みとい

える。しかし、二〇一七年現在に「戦後日本法史」あるいは「現代日本法史」(一九頁)を構築しようとする本書においては、少なくともこれをアップデートした、新たな見通しを示す必要があったように思われた。

しかしながら、以上の二点については、本書への批判あるいは疑問というものではなく、評者の感想あるいは気づきに留まるものである。ことさらに断るまでもなく、その価値を毀損するものではない。本書の刊行により、日本法制史がその対象とすべき時代的下限は確実に更新された。本書の議論を受けて、これからの(近)現代日本法史をどのように描いていくか。これが斯界の重要な論点となるだろう。

付記 本書評は、第四回日本近代法史研究会(二〇一七年

一〇月七日)および占領・戦後史研究会二〇一八年度第三回研究会(二〇一八年六月三〇日)における拙書評報告をもとにしている。両研究会ともに著者の出口雄一氏には丁寧なリプライをいただいた。記して感謝申し上げます。

(慶應義塾大学出版会、二〇一七年)

小石川 裕介